



# NUEVOS PARADIGMAS DEL DERECHO PROCESAL

**CARINA GÓMEZ FRÖDE**  
**MARCO ERNESTO BRISEÑO GARCÍA CARRILLO**  
*Coordinadores*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

# NUEVOS PARADIGMAS DEL DERECHO PROCESAL

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 763

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Isidro Saucedo  
Vanessa Díaz  
*Cuidado de la edición*

José Antonio Bautista Sánchez  
Ana Julieta García Vega  
*Formación en computadora*

Leslie Cuevas Garibay  
*Apoyo editorial*

Edith Gálvez Aguilar  
*Elaboración de portada*



*Don Humberto Briseño Sierra*

# NUEVOS PARADIGMAS DEL DERECHO PROCESAL

CARINA GÓMEZ FRÖDE  
MARCO ERNESTO BRISEÑO GARCÍA CARRILLO  
*Coordinadores*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
México, 2016

Primera edición: 9 de junio de 2016

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-7988-1

## CONTENIDO

Presentación .....	XIII
Carina GÓMEZ FRÖDE	

### PARTE I

#### REMEMBRANZAS

La aportación en el terreno histórico al derecho procesal por el doctor Humberto Briseño Sierra .....	1
Alberto SAÍD	
Presentación del libro <i>Derecho procesal civil</i> , del doctor Humberto Briseño Sierra, segunda edición, México, Harla, 1995 .....	11
Cipriano GÓMEZ LARA	
Recuerdos de algunos seminarios de la Facultad de Derecho de la UNAM .....	19
Héctor MOLINA Y GONZÁLEZ	
El derecho en <i>El Alcalde de Zalamea</i> . ....	41
Carlos PARODI REMÓN	
La enseñanza práctica del derecho procesal y el acceso a la justicia de las personas de escasos recursos económicos. ....	51
Hilda Eleonora VALLET	

## PARTE II

## CONCEPTOS PROCESALES

Los conceptos de instancia y acción procesal como instancia bilateral Adolfo ALVARADO VELLOSO	61
El concepto de debido proceso . . . . .	91
Jorge Horacio ZINNY	
Proceso, procedimiento y demanda en el derecho positivo brasileño posmoderno . . . . .	109
Adailson LIMA E. SILVA	
Los derechos humanos de acceso a la justicia y debido proceso en el marco de las reformas constitucionales mexicanas de 2008 . . . . .	123
Antonio SALCEDO FLORES	
Debido proceso y derecho a la lengua en México . . . . .	155
David CIENFUEGOS SALGADO	
El derecho procedimental . . . . .	191
Marco Ernesto BRISEÑO GARCÍA CARRILLO	
Breve introducción al derecho procesal constitucional . . . . .	217
Valeriano PÉREZ MALDONADO	
Apreciaciones generales sobre la validez de los actos procesales y el debido proceso . . . . .	235
Miguel OTERO LATHROP	
La unidad de la relación jurídico-procesal. . . . .	255
Luis Alfredo BRODERMANN FERRER	
Naturaleza transdisciplinaria de la noción de “procedimiento”. Sus fun- damentos lógicos, semióticos y cognitivos. . . . .	283
Emilas Darlene Carmen LEBUS	
Humberto Briseño Sierra: repercusiones de su doctrina sobre la acción procesal, la acción penal y el derecho de defensa del acusado . . . .	325
Claudio PUCCINELLI	



## PARTE III

## EL PODER JUDICIAL

El poder discrecional de los jueces. . . . .	351
Mario MASCIOTRA	
La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el control de constitucionalidad de oficio en Argentina . . . . .	371
Mariano MORAHAN	
Función de una Corte Suprema en los países de derecho continental. El caso de Chile. . . . .	385
Francisco PINOCHET CANTWELL	
El amparo contra actos u omisiones del Poder Judicial . . . . .	413
Gladis E. DE MIDÓN	
El deber de congruencia en materia de los hechos. . . . .	427
Jorge L. KIELMANOVICH	
Recurso como garantía de juzgamiento . . . . .	433
Ángela Ester LEDESMA	
El rol del juez ambiental desde el garantismo procesal . . . . .	459
Pedro Javier ARANCIBIA	
El “juez” desde el pensamiento del doctor Briseño Sierra y los problemas en la actualidad . . . . .	479
Ana Cecilia CALDERÓN SUMARRIVA	

## PARTE IV

## LAS PRUEBAS

La finalidad de la prueba desde una perspectiva epistemológica . . . .	497
Raúl CANELO RABANAL	
La declaración testifical del menor en el proceso penal de adultos y las nuevas tecnologías como instrumentos de protección . . . . .	557
Lorenzo M. BUJOSA VADELL	

ADN <i>vs.</i> Cosa juzgada. Producción del ADN en la República Argentina . . . . .	583
Héctor Eduardo LEGUISAMÓN	
La prueba digital en la automatización de los procesos jurisdiccionales .	609
Anselma VICENTE MARTÍNEZ	
Proceso e imparcialidad psicológica . . . . .	625
Hugo BOTTO OAKLEY	

### PARTE V

#### REFLEXIONES ACTUALES EN TORNO AL PROCESO

El lenguaje procesal en el siglo XXI . . . . .	643
William Esteban GRISALES CARDONA	
Reflexiones sobre el tiempo y el derecho procesal civil . . . . .	657
Arturo Felipe ONFRAY VIVANCO	
Sobre capacidades y legitimaciones de las partes y gestores . . . . .	681
Alejandro ABAL OLIÚ	
Procedimiento previo a las demandas inquilinarias de acuerdo con la nueva legislación arrendaticia venezolana. . . . .	721
Cora FARÍAS ALTUVE	
Variaciones de lo blanco y lo negro de las acciones colectivas en México . . . . .	745
Marcela SOSA Y ÁVILA ZABRE	
Da desconsideração da pessoa jurídica (aspectos de direito material e processual). . . . .	765
Ada PELLEGRINI GRINOVER	
El juicio oral en el proceso penal. . . . .	785
José MARTÍN OSTOS	
La teoría del caso en el proceso penal adversarial. . . . .	801
Víctor Manuel BEDOYA	

Trasplante legal y jurisprudencial: patologías del derecho peruano en general y el procesal en particular. . . . .	821
Guido César ÁGUILA GRADOS	

## PARTE VI

## EL ARBITRAJE

El arbitraje civil previsto en los códigos de procedimientos civiles de México (un análisis comparativo) . . . . .	839
Carina GÓMEZ FRÖDE	
El arbitraje. . . . .	861
Olman ARGUEDAS SALAZAR	
Comentarios sobre el arbitraje en México. . . . .	887
Carlos PÉREZ GONZÁLEZ	
Algunas tendencias contemporáneas del arbitraje. . . . .	921
Cipriano GÓMEZ LARA	

## PARTE VII

LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN  
DE CONTROVERSIAS

Mediación, cultura y valores: por qué la conciliación-mediación “valorativa”. . . . .	937
Roberto Omar BERIZONCE	
Resolución alternativa de los conflictos penales . . . . .	957
Rita Aurora MILL	
Acerca de los coordinadores . . . . .	975

*Nuevos paradigmas del derecho procesal*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 29 de junio de 2016 en MGM, Consultoría Gráfica, S. A. de C. V., Fuentes Brotantes 43-1, colonia Portales Oriente, delegación Benito Juárez, 03570 Ciudad de México. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 cm de 75 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 100 ejemplares (impresión digital).

## PRESENTACIÓN

Este texto tiene un doble propósito. Por una parte, reconoce el trabajo de los académicos, juristas y amigos de don Humberto Briseño Sierra, quienes respondieron de inmediato a la invitación que les fue formulada para participar. Cuarenta abogados hacen referencia al trabajo desarrollado por el maestro y aportan nuevas ideas y visiones, diversas a la teoría general del proceso, con temas muy variados que han sido divididos para efecto de otorgarle un orden y estructura en siete partes: “Remembranzas”, “Conceptos procesales”, “El Poder Judicial”, “Las pruebas”, “Reflexiones actuales en torno al proceso”, “El arbitraje” y “Los medios alternos de solución de controversias”.

El segundo propósito es mucho más personal. He vivido inmersa en el mundo del derecho procesal y, por tanto, tenido la suerte de conocer a los más importantes juristas e intelectuales en la materia. Conocí al doctor Briseño Sierra en el entorno familiar en los años sesenta y a pesar de que nunca fui su alumna, las referencias a su obra y a sus ideas estuvieron presentes, a partir de que decidí también estudiar la carrera de derecho y ser profesora procesalista.

Recuerdo a mi padre refiriéndose con admiración a Briseño Sierra, para quien el maestro era el único mexicano con una teoría propia reconocida internacionalmente; las concepciones de la acción como instancia proyectiva, los medios de confirmación o sus ideas en torno a la figura del arbitraje constituyen reconocida doctrina para el mundo procesal.

Junto con sus numerosos seguidores fundó el Instituto Panamericano de Derecho Procesal, dándole, así, una nueva presencia fuera de las fronteras a estas ideas y proveyendo de un enorme orgullo y satisfacción al mundo de los juristas dedicados al estudio de las materias procesales. Se puede afirmar que ningún otro procesalista mexicano llegó tan lejos como el maestro Briseño Sierra.

A pesar de que no todos los profesores coincidan con su pensamiento y sus ideas, estoy segura de que la mayoría ha reconocido siempre, el valor y la importancia de sus aportaciones. Me gustaría añadir que para aquellos que no comparten sus puntos de vista, más que estar en contra de sus ideas, las consideran sumamente complejas y abstractas.

Por todo lo anterior, la publicación de este libro es solamente un pequeño homenaje que se suma a otros reconocimientos y recuerdos a su trabajo. A pesar de esto, sigue habiendo una enorme deuda del Poder Judicial y de la academia respecto al reconocimiento a su obra; sobre todo cuando vemos que fuera de nuestro país, como suele sucedernos con tantas otras cosas, se le reconoce y se le menciona mayor frecuencia.

Como anterior directora del Seminario de Derecho Procesal de nuestra querida Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, me siento muy orgullosa de haber retomado la idea de mi padre, Cipriano Gómez Lara, para llevar a cabo este reconocimiento. Estoy convencida de que se unirán los miles y miles de discípulos que tuvo el maestro Briseño Sierra en los más de cuarenta años de profesor universitario.

La publicación de estos trabajos no habría sido posible sin el apoyo incondicional de uno de los hijos del maestro, Marco Ernesto Briseño García Carrillo, a quien le doy mi más amplio reconocimiento. Finalmente agradecemos a quienes participaron en este proyecto y muy especialmente al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, a su director, Pedro Salazar Ugarte, por su amable consejo y consideración para que esta obra sea de interés para aquellos estudiosos de las materias procesales.

Carina GÓMEZ FRÖDE

# PARTE I

## REMEMBRANZAS

## LA APORTACIÓN EN EL TERRENO HISTÓRICO AL DERECHO PROCESAL POR EL DOCTOR HUMBERTO BRISEÑO SIERRA

Alberto SAÍD\*

SUMARIO: I. *De la ubicación del tema histórico procesal.* II. *De las posturas e imposturas en nuestra historia literaria procesal.* III. *De los recuentos de la doctrina procesal mexicana previos a la magna obra del doctor Briseño Sierra.* IV. *Del apartado “Historia del derecho procesal” en el texto Derecho procesal del doctor Humberto Briseño Sierra.*

### I. DE LA UBICACIÓN DEL TEMA HISTÓRICO PROCESAL

Francesco Carnelutti, uno de los grandes procesalistas del siglo XX, en su sistemática de lo jurídico procesal (en el campo didáctico), recomendaba a los profesores que una enseñanza integral de la materia debe comprender un *mínimum* histórico de las instituciones procesales.<sup>1</sup>

Por su parte, Faustino Ballvé Pallissé, el muy noble profesor catalán afincado en México con motivo de los desórdenes de la guerra civil español-

---

\* Profesor de Teoría del proceso y Derecho procesal civil, Universidad Panamericana. Miembro del Instituto Mexicano de Derecho Procesal y de los colegios Nacional de Profesores de Derecho Procesal, y de la Facultad de Derecho de la UNAM

<sup>1</sup> En su sistematización sostuvo: “Con que el alumno vea, como es de rigor, un proceso y recorra el Código de Procedimiento Civil, tiene bastante como introducción al estudio del derecho procesal, aun cuando, claro está, las noticias históricas que de esta manera obtenga no sean todas las que hagan falta a ese objeto. La necesidad que la ciencia tiene de la historia es infinita; su sed de hechos no se sacian jamás...”. Eso sí, el entonces profesor de la Universidad de Milán recomendó —como ha quedado dicho— que en una introducción al derecho procesal sólo debe exponerse un *mínimum* indispensable, so pena de engendrar una confusión nociva en el alumno. *Cf.* Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, UTEA, 1944, t. I, pp. 1 y 2.



la, autor de libros de filosofía y ciencia jurídica, pero también de una práctica forense civil, incluía a la historia jurídica dentro de su sistematización.<sup>2</sup>

Finalmente, Cipriano Gómez Lara, en su principal aporte a la ciencia procesal, su tesis doctoral, titulada *Sistemática procesal*,<sup>3</sup> alude a los planos conceptual, normativo y fáctico. En cuanto a la historia,<sup>4</sup> que no desdeña en sus libros ni en sus cátedras ni en sus gustos y aficiones intelectuales (bajo la tutoría de su tía, la doctora Paula Gómez Alonzo, asistió más en sus mocedades a congresos sobre historia que a los jurídicos), nos formula —por método— la eterna pregunta: ¿es la historia del derecho un capítulo especial de la ciencia histórica o una especie del género jurídico?

Sea cual fuera la respuesta, lo cierto es que nos hallamos frente a una asignatura digna de cultivo y promoción. A nadie daña y sí beneficia mucho.

## II. DE LAS POSTURAS E IMPOSTURAS EN NUESTRA HISTORIA LITERARIA PROCESAL

Hay una antigua tendencia, incluso decimonónica, en la que participó don Jacinto Pallares, de un franco desdén por nuestra producción académica procesal. Pallares no dudó en afirmar: “La literatura jurídica mexicana ha dado escaso contingente a la ciencia pues casi todos los autores mexicanos carecen de originalidad”.<sup>5</sup>

Y es curioso que justamente una de las obras del supradicho Pallares, *El Poder Judicial*, publicada en 1874, fue acusada no de la mencionada falta de originalidad, sino de ser fruto de un plagio. La denuncia pública la hizo el autor agraviado, don Blas Gutiérrez Flores Alatorre, quien formuló la acu-

---

<sup>2</sup> Ballve, Faustino, *Esquema de metodología jurídica*, México, Botas, 1956, p. 18. En el epígrafe 18 de la citada obra nos ilustra: “Es imposible resumir la evolución del derecho a través del tiempo sin tener en cuenta también la historia del pensamiento jurídico y viceversa”, p. 109.

<sup>3</sup> México, UNAM, 1988, *passim*.

<sup>4</sup> Incluso mi interés por estos temas se produjo gracias a que el doctor Cipriano Gómez Lara no atendió al programa oficial de la materia teoría general de proceso (a sus cátedras asistí en 1983). Recuerdo que en clase nos dijo éstas o parecidas palabras: “La única ventaja, si tienen que presentar examen extraordinario, radica en que no estudiarán lo temas históricos, ni la evolución del pensamiento, ni la evolución legislativa procesal, pues no forman parte del programa oficial; mas para nuestro examen final: Estúdienlos”. Además, nos alentaba adentrarnos en la magnífica *Breve antología procesal* del doctor Ignacio Medina Lima (México, UNAM, 1973). De ella, Gómez Lara dijo: “Todo estudiante estudioso la debe leer”.

<sup>5</sup> Pallares, Jacinto, *Historia del derecho mexicano*, México, Imprenta de la Secretaría de Fomento, 1904, p. 14.

sación en estos términos: “El Poder judicial, en su mayor parte es un plagio de una parte del estudio corriente de mi Nuevo Código de la Reforma”.<sup>6</sup> Frente a semejantes imposturas, ya en el siglo XX hubo otras voces con diversos enfoques y ánimos.

En su primer curso de derecho procesal civil, un antiguo profesor de la Facultad de Jurisprudencia, el licenciado Carlos C. Echeverría, en 1930, decía a sus alumnos:

Diversos jurisconsultos mexicanos han estudiado nuestro procedimiento civil; y sus estudios son útiles como producto de la experiencia, del talento y la meditación. Las obras de López Portillo, de Mateos Alarcón, de Sodi, de Castillo Velasco, y de otros maestros, aportan mucho a favor de los estudiantes, y hay que buscar en ellos cuanto tienen de aprovechables, dejando a la sana crítica el descubrimiento de sus defectos, que han de tener como obras humanas, pero que no constituyen seguramente la regla de aquellas producciones, salidas a la luz con el ánimo menos egoísta, el participar a los demás el resultado de un esfuerzo y de un anhelo de saber.<sup>7</sup>

Huelga decir que me adhiero letra por letra a lo dicho por este sabio profesor, quien con sus asertos tal vez no dijo todo, pero sí señaló una sana postura, una nueva forma de ver la historia patria procesal.

### III. DE LOS RECUENTOS DE LA DOCTRINA PROCESAL MEXICANA PREVIOS A LA MAGNA OBRA DEL DOCTOR BRISEÑO SIERRA

Creo que son tres los más importantes. No me atrevo a dar una cifra cerrada con total certidumbre, pues la historia es muy pudorosa y nunca se “devela” del todo. La primera es la famosa bibliografía de don Manuel Cruzado;<sup>8</sup> la segunda, la *Bibliografía sumaria de derecho mexicano*, de Margarita de la Villa y José Luis Zambrano (en la parte procesal se contó con el auxilio del doctor Niceto Alcalá-Zamora) de 1957;<sup>9</sup> y las “Notas bibliográficas de derecho

---

<sup>6</sup> Gutiérrez, Blas, *Apuntes sobre los fueros y tribunales militares, federales, y demás vigentes en la República*, México, Imprenta de J. M. Aguilar Ortiz, 1876, pp. 1 y 2.

<sup>7</sup> Apuntes del primer curso de derecho procesal civil, Escuela Nacional de Jurisprudencia, 1930, mimeo, p. 3. El licenciado Carlos C. Echeverría fue presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en 1928 y colaborador de la *Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Jurisprudencia*.

<sup>8</sup> *Bibliografía jurídica mexicana*, México, Tipografía de la Oficina Impresora de Estampillas, 1905.

<sup>9</sup> México, UNAM.

procesal civil”, del doctor Héctor Fix-Zamudio, publicadas en los *Anales de Jurisprudencia*, en 1960. Pero como inmediatamente se verá, el doctor Briseño edificó mucho más para la historia del derecho procesal, aunque tomó en consideración a los dichos estudios.

#### IV. DEL APARTADO “HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL” EN EL TEXTO *DERECHO PROCESAL* DEL DOCTOR HUMBERTO BRISEÑO SIERRA<sup>10</sup>

En el capítulo II del mencionado apartado, nuestro autor, recurriendo y abrevando de muchas solventes fuentes históricas y jurídicas, abordó varios temas —desde luego, previos al derecho procesal mexicano— como la formación del derecho procesal, el proceso civil romano en sus distintas fases históricas y momentos procesales, el derecho germánico, el procedimiento italo-canónico, romanismo y germanismo.

A las claras se observa que el contenido de la obra rebasa con mucho al “mínimum histórico” al que aludía Carnelutti. Por ello, digo, sin ofender la inteligencia de los jóvenes estudiantes de pregrado, con 18, 19 o 20 años cuando cursan la materia teoría del proceso, que nos encontramos frente a un texto más propio del posgrado o para estudiantes verdaderamente estudiosos y apasionados de lo jurídico procesal, sea cual fuere su edad y condición académica.

El capítulo III es más cercano a nosotros, pues aborda —en un alarde de filigrana intelectual— al extenso derecho hispánico. Paso al capítulo IV para decir que alude al derecho americano, que así llama el autor al derecho prehispánico o precortesiano, recurriendo para su tratamiento tanto a cronistas antiguos como a obras cercanas a la primera edición de su *Derecho procesal civil* (1969).

En el capítulo V se refiere al derecho colonial, llamado también virreinal. Y es que en puridad fuimos el reino de la Nueva España organizado jurídica, política y administrativamente como virreinato y en audiencias, y no propiamente una colonia. La cantidad de autores y leyes citados es en verdad abrumante, y sirve de referencia para quien desee profundizar en alguno de los muchos asuntos a los que se hace alusión. Es una guía utilísima para ahondar a detalle en las variadas fuentes citadas por Briseño Sierra.

Ya en el capítulo VI se aborda el desarrollo de la legislación procesal de la República, la que es seccionada en cuatro periodos, cuya extensión

---

<sup>10</sup> Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, México, Oxford University Press, 1999, vol. I, *passim*.

lamentablemente no queda clara, pues el autor no da los años que abarca cada uno. He hecho mis cuentas, pero no me cuadran; de cualquier forma, comienza el recorrido en 1821, y finaliza antes de la promulgación de la Constitución de 1917. Se requiere de mucha atención para recorrer el camino o los caminos que presenta el autor, quien abrevó en muchísimos textos dispersos de difícil consulta y adquisición.

Briseño Sierra dedica un apartado especial para las codificaciones y ejecuciones judiciales. Es curioso que la codificación civil, fuentes e historia, ha sido estudiada en textos solventes desde sus inicios. La procesal no ha merecido, por indolencia, de una obra extensa, nacional y autónoma, que bien la merece. En este punto Briseño Sierra ya dejó sentadas bases sólidas.

Lo que hemos visto hasta ahora es una historia de legislación, una historia de normas. Existe también otra, la doctrinal (Gómez Lara la nombra “Evolución del pensamiento procesal”), y hay de igual forma la historia más difícil del derecho procesal: la de los procesos jurisdiccionales en sí, cuyo conocimiento requiere del análisis de decenas, centenas o hasta miles de procesos según el periodo que se aborde. Es una historia tal vez no imposible, pero sí muy difícil, y por esa razón es la menos practicada, incluso en la obra de Briseño Sierra.

Ya en el campo de la doctrina, nuestro autor, en 1969, arribó a esta triste conclusión:<sup>11</sup> “Escuela, en [el] sentido de doctrina organizada, no ha habido ni en México ni en América, lo que no ha impedido que existieran juristas ilustres. Pero el caso de México es más doloroso porque en este país se instaló la primera imprenta”.

Han pasado los años y pienso que hoy sí podemos y debemos hablar de una escuela mexicana de derecho procesal, y creo que también las hay en diversos países del continente.

En fin, ya en el capítulo IX —del apartado que nos ocupa— de su *Derecho procesal*, Briseño Sierra alude al desenvolvimiento doctrinario, a la expresión de la literatura jurídico-procesal mexicana.

Este último recuento es un aporte invaluable hecho por el homenajeado, y que en conjunto no ha sido superado con el paso de los años.

Briseño Sierra presenta un elenco bibliográfico procesal sumamente extenso, ordenado (en su primera parte) por el apellido del autor, comentarista o compilador, según se trate. Nómina extensa y riquísima, y que nos revela no sólo el gusto histórico de don Humberto Briseño, sino también su bibliofilia.

El dato que se busque en esta nómina no se encuentra en una lectura de “vistazo”. Hay que leer y releer. Ello nos recuerda lo que dijo el filósofo: “Si

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 290.

no me entienden que me estudien que no estoy para hablar según sus entenderas”. Y así escribió Briseño Sierra, no para “entenderas” particulares, sino conforme a su peculiar estilo, que requiere de estudio.<sup>12</sup> El dato no se regala sin más por el autor, hay que buscarlo con tiento y calma. Si se hace no se saldrá con las manos vacías.

Deseo enfatizar que quien desee conocer la evolución legislativa de las instituciones del derecho procesal civil mexicano tiene como grande fuente a otro texto del erudito Briseño Sierra, *El juicio ordinario civil*,<sup>13</sup> que es la obra más cercana a un tratado de derecho procesal civil mexicano.

Vaya pues, no un aplauso, sino una sincera ovación, por el benedictino esfuerzo de don Humberto Briseño Sierra en su larga, dilatada y productiva vida académica, que se tradujo en muchos e importantes aportes.

En los trabajos de Briseño Sierra encontraremos distintos materiales para construir, como se debe, a la catedral de la ciencia, legislación y sana práctica procesal de nuestro país.

Al darme el doctor Gómez Lara la triste noticia del fallecimiento del doctor Humberto Briseño Sierra, me dijo: “Es el mejor procesalista mexicano del siglo XX”. Así lo creo. Fue hombre de trabajo ingenioso y genial. Su obra en conjunto es de una solidez inusitada en el medio académico mexicano del ayer y aún del hoy.

La última intervención pública,<sup>14</sup> muy poco tiempo antes del viaje sin retorno del doctor Briseño Sierra, fue en el seno del XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, celebrado en la Ciudad de México en septiembre del 2003.<sup>15</sup> En la clausura de dicho evento expresé:<sup>16</sup>

Cada quien se llevará de este Congreso un recuerdo o enseñanza seleccionada como la más grande. La mía fue observar al doctor Gómez Lara literal-

---

<sup>12</sup> Hace algunos años escribí: “El doctor Humberto Briseño Sierra es autor y padre de numerosa obra original, profunda y por ello polémica”. En Saíd, Alberto, “Breves apuntes sobre la evolución del pensamiento procesal”, *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, núm. 14, septiembre de 1999, p. 353.

<sup>13</sup> México, Trillas, 1988, dos volúmenes. Donde también estudia a los institutos procesales conforme a los distintos códigos procesales civiles mexicanos.

<sup>14</sup> Aludí al tema del arbitraje, donde citó brevemente, a pesar de los pesares, a su maestro, el Doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

<sup>15</sup> En concreto don Humberto, participó el miércoles 24 de septiembre de 2003 en los comentarios al tema: La relación entre el arbitraje y otras formas privadas y públicas de impartición de justicia. La intervención por fortuna se grabó.

<sup>16</sup> Saíd, Alberto, “Palabras pronunciadas en la ceremonia de clausura del XII Congreso Mundial de Derecho Procesal”, Ciudad de México, 26 de septiembre de 2003.

mente correr para saludar —desear salud y ofrecer sus respetos— al doctor Humberto Briseño Sierra; uno de los decanos del procesalismo mexicano, quien en su convalecencia, en una actitud viril y valiente nos honró con su presencia. Un grande saludó a otro grande.

Y cómo no iba a hacerlo, si el propio Gómez Lara ha expresado que Briseño Sierra fue su maestro y padre académico. Y por sus obras también lo es y lo será de no pocos procesalistas del hoy y del mañana. En San Cristóbal de las Casas, Chiapas, el doctor Gonzalo Armienta Calderón (2002) me comentó con cierta dosis de preocupación que los geniales trabajos del doctor Humberto Briseño Sierra no han sido aquilatados en su integridad; preocupación que comparto, pero estoy cierto de que las generaciones actuales y futuras honrarán al ilustre mexicano, dueño y señor de tanta enjundia e ingenios reflejados en sus 89 años de productiva vida.

PRESENTACIÓN DEL LIBRO *DERECHO PROCESAL CIVIL*,  
DEL DOCTOR HUMBERTO BRISEÑO SIERRA,  
SEGUNDA EDICIÓN, MÉXICO, HARLA, 1995

Cipriano GÓMEZ LARA\*

Humberto Briseño Sierra es un prolífico autor de una veintena de títulos importantes que ha publicado a través de su vida. Las obras más representativas de su pensamiento son quizá dos. La primera, una obra inicial que fue su tesis doctoral,<sup>1</sup> y luego su obra cumbre, la que evidencia y cristaliza su madurez intelectual y su fecundidad creativa y de aportación,<sup>2</sup> que el maestro publicó hace ya más de veinte años (veintiséis, para ser precisos), con una editorial no muy reconocida, ni mucho menos cuidadosa. Una obra tan valiosa y trascendente como esa desmerecía en una edición descuidada y plagada de erratas. Por fortuna ahora, en una segunda edición, la editorial Harla retoma esa gran obra y la rescata en una edición depurada, limpia, digna y a la altura de la calidad y de la excelencia de la obra.

Debo comenzar por opinar que no hay, no existe, una obra más amplia, más profunda ni más analítica, escrita por un autor mexicano que supere a la de Humberto Briseño Sierra. Es un gran trabajo sistemático y de rigor académico en el que se entra a la temática más importante del derecho procesal; no del derecho procesal específico, civil, penal o mercantil. Ésta es una obra de teoría general, porque todas sus consideraciones no están hechas en relación con un determinado tipo de proceso, sino que en general se refieren a los fenómenos y actos procesales, sin calificación sustantiva.

En cuanto a la estructura de la obra, que trataré inicialmente, puede decirse que es un trabajo de grandes dimensiones. El volumen único en que se ha resumido abarca 1,532 páginas, 497 autores citados en más de 600 obras; las citas de pie de página en las cuatro partes en que está dividida son

---

\* Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM y presidente del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la misma Universidad.

<sup>1</sup> *Categorías institucionales del proceso*.

<sup>2</sup> *Derecho procesal*, 4 tomos, México, Cárdenas, 1969, 1970.

6,123, las que arrojan un promedio de casi cuatro citas por página. Esa gran cantidad de trabajo está respaldada por una calidad otorgada por el rigor del análisis y por la profundidad de las reflexiones, así como por el notable esfuerzo sistematizador que está presente a lo largo de todas sus partes.

La obra original comprendía, como ya lo hemos mencionado, cuatro tomos. Ahora, la edición que comentamos está resumida en un solo volumen, el que, de todas suertes, conserva una división, en cuatro partes, que corresponden a los cuatro tomos de la edición príncipe.

Con una pretensión esquemática podemos decir que la estructura del libro es la siguiente:

Prolegómenos		
Dos capítulos	4 apartados	(1 a 4)
Primera parte		
Nueve capítulos	51 apartados	(5 a 55)
Segunda parte		
Ocho capítulos	41 apartados	(56 a 96)
Tercera parte		
Diez capítulos	57 apartados	(97 a 153)
Cuarta parte		
Once capítulos	53 apartados	(154 a 207)

Total de apartados: 206

Hay una parte introductoria a la que se denomina prolegómenos, que contiene dos capítulos introductorios, en los que se trata la idea del derecho, la estructura de la relación jurídica, la clasificación de las normas y de las ramas jurídicas. Constituyen estos prolegómenos un punto de partida, una verdadera plataforma inicial de lanzamiento de la cual se va a partir, después de ubicarse lo esencialmente jurídico, la estructura de la relación jurídica, la clasificación de las normas, el listado de las ramas jurídicas y, en ese listado, la identificación de la rama en la que se va a trabajar, que no es otra que la del derecho procesal, sobre la cual se desarrollará todo el trabajo ulterior.

*Primera parte.* Corresponde a lo que en la primera edición había sido el primer volumen. Contiene una perspectiva fundamentalmente histórica del derecho procesal. Se va a repasar cómo ha evolucionado el proceso, pero también cómo ha evolucionado la doctrina procesal, el pensamiento procesal. Se arranca de la definición y del concepto del derecho procesal, para llevarnos de la mano hasta el momento en que el autor cree que ya hay una



formación del derecho procesal y se entra a uno de los capítulos más largos de la obra, en el que encontramos todas las concepciones básicas del derecho procesal romano; en los siguientes capítulos, todos de enfoque histórico, se trata el derecho hispánico, el derecho americano, el derecho colonial, el desarrollo de la legislación en nuestra naciente República mexicana, en materia procesal, y las zonas limítrofes de la legislación administrativa, fiscal y de la judicial. Se concluye con un listado de las legislaciones y de las ejecuciones judiciales más importantes. Los tres últimos capítulos de esta parte histórica contienen referencias analíticas de la legislación civil, la codificación procesal, la doctrina y la escuela procesal, la clasificación doctrinal, para concluir con una referencia a la expresión doctrinaria y a la literatura mexicana.

*Segunda parte.* Correspondería también al segundo volumen de la primera edición, y el autor la llama “conceptos estructurales”. La forman ocho capítulos, y nos va a hablar de una serie de conceptos que, como él mismo dice, son de estructura, y que son los conceptos fundamentales. Como ya hemos tenido oportunidad de observarlo, Briseño habla de conceptos básicos, fundamentales y elementales. Hemos comentado en algún trabajo nuestro que no nos ha convencido esta clasificación del maestro,<sup>3</sup> pero reconocemos en ella un esfuerzo sistematizador importante. Sigue adelante en su desarrollo y nos habla del juzgamiento, de la razón del proceso, y llega, como un gran sector de la doctrina, a la consideración de que la razón de ser del proceso es el litigio; luego examina las posiciones, que ya sabemos que son de Carnelluti, y que también ha estudiado Alcalá Zamora y Castillo respecto de los equivalentes jurisdiccionales. En el capítulo tercero nos habla del derecho procesal, y trata de deslindar éste en relación con otras disciplinas; entra al problema de las fuentes, y aquí precisamente aborda su enfoque de los conceptos fundamentales, básicos y elementales. Concluye este capítulo con una referencia a la sistematización procesal, que es un tema de suma importancia. Hablar de un sistema es hablar de un conjunto de elementos, de un todo, debidamente ordenados de manera armónica y funcional. En su capítulo cuarto de esta segunda parte pasa al tratamiento de lo que denomina “derecho dinámico”, o sea, el movimiento, la clasificación de las instancias, la naturaleza de la acción procesal, las teorías sobre la acción, y aquí se contempla una de las grandes aportaciones del maestro Briseño: la de la acción como una instancia proyectiva. Hemos tenido especial atención con esta posición doctrinal de Briseño Sierra, a la cual, en

---

<sup>3</sup> Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, México, UNAM, 1972, p. 94, en donde criticamos esta idea de Briseño Sierra.

principio, nos hemos adherido y le hemos dedicado un capítulo en nuestro trabajo de teoría general del proceso.<sup>4</sup> Toca aquí también aspectos relevantes del concepto de pretensión, para precisarnos la connotación de la pretensión procesal y de la pretensión de fondo, siendo tutelar la primera, y directa la segunda frente al presunto obligado. En el resto de los capítulos de esta parte se van a enfocar conceptos de suma importancia: la jurisdicción, la jurisdicción y la sentencia, la jurisdicción y la competencia, la organización judicial, de la distribución de la competencia judicial. Por lo demás, se da aquí una de las posiciones doctrinales características del pensamiento de Briseño Sierra, sobre todo en el punto de jurisdicción y sentencia, ya que él sostiene que el acto de dictar sentencia ya no es jurisdiccional, pues constituye sólo la aplicación del derecho sustantivo, y que todo lo que está antes de eso sí es jurisdicción, pero el sentenciar ya no es jurisdicción. Esta tesis es revolucionaria, y la mayoría de la doctrina no la ha aceptado, pero es muy interesante la reflexión del maestro, porque él sostiene que una es la norma conforme a la cual se conducen los actos del proceso y ésta sí es norma de función jurisdiccional, y otra es la norma conforme a la cual se decide el litigio, y esta es norma sustantiva que se aplica al sentenciar. Esta tesis se ha rebatido afirmándose que no se puede sostener que el sentenciar no sea jurisdiccional, si la tradición nos señala que *juris dicere* viene precisamente de decir el derecho, y el momento en que se dice el derecho es precisamente la sentencia. En los tres últimos capítulos de esta segunda parte se habla de jerarquía y control, de la especialización, de las reglas para fijar la competencia, y llega a un punto, hoy por hoy importantísimo, a lo que él llama los conflictos en la sistematización, cuestiones de competencia, de acceso a la judicatura, responsabilidades del juzgador e incompatibilidades e impedimentos de los juzgadores. En cuanto a los conflictos de competencia y de sistematización, no está sino aludiendo a lo que Alcalá Zamora llamó las contiendas funcionales o conflictos de atribuciones y a los sistemas para resolverlos. Concluye tratando lo relativo a los auxiliares de la jurisdicción; examina la figura del secretario judicial, sus funciones, la institución actuarial, y en dos apartados cierra sus reflexiones abordando la temática de la abogacía y del Ministerio Público.

*Tercera parte.* También corresponde al tercer volumen de la primera edición, y la identifica el propio autor con la etiqueta de eficacia procesal. Contiene diez capítulos; en los mismos se van desarrollando y enfocando los siguientes temas: el proceso y las teorías que tratan de explicarlo, haciéndose un recorrido por las diversas teorías y posiciones doctrinales que

---

<sup>4</sup> Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 8a. ed., México, Harla, 1991, cap. 23, pp. 151-157.

han tratado de explicar lo que es el proceso, y llega a una tesis, congruente con su diversa tesis sobre la acción, para considerar al proceso como una serie de actos proyectivos. Sigue en orden lo relativo a la actividad procesal, las circunstancias, hechos y actos del proceso, los actos procesales, la clasificación de la actividad procesal y el contenido de los actos procesales. Pasa luego, en su capítulo tercero, a los problemas temporales, o sea, el tiempo y la actividad procesal, las determinaciones temporales, la reversibilidad temporal, plazos, términos, cómputos, clasificación de los plazos. En el siguiente capítulo aborda los problemas de espacio, el lugar del acto procesal, la medición del espacio en el derecho mexicano procesal. En un capítulo quinto nos habla de la regularidad procesal, de la normalidad en el desarrollo del proceso, de la condicionalidad, supuestos, requisitos, presupuestos, y la forma de la actividad; en el subsecuente capítulo se ve el reverso de la medalla, la irregularidad procesal; es decir, lo que procesalmente se lleva a cabo en forma anormal, y obviamente todo esto se lleva al problema de las nulidades, y él es uno de los pocos autores, en materia procesal, que intenta un tratamiento específico, bastante acertado y profundo de la problemática de la nulidad procesal, llevándonos a hacer una conexión de la nulidad con otros fenómenos jurídicos: la rescisión, la resolución, el pacto comisorio, la revocación, así como a elaborar una distinción que resulta importante en la estructura de la obra, entre lo que llama la ineficiencia y la ineficacia. Subrayó y adelantó una cosa muy importante. La tercera parte de la obra la identifica como eficacia, y la cuarta parte la llama eficiencia; aparentemente esto podría llegarnos a confundir, porque con ligereza podría llegar a pensarse que eficacia y eficiencia son conceptos que pueden identificarse uno con el otro. Briseño les da connotaciones diversas. Entra adelante a lo que denomina el fenómeno de la comunicación, todo lo relativo a la comunicación procesal, la clasificación que hace la doctrina de los medios de comunicación, la distinción entre comunicación e información y el análisis de dos instituciones básicas del proceso: notificaciones y exhortos. En el capítulo octavo aborda lo relativo al contenido jurídico de las comunicaciones, de las conductas meramente significativas y de las conductas simbólicas en el proceso. En su capítulo noveno habla de la conexión de actos; trata lo relativo a la preclusión, que es una institución relacionada con los fenómenos temporales, la eficacia de la preclusión, y luego la comparación de la preclusión con otras figuras: la consumación, la caducidad, el decaimiento, el abandono y la prescripción, algunas de ellas que pueden ser procesales, otras que tienen una naturaleza sustantiva. En el capítulo décimo de esta tercera parte se entra al tema que el autor ha identificado como las eventualidades, o sea, una serie de fenómenos que pueden llegar a darse en el

proceso eventualmente: suspensión e interrupción procesales, desistimiento y renuncia, reconocimiento, confesión, allanamiento y otras formas de extinción del proceso.

*Cuarta parte.* Llamada por el autor como eficiencia procesal, y que también corresponde al contenido del cuarto volumen de la primera edición, y que contiene once capítulos. En esta parte el autor va a fijar su atención en fenómenos muy precisos e identificables, así: ubicación de la pretensión, individualización y sustanciación, objeto del proceso y fijación del debate procesal, y va al concepto romano de la *litis*. Entra después al concepto de las partes, a la doctrina sobre las partes y a cuestiones como la capacidad, la legitimación, la sucesión y la sustitución de partes, interés jurídico e interés para obrar. Luego se trata, en un tercer capítulo, de la continencia y de la conexidad, de la acumulación, de la atractividad, de la prejudicialidad y de la separación o escisión de procedimientos. Al llegar a su capítulo cuarto examina la problemática de la pluralidad de partes, o sea, de los fenómenos litisconsorciales, cuando hay varios actores o demandados y cuando esos litisconsorcios pueden ser voluntarios o van a ser obligatorios. Continúa con el problema de la intervención en el proceso de terceros, tanto los que llegan solos, o bien aquellos que hay que llamar, y se extiende a la coadyuvancia y a las tercerías. En su capítulo quinto nos relata lo relativo a la convergencia y a la divergencia procesales: los incidentes, de los desplazamientos y sucesiones procedimentales, y del accidente procesal. Viene después el tema de la confirmación, o sea, todo lo que la doctrina había venido tratando como prueba, Briseño Sierra lo rebautiza como confirmación, y aporta su original clasificación de medios en: acreditamiento, convicción, mostración y prueba. Aquí también encontramos una de las innovaciones más originales a la doctrina procesal moderna por parte de nuestro autor, con un esfuerzo sistematizador notable. Finalmente, se habla de la actividad demostrativa, de los alegatos, y se hace un análisis de las resoluciones judiciales, obviamente teniendo muy en cuenta a la resolución de las resoluciones, a la sentencia, que es la meta, y el acto al cual van dirigidos o proyectados todos los actos del proceso. El accertamiento sobre la eficiencia y el juzgamiento del caso, que es la esencia de la sentencia, y los límites del caso juzgado. Y cierra toda su obra con un último capítulo, que contiene una clasificación de las sentencias y reflexiones sobre la firmeza del fallo y la postulación de los principios de la teoría de la impugnación, todas las posibilidades de reexamen de las resoluciones judiciales, pero sobre todo de la sentencia. Y para concluir, un enfoque sobre la realización coactiva del fallo, o sea, sobre la problemática de la ejecución de las sentencias, lo que implica necesariamente un cambio,

una mutación en el mundo fáctico, en el mundo de los hechos, como consecuencia de lo que se haya ordenado en la sentencia.

Lo anterior constituye, a grandes pasos, el contenido de la temática de esta obra del maestro Humberto Briseño Sierra.

Deseo concluir esta exposición manifestando que hay aspectos de suma importancia que constituyen las aportaciones, en mi opinión, más significativas de la obra que hoy comentamos. ¿Qué aspectos del pensamiento podemos señalar como de mayor impacto y trascendencia?

Me referiré a dos aspectos, que pueden servir de botón de muestra para evidenciar la importancia y la trascendencia de la obra de Briseño Sierra. Una primera gran aportación es la teoría de la acción como una instancia proyectiva. Esta teoría, sin lugar a dudas, tiene sus antecedentes en el pensamiento de otros autores y sectores de la doctrina, así la idea de Carnellutti sobre la triangularidad de la relación procesal, o los antecedentes de la concepción identificada como de la doble pertenencia de la acción. Pero es el pensamiento de Briseño el que culmina y hace madurar toda esta idea que parte del concepto de instancia como "...pedir algo de alguien, dentro de un procedimiento". Se refiere a las instancias como conductas de los particulares o gobernados frente a autoridades u órganos de autoridad, y las clasifica y enuncia: petición, denuncia, querrela, queja, recurso administrativo. En todas estas no hay proyectividad, porque el sujeto que insta se dirige al órgano, y se establece una mera relación lineal, que puede ir en dos direcciones, pero partiendo y regresando al sujeto instador. Por el contrario, en la acción la instancia sube hasta el órgano, pero no se queda ahí ni regresa, sino que se proyecta a un tercer sujeto ligándolo en la realización de una serie proyectiva de actos que terminan con la citación para sentencia.

La segunda aportación de gran importancia es la relativa a los medios de confirmación. Es una concepción revolucionaria de lo probatorio que se aleja de los moldes tradicionales y que no nos habla de medios de prueba en el sentido clásico, sino de medios de confirmación: acreditamiento, mostración, convicción y prueba. Con una caracterización muy definida de cada uno, y con un esfuerzo sistematizador formidable, que no constituye —como alguien ha osado afirmar— un mero caprichoso cambio terminológico.

Por el contrario, creo que el cambio contiene una profunda sistematización, y la evidencia de su trascendencia es que esta concepción ha penetrado en el quehacer jurídico cotidiano, ya que en el lenguaje de muchas sentencias de hoy en día encontramos este tipo de denominaciones de confirmación, acreditamiento, convicción, mostración, etcétera.

Una consideración final, que no puede evitarse, contiene un aspecto crítico. Esta obra es clásica, y por esa razón la ha publicado Harla. Seguramente será de gran utilidad académica y doctrinal el que gracias a esta nueva edición la tengamos de nueva cuenta a la mano, para consultar en ella los aspectos más importantes de la doctrina procesal moderna. Sin embargo, dejaríamos de ser objetivos si no advertimos que la obra se quedó en el momento procesal de hace un cuarto de siglo; es decir, se redita una obra clásica, pero ella no contiene ningún aspecto de actualización, ni doctrinal, ni legislativo, de todo lo que ha sucedido, y es mucho, en el último cuarto de siglo. Esa tarea no la ha querido emprender el autor, y posiblemente la actualización nos corresponda y sea una responsabilidad de las generaciones posteriores de juristas que debemos tomar con orgullo la estafeta y la herencia y la tradición que nos han legado los grandes maestros, como Humberto Briseño Sierra.

## RECUERDOS DE ALGUNOS SEMINARIOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM

Héctor MOLINA Y GONZÁLEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Recuerdos del Seminario de Derecho Procesal*. III. *Recuerdos del Seminario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*.

### I. INTRODUCCIÓN

La existencia de los seminarios en la Escuela Nacional de Jurisprudencia y posteriormente Facultad de Derecho, se debe en gran medida a los profesores que llegaron de España con motivo de la guerra civil,<sup>1</sup> en colaboración con los maestros mexicanos de la Facultad de Derecho.

Dentro del grupo de los maestros españoles se encontraban Niceto Alcalá Zamora y Rafael de Pina (derecho procesal civil), Fernando Arilla Bas (derecho penal, ayudante del maestro Porte Petit), Constanancio Bernaldo de Quirós (criminólogo), Demófilo de Buen (civilista, impartía dicha cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid, hoy llamada Universidad Complutense), Javier Elola Fernández, ayudante del gran civilista Felipe Sánchez Román (colaboró en el recién creado Seminario de Derecho Comparado, núcleo formativo de lo que hoy es el Instituto de Investigaciones Jurídicas). Además, sustituyó al maestro Felipe Sánchez Román en el Seminario), Luis Jiménez de Asúa (penalista), Luis Recaséns Siches (filosofía del derecho y sociología), Wenceslao Roces (derecho romano), Joaquín Rodríguez y Rodríguez (derecho mercantil) y Mariano Ruiz Funes (derecho penal), Manuel Martínez Conde de Pedroso, director del Seminario de Teoría General del Estado y Derecho Internacional. A su muerte, el Seminario se dividió, dando lugar al Seminario de Derecho Internacional,

---

<sup>1</sup> Becerra Ramírez, Manuel, *Notas sobre la historia del derecho internacional público. Derecho internacional público en México*, p. 55, [biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/9.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/9.pdf).

dirigido por César Sepúlveda y al Seminario de Teoría General del Estado, dirigido por la doctora Aurora Arnaiz Amigo.

Los mencionados maestros contaban con el reconocimiento de su país y con prestigio internacional. Poseían una formación intelectual, no sólo española, sino también extranjera, pues muchos de ellos habían obtenido becas para estudiar fuera de España. Fueron fundamentales en el desarrollo cultural de su país; trabajaron con el gobierno republicano, ocuparon puestos de elección popular, ejercieron la abogacía, dirigieron bufetes privados, eran profesores universitarios. Como puede verse, se trataba de profesionistas que no estaban de acuerdo con la dictadura impuesta por el general Francisco Franco y eran críticos de ese gobierno represor.

Lo anterior hizo que fueran repudiados por el régimen franquista, que los obligó a huir de España para poder conservar su vida, y por consiguiente su libertad.<sup>2</sup>

Algunos seminarios funcionaban de hecho en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, pero no fue sino hasta el 18 de diciembre de 1946 cuando se aprobó el Reglamento de Seminarios de la Escuela Nacional de Jurisprudencia,<sup>3</sup> siendo director el licenciado Virgilio Domínguez (1945-1948). El mencionado Reglamento creó formalmente los llamados seminarios de investigación, con la finalidad de elevar el nivel académico de las actividades docentes y auxiliar a los alumnos en la elaboración de sus tesis.<sup>4</sup>

Fueron creados ocho seminarios especializados en las siguientes materias: derecho civil, derecho constitucional y administrativo, derecho mercantil y bancario, derecho penal, derecho procesal, derecho del trabajo, teoría del Estado y derecho constitucional, y filosofía del derecho y sociología jurídica. La mayoría de éstos quedaron a cargo de profesores de carrera.

Los seminarios fueron centros de investigación que iluminaron el edificio de San Ildefonso y posteriormente a la Facultad de Derecho en Ciudad Universitaria; eran estancias estrechas, de poca luz.<sup>5</sup>

Cabe hacer notar que los maestros españoles también contribuyeron a que la Escuela de Derecho pasara a ser una facultad, y posteriormente contara con un doctorado.

---

<sup>2</sup> “Los juristas en el exilio español en la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, *biblioteca-virtual.dgb.umich.mx*.

<sup>3</sup> “Reglamento de los Seminarios de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, *biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/255/39.pdf*.

<sup>4</sup> Mendieta y Núñez, Lucio, *Historia de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, 1975, pp. 355, 356, 426 y 427.

<sup>5</sup> Arnaiz Amigo, Aurora, *El Distrito Federal y la Facultad de Derecho: Vivencias*, *www.juridicas.unam.mx*.



Los antecedentes y las propuestas para que existiera el Posgrado en Derecho datan de 1936. Sin embargo, el doctorado nació en la Escuela Nacional de Jurisprudencia por Acuerdo del Consejo Técnico Universitario del 7 de octubre de 1949, mediante el cual se aprobó el Estatuto del Doctorado en Derecho de la UNAM, y fue hasta el 10 de abril de 1950 cuando se iniciaron las clases, por lo que dicha Escuela pasó a ser Facultad de Derecho.

Entre los requisitos para ingresar al doctorado se encontraba la obligación de adscribirse a un seminario durante un año como mínimo, para hacer la tesis, según la dificultad que tuviera la investigación correspondiente.<sup>6</sup>

Debe mencionarse de que sólo elaboraban sus tesis sin ninguna dificultad los alumnos capaces, que proponían el tema, explicaban el problema a desarrollar y hacían la propuesta de solución. Como puede verse, los seminarios se concibieron como centros de investigación académica, principalmente para la elaboración de tesis, tanto de licenciatura como de doctorado.

A lo largo de 66 años, cada seminario ha tenido varios directores, cuyos nombres se indican a continuación, aclarando que algunos no se señalan, en virtud del breve tiempo que estuvieron frente a algún seminario; por lo tanto, no puede decirse que lo hayan dirigido. Debe advertirse que el orden cronológico de los directores no siempre es el correcto, pues durante la investigación me encontré con que muchos seminarios no cuentan con esa información; otros tienen la información, pero no los años en que los maestros fungieron como directores.

Seminario de Derecho Privado 1939-1943	Director Joaquín Rodríguez y Rodríguez, <sup>7</sup> además dirigió el Seminario de Derecho Internacional y Teoría del Estado <sup>8</sup>
Seminario de Aplicación Jurídica fundado en 1949	Director Rafael de Pina Milán <sup>9</sup> (español) desde 1949

<sup>6</sup> Capítulo segundo-Biblioteca Jurídica Virtual- Universidad Nacional, pp. 16-17, biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2903/6.pdf

<sup>7</sup> Rodríguez y Rodríguez, Joaquín (1910-1949), *www.uc3m.es/portal/page/portal/instituto\_figuero*, 6 de enero de 2012.

<sup>8</sup> Aguilar Cuevas, Magdalena, *Maestros españoles en el exilio*, Defensoría de los Derechos, p. 4. *www.ddu.unam.mx*.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 4.

<i>Seminarios creados en 1947</i>	
Derecho Civil	Francisco H. Ruiz
Derecho Constitucional y Administrativo	
Derecho Mercantil y Bancario	Joaquín Rodríguez y Rodríguez <sup>10</sup> (español)
Derecho Penal	
Derecho Procesal	Niceto Alcalá Zamora y Castillo <sup>11</sup> (español)
Derecho del Trabajo	
Teoría del Estado y Derecho Constitucional	
Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica <sup>12</sup> Se fundó en 1946 y se separa en marzo de 1955, para quedar como Sociología General y Jurídica	Luis Recaséns Siches <sup>13</sup> (guatemalteco hijo de padres españoles) <sup>14</sup> (1946-1955)

Seminario sobre Aplicación Jurídica creado en 1949	Director, maestro Rafael de Pina <sup>15</sup> (español)
--	---

<i>Seminarios de la Facultad de Derecho en enero de 2013</i>	
1. Comercio Exterior	Director, licenciado Juan Manuel Saldaña Pérez
2. Derecho Administrativo	Directora (matutino) doctora María Guadalupe Fernández Ruiz Directora (vespertino) doctora Sonia Venegas Álvarez
3. Derecho Agrario	Director, licenciado Manuel Ruiz Daza
4. Derecho Civil	Director (matutino) licenciado José Barroso Figueroa Directora (vespertino) licenciada María del Carmen Montoya Pérez

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> *Idem.*

<sup>12</sup> Seminario de Sociología General y Jurídica-Seminarios, *132.248.84.200/seminarios/seminario\_socilogía/index.html*.

<sup>13</sup> Aguilar Cuevas, Magdalena, *Maestros españoles en el exilio*, cit., p. 4.

<sup>14</sup> Martínez Báez, Antonio, *Compendio de historial del derecho y del Estado*, capítulo 31, p. 303 *books.google.com.mx*.

<sup>15</sup> Aguilar Cuevas, Magdalena, *Maestros españoles en el exilio*, cit., p. 4.

5. Derecho Constitucional	Director, doctor Edmundo Elías Mussi
6. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	Director, licenciado Porfirio Marquet Guerrero
7. Derecho Fiscal	Directora, licenciada Margarita Palomino Guerrero
8. Derecho Internacional	Director, doctora María Elena Mansilla y Mejía
9. Derecho Mercantil	Director, doctor Fabián Mondragón Pedrero (desde 1997)
10. Derecho Penal	Director, doctor Carlos Barragán Salvatierra (desde enero de 2013)
11. Derecho Procesal	Directora, doctora Carina Gómez Fröde (desde marzo de 2011)
12. Derecho Romano e Historia del Derecho	Director, doctor José de Jesús Ledezma Uribe
13. Estudios Jurídicos Económicos	Director, doctora Emma Mendoza Bremauntz (desde enero de 2013)
14. Filosofía del Derecho	Directora, licenciada Socorro Apreza Salgado
15. Patentes, Marcas y Derechos de Autor	Director, doctor César Benedicto Callejas Hernández
16. Sociología	Directora, doctora Elssie Núñez Carpizo (desde 2008)
17. Teoría del Estado	Director, licenciado Miguel Ángel Garita Alonso

<i>Derecho administrativo</i>	
1. Andrés Serra Rojas	
2. Alfonso Nava Negrete	
3. Alfonso Noriega Cantú <sup>16</sup>	
4. Ignacio Ramos Espinosa y Pedro Noguerón Consuegra	
5. Cuauhtémoc López Sánchez y Pedro Noguerón Consuegra	
6. Pedro Noguerón Consuegra	Hasta 2012

<sup>16</sup> Martínez Báez, Antonio, *Compendio de historial del derecho y del Estado*, p. 319, *books.google.com.mx*.

<i>Derecho agrario</i>	
1. Ángel Alanís Fuentes	1948-1963
2. José Castillo Larrañaga	1963-1964
3. Raúl Lemus García	1964-1972 primer periodo 1977-1983 segundo periodo
4. Esteban López Angulo	1972-1977 primer periodo 1983-2000 segundo periodo
5. Director, licenciado Manuel Ruiz Daza	2000 <sup>17</sup>

<i>Derecho civil</i>	
1. Francisco H. Ruiz	
2. Eduardo Baz	
3. Leopoldo Aguilar Carbajal	
4. Raúl Ortiz Urquidi	
5. Flavio Galván Rivera <sup>18</sup>	1987-1990
6. Iván Lagunes Pérez	
7. José Barroso Figueroa	
8. María Leoba Castañeda Rivas	

<i>Derecho constitucional</i>	
1. Mario de la Cueva <sup>19</sup>	1962-1971
2. Felipe Tena Ramírez	
3. Miguel González Avelar	
4. Ignacio Burgoa Orihuela	1971-1990
5. Francisco Venegas Trejo	1990-2004

<i>Seminario de derecho fiscal</i>	
1. Miguel Valdez Villarreal	
2. Raúl Rodríguez Lobato	
3. María de la Luz Núñez Camacho	

<sup>17</sup> Seminario de Derecho Agrario, 132.248.84.200/Seminarios/Seminario\_agrario/ind...

<sup>18</sup> Flavio Galván Rivera, Facultad de Derecho, UNAM, p. 1, [www.derecho.unam.mx](http://www.derecho.unam.mx).

<sup>19</sup> Martínez Báez, Antonio, *Compendio de historial del derecho y del Estado. Algunas corrientes filosófico-jurídicas y políticas de México*, p. 316, [books.google.com.mx](http://books.google.com.mx).

<i>Seminario de derecho fiscal</i>	
4. Miguel Ángel Vázquez Robles	

<i>Derecho internacional</i> El fundador de este Seminario fue Manuel Martínez Aguilar y de Pedroso (Conde Pedroso y Garro) <sup>20</sup>	
1. Manuel Pedroso (español)	
2. Oscar Treviño Ríos <sup>21</sup>	
3. Luis Malpica Lamadrid	1992-1997 <sup>22</sup>
4. Víctor Carlos García Moreno	

<i>Derecho mercantil</i>	
1. Jorge Barrera Graff	
2. Raúl Cervantes Ahumada	
3. Genaro David Góngora Pimentel	
4. Miguel Acosta Romero	
5. Guillermo López Romero	
6. Vicente Toledo López	
7. Pedro Astudillo Ursúa	
8. Óscar Vázquez del Mercado	

<i>Derecho penal</i>	
1. Raúl Carrancá y Trujillo	
2. Celestino Porte Petit	
3. Raúl Carrancá y Rivas	
4. Luis Rodríguez Manzanera	
5. Luis Fernández Doblado <sup>23</sup>	

<i>Derecho procesal</i> Fundado en 1947 Materias que se estudian: derecho procesal (aplicado a cualquier materia sustantiva), teoría del proceso, juicios especiales, práctica forense en materia procesal, acciones colectivas	
---	--

<sup>20</sup> Becerra Ramírez, Manuel, *Notas sobre la historia del derecho internacional público. Derecho internacional público en México*, p. 55, [biblio.juridicas.unam.mx](http://biblio.juridicas.unam.mx).

<sup>21</sup> Oscar Treviño Ríos, Procuraduría General de la República, [www.pgr.gob.mx](http://www.pgr.gob.mx).

<sup>22</sup> "Influencia del derecho internacional en el derecho mexicano", [books.google.com.mx](http://books.google.com.mx).

<sup>23</sup> Seminarios, [132.248.84.200/Seminarios/Seminario\\_penal/directo ...](http://132.248.84.200/Seminarios/Seminario_penal/directo...)

1. Niceto Alcalá Zamora (español)	1 de abril de 1946 a 31 de mayo de 1957 <sup>24</sup>
2. Eduardo Pallares Portillo (español)	1957-1960
3. Ignacio Medina Lima	1960-1982
4. Cipriano Gómez Lara	1982-1990
5. Héctor Molina y González	de noviembre de 1990 a noviembre de 2003
<i>Derecho romano e historia del derecho</i> Se fundó en 1967 Materias que se estudian: derecho romano, historia del derecho, historia del derecho mexicano, derecho indígena, derecho indiano, sistemas jurídicos, derecho comparado, derecho canónico, latín jurídico, historia el pensamiento jurídico. <sup>25</sup>	
1. Guillermo Floris Margadant	1967-a marzo de 2002
2. Sara Bialostosky	de marzo 2002 a febrero de 2010
3. José de Jesús Ledezma Uribe	2 de febrero 2010 a la fecha <sup>26</sup>

<i>Derecho del trabajo y de la seguridad social</i> Fundado en 1947	
1. Rodolfo Zepeda Villarreal	
2. Alberto Trueba Urbina	
3. Hugo Italo Morales	1984-1996
4. Guillermo Hori Robaina	1996-2005
5. Profirio Marquet Guerrero	de 2005 a la fecha

<i>Estudios jurídico-económicos</i>	
1. Hugo Rangel Couto <sup>27</sup>	
2. Manuel R. Palacios	
3. Agustín Arias Lazo	
4. Pedro Ojeda Paullada	Hasta diciembre de 2012

<sup>24</sup> Negrete Romero, Roberto, Niceto Alcalá Zamora y Castillo 1906-1985, foja 4, *derecho procesal.unam.mx*.

<sup>25</sup> Historia del pensamiento jurídico, *132.248.84.200/seminarios/seminarios\_romano/index.html*, José de Jesús Ledezma Uribe. Seminario de Derecho Romano e Historia del Derecho.

<sup>26</sup> *Breve historia y funcionamiento del Seminario de Derecho Romano*. José de Jesús Ledezma Uribe, *132.248.84/seminario/seminario/romano/historia.htm*.

<sup>27</sup> Hugo Rangel Couto, *juristasunam.com*.

<i>Filosofía del derecho</i> Fue fundado el 18 de diciembre de 1946 en la Escuela Nacional de Jurisprudencia. El Seminario comprendía también el área de sociología jurídica, que se separaría hasta marzo de 1955 para conformar el Seminario de Sociología General y Jurídica.	
1. Luis Recaséns Sichés	Fundado el 18 de diciembre de 1946
2. Rafael Preciado Hernández <sup>28</sup>	1949-1991
3. Rolando Tamayo Salmorán	1991-1997
4. María Elodia Robles Sotomayor	1997-2011 <sup>29</sup>

<i>Patentes, marcas y derechos de autor</i> En 1974 se crea la cátedra de Derecho de la Propiedad Intelectual a nivel doctorado a instancias del doctor David Rangel Medina, <sup>30</sup> y trece años después, en 1987, se funda el Seminario de Patentes, Marcas y Derecho de Autor; es el primero de su clase en América Latina. El Seminario se avoca al estudio, investigación y difusión del régimen mexicano e internacional de la propiedad intelectual. Ofrece asesoría no sólo para la elaboración de tesis de licenciatura, sino además se encarga del estudio de temas relacionados con el ramo de la propiedad intelectual en su aspecto sustantivo, adjetivo, comercial y de desarrollo tecnológico. El Seminario tiene como objetivos servir como órgano de consulta de la Facultad de Derecho de la UNAM, en los temas y problemas de su especialidad, preparar y actualizar al personal académico, así como asesorar a los alumnos y egresados en la realización de investigaciones y tesis. <sup>31</sup>	
1. David Rangel Medina	1987-2003
<i>Sociología jurídica</i>	
1. Juan Pérez Abreu	1955-1963 <sup>32</sup>
2. Leandro Azuara Pérez <sup>33</sup>	1963-1978
3. Olga Sánchez Cordero	1980-1984

<sup>28</sup> Martínez Báez, Antonio, *Compendio de historial del derecho y del Estado*, p. 305. [books.google.com.mx](http://books.google.com.mx).

<sup>29</sup> Seminario de Filosofía del Derecho, [132.248.84.200/seminarios/seminario\\_filosofia/index.html](http://132.248.84.200/seminarios/seminario_filosofia/index.html).

<sup>30</sup> David Rangel Medina (Discurso Premio Nacional de Jurisprudencia por Raúl González Schmall), [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).

<sup>31</sup> Patentes, marcas y derechos de autor- Seminario, [132.248.84.200/seminarios/seminario\\_patentes/index.html](http://132.248.84.200/seminarios/seminario_patentes/index.html).

<sup>32</sup> Seminario de Sociología General y Jurídica-Seminarios, [132.248.84.200/seminarios/seminario\\_sociologia/index.html](http://132.248.84.200/seminarios/seminario_sociologia/index.html).

<sup>33</sup> Martínez Báez, Antonio, *Compendio de historial del derecho y del Estado*, p. 314. [books.google.com.mx](http://books.google.com.mx).

4. Salvador López Mata	1984-1989
5. Víctor Manuel Ávila Ceniceros	1989-enero de 1992
6. Pablo Roberto Almazán	enero de 1992 a julio de 2000
7. Jorge Islas López	julio de 2000 a enero de 2004
8. José Díaz Olvera	enero de 2004 a julio de 2006

*Teoría del Estado*

Siendo director de la Facultad de Derecho el doctor Ernesto Flores Zavala y Miguel Ángel González Avelar el director del profesorado, el Consejo Técnico de la Facultad, con fecha 3 de abril de 1968, acordó crear este Seminario. Cabe hacer notar que el fundador del Seminario fue Manuel Martínez Aguilar y de Pedroso (Conde Pedroso y Garro), que en aquel entonces funcionaba en el Seminario de Derecho Internacional.<sup>34</sup>

1. Aurora Arnaiz Amigo (española)	1958 <sup>35</sup> -1986
2. María de la Luz González González	1986-2005

*Comercio exterior*

1. Luis Malpica Lamadrid	1997
2. Juan Manuel Saldaña Pérez	

## II. RECUERDOS DEL SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

### 1. *Maestro Ignacio Medina Lima*

Estudié en la Escuela Nacional de Jurisprudencia en 1950. Al concluir mis estudios, y ya trabajando en un despacho que se dedicaba a materia laboral, busqué hacer mi tesis en el Seminario de Aplicación Jurídica, cuyo director era el maestro Rafael de Pina, quien anteriormente me había impartido la materia de derecho procesal; era una persona de buenas maneras, atento y erudito. El Seminario estaba ubicado en la planta baja, era reducido, apenas cabía un escritorio y dos sillas. El maestro, una vez concluida mi tesis, fue sinodal en mi examen profesional, que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho en Ciudad Universitaria. Posteriormente fue mi amigo.

Años después entré a trabajar como ayudante de profesor al Seminario de Derecho Procesal en 1963, por invitación del entonces director del Seminario, el doctor Ignacio Medina Lima, quien permaneció en ese puesto

<sup>34</sup> Directorio-Seminarios 132.248.84.200/seminarios/seminario\_estado/index.html.

<sup>35</sup> Martínez Báez, Antonio, *Compendio de historial del derecho y del Estado*, p. 323. books.google.com.mx.



22 años. Durante ese tiempo mostró ser una persona trabajadora, seria, cumplida, con una gran capacidad intelectual y destacada experiencia profesional, pues se dedicaba al litigio.

Al Seminario iba por las mañanas y excepcionalmente por las tardes. El doctor Medina asignaba a cada tesista un asesor; posteriormente éste le presentaba un proyecto de capitulado para que lo aprobara o hiciera las correcciones pertinentes. Una vez concluido el trabajo se le presentaba al director.

El maestro Medina elaboró dos libros, el primero titulado *Breve antología procesal*, donde hace alarde de su erudición, pues lo escribió en español y en latín. Además, hizo otro libro llamado *Remanso de historias*, cuyo contenido no es procesal.

Durante todo el tiempo que he estado en el Seminario de Derecho Procesal me percaté de muchas cosas, entre ellas que durante la dirección del doctor Ignacio Medina Lima también colaboraron como profesores adscritos los maestros Carlos Cortez Figueroa y el ilustre doctor Humberto Briseño Sierra, que entre otras cosas es el autor de la *Teoría de la acción como instancia proyectiva*, quien a los medios de prueba les llamó “actos de confirmación”.

Estando en el Seminario un día, el doctor Ignacio Medina Lima me contó que tiempo atrás, la embajada de Japón lo contrató como su abogado, y le pagaba una mensualidad. Sin embargo, nunca le pasaron un problema jurídico. Por lo que una tarde en su privado, viendo un diccionario traducido del japonés al francés, lo tomó, y al margen de cada palabra puso el equivalente al español. Una vez que concluyó ese trabajo, lo presentó al embajador y le entregó el diccionario, que ahora estaba traducido del japonés al francés y de éste al español, diciéndole que estaba muy agradecido por el contrato, pero que él no estaba acostumbrado a cobrar sin trabajar, por lo que entregó el diccionario, diciéndole que ese era el trabajo que había hecho, dando las gracias, y por último presentó su renuncia.

Creo que muchos de sus modales elegantes los aprendió de los japoneses, porque era muy ceremonioso, pues bajaba la cabeza para saludar y despedirse, como lo hacen los japoneses. En una ocasión le oí decir: “La cortesía nació en Japón, y la paciencia en China”.

Cabe decir que el maestro Medina hablaba perfectamente el francés, y en su trato diario siempre utilizaba palabras en ese idioma. Por ejemplo, al entregar un documento decía *voilà*, y en lugar de decir sí, decía *oui*. Tenía costumbres afrancesadas, y en varias ocasiones me aconsejó ir a París, diciéndome: “un día en París es un segundo en el paraíso”.

En el tiempo que el doctor Medina fue director del Seminario estuvo a punto de ser director de la Facultad de Derecho, ya había escogido a su grupo de trabajo. A mí me iba a designar secretario de Asuntos Escolares. Llegó el día de tomar posesión en 1966, sin embargo, por cuestiones políticas externas a la Facultad le fue impedido ese derecho, tomando en cuenta que ya había sido designado por el ingeniero Javier Barros Sierra, rector de la UNAM en ese tiempo.

El día en que el doctor Medina Lima iba a tomar posesión, Cipriano Gómez Lara y yo estábamos en la planta baja, esperando al maestro para acompañarlo a dicho evento, pero como había un tumulto que apenas permitía caminar, vimos el peligro en que nos encontrábamos, entonces Cipriano y yo hicimos un esfuerzo para salirnos del alboroto, y nos subimos al primer piso del área de Seminarios, y desde ahí vimos con horror, que cuando el maestro Medina llegó, lo recibieron a jitomatazos, impidiéndole el paso a la Dirección de la Facultad, y vio tal revuelo, que simplemente regresó a su coche y se retiró. Nunca tomó posesión.

Cabe decir que durante la dirección del Seminario del doctor Medina Lima se realizaron varios congresos en la República, organizados por el doctor Gonzalo Armienta Calderón, a los que siempre asistí. Normalmente el doctor Medina y yo nos íbamos juntos en avión, en camión o en coche según la distancia. Cuando llegábamos al hotel y se repartían las habitaciones, le preguntaban al doctor Medina con quién quería compartir la habitación, y él siempre decía: “con Molina”. Así sucedió siempre.

A dichos congresos también asistían Cipriano Gómez Lara y Carlos Pérez González, quienes conociendo la cercanía que existía entre el doctor Medina y yo, me decían “Medinita”, o bien “tu papá te anda buscando”. Ante tales palabras, buscaba al maestro Medina para preguntarle qué se le ofrecía, y él me decía: “Vámonos, Molina”.

## *2. Maestro Cipriano Gómez Lara*

Cuando se jubiló el doctor Medina Lima en 1982, fue designado como nuevo director del Seminario de Derecho Procesal el maestro Cipriano Gómez, a quien yo conocía desde los 18 años más o menos, porque había sido mi compañero desde la preparatoria y coincidimos en muchas clases. Posteriormente fue mi compañero en la Facultad, y pude percatarme de su gran capacidad para la organización, pues fundó un club, que llamó “Coyotillo”, que se encargaba de organizar tés danzantes. Además de su entrega a la Facultad y al Seminario.

Cipriano asistía al Seminario por las mañanas. Era un hombre sencillo y tranquilo en su trato; organizador, como ya dije, y cumplido; no faltaba, trabajaba siempre con una agenda, en la que llevaba rigurosamente las citas del Seminario. Además de sus clases sobre materias procesales, impartía cursos de preseminario para preparar a los alumnos que deseaban elaborar su tesis. Les decía cómo escoger el tema, la importancia de redactar bien, cómo llevar a cabo la investigación, en dónde buscar, etcétera. Los demás asesores también impartíamos dicho curso. En esas épocas Cipriano era director del Banco Pesquero y Portuario.

Para los alumnos que querían hacer su tesis en el Seminario, Cipriano impuso como requisito que aprobaran un examen de conocimientos básicos de teoría del proceso, derecho procesal civil y penal, así como de redacción, lo cual servía para que al Seminario sólo ingresaran las personas que estuvieran preparadas, y ello ahorra problemas a los asesores y a él.

Los ayudantes de profesor que ingresaron al Seminario bajo el auspicio del maestro Gómez Lara fueron Silvestre Mendoza, Consuelo Sirvent, Santos Martínez Gómez, Martha Vicenteño y Lucía Rebollo.

### *3. Maestro Héctor Molina y González*

En noviembre de 1990 fui designado por el director de la Facultad de Derecho, doctor José Dávalos Morales, director del Seminario de Derecho Procesal.

Los seminarios desde el principio eran bibliotecas especializadas en la materia correspondiente, por lo que los libros tenían que ser clasificados y acomodados en los estantes; por ello se requería personal del servicio social, para poner etiquetas, esquineros, hacer papeletas, sellar los libros, trabajo que tenía que concluirse para el acervo bibliográfico del Seminario.

Los libros eran consultados por todas las personas que realizaban su tesis de licenciatura o de posgrado, para elaborar los trabajos encargados por los profesores dentro de sus clases, así como para ser estudiados por los profesores en la preparación de sus clases. Cabe decir que los libros únicamente se consultaban dentro de la sala de lectura del Seminario, y estaba prohibido fotocopiarlos, pues se maltrataban. Cada vez que un alumno concluía su tesis donaba dos libros de actualidad al Seminario, obviamente, sobre la materia de que trataba.

Desde que se fundaron los seminarios hasta 2004, una de sus principales funciones era la dirección y asesoramiento de tesis, actividad que abarcaba hasta un 90% del trabajo que ahí se realizaba en el Seminario de Derecho Procesal, dentro de las cuales se incluían también las investigaciones del

doctorado. Además, periódicamente se realizaban mesas redondas, conferencias, cursillos de preseminario, y se inscribían a dicho centro de trabajo unas ochenta personas anualmente, y de 1991 a 1993 se habían inscrito 215. Diariamente solicitaban ayuda unas 30 personas.<sup>36</sup>

Cabe decir que el apoyo de la dirección del doctor Máximo Carvajal Contreras fue muy importante, pues se preocupó por la compra de libros especializados en la materia procesal, dotó al Seminario de una máquina electrónica y de una computadora, que se utilizaba para que los profesores adscritos al Seminario capturasen la información de las investigaciones y para que el trabajo administrativo se hiciera adecuadamente.<sup>37</sup>

Es necesario hacer notar que los seminarios no se concretaban sólo a su labor académica dentro de la UNAM, sino que también apoyaba a instituciones educativas y de la administración pública. Continuamente se solicitaban maestros para dar asesorías y se recibían invitaciones para dar conferencias, cursos y opiniones sobre las materias de su especialidad, fuera del campus universitario.

Por ejemplo, desde que me designaron como director del Seminario en 1990 y hasta que concluí mis funciones como director, los retos del Seminario estribaban en propiciar la elaboración de leyes procesales que sirvieran para solucionar con rapidez y economía, tanto de tiempo como de costo, los litigios que se promovieran.<sup>38</sup> Tomando en cuenta que el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal ya era una legislación atrasada, con muchos defectos y con falta de técnica jurídica, pues entonces (1993) dicho Código contaba con 62 años de vida, habiendo sido reformado innumerables veces. Señalé que los procesalistas debían encontrar la solución a múltiples problemas.

Las propuestas que hice expresamente en 1993, siendo director del Seminario, están presentes en los diferentes códigos. Tan es así, que la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, mediante decreto publicado el 18 de marzo de 2011 en la *Gaceta del Gobierno del Distrito Federal*, derogó los juzgados de paz civiles y paz penales y creó en el capítulo VI “De la justicia civil de cuantía menor, el proceso oral civil y penal de delitos no graves,<sup>39</sup> con lo que se busca expeditez y bajos costos para los

---

<sup>36</sup> “Por la excelencia en el derecho”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 51, primera quincena de diciembre de 1993, entrevista al licenciado Héctor Molina González, director del Seminario de Derecho Procesal, p. 1.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 4

<sup>39</sup> *Decreto por el que se reforma la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia...* [www.idconline.com.mx](http://www.idconline.com.mx).

litigantes. Aclarando que los juzgados de paz eran orales y buscaban bajos costos para los justiciables.

Otro de los retos del Seminario de Derecho Procesal en esa época y hasta que concluí en 2003 fue que las figuras de derecho procesal, como el proceso, ya no se concibiera como el conjunto de actividades que dentro del proceso realizaban los sujetos procesales, pues ya era deficiente, por su lentitud y costo, sino que debían buscarse nuevas soluciones alternativas que sustituyeran al proceso, como las procuradurías (del Consumidor y Social) y como las comisiones (Derechos Humanos) y defensorías.<sup>40</sup> Mi propuesta coincide con el hecho de que diez años después, en 2003, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal creó el Centro de Justicia Alternativa, como órgano del Consejo de Justicia Alternativa, para administrar y desarrollar los métodos alternos de solución de los litigios. Cinco años después se incluyeron dichos medios alternos en el artículo 17 constitucional, en la reforma del 18 de junio de 2008.<sup>41</sup> Con las mencionadas formas alternativas se propicia una disminución en los costos, no únicamente para las partes, sino también para los órganos jurisdiccionales, además de que ello hace que se descongestionaran dichos órganos.<sup>42</sup>

Como director del Seminario dije que el atraso del proceso no sólo se encontraba en materia común, sino también en materia federal, pues los juicios de amparo eran lentos, y su costo, excesivo.<sup>43</sup>

Respecto de la jurisdicción, expresé que con la firma del Tratado de Libre Comercio celebrado por México, Estados Unidos de América y Canadá, era necesario e inaplazable encontrar nuevos caminos procesales que garantizaran la solución rápida, efectiva y conveniente de los problemas que se presentarían en el futuro. Toda vez que en esos días se estaba creando una integración económica entre varios países, así en Europa como en América, y era evidente que debía elaborarse un derecho procesal comunitario, en el que se fincaran las bases para resolver los problemas jurídicos comunes que surgieran entre los países miembros involucrados. En ese renglón resalté la importancia del arbitraje, como la figura procesal idónea para resolver esta clase de litigios.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> *Boletín Facultad de Derecho, cit.*, p. 4.

<sup>41</sup> *DOF*, 18 de junio de 2008, Cámara de Diputados. [www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx).

<sup>42</sup> Poder Judicial del Distrito Federal, *Boletín Judicial*, Centro de Justicia Alternativa, [www.poderjudicialdf.gob.mx](http://www.poderjudicialdf.gob.mx).

<sup>43</sup> *Boletín Facultad de Derecho, cit.*, p. 5.

<sup>44</sup> *Idem.*

De la función jurisdiccional establecí que no debía estudiarse como una actividad que se realiza dentro de los estados, ya que se había invadido el campo transnacional.<sup>45</sup>

En tanto que de la acción procesal expuse que aun cuando la enseñanza académica sobre dicha figura era marcadamente individualista, pues se consideraba un derecho individual en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, existía otra tendencia, que aparece cuando surgen intereses que afectan a toda una comunidad; es decir, a un grupo de personas cuyo número es indeterminado, pero que tienen intereses comunes, porque los afecta el mismo de los intereses difusos. Este tipo de acciones ya existen en otros países, tanto en Europa como en América Latina, y también en Estados Unidos de América. Obviamente, me estaba refiriendo a las acciones colectivas, por lo cual señalé que para que funcionara tal figura se debían preparar juristas especializados para que con una mentalidad nueva manejaran estas acciones.<sup>46</sup>

Cómo director del Seminario, en 1992 se incluyeron a petición mía las acciones colectivas en el plan de estudios de la materia teoría del proceso, en la unidad 6, denominada “La acción procesal”, en el último punto. El Plan entró en vigor en 1994, figura que introduce en mi *Instrumento metodológico de teoría del proceso*, editado por el Sistema de Universidad Abierta en 1994.<sup>47</sup>

Tuvieron que pasar 18 años para que fueron incluidas las acciones colectivas en el párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>48</sup> y otros 18 para que se regularan sólo en materia federal en el libro quinto, “De las acciones colectivas”, título único, del Código Federal de Procedimientos Civiles.<sup>49</sup>

Durante el tiempo que fui director del Seminario de Derecho Procesal (trece años), con la autorización del director Máximo Carvajal Contreras colaboré (desde 1997) como miembro del Comité Académico del Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Una de las tareas del Comité era intervenir como sinodal en los exámenes de oposición que presentaban los aspirantes a jueces, razón por la cual los conocimientos que adquirí ahí los llevé al Seminario para proponer nuevos temas para las investigaciones de los tesisistas.

---

<sup>45</sup> *Idem.*

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>47</sup> Molina y González, Héctor, *Instrumento metodológico de teoría del proceso*, México, UNAM, División de Universidad Abierta, Facultad de Derecho, 1994.

<sup>48</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 29 de julio de 2010, [www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx).

<sup>49</sup> *Gaceta Oficial del Distrito Federal-PAOT*, [www.paot.org.mx](http://www.paot.org.mx).

A principios de 1994 todos los libros de los seminarios fueron enviados a la Biblioteca de la Facultad, construida a instancias del entonces director de la Facultad de Derecho, doctor Máximo Carvajal Contreras, por lo que los seminarios perdieron una de sus principales funciones: ser bibliotecas especializadas, lo cual agilizaba la investigación de las personas que hacían sus tesis, pues las secretarías del turno matutino como del vespertino conocían perfectamente la ubicación de los libros y la existencia de ellos.

Con el cambio de los libros a la Biblioteca muchos se perdieron, el personal de la biblioteca no estaba familiarizado con el acervo de cada especialidad y otros fueron guardados en un lugar al que no tienen acceso los alumnos y solamente los prestan a algunos maestros.

Cuando estuve de director del Seminario de Derecho Procesal pude percatarme de varias cosas:

- a) Los alumnos llegaban al Seminario sin saber la materia; por lo tanto, tampoco contaban con un tema de investigación.
- b) No sabían escribir, ni siquiera estructurar una oración.
- c) Tampoco conocían las técnicas de investigación documental.

En noviembre de 2003 dejé de ser el director del Seminario de Derecho Procesal porque me diagnosticaron cáncer de próstata.

#### 4. *Nuevas formas de titulación*

Al percatarse el tesista de que no tenía la preparación para escribir, desertaba del Seminario. Al ver las autoridades de la Facultad que lo anterior impedía que los tesisas se recibieran, optaron por crear otras opciones de titulación. En la Facultad de Derecho, desde 2004 fueron aprobadas las siguientes formas de titulación, que también se aplican a los alumnos del sistema incorporado de la UNAM:

1. Tesis y examen profesional.
2. Totalidad de créditos y alto nivel académico (promedio mínimo 9.5).
3. Mediante estudios de posgrado.
4. Por ampliación y profundización de conocimientos.
5. Mediante examen general de conocimientos.
6. Por práctica jurídica mediante trabajo profesional.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> “Cuadernos Básicos de Administración Escolar”, *Opciones de titulación en la UNAM*, México, Secretaría General de Administración Escolar, Facultades y Escuelas, febrero de 2011, pp. 57-60. [www.pve.unam.mx/titulacion/opcionestitu2011.pdf](http://www.pve.unam.mx/titulacion/opcionestitu2011.pdf).

Los alumnos que cuentan con recursos económicos desde entonces han optado por la opción 3, que consiste en pagar 20,000 pesos para cursar un diplomado que casi les garantiza la aprobación. Los alumnos que no cuentan con esa cantidad, o no se reciben o no les queda más que hacer su tesis.

#### 5. *Maestra Carina Gómez Fröde*

A partir de marzo de 2011, la directora del Seminario de Derecho Procesal es la maestra Carina Gómez Fröde, quien se doctoró en octubre del mismo año. Es hija del doctor Cipriano Gómez Lara, y en casi dos años de dirigir el Seminario ha programado y participado en diversas conferencias en materia procesal, procesal familiar, sexología, juicios orales, un maratón procesal electoral, un maratón probatorio, un maratón de juicios orales y penales. Cabe decir que en dichos eventos no sólo han intervenido los profesores de las materias procesales, entre los cuales además me encuentro, sino que Carina ha invitado a todos los profesores de la Facultad que deseen colaborar en el Seminario.

Poco después de que fue nombrada directora del Seminario estableció “El Jueves de Cine”, al que se convoca a la comunidad universitaria, profesores y principalmente a los alumnos. Al final de la película siempre se hace el análisis jurídico, médico, psicológico de la misma. Es decir, utiliza al cine como una herramienta pedagógica.

Por iniciativa de la directora del Seminario y del maestro Rodolfo Bucio Estrada, en octubre de 2012 se abrió el Primer Concurso de Ensayo sobre la Prueba, para alentar a los profesores a escribir sobre temas procesales. En dicho concurso la profesora Marcela Sosa y Ávila Zabre ganó el tercer lugar con un ensayo denominado “Cómo funciona el arbitrio judicial en la valoración de la prueba”. Durante los trece años que fui director del Seminario colaboró conmigo ininterrumpidamente, y a quien invitó Carina para que trabajara con ella.

### III. RECUERDOS DEL SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, GARANTÍAS Y AMPARO

#### *Maestro Francisco Venegas Trejo*

En abril de 1980 traté de inscribirme en la materia de derecho constitucional, pero como se llenó el grupo, me inscribí con un maestro que no conocía; se llamaba Francisco Venegas Trejo.



Durante el curso me impresionó el maestro. Era un hombre de carácter. Sus conocimientos, sus expresiones, la pasión con que impartía la clase; no era una cátedra magistral, sino que interrogaba a los alumnos, pedía opiniones. Normalmente lo acompañaban sus ayudantes del Seminario de Derecho Constitucional, Garantía y Amparo: Miguel Ángel, Georgina, Alberto o José Antonio, quienes además lo ayudaban a cuidar en los exámenes parciales que realizaba durante el semestre. Su forma de manejar al grupo, su vasto conocimiento, provocó que me enamorara del derecho constitucional y posteriormente de la ciencia política, que también él me impartió al año siguiente, yo no cursé la materia hasta que él la impartió.

El lugar donde normalmente yo estudiaba con una amiga era el Seminario de Derecho Constitucional.

Un día de octubre de 1980, estando en el Seminario, el doctor Francisco Venegas Trejo me preguntó si quería yo hacer mi servicio social en ese Seminario; obviamente acepté su invitación, y durante diez meses estuve bajo su dirección.

El Seminario medía como quince metros de fondo por diez metros de ancho, estaba dividido en dos. El privado del director mediría unos catorce metros cuadrados, había tres o cuatro sillones individuales color rojo y un escritorio hermoso de caoba que había llevado el doctor Ignacio Burgoa Orihuela. Encima del escritorio había un objeto de piel café, donde se guardaban las cartas y el correspondiente abrecartas forrado del mismo color, que cuando fue desechado yo fui el heredero.

Mi trabajo consistía en limpiar los anaqueles que estaban de pared a pared, acomodar los libros por autor y país, poner las etiquetas correspondientes, atender a los alumnos cuando así se requería. Mi servicio duró diez meses. Durante ese tiempo leí más que de costumbre subido siempre en una escalera y con un trapo en la mano, que lavaba constantemente. Había libros en varios idiomas: francés, ruso, chino, entre otros. Los autores más solicitados por los alumnos eran los siguientes: Ignacio Burgoa Orihuela, Daniel Moreno Cruz, Felipe Tena Ramírez, *Los derechos del pueblo mexicano*, entre otros.

El director del seminario era el doctor Ignacio Burgoa, que iba por las mañanas; pocas veces lo vi por la tarde. El que llevaba todo el peso del Seminario era el doctor Francisco Venegas Trejo, que acudía diariamente, estaba ahí por la mañana y por la tarde, después de sus clases en la licenciatura y en el doctorado. Él era el que recibía y entrevistaba a los alumnos que querían hacer ahí su tesis.

Un día de enero o febrero de 1981 llegó a trabajar un rubio, blanco, de ojos azules, que venía de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas,

llamado Vladimir, quien permaneció en el Seminario haciendo una investigación por varios meses.

En otra ocasión llegó a visitar al doctor Venegas una pareja que venía de Toulouse. El maestro platicó con los esposos. Después de un rato me los presentó y hablamos un poco en francés. Yo comenté: “son de donde era Conde Toulouse-Lautrec”. Ellos no sabían ese dato. El recuerdo que me quedó de aquel momento fue una tesis sobre la Constitución de Cádiz de 1812 y el tomo I de *Les Constitutions modernes* traducido por F. R. Dareste de 1891, que el doctor Venegas me regaló por mi atinado comentario, y que a la fecha conservo. Después de un rato los invité para que al día siguiente fueran a comer a mi casa, y ahí me enteré de que el hombre era médico cirujano, y vino a México a realizar unas investigaciones sobre personas que tenían labio leporino y a practicar unas cirugías, pues dijo que aquí en nuestro país teníamos muchos casos (en Francia no), y por ende teníamos más experiencia. La mujer había estudiado derecho, y era muy agradable. Posteriormente, ellos me invitaron a comer a su casa, y ella guisó comida francesa. Mientras la preparaba, me platicó de su nuevo presidente, François Mitterrand.

Durante mi servicio me enteré de que el doctor Venegas había hecho su doctorado en Toulouse, Francia. No recuerdo cuál era el título de su tesis, pero lo que sí recuerdo es que tenía unas 1,300 hojas escritas en francés. El maestro lo hablaba perfectamente, y conmigo lo hablaba a veces. También supe que no solo leía libros de derecho y ciencia política, sino que una de sus pasiones era la lectura, que dormía 4 o 5 horas diarias, que leía varios libros por mes, que en esa época estudiaba inglés, y que le encantaba el café express. Al maestro le gustaba convivir con los que trabajábamos en el Seminario, y en varias ocasiones nos invitó a tomar café o a comer al Sanborns de Plaza Universidad.

Subido en la escalera, fui testigo de las pláticas de altura que sostenía el maestro Venegas con mi querida maestra de filosofía del derecho, Yolanda Higareda Loyden, quien llegaba al Seminario después de clase y se sentaba en la salita que había dentro del privado del director, y quien cariñosamente lo llamaba Paco.

La secretaria del Seminario del turno matutino se llamaba Silvia Rodríguez Reynoso, con quien hice una buena amistad, y entre sus funciones estaba la de cuidar que ninguna persona hablara en voz alta. Por ello había colgado en un pilar del Seminario un anuncio que decía: “Silencio. El ruido sobrepasa las ideas. Séneca”. Silvia me dijo que había estudiado biblioteconomía en la Facultad de Filosofía y Letras, pero que no había concluido su carrera.

Al salir del Seminario, del lado izquierdo había unos estantes, donde se ubicaban las tesis concluidas, que podían ser consultadas.

Había varias mesas grandes, donde se estudiaba, cabrían unas cuatro personas en cada una y al final de la sala de estudio había dos sillones individuales rojos, donde me sentaba con una amiga a estudiar y a platicar cuando se cerraba el Seminario a las tres de la tarde. Frente a nosotros siempre veíamos una especie de tarima de una altura mayor a la de un escalón, y arriba colgados en la pared se encontraban los retratos de quienes conforman la tetrarquía del amparo: Manuel Crescencio Rejón (creador del juicio de amparo en 1840), Mariano Otero (lo federaliza), León Guzmán (el salvador, instituye el juicio de amparo en los artículos 103 y 107 de la Constitución de 1857) e Ignacio Luis Vallarta (estructurador del juicio de amparo).<sup>51</sup>

En septiembre de 1981 concluí mi servicio social, y agradecí al doctor Francisco Venegas Trejo la oportunidad que me dio de trabajar con él, aprender, desarrollarme y conocer el mundo del derecho constitucional.

---

<sup>51</sup> *La substanciación del juicio de amparo directo*, [www.buenastareas.com](http://www.buenastareas.com).

## EL DERECHO EN *EL ALCALDE DE ZALAMEA*

Carlos PARODI REMÓN\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Resumen*. III. El Alcalde de Zalamea: *una reseña*. IV. *El honor como protagonista central del drama*. V. *El derecho natural, sustento del derecho positivo*. VI. *Aspectos jurídicos de la obra*. VII. *El abuso del poder y la vigencia del derecho*. VIII. *Disposiciones procesales*. IX. *Epílogo*.

### I. INTRODUCCIÓN

Referirnos a la memoria del doctor Humberto Briseño Sierra es, a la vez, fácil y difícil. Es sencillo, porque son tantas las facetas de su vida fecunda, que basta mencionar alguna de ellas para realzar la inmensa dimensión de su obra. Sin embargo, al mismo tiempo es complejo, pues esa obra está teñida de meditaciones y trabajos tan profundos, que sólo un eximio jurista puede hacerlo. Por ello, su verdadero valor será apreciado debidamente, con el transcurso del tiempo.

Para quien estas líneas escribe, es un alto honor participar en este homenaje. La amistad de tantos años con Humberto, que día a día se ha ido profundizando, nos hace brotar varios sentimientos. Entre ellos, los de admiración, gratitud y esperanza. El primero, por su brillante trayectoria jurídica. Incansable investigador y publicista, la lectura de su abundante producción nos lleva no sólo al derecho procesal, sino también a la filosofía del derecho. El segundo, porque un reconocimiento permanente a su obra y a su ejemplo puede compensar, aunque pálidamente, todo el bien que realizó a lo largo de su existencia. Y el tercero, porque su recuerdo imperecedero será por siempre fuente inagotable de progreso y superación.

\* Doctor en derecho y profesor emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú. Actualmente se desempeña como profesor-investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad San Martín de Porres, en Lima, Perú.

Fundador, mentor e ideólogo del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, materializado en los Encuentros, fue su guía incansable, como modelo de tenacidad y esfuerzo para el éxito que obtuvo y el nivel que alcanzó.

Puestos en la situación de definir la naturaleza del aporte al Libro-homenaje en su honor, elegimos el comentario jurídico de la obra inmortal *El alcalde de Zalamea*, destacando la relación entre el derecho y la literatura, y confirmando el reconocimiento de los valores, cuya vigencia fue objetivo de Humberto durante su vida.

No podemos terminar esta dedicatoria sin hacerla extensiva a su esposa Teresa, la compañera ideal de su vida, y a sus hijos, herederos orgullosos de su obra. Finalmente, reiteramos nuestra gratitud a los doctores Gonzalo Armenta Calderón y Cipriano Gómez Lara, con quienes me une una fraterna amistad, que ahora se incrementa más aún.

## II. RESUMEN

El insigne autor literario del siglo de oro español, Pedro Calderón de la Barca (Madrid, 1600-1681), fue el creador de la obra *El alcalde de Zalamea*, de cuyo texto y significado puede derivarse como primer comentario la exaltación del honor, sentimiento muy propio de la época en que fue escrita.

El presente ensayo propone algunas reflexiones sobre la relación que existe entre la obra en mención y el derecho. El objetivo es tratar de demostrar la necesidad de reconocer la vigencia de los valores como fuente inspiradora de la norma positiva, pues es la única forma de mantener y respetar el derecho como el supremo regulador de las relaciones sociales entre los hombres.

## III. *EL ALCALDE DE ZALAMEA*: UNA RESEÑA

Una breve reseña del drama que contiene la mencionada obra es necesaria para colocar al lector en el contexto. El capitán, don Álvaro de Ataíde, atenta contra el honor de Isabel, hija del alcalde de Zalamea, Pedro Crespo; éste le pide a aquél que repare la ofensa, llegando hasta el ruego, pero ante su persistente negativa, lo hace ahorcar, a pesar de las protestas del general, don Lope de Figueroa.

Enterado del caso, el rey Felipe II, no sólo no sanciona al alcalde Pedro Crespo, sino que lo nombra alcalde perpetuo de la ciudad, respaldando así

su conducta, basada en el honor como atributo esencial en la personalidad del ser humano.

Por lo tanto, *El alcalde de Zalamea* es un drama de la historia y leyenda relacionada con el honor, dentro del cual se caracterizan los perfiles morales de distintos personajes, en especial de don Pedro Crespo.

#### IV. EL HONOR COMO PROTAGONISTA CENTRAL DEL DRAMA

La exaltación del honor es un tema recurrente y constante en la obra mencionada. Por ejemplo, en uno de sus pasajes, el personaje Pedro Crespo le dice a su hijo Juan: "... no ofrecer lo que no sabes que has de cumplir, ni jugar más de lo que está delante, porque si por accidente falta, tu opinión, no falte".<sup>1</sup>

¿Qué se desprende de este pensamiento? Pues que se debe actuar con lealtad y franqueza, evitando la mentira y la doblez. Es posible que esta reflexión suscite alguna sonrisa, porque el irrespeto a los valores es una característica del mundo de hoy; pero, precisamente por ello, es un reto, primero reconocerlo y luego esforzarse por superarlo.

La actitud negativa del falsario o del aprovechador jamás puede ser garantía de un mundo mejor. Quien influido por sentimientos de egoísmo o de mezquindad piensa una cosa y dice otra o promete a sabiendas que no ha de cumplir lo que está diciendo, induce a un error al interlocutor y se niega a sí mismo, como ser humano.

En el mismo diálogo, Pedro Crespo le expresa a su hijo Juan lo siguiente:

... ¿qué gano yo en comprarle una ejecutoria al rey, si no le compro la sangre? ¿Dirán entonces que soy mejor que ahora? Es dislate. Pues, ¿qué dirán? Que soy noble por cinco o seis mil reales. Y eso es dinero y no es honra; que honra no la compra nadie. ¿Quieres, aunque sea trivial, un ejemplillo escucharme? Es calvo un hombre mil años, y al cabo de ellos se hace una cabellera. Éste, en opiniones vulgares, ¿deja de ser calvo? No, pues dicen al mirarle: Bien puesta la cabellera trae fulano. Pues ¿qué hace si, aunque no le vean la calva, todos que la tiene saben?<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Calderón de la Barca, Pedro, *El alcalde de Zalamea*, Madrid, Editorial Alba, 1998, p. 22.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 23.

Es clara la diferencia entre la ficción y la realidad. Ningún precio, por alto que sea, puede cambiar la naturaleza de las cosas. Se pueden comprar galardones, premios y hasta honores aparentes, pero no la honra.

Las apariencias, por bien presentadas que estén, jamás cambiarán la verdad misma. Quienes se esfuerzan en aparentar virtudes que no poseen, solo pueden provocar sonrisas de conmiseración o el rechazo más rotundo, aunque ni unas ni otros se manifiesten expresamente. No hay que olvidar que no son los cargos los que dignifican a los hombres, sino estos a aquellos.

Un grito al respeto que toda mujer debe inspirar es lo que le dice Isabel a su seductor, el capitán Álvaro de Ataide: “Deteneos, siquiera, porque, señor, vino a valerse de mí; que los hombres como vos han de amparar las mujeres, si no por lo que ellas son, porque son mujeres; que esto basta, siendo vos quien sois”.<sup>3</sup>

Una vez más se nos presenta la visión de la realidad misma ante la creación artificial del hombre. En este caso lo que vale es ser mujer, cualquiera que fuera su condición, nivel socio-económico o el estado en que se encuentre. Lo que se respeta es la esencia misma del ser humano, por encima de lo que la ley pueda establecer. Este pasaje nos recuerda un pensamiento de Francisco Laporta, al expresar que

En todo caso, lo que parece asentarse decididamente en el pensamiento jurídico es que no hay obligación de obediencia al derecho injusto. Lo que supone que nuestro problema, si tiene solución, la tiene sólo con relación al derecho justo. Y eso significa seguramente que ese derecho, si es obligatorio, no lo es porque sea derecho, sino porque es justo. Naturalmente, esto hace desembocar toda nuestra indagación en cuestiones relativas a la justicia de los sistemas jurídicos. Más allá del derecho, la justicia. Más allá de la legalidad, la legitimidad. Al salir de la esfera de la legalidad a la búsqueda de una justificación, penetramos necesariamente en el territorio de la legitimidad.<sup>4</sup>

En otras palabras, a la mujer se le debe respetar solo por el hecho de serlo. Y al derecho se le acepta no porque sea derecho, sino porque es justo.

Pero esa no es la única parte de la obra en que se trata del respeto al honor de la mujer. Dialogando con su hijo Juan, dice el alcalde Pedro Crespo: “No hables mal de las mujeres; la más humilde, te digo que es digna de estimación, porque al fin, de ellas nacimos”.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>4</sup> Laporta, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, México, Distribuciones Fontamara, 1993, p. 73.

<sup>5</sup> Calderón de la Barca, *op. cit.*, p. 62.

En el cambio de palabras que se lleva a cabo con motivo del apresamiento de Isabel, dice Juan: "...que así obedezco a mi padre en dos cosas que me dijo: Reñir con buena ocasión, y honrar a la mujer".<sup>6</sup>

Y dice Pedro: "¿Qué importará si está muerto mi honor, el quedar yo vivo?".<sup>7</sup>

## V. EL DERECHO NATURAL, SUSTENTO DEL DERECHO POSITIVO

Una de las respuestas que da el alcalde Pedro Crespo al general Lope de Figueroa, debe destacarse especialmente: "... al rey la hacienda y la vida se ha de dar; pero el honor es patrimonio del alma, y el alma sólo es Dios".<sup>8</sup>

Los bienes materiales pueden ser objeto de una determinada normatividad. Pero ésta sólo debe ser aceptada en la medida en que preserve y reconozca los valores, que se supone han inspirado el texto constitucional. Es decir, los principios que son el contenido del derecho natural han de ser el sustento doctrinario y humano de toda norma constitucional, y a través de ella, el sentido que toda sentencia debe contener.

La sentencia, cualquiera que ella fuera, tiene que constituir un mensaje de honradez, ética y esperanza. Su existencia trasciende a la regla escrita, siempre diminuta e insuficiente.

Es la realidad del derecho natural, con los valores que son su contenido, al lado del derecho positivo, conformado por las normas escritas, que sólo valen si son expresión de aquéllos.

## VI. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA OBRA

A lo largo de la obra, son innumerables las referencias que se hacen al derecho y a la justicia.

En el dramático pasaje en el cual el alcalde Pedro Crespo le pide, inclusive de rodillas, al capitán Álvaro de Ataide que repare su falta cometida contra la persona de su hija Isabel, éste le responde: "Si vengar solicitáis por armas vuestra opinión, poco tengo que temer; si por justicia ha de ser, no tenéis jurisdicción".<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 81.



Y posteriormente agrega: “Sobre mí no habéis tenido jurisdicción: el consejo de guerra enviará por mí”.<sup>10</sup>

Adviértase que se trata de determinar quién debe juzgar al capitán, si el alcalde o el consejo de guerra. Guardando las distancias y transcurridos varios siglos, la duda parece mantenerse, si nos atenemos a las numerosas contiendas de competencia que se plantean entre el fuero común y el fuero privativo.

Una reflexión más: al expresar el capital Álvaro de Ataide que si se trata de armas, es poco lo que puede temer, se nos presenta el rechazo a la justicia por mano propia, algo que hoy no se acepta en ninguna parte del mundo. Es por ello que se ha dicho que la historia del proceso es la historia de la civilización. Pero lo más interesante es que llegado ya el conflicto al ámbito del derecho, siempre hay medios para retardar u obstaculizar su aplicación, como la contienda de competencia planteada por el capitán Álvaro de Ataide.

Cierto es que el debido proceso es un concepto casi sagrado; no obstante, no debe verse únicamente en función de la defensa del demandado (civil) o del denunciado (penal), sino como un medio para llegar a una sentencia lo más justa y certera posible.

## VII. EL ABUSO DEL PODER Y LA VIGENCIA DEL DERECHO

Otro comentario que se infiere más del espíritu que del texto de la obra, y que también continúa vigente, es el relativo a la distorsión que puede darse del ejercicio del poder por parte de quien lo detenta, así como de la necesidad de respaldar al derecho con la fuerza, para así efectivizarlo.

Esto puede inferirse de la respuesta que brinda el capitán Álvaro de Ataide, cuando el alcalde Pedro Crespo ordena que lo detengan: “¡Buenos son vuestros extremos! Con un hombre como yo, y en servicio del rey, no se puede hacer”.<sup>11</sup>

En otras palabras, que por el solo hecho de ser quien era y más aún, encontrándose al servicio del rey, resultaba inmune a cualquier situación que lo comprometiera o a alguna acusación que se le pudiera hacer.

La semejanza con lo que ocurre en la época actual es sorprendente. Son numerosas las ocasiones en que el abuso del poder se puede apreciar fácilmente en cualquier lugar del mundo y en todo tiempo. Sin embargo, esta reflexión no queda ahí; es frecuente observar la frustración del litigante de

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>11</sup> *Idem*.

hoy, quien por lo general se siente impotente ante la autoridad judicial en algún proceso, a quien mira con temor cuando no con angustia, por ser un simple ciudadano, lo que no puede ocurrir si quien hace el reclamo también tiene autoridad o poder; esto se deduce al manifestarle el alcalde Crespo a su hija Isabel: “Hija, ya tenéis el padre alcalde; Él os guardará justicia”.<sup>12</sup>

Es decir, se nos presenta la visión del ciudadano común y corriente, disminuido ante la fuerza de la autoridad que hace mal uso del poder.

Es también por ello que don Lope expresa: “Que un alcaldillo de aquí al capitán tiene preso”,<sup>13</sup> como si no fuera posible que una persona, cualquiera que ella fuera, por su modestia y sencillez, no pudiera enrostrar a alguna autoridad su prepotencia, cuando no su irrespeto e incluso inequidad.

Esta meditación alcanza gran interés si se tiene en cuenta que con ella queda en franco entredicho la igualdad de las personas ante la ley, que profusamente reclaman todas las Constituciones del mundo. Y no sólo eso; al ofrecer Inés, prima de Isabel, al alcalde Pedro Crespo una espada, éste expresa: “A buen tiempo la has traído. Ya tengo honra, pues tengo espada con qué seguimos”.<sup>14</sup> La respuesta nos hace reflexionar sobre la necesidad de respaldar al derecho con la fuerza como si la materialización de aquél sólo pudiera conseguirse con ésta.

La extensión de este último concepto puede hacernos olvidar que la moral es la base del derecho, como sucedería en la ejecución de una sentencia expedida por un juez inmoral o prevaricador. Se admite por obligación, pero no por convicción.

Concordante con esta reflexión, la exclamación del alcalde Pedro Crespo, al dirigirse al escribano, “¡Cielos! ¡Cuando vengarse imagina, me hace dueño de mi honor la vara de la justicia!”<sup>15</sup> nos hace recordar la confusa indeterminación entre la venganza y la justicia; obviamente esta última debe regir, pero honesta y éticamente aplicada, con igualdad para todos.

No se puede inferir otra cosa del dicho del alcalde Crespo en diálogo con don Lope de Figueroa: “No importan en tal caso, porque si un extraño se viniera a querellar, ¿no había de hacer justicia?”<sup>16</sup>

Tratemos pues de hacer realidad aquel ideal de que todos somos iguales ante la ley. Esforcémonos por que no se quede en una simple ilusión, y que tenga que agregarse a aquella norma otra como ésta: pero la ley no es igual para todos.

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 93.

## VIII. DISPOSICIONES PROCESALES

Nadie duda ahora respecto de que el derecho procesal es una ciencia con contenido propio y sistémica de concepto. No obstante, su evolución histórica no ha sido fácil en la transición del procedimentalismo al procesalismo.

Nos induce a este comentario la pregunta que hace don Lope al alcalde Crespo: “¿Qué es el proceso?”,<sup>17</sup> y la respuesta: “Unos pliegos de papel que voy juntando, en razón de hacer la averiguación de la causa”.<sup>18</sup>

Bien sabido es que los tres conceptos fundamentales del derecho procesal son la acción, la jurisdicción y el proceso. También las tres han sido materia de evolución conceptual. En lo que se refiere al proceso, no se le debe confundir con el expediente; éste es el conjunto de papeles, a diferencia de la respuesta del alcalde Crespo. En cambio, el proceso se define como el conjunto de actos orgánicos y coherentes, relacionados entre sí, esencialmente teleológico, y que tiene como objetivo la realización de la justicia, a través del reconocimiento de los derechos sustanciales. Por consiguiente, puede afirmarse que el expediente es el cuerpo y el proceso es el alma.

Así las cosas, el abogado, al demandar o al contestar la demanda, y especialmente el juez al sentenciar, no deben olvidar jamás que detrás del expediente existe un proceso, y que detrás de éste vive un drama humano, el mismo que ha de ser captado en su real dimensión para que la sentencia sea un reflejo de la verdad material y no solamente de la verdad formal.

## IX. EPÍLOGO

Y llegamos al final del comentario; la conclusión no puede ser otra que la referencia señalada en sus palabras iniciales, la exaltación del honor como mensaje supremo que nos ofrece la obra reseñada. Esta afirmación alcanza su máxima expresión en su parte final, cuando en el desenlace del drama, el rey Felipe II se dirige al alcalde Pedro Crespo con estas palabras: “Don Lope, aquesto ya es hecho. Bien dada la muerte está; que errar lo menos no importa si acertó lo principal. Aquí no quede soldado alguno, y haced marchar con brevedad; que me importa llegar presto a Portugal. Vos, por alcalde perpetuo de aquesta villa os quedad”.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 95.

Ante semejante reconocimiento, la respuesta del alcalde tenía que ser de la misma dramática magnitud: “Solo vos a la justicia tanto supierais honrar”.<sup>20</sup>

Puesto de otro modo, que aún habiendo un ajusticiamiento de por medio, no sólo no se castiga al autor, sino que incluso se le premia, ratificándole su condición de alcalde, esta vez con la condición de perpetuo, teniendo en consideración la causa que motiva el hecho.

Desde el punto de vista legal, esta solución sería impensable en el mundo de hoy; actualmente todas las legislaciones sancionan a quien le quita la vida a otro, inclusive si se trata de culpa; es decir, negligencia o descuido, y no necesariamente de dolo.

En un juicio precipitado, podría pensarse que el concepto del honor varía de una época a otra. No creemos que sea así, ni que deba ser así. El honor ha sido, es y debería ser considerado un atributo esencial del ser humano, una expresión de la dignidad, que presupone una conducta correcta y proba, basada en los valores de la justicia, equidad, ética y moral.

Obviamente, en la evolución del sistema legal no es posible que se quite la vida a una persona sin que se aplique una sanción al autor. Es más, la invocación de preservar el honor para cometer el hecho, no lo justifica. Sin embargo, ello no le quita validez ni vigencia; además, todos los casos son diferentes. El arbitrio jurisdiccional determinará en cada supuesto lo conveniente, sin que por ello roce siquiera la grandeza del honor.

Y quien habla del honor, habla de valores. Y quien habla de los valores, habla también del derecho natural, pues son su contenido.

Una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa.<sup>21</sup>

En conclusión, toda Constitución debe contener la vigencia de los valores, y toda sentencia debe ser el reflejo y la proyección de éstos. Por lo tanto, aquella sentencia que no se sustente en los valores, en especial la justicia, deviene en inconstitucional e injusta.

---

<sup>20</sup> *Idem.*

<sup>21</sup> Frase atribuida a Montesquieu.

## LA ENSEÑANZA PRÁCTICA DEL DERECHO PROCESAL Y EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS DE ESCASOS RECURSOS ECONÓMICOS

Hilda Eleonora VALLET

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El acceso a la justicia de las personas de escasos recursos económicos y la garantía del debido proceso adjetivo*. III. *Objetivos y contenidos en la enseñanza práctica del proceso*. IV. *“Dos vertientes de la misma cordillera”. El patrocinio jurídico gratuito a una consultante de escasos recursos económicos y el aprendizaje de los estudiantes*. V. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

La enseñanza práctica del derecho procesal interesa no solo al ámbito académico, sino que incluso influye directamente en la sociedad, proyectando sus resultados a través de la inserción del novel abogado en su trabajo diario como tal.

El saber del abogado debe abarcar no sólo el “qué” de la profesión, sino también el “cómo”. Cómo realizar una entrevista con el cliente, cómo resolver un caso, cómo manejarse en una audiencia, son puntos que suscitan dudas y temores en el novel profesional.

Por otro lado, la sociedad debe garantizar el acceso a la justicia de las personas de escasos recursos que no pueden solventar un abogado privado para la defensa de sus derechos.

Estas “dos vertientes de la misma cordillera” se han plasmado en la actividad docente del Centro de Formación Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Entendemos que la enseñanza práctica del derecho a través de la asignatura denominada Ciclo de práctica profesional,<sup>1</sup> atendiendo y patrocini-

---

<sup>1</sup> El Ciclo de práctica profesional es una asignatura que implica la aplicación de los conocimientos adquiridos en los cursos de las distintas materias de grado. La materia depende

nando a personas de escasos recursos, comporta una herramienta fundamental para garantizar el acceso a la justicia de esos grupos vulnerables, quienes a su vez nos proveen de la preciosa materia de estudio de la práctica profesional: el caso real.

Dado que la sociedad nos brinda una educación universitaria pública, laica y gratuita de calidad, es justo que tal recurso se retribuya a través del servicio jurídico gratuito, en pos de garantizar el acceso a la justicia de las personas de escasos recursos.

## II. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS DE ESCASOS RECURSOS ECONÓMICOS Y LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO ADJETIVO

Garantía no es asistencialismo o “protección”.

Se entiende que en un Estado de derecho todo ciudadano que enfrentara un problema jurídico gozaría de la garantía del debido proceso, y accedería al servicio de justicia sin barrera alguna. No obstante, muchas veces la escasez de recursos económicos funciona como obstáculo en el camino de acceso a la garantía del debido proceso. La falta de asesoramiento y patrocinio jurídico en los grupos sociales vulnerables puede dejar a una franja de ciudadanos sin respaldo a la hora de ejercer sus derechos.

La experiencia de docentes y alumnos con los consultantes de escasos recursos económicos que acuden al Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires patentiza alguna de estas falencias sociales. A menudo, el consultante acude angustiado, pronunciando la frase: “necesito una solución”. Consideramos que más

del Departamento de Práctica Profesional, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Dentro de este Departamento se desarrollan las actividades de consultorio jurídico, patrocinio jurídico, práctica profesional del alumno y servicio social. Esta asignatura posee una característica particular: la presencia de una tercera persona —consultante—, quien, a través del aporte de su problemática, brinda el caso práctico sobre el cual se trabajará. Se atienden todas las especialidades. Se trabaja en equipo con el “servicio social...”. Se cuenta con un Centro de Mediación. Los docentes asumen el Patrocinio Letrado de los asuntos litigiosos que así lo requieran, llevando adelante los juicios en la Comisión de Alumnos. Los estudiantes tienen el deber de confección de escritos, seguimiento de expedientes, asistencia a audiencias, entrevistas con los consultantes, encuadre legal de los casos; todo ello conjuntamente con los docentes, quienes dirigen estas tareas, y firman los escritos correspondientes. Cabe recordar que la carga horaria es de dos clases con dos horas semanales cada una en el espacio físico del octavo piso de Talcahuano 550 —Palacio de Tribunales—, y una clase teórico-práctica semanal de dos horas, en la Facultad. Ello además del trabajo de recopilación de jurisprudencia, doctrina, estudio del caso, asistencia a audiencias, y confección de las piezas procesales, que luego se corrigen en clase.

que alentar a las partes para que “pidan soluciones” se los debe dotar de herramientas para que conozcan sus derechos y garantías, y acudan a solicitar la defensa técnica correspondiente en tiempo y forma eficaz, descartando un proteccionismo que no los considera como ciudadanos capaces de defender sus derechos. Creemos que el ciudadano debe ser tenido en cuenta, no como sujeto a proteger, sino como persona a respetar. Pensar que el justiciable debe ser protegido nos puede conducir a un peligroso paternalismo, en que el Estado proteja y también controle a sus protegidos, combinación improbable para un sistema republicano.

Por tanto, el rol de la enseñanza práctica del derecho adquiere una relevancia suprema en el universo del acceso a la justicia de grupos vulnerables. El estudiante de derecho no sólo debe manejar el saber del derecho de fondo y de forma, sino que también debe entrenar en el cómo hacer del proceso. Y es preciso que este entrenamiento aproveche a las personas que no podrían solventar un abogado privado.

### III. OBJETIVOS Y CONTENIDOS EN LA ENSEÑANZA PRÁCTICA DEL PROCESO

La enseñanza práctica del derecho en general, y del proceso en particular, conlleva la necesidad de enseñar contenidos que resulten útiles para resolver problemas concretos, facilitando la integración de tales contenidos con el trabajo del futuro abogado y evitando transformar al derecho en un comportamiento estanco y aislado, dado que el ejercicio de la profesión de abogado comporta afrontar una disciplina que termina invariablemente interactuando con otras ramas del conocimiento.

No se puede confiar en que el alumno de derecho aprenderá la dimensión práctica a través de su actividad profesional; la Universidad debe reforzar la estructura de la enseñanza teórico-práctica del proceso y actualizar las herramientas didácticas en pos de ese aprendizaje. Todos los días, la formación de nuestros estudiantes es puesta a prueba frente a las exigencias del mundo laboral del futuro abogado.

#### 1. *Objetivos*

Consideramos, desde nuestra experiencia, que el objetivo general de esta tarea docente es: “...Que el alumno aplique los contenidos teóricos ad-

quiridos durante su formación académica a situaciones y casos concretos, incorporando pautas de trabajo profesional...”.

A su vez, los objetivos específicos son:

- Que el alumno aprenda a manejar “la entrevista profesional”.
- Que el alumno elabore estrategias y encuadre legal en la construcción del caso.
- Que el alumno articule el aprendizaje práctico con el resto de los saberes de la currícula.
- Que el alumno maneje las herramientas procesales vigentes.
- Que el alumno incorpore los métodos alternativos de resolución de conflictos en la búsqueda de la resolución del caso.

## 2. *Contenidos*

En cuanto a los contenidos, entendemos que estarán fijados por los programas de estudio de la práctica profesional de cada universidad. No obstante, deseamos llamar la atención sobre cuatro tópicos que destacamos como fundamentales en esta tarea, a saber:

1) La entrevista profesional: Estudio de la secuencia: saludo-estructura-desarrollo (presentación, tiempo, espacio). La consulta: diversas cuestiones planteadas: la consulta no siempre tiene contenido totalmente jurídico. La comunicación con el cliente. Hechos relevantes, conducentes, complementarios, y prescindibles. Técnica de la entrevista. Abordaje práctico.

2) El encuadre jurídico: ¿qué es un caso? ¿Qué caso plantea el consultante ya entrevistado? El abordaje del caso. Encuadre legal del caso: hechos y normas. Esquema de análisis del caso. El significado de los hechos. Ámbito de resolución del caso: judicial o extrajudicial.

3) El desarrollo del proceso: el caso en la práctica: las peticiones ante los tribunales: escritos y audiencias.

4) Los métodos alternativos de resolución de conflictos: qué son. Distintos métodos alternativos de resolución de conflictos: negociación, mediación, conciliación, arbitraje. Su importancia en la búsqueda de la resolución del caso. Las entrevistas y conversaciones antes del juicio: “una llamada que podría evitar un litigio”. La técnica de las audiencias en un proceso de mediación.



IV. “DOS VERTIENTES DE LA MISMA CORDILLERA”.  
EL PATROCINIO JURÍDICO GRATUITO A UNA CONSULTANTE  
DE ESCASOS RECURSOS ECONÓMICOS Y EL APRENDIZAJE  
DE LOS ESTUDIANTES

Un caso real resuelto en el Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Acercamos aquí el ejemplo de uno de los tantos asuntos tratados por el Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la UBA, en el que se visualizan con extrema claridad las que hemos denominado “dos vertientes de la misma cordillera”: por un lado, el patrocinio y asistencia letrada a una persona de escasos recursos económicos, que de otra manera no hubiera podido tener acceso a la justicia ni hacer efectiva la garantía constitucional del debido proceso. Por otro, el mismo caso, por sus particularidades, como material de ejercitación y estudio para los alumnos de práctica profesional.

Primera vertiente: patrocinio a consultante de escasos recursos económicos. Acceso a la justicia.

Se trató de un caso de restitución internacional de menores<sup>2</sup> que había sido planteado en nuestro “Patrocinio...”,<sup>3</sup> por la consulta de una ciudadana de nacionalidad paraguaya con residencia provisoria en Argentina, a quien le era demandada la restitución de su pequeña hija de once años de edad por parte del padre biológico de la menor.

Los hechos: durante un viaje para visitar a su hija, quien había quedado al cuidado de su abuela paterna en el Paraguay, la consultante advirtió que la menor se encontraba en condiciones de desnutrición y total desatención. En esa circunstancia, la madre de la menor comprendió que el dinero que giraba mensualmente para la manutención de la niña no era empleado para cubrir las necesidades básicas de ésta, por lo que regresó a la Argentina con la menor. Tres días después del traslado de la niña con su madre a nuestro país, el padre biológico procedió a reconocer a la menor, dando curso en el Paraguay al reclamo de restitución internacional de la niña.

La sentencia de primera instancia rechazó el pedido internacional de restitución incoado por el padre de la menor, priorizando el interés superior del niño, amparado en la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional. También se dio relevancia al derecho de la menor a ser escuchada, conjugando armónicamente los postulados de la Convención

<sup>2</sup> E.G.V.C./ A.N.A.L. s/ Reintegro de hijo. CNCiv. Sala H. 2010.

<sup>3</sup> Atendido por el curso de la doctora Miriam Graciela Gadea.

Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y la Convención de los Derechos del Niño.

El fallo de primera instancia fue apelado por el padre de la menor. No obstante, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, confirmó el fallo apelado, en sentencia firmada por los camaristas doctores Jorge Alberto Mayo, Claudio Marcelo Kiper, Liliana Edith Abreu. En tal pronunciamiento, los jueces destacaron algunos aspectos de los hechos discutidos, y dictaminaron que

...El reconocimiento efectuado por el padre de la menor el día 31 de enero de 2008, no tiene efectos retroactivos, razón por la cual no puede transformar en ilegal el traslado efectuado por la madre de la menor el día 28 de enero de 2008; de interpretarse lo contrario se estaría vulnerando uno de los requisitos que establece la convención mencionada “ut supra”, es decir que el traslado sea “ilegal”. Además, se dijo que “... Los hechos demuestran que la postura asumida por el padre de la menor durante más de 9 años era muy fácil de revertir; puesto que en tan sólo 3 días logró inscribir el reconocimiento paterno...”<sup>4</sup>

A su vez, el tribunal, considerando la edad de la niña y el interés superior del menor, procedió a tener una entrevista personal con la niña, con la presencia de su madre, de la señora defensora de menores de Cámara y de los letrados de las partes. En tal oportunidad, la menor manifestó su deseo de vivir en la Argentina con su madre y su núcleo escolar y de amistades.

Se confirmó en segunda instancia el decisorio apelado, valorando la licitud del traslado de la menor por su madre, lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre la restitución internacional de menores, y lo más conveniente para el desarrollo integral de la menor, “...ello sin perjuicio de que las partes pongan en funcionamiento los mecanismos necesarios para que la menor restablezca el vínculo afectivo con su padre y su abuela...”.

Segunda vertiente. El caso fue preciosa materia de estudio para nuestros alumnos, dado que el proceso tuvo variadas contingencias. Los estudiantes, dirigidos por su docente, la doctora Gadea, redactaron al inicio un complejo planteo de nulidad de la notificación del traslado de la demanda. Tam-

---

<sup>4</sup> Véase: *www.eldial.com*. Suplemento de Práctica Profesional. “La sentencia de primera instancia del caso de restitución internacional de menores llevado por el Patrocinio Jurídico Gratuito de la Facultad de Derecho de la UBA, ha sido confirmada en segunda instancia”, *elDial.com-CC2386*, en la columna “La práctica en la universidad”, a cargo de Hilda Eleonora Vallet, diciembre de 2010.

bién se opuso la excepción de falta de legitimación para obrar del actor, padre biológico de la menor, y se contestó la demanda rechazando la acción.

Alumnos y profesora pergeñaron la estrategia a llevar adelante, y realizaron toda la actividad procesal tendente a resguardar el derecho al debido proceso de la consultante: asistieron a audiencias (el Juzgado de Primera Instancia ordenó, previo a todo trámite, convocar a las partes por sí o por apoderado a una audiencia en virtud de las facultades propias del juzgador —artículo 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación—, con presencia del Defensor de Menores), y solicitaron que fuera escuchada la menor —artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y artículos 24 y 27 de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes—. Se estudiaron pautas constitucionales y legislación y doctrina nacionales e internacionales.

La actividad procesal fue profusa y fecunda, y redundó en experiencia para el alumnado, así como garantía de acceso a la justicia para la consultante.

## V. CONCLUSIONES

Las universidades desempeñan un rol importante en la enseñanza del derecho en la propia comunidad. Ese desempeño adscribe a los conceptos de aprendizaje permanente, conocimiento actualizado, reflexión crítica y ética profesional.

Es imperioso continuar afianzando la formación práctica del proceso dentro de la carrera de grado de abogacía, para que la debida articulación entre materias teóricas y la práctica abogadil deje de ser un desiderátum, y se convierta en una realidad, acompañada por la ineludible inserción social de esta actividad académica en la asistencia de personas de escasos recursos. Así, aquellas “dos vertientes” de la enseñanza práctica del proceso confluirán en una única vía que, pese a torrentes y obstáculos, conducirá a nuestras sociedades por las aguas del debido proceso y el acceso a la justicia de todos los ciudadanos.

## PARTE II

# CONCEPTOS PROCESALES

## LOS CONCEPTOS DE INSTANCIA Y ACCIÓN PROCESAL COMO INSTANCIA BILATERAL<sup>1</sup>

Adolfo ALVARADO VELLOSO

SUMARIO: I. *Introito*. II. *La causa del proceso: el conflicto de intereses*. III. *Las posibles soluciones del conflicto intersubjetivo de intereses* IV. *La razón de ser del proceso*. V. *La materia del conocimiento jurídico*. VI. *Las normas jurídicas*. VII. *El concepto de instancia y su clasificación*. VIII. *Las diferencias entre proceso y procedimiento*.

### I. INTROITO

He querido sumarme al adeudado y más que merecido homenaje que el procesalismo de la América toda tributa tardíamente a quien ha sido el más fructífero pensador en el continente respecto de la mayoría de los temas de la materia y el creador del sistema jurídico que puede ser construido a partir

---

<sup>1</sup> Trabajo efectuado en homenaje y memoria del insigne procesalista Humberto Briseño Sierra y presentado a las Jornadas realizadas en su honor en octubre de 2013 en la Universidad Nacional Autónoma de México. Advertirá el lector en su texto la notable influencia que ha tenido el pensamiento de Briseño Sierra en mi formación académica. Tanto, que en mi primera obra de doctrina (*Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1995) me autotitulé *su discípulo* y dije expresamente en su presentación que “Esta obra pretende ser distinta de las demás que se hallan publicadas acerca de la materia procesal. Como se trata de una simple *Introducción* a su estudio, no puede —ni debe— contar con la extensión de un *tratado* pero, al mismo tiempo, tiene que mostrar un desarrollo completo de los temas que aborda. Para hacerla, he partido del método ideado por Humberto Briseño Sierra, con cuyas ideas me hallo tan consustanciado que ya no sé —honestamente— qué es lo que pertenece a él y qué es lo que le agregué o modifiqué. Reconozco que estas dos actitudes mías —agregar y modificar— son un verdadero pecado pues hacen perder de vista la genialidad de su talento. Pero existe solución sencilla para deslindar responsabilidades: si lo expuesto muestra un carácter de excelencia, pertenece a Briseño Sierra. Si no es así, no me queda otro camino que asumir la paternidad de las ideas...”.

de su notable concepto de instancia<sup>2</sup> como actividad<sup>3</sup> que se cumple en la realidad de la vida para regular las posibles interacciones entre gobernante y gobernados,<sup>4</sup> y que ha permitido concebir a la acción procesal como un concepto único e inconfundible por ser irrepetible en el mundo jurídico.

Para eso, creo que nada puede ser mejor que desarrollar el concepto de instancia que generó la luminosa inteligencia del maestro,<sup>5</sup> pues, de ser comprendido generalizadamente, es muy posible que mejore el entendimiento de los jueces y letrados acerca de temas propios de la asignatura y, de consiguiente, se logre una mejor justicia, de la cual estamos hoy tan lejanos. Y esto se logrará sólo cuando todos, absolutamente todos, los operadores del derecho comprendan que la idea de proceso es lógica antes que jurídica.

En esta tarea, y para que se advierta a la postre cuál es la utilidad del tema, creo imprescindible establecer antes que todo cuál es la causa y cuál la razón de ser del proceso, temas vinculados estrechamente con el de acción procesal, ya que aquél es el objeto<sup>6</sup> de ésta.

## II. LA CAUSA DEL PROCESO: EL CONFLICTO DE INTERESES

Toda explicación habitual de la asignatura derecho procesal pasa por una obligada referencia inicial a la ley que rige la materia,<sup>7</sup> con prescindencia

---

<sup>2</sup> A explicar precisamente tal concepto es que dedico este trabajo. Específicamente sobre el tema, ver *infra*, apartado VII.

<sup>3</sup> El método que emplea Briseño Sierra para generar su concepción del concepto de *instancia* parte exclusivamente de la observación de lo que sucede en la actividad cumplida en la realidad de la vida y no del habitualmente utilizado por todos los juristas, que es el de explicar el significado literal de la norma. Y sepa el lector que es notable el resultado que se logra con los alumnos en la enseñanza del derecho así presentado: medio siglo de docencia así me lo ha demostrado.

<sup>4</sup> Muy pocos son los autores que entendieron el tema y lo desarrollaron en sus obra y en sus clases. Entre ellos, recuerdo aquí a los mexicanos Cipriano Gómez Lara, Carlos Pérez y Jorge Antonio Zepeda, al argentino Eduardo Lucio Vallejo y al nicaragüense Rodolfo Emilio Fiallos, a quienes también rindo acá sentido homenaje de recordación.

<sup>5</sup> Y que lamentablemente no se conoce adecuadamente por parte de los letrados de América en razón de que —por razones que ignoro— no se enseña en las cátedras del continente, en las cuales se insiste con la repetición ociosa de conceptos del pasado que ya han sido largamente superados en el presente, y que bien haríamos en olvidar para siempre en homenaje a la salud mental de nuestros alumnos —que no soportan el peso del conocimiento de tanta cosa baladí— y a la eficiencia del sistema de justicia de todos nuestros países, que ya ha alcanzado un estado crítico y caótico imposible de soportar por la abogacía seria.

<sup>6</sup> Otorgo a la labra *objeto* el exacto significado de su cuarta acepción castellana: término o fin de los actos.

<sup>7</sup> En general, códigos procesales o códigos de procedimientos.

del problema de la vida que generó su creación y vigencia, que es lo que verdaderamente importa, pues permite comprender cabalmente el fenómeno único e irrepetible del proceso judicial.

Creo que ello no es correcto, pues impide vincular adecuadamente los dos extremos que se presentan en la aplicación de toda y cualquier norma: la aparición del problema de convivencia y la solución que a ese problema le otorga la ley.

De ahí que comienzo la explicación de este trabajo<sup>8</sup> con una primaria y obligada referencia a la causa del proceso: el conflicto intersubjetivo de intereses.

En esa tarea, creo que es fácil imaginar que un hombre viviendo en absoluta soledad (Robinson Crusoe en su isla, por ejemplo) —no importa al efecto el tiempo en el cual esto ocurra— tiene al alcance de la mano y a su absoluta y discrecional disposición todo bien de la vida suficiente para satisfacer sus necesidades de existencia y sus apetitos de subsistencia.

En estas condiciones es imposible que él pueda, siquiera, concebir la idea que actualmente se tiene del derecho.<sup>9</sup>

Fácil es también de colegir que este estado de cosas no se presenta permanentemente en el curso de la historia; cuando el hombre supera su estado de soledad y comienza a vivir *en sociedad* (en rigor, cuando deja simplemente de vivir para comenzar a convivir), aparece ante él la idea de conflicto: un mismo bien de la vida, que no puede o no quiere compartir, sirve para satisfacer el interés de otro u otros de los convivientes y, de tal modo, varios lo quieren contemporánea y excluyentemente para sí (comida, agua, techo, etcétera) con demérito de los apetitos o aspiraciones de alguno de ellos.

Surge de esto una noción primaria: cuando un individuo (coasociado) quiere para sí y con exclusividad un bien determinado, intenta implícita o expresamente someter a su propia voluntad una o varias voluntades ajenas (de otro u otros coasociados): a esto le asigno el nombre de *pretensión*.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> En el cual reproduzco parte de lo que he escrito antes de ahora en mi *Sistema procesal: garantía de la libertad*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2007, 2 ts.

<sup>9</sup> El hombre solo, en sí mismo, no es *objeto* de normación jurídica: la autolesión no es delito. Tampoco el intento de suicidio. “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados y sujetas sólo al juicio de Dios*”, reza la hermosa frase contenida en el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina.

<sup>10</sup> Estoy persuadido de que es imprescindible fijar el exacto valor de cada palabra que se usa en esta obra a fin de evitar en lo posible la reiteración de lo que habitualmente sucede con el lenguaje jurídico: muchas veces dos interlocutores no logran una recíproca comprensión por la simple razón de que hablan diferentes idiomas. Por ello, ruego al lector que tolere lo que de aquí en más será constante tarea de definir vocablos.

Si una pretensión es inicialmente satisfecha (porque frente al requerimiento “¡dame!” se recibe como respuesta “te doy”), el estado de convivencia armónica y pacífica que debe imperar en la sociedad permanece incólume. Y en este supuesto no se necesita el derecho.

Pero si no se satisface (porque frente al requerimiento “¡dame!” la respuesta es “no te doy”) resulta que a la pretensión se le opone una *resistencia*, que puede consistir tanto en un *discutir* como en un *no acatar* o en un *no cumplir un mandato vigente*.

Al fenómeno de coexistencia de una pretensión y de una resistencia acerca de un mismo bien en el plano de la realidad social le doy la denominación de *conflicto intersubjetivo de intereses*.

Hasta aquí he contemplado la idea de un pequeño e incipiente grupo social, en el cual los problemas de convivencia parecen acotados. Pero cuando el grupo se agranda, cuando la sociedad se convierte en nación, también se amplía —y notablemente— el campo conflictual.

Si se continúa con la hipótesis anterior, ya no se tratará de imaginar en este terreno la simple exigencia de un “dame” con la respuesta “no te doy”, sino, por ejemplo, de determinar si existe una desinteligencia contractual y de saber, tal vez, si hay incumplimiento de una parte, si ello ha sido producto de la mala fe, si es dañoso y, en su caso, cómo debe medirse el perjuicio, etcétera. El concepto sirve también para el campo delictual: ya se verá oportunamente el porqué de esta afirmación.

Como es obvio, el estado de conflicto genera variados y graves problemas de convivencia que es imprescindible superar para resguardar la subsistencia misma del grupo. De ahí que seguidamente pase a esbozar sus posibles soluciones.

### III. LAS POSIBLES SOLUCIONES DEL CONFLICTO INTERSUBJETIVO DE INTERESES

Planteada elementalmente la noción de *conflicto* como la de un *fenómeno inherente a la convivencia*, parece razonable imaginar que en los primeros tiempos se terminaba sólo por el uso de la fuerza: el más fuerte, el que ostentaba armas, el más veloz, hacía prevalecer su voluntad sobre el débil, el indefenso, el lento.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> El uso de la fuerza no refiere sólo a la fortaleza física que permite que uno pegue a otro. También se muestra en la mayor velocidad que tiene el ladrón para escapar de su víctima después de haberla robado, en la mayor inteligencia y picardía para usar algún ardid a fin de defraudar a otro, etcétera.



Y esto se presenta como claramente disvaliosa, pues el uso indiscriminado de la fuerza no asistida por la razón genera destrucción.

Por eso parece obvio que la fuerza debe ser erradicada de modo imprescindible para lograr la sobrevivencia de la sociedad misma como tal, pues descarto que el bíblico triunfo de David en su desigual lucha contra Goliath es una mera anécdota muy difícil de repetir en la historia: la regla es siempre igual: el pez grande se come al chico.

No creo que haya posibilidad histórica cierta de saber cómo hizo el débil para convencer al fuerte en el sentido de eliminar el uso de la fuerza y suplantarla por un medio no violento: *el uso de la razón*.

En otras palabras: cómo hizo para lograr que la fuerza de la razón sustituyera a la razón de la fuerza, remplazando el brazo armado por la palabra, que ostenta —como medio de discusión— la innegable ventaja de igualar a los contendientes.

Pero es indudable que ello ocurrió en algún momento de los tiempos. Y al aceptar todos los coasociados la posibilidad de dialogar<sup>12</sup> surgió como natural consecuencia la probabilidad de autocomponer sus conflictos pacíficamente, sin uso de armas o de fuerza.

Sin embargo, y como se verá en el número siguiente, no pudo prescindirse definitivamente del uso de la fuerza,<sup>13</sup> siendo menester aceptarla cuando su equivalente —el proceso— llegaría tarde para evitar la consumación de un mal cuya existencia no se desea.

Utilizando exclusivamente el razonamiento lógico —que no admite opinabilidad alguna— y conforme con lo recién visto, puede colegirse que cuando se desencadena un conflicto intersubjetivo de intereses, en definitiva termina por una de dos vías: a) se *disuelve* por los propios interesados, directa o indirectamente, o b) se *resuelve* por acto de autoridad, legal o convencional. Y no hay otra posibilidad, como luego se advertirá.

Veamos ahora los medios por los cuales un conflicto puede disolverse.

Ellos son: la autodefensa y la autocomposición.

### 1. *La autodefensa*

Es un medio de autocomposición directa y unilateral mediante el cual la parte afectada por el conflicto no acepta el sacrificio del propio interés y

---

<sup>12</sup> Castizamente, se entiende por *diálogo* a la negociación o discusión sobre un asunto con la intención de llegar a un acuerdo entre las distintas posiciones encontradas. Obviamente, el diálogo supone la presencia de dos sujetos que hablan uno con el otro.

<sup>13</sup> Utilizo el vocablo en el sentido de emplear energía para doblegar una voluntad o modificar la realidad. En otras palabras: como *violencia física* o como *fuerza bruta* (la que se aplica sin derecho o sin inteligencia).

hace uso de la fuerza cuando el proceso llegaría tarde para evitar la consumación del daño que teme o sufre.

En el derecho argentino se pueden ver numerosos ejemplos de auto-defensa: en el Código Penal, en cuanto autoriza la *legítima defensa*,<sup>14</sup> en el Código Civil, en tanto se permite el uso de la fuerza para proteger la posesión<sup>15</sup> o para cortar raíces de árboles vecinos<sup>16</sup> o para mantener expedita una propiedad,<sup>17</sup> etcétera.

Por lo demás, el derecho de retención, el despido, la huelga, etcétera, son derivaciones del principio de autodefensa o autotutela.

## 2. *La autocomposición*

Es un medio que puede presentarse unilateral o bilateralmente y operar en forma directa (por los propios interesados y sin la ayuda de nadie) o indirecta (con la ayuda de un tercero). Veamos cuáles son:

### 3. *Los medios de autocomposición directa* (*operan sin la ayuda de alguien*)

Las propias partes son quienes llegan espontáneamente a la composición del conflicto, haciendo que éste se disuelva a base de uno de tres posibles medios dependientes en forma exclusiva de la voluntad de ellas mismas:

---

<sup>14</sup> Código Penal, artículo 34, pfo. 6: “No es punible... el que obrare *en defensa propia* o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”.

<sup>15</sup> Código Civil, artículo 2470: “El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia y *repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente*, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá *recobrarla de propia autoridad* sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa”.

<sup>16</sup> Código Civil, artículos 2628 y 2629: “El propietario de una heredad no puede tener en ella árboles sino a una distancia de tres metros de la línea divisoria con el vecino, sea la propiedad de éste predio rústico o urbano, esté o no cercado, o aunque ambas heredades sean de bosques. Arbustos no pueden tenerse sino a distancia de un metro. Si las ramas de algunos árboles se extendieran sobre las construcciones, jardines o patios vecinos, el dueño de éstos tendrá derecho para impedir que se extendiesen en su propiedad; y si fuesen las raíces las que se extendiesen en su propiedad, el dueño del suelo podrá *hacerlas cortar por sí mismo*, aunque los árboles, en uno y otro caso, estén a las distancias fijadas por la ley”.

<sup>17</sup> Código Civil, artículo 2517: “Poniéndose alguna cosa en terreno o predio ajeno, el dueño de éste *tiene derecho para removerla sin previo aviso si no hubiese prestado su consentimiento...*”.

#### 4. *El desistimiento*

El pretendiente renuncia unilateralmente al total de su pretensión. A raíz de ello, deja de pretender y abdica de reclamar en el futuro el objeto hoy pretendido.

#### 5. *El allanamiento*

El resistente renuncia unilateralmente al total de su resistencia. A raíz de ello, acata la pretensión esgrimida en su contra por el pretendiente y otorga lo pretendido.

#### 6. *La transacción*

Ambos contendientes renuncian en forma bilateral, simultánea y recíproca, *a parte* de sus posiciones encontradas. Y la pérdida de uno se compensa con la del otro, de modo tal que los dos terminan ganando.

Y los tres medios enunciados hasta aquí constituyen distintas formas mediante las cuales las partes pueden conciliar sus intereses.<sup>18</sup>

Fácil es de advertir que en cualquiera de tales supuestos la conciliación opera como un verdadero resultado, pues nada se precisa ya para dar por terminado y superado el conflicto que mantenían los interesados (se ha disuelto sin necesidad de que nadie lo resuelva).

#### 7. *Los medios de autocomposición directa (operan con la ayuda de alguien)*

Sin disolver el conflicto planteado, pero con la obvia intención de lograr su disolución, las partes llegan bilateralmente a un acuerdo mediante el cual permiten que un tercero<sup>19</sup> efectúe actividad conciliadora con el fin de

---

<sup>18</sup> En su verdadero significado castizo, el verbo *conciliar* refiere a “componer o ajustar los ánimos que estaban opuestos entre sí; conformar dos o más proposiciones contrarias”. En tal sentido, parece claro que *conciliar* es el género y que *transacción*, por ejemplo, es la especie. De donde resulta que ni castiza ni jurídicamente conviene hacer entre ambos vocablos distinciones que vayan más allá de lo recién expresado.

<sup>19</sup> La palabra *tercero* está aquí cronológicamente considerada y elegida: *primero* es el pretendiente, *segundo* es el resistente y *tercero* es quien ayuda a disolver o resuelve el conflicto. Por tanto, *tercero* es quien no es *primero* ni *segundo*.

Esta verdad de Perogrullo que parece un mero juego de palabras, es verdaderamente importante para determinar en su momento la calidad de tercero que debe siempre presentar el juez, toda vez que esa *terceidad* significa *ajenidad*, *neutralidad* (tiene esta calidad quien no

acercar los intereses contrapuestos y lograr que ellas mismas puedan lograr la anhelada disolución mediante uno de los medios directos ya vistos precedentemente: desistimiento, allanamiento o transacción.

Esta actividad puede presentarse con tres distintas gradaciones que generan otras tantas denominaciones: amigable composición, mediación y arbitraje.<sup>20</sup> Las explico seguidamente.

### 8. *La amigable composición (o simple intento de acercamiento)*

El tercero, actuando espontáneamente con plena aceptación de ambos interesados o acatando expreso pedido de ellos (de ahí la *bilateralidad* del medio), se limita a intentar su conciliación, dando consejo y haciendo ver los inconvenientes que puede engendrar el litigio,<sup>21</sup> pero sin proponer soluciones que, de haberlas, surgirán de las mismas partes en conflicto, quienes lo disolverán así por una de las modalidades ya conocidas: desistimiento, allanamiento o transacción.

En este caso, como resulta obvio, la actividad que cumple el tercero constituye sólo un medio de acercamiento para que los interesados lleguen por sí mismos al resultado de la autocomposición (el conflicto se disuelve sin que nadie lo resuelva).

### 9. *La mediación*

El tercero, acatando pedido expreso de ambas partes (otra vez se advierte la *bilateralidad* del medio), asume un papel preponderante en las tratativas y, por ende, diferente del caso anterior: ya no se limita a acercar

es ni uno ni otro). Y de ahí su calidad de *imparcial*, que implica tres condiciones: la *imparcialidad propiamente dicha* (no tener interés directo ni indirecto en el resultado del pleito), la *imparcialidad* (no ser parte ni actuar como tal ni subrogar las tareas de ellas en el proceso) y la *independencia* (no solo del poder político sino también de toda obediencia debida a las partes y, sobremanera, de todo prejuicio: de color, de raza, de religión, de tendencias, de sexo, etcétera).

<sup>20</sup> Si el lector ya conoce el tema, advertirá que existe un caos autoral en cuanto al significado exacto de cada una de las actividades que aquí describo: hay quienes sostienen que la conciliación es cosa distinta de la mediación, por ejemplo, cuando de verdad existe entre ambos conceptos una relación de género a especie; otros afirman que el mediador *resuelve* (por lo cual le exigen que sea un *neutral*) sin advertir la incompatibilidad lógica que existe entre *mediar* y *resolver*, etcétera. Creo que el esquema de actividades aquí mostrado es el correcto: si bien se mira el asunto, se hallan cubiertas en el texto todas las funciones posibles de ser cumplidas por el tercero, sólo que sistémicamente presentadas.

<sup>21</sup> Esta es la típica actuación del buen amigo del matrimonio desavenido que colabora con sus consejos para evitar la separación de la pareja.

amigablemente a los interesados, sino que asume la dirección de las tratativas y hace proposiciones que, nótese bien, ellos tienen plena libertad para aceptar o rechazar.<sup>22</sup> De lograrse el acuerdo, se trasuntará otra vez en un desistimiento, un allanamiento o una transacción.

Y al igual que en el supuesto anterior, se ve claro que la actividad desplegada por el tercero sólo es un *medio* para que los contendientes lleguen por sí mismos al resultado de la composición (nuevamente, el conflicto se disuelve sin que nadie lo resuelva).

Hasta aquí he presentado dos medios autocompositivos indirectos, mostrando en todos los casos que las partes se ponen de acuerdo para aceptar la presencia de un tercero que las ayude a disolver el conflicto.

La última actitud posible de ser ejercida por el tercero —la de decidir el conflicto mediante un acto propio— no puede presentarse lógicamente como un caso de autocomposición, toda vez que, mediante el acto del tercero el conflicto se resuelve, no se disuelve.

Sin embargo, y con esta salvedad recién hecha, incluyo en esta explicación la siguiente actitud —de decisión— por cuanto si bien ella opera como una verdadera heterocomposición —y no como *autocomposición*— parece claro que para llegar a esta posibilidad, los interesados han debido ponerse de acuerdo en varias cosas: primero, y más importante, en aceptar que un tercero particular defina el conflicto; segundo, en convenir que el tercero sea una determinada persona, con nombre y apellido, que ambos respetan y en quien ambos confían y cuya decisión se comprometen a acatar de consuno. Y creo que aquí hay, al menos, un principio de autocomposición.

## 10. *La decisión*

El tercero, a pedido de las partes y dentro de los límites que ellas expresamente fijen al efecto, asume un papel aún más preponderante: no sólo intenta el acercamiento (cual lo hace el amigable componedor); tampoco brinda únicamente propuestas de soluciones (cual lo hace el mediador) sino que, luego de escucharlas en pie de perfecta igualdad, emite además la decisión que resuelve de manera definitiva el conflicto, pues las partes se han comprometido en forma previa a acatarla.

Como se ve, el caso es por completo diferente de los anteriores: aquí, la actividad del tercero —al igual que la del juez en el proceso judicial—

---

<sup>22</sup> Esto fue lo que, precisamente, hizo monseñor Samoré cuando en su momento medió exitosamente para finalizar lo que entonces era inmediato conflicto bélico entre Argentina y Chile.

muestra una verdadera composición, sólo que privada, que deja de *ser medio* para convertirse en resultado: el arbitraje o el arbitramento.

En otras palabras: no se trata ya de autocomposición, sino de heterocomposición privada.

Cuando no media acuerdo de las partes interesadas y, por tanto, se descarta la autocomposición (directa o indirecta), la solución del conflicto pasa exclusivamente y como alternativa final<sup>23</sup> por el proceso judicial. Y ello muestra el otro medio posible de heterocomponer el conflicto.

El primero es de carácter privado (arbitraje y arbitramento). El segundo es:

### 11. *La heterocomposición pública (pura o no conciliativa)*

Es éste un medio unilateral cuya iniciación depende sólo de la voluntad del pretendiente: ante la falta de satisfacción de su pretensión por parte del resistente, el pretendiente ocurre ante el órgano de justicia pública requiriendo de él la sustanciación de un proceso susceptible de terminar en sentencia que acoja su pretensión. Ya se verá oportunamente cómo queda vinculado el resistente al proceso y a sus efectos. De tal modo, su decisión opera como resultado.

Por las razones recién explicadas, éste es el único supuesto de resolución que escapa al concepto genérico de conciliación.

Sintetizando metódicamente lo precedentemente explicado, cabe decir aquí que todo conflicto intersubjetivo de intereses puede ser solucionado por cuatro vías diferentes:

- a) *por el uso de la fuerza*, que debe descartarse a todo trance para mantener la cohesión del grupo social. Claro está, la afirmación tiene algunas excepciones, que mencionaré en el número siguiente;
- b) *por el uso de la razón*, que iguala a los contendientes y permite el diálogo: éste posibilita lograr una autocomposición directa, que se traduce en una renuncia total del pretendiente (desistimiento) (el supuesto comprende también el del perdón del ofendido en materia penal); en

---

<sup>23</sup> Es habitual leer que los métodos descritos en el texto son alternativos del proceso judicial cuando, en rigor de verdad, ocurre exactamente a la inversa. Nadie quiere adentrarse alegremente en los difíciles meandros de un proceso sin haber intentado en forma previa un medio de autocomposición. Sólo en ultimísimo caso se comienza el verdadero y peligroso safari en el que se ha convertido actualmente el proceso judicial.

- una renuncia total del resistente (allanamiento) y en sendas renunciaciones recíprocas y parciales (transacción);
- c) *por el uso de la autoridad de un tercero*, que permite lograr una autocomposición (otra vez, desistimiento, allanamiento, transacción) indirecta gracias a la amigable composición o a la mediación de tal tercero, cuya intervención al efecto aceptan los interesados. También permite llegar a una heterocomposición privada cuando el tercero (que no es juez sino árbitro o arbitrador) adopta una actitud de decisión;
- d) *por el uso de la ley*: siempre que los contendientes descarten las soluciones autocompositivas, y dado que no pueden usar la fuerza para disolver el conflicto, deben lograr la heterocomposición pública con la resolución de un tercero que es juez.

Ello se obtiene exclusivamente como resultado de un proceso. Como es fácil de imaginar, esta es la única alternativa posible en materia penal.

#### IV. LA RAZÓN DE SER DEL PROCESO

Si la idea de proceso se vincula histórica y lógicamente con la necesidad de organizar un método de debate dialogal y se recuerda por qué fue menester ello, surge claro que la razón de ser del proceso no puede ser otra que la erradicación de la fuerza en el grupo social, para asegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuadas de convivencia.<sup>24</sup>

Empero —y esto es obvio— la idea de fuerza no puede ser eliminada del todo en un tiempo y espacio determinado, ya que hay casos en los cuales el derecho, su sustituto racional, llegaría tarde para evitar la consumación de un mal cuya existencia no se desea: se permitiría así el avasallamiento del atacado y el triunfo de la pura y simple voluntad sin lógica.

Tal circunstancia hace posible que en algunos casos la ley permita a los particulares utilizar cierto grado de fuerza que, aunque ilegítima en el fondo, se halla legitimada por el propio derecho. Por ejemplo, si alguien intenta despojar a otro de su posesión, puede éste oponer —para rechazar el despojo— una fuerza igual o proporcional a la que utiliza el agresor.

---

<sup>24</sup> Quede en claro que el proceso nada tiene que ver con la búsqueda de la verdad, como habitualmente se dice de su objeto o de su razón de ser. Escapa a la finalidad de este artículo el desarrollo integral de esta idea, muy desarrollada en mi *Debido proceso de la garantía constitucional* (Rosario, Argentina, Zeus, 2003). La misma obra se editó con el nombre de *Debido proceso versus pruebas de oficio* (Bogotá, Temis, 2004), *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio* (Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2005) y *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial: ¿qué es el garantismo procesal?* (Asunción, Paraguay, La Ley, 2011).

Al mismo tiempo, y esto es importante de comprender, el Estado (entendido en esta explicación como el todo de la congregación social ya jurídicamente organizada) también se halla habilitado —por consenso de sus coasociados— para ejercer actos de fuerza, pues sin ella no podría cumplir su finalidad de mantener la paz.

Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de ejecutar compulsivamente una sentencia: ¿qué otra cosa sino uso de la fuerza es el acto material del desahucio, del desapoderamiento de la cosa, de la detención de la persona, etcétera?

Realmente, esto se presenta como una rara paradoja: para obviar el uso de la fuerza en la solución de un conflicto se la sustituye por un debate dialogal, que termina en una decisión final que —a su turno— originará un acto de fuerza al tiempo de ser impuesta al perdedor en caso de que éste no la acate y cumpla espontáneamente.

En suma: todo el derecho, ideado por el hombre para sustituir la autoridad de la fuerza, al momento de actuar imperativamente para restablecer el orden jurídico alterado se convierte o se subsume en un acto de fuerza: la ejecución forzada de una sentencia.

Estas circunstancias hacen que, como inicio de cualquier exposición sobre el tema, deba ponerse en claro que el acto de fuerza puede ser visto desde un triple enfoque:

- a) es *ilegítima* cuando la realiza un particular;
- b) es *legitimada* cuando excepcionalmente el derecho acuerda al particular la posibilidad de su ejercicio en determinadas circunstancias y conforme a ciertas exigencias o requisitos que en cada caso concreto se especifican con precisión;
- c) es *legítima*, por fin, cuando la realiza el Estado conforme con un orden jurídico esencialmente justo y como consecuencia de un proceso.

De tal modo, y a fin de completar la idea inicialmente esbozada, ya puede afirmarse que *la razón de ser del proceso es la erradicación de toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad dada para mantener un estado perpetuo de paz.*<sup>25</sup>

No importa al efecto que una corriente doctrinal considere que el acto de juzgamiento es nada más que la concreción de la ley, en tanto que otras amplían notablemente este criterio; en todo caso, es imprescindible precisar que la razón de ser del proceso permanece inalterable: se trata de mante-

---

<sup>25</sup> Dichoso del juez que se convierte en leyenda no por haber sido justiciero, sino por reconocérselo como un auténtico dador de paz en el medio en el cual actuó.



ner la paz social, evitando que los particulares se hagan justicia por mano propia.

Hechas estas aclaraciones previas, paso ahora a explicar el tema relativo al derecho de instar.

## V. LA MATERIA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO

Al comenzar este artículo afirmé que al hombre en soledad no sólo no le interesa ni le preocupa la existencia o inexistencia del derecho, sino que, más aún, ni siquiera puede concebirlo racionalmente. Dije también que tal preocupación aparece nada más cuando el hombre se congrega en sociedad, cuando deja de vivir para comenzar a convivir, porque ello trae como inexorable consecuencia la aparición de conflictos provocados por la interrelación de los hombres.

A los fines que interesan al derecho, adviértase bien ahora que un conflicto de contenido jurídico sólo puede darse entre dos personas, nunca respecto de una con ella misma<sup>26</sup> ni de ella con una cosa,<sup>27</sup> pues todo el derecho es producto ideal originado por la necesidad de regular de alguna manera la convivencia.

Fácil es de inferir así que todo vínculo jurídico se materializa únicamente entre individuos y nunca con la cosa, pues los títulos de derecho sólo son inteligibles para el hombre, ya sea que se presente en su naturaleza de gente o como órgano representativo de un ente (recordar que la idea de lo mío frente a lo tuyo puede ser entendida exclusivamente por dos hombres...).

En un pasado remoto, aun antes de la aparición formal de lo que hoy se conoce como derecho, las normas reguladoras de la convivencia tenían sustancia exclusivamente religiosa. En los Mandamientos de la Ley de Dios y en la Senda de las Ocho Vueltas, por ejemplo, se consagran preceptos que permanecen inmutables en el tiempo y que, en esencia, son similares entre sí: no matar, no robar, etcétera, y que hoy constituyen normas jurídicas implícitas.

Cuando la normación pierde su origen divino y comienza a surgir del propio quehacer e imaginación del hombre, los problemas se regulan a me-

---

<sup>26</sup> Recuerde el lector lo que ya señalé en nota anterior: la autolesión y el intento de suicidio nunca fueron delitos. Del mismo modo, todo lo que permanece en la esfera de la intimidad de una persona está sólo sujeto al juicio de Dios y exento de la autoridad de los magistrados.

<sup>27</sup> Por razones obvias, no hay *interrelación* entre un hombre y una piedra o un gato, ya que ambos son cosas en el derecho. Y es obvio que no puede haber interactuación entre un hombre y una cosa.

dida que aparecen en la realidad de la vida; ello hace que, en definitiva, y todavía hoy, la norma sea esencialmente cambiante respecto del tiempo y del lugar (por ejemplo, lo que es delito hoy y aquí pudo no serlo ayer, y puede no serlo allá). Por eso es que en el principio de las sociedades no existió una concepción racional y unitaria de todo el derecho.

Esta carencia llega hasta el día de hoy, cuando se continúa discutiendo el carácter científico del derecho: y en alguna medida tienen razón quienes lo niegan, pues —para referir a uno solo de los problemas que justifican tal postura— existe en la actualidad un vocabulario jurídico multívoco que conduce inexorablemente al equívoco, toda vez que a una misma e idéntica palabra se le asignan generalizadamente diversos significados y, a la inversa, se utilizan varias palabras con raíces diferentes para denominar a un mismo e idéntico fenómeno jurídico.

Valga un ejemplo para confirmar lo dicho: si ante un grupo de personas con determinado grado de cultura alguien pregunta en este país el significado de la fórmula química “H<sub>2</sub>O”, seguramente que todas identificarán en sus mentes el objeto *agua*. Pero lo que verdaderamente importa en esta afirmación es que a idéntico resultado se llegará con igual formulación en el Japón: aunque en otro idioma, se identificará también el objeto *agua*. Esta es la base mínima de todo conocimiento científico: mantener un lenguaje universal unívoco para que sea inequívoco.

Propongo ahora hacer un experimento similar en un mismo país (no en países diferentes con idiomas distintos): si en una reunión de juristas con distinta especialización —no ya de personas con relativa cultura— se pregunta el significado de la palabra *acción*, habrán de obtenerse por lo menos las siguientes respuestas:

- a) *es el legítimo derecho que respalda a la pretensión del actor* (así, se habla de *acción* de alimentos, de *acción* de deslinde, de *acción* de divorcio, de *acción* de filiación, etcétera) (respuesta del civilista);
- b) *es el título de crédito representativo de cada una de las partes en que se divide el capital de ciertas sociedades* (respuesta del comercialista);
- c) *es el elemento físico o de ejecución material y externo del delito* (respuesta del penalista);
- d) *es el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe* (respuesta del procesalista).

¿Puede concebirse mayor confusión terminológica?

Parecería que todo este dislate semántico proviene de la simple circunstancia de haber olvidado el legislador que el mundo del derecho es un mundo de palabras y, por ello, se apartó de los postulados mínimos de la

lógica. Se aprende en ella que el término, el vocablo que utiliza el jurista, constituye sólo la expresión simbólica de un concepto<sup>28</sup> (el derecho es, en realidad, un mundo de conceptos abstractos), del mismo modo que la proposición<sup>29</sup> es la expresión simbólica de un juicio,<sup>30</sup> y que el argumento<sup>31</sup> es la envoltura verbal de un razonamiento.<sup>32</sup>

Para mayor complejidad del problema en el caso que ocupa ahora nuestra atención, también se utiliza la palabra *acción* como sinónimo de derecho, de demanda y de facultad; y, además, usualmente se la califica de acuerdo con el derecho: acción cambiaria, acción civil en caso de delito, acción penal, etcétera.

Y no es un fenómeno único en el derecho; otro tanto ocurre con las palabras *abandono*, *absolución*, *apremio*, *carga*, *competencia*, *jurisdicción*, *prueba*, etcétera.

Como puede apreciarse, todo lo contrario de un lenguaje científico: aquí, lo multívoco conduce al equívoco. De ahí que muchos diálogos entre juristas no sean otra cosa que ¡conversaciones entre sordos!

Para evitar tanta disvalía —que genera notable confusión en el estudiante—<sup>33</sup> se hace imprescindible sistematizar genérica y adecuadamente

---

<sup>28</sup> *Concepto*: la idea o la representación mental de algo.

<sup>29</sup> *Proposición*: la idea que se ofrece y se manifiesta para lograr un fin. En filosofía, la expresión verbal de un juicio; en gramática, cada una de las partes que componen una oración compuesta; en lingüística, la palabra o el conjunto de palabras que tienen un sentido gramatical completo.

<sup>30</sup> *Juicio*: en lógica, la relación que se establece entre dos conceptos, afirmando o negando el uno al otro y que suele expresarse en forma de proposición.

<sup>31</sup> *Argumento*: el razonamiento usado para probar o demostrar algo o para convencer a otro de algo que se afirma o niega

<sup>32</sup> *Razonamiento*: el conjunto de pensamientos, ideas o conceptos que sirven para demostrar algo.

<sup>33</sup> Todo estudiante asiste perplejo —¿qué otro remedio le queda?— a este torneo del disparate que le proponen sus profesores... para quienes su respectiva asignatura es siempre la más importante de todas, y por eso justifican un lenguaje propio y divorciado del que se utiliza en el resto de las materias que debe estudiar. ¿Qué hace el estudiante así atosigado, aprendiendo sin ton ni son cosas presentadas siempre como *compartimientos estancos*, donde nada tiene que ver con nada? Pues hace lo único que le permite soportar todo ello sin enfermarse y salir indemne de la prueba a la que es sometido por un *profesor exigente*: estudia de memoria cientos de páginas que nunca le servirán para algo útil; repite en el examen el texto de muchísimas normas aprendidas con puntos y comas, que durante el resto de su vida podrá leerlas tantas veces como fuera menester; y luego de aprobar el examen del caso, sin importar al efecto la nota que logró, *oleída de inmediato y para siempre* todo lo que tan absurdamente aprendió... De ahí que el recién graduado en derecho que inaugura su chapa abogadil en la puerta de calle, puede llegar al desmayo en el preciso momento en el que un vecino importante —de quien aspira sea su ¡primer cliente!— le pide que le explique en forma detallada y comprensible para él ¡cómo se hace para cobrar judicialmente un pagaré!

la normación, sujetándola a cánones lógicos inmutables y no meramente contingentes<sup>34</sup> según sea el cuándo y/o el dónde ella ocurra.

Para esto, lo primero es ponerse de acuerdo en cuál es la materia propia del conocimiento jurídico.<sup>35</sup>

Puesto en esa tarea, resulta claro para mí que es la interacción humana:<sup>36</sup> es decir la acción que se ejerce recíprocamente entre dos agentes que, por ello, se convierten en los extremos de la relación respectiva.

Con esta concepción puede advertirse que la interacción es una figura reversible, pues se presenta necesariamente tanto de un lado como del otro de sus extremos, manteniendo su vigencia y significación por la referencia recíproca.

Así es como en la mayoría de las interacciones no hay pretensión a la que no corresponda una prestación; y porque ésta es exigible es que aquélla existe (por ejemplo: si Juan es vendedor es porque Pedro es comprador que, si no paga el precio adeudado, puede ser demandado para que lo haga, y viceversa). De la misma forma, no hay victimario sin víctima, y viceversa.

Si lo que cabe regular jurídicamente es la interacción, parece claro que resulta factible determinar *a priori* y en un nivel absolutamente racional cuáles son las totales posibles interacciones humanas. Esto, que a simple vista parece cosa imposible de realizar, pues en apariencia se presentan en número infinito, es factible de lograr con sólo pensar adecuadamente en el problema. En esa tarea es fácil descubrir que no son infinitas. Ni siquiera muchas. En rigor, apenas cuatro.

Veamos cuáles son.

La primera y más elemental interacción es la que se presenta entre una persona, aisladamente considerada, y el resto de las personas; en otras palabras, la de una persona con la sociedad en la cual convive (considerada como un todo diferente a los individuos que la componen).

Más simple: la persona actúa ante y con el resto de las personas, y éstas, a su turno, hacen lo propio con la primera, como obvia consecuencia del convivir.

---

<sup>34</sup> Que pueden variar por diversos sucesos.

<sup>35</sup> Esto es tema generalmente incomprendido, y siempre se afirma como *opinable*. Hace años que el primer día de clase interrogo a mis nuevos y jóvenes alumnos —que comienzan a cursar el tercero o cuarto año de la carrera de abogacía— acerca de *qué es lo que ellos estudian*. En otras palabras, la pregunta es: ¿cuál es el objeto del conocimiento jurídico? Las respuestas que he obtenido con los años son muchísimas —la mayoría, de antología— y, por supuesto, ninguna coincidente con la realidad. De donde es dable colegir que, en términos generales, los alumnos de abogacía no saben qué estudian...

<sup>36</sup> Acción o influencia recíprocas.

Y es que cada una y todas las personas requieren ser individualizadas, identificadas, gozar de una cierta capacidad, tener un domicilio en el cual puedan ser halladas, etcétera. Y ello porque el estado de una persona es el conjunto de cualidades que la ley tiene en cuenta para atribuirle efectos jurídicos.

Por cierto, esta interacción está adecuadamente regulada en el derecho civil. Pero no únicamente allí, ya que, por ejemplo, la capacidad procesal —que es diferente a la capacidad civil, como se verá en su oportunidad— se halla normada en otro ordenamiento que, en la Argentina y para hacer más grande la diferencia, es diferente de una provincia a otra. Cosa parecida ocurre con la capacidad electoral, que difiere de las otras dos, etcétera.

Si fuera posible legislar a partir de cero para hacer las cosas bien de una vez por todas y, además, no reiterativas, todas las normas que regulan esta interacción podrían unirse en lo que bien se llamaría estatuto de la persona o estatuto personal, en el cual ingresarían las reglas referidas al nombre, a la capacidad, al estado civil, a la nacionalidad, al domicilio, a la profesión, etcétera.

La segunda interacción posible es la que se da entre personas de diferente sexo: un hombre y una mujer para y por el efecto de procrear: obviamente diferente de la anterior, esta interacción tiene como consecuencia lógica la formación de una familia, por lo que las normas que la regulan bien podrían constituir un estatuto familiar, en el cual ingresarían todas las reglas referidas al matrimonio, a la filiación, al régimen de alimentos, a las sucesiones, etcétera.

La tercera interacción que es posible imaginar es la de una persona actuando horizontalmente con otra persona, pactando algo (lo que bien podría estar regulado en un estatuto de los pactos o estatuto convencional, y en el cual ingresarían todas las reglas referidas a las obligaciones y a sus diversas fuentes contractuales y cuasicontractuales) o causándole daño (delictual o cuasi delictualmente, regulado en un estatuto penal y en uno resarcitorio).

La cuarta interacción es consecuencia natural de la existencia del grupo: alguien debe dirigirlo y el resto de sus componentes debe ser dirigido. También diferente de las anteriores, se presenta aquí una interacción de carácter vertical entre gobernantes y gobernados, por lo que las normas que deben regularla bien podrían conocerse como estatuto gubernativo o estatuto del poder, en el cual ingresarían todas las reglas que hoy integran

el derecho constitucional, el administrativo, el registral, el penal,<sup>37</sup> el real,<sup>38</sup> etcétera.

Si bien se piensa, más de la mitad de las normas que componen un ordenamiento jurídico deben ser integradas en este grupo.

Como se ve, son cuatro interacciones absolutamente diferentes entre sí, imposible de ser confundidas una con otras y que, conforme con la lógica racional, constituyen todas las que son factibles de imaginar.

En otras palabras: *no existe otra interacción similar que permita ampliar el número de las cuatro ya descritas*. Invito al lector a meditar y repensar lo hasta aquí expuesto. Verá que no logrará encontrar otra interacción posible de existir.

Corresponde acotar ahora que de una misma interacción pueden emerger diversas relaciones (que, en principio, no admiten un número que las limite). Un ejemplo permitirá comprender la afirmación: entre un hombre y una mujer interaccionando puede existir una relación de noviazgo, de matrimonio, de concubinato, de sponsales, etcétera.

Algo similar ocurre dentro de la interacción hombre pactando con hombre: aquí puede imaginarse que Juan entrega una cosa a Pedro y que, a su turno, Pedro entrega a cambio: a) dinero; b) otra cosa; c) nada; d) el compromiso de devolverla después de haberla usado; e) el compromiso de devolverla sin usarla; etcétera.

Cada una de estas hipótesis configura un fenómeno distinto de los demás, y por ello recibe una designación diferente y precisa:

- a) *compraventa* cuando la relación se presenta como *cosa a cambio de dinero*;
- b) *permuta* cuando es *cosa a cambio de cosa*;
- c) *donación* cuando es *cosa a cambio de nada*;
- d) *comodato* cuando es *cosa dada para usar y devolver*;
- e) *depósito* cuando es *cosa dada para guardar y devolver en las mismas condiciones*.

De los fenómenos enunciados, cada uno es inconfundible e irrepetible en el mundo jurídico: por ejemplo, siempre que Juan entregue en propiedad una cosa a Pedro y éste le dé a cambio un precio cierto en dinero, habrá compraventa, y no otra figura jurídica.

Pongo especial énfasis en las palabras inconfundible e irrepetible, pues las usaré más adelante para mostrar de esa manera al proceso.

---

<sup>37</sup> También computo acá a la idea de lo penal, pues para lograr la sanción punitiva es menester actuar ante el Estado, de la misma forma que para lograr un resarcimiento civil si no media solución autocompositiva al respecto.

<sup>38</sup> También coloco a los derechos sobre las cosas en esta interacción, pues ellos se dan frente a los demás. Los conceptos de lo *mío* y de lo *tuyo* aparecen necesariamente *ante alguien*.

## VI. LAS NORMAS JURÍDICAS

Si juridizando cualquier fenómeno fáctico de la realidad social el legislador decide normar respecto de las posibles interacciones ya enunciadas, inexorablemente producirá tres tipos de normas claramente diferentes entre ellas: determinativas, estáticas y dinámicas.

### 1. *Las normas jurídicas determinativas*

Son las que el legislador emplea para definir sus términos básicos (establece, por ejemplo, qué es o cómo se determina la competencia, quiénes son incapaces, cuáles actividades constituyen delitos, etcétera) o para prometer nuevas normas (asegura un derecho que debe ser reglamentado luego por otra norma que establece una garantía al efecto).

Dados su contenido y modalidad, ajenos a la asignatura procesal, no interesa su análisis en esta obra.

### 2. *Las normas jurídicas estáticas*

Son las que ostentan en su contenido una estructura disyuntiva por normar: a) una conducta que debe ser cumplida por los particulares y, al mismo tiempo, b) una sanción para aplicarles en caso de incumplimiento del mandato.

Con un ejemplo se comprenderá mejor cómo opera una norma estática. Para ello, elijo el mismo recién expuesto relativo a la compraventa: establece la ley que una vez recibida por el comprador la cosa adquirida al vendedor, aquél debe pagar a éste el precio pactado.

Habitualmente, la norma es de cumplimiento espontáneo: concertada la compraventa, el vendedor entrega la cosa, y el comprador abona el precio; ocurrido ello, la relación se agota, y lo más probable es que carezca de efectos jurídicos posteriores, pasando así al olvido. Pero la realidad enseña que algunas veces el comprador no paga a pesar de haber recibido ya la cosa. Por eso es que el legislador debe normar para ambas hipótesis (que el deudor pague y que no pague): en el caso, se sancionará al deudor condenándolo a oblar los daños e intereses causados al acreedor con motivo del incumplimiento.

De tal modo, toda norma reguladora de situaciones semejantes se presenta siempre como una fórmula lógica disyuntiva: dado A (la compraventa), *debe ser* (imperativo de la normación) B (prestación: el pago del precio); no dado B (el pago del precio), *debe ser* C (sanción o reparación: el pago de daños e intereses).

Si bien se mira en la alternativa presentada, ella es *excluyente*, porque dándose A y B la relación se agota por completo, y desaparece automáticamente la posibilidad de existencia de C (no hay ni puede haber sanción).

También se ve que, para que C (sanción) opere, es menester que no se haya dado B (prestación). Y que, cumpliéndose C, la relación también se agota.

En suma: a partir de A se da la posibilidad ideal de que ocurra B o, en su defecto, C. Y nada más.

Esta es la estructura íntima de toda norma que ordena conductas, expresa (en lo civil, comercial, etcétera) o implícitamente (en lo penal, donde no hay norma que prohíba robar pero existe sanción para quien roba).

Diferente estructura tiene una norma dinámica, que explicaré seguidamente.

### 3. *Las normas jurídicas dinámicas*

Es habitual leer en las obras jurídicas la palabra *dinamismo* utilizada con un sentido metafórico. Por ejemplo, se dice que el derecho del trabajo es *dinámico* por la gran transformación de su legislación, permanentemente cambiante para regular nuevas situaciones laborales. Y ello frente al relativo *reposo* de la norma propia del derecho civil, verbigracia, que no cambia desde la antigüedad.

Aquí no se utiliza la palabra en ese sentido, sino que, tomándola de la *mecánica*, representa el significado de la parte de ella que trata de la *fuerza* cuando produce *movimiento o actividad*.

Y es que, en el lenguaje corriente, *dinamismo es actividad*, por lo cual se asigna carácter dinámico a una norma procesal que genera actividades en cadena, en razón de que su estructura no es disyuntiva (como la de la norma estática), sino continuada consecucionalmente.

De tal modo, una norma dinámica es aquella que, a partir de una conducta dada de un sujeto, encadena imperativamente una secuencia de conductas de otro u otros sujetos, presentando así una relación que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso.

La peculiaridad de lo expuesto radica en que el dinamismo está contenido en la norma, sin necesidad de recurrir a la actividad material que se cumple en cada caso concreto. En otras palabras: se actúa consecucionalmente no porque así lo decidan los interesados, sino porque la norma respectiva así se los ordena.

Para que ello sea así, es menester que la propia norma idee y ligue relaciones consecucionales, lo que ocurre exclusivamente en *el* procedimien-



to —en rigor, en todos los procedimientos— donde se eslabonan actos que deben ser cumplidos en un cierto orden establecido con anterioridad por el legislador.

Construyendo con este tipo de norma otra fórmula lógica, podría presentársela así:

- a) dado A, *es* (atención: *ser*, no *deber ser*) B o no B;
- b) si es B, es B1 o no B1;
- c) si es B1, es B2 o no B2;
- d) si es B2, es B3 o no B3; etcétera.

Nótese que una de las alternativas prevé una actividad (caso de B) y, correlativamente, una inactividad en su defecto (caso de no B). Por ejemplo, y para mejor comprender el problema: emplazado el demandado para concurrir al proceso, comparece (B) o no comparece (no B); si comparece (B), contesta (B1) o no contesta (no B1) la demanda; etcétera.

Típicas normas de procedimiento se hallan en la Constitución, para la sanción y promulgación de las leyes; en la administración, para todos los trámites internos; en la legislatura, para sus reglamentos de debate; en los pactos, cuando se conviene una cláusula compromisoria arbitral, etcétera.

Queda claro, entonces, que el procedimiento (movimiento consecuen- cial) está contenido y ordenado en la norma, y que no son los hechos o actividad material de los sujetos lo que puede dar lugar a la normatividad jurídica, sino que, a la inversa, ésta se establece *a priori* para imperar sobre los destinatarios. Y ello ocurre en todas las instancias.

## VII. EL CONCEPTO DE INSTANCIA Y SU CLASIFICACIÓN

He analizado precedentemente las posibles interacciones humanas que pueden generar normas estáticas: las que provienen de los que se denominan estatutos personal, familiar, de los pactos y del poder (donde, como se verá de inmediato, también pueden operar normas dinámicas).

Siempre que una norma estática (la que impone una conducta y sanciona su incumplimiento) no se agote por efectivización de la correspondiente prestación y sea menester ocurrir a la alternativa de la sanción, al igual que en toda interacción vertical que se origine entre gobernante y gobernado, hace a la esencia misma de la convivencia social que éste pueda dirigirse a aquél en procura de una respuesta que brinde adecuada solución al problema o conflicto que le plantea.

Esta necesidad muestra que dentro del estatuto *del poder* pueden existir diversas relaciones al igual que lo que ya mostré al hablar de las otras

interacciones (recuérdese que sostuvo antes que el estatuto familiar debe contemplar soluciones para las relaciones de matrimonio, concubinato, espousales, etcétera).

Por igual circunstancia, en esta interacción que se da entre gobernado y gobernante se ven relaciones que pueden ser determinables *a priori* en función de la actividad cumplida en cada caso por el gobernado o por la que él exige de la autoridad.

Estas relaciones se diferencian de todas las demás que se presentan respecto de las otras interacciones, porque son reguladas de manera legal por normas necesariamente dinámicas.

Y a la actividad que cumple el gobernado cuando hace uso de ellas se le da el nombre de instar, lo que produce instancias (o derecho de instancia si se las juridiza).

Lógicamente, el instar constituye un impulsar a otro para que a su vez impulse nuevamente, formando en definitiva la cadena de actos que está prevista con anticipación en la norma.

Así es que, jurídicamente, se define a la instancia como el derecho que tiene toda persona (gente o ente) de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido final no puede precisarse de antemano.

Entre el primer instar y la resolución que recae finalmente sobre él existe una serie de actos a cumplir en un orden ya establecido y que, ya se ha visto, recibe el nombre de procedimiento.

De tal forma, el objeto (lo que se desea lograr) de la instancia es siempre un procedimiento, en tanto que el objeto de éste es una resolución de la autoridad.

Efectuando *a priori* una determinación lógica de todas las posibles instancias en la relación particular (gobernado)-autoridad (gobernante), en exclusivo orden a la actividad cumplida y con prescindencia de sus respectivos contenidos —que pueden ser casi infinitos— se advierte que ellas sólo pueden ser cinco, y se conocen doctrinalmente con el nombre de denuncia, petición, reacertamiento, queja y acción procesal.

Advierta el lector que no inserto a la querrela en esta nómina. Y es que considero que ella es siempre pura acción procesal, sólo que con un preciso contenido pretensional de carácter punitivo.

Pues bien: las posibles instancias pueden ser primarias (no suponen una instancia cumplida con anterioridad) o secundarias (suponen la existencia de otra instancia previa) y con o sin contenido pretensional. Cuando lo tienen, cabe distinguir —con criterio clasificatorio— entre si la autoridad pue-

de cumplir por sí sola la prestación reclamada o si tal prestación depende exclusivamente de la actividad de otra persona.

Veamos ahora qué es cada una de ellas.

### 1. *La denuncia*

Es la instancia mediante la cual un particular efectúa una participación de conocimiento a una autoridad para que ella actúe como debe hacerlo según la ley. Por ejemplo: una persona se presenta ante la policía para decirle que está cometiéndose un delito en un lugar dado.

Como se puede advertir, esta instancia se caracteriza por su carácter primario y por la ausencia de contenido pretensional: el particular nada pide a la autoridad, sino que se limita a comunicarle un hecho que puede tener trascendencia jurídica para ella y a raíz de lo cual iniciará un procedimiento. De ahí que, presentada una denuncia cualquiera, el denunciante permanecerá ajeno al procedimiento que se cumpla al respecto por carecer de interés en lo que allí se actúe. Esto es lo que pasa, precisamente, en el procedimiento penal de corte inquisitivo, en el cual la víctima denunciante vive en una suerte de limbo procesal.<sup>39</sup>

### 2. *La petición*

Es la instancia primaria dirigida por un particular a una autoridad que puede resolver por sí misma acerca de la pretensión sometida a su decisión. A consecuencia de ella, la autoridad iniciará un procedimiento, que desembocará en una resolución mediante la cual se acogerá o no la pretensión contenida en el instar. Más sencillo con un ejemplo: Juan desea instalar en la vía pública un puesto de venta de cierta mercadería, para lo cual es imprescindible contar con la autorización previa del respectivo organismo municipal. A tal fin, insta ante el funcionario del ramo pretendiendo que se le otorgue el correspondiente permiso.

---

<sup>39</sup> Y de ahí la necesidad de que, más allá de que se le haya reconocido en los últimos años la posibilidad de convertirse en un actor legitimado para pretender civilmente en el proceso penal inquisitivo, deba otorgársele inmediatamente la legitimación necesaria para actuar como parte procesal en calidad de querellante autónomo sosteniendo pretensión claramente punitiva contra el causante del delito. Por cierto, falta mucho para ello, pues bien saben todos que a los jueces penales y a los fiscales no les gustan los querellantes, a quienes han guardado desde siempre particular aversión. Tanto, que fue la constante prédica de ellos lo que hizo desaparecer a mediados de los años sesenta la querrela como instancia legislada.

Si se cumplen los requisitos del instar (obviamente, regulados en la respectiva ordenanza), el peticionante puede estar seguro de que, a consecuencia de su petición, se iniciará necesariamente un trámite procedimental, que será más o menos largo o complicado según la cantidad de pasos a cumplir en la previsión normativa, pero que terminará en algún momento para posibilitar su propio objeto: la emisión de una resolución, típico acto de autoridad.

Pero de lo que no puede estar seguro el peticionante es del contenido de la resolución que, luego de cumplido el respectivo procedimiento, emitirá el funcionario actuante.

En efecto: la autoridad puede conceder o negar el permiso solicitado.

Para cumplir tal tarea resolutoria, la autoridad debe producir una comprobación; es decir, la operación mental por la cual determina la existencia de los hechos tipificados en la norma mediante la comparación de ellos con los hechos expuestos por el peticionante, aceptándolos o no como ocurridos en la realidad. Cabe ahora que la autoridad asigne a tales hechos las consecuencias jurídicas previstas para el caso.

En idioma italiano se utiliza el vocablo *accertamento* con dicho significado técnico (de verificación de circunstancias fácticas y normativas). De ahí que toda autoridad —administrativa o judicial— *accerta* (o *acerta*, para la mejor comprensión de lo que diré luego) cuando motiva y funda su resolución.

Por supuesto, para que la comprobación sea posible, dado el contenido pretensional de la petición del ejemplo dado, ha de surgir de la misma formalidad de la presentación la existencia y fácil comprensión de cuatro circunstancias claves: *quién insta, ante quién se insta, por qué se insta y para qué se insta*.

De lo expuesto hasta aquí —y reiterando conceptos— surge que la petición es una instancia primaria (no depende de la existencia de otra de carácter previo) con obvio contenido pretensional. Téngase en cuenta ello para hacer una comparación final entre todas las instancias posibles.

Supóngase ahora que la decisión del funcionario ha sido adversa al peticionante y que éste considera que la denegatoria fue errónea. Es decir, aquélla no se emitió con una correcta comprobación y evaluación de los antecedentes presentados (es decir, no se acertó).

Si existe en el caso la posibilidad jurídica de insistir, en el instar pues hay en el organismo respectivo una autoridad de mayor jerarquía que el funcionario antes aludido, querrá ocurrir ante él para lograr un nuevo juicio de comprobación acerca de lo ya decidido equivocadamente (se trata, en definitiva, de lograr una recomprobación o una reconsideración).

Ello origina la tercera instancia posible, a la cual las modernas doctrinas —partiendo del molde italiano— denominan:

### 3. *El reacertamiento (o la reconsideración)*

Es la instancia secundaria dirigida al superior de la autoridad que, a juicio del peticionante, no efectuó una comprobación correcta (acertamiento) al dictar su resolución respecto de la pretensión que le presentara en la petición,<sup>40</sup> para que emita nueva decisión en cuanto al tema en cuestión, acogiéndola.

De tal modo, insisto en que el reacertamiento también tiene un contenido pretensional:<sup>41</sup> la revocación del acto cumplido y reputado erróneo por el peticionante quien, de consiguiente, ahora persigue nuevamente el acogimiento de la pretensión inicial.

Empero, diferenciándose de la petición, es de carácter secundario y no primario, ya que su existencia supone una petición previa rechazada.

La instancia de reacertamiento se conoce habitualmente con los nombres de recurso administrativo y de recurso jerárquico, lo que pareciera circunscribir su ámbito a la pura actividad administrativa.

Sin embargo, como se verá oportunamente, también se presenta en la actividad judicial: cuando la demanda es denegada *in limine* (al comienzo), en los actos llamados de jurisdicción voluntaria, etcétera; pronto se comprenderá el porqué de ello.

Supóngase ahora que, presentada una petición, el funcionario que la recibe no actúa conforme con el procedimiento previsto en la norma que regula el caso. Por ejemplo, no inicia el trámite o guarda silencio en lugar de dictar resolución (la hipótesis parte de la circunstancia de no estar previsto en la ley el efecto del silencio).

En otras palabras: no es que se equivoque en la comprobación (*acertamiento*), sino que no la realiza o no la posibilita. Ello origina una nueva instancia, diferente de las anteriores, y que trato a continuación.

### 4. *La queja*

Es la instancia dirigida al superior jerárquico de la autoridad que interviene con motivo de una petición, mediante la cual el particular pretende que se haga el control de la inactividad que le causa perjuicio y, comproba-

---

<sup>40</sup> De donde resulta que no está conforme con ella, ya sea porque afirma que es ilegítima o porque la cree injusta. Ésta es, precisamente, la base de la impugnación procesal.

<sup>41</sup> Esto es obvio a poco que se acepte que el reacertamiento es instancia secundaria, pues supone el rechazo de una petición primaria de contenido pretensional.

do ello, se ordene la emisión de la resolución pretendida y, eventualmente, la imposición de una sanción a la autoridad inferior.

Como se ve, al igual que las dos anteriores tiene un contenido pretensional (de carácter disciplinario), y aunque posee una similitud con el reacertamiento por su obvio carácter secundario (pues ambas instancias suponen la existencia de una petición) difiere de él en cuanto la queja parte de la base de una inactividad en tanto que el reacertamiento lo hace desde una actividad que se reputa errónea.

Haciendo un breve repaso de lo visto hasta hora surge que es imposible confundir una instancia con otra cualquiera de las ya explicadas, pues hay sólo dos de carácter primario (petición y denuncia) y una sola de ellas (petición) tiene contenido pretensional.

También hay sólo dos de carácter secundario (reacertamiento y queja), pero son definitivamente inconfundibles a pesar de que ambas tienen claro contenido pretensional, pues mientras el reacertamiento supone la existencia de una petición previa rechazada o denegada, la queja exige la presencia de una petición no respondida o no resuelta.

Las cuatro formas diferentes de instar que he descrito hasta ahora —denuncia, petición, reacercamiento y queja— ofrecen la característica de presentarse invariablemente entre dos personas: el particular que insta y la autoridad que recibe el instar.

Adviértase que aunque figuren varios funcionarios en las instancias de reacertamiento y de queja, la persona instada es jurídicamente la misma: la autoridad, aunque actuando por medio de distintos órganos.

Repárese también en que las cuatro instancias compulsadas tienen similar objeto: iniciar un procedimiento. Ahora sí puedo destacar que resta aún otra instancia que, como se verá, difiere esencialmente de las ya enumeradas. Ella es:

### 5. *La acción procesal*

Es la instancia primaria mediante la cual una persona puede ocurrir ante una autoridad judicial para que resuelva acerca de una pretensión que debe cumplir otra persona, por lo cual dicha autoridad no puede satisfacerla directamente (cual lo hacía en el caso de la petición). Por tanto, esa persona respecto de quien se pretende y que eventualmente sufrirá los efectos adversos de una decisión en su contra, debe integrar necesariamente la relación dinámica que se origine con tal motivo.

Resulta así que la acción procesal ostenta la singular particularidad de provenir de un sujeto (actor o acusador) y provocar conductas concatena-

das de otros dos (juez y demandado o acusado) en tiempos normativamente sucesivos.

Un ejemplo aclarará la idea: Juan afirma que en la realidad social Pedro le debe una suma de dinero y, por tanto, pretende en el mismo plano de la realidad social que le pague. Supóngase ahora que Pedro no paga, para lo cual aduce argumentos que el acreedor no acepta. Como Juan no puede ejercer fuerza física sobre Pedro (ya se ha visto que ella es ilegítima en la convivencia) y siempre que no acuerden libremente entre ambos una solución autocompositiva, Juan no tiene otra alternativa que presentarse a la autoridad (en este caso, el juez) instándola, no para que le pague por sí misma (sería absurdo que el Estado hiciera frente a todas las deudas de los particulares), sino para que constriña a Pedro —aun mediante el uso de la fuerza legítima que puede ejercer el Estado— a pagar la prestación adeudada, si es que se confirma la existencia de la deuda.

Recibida la instancia por el juez, como no depende exclusivamente de él mismo la solución del litigio sino de la prestación que cumplirá otra persona (Pedro), habrá de iniciar un procedimiento que no será ya sólo entre dos personas (el particular que insta y la autoridad que recibe el instar, cual ocurre sin excepción en todas las demás instancias: denuncia, petición, reaceramiento y queja) sino incluso tres, pues debe involucrarse necesariamente en él a aquella persona respecto de la cual se insta.

Surge de lo expuesto, que esta instancia primaria también tiene contenido pretensional. Pero se ve fácilmente que entre la acción procesal y todas las demás instancias posibles existe diferencia esencial: la acción debe ser bilateralizada por el juez, otorgando posibilidad de audiencia al tercero respecto de quien se afirma debe cumplir la prestación pretendida, para que éste alegue lo que desee al respecto.

En otras palabras: es una instancia de carácter bilateral.<sup>42</sup>

Este fenómeno jurídico que acabo de describir se muestra, al igual que la compraventa, como único, inconfundible e irrepetible en el mundo del derecho (véase punto 1 de este trabajo), ya que todas las demás instancias son de carácter unilateral.

Y así se llega a la formulación de un concepto lógico, que no puede ser más elemental y simple: la acción procesal es la instancia bilateral.

¿Se dice realmente algo con este concepto? A mi juicio se dice todo lo imprescindible para lograr la captación y comprensión del fenómeno.

En efecto: he afirmado hasta ahora:

---

<sup>42</sup> Briseño Sierra la denominó *instancia proyectiva*.

- a) que la materia del conocimiento jurídico está dada, exclusivamente, por la interacción humana;
- b) que las totales posibles interacciones primarias son sólo cuatro (no menos ni más que cuatro), y que he reseñado en otros tantos estatutos: el personal, el familiar, el de los pactos;
- c) que salvo las normas de carácter determinativo, toda legislación acerca de tales interacciones solo puede producir normas estáticas, así llamadas porque se presentan siempre con estructura disyuntiva y se agotan por el acaecimiento de una de las alternativas (o de prestación o de sanción) que presentan;
- d) que para materializar la interacción del poder (o gubernativa) y, asimismo, para obtener la aplicación de una sanción normativa (propia de una norma estática) es imprescindible aceptar la existencia de relaciones que se particularizan por su dinamismo;
- e) que las normas dinámicas —instancias— son aquellas que imperan un encadenamiento consecucional de conductas;
- f) que todas las posibles instancias son sólo cinco: denuncia, petición, reaceramiento, queja y acción procesal;
- g) que de todas ellas, una sola es necesariamente bilateral (en cuanto enlaza a tres personas y no a dos): la acción procesal.

¿Puede alguien confundirse jurídicamente respecto de qué es la acción en el mundo del derecho?

¿Hay otro fenómeno igual o parecido?

Como la respuesta es necesariamente negativa, insisto en que se ha llegado a una noción elemental, que permite, ahora, comenzar la construcción científica de todo el sistema procesal.<sup>43</sup>

No obstante lo expuesto, en los últimos años y por indudable influencia en nuestros autores del pensamiento de Jaime Guasp, importante procesalista español que descolló en el siglo XX y dejó vasta y muy importante obra escrita, la doctrina mayoritaria en América descuidó el estudio metódico de la acción procesal so pretexto de que resultaba inservible para la comprensión de esta rama del derecho y lo suplantó en definitiva por el concepto de pretensión, sosteniendo que en razón de ella —y no de la acción— se generan los diferentes procedimientos, se clasifican los tipos procesales y el

---

<sup>43</sup> Adviértase así la notable importancia del concepto ideado por Briseño Sierra: logra —nada menos— dar exacto contenido científico a la asignatura procesal y, con ello, al método de enjuiciamiento que concuerda con la Constitución: el acusatorio.



contenido de las sentencias, se establecen sus efectos, se determinan las variadas competencias materiales, etcétera.<sup>44</sup>

A mi juicio eso ha sido craso error que ha posibilitado una cada vez más defectuosa actuación de los poderes judiciales en toda América, en los cuales hay muchos jueces que ignoran hasta el día de hoy la naturaleza jurídica de un verdadero recurso y no aciertan a resolver acerca del modo de sustanciarlo, cuando, por ejemplo, con esa palabra se muestra un verdadero reacertamiento (cual ocurre en la llamada apelación deducida contra decisiones que versan sobre otorgamiento o denegación de cautelas procesales).

Quien tiene suficiente experiencia tribunalicia sabe de la importancia de esta crítica y acepta la existencia del inmenso mal que se ha hecho nuestra juridicidad con el error que señalo.

Baste por ahora saber que si la pretensión es lo que se pide (en esencia, es una meta), la acción es el modo de pedir (en esencia, un método).

Y sin perjuicio de que las pretensiones pueden ser infinitas y la acción es solo una de las cinco posibles formas de instar, lo que importa rescatar en este punto es la grave equivocación de los autores que han privilegiado la obtención de la meta por sobre el método mediante el cual se procura obtener esa meta, dando así la razón a Maquiavelo y posibilitando el triunfo postrero de su conocido consejo: el fin justifica los medios...<sup>45</sup>

Véase ahora la importancia del tema luego de advertir las diferencias esenciales que existen entre los términos procedimiento y proceso.

## VIII. LAS DIFERENCIAS ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO

En la historia del derecho procesal no siempre se ha efectuado la distinción apuntada en el título, no obstante ser de la mayor importancia para comprender el fenómeno que aquí describo.

Se entiende por procedimiento —concepto puramente *jurídico*— la sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí, por virtud de lo cual uno es precedente necesario del que le sigue, y éste, a su turno, consecuencia imprescindible del anterior.

---

<sup>44</sup> Todo esto ya lo puso de resalto el inolvidable procesalista colombiano Carlos Ramírez Arcila en sus obras *Teoría de la acción* (Bogotá, Temis, 1969); *Acción y acumulación de pretensiones* (Bogotá, Temis, 1987) y *Derecho procesal* (Bogotá, Librería del Profesional, 2001).

<sup>45</sup> Porque no quiero ser coartífice de ese triunfo, creo que vale la pena meditar aquí acerca de cuánto horror se hubiera ahorrado la humanidad si Hitler no hubiera pensado como quienes tal cosa sostienen...

Existe procedimiento en toda actividad, privada (orden del día en una asamblea) o pública (procedimiento administrativo, parlamentario, etcétera), que requiere de una consecución de actos.

Se entiende por proceso —concepto puramente *lógico*— el medio de discusión de dos litigantes ante una autoridad según cierto procedimiento preestablecido por la ley. En rigor de verdad, se trata de una serie de actos procedimentales consecutivos e invariables, como se verá en detalle oportunamente.

De tal modo, el procedimiento es el género (aparece en todas las instancias), en tanto que el proceso es una especie de él (aparece sólo en la acción procesal, instancia que debe ser necesariamente bilateralizada).

Insistiendo en la idea: el procedimiento es el rasgo común y distintivo de todas las instancias que, salvo la acción procesal, se otorgan para regular una relación dinámica entre dos personas: quien insta y quien recibe la instancia.

El proceso es el procedimiento propio de la acción procesal, que se otorga para regular una relación dinámica entre tres personas: quien insta, quien recibe el instar y aquel respecto de quien se insta.

Surge de lo expuesto que todo proceso contiene un procedimiento; pero no ocurre lo propio a la inversa, pues no todo procedimiento constituye un proceso.

La distinción es importante, porque:

- No siempre que existe un procedimiento judicial se genera un proceso: los llamados actos de jurisdicción voluntaria (en rigor, algunos de ellos), por ejemplo, tienen procedimiento y no son procesos.
- Toda pretensión ejercida judicialmente en las condiciones que marca la ley origina un proceso, cuyo objeto será la sentencia mediante la cual se habrá de satisfacer aquélla, existiendo así tantos procesos como pretensiones se hagan valer. De donde resulta que un solo procedimiento judicial puede ser la envoltura externa de más de un proceso.

Para finalizar: concebida la acción procesal como una instancia bilateral y siendo el proceso su objeto, mucho se ha adelantado en el campo de la academia procesal: el proceso es el método de debate dialogal, argumentativo y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad. Y no otra cosa.

## EL CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO

Jorge Horacio ZINNY

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepto de proceso.* III. *El contenido del proceso.* IV. *El objeto del proceso.* V. *Elementos.* VI. *El concepto de debido proceso.*

### I. INTRODUCCIÓN

Los seres humanos vivimos en comunidades, más o menos numerosas. La convivencia, este “convivir”, es decir “vivir juntos” en un espacio geográfico determinado y en un tiempo histórico también determinado, no es fácil. Se producen choques de intereses, conflictos intersubjetivos de intereses, porque los bienes de la vida disponibles no son suficientes para satisfacer integralmente las necesidades de todos, sin contar con las virtudes y defectos que todo ser humano tiene (bondad, solidaridad, compasión, dignidad, maldad, egoísmo, ambición desmedida, etcétera). Para que la “convivencia”, entonces, pueda desenvolverse y los “convivientes” progresar, es menester que lo hagan en paz, y para ello los conflictos intersubjetivos deben ser solucionados.

Si imagináramos cómo pudo haber sido la solución del choque de intereses en las comunidades primitivas, remontándonos a tiempos aun anteriores a la época de las cavernas, en los orígenes de la convivencia, advertiríamos que el conflicto sólo tenía dos posibles soluciones: o la autocomposición; esto es, los contendientes se ponían de acuerdo y resolvían el diferendo, o el enfrentamiento físico, el combate con armas o sin ellas, que concluía con la eliminación física de uno de los contendientes. El conflicto se solucionaba, entonces, o porque los contendientes acordaban o porque uno de ellos —o ambos— moría.

Aquellas comunidades primitivas tan pequeñas, originariamente no excedían el marco de lo familiar, e inclusive de la familia nuclear; es decir, padres e hijos. Posteriormente, se agregaron otras personas ligadas por vínculos de parentesco, algún o algunos tíos o algún o algunos primos, por cuyo motivo

la eliminación física de alguno o algunos de sus integrantes tenía consecuencias disvaliosas:

1. En primer lugar, el debilitamiento del grupo frente a otros grupos, por la disminución de sus integrantes con el consiguiente riesgo de su derrota en caso de un enfrentamiento.
2. En segundo lugar, se generaba una reacción, provocada por la muerte del contendiente vencido, que impedía la conclusión definitiva del conflicto. Aparece así el rencor y el odio en los familiares más cercanos al muerto y, con ello, el deseo de venganza, que generalmente era llevada al campo de los hechos. En definitiva, la desaparición física de uno de los contendientes no solamente no solucionaba la cuestión, sino que generaba nuevas tensiones y conflictos.
3. En tercer lugar, el uso de la fuerza bruta, el triunfo por la mera fuerza física no era suficiente para garantizar la estabilidad de lo adquirido por el triunfador en virtud de su victoria.

Los motivos fundamentales que daban origen a los conflictos era la necesidad de la satisfacción de las necesidades básicas. Hoy y siempre fueron necesidades básicas la vestimenta, la alimentación y la vivienda o el hábitat. Entonces, el hecho de que el más fuerte venciera físicamente al más débil, y obtuviera de esa manera o una mayor cantidad de alimentos, o una parte mayor, o mejor, del lugar donde vivían, o una mejor vestimenta (por ejemplo, una piel de animal más abrigada), no le garantizaba la estabilidad de su conquista, porque en algún momento tenía que dormir, y ello podía ser aprovechado por el vencido para vengarse. Además, el más débil físicamente agudizaba su ingenio para engañar al más fuerte. El combate, entonces, no solucionaba el conflicto, y esa conclusión tiene que haber motivado a los integrantes de aquellas comunidades primitivas a buscar o imaginar otra forma de hacerlo, que no significara el debilitamiento del grupo frente a otros, y que evitara el permanente estado de tensión interna que generaba la existencia del rencor, que desataba la venganza.

En definitiva, tenía que buscarse un sistema donde, sin la eliminación física del adversario, pudiera solucionarse el conflicto. ¿Y cómo podía lograrse esto? En algún momento los involucrados en un conflicto buscan la intervención de un tercero al que lo ponen en conocimiento del diferendo para que lo solucione. Se trata de un avance formidable en la civilización, porque se cambia el arma por la palabra, que iguala a los contendientes. Ya no importa quién es el físicamente más fuerte o el que tiene el arma más poderosa, sino quien demuestra, con más sólidos y mejores argumentos, la razón que le asiste.

Para que la intervención de ese tercero en aquella comunidad fuera eficaz, era necesario que gozara de autoridad, sea porque era el más viejo y, por consiguiente, el que tenía más experiencia; sea porque era el más fuerte, y por lo tanto era el jefe, ya que se había impuesto a los demás. Posiblemente en aquellas comunidades el jefe no sólo era el más fuerte, sino que también era el que mejores servicios le prestaba al grupo. Tal vez era el más hábil cazador, y entonces su prestigio y autoridad surgían, además, de su fuerza física, que la tenía, de su habilidad. Posiblemente también era el mejor recolector, el que sabía qué vegetales podían consumirse y cuáles no, y dónde encontrarlos.

El jefe lo era porque unía a su fuerza física la habilidad para servir al conjunto, con lo que generaba respeto. Cuando esta persona, con estas características, aparece como el posible solucionador de los conflictos que le traen a su conocimiento, y los contrincantes se someten y cumplen su decisión, diría que tenemos rudimentariamente la aparición de la figura del juez. Y vamos a tener, también de modo incipiente, un principio de proceso, porque ese tercero, antes de emitir su decisión, necesita oír a los contendientes, a ambos, para conocer sus razones.

## II. CONCEPTO DE PROCESO

La palabra *proceso* significa “conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial”.<sup>1</sup> En esta segunda acepción constituye, entonces, una secuencia de actividades a realizar; esto es, una serie de actuaciones destinadas a alcanzar una finalidad u objetivo predeterminado. Ese objetivo, o finalidad, es lo que va a condicionar el orden en que se va a cumplir la secuencia o serie de actividades; esto es, el camino a recorrer para alcanzarlo. Así, el proceso es un concepto eminentemente dinámico.

Cuando nos referimos a un proceso, cualquiera que sea, el primer paso es determinar la finalidad que se persigue; esto es, el objetivo que se pretende alcanzar, para después establecer la forma en que se ha de desarrollar la actividad destinada a lograrlo. A modo de ejemplo, si se quiere averiguar qué ocurre (objetivo o finalidad) cuando el hierro se calienta, debe utilizarse un medio apto para tal finalidad, y entonces se someterá el material a una fuente de calor (proceso) para observar el efecto que ello produce, y de esa forma alcanzar el objetivo propuesto. Si en vez de calor se utilizara frío, o se lo golpeará, no se alcanzaría la finalidad perseguida, porque el medio (proceso) utilizado no es el apropiado.

<sup>1</sup> *Diccionario de la lengua española*, 21a. ed., Madrid, Real Academia Española, 1992.

En todo proceso pasa lo mismo. La actividad a realizar ha de ser la adecuada para alcanzar el fin propuesto. Si lo que se pretende es obtener la solución pacífica de conflictos, lo primero que tenía que hacer ese rudimentario juez, allá en la caverna, era oír a los contendientes, atender sus razones, y esto es un principio de proceso, el rudimentario comienzo de un proceso. Hay que oír a los contendientes, a ambos, porque si no se los oye, si no se atiende las razones de uno y otro, no se puede conocer cuáles son los intereses enfrentados, cuál es el motivo del conflicto y, consecuentemente, no hay posibilidad de decidir quién tiene razón para alcanzar una solución. Además, la decisión (solución) debe ser emitida sin pretender favorecer a una parte y perjudicar a la otra, sino de darle, o mejor, de reconocerle, la razón a quien realmente la tiene y la demuestra, al menos, argumentalmente. Así, la decisión ha de ser dictada en forma imparcial; esto es, por alguien que no está directa ni indirectamente involucrado en el conflicto y, por consiguiente, carece de todo interés en el sentido final del contenido de la decisión. Es por ello que, entre otros elementos, es necesaria la ausencia de preconcepciones en el que va a emitir la solución; esto es, en quien “juzga” y decide.

Este sistema, que —en sus orígenes— puede afirmarse era utilizado de modo intuitivo, comienza a producir frutos cuando la resolución del tercero es acatada por los involucrados en el conflicto, renunciando de esta manera al uso de la fuerza física. Y era acatada no sólo porque quien la había pronunciado era el jefe, que era el más fuerte y podía imponer su solución por la fuerza, sino también que lo hacía porque era el más respetado y su palabra tenía valor por sí misma, sin necesidad del ejercicio de la fuerza, que aparecía como subyacente.

Este invento de la humanidad, este fenómeno cultural, comienza a expandirse. En todos los grupos humanos se advierte que la solución pacífica del conflicto es más beneficiosa que la violenta. Entonces, lentamente, el sistema se universaliza e institucionaliza; es adoptado por los distintos conglomerados sociales y adquiere estabilidad. Con el transcurrir del tiempo los grupos humanos se van haciendo más numerosos; de la organización familiar se pasa a la del clan (un grupo de individuos unidos por lazos de familia que van conformando uno mayor) y de éste a la tribu. Seguimos avanzando en la historia de la humanidad, los grupos son cada vez más numerosos y, por tanto, la convivencia es más compleja, hasta llegar a constituirse las sociedades que conforman el Estado moderno. En este trayecto temporal, en todos los pueblos y en todas las culturas, el sistema se institucionaliza, porque se advierte que para todos es más beneficiosa esta forma de solucionar los problemas que suscita la convivencia. Este fenómeno cultural se impone como método apto para solucionar las tensiones que se producen dentro del

conjunto social, y que desembocan en choques de intereses intersubjetivos, esto es, en conflictos.

Para entonces la intervención del tercero destinada a solucionar el conflicto ha dejado de ser voluntaria para ser imperativa. Ya ha sido prohibido el ejercicio de la fuerza individual, y ante la afirmada violación o desconocimiento de un derecho, no queda otra vía que recurrir al tercero, que adquiere también carácter de permanente.

Ya dijimos que uno de los elementos que se requiere para que la decisión sea una solución, es que el que la dicta —en definitiva, el juzgador— esté libre de “pre-juicios”; esto es, de juicios preconcebidos, lo que asegura su imparcialidad. Por consiguiente, para que exista esa imparcialidad es necesario no solamente que el contenido de la decisión sea ignorado aun por el juzgador, hasta el momento mismo en que la dicta, sino que, además, ese contenido le sea indiferente en tanto sea conforme a derecho. Cuando la solución del conflicto está prevista, no hay un auténtico proceso judicial, sino un *proceso aparente*. No es más que un ropaje, un pretexto, para darle un viso de legitimidad, o mejor, de legalidad, a una decisión preconcebida, aun antes que el proceso se iniciara.

En este juego de imaginación hemos atravesado miles de años, y hemos llegado al momento actual, en el que ya la solución proviene de organismos especializados, que son estatales, y cuyas condiciones son casi las mismas de aquel originario arbitrador. La solución del conflicto se produce porque el arbitrador, hoy el juez, no solamente tiene autoridad porque ejerce un poder del Estado, sino que, además, goza de respeto.

Aquel rudimento de proceso, que comenzó oyendo a las partes, se complejiza, porque al ampliarse el número de personas que “conviven”, las relaciones intersubjetivas se aumentan y se hacen más complejas, con lo que se produce un aumento y, además, una diversificación de las normas destinadas a regular la convivencia; esto es, las normas jurídicas. Analicemos, entonces, en qué consiste el proceso judicial como estructura técnico-jurídica.

En el Estado moderno, por una elemental necesidad de organización y división del trabajo, se fracciona el ejercicio del poder estatal, que es único, en tres departamentos u organismos, cada uno de los cuales cumple una determinada función: 1. El que administra y ejecuta (Poder Ejecutivo); 2. El que dicta las normas jurídicas (Poder Legislativo), y 3. El que juzga si las actividades individuales —y también la de los otros departamentos estatales— se ajustan o no al mandato constitucional y legal, solucionando —mediante la actuación de esas normas— los conflictos que se producen en el seno de

la sociedad (Poder Judicial). Cada uno de estos organismos, según su especialidad, tiene una particular manera de desarrollar su actividad.

La actuación típica del Poder Judicial se realiza mediante el proceso —valga la redundancia— judicial. No se puede visualizar el proceso, porque es una entidad abstracta, es un método de actuación y, por tanto, es un instrumento destinado a alcanzar una determinada finalidad. Pero lo que sí se puede visualizar es la forma en que las normas jurídicas estructuran el proceso; esto es, establecen cómo ha desarrollarse este particular método de actuación.

Si se pudiera fotografiar al proceso —reiteramos, ente abstracto— y extenderlo sobre una mesa como si fuera un plano, se advertiría que en su exteriorización está constituido por un conjunto de actos jurídicos. Las características de los actos jurídicos en general, son: a) ser voluntario; b) ser lícito, y c) tener un fin determinado.

La voluntariedad consiste en que el acto se realiza con discernimiento (saber por qué se hace), intención (saber para qué se hace), y con libertad (hacerlo porque se quiere, sin coacción alguna). Pero, además, estos actos que conforman el proceso tienen como nota particular —y de ahí su especificidad—, que están regulados, además de por las normas sustanciales, por otras también específicas, que son las procesales. Es la norma procesal la que establece quién, cuándo, cómo y dónde deben ser cumplidos, y cuáles son los efectos que cada uno de ellos ha de producir. Además, tienen una finalidad lícita, porque está permitida por la ley. Llegamos entonces a la conclusión de que el proceso judicial, al menos objetivamente, es un *conjunto de actos jurídicos procesales*.

Profundizando el análisis, se advierte que estos actos han sido ejecutados siguiendo un orden lógico. No se cumplen en cualquier momento, sino que hay una oportunidad para cada uno de ellos. Además, no todos son cumplidos por la misma persona, sino que cada uno de los intervinientes sólo puede realizar determinados actos, y no otros. Por consiguiente, ya la palabra “conjunto” no nos sirve, porque en cuanto tienen un ordenamiento, deja de ser tal; esto es, un amontonamiento de actos, para ser un sistema, en donde cada uno de ellos aparece como un engranaje ubicado en un lugar especial. Cada acto debe ser cumplido en un momento predeterminado ocupando un lugar, también predeterminado, en el sistema, de manera tal que simultáneamente es antecedente del que le sigue, y consecuente del anterior; es decir, hay una concatenación de actos, que constituye una serie. Entonces, desde este punto de vista objetivo, podemos afirmar que el proceso es *una serie de actos jurídicos procesales concatenados*.



La concatenación tiene también como característica que el cumplimiento de un acto por alguno de los sujetos esenciales que intervienen en el proceso pone a los otros dos en la necesidad de cumplir el que le compete.

Estos actos jurídicos se agrupan en etapas, que también están lógicamente concatenadas, cada una de las cuales tiene una determinada finalidad.

La primera tiene por finalidad ponerlo al juez en conocimiento de la existencia de un conflicto, de los antecedentes que le dieron origen y del interés jurídico que hace valer cada uno de los contendientes; esto es, de sus respectivas pretensiones. En definitiva, cuál es el bien de la vida que persiguen obtener.

Hay un conjunto o, mejor, una serie de actos destinados a ese fin; esto es, hacerle conocer al juzgador la existencia de un conflicto, los motivos que lo causaron, los hechos ocurridos, según la versión que relata cada uno de los involucrados en la cuestión —que asumen en el proceso el rol de partes— y la o las pretensiones que se fundan en ellos. Esto es así porque, en primer lugar, originariamente el juez ignora la existencia del conflicto, y, por tanto, es necesario comunicárselo; en segundo lugar, no es posible adoptar una decisión imparcial sin previamente oír las razones de una y otra parte, según la particular versión de cada una. Así, al acto cumplido por el actor (demanda) seguirá ineludiblemente el que debe cumplir el juez, admitiéndolo (si reúne las exigencias legales), disponiendo el procedimiento por el que ha de tramitarse la causa y ordenando la citación y el emplazamiento del demandado, quien, luego de realizarla, tendrá la oportunidad de contestar la demanda, admitiendo o resistiendo los hechos en que se funda la pretensión del actor.

A esta etapa, siguiendo las enseñanzas de Clariá Olmedo, la denominamos “introdutoria de las cuestiones”.

Hay una segunda etapa, en la que, una vez que el juez conoce el conflicto y sus antecedentes, cada parte necesita, siguiendo el vocabulario de Alvarado Velloso,<sup>2</sup> *confirmar*, en definitiva, probar, que los hechos invocados por ella ocurrieron como los ha relatado. Esto es así porque ambas partes tienen igual derecho a que el juez les crea, pero esa creencia que no puede asentarse solamente en los dichos de cada una, porque ellos —por regla— son contradictorios, y tampoco en aspectos puramente subjetivos del juez, sino porque éstos no son controlables y, por tanto, no otorgan garantía de ser imparciales. A esta etapa la denominamos “etapa de prueba” o “periodo probatorio”.

---

<sup>2</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, Rosario, Zeus, 2003.

Esta etapa es necesaria, pero no imprescindible, ya que si cada una de las partes no contradice los hechos afirmados por la otra y el debate se centra sólo en el aspecto jurídico, nada hay que probar o confirmar.

Hay una tercera etapa, en la que las partes agotan el debate con el análisis y la valoración de la prueba (elementos confirmatorios en el léxico de Alvarado Velloso) y su significación jurídica, si hubo controversia en los hechos y agotan la argumentación jurídica, aunque no hubiera habido contradicción fáctica, en ambos casos intentando convencer al juez, de que su pretensión es la que goza de amparo jurídico y, por consiguiente, la decisión debe serle favorable. A esta etapa la denominamos “etapa discusoria”.

Finalmente, y en discrepancia con el pensamiento de Alvarado Velloso, hay una cuarta etapa en la que el juez, teniendo en cuenta los respectivos relatos de las partes, los elementos probatorios —o confirmatorios— aportados por ellas y los argumentos jurídicos esgrimidos por una y otra, ejerce la autoridad de que está investido y dicta la decisión que pone fin al conflicto, actuando el derecho en el caso concreto. A esta etapa la denominamos “etapa decisoria”.

La sentencia es un acto jurídico que integra la serie, con el que culmina y le pone fin. Es, por consiguiente, un “acto jurídico procesal”, que tiene, también, efectos sustanciales, porque en él se actúa el derecho; esto es, se individualiza, en este caso concreto, el mandato contenido, de manera general y abstracta, en la norma sustantiva.

El proceso, entonces, desde este punto de vista objetivo, es una *es una serie gradual, progresiva y concatenada de actos jurídicos procesales*. Es *gradual*, porque se realiza por etapas, que tiene —cada una— una finalidad específica, pero que contribuye a que el proceso alcance el objetivo o finalidad a la que está destinado. Es *progresiva*, porque cada acto y cada etapa lo hacen avanzar hasta alcanzar su terminación o conclusión, que es la decisión que pone fin al conflicto, dirimiéndolo en forma pacífica. Es *concatenada* porque —ya lo dijimos— los actos que la componen están ordenados de tal manera que cada uno se asienta en el anterior y, a su vez, es base del siguiente; es decir, es antecedente del que le sigue y consecuencia del que le antecede.

Los actos jurídicos procesales son cumplidos o ejecutados por distintos sujetos, que intervienen asumiendo diversos roles: 1) están los que necesariamente deben intervenir y cumplir actos procesales, porque si no lo hacen no hay proceso, y 2) están aquellos que eventualmente pueden intervenir y cumplir actos procesales. A los primeros los denominamos “sujetos principales o esenciales”, y a los segundos “sujetos eventuales o auxiliares”.

Los principales son: a) el que tiene por misión solucionar el conflicto, y b) aquellos entre quienes se originó el conflicto; en definitiva, el juez y las

partes (actor y demandado). Respecto del juez, su intervención es ineludible desde que se trata de un funcionario público que tiene como misión indelegable solucionar el conflicto. El juez, en cuanto órgano del Estado que ejerce el poder jurisdiccional, está prestablecido con carácter de permanente para intervenir en una cantidad indeterminada de causas, y esto es una garantía de imparcialidad para el justiciable.

Respecto de las partes, la intervención efectiva y real del actor es tan vital, que si no la cumple, el proceso no se inicia, o no puede continuar (*nec procedat iudex ex officio*). El demandado, en cambio, puede o no intervenir efectiva y realmente, con la salvedad de que si no lo hace, el proceso ya iniciado continuará su desarrollo hasta alcanzar su objetivo.

El encadenamiento observado, tanto de los actos procesales considerados en sí mismos cuanto de las etapas que lo integran, no puede ser ni obviado ni modificado sin destruir el sistema. Así, el juez no puede ejercer el poder jurisdiccional en su faz decisoria sin que previamente se hayan agotado todas las etapas que integran lógicamente al proceso; esto es, que el actor haya ejercido —real y efectivamente— el poder de acción haciendo valer una pretensión, que el demandado haya tenido la oportunidad de ejercer el poder de excepción o, si se quiere, de resistencia, haciendo valer también una pretensión, aunque de signo opuesto a la del accionante (introducción de las cuestiones), que ambas partes hayan tenido la oportunidad de ofrecer y diligenciar prueba o, si se quiere, de aportar elementos confirmatorios de los hechos invocados por uno y otro como fundamento de sus respectivas pretensiones (etapa probatoria o confirmatoria) y que hayan tenido la oportunidad de argumentar la validez de su posición conforme las constancias de la causas (etapa discusoria).

Entonces, el proceso, desde un punto de vista objetivo, es una serie gradual, progresiva y concatenada de actos jurídicos procesales, cumplidos por órganos predispuestos, y por particulares que intervienen voluntaria o coactivamente en él de conformidad con las normas procesales, para la efectiva actuación del derecho sustantivo vigente, en el caso concreto planteado.

También desde un punto de vista objetivo puede afirmarse que el proceso *es la secuencia de actividades, coordinadas entre sí, que realizan los sujetos procesales (esenciales y eventuales) para lograr la efectiva actuación del derecho vigente en el caso concreto.*

### III. EL CONTENIDO DEL PROCESO

El “contenido” del proceso está constituido por las pretensiones hechas valer por las partes, una de carácter procesal y otra de naturaleza sustancial, cuyo

acogimiento se intenta obtener. En la primera, ambas partes coinciden en cuanto las dos persiguen obtener un pronunciamiento del órgano jurisdiccional, aun cuando difieran en cuanto al contenido sustancial de la decisión.

En la segunda, ambas partes —el actor al ejercer la acción y el demandado al oponerse— formulan una manifestación de voluntad, que se afirma amparada por el orden jurídico, reclamándole al juez un pronunciamiento acerca de la existencia o inexistencia de una obligación determinada.

Esa declaración de voluntad, que quien la formula la funda en afirmaciones fácticas y jurídicas, constituye la “pretensión”, de naturaleza sustancial, mediante la cual hace valer sus intereses, y sobre ella ha de recaer el pronunciamiento jurisdiccional acogéndola o desestimándola. Y como cada parte ha hecho valer una pretensión opuesta a la de su adversario, el acogimiento de una de ellas significará el rechazo de la otra.

En el sentido indicado, Palacio sostiene que la pretensión tiene un fin inmediato y uno mediato. El primero es el tipo de pronunciamiento que se persigue (declarativo, de condena, ejecutivo, etcétera) en tanto que el segundo es el bien de la vida que se quiere obtener.

#### IV. EL OBJETO DEL PROCESO

El “objeto” del proceso, entendido como materialidad y no como finalidad u “objetivo”, está constituido por la materia actuable, la *res iudicans*, esto es, la cuestión o conflicto de intereses que le dio origen.

La función jurisdiccional del Estado no se ejerce de manera preventiva. Ella no tiene como misión impedir el nacimiento del conflicto —tampoco tendría la posibilidad de hacerlo— sino de solucionarlo. Por consiguiente, para que se inicie un proceso judicial es menester que se afirme que ha ocurrido en la realidad histórica un hecho o una conducta a la que el orden jurídico le atribuya una determinada consecuencia también jurídica, sosteniendo que esa ocurrencia es responsabilidad del adversario. Sobre esas afirmaciones de hechos o conductas en las que fundan las partes sus respectivas pretensiones recae toda la actividad procesal, ya que la actividad probatoria está dirigida a acreditar que tales hechos ocurrieron tal y como han sido invocados y descritos, en tanto la argumentación jurídica tiene como finalidad convencer al juez que de esos hechos se desprende la consecuencia jurídica que se afirma y, finalmente, la decisión jurisdiccional que, según sea la apreciación del juez acerca de la existencia o inexistencia de los hechos invocados, tendrá un determinado contenido, que hará lugar o rechazará la pretensión de una u otra de las partes.

## V. ELEMENTOS

El proceso, en cuanto fenómeno cultural, contiene un elemento subjetivo, que está constituido por los sujetos que intervienen en él, y que pueden ser —ya lo dijimos— esenciales o eventuales (juez, partes, testigos, etcétera); un elemento objetivo, que son los actos procesales que se cumplen y conforman la serie (demanda, notificación, comparecencia, proveídos, declaración, dictamen, etcétera) y que son la objetivación de una conducta movida por una intencionalidad: la de cada una de las partes, obtener la satisfacción de su respectiva pretensión y la del juez, resolver la cuestión conforme a derecho. Por último, un elemento teleológico, que es la finalidad para cuya obtención se realiza (resolución que actúa el derecho sustantivo). Para alcanzarla, cada etapa o acto tiene una finalidad particular, que confluye a lograr el objetivo del proceso (la solución del conflicto y la paz social).

Cada uno de los sujetos que intervienen cumple un rol determinado y único, que no es intercambiable con el de los demás. Así, a modo de ejemplo, el actor no puede cumplir el rol de juez ni el de testigo, como tampoco el demandado puede cumplir el del actor o el de perito; a su vez, el testigo no puede cumplir la función del juez o la de actor.

De la misma manera, el juez no puede cumplir el rol de las partes o de sus asesores y, mucho menos, sustituirlos, por ejemplo, ordenando medidas, de prueba (confirmatorias) que no le han sido propuestas por las partes o incorporando hechos que no han sido invocados por ellas.

Integran también el *elemento subjetivo* la motivación, la voluntad y las atribuciones y cargas de cada uno de los sujetos procesales esenciales.

Conforme a la teoría de la institución expuesta por Guasp, la voluntad de los sujetos esenciales se adhiere a una idea objetiva común, que es la satisfacción de una pretensión, aun cuando sean distintos los motivos que inducen a cada uno de ellos a prestar tal adhesión. La satisfacción de la pretensión se logra mediante la resolución jurisdiccional que dirime el conflicto.

Para el juez, dictar una resolución que satisfaga una pretensión no es sino la forma de cumplir con su cometido. Su voluntad, entonces, se adhiere a la idea objetiva común por un imperativo legal y por la naturaleza misma de la función que desempeña; su misión es constatar si el orden jurídico ha sido violado en un caso concreto, y restablecerlo actuando el derecho en una resolución. El motivo, entonces, que mueve su voluntad, es el cumplimiento de su deber.

Las partes también adhieren su voluntad a la idea objetiva común, pero cada una de ellas entiende de una manera distinta cuál ha de ser su conte-

nido. Es su pretensión, la propia, la que ha hecho valer, la que cada parte quiere que sea acogida en la resolución jurisdiccional. Por consiguiente, el motivo que mueve la voluntad de cada una difiere del que mueve al juez y del que mueve a su adversario.

El juez ejerce las atribuciones y cumple las obligaciones que el orden jurídico le acuerda o le impone; las partes ejercen las facultades y cumplen las cargas que la norma procesal les otorga con la mira puesta en la idea objetiva común, de donde el entrecruzamiento de atribuciones, motivaciones, voluntades, facultades y cargas conforman la trama subjetiva del proceso.

El *elemento objetivo* está constituido por: a) los actos jurídicos procesales vistos en su materialidad, con referencia a su estructura, modalidad y contenido, y b) las pretensiones hechas valer por las partes.

El acto jurídico procesal tiene por fin inmediato crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas procesales. Es la norma procesal la que establece las formalidades que deben reunir para su validez y los efectos que producen dentro del proceso. Los elementos del acto procesal son el sujeto que lo cumple, el contenido, las formalidades y la finalidad.

Respecto de las personas que los cumplen, pueden emanar tanto de los sujetos procesales esenciales cuanto de los eventuales. Quienes los ejecuten deben poseer capacidad procesal; esto es, capacidad de obligarse y de obrar, sin perjuicio de que para cierto tipo de actos sea necesario reunir, además, un requisito especial. Respecto del juez, ese requisito especial es la competencia, en tanto que respecto de las partes es la legitimación tanto sustancial como procesal

El contenido del acto puede ser una petición (por ejemplo, la demanda, el ofrecimiento de prueba, etcétera), una decisión (decreto, sentencia), una comunicación (notificación, oficio) o una información (testimonio, dictamen pericial).

Las formalidades de los actos son la estructura, el modo, el tiempo y el lugar en que deben ser cumplidos, establecidos por la norma procesal como requisitos de validez. Estas exigencias formales tienen como función asegurar la exteriorización clara e indubitable del contenido del acto, como una forma de garantizar la inviolabilidad de la defensa en juicio.

La *estructura* es el esquema establecido en la norma; esto es, las enunciaciones imprescindibles que debe contener (nombre y domicilio del demandante, texto de la resolución que se notifica, vistos, considerandos y decisión en la sentencia, etcétera).

El *modo* es la forma en que se ha de cumplir el acto (en audiencia o mediante traslados o vistas, oralmente o por escrito, la apelación es concedida en relación o libremente, etcétera).

El *tiempo* hace referencia a los plazos previstos para el cumplimiento válido del acto (diez días para contestar la demanda, tres días de anticipación para notificar una audiencia, etcétera). Estos plazos pueden ser iniciales (el acto recién puede ser cumplido una vez vencido el plazo) o finales (el acto debe ser cumplido antes del vencimiento del plazo), prorrogables o improrrogables (según pueda o no concederse una ampliación del tiempo originalmente establecido), perentorios o no perentorios (según venzan por el mero transcurso del tiempo o sea necesaria la solicitud de parte), fatales o no fatales (según el vencimiento tenga como efecto automático la decadencia del derecho o facultad, o que ese efecto deba ser petitionado).

El *lugar* hace referencia al espacio físico donde se ha de cumplir el acto (la sede del tribunal, el domicilio —real o constituido— de la parte, donde se encuentren los bienes, etcétera). Además, al ser el proceso una serie concatenada, cada acto ocupa un lugar dentro de ella, que es inmodificable (contestación de la demanda después de esta, notificación del día y hora de audiencia antes de ella, etcétera).

La *pretensión del actor*, desde el punto de vista procesal, es el tipo de pronunciamiento que se persigue (declarativo, de condena, etcétera), en tanto que desde el punto de vista sustancial es el cumplimiento, por parte del demandado, de una prestación que le es beneficiosa; en definitiva, el bien de la vida que se persigue alcanzar (el inmueble, el divorcio, el pago de la deuda, etcétera).

La *pretensión del demandado*, desde el punto de vista procesal, coincide con la del actor en cuanto también él persigue un tipo de pronunciamiento, pero desde el punto de vista sustancial el bien de la vida que persigue es no ser forzado a cumplir con la prestación que reclama el actor; es decir, conservado en la zona de libertad. Por consiguiente, desde este punto de vista, es opuesta a la del actor, lo que da lugar al principio de *contradicción* o bilateralidad.

El elemento *teleológico* está constituido por la finalidad que se pretende alcanzar. Según el punto de vista que se adopte, esa finalidad es: la sentencia (acto de autoridad que dirime y pone fin definitivamente al conflicto conforme a derecho), la satisfacción de pretensiones, la aplicación de la ley, la actuación del derecho en el caso concreto planteado, la pacificación de la sociedad alterada por la violación de la norma, la paz social, o bien, la justicia, entendida ésta no desde un punto de vista filosófico u ontológico sino la que emerge del orden jurídico. Así, debe entenderse por “justa” la conducta que se adecua al mandato legal y es, por tanto, merecedora del amparo jurisdiccional.

## VI. EL CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO

Tal como lo dijimos al comienzo de este trabajo, el proceso es un ente abstracto único; es un instrumento para la solución pacífica de los conflictos intersubjetivos de intereses que se producen dentro la sociedad, actuando el derecho vigente en el caso concreto planteado; es un método racional de debate integrado por varias etapas a las que ya nos hemos referido (introdutoria de las cuestiones, probatoria o confirmatoria, discusoria y decisoria), cuya estructura, por ser eminentemente lógica, es inmodificable. Y este ente abstracto se objetiva en los *procedimientos*, que son la forma en que la norma estructura los diversos trámites a cumplir para alcanzar la finalidad perseguida.

Como lo pone de manifiesto Alvarado Velloso:<sup>3</sup> ni la Constitución Nacional Argentina ni las normas sustantivas o las procesales contienen el calificativo “debido”; tampoco en la doctrina y jurisprudencia se encuentra una conceptualización positiva.

No obstante, de la interpretación armónica de normas contenidas en la Constitución Nacional Argentina y en el Pacto Interamericano de Derecho Humanos, podemos concluir obteniendo un esquema procedimental que concluya en un concepto de lo que debe entenderse por “debido proceso”. Esas normas son: 1) inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y los derechos; 2) igualdad ante la ley; 3) juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso; 4) juez natural, y 5) plazo razonable.

Desde que está prohibido el uso de la fuerza privada para la defensa de los derechos e intereses, el concepto de la inviolabilidad de la defensa en juicio comprende —a mi entender— varios derechos, debiendo estructurarse el procedimiento o trámite procesal, por la norma jurídica positiva, de tal manera que los respete y garantice escrupulosamente.

El primero es el de *audiencia*; esto es, cada parte tiene el derecho de acceder a la jurisdicción y ser oído —y atendido— en sus pretensiones, por el órgano jurisdiccional. Comprende, también, el derecho de oponerse a la pretensión de su adversario, contradiciéndola, y a incorporar los argumentos fácticos y jurídicos que se estimen pertinentes para convencer al juez, de que su pretensión merece ser amparada; esto es, acogida en una resolución que produzca efecto de cosa juzgada material. Por consiguiente, la norma debe regular cómo y cuándo las partes serán atendidas en sus respectivas argumentaciones, con las que fundamenta la posición que cada una de ellas ha sostenido y que, obviamente, son opuestas. Con esto se respeta y garantiza la primera y la tercera de las etapas de este método racional de debate

---

<sup>3</sup> *Idem.*



(introdutoria de las cuestiones y discusoria) y, con ello, el principio de contradicción o bilateralidad.

El segundo es el de *probar o confirmar*; esto es, cada parte tiene el derecho a aportar los elementos que le permitan al juez obtener conocimiento acerca de las afirmaciones de los hechos jurídicamente relevantes invocados como fundamento de sus respectivas pretensiones, que hayan sido negados o controvertidos por su adversario. Este derecho comprende, además, el de controlar la actividad del mismo tipo que realice su contraparte, oponiéndose a la que se pretenda realizar —o realizada— irregularmente. Por consiguiente, la norma debe regular la forma y la oportunidad en que las partes propondrán al juez los medios probatorios o confirmatorios de que han de valerse, así como han de diligenciarse para la introducción válida de los elementos probatorios o confirmatorios. Con esto se respeta y garantiza la segunda etapa (probatoria o confirmatoria).

Finalmente, el tercero es *la asistencia técnica*; esto es, el derecho de las partes a la elección de sus propios asistentes letrados. Es fundamental que las partes puedan contar con asistencia de técnicos elegidos por ellas, ya que la actividad jurídica —y específicamente la judicial— es una actividad eminentemente técnica, y las partes son, por regla, legos, pero aun cuando no lo fueran deben contar con la asistencia de letrados de su confianza que les aconseje, planifique y guíe en la mejor estrategia para la defensa de sus respectivas pretensiones.

La disposición constitucional estatuye la igualdad ante la ley. Desde el punto de vista procesal, esta garantía significa que la norma —valga la redundancia— procesal debe colocar a las partes en un pie de igualdad jurídica, otorgándoles las mismas facultades y cargas, así como las mismas posibilidades de ejercerlas y cumplirlas. Esto significa que el juez debe velar por el mantenimiento de esa igualdad, impidiendo —y sancionando— las maniobras arteras que una u otra parte pudiera intentar realizar, o realizarse. Esto es así porque el derecho no ampara el uso abusivo ni del derecho de defensa ni del proceso, ni las maniobras inéticas que puedan sorprender al adversario en su buena fe, colocándolo en una situación desigual, o inclinar engañosamente el criterio del juez al sentenciar.

Correlativamente, esta garantía supone de parte del juez una posición equidistante de una y otra parte, no pudiendo sustituir la actividad procesal a cargo de cada una de ellas, lo que significa —en definitiva— que debe adoptar una conducta imparcial.

La garantía constitucional del juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso significa que la actividad decisoria del juez y su resultado, que es la sentencia, no están fuera del proceso, sino *dentro* de él.

Al contener las expresiones “juicio” y “proceso” en la misma frase, la norma constitucional no las utiliza como sinónimos, sino que con la primera se refiere a una operación lógica, y con la segunda al proceso, entendido como el trámite regular y legal transitado para obtener una conclusión. Es por eso que ese *juicio*, operación lógica, ha de ser realizado por el juez en forma previa a obtener una decisión, que debe ser *fundada*. El juez debe explicitar las razones —fácticas y jurídicas— en virtud de las cuales resuelve como lo hace, que deben estar basadas en las constancias obrantes en el expediente. De esta forma, al hacer conocer los fundamentos en que se basa su decisión, garantiza el derecho de defensa, porque pone de manifiesto que su resolución no es fruto de un decisionismo autoritario y arbitrario, sino de un razonamiento; esto es, de un pensamiento que ha respetado los principios de la lógica formal, las leyes físicas y las reglas de la experiencia, que, además, encuentra su correlato objetivo en el contenido de las actuaciones cumplidas, permitiendo a las partes controlarlo y rebatirlo, si fuera el caso.

En expresión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la sentencia debe contener una derivación razonada del derecho vigente conforme las constancias de la causa. Con esta decisión concluye el método racional de debate y se actúa el derecho vigente en el caso concreto, y es por esto que ella tiene una proyección extraprocesal, produciendo efectos sustanciales. El instrumento para la solución pacífica de los conflictos intersubjetivos de intereses ha alcanzado su objetivo dirimiendo definitivamente la controversia y solucionando jurídicamente el caso concreto.

La garantía del juez natural significa que la cuestión ha de ser conocida, sustanciada y resuelta por el juez que corresponde de acuerdo con el ordenamiento jurídico positivo.

En primer lugar, el juez debe haber sido designado de conformidad con o las exigencias contenidas en las normas constitucionales y legales, para entender —con carácter de generalidad— un conjunto indeterminado de causas, de acuerdo con las reglas que rigen la competencia, sin tener en cuenta a las personas de los litigantes sino a su condición jurídica (cónyuge, poseedor, contratante, inquilino, imputado, contribuyente, etcétera). Si el magistrado no ha sido designado reuniendo los requisitos exigidos constitucionalmente y mediante el trámite establecido por la ley, o si resulta ser incompetente, no es el “juez natural”, sino que ingresa la condición de “comisión especial”.

En segundo lugar, el juez, teniendo esta característica, conoce cuál ha de ser la naturaleza de las causas en las que ha de intervenir, pero ignora quiénes han de ser los litigantes, con lo que se garantiza la *imparcialidad* (no parte) y la *imparcialidad* del magistrado, entendiendo esta última como la absoluta

falta de interés personal en la causa sometida a su conocimiento. Como ya lo dijimos: el único interés que ha de guiar al juez es el de resolver la cuestión conforme a derecho, porque de esa manera cumple con su misión.

En tercer lugar, el litigante conoce de antemano quién es el juez que ha de resolver su pretensión, y ello le permite —si es del caso— impugnar el avocamiento y solicitar el apartamiento del juzgador, conforme a las normas que rigen la materia. De esta manera, se garantiza la *imparcialidad* y la *imparcialidad* del juez, ya que posibilita a las partes apartarlo del conocimiento de la causa si existe la sospecha fundada de que su criterio sea empañado por “prejuicios”.

La garantía del tiempo razonable significa que el proceso no se prolongará indefinidamente, y que la decisión que le pone fin resultará útil.

Resulta muy difícil cuantificar el “tiempo razonable”, porque ello resultará de la mayor o menor complejidad de la causa y de la conducta de las partes, que no obstaculicen innecesariamente el desarrollo del proceso. Sin embargo, puede afirmarse que queda abarcado en esa razonabilidad que el proceso sea liberado de trámites innecesarios que conforman un exceso de rigor formal y que, además, se cumplan los plazos establecidos en la ley, de manera que no existan “tiempos muertos” en el desarrollo del proceso. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la ley no puede establecer plazos tan breves que impidan el correcto ejercicio del derecho de defensa, ni tan amplios que signifiquen una dilación innecesaria. En este sentido, puede reiterarse la expresión de un procesalista que “el tiempo en el proceso, más que oro, es justicia”.

Este requisito de la razonabilidad el tiempo está estrechamente ligado al derecho de acceso a la jurisdicción y al derecho de defensa. Esto significa que las partes no sólo tienen el derecho a ser atendidas en sus razones por el órgano jurisdiccional, sino a que éste dicte un pronunciamiento que concluya con el estado de conflicto y de indefinición de los derechos en juego, en un tiempo prudencial. En definitiva, que la decisión sea oportuna y útil.

Concluimos diciendo que el debido proceso judicial *es el que se sustancia de acuerdo con su estructura lógica, vinculando al juez natural y a dos partes litigantes enfrentadas entre sí, que ejercen su derecho de defensa colocadas en un pie de absoluta igualdad jurídica, y concluye en una sentencia que, fundada en derecho, satisface una pretensión poniendo fin al conflicto que le dio origen,*<sup>4</sup> *en un tiempo razonable.*

<sup>4</sup> Alvarado Velloso sostiene que, técnicamente, el debido proceso “es aquél que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que discuten como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente)” (*op. cit.*, en notas anteriores).

## PROCESO, PROCEDIMIENTO Y DEMANDA EN EL DERECHO POSITIVO BRASILEÑO POSMODERNO

Adailson LIMA E. SILVA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepto del proceso.* III. *Naturaleza jurídica del proceso.* IV. *Procedimiento.* V. *Demanda.* VI. *Una introducción al derecho procesal posmoderno.* VII. *Estructuración del proceso civil brasileño en la actualidad.* VIII. *Consideraciones acerca de proceso y procedimiento en el derecho brasileño posmoderno.* IX. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene el objetivo de comparar la evolución del derecho procesal brasileño, en su versión posmoderna, cuya implantación ocurrió con la mudanza del paradigma constitucional para el Estado democrático del derecho, que influenció el novel Código del Proceso Civil de la República Federativa del Brasil, en comparación con las lecciones del gran maestro Humberto Briseño Sierra, fundador del Instituto Panamericano del Derecho Procesal y su visión emblemática de la teoría general del proceso unificada, con la inclusión del proceso administrativo, como una de sus ramas al lado del proceso civil, del proceso penal y del proceso del trabajo.

### II. CONCEPTO DEL PROCESO

El vocablo “proceso” tiene varias acepciones. Las principales son las acepciones sociales y las acepciones jurídicas, con variación de conformidad con el campo del conocimiento, lo cual es utilizado en el estudio concreto del caso en examen científico.

### 1. *Concepto natural de proceso*

La palabra “proceso” en su acepción simple o natural significa la sucesión de actos coordinados entre sí que llevan a un acontecimiento final capaz de promover alguna alteración en el mundo fáctico que lo antecedía. La alteración fáctica decurrente de la fusión de todos los actos individuales que en realidad son concatenados entre sí.

De acuerdo con esta visión, podemos hablar de proceso de crecimiento de los seres humanos, proceso de desenvolvimiento de una sucesión presidencial, en el régimen presidencialista o parlamentarista, como también en el proceso infeccioso, que se inicia de forma unitaria y se desenvuelve hasta llevar a la muerte de la persona. Con igual pensamiento de igual monta, el elogiado Fenech Miguel considera al “proceso como una sucesión de actos o como un acto con dimensión temporal”.

### 2. *Concepto jurídico de proceso*

En la acepción jurídica, “proceso” es la sucesión de actos procesales, concatenados entre sí, organizados de manera sistemática y producidos por los sujetos activos y pasivos de la relación jurídica procesal, bien así por los representantes del Estado-jurisdicción y sus auxiliares, con el propósito de promover la decisión de la pretensión procesal (pedido) puesta en el juicio para solución de un litigio que promueve la inquietud social afectando el normal desenvolvimiento del Estado.

Es de traer a evidencia la doctrina de Eduardo Pallares: “El proceso jurídico, en general, puede definirse como una serie de actos jurídicos vinculados entre sí por el fin que se quiere obtener mediante ellos y regulados por las normas legales”.

Con pensamiento bien similar es la doctrina de Chiovenda: “El proceso civil es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley... por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria”.

### 3. *Otros conceptos del proceso*

El concepto del proceso es variado a lo largo del tiempo y con la evolución de los conceptos constitucionales y filosóficos imperantes en la época del estudio, como será demostrado con el proseguimiento de nuestro estudio.

### A. *Proceso como procedimiento*

Los autores de origen germánico definieron al proceso sólo como procedimiento, según se percibe de las lecciones de Oskar von Bulow:

En lugar de considerar el proceso como una relación de derecho público, que se desenvuelve de modo progresivo, entre el tribunal y las partes, ha destacado siempre únicamente aquel aspecto de la noción de proceso, que salta a la vista de la mayoría: su marcha o adelanto gradual, el procedimiento; unilateralidad que tiene su origen en la jurisprudencia romana de la Edad Media.

En el mismo sentido, para la conceptualización del proceso jurídico, las abalizadas lecciones de: Leo Rosenberg: “el procedimiento jurídicamente regulado para la protección del ordenamiento jurídico”; James Goldschmidt: “el proceso es el procedimiento cuyo fin es la constitución de la cosa juzgada”, y Francesco Carnellutti: “processo per quella sequela di tai, i quali si compiono per la composizione della lite”.

### B. *Proceso como instrumento jurisdiccional*

En Brasil hay una corriente de pensamiento procesal de larga aceptación que tiene al proceso como instrumento de actuación de jurisdicción, a partir de las lecciones de Enrico Tullio Liebman, con estas consideraciones: “In particolare processo civile è quello che si fa per lo svolgimento della funzione giurisdizionale”.

Se trata de la “teoría instrumentalista del proceso”, que congrega la mayoría de los estudiosos del derecho procesal brasileño.

### C. *Proceso administrativo*

Una gama de autores de renombre, dentro de los cuales se destaca Humberto Briseño Sierra, entienden que existe una teoría general de proceso unificada, capaz de juntar el concepto de proceso civil, proceso penal, proceso del trabajo y proceso administrativo. Bajo estas consideraciones, “una corriente bien identificada por su intención de desterrar definitivamente los términos contencioso administrativo, explica que la terminología apropiada es la de proceso administrativo”.

El concepto del proceso administrativo pondera esta concepción, es la reunión de procedimientos para la resolución de problemas envolviendo el Estado-administración y sus administrados, así como en la apuración de des-

vío de conducta de sus servidores públicos, o para la apuración y fijación de valores de las obligaciones fiscales y multas administrativas.

Hay que mencionar la existencia de otras variaciones del proceso, aunque de menor importancia para la realización del objetivo elegido para el estudio en desenvolvimiento en esta oportunidad, pero que serán traídas al estudio en el futuro.

### III. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO

La naturaleza jurídica del proceso también es objeto de variación constante a la facción doctrinaria de seguimiento por el autor objeto de estudio, con menor peso.

#### 1. *Proceso como relación jurídica*

Según la visión científica de Chiovenda, la primera identificación del proceso como relación jurídica, aunque sin mucha nitidez, fue hecha por Hegel con estas consideraciones: “[la] supuesta la identidad entre el ser y el ser dado, constituye el aspecto de la existencia, el cual puede intervenir también en la accidentalidad del capricho y de toda otra particularidad”.

Y en otra obra de su autoría el mismo Chiovenda esclarece: “La relación jurídica —todo derecho subjetivo— presupone, como su fuente o causa inmediata, una relación entre dos o más personas, regulada por la voluntad de la ley y creada por la realización de un hecho”.

#### 2. *Proceso como situación jurídica*

El festejado autor Eduardo Pallares resume la teoría de la situación jurídica con mucha nitidez:

Su autor fue James Goldshmidt y consiste en subrayar las diferencias que existen entre la situación y la relación jurídicas, y afirmar que el proceso pertenece a la categoría de las situaciones y no a la de las relaciones. Son aquéllas las siguientes: a) la relación es estática mientras que la situación es dinámica, una permanece igual a través del tiempo, mientras que la otra se modifica.

#### 3. *Proceso como institución jurídica*

Con otra visión, y en la línea de los enseñamientos de Jaime Guasp, estudioso español de teoría general del proceso, Humberto Briseño Sierra

selecciona: “El proceso es una manifestación institucional, porque las reglas públicas trascienden a las relaciones privadas y éstas revierten en aquéllas indefinidamente a lo largo del desarrollo de la serie”.

La corriente predominante en suelo brasileño, en que pese a las lecciones de Briseño Sierra es la relación jurídica que se adecúa mejor a la actuación del proceso y de la justicia brasileña.

Mientras es importante notar que en una relación jurídica procesal existen varias relaciones jurídicas procesales desarrolladas entre las partes titulares de los polos activos y pasivos, sumados a las relaciones procesales desarrolladas entre aquéllas y el representante del Estado jurisdicción con sus auxiliares en general.

#### IV. PROCEDIMIENTO

A su tiempo, procedimiento es sólo el orden en que serán realizados los actos personales o jurídicos, conforme la disposición legal o la convención de las partes envueltas en el evento.

Lecciona Miguel Fenech: “procedimiento como el método o canon para la realización de una secuencia de actos que se desarrollan en la dimensión temporal”.

##### 1. *Procedimiento extrajudicial*

Luego, podemos hablar de procedimiento extrajudicial, como acontece con la ordenación de una asamblea del condominio edilicio, o en la instauración de una sindicancia (modalidad del procedimiento administrativo) con larga utilización para apuración de una falta funcional cometida por el servidor público en ejercicio de sus atribuciones junto al Estado.

Lecciona Niceto Alcalá-Zamora con precisión: “El procedimentalismo, que es una corriente fundamentalmente francesa, aunque en España la gran figura de Caravantes, representa avance indudable en cuanto al método expositivo”.

##### 2. *Procedimiento judicial*

En otra versión hay que hablar del procedimiento judicial, que es de dos componentes del proceso judicial, con su organización determinada por la ley ordinaria, procesal, que disciplina el orden y la forma con la cual los actos procesales serán realizados y actuará el sujeto activo, como también el



sujeto pasivo de la relación jurídica procesal (otro componente del proceso) y el representante del Estado-jurisdicción, desde la petición inicial hasta la decisión judicial proferida a la pretensión deducida en juicio, con la finalidad de atribuir un bien de la vida al vencedor de la demanda.

El procedimiento judicial tiene varios tipos, pudiendo ser escrito, oral o en tiempos posmodernos, virtual, conforme el grado de desenvolvimiento del proceso civil, en determinado Estado y en cierta justicia, de verdad hay predominancia de un procedimiento mixto que mezcla un poco de cada modalidad, o sea, oral, escrito o virtual, conforme el caso concreto.

### 3. *Fases del procedimiento judicial*

El procedimiento judicial tiene fases distintas y bien delineadas, y su inicio ocurre con la petición inicial que posee la pretensión procesal de la parte activa de la relación jurídica y tiene fin con la sentencia en primer grado de jurisdicción.

La fase intermedia tiene la destinación atribuida a la producción de pruebas electas por las partes componentes de la relación jurídica procesal para la comprobación de los actos constitutivos de suyo derecho subjetivo.

Acorde a nuestro pensamiento, la lección de Enrico Tullio Liebman: “Lo schema del procedimento è dato da due tai fondamentali, quello iníciale e quello finale: la domanda della parte e il provvedimento del giudice... Tutti gli tai intermedi non hanno altro scopo che quello di preparare questa risposta”.

El procedimiento judicial, como es notorio, es componente del proceso judicial, como un todo mayor, siempre al lado de la relación jurídica procesal y de la jurisdicción estatal contenciosa.

## V. DEMANDA

La demanda es la corporificación de la pretensión procesal (pedido), a través de la petición inicial deducida en juicio de forma física o virtual, en la cual existe la concreción existencial del proceso delante el Estado-jurisdicción.

Es de gran importancia para nuestro estudio la percepción de la lección de Friederich Lent: “La domanda è l’atto di parte con il quale il procedimento ha inizio, indispensabile per portare la lite davanti al giudice, poichè la tutela giurisdizionale non è concessa d’ufficio, occorre che l’interessato la chieda espresamente”.

### 1. *Concepto de acción jurídica*

La acción, que es el derecho público constitucional de dirigirse al juicio para hacer la deducción de una pretensión procesal al Estado-jurisdicción en la etapa de alguien.

Con un concepto bien próximo a nuestro pensamiento es la lección de Enrico Tullio Liebman: “azione è amplissima e praticamente ilimitata ed è prevista dall’ art. 24 della Costituzione... È questa la facoltà spettante a chiunque, in qualsiasi momento e circostanza, di rivolgersi all’ autorità giudiziaria e mettere in moto il mecanismo del processo”.

### 2. *Otros conceptos de acción jurídica*

Hay gran variación del concepto de acción consonante a la labor doctrinaria seguida por el estudioso, como demostraremos adelante:

El festejado Carnellutti lecciona su concepto de acción con estas consideraciones: “L’ azione à attività squisitamente giuridica, in quanto si resolve in una serie di tai, che producono conseguenze di diritto”.

En otro talante, pontifica Adolph Wach, su concepto de acción: “la pretensión de protección del derecho, o como suele decirse también, en forma demasiado limitada, el derecho de accionar judicialmente”.

Otro es el pensamiento de Chiovenda: “L’ azione é il potere giuridico di porre in esser la condizione per l’ attuazione della volontà della legge”.

No hay modo de confundirse, la demanda es la expresión física de los hechos que dieron origen a la pretensión procesal deducido en juicio (pedido), y acción es el derecho constitucional de dirigirse a la sede del juicio y requerir la solución judicial de una pretensión procesal.

## VI. UNA INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL POSMODERNO

Pregonan algunos sectarios de la modernidad jurídica que la posmodernidad jurídica todavía no tuvo inicio por falta de marco fáctico que pudiera establecer un divisor de aguas, entre la primera y la última, olvidándose que en el intervalo que media el fin de la Segunda Guerra Mundial hasta los días de hoy cayó el Muro de Berlín, ocurrió el corte y fin de la Unión Soviética.

En el mismo nivel ocurrió la expansión del movimiento neoliberal globalizante, advino la creación del bloque económico jurídico de la Unión Europea. Además, hay una unión de fuerzas para la creación y solidifica-

ción del bloque jurídico y económico llamado Mercosur, lo cual estaría en tesis justificando el surgimiento de la posmodernidad jurídica.

Compartimos la lección de Jorge W. Peyrano: “En efecto: predicar la tolerancia, la conciliación de tesis antagónicas, el abandono de empresas utópicas y su recambio por emprendimientos más modestos pero asequibles y la desconfianza hacia un ejercicio desmesurado de racionalidad representa un ideario que, creemos, merece nuestra adscripción”.

En el derecho constitucional se puede hablar en posmodernidad jurídica después del advenimiento del Estado democrático de derecho. Según pensamos, la posmodernidad procesal es fruto de la implantación de los principios constitucionales del proceso (la amplia defensa, el debido proceso legal, lo contradictorio, el juicio natural, entre otros) en la estructura del proceso.

El movimiento encima delineado tuvo la condición de cambiar la forma de visión e interpretación del derecho procesal y sus aplicaciones generales en el mundo jurídico y por ahora no puede ser alejado de nuestros estudios.

Este movimiento se originó en Italia en 1980, con las lecciones del estudioso peninsular, Ítalo Andolina: “Le norme ed i principi costituzionali riguardanti l’esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità. Consentono all’interprete di disegnare un vero e proprio schema generale di proceso”.

Las aplicaciones de los principios generales de las Constituciones del Estado democrático del derecho en el ámbito del derecho procesal brasileño representativo constituye, a nuestro juicio, el surgimiento del derecho procesal brasileño posmoderno.

Con el objetivo de obtener la justicia alusiva al caso concreto con el menor dispendio financiero y en contrapartida en el tiempo disminuido, con la capacidad de llegar a las ciudades más lejanas y a las comunidades con menor instrucción.

Procurando resolver situaciones conflictivas por medio de la cultura jurídica, con total exclusión de la fuerza bruta, con la manutención del orden legal y filosófico dominante, en aquel momento histórico pacificando conflictos y manteniendo la paz social y por consecuencia la estabilidad del gobierno.

Creemos que la posmodernidad procesal muestra el camino para la obtención de la paz social dando a cada uno lo que es suyo en la célebre visión de Ulpiano (*neminem laedere, honest vivere suum cuique tribuere*), obteniendo los objetivos constantes del programa constitucional vigente, disminuyendo las desigualdades sociales y distribuyendo mejor la renta del pueblo.

## VII. ESTRUCTURACIÓN DEL PROCESO CIVIL BRASILEÑO EN LA ACTUALIDAD

El proceso brasileño es estructurado a partir de la fusión de algunos componentes diferentes, como se demostrará adelante. En primer plano habrá que ver una relación jurídica procesal importante: el esclarecimiento que relación jurídica procesal es el impuesto a las personas titulares activo y pasivo de las voluntades procesuales antagónicas y resistidas, por la eficacia vinculante de la ley ordinaria procesal, regularmente promulgada, sin ningún vicio de constitucionalidad formal o material.

El concepto de inconstitucionalidad es de importante verificación en este punto de nuestro estudio, y para ello debe consultarse la obra de nuestra autoría:

A inconstitucionalidade é a inadequação da lei ordinária ao modo de sua formação e à competência para sua iniciativa, ou à finalidade determinada pela lei constitucional. É também inconstitucionalidade a divergência entre o texto da lei constitucional e o da lei ordinária e ainda a inércia do legislado e em atuar para produção tempestiva da lei ordinária.

La relación jurídica procesal deberá poseer una parte titular del polo activo y otra titular del polo pasivo, como también el representante del Estado jurisdicción en la persona del juez, que a su vez deberá ser investido regularmente en las funciones y no poseer las máculas de la suspensión o de la parcialidad.

La relación jurídica procesal será formada con la invitación del titular de su parte pasiva para comparecer al juicio y participar de la audiencia de conciliación (no siempre útil, en la mayoría de las veces la conciliación no acontecerá).

Con la frustración de la conciliación habrá oportunidad de la presentación de la defensa del titular del polo pasivo de la relación jurídica procesal, teniendo en cuenta la posibilidad de aplicación de los medios de anticipación de la tutela querida a través de la pretensión procesal (pedido).

En segundo plano existe la figura del procedimiento judicial, que se inicia con la presentación de la petición inicial poseedora del hecho lamentado por el titular activo de la relación procesal y su pretensión procesal (pedido) de solución fundada no en la ley.

Pensamiento igual es sustentado por el estudioso germánico Friedrich, Lent cuando explica: “Il procedimento ordinario codicia con la domanda, davanti al tribunale, invece, quest’ultima forma è obbligatoria, ed il rappresentante deve essere un avvocato”.

El tercer componente del proceso judicial brasileño es la existencia de jurisdicción estatal, con la misión constitucional de juzgar la pretensión de colocar en el juicio. En conclusión, no hay que hablar de proceso judicial brasileño sin la presencia de la jurisdicción.

El procedimiento judicial en primer grado de jurisdicción finaliza con la sentencia de juzgamiento de mérito, con la atribución de un bien de la vida al vencedor de la demanda, titular de uno de los polos de relación jurídica procesal, como también podrá el procedimiento terminar con una sentencia que no juzgará la pretensión procesal (pedido), por falta de las condiciones de la demanda (interés de actuar con legitimidad procesal, no existe la posibilidad jurídica del pedido, en el nuevo Código del Proceso Civil brasileño) o de los presupuestos procesales, por tanto, no habrá juzgamiento de mérito.

Pero es necesario enaltecer con sobriedad que el procedimiento del proceso civil brasileño es sujeto a los principios constitucionales del debido proceso legal, de amplia defensa, de lo contradictorio, de la inexcusable jurisdicción, del promotor natural y del juez natural.

Hay además varios procedimientos judiciales en el nuevo Código del Proceso Civil brasileño, cuya finalidad es disciplinar las varias formas en que tramitará la relación procesal por el campo de la jurisdicción.

Por consecuencia, el proceso judicial brasileño está compuesto por la unión de la relación jurídica procesal, establecida por lo tanto delante de la jurisdicción y el procedimiento judicial, que disciplina la formación de los actos procesales y de la secuencia con que serán realizados. Uno u otro siempre fundado en la ley ordinaria procesal regularmente producida, sin vicios de inconstitucionalidad formal o material.

Existe una edición reciente, todavía en trámite, en el Congreso Nacional brasileño del nuevo Código del Proceso Civil con algunos avances y muchos retrocesos, que serán objeto de nuestro comentario en otra oportunidad, siempre con la disciplina jurídica de varios procedimientos para que se desenvuelva el proceso judicial y sea prestada una justicia de cualidad.

## VIII. CONSIDERACIONES ACERCA DEL PROCESO Y PROCEDIMIENTO EN EL DERECHO BRASILEÑO POSMODERNO

El proceso brasileño es formado por el conjunto que engloba: a) el procedimiento judicial, fijado por la ley procesal, para que haya solución a la pretensión procesal dirigida al juicio; b) la relación jurídica procesal, que liga las partes activa y pasiva de la relación jurídica procesal someténdola a la sentencia que finaliza el procedimiento; c) la presencia de la jurisdicción

como representación del poder del Estado para dar soluciones a los conflictos de interés existentes en su territorio con autonomía y soberanía.

### 1. *Distinciones entre proceso judicial y procedimiento judicial*

En el derecho germánico son de mucha validez las consideraciones de Friedrich Lent para la distinción de proceso y procedimiento, no las consideraciones que se siguen:

Il processo civile è soltanto uno dei molteplici procedimenti regolati dallo statu e destinati a svolgersi sotto la guida di un'autorità statale. È perciò necessario distinguerlo dagli altri tipi di procedimento e determinare quali punti possano o debbano essere trattati nel suo ambito.

La norma fondamentale per la distinzione è contenuta nel § 13 della G.V.G. Rientrano nell'ambito del processo civile le liti di diritto privato che appartengono alla cognizione dei giudici ordinari.

En el derecho español, Miguel Fenech demuestra la diferenciación de proceso y procedimiento judiciales, con facilidad: “El proceso jurisdiccional sólo puede caminar por una vía constituida por un procedimiento jurisdiccional. Hay tantos procedimientos como previamente establecidos por la Ley”.

A nuestro juicio, la gran distinción entre proceso judicial y procedimiento judicial es en cuanto al objeto, pues mientras el objeto del proceso judicial es un bien de la vida (dinero, alimento, inmueble) lamentado y fruto de beligerancia entre las partes, el objeto del procedimiento es siempre la pretensión procesal (pedido) constante en la petición inicial que lo inicia.

El procedimiento judicial es establecido por ley procesal, y se trata del componente obligatorio del proceso judicial, de suerte que no hay como hablar en proceso judicial sin procedimiento judicial, pero se puede hablar de procedimiento judicial sin demanda cuando se habla en el inventario extrajudicial brasileño.

El proceso judicial es característico y exclusivo de la jurisdicción como facción autónoma del poder estatal de dirimir los conflictos de interés que afligen a los titulares activos y pasivos de la relación jurídica procesal.

Por la incidencia constitucional del principio del debido proceso legal antes del inicio del proceso judicial, hay que tener fijado el procedimiento judicial aplicable a la especie, los medios de defensa con aplicación al caso concreto y su forma de ejercicio para la aplicación del principio de la amplia defensa, con oportunidad del ejercicio del principio de lo contradictorio

entre las partes de la relación jurídica y fijado el juicio natural competente para juzgamiento de la pretensión procesal.

## 2. *El procedimiento administrativo brasileño posmoderno*

En el derecho positivo brasileño posmoderno no hay aplicación de la “teoría general del proceso unificado”, en los moldes preconizados por el jurista mexicano Humberto Briseño Sierra, en su elogiada obra *El proceso administrativo en Iberoamérica*, con la inclusión del “proceso administrativo”, al lado del proceso civil, del proceso penal y del proceso del trabajo.

El sistema de control administrativo brasileño no se hace por el método de lo “contencioso administrativo” (sistema francés), tan pregonado por el elogiado Briseño Sierra, sino por el método de la jurisdicción única (sistema inglés), con la posibilidad amplia del acceso al Poder Judicial para discusión de la materia objeto de controversia.

Hay que mencionar la existencia de órganos estatales, de formación colegiada, con el propósito de promover el “juzgamiento administrativo” de las pretensiones fiscales o previdenciarias, de las personas físicas o jurídicas frente al Estado o sus autarquías o empresas públicas, sin que sus decisiones tengan el poder de constituir “cosa juzgada material”, luego pueden ser objeto de cuestionamientos junto a la jurisdicción estatal.

El “proceso administrativo brasileño”, de verdad se trata de un procedimiento administrativo extrajudicial, disciplinado por la Ley Federal 9.784/99, a través de la cual se apura la responsabilidad de los servidores públicos por la supuesta tipificación de ilícitos administrativos en general.

En otra versión, el procedimiento administrativo brasileño es utilizado para la formación de la obligación tributaria, así como de las multas administrativas impuestas a las personas físicas y jurídicas brasileñas, que cometieron infracciones administrativas o tributarias.

Pero en una u otra versión, la cosa juzgada administrativamente que en la verdad jurídica se trata de “preclusión administrativa” puede ser objeto de revisión por la “jurisdicción estatal”, como poder del Estado soberano, en virtud de la aplicación del principio de supremacía de jurisdicción, con previsión en el artículo 5o., inciso XXXV, de la Constitución Federal brasileña.

Sobre la materia existe nuestra obra *Preclusión y cosa juzgada*, con estas consideraciones: “A coisa julgada é o efeito do tempo sobre o julgamento da pretensão processual (pedido), deduzida pela parte ativa da relação jurídico-processual, proferida pela função judiciária em procedimento contencioso, cujo trâmite não possui invalidades jurídicas”.

El “procedimiento administrativo” brasileño observa el principio constitucional de la amplia defensa, principio de legalidad y principio de oficialidad estatal, en el juzgamiento. Pero el principio del debido proceso legal no es observado en su totalidad, pues el procedimiento legal de tramitación no siempre es observado; además, el principio de la inexistencia de suspensión del juzgador por muchas veces es olvidado, porque la acusación y el juzgamiento es hecho por la misma autoridad estatal.

El procedimiento administrativo brasileño está dividido en dos especies:

- a) el procedimiento administrativo disciplinar con la ruta de apuración de desvíos funcionales de servidores del Estado;
- b) procedimiento administrativo tributario, con recurso de establecer la obligación tributaria en su totalidad.

Hay decisiones administrativas, recursos administrativos y preclusión administrativa que no se imponen a la cosa juzgada judicial, en virtud de la estructura anteriormente mencionada.

La conclusión es que el “proceso administrativo” brasileño al respecto de la utilización de esta nomenclatura por pequeña parte de la doctrina nacional, el rigor de la técnica procesal utilizada en Brasil, no rebasa la definición científica de “procedimiento administrativo extrajudicial”.

## IX. CONCLUSIONES

El vocablo “proceso” tiene varias acepciones. Las principales son las sociales y las jurídicas.

La palabra “proceso”, en su acepción simple o natural significa la sucesión de actos coordinados entre sí, que llevan a un acontecimiento final capaz de promover alguna alteración en el mundo fáctico.

En la acepción jurídica, “proceso” es la sucesión de actos procesales concatenados entre sí organizados de manera sistemática y producidos con el propósito de promover la decisión de la pretensión procesal (pedido) puesta en juicio.

Hay otras concepciones del proceso, como el proceso como procedimiento, el proceso como instrumento de la jurisdicción y el proceso administrativo.

La naturaleza jurídica del proceso es controvertida entre los diversos autores jurídicos, conforme su preferencia doctrinaria, pero las principales corrientes son las del proceso como relación jurídica, como situación jurídica y como institución.



A su tiempo, procedimiento es tan solo el orden en que serán realizados los actos personal o jurídico, conforme disposición legal o convención de las partes.

Luego, podemos hablar en procedimiento extrajudicial, como acontece con la ordenación de una asamblea del condominio edilicio o en la instauración de una modalidad del procedimiento administrativo.

En otra versión, el procedimiento judicial es uno de los componentes del proceso judicial, con su organización determinada por la ley ordinaria, procesal, que disciplina el orden y la forma con la cual los actos procesales serán realizados.

El procedimiento judicial tiene fases distintas y bien delineadas, y su inicio ocurre con la petición inicial que posee la pretensión procesal de la parte activa de la relación jurídica y tiene fin con la sentencia en primer grado de jurisdicción.

La demanda es la corporificación de la pretensión procesal (pedido), a través de la petición inicial deducida en el juicio de forma física o virtual, donde existe la concretización existencial del proceso delante del Estado jurisdicción.

La acción, que es el derecho público constitucional de dirigirse al juicio para hacer la adecuación de una pretensión procesal al Estado jurisdicción en forma de alguien.

Hay gran variación del concepto de acción consonante a la labor doctrinaria seguida por el estudioso.

Por consecuencia, el proceso judicial brasileño está compuesto por la unión de la relación jurídica procesal, establecida por lo tanto delante de la jurisdicción y el procedimiento judicial, disciplinador de la formación de los actos procesales y de la secuencia con que serán realizados.

## LOS DERECHOS HUMANOS DE ACCESO A LA JUSTICIA Y DEBIDO PROCESO EN EL MARCO DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES MEXICANAS DE 2008

Antonio SALCEDO FLORES

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho humano de acceso a la justicia.* III. *El derecho humano al debido proceso.* IV. *La reforma constitucional de 2008 y su Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio.* V. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

Recuerdo al doctor Humberto Briseño sierra como un estudioso del derecho dedicado, profundo, riguroso y, sobre todo, bien documentado. Antes de opinar, presentar sus descubrimientos o publicar sus libros, analizaba, reflexionaba y reconstruía el objeto de sus investigaciones. La improvisación no se encontraba en su estilo de trabajo. Se dedicó a tareas titánicas que, en varias ocasiones, le redituaron poco fruto; por ejemplo, cuando comparó los distintos códigos de procedimientos civiles del país o cuando se hizo cargo de analizar y fundamentar la posibilidad de que para abatir el rezago del trabajo judicial se confiaran los procesos a individuos y entidades particulares, a fin de que auxiliaran a los tribunales en sus funciones jurisdiccionales. Otras veces, esas mismas empresas titánicas le abrieron las puertas a la trascendencia nacional e internacional en el campo procesal. De su amplia producción literaria, la Editorial Harla, México, en 1995, publicó una especie de compendio con lo mejor de su obra, bajo el título *Derecho procesal*,<sup>1</sup> del cual el doctor Briseño aclaraba que debió titularse *Teoría general del proceso*, porque eso era.

Como presidente del Congreso Panamericano de Derecho Procesal, el doctor Humberto Briseño Sierra dictó varias conferencias en la Universidad Autónoma Metropolitana. Ahí también, entre 1993 y 2001, participó

---

<sup>1</sup> Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, México, Harla, 1995.

impartiendo diplomados y dirigiendo seminarios; como ejemplo menciono el que llevó por título “El derecho procesal. Génesis, actualidad y perspectivas en los umbrales del siglo XXI”. En 1999 nos invitó al XIV Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, que se celebró en la ciudad de Panamá, en el marco de los festejos por la reversión del Canal, que, efectivamente, se llevó a cabo un mes después. Siempre fue generoso con nosotros, generosidad a la que no correspondimos suficientemente. Hoy me siento honrado y agradezco a la doctora Carina Gómez Fröde, directora del Seminario de Derecho Procesal de la Universidad Nacional Autónoma de México, que nos haya permitido sumarnos al merecido homenaje que se rinde al doctor Humberto Briseño Sierra.

Siguiendo las ideas de Briseño Sierra sobre la relación entre el proceso y el tiempo, elaboré dos trabajos que en 2012 fueron publicados por la Universidad Autónoma Metropolitana, el primero en la *Revista Alegatos*,<sup>2</sup> y el segundo en el libro *Temas selectos de derecho procesal civil*.<sup>3</sup>

En dichas publicaciones expongo y analizo el concepto “tiempo” desde la perspectiva de la filosofía presocrática, aristotélica, kantiana, hegeliana, nietzscheana, heideggeriana y del antiguo pueblo maya; los postulados de Isaac Newton, Albert Einstein y Stephen Hawking; los poetas Emil Cioran y José Emilio Pacheco; la obra del propio Humberto Briseño Sierra, y la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación mexicana. Ese análisis me llevó a la conclusión de que el tiempo no debe usarse de manera irreflexiva en las actividades procesales, y tampoco debe ser considerado inexorable, en virtud de que es mucho más que *un antes, un durante y un después*.

Los plazos, términos y señalamientos, por medio de los cuales se incorpora el tiempo al proceso, no están siendo cabalmente comprendidos, y menos aun debidamente aplicados por los legisladores y jueces mexicanos. Dichos operadores del derecho sobrevaloran el principio de preclusión, y ante él, en un exagerado e injustificado celo por la temporalidad hacen sucumbir el principio de justicia.

El tiempo, afirmaba don Humberto, debe contribuir al orden, al avance y a la conclusión de los procesos; yo agregaría no a su complicación ni a su frustración.

Los derechos humanos se encuentran garantizados por los derechos de acceso a la justicia y al debido proceso. El primero dispone que toda persona debe contar con los medios necesarios para recibir, perseguir, retener y proteger lo que le corresponde; el segundo establece las reglas que deben

<sup>2</sup> *Revista Alegatos* 81, México, UAM, 2012.

<sup>3</sup> Torres Zárate, Fermín (coord.), México, Editorial Eón y UAM, 2012.

regir el procedimiento que, ante un juez o tribunal, se desarrolle para perseguir, retener y proteger lo que a cada persona le corresponde. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en 2008, introdujo un nuevo sistema penal al país.

Este ensayo intenta demostrar que ese nuevo sistema penal viola los principios más importantes de los derechos de acceso a la justicia y debido proceso; si esto es cierto, también se habrá demostrado la vulnerabilidad en que se encuentra toda persona que sea señalada como probable autora de un hecho criminal, pues carecería de oportunidad, recursos, información y medios para defenderse.

Asimismo, orientándome, una vez más, con las enseñanzas del doctor Humberto Briseño Sierra, me propongo demostrar que el nuevo sistema procesal penal, es contraria a las más elementales formalidades del procedimiento, a grado tal que parece haber acabado con el concepto mismo de proceso.

La metodología que emplearé para alcanzar mi propósito consistirá, primero, en realizar una breve exposición de los temas acceso a la justicia y al debido proceso; segundo, en analizar la reforma constitucional y el instrumento por el que se está incorporando a las legislaciones de las entidades federativas, designado Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio; tercero, en demostrar que la reforma constitucional y su Código Modelo violan los propios principios de los derechos humanos de acceso a la justicia y debido proceso.

## II. EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA

¿Qué debemos entender por “acceso a la justicia”? Es la posibilidad de reclamar, perseguir y proteger lo que nos corresponde.

¿Qué nos corresponde? Eso debe determinarlo el jurista, por medio de la interpretación y la aplicación del derecho.<sup>4</sup>

No siempre llega o permanece a y en su titular el derecho, bien o prerrogativa que el derecho asigna.

La posibilidad que el derecho concede al titular de un derecho para recibirlo, reclamarlo, conservarlo y perseguirlo, puede definirse como acceso a la justicia.

Hay casos y personas en los que y a quienes históricamente se ha negado el acceso a la justicia; como ejemplo podemos mencionar:

---

<sup>4</sup> Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, México, Minos, 1999.

- El gobernado, cuando es víctima de omisiones o actos gubernamentales abusivos.
- El particular que es víctima de abusos del Ministerio Público (procuradurías generales de justicia).
- Un país débil frente a los abusos de una nación poderosa.
- Los migrantes que son víctimas de los abusos de las autoridades estadounidenses y mexicanas.
- El trabajador frente al patrón.
- Las personas con discapacidad.
- Las mujeres.
- Los indígenas.
- Quienes carecen de medios económicos.
- Las personas procesadas en la materia penal.

¿Cuáles son algunos de los aspectos de la negativa de acceso a la justicia? Para el caso de México, Santiago Oñate Laborde<sup>5</sup> responde:

- Lentitud del procedimiento jurisdiccional.
- Alto costo económico del procedimiento judicial.
- Falta de claridad en las reglas procedimentales.
- Las desigualdades sociales que, ineludiblemente, se exportan al proceso jurisdiccional y al derecho humano de acceso a la justicia.
- Los tribunales son del Estado y éste no considera prioritario el acceso a la justicia.
- Aunque han existido buenos programas constitucionales para favorecer el acceso a la justicia, los legisladores y los jueces parecen haberlos frustrado.
- Los abogados, colectiva e individualmente, nada han hecho por mejorar el acceso a la justicia.
- El acceso a la justicia parece tener un carácter “clasista”.
- La discriminación está presente en el acceso a la justicia y en la negativa al acceso a la justicia, no obstante encontrarse prohibida por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 1o.), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 7) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8 y 25).

---

<sup>5</sup> “El acceso a la justicia y los no privilegiados en México”, *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, núm. 1, 1978, pp. 137-189 (aunque en esta obra el autor se refiere a la justicia civil, sus observaciones también son aplicables a la justicia penal, laboral, constitucional, etcétera).

¿Qué se ha hecho en los últimos cincuenta años para disminuir la negativa al acceso a la justicia?

- Fomentar la educación.
- Tratar de fortalecer a la defensoría de oficio.
- Instrumentar políticas públicas (legislativas, judiciales y ejecutivas).
- Simplificar, esclarecer y agilizar el procedimiento judicial.
- Crear recursos eficaces.
- Hacer participar a las universidades y a las organizaciones no gubernamentales.
- Litigar estratégicamente.
- Advertir que sin un mejor acceso a la justicia resulta vano ofrecer e imposible recibir los servicios básicos, así como cumplir con las metas de democratización en América Latina (BID y BM).
- Denunciar que si no se mejora el actual estado de acceso a la justicia no habrá oportunidad para la mayoría, y será imposible reducir la pobreza y la desigualdad en Latinoamérica (BID y BM).
- Recomendar y procurar un desarrollo con equidad (BID y BM).
- Un medio esencial para el acceso a la justicia es el debido proceso, en el que se requieren: jueces competentes objetiva y subjetivamente; equidad procesal; oportunidad para actuar: información, audiencia, prueba, sentencia, así como racionalidad.

Los anteriores requerimientos forman parte de las llamadas formalidades esenciales del procedimiento o características del debido proceso, como veremos a continuación.

### III. EL DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO

¿Qué es el debido proceso?

- Es el conjunto de formalidades esenciales del procedimiento jurisdiccional.
- El tiempo, la forma, el lugar, el modo en que debe realizarse el acto procesal.
- La adecuación del acto procesal.
- La lógica, la experiencia, la seguridad y la certeza jurídicas.
- La excelencia en la actuación judicial.
- El deber ser en la actividad jurisdiccional.

- La racionalidad del acto procesal; es decir, la característica de la actuación procesal que es conforme con la necesidad, la gravedad, la claridad, la temporalidad y los efectos.
- El debido proceso en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.
- La doctrina. José Ovalle Favela identifica cuatro formalidades esenciales del procedimiento, a saber: noticia completa, oportunidad razonable para aportar pruebas, oportunidad para alegar, resolución motivada y fundamentada legalmente.<sup>6</sup> Como puede verse, Ovalle ya incluye el aspecto racional en las formalidades, lo refiere a la oportunidad de probar solamente, cuando debe ser un atributo de todas las actuaciones, del juez, de las partes y de los terceros.

En la jurisprudencia nacional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala:

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga “se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento”. Éstas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) la oportunidad de alegar; y 4) el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado. Novena Época. Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, diciembre de 1995, t. II, p. 133.

- La Declaración Universal de Derechos Humanos: “Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente

---

<sup>6</sup> Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, México, McGraw-Hill, 1997, pp. 69-73.

e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. “Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”.<sup>7</sup>

#### 1. *Consideraciones generales*

- Garantía general de igualdad.
- Audiencia pública, con las debidas garantías y ante un tribunal competente, independiente e imparcial.
- Garantías procesales.
- Derecho sustantivo a indemnización por error judicial (Ejecutivo y/o Legislativo).

#### 2. *Igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*

- Igual trato, consideración y oportunidad.
- Equidad.

#### 3. *Una audiencia pública con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial*

- Audiencia pública.
- Competencia objetiva y subjetiva.
- Independencia.
- Imparcialidad.

#### 4. *Presunción de inocencia*

- En la consideración.
- En el trato.
- Debe prevalecer sobre la probabilidad de responsabilidad.

---

<sup>7</sup> Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 32, 23 de agosto de 2007.



- Tensión entre los principios *pro hommine e in dubio pro reo*.
- Conclusión.

5. *Derechos de las personas acusadas de delitos*

- Tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa.
- A estar presentes durante el juicio.
- A defenderse personalmente o mediante abogado.
- A contar con defensor público.
- A desahogar sus pruebas.
- A contar con un intérprete gratuito.
- A no inculparse.

6. *Menores de edad*

- Por lo menos las mismas garantías y protección que los adultos.

7. *Revisión por un tribunal superior*

- Debido recurso.

8. *Indemnización en caso de error judicial*

- Errores ejecutivo y legislativo.

9. *La cosa juzgada*

- Su relatividad.

10. *Relación del artículo 14 con otras disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Artículo 8. Garantías judiciales. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad

por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

- La jurisprudencia internacional. Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

### 11. *Derechos del debido proceso*

- Presunción de inocencia.
- La fiscalía tiene la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad más allá de toda duda razonable.
- La decisión del acusado de testificar no altera la carga de la prueba.
- El que el acusado no impugne que el crimen no ocurrió no afecta la carga de la prueba.
- El que el acusado base su defensa en una coartada no altera la carga de la prueba.
- El considerar los factores acordados en la declaración de culpabilidad no viola la carga de la prueba.
- El derecho a permanecer callado/derecho contra la autoinculpación.
- Existe una prohibición absoluta contra la consideración del silencio en la determinación de culpabilidad o inocencia.
- El referirse a la condena como parte de los alegatos finales no viola el derecho a la no inculpación.
- Derecho a un juicio público y justo.
- Tiempo e instalaciones adecuadas para la preparación de la defensa.
- Recurso eficaz.
- Opinión (sentencia) razonada por escrito.
- Derecho a contar con tiempo y facilidades adecuadas para la preparación de la defensa.
- Principio de “igualdad de armas”.
- Derecho a la apelación.
- El derecho de una persona acusada a un juicio justo/denegación del debido proceso.
- El derecho a un tribunal independiente e imparcial/audiencia pública y justa.
- El derecho a la autorrepresentación.
- El derecho a ser informado prontamente y en detalle de la naturaleza y la causa de la acusación (práctica de la acusación).

- Naturaleza jurídica del debido proceso.
- Serie correcta de actos para la solución de un litigio.
- Medio de acceso a la justicia.
- Derecho humano insuspendible.
- Garantía para el cumplimiento del derecho.
- El debido proceso y la prisión preventiva

Recordemos que el debido proceso es el conjunto de formalidades esenciales del procedimiento jurisdiccional: tiempo, forma, espacio, modo; acordes con la racionalidad, el deber ser, la justicia, la excelencia.

Algunas de las funciones del debido proceso son:

- Conocer y resolver los litigios.
- Posibilitar el acceso a la justicia.
- Garantizar el cumplimiento del derecho.
- El debido proceso garantiza el cumplimiento de los derechos humanos.
- El debido proceso es un juicio racional, equitativo, justo.

La prisión preventiva en el debido proceso es el aprisionamiento de una persona que probablemente participó en la comisión de un delito.

Esa detención se ha considerado una medida de seguridad, de control social, cautelar, un acto de molestia, una pena anticipada y una medida irracional, inhumana e ineficaz.

La prisión preventiva se aplica mientras se dicta la sentencia; es decir, antes que el procesado sea encontrado culpable, por ello es que:

- Viola la presunción de inocencia.
- Viola el principio de seguridad jurídica incorporado a nuestro sistema jurídico por el artículo 14 constitucional: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Vulnera las formalidades esenciales del procedimiento y, en consecuencia, el debido proceso, porque:

- a) antes aplica la sanción y después juzga;

- b) niega al procesado el derecho de audiencia;
- c) niega al procesado el derecho de prueba;
- d) imposibilita la equidad procesal;
- e) empodera al acusador (Ministerio Público);
- f) obliga al juez a condenar, y
- g) elimina el concepto mismo de debido proceso.

#### IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008 Y SU CÓDIGO MODELO DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO

En 2008 se reformó el sistema penal mexicano. Los cambios se hicieron desde el texto constitucional. Los legisladores aseguraron que con su reforma se transitaba de un caduco sistema mixto con tendencia al inquisitorial, al acusatorio y oral, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación; que reconocía y respetaba la presunción de inocencia, la excepcionalidad de la prisión preventiva y los demás derechos fundamentales, de acuerdo con las recomendaciones que habían emitido diversos organismos nacionales e internacionales de derechos humanos.<sup>8</sup> Esta investigación trata de demostrar que el proceso penal creado por los constituyentes no es acusatorio, tampoco se rige por los principios anunciados, y menos aun respeta la presunción de inocencia ni la excepcionalidad de la prisión preventiva.

##### 1. *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*

La Organización de las Naciones Unidas, a través de su Alto Comisionado para los Derechos Humanos, en 2004, después de haber realizado un diagnóstico sobre la situación que guardaban los derechos humanos en México, muy particularmente los derechos civiles frente al sistema de justicia, recomendó al gobierno mexicano que modificara su sistema penal, y lo instó para que dejara de usar el modelo inquisitorial que venía aplicando y lo sustituyera por el acusatorio que, a diferencia del inquisitorial, ofrece ciertas garantías para los derechos humanos, está identificado como propio de los regímenes democráticos, impide el abuso del poder, se corresponde con los estándares que exigen los ordenamientos jurídicos internacionales; sin dejar de sancionar, respeta a la persona humana.

---

<sup>8</sup> Dictámenes de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores, diciembre de 2007.

El organismo internacional acusó al gobierno mexicano de cometer y tolerar graves violaciones contra los derechos humanos, consistentes en abusar de la prisión, especialmente de la prisión preventiva; no ejercer control sobre la fuerza de sus cuerpos represivos: policía, ejército y Ministerio público; ser incapaz de frenar los abusos de las procuradurías generales de justicia (Ministerio Público); apresar a las personas por motivos políticos, atribuyéndoles delitos ordinarios; no garantizar el debido proceso; anular el derecho de defensa; fomentar y practicar la incomunicación, la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes en agravio de las personas detenidas; no proteger y sí amenazar la libertad personal, “derecho fundamental que en México es vulnerado de manera sistemática por diferentes autoridades”;<sup>9</sup> propiciar las detenciones arbitrarias y no ofrecer garantías procesales; además de no proporcionar a la gente pobre una defensoría de oficio o pública.<sup>10</sup>

México, señaló el Alto Comisionado, cuenta con un sistema penal inquisitorial profundamente antidemocrático, injusto, inequitativo y muy por abajo de los estándares mínimos ordenados por los instrumentos jurídicos internacionales que se comprometió a cumplir. El Estado mexicano —recomendó el Comisionado de la ONU— debe adoptar un sistema penal acusatorio que garantice los derechos humanos, muy particularmente la libertad de la persona, su presunción de inocencia, su derecho de defensa, el debido proceso, los derechos de la víctima.<sup>11</sup>

El país —advirtió— debe abandonar de inmediato el sistema penal inquisitorial e incorporar el modelo acusatorio que sí ofrece garantías para los derechos fundamentales, pero antes debe reducir los supuestos de prisión preventiva, ya que, de no hacerlo —adelantó la Organización de Naciones Unidas—, los efectos serán contrarios a los buscados, pues crecerá el número de personas encarceladas, además de que la prisión preventiva impedirá el derecho de defensa, porque quien se encuentra preso no puede buscar y presentar medios de prueba.

Deben eliminarse las atribuciones que la ley concede al Ministerio Público para que actúe como juez; precisarse que el derecho de defensa lo tienen todas las personas desde el momento de su detención, y a las mismas debe reconocérseles su presunción de inocencia, y como inocentes deben

<sup>9</sup> ONU, *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*, México, 2004, p. 12.

<sup>10</sup> El 95% de los casos que atiende la defensoría de oficio es condenado, ONU, Grupo de Trabajo sobre los Derechos Humanos, informe de 2002.

<sup>11</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*, capítulo 2: Derechos civiles, México, 2004, pp. 11-42.

ser tratadas durante todas las etapas del proceso, mientras no sean declaradas culpables por una sentencia firme.

Asimismo, deben reducirse sustancialmente los supuestos constitucionales para imponer la prisión preventiva y establecer su improcedencia en los casos en que el delito de que se trate prevea una pena sustitutiva a la prisión. Es necesario que se promueva una legislación integral en materia de penas sustitutivas de la prisión.

La prisión preventiva debe ser totalmente excepcional, y debe desaparecer de las leyes y de la práctica el arraigo.

El Estado mexicano —recomendó el Alto Comisionado—, debe garantizar el derecho a defensa de los reclusos y facilitar la labor de los defensores y de las organizaciones no gubernamentales.

Debe poner freno a las acciones de la policía, quien frecuentemente es señalada como ineficaz para la investigación de los delitos y para el mantenimiento de la seguridad y el orden públicos; pero, por el contrario, muy eficaz para la corrupción, las detenciones arbitrarias y las torturas. Junto con el ejército y el Ministerio Público, la policía, en México, practica de modo generalizado la detención arbitraria, la tortura y los malos tratos, en los ámbitos estatal y federal (olvidaron señalar el municipal). Esas prácticas se perpetúan y recrudecen —apuntó el diagnóstico—, porque las autoridades no analizan debidamente las acusaciones por torturas y tratos inhumanos que han provocado la muerte de las personas detenidas, decesos que han sido muchos, y por ellos, debido a graves deficiencias en las investigaciones, ningún funcionario público ha sido procesado, no obstante que dichos funcionarios eran garantes de la seguridad de las personas sometidas a detención y tenían estrictamente prohibido torturarlas e infligirles tratos crueles e inhumanos, además de que era su obligación oponerse enérgicamente a que otro u otros se los propinaran y, en su caso, denunciar dichos abusos.<sup>12</sup>

Por todo lo anterior —demandó el Alto Comisionado—, el Estado mexicano debe adoptar un sistema penal acusatorio y garantizar:

- La desaparición del arraigo.
- La presunción de inocencia.
- La excepcionalidad de la prisión preventiva.
- El debido proceso.
- El derecho de defensa.
- El respeto y la protección de los derechos humanos de las personas detenidas.

---

<sup>12</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Código de Conducta de los Agentes Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, 17 de diciembre de 1979, Resolución 34/169.

El gobierno mexicano no hizo el menor caso a las recomendaciones, y menos aun cumplió las demandas de los organismos internacionales. Al contrario, recrudeció sus ataques a los derechos humanos, muy especialmente en contra de las personas señaladas como sospechosas de alguna falta penal. El Constituyente Permanente de 2008 simuló adoptar el sistema penal acusatorio, siendo que en realidad impuso el modelo penal inquisitorial radical, menos respetuoso, menos garantista y más vulnerador de los derechos humanos que su antecesor: el mixto tendente al inquisitorial. El Estado mexicano no desapareció el arraigo, sino que lo elevó a rango constitucional. Anuló la presunción de inocencia, al hacer prevalecer sobre ella a la probabilidad de responsabilidad. A la prisión preventiva no la hizo excepcional, sino que la generalizó, la convirtió en regla única para los procesos penales, la ordenó para todos los delitos, incluso para aquellos que merecen pena no privativa de libertad; le ordenó al juez imponerla oficiosamente en determinados casos y dejó en manos del Ministerio Público la decisión de su aplicación. Eliminó el concepto mismo de debido proceso, pues en contra del indiciado constitucionalizó la alianza del juez y el Ministerio Público, las actuaciones secretas, la imposibilidad de contradecir los argumentos, las pruebas y las actuaciones de cargo; desapareció la división entre acusación y juicio; ambas etapas las convirtió en una, cuyo éxito lo encomendó a la pareja formada por el juez y el Ministerio Público; todo, repito, en agravio del procesado. Imposibilitó el derecho de defensa, hizo la justicia inaccesible para el reo, a quien le ocultó las actuaciones, le negó los derechos de igualdad, equidad, audiencia y prueba.

El legislador constitucional reformó el texto fundamental para negar todos los derechos humanos a las personas sospechosas de haber cometido un hecho señalado como delito o de haber participado en su comisión, y lo peor de todo es que en sus discursos públicos y privados asegura que escuchó y satisfizo las exigencias de los organismos internacionales supervisores del respeto y el cumplimiento de los derechos humanos.

El Constituyente Permanente llevó a cabo sus reformas de tal manera que la norma, en principio, declare y se compromete cumplir los compromisos en materia de derechos humanos, y luego incorpore salvedades, reservas, antinomias, incongruencias, contradicciones y toda una serie de artificios, para terminar anulando las garantías que parecía haber establecido. Este método, por demás engañoso, encubridor y demagógico, es utilizado por la Constitución y por el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los estados de la Federación, que es el instrumento que la Comisión Nacional de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos

Mexicanos está utilizando para imponer a las legislaciones estatales las reformas constitucionales. Veamos cómo es eso.

## 2. *Contenido de las reformas constitucionales de junio de 2008*

Una vez que el Diagnóstico del Alto Comisionado se hizo público, el Ejecutivo federal, a cargo de Vicente Fox Quezada, envió al Congreso de la Unión una propuesta de reformas a la Constitución, que no se atendió. El asunto fue retomado por Felipe Calderón Hinojosa, quien, como presidente de México, envió otra propuesta de reformas constitucionales. De ellas se hizo cargo la LX Legislatura Federal, 2006-2009, compuesta por la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, legisladores que, junto con las legislaturas estatales, reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>13</sup>

Las reformas, sustancialmente, consistieron en:

- La autorización del arraigo de las personas, medida que ordena el juez de control, a petición del Ministerio Público, bastando que éste señale al investigado como sospechoso de delincuencia organizada (artículo 16).
- La creación de la figura del juez de control, que autoriza en forma inmediata las solicitudes del Ministerio Público relacionadas con la imposición de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación que requieren control judicial (artículo 16).
- La autorización de las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público, durante la investigación, antes de que se notifique al indiciado y sin que éste intervenga; sólo se requiere que de esas comunicaciones entre jueces y Ministerio Público se lleve un registro (artículo 16).
- La autorización de la incomunicación en prisión preventiva y en las penitenciarias, para los procesados y los sentenciados, respectivamente, por delincuencia organizada (artículo 18).
- La prevalencia de la probabilidad de responsabilidad sobre la presunción de inocencia (artículo 19 primer párrafo).

---

<sup>13</sup> Decreto del Ejecutivo Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008.



- La prisión preventiva en todos los procesos penales a solicitud del Ministerio Público, y decretada oficiosamente por el juez en casos determinados (artículo 19, segundo párrafo).
- La declaración de que el proceso penal será acusatorio y oral, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación (artículo 20, encabezado).
- La declaración de la presunción de inocencia (artículo 20, apartado B).
- La unión de las fases de investigación y juicio (artículos 16, 17, 19, 20 y 21).
- La sociedad entre juez y Ministerio Público para condenar al procesado (artículo 20, apartado B, fracción VI, segundo párrafo *in fine*).

Con esto, afirmaron los constituyentes, se satisfacen las demandas del exterior, se propicia la transición de un sistema procesal mixto con tendencia al inquisitorial (cuestionado), a otro procesal penal acusatorio y oral, respetuoso y protector de los derechos humanos, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.<sup>14</sup>

¡Tal afirmación es falsa! Lo que hicieron los constituyentes fue instaurar un sistema procesal penal inquisitorial radical, más represivo y más violatorio de derechos humanos que su antecesor, sólo superado por el que utilizó el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, que funcionó en nuestro país de 1536 a 1810.<sup>15</sup>

Los legisladores constitucionales aseguraron que el nuevo sistema penal atendía los reclamos que los organismos internacionales habían hecho al gobierno mexicano para que dejara de violar los derechos humanos de su población. De aquí en adelante —festejaron los diputados y senadores—, contaremos con un procedimiento penal que garantice al reo su libertad personal,<sup>16</sup> su presunción de inocencia, la neutralidad del juez, la igualdad

<sup>14</sup> Dictámenes citados con anterioridad.

<sup>15</sup> Buelna Serrano, María Elvira, *Indígenas en la Inquisición apostólica de fray Juan de Zumárraga*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, 2009.

<sup>16</sup> Eso está muy lejos de la verdad, ya que los constituyentes, en realidad, privaron de su derecho humano a la libertad, a todos los reos, sin importarles si el delito de que se trate sea leve, grave o de otra naturaleza ese atentado contra los derechos humanos lo perpetraron los constituyentes cuando convirtieron a la prisión preventiva en la regla general (prácticamente única) de los procesos penales. Ignoraron los medios sustitutivos de la prisión preventiva que proponen destacados doctrinarios; por ejemplo, Luis Rodríguez Manzanera, en su obra *La crisis penitenciaria y los sustitutivos de la prisión*, México, 3a. ed., Porrúa, 2004, pp. 133-134, denuncia la crisis del sistema carcelario y, al tiempo que reclama la excepcionalidad de la prisión, propone, como vías de solución: a) la creación o actualización de leyes de ejecución de sanciones; b) el desarrollo de cuerpos administrativos (seguramente interdisciplinarios) que

de las partes, la equidad, la publicidad, el principio de contradicción, el derecho de defensa; en una palabra: el debido proceso. El proceso penal —celebraron—, ha dejado de ser inquisitorial, para convertirse en acusatorio, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollarán de manera pública y contradictoria; las partes tendrán igualdad procesal; ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el derecho de contradicción; cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y los principios y bases antes mencionados se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

Lo asegurado por los senadores y diputados del Congreso de la Unión y aceptado por las legislaturas de los estados, desafortunadamente, es mentira. El nuevo proceso penal es más inquisitorial que antes de la reforma; de ninguna manera es acusatorio, y menos aun garantiza la libertad personal, la presunción de inocencia, la neutralidad del juez, la igualdad de las partes, la equidad, ni el derecho de defensa. El proceso penal que crearon los legisladores federales viola los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Es contrario a la igualdad procesal, autoriza al juez a tratar asuntos sujetos a proceso en audiencia privada con el Ministerio Público y sin que esté presente el indiciado, a quien ni siquiera se le informa de la existencia de la investigación, menos aun se le da oportunidad de contradecir, ya no digamos de defenderse, los argumentos que el acusador, en reunión privada con el juez, formula en contra del indiciado; la reforma convalida pruebas obtenidas a través de actos violatorios de derechos humanos.

Debe recordarse que el sistema inquisitorial es identificado con los regímenes dictatoriales, represores, despóticos, debido a que autoriza las delaciones anónimas y las actuaciones secretas, el tormento sobre acusados

---

estudien y propongan las medidas sustitutivas adecuadas; c) el cambio del sistema correccional tradicional hacia formas más elásticas, y que permitan la aplicación de los sustitutivos, y d) un mayor acercamiento entre los diversos órganos de administración de justicia. Por su parte, José Jesús Cázarez Ramírez, en *Medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en el estado de Michoacán*, México, Porrúa, 2008, pp. 126-131, propone, como medidas alternativas a la prisión preventiva, 1. La detención domiciliaria, 2. El arresto de fin de semana, 3. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, 4. La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o autoridad que se designe, 5. El confinamiento, 6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares, 8. El abandono inmediato del domicilio, 9. La prestación de una caución adecuada o conforme a las posibilidades económicas, 10. La suspensión en el cargo o encomienda, 11. El monitoreo electrónico.

y testigos, la supremacía de la autoridad sobre el ciudadano, la unión del juez y el acusador para actuar en contra del acusado, la supremacía del interés común sobre el individual; hace uso de la prisión preventiva en forma generalizada y de la punitiva preferentemente frente a otras sanciones no privativas de libertad; mientras que el sistema acusatorio se identifica con el humanitarismo, la democracia, los regímenes liberales, en razón de que prohíbe las delaciones anónimas y las actuaciones secretas, impone la publicidad hacia todos, principalmente hacia el acusado, éste debe conocer siempre el desarrollo del procedimiento; prohíbe estrictamente el tormento para conseguir la declaración del acusado y los testigos; sobre las instituciones públicas y el derecho a castigar, hace prevalecer el derecho del ciudadano, prohíbe la unión del juez y el acusador; concede valor tanto al interés común como al individual; utiliza la prisión preventiva excepcionalmente y la punitiva como último recurso.<sup>17</sup>

De lo anterior deducimos fácilmente por qué al gobierno mexicano le preocupa convencernos de que su proceso penal es acusatorio y no inquisitorial.

### 3. *El Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio*<sup>18</sup>

El Código Modelo, de la misma forma que los artículos 18 y 19 de la Constitución federal, hace prevalecer la probabilidad de culpabilidad sobre la presunción de inocencia; esto es, cuando establece que de existir datos que hagan probable la intervención del investigado en la comisión de un delito que merezca pena privativa de libertad, se le aprehenda y se le imponga la prisión preventiva. En el momento en que el Código, basándose en probabilidades, autoriza la detención del indiciado, a quien aún no se le ha encontrado culpable en sentencia firme, está desconociendo y violando el principio de presunción de inocencia, que establece que mientras no haya sentencia firme que declare responsable al indiciado, éste será considerado y tratado como inocente. Si esta garantía de inocencia en realidad se respeta, ¿cómo entonces puede explicarse que a un inocente se le prive de su máspreciado derecho: la libertad?

---

<sup>17</sup> Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavallía-Editor, 1981, t. I, pp. 71-74.

<sup>18</sup> El Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio es el instrumento por medio del cual se están incorporando a las legislaciones de los estados de la Federación las reformas que en 2008, en materia penal, realizó el Constituyente Permanente mexicano.

El código intenta moderar el rigor inquisitorial de la reforma constitucional de junio de 2008. Parece que no lo consigue, y sí, en cambio, viola más gravemente los derechos humanos, al establecer normas similares a las que han formado parte de los regímenes inquisitoriales más radicales de nuestro país, después del Santo Oficio de la Inquisición, que funcionó de 1536 a 1810, como lo iremos demostrando en nuestra exposición.

Al igual que los constituyentes, el Código Modelo pretende ser el medio de transición de un modelo procesal penal mixto, con tendencia al inquisitorial, que se practica en México —afirmaron—, a otro nuevo proceso penal, acusatorio, garantista, adversarial, público, equitativo. Al parecer, las cosas no son así. El nuevo proceso penal no es acusatorio, tampoco público, adversarial o equitativo, y menos garantista. Veamos por qué.

El Código Modelo, en su declaración de principios, precisamente en el artículo 2o., proclama:

Nadie podrá ser sentenciado a una pena sino después de una sentencia o resolución firme obtenida en un proceso tramitado en un marco de respeto irrestricto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución del estado,<sup>19</sup> los tratados internacionales vigentes y en las leyes.

Esta proclama la deja sin efecto en su propio artículo 179, al establecer medidas cautelares restrictivas de la libertad personal, entre las que se encuentra la prisión preventiva que, según reconoció la Suprema Corte de Justicia de la Nación,<sup>20</sup> es una pena, misma que el Código Modelo autoriza e impone antes de que exista una sentencia o resolución firme, incluso sin que se haya tramitado un proceso, situación que actualiza una de las violaciones más lacerantes contra los derechos humanos, en virtud de que aprisiona a la persona sin respetar su derecho de defensa. Para lo anterior no obsta que en su artículo 3o., el Código declare que los principios, derechos y garantías previstos por él serán observados en todo proceso penal y en todas las etapas procesales.

---

<sup>19</sup> Dependerá del particular estado de la Federación en el que se esté implantando el código modelo.

<sup>20</sup> “PRISIÓN PREVENTIVA. Su no contradicción con la garantía de audiencia deriva de los fines que persigue y no de su carácter tutelar. Es decir, en esta hipótesis la prisión preventiva pierde su carácter provisional; se reconoce que ésta y la prisión punitiva son idénticas”. *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Pleno. Amparo en revisión 1028/96. Unanimidad de diez votos.

En el artículo 4o. declara que el proceso será acusatorio, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad, igualdad de las partes e intermediación.

Esta declaración la anula el propio Código Modelo, al crear normas que mandan la coincidencia o asociación entre el juez y el acusador, que autorizan actuaciones y resoluciones secretas, que niegan el derecho de defensa, que ordenan la suspensión del proceso a conveniencia del acusador, que fingen ignorar el vergonzoso desequilibrio que existe entre las partes y que provocan la falta de intermediación judicial integral, entre otras preocupantes cosas.

El Código Modelo en su artículo 130 establece que el Ministerio Público llevará a cabo su investigación secretamente sin informar y mucho menos dar oportunidad de defenderse a la persona contra quien dirige su investigación, y una vez que tenga datos que hagan probable la participación del investigado en la comisión de un delito, también en secreto irá con el juez de control y con él, en secreto los dos, elaborarán la orden de aprehensión en contra del investigado, quien será aprehendido y después de asegurado, ya en prisión, será informado de que en su contra, secretamente, el Ministerio Público, con la colaboración de su policía y la autorización del juez de control, ha llevado a cabo una investigación que lo encuentra probablemente relacionado con la comisión de un delito, y que en ese momento se le da oportunidad para que exprese lo que le convenga, mientras que al Ministerio Público se le requiere para que haga formal la imputación que permitirá al juez de control vincular a proceso al imputado y aplicarle, oficiosamente o a petición del Ministerio Público, de la víctima del delito o de ambos, la prisión preventiva, medida restrictiva de la libertad que también puede decretar el juez de control cuando el imputado es puesto a su disposición por haberlo detenido la policía, siguiendo órdenes del Ministerio Público, en caso urgente o por haberlo recibido en caso de flagrancia. Lo importante aquí es que, contra lo que enarbola el Código Modelo como principios de publicidad, contradicción, igualdad, defensa, neutralidad del juez, en sus artículos 130 y 187 autoriza las actuaciones secretas entre el Ministerio Público y el juez para garantizar la privación de la libertad y el castigo de la persona investigada.

Con el proceso penal reformado no puede pensarse que se cumplan los principios de contradicción e igualdad de las partes, en virtud de que las procuradurías generales de justicia de los estados y de la República son dependencias directas y esenciales de los poderes ejecutivos respectivos, y siempre serán más poderosas que el reo, como se vio en la parte introductoria y se irá exponiendo a lo largo de esta investigación. En el proceso

criminal nunca habrá igualdad entre las partes, menos aun cuando el procesado se encuentre prisionero y el Ministerio Público libre y con el apoyo voluntario y obligado de todas las personas particulares, así como de todas las instituciones públicas: municipales, estatales y federales.

El principio de intermediación tampoco lo cumple el Código Modelo, debido a que el juez que juzgará al procesado no es el mismo que ordenó o ratificó su aprehensión, le escuchó contestar el cargo, le impuso la prisión preventiva, lo vinculó a proceso, conoció de la acusación, depuró los puntos del debate, admitió pruebas; ese juez, con el que ha estado relacionado el procesado, con quien ha tratado, quien ha conocido de las etapas procesales de investigación, expositiva y probatoria en parte, turnará el expediente a otro juez, al que se hará cargo de la audiencia oral, que será quien, después de recibir y valorar las pruebas, dicte la sentencia. Por estas sustituciones de los órganos jurisdiccionales, es que no puede decirse que el nuevo modelo procesal cumpla con el principio de intermediación, pues el juez resolutor no ha tenido conocimiento inmediato del proceso ni ha estado inmediatamente relacionado con las partes; sólo desahogará las pruebas y dictará la resolución definitiva. Es así como se reactiva la mecanización que siempre se había tratado de evitar en el procedimiento penal.

El principio de continuidad también se ve contrariado por las figuras de la oportunidad del ejercicio de la acción penal y de la suspensión del proceso, ambas por decisión y a conveniencia del Ministerio Público, con la aquiescencia del juez de control, según lo expresamente establecido por los artículos 98, 99 y del 115 al 121 del Código Modelo.

En el artículo 8o., el Código Modelo reconoce que toda persona se presume inocente, en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su responsabilidad en sentencia firme, y que en caso de duda se estará a lo más favorable para el imputado, así como que en la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad.

El Código está muy lejos de cumplir los principios de que hace gala. En realidad, desconoce y viola la presunción de inocencia. Esto lo hace precisamente en su artículo 189, en el que admite que a solicitud del Ministerio Público o del acusador particular, el juez podrá imponer al imputado, después de escuchar sus razones, la prisión preventiva. Si en verdad presumiera su inocencia no tendría por qué privarlo de su libertad antes de que se declarara su responsabilidad en sentencia firme. Al procesado se le presume inocente, y deberá garantizársele la libertad en todas las etapas del proceso, porque así expresamente lo ordenan la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido ni apresado” (artículo 9), y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Nadie

podrá ser privado de la libertad, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho” (artículo 14, segundo párrafo). Se le presume inocente y debe ser tratado como tal mientras no sea juzgado, sentenciado y encontrado culpable. El Código Modelo, violando la Declaración Universal, la Constitución federal y su propio artículo 8o., ignora la presunción de inocencia e impone al procesado la presunción de responsabilidad, al establecer, en sus artículos 186,1,a y 193, que cuando exista probabilidad de que el investigado haya cometido un delito, se le aprehenda y se le sujete a prisión preventiva.

El Código Modelo, en su artículo 186,1,a; manda que en caso de duda se esté a lo más perjudicial para el imputado; esto es así, porque dispone que si hay probabilidad de que el reo haya cometido un delito, se le imponga la prisión preventiva. Siendo que esa probabilidad, en el peor de los casos, sería equivalente a la presunción de inocencia y si por un lado es probable la comisión del delito y por el otro existe la presunción de inocencia, se genera una situación de duda, que debe resolverse en favor del reo, según expresamente lo manda el artículo 8o. del Código Modelo y, en consecuencia, prevalecería la presunción de inocencia, haciendo jurídicamente improcedente la imposición de la prisión preventiva.

La probabilidad de responsabilidad también deviene en jurídicamente inaceptable, porque expresamente la prohíbe el mismo artículo 8o.: “En la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad”.

Si tenemos la presunción de inocencia por un lado y la probabilidad de la responsabilidad por el otro, y sabremos cuál de las dos figuras prevalece sólo hasta que contemos con una sentencia firme, la cuestión debe resolverse en la forma que más favorezca a la persona o que menos le perjudique; esto, en aplicación estricta de los principios *in dubio pro reo* y *pro homine*. En consecuencia, no puede decretarse la prisión preventiva, debe decretarse la libertad provisional con la condición o caución que el juez determine y que el procesado debe aportar.

En el artículo 9 expresa: “Las audiencias serán públicas”.

Eso es inexacto. Las audiencias que celebran el Ministerio Público y el juez para investigar y detener al denunciado son secretas. En las audiencias más importantes de la etapa de investigación se guarda reserva y confidencialidad respecto del indiciado y su defensor, a quienes no se les informa de actuaciones, registros o documentos que obran en el expediente o carpeta de investigación y mucho menos se les permite intervenir, contradecir ni ejercer el derecho de defensa. Esto lo autoriza el artículo 242, apartado 3, del Código Modelo, instrumento que fija un plazo de 40 días para ese



secreto procesal, confidencialidad o reserva que podrá ser ampliada por autorización del juez de garantía, órgano jurisdiccional que estará también obligado a guardar el secreto procesal, porque así se lo ordena el apartado 7 de ese numeral 242. Tampoco es pública para el procesado la audiencia en la que el Ministerio Público se entrevista con el juez para que éste libre la orden de aprehensión o imponga otras medidas cautelares, que sólo se arreglan entre el juez y el acusador. La orden de aprehensión se resuelve en audiencia privada entre el juez y el Ministerio Público, según literalmente lo dispone el artículo 187, apartado 1, del Código Modelo.

Igualmente secretas para el procesado serán las diligencias que practique el Ministerio Público en la fase de investigación, a las que convocará al procesado sólo si su presencia le resulta útil (artículo 244, apartado 3 del Código Modelo).

En el artículo 10, el Código establece que las medidas cautelares restrictivas de la libertad tienen carácter excepcional.

Contrariamente a lo anterior, en el artículo 193 ordena que la prisión preventiva, que es la medida más restrictiva de la libertad, se aplique a todos los procesados y, en el mejor de los casos, a más del 90% de ellos. Ese altísimo porcentaje corresponde a los delitos que tienen señalada pena privativa de libertad, mientras que el 100% corresponde a los que merecen pena privativa de libertad, prisión preventiva oficiosa y prisión preventiva a solicitud de parte: Ministerio Público, acusador particular y acusador popular.

El señalamiento que hace el Código Modelo en su artículo 10, en el sentido de que la prisión preventiva tiene carácter excepcional, también es falso. Para constatarlo basta tener presente que el propio Código, en su artículo 193, establece que la prisión preventiva se impondrá cuando el delito merezca pena privativa de libertad, y al analizar los delitos en los diversos códigos penales del país encontramos que más del 90% de ellos tienen señalada pena privativa de libertad. ¿En dónde entonces quedó el carácter excepcional que tanto proclaman?

En el artículo 12 declara que la defensa es un derecho en toda etapa del proceso, y que corresponde al Ministerio Público y a los jueces garantizarla. Esto es demagogia, ¿cómo puede el acusador garantizar los intereses de su contrincante que es el reo?, y ¿cómo puede hablarse del derecho de defensa y su garantía cuando el nuevo sistema procesal penal niega cualquier posibilidad de defensa, pues fomenta la unión del acusador y el juzgador para actuar secretamente, a espaldas del procesado y en su contra? Esto sucede en la etapa de investigación, en la que deciden y llevan a cabo el arraigo del procesado, detención, retención, aprehensión y prisión preventiva, así como la práctica de otras diligencias que serán utilizadas en su contra; ade-



más de que se le ocultarán actuaciones, registros, documentos, diligencias; es decir, todo; por decisión del Ministerio Público, con el aval del juez y con la autorización del Código Procesal Penal Modelo, según disposiciones expresas de sus artículos 242, apartado 3, y 244, apartado también 3.

Al indiciado se le priva de movimiento y de cualquier posibilidad de preparar su defensa, de buscar sus pruebas, de financiar su proceso, de comunicarse con sus familiares, mientras que el Ministerio Público tiene el apoyo de todos los órganos públicos municipales, estatales y federales, en términos de lo ordenado por su propia ley orgánica, así como de todos los particulares, a quienes si no colaboran les puede abrir una investigación por encubrimiento, por no colaborar con la procuración de justicia o por delitos en contra de la administración de justicia.

En el artículo 19, el Código Modelo dispone que todas las personas son iguales ante la ley y deberán ser tratadas conforme a las mismas reglas, y que los jueces deben preservar el principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o la debiliten.

¿Cómo puede hablarse de igualdad cuando quienes litigan en materia penal es, por una parte el gobierno, con el auxilio voluntario y forzoso de todos los particulares, y por la otra, una persona o grupo probablemente criminal, a quien se le ha privado de su libertad y de casi todos los demás derechos fundamentales? El Ministerio Público, el juez, el acusador particular y el acusador popular unen fuerzas para investigar, detener, retener, aprisionar, acusar y castigar al procesado.

El artículo 179 señala que las medidas cautelares (entre ellas la prisión preventiva) tendrán como finalidad asegurar la presencia del imputado en juicio y los demás actos en que se requiera su presencia, garantizar la seguridad de la víctima y testigos de los hechos, así como evitar la obstaculización del procedimiento; que la resolución judicial que imponga una medida cautelar o la rechace es modificable en cualquier estado del proceso, y que en todo caso el juez o tribunal puede proceder de oficio cuando favorezca la libertad del imputado.

La presencia del procesado en el juicio se encuentra garantizada por su interés de no resultar condenado y de cualquier modo, si llegara a ausentarse del proceso, y el juicio se tramitara en su rebeldía, no se vería más perjudicado de como se ve con la prisión preventiva. La seguridad de la víctima del delito, de los testigos y de los terceros no puede ser a costa de la libertad personal del procesado; es el Estado y sus fuerzas públicas quienes deben garantizar la seguridad de todos, y es responsabilidad del órgano jurisdiccional el debido desarrollo del procedimiento. En ningún momento del proceso habrá certeza, dado que el Código autoriza al juzgador para que im-

ponga la prisión preventiva en cualquier estado del juicio, sin importar que antes la hubiera negado, la amenaza siempre penderá sobre el procesado.

La experiencia nos muestra que la prisión, tanto preventiva como definitiva, sólo contribuye al aumento de la criminalidad. La víctima no estará segura, por más que el indiciado se encuentre en prisión, pues quien se proponga causarle daño lo puede hacer más impunemente desde el interior de la prisión que desde el exterior. La seguridad de la víctima y los terceros sólo se garantizará cuando el Estado y sus dependencias cumplan sus respectivas obligaciones.

El desarrollo del proceso y el éxito de la investigación son responsabilidad del juez y del Ministerio Público, respectivamente. No pueden culpar al indiciado por sus respectivos y públicos fracasos.

La facultad para que el juez actúe de oficio cuando favorezca la libertad del imputado es una ilusión. Los jueces casi nunca han utilizado sus facultades para beneficiar a los procesados, los han visto como enemigos públicos; además, se sienten amenazados de ser denunciados por corrupción, por incompetencia, por actuar contra la administración de justicia, así que prefieren no arriesgarse y actuar como les exige el Poder Ejecutivo, o sea, reteniendo al procesado. Como ejemplo podemos mencionar el hecho que tuvo lugar la segunda semana de julio de 2011, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, orientada por varias sentencias condenatorias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del gobierno mexicano y sus fuerzas represivas, resolvió que los militares acusados de violar derechos humanos debían ser juzgados por el fuero civil y no por el fuero militar, que únicamente los encubría. La reacción del Poder Ejecutivo Federal, en la persona del presidente de la República, no se hizo esperar, y en esa misma semana advirtió que su procuradora general, galardonada por el gobierno de los Estados Unidos de América, procedería en contra de los jueces federales respecto de quienes se consiguieran indicios de corrupción. Estos arrebatos no son nuevos en nuestro sistema, hoy sólo se invocan para fundamentar nuestra aseveración de que los jueces, para no arriesgarse a verse investigados y, en su caso, procesados, justa o injustamente, prefieren cargarle al sujeto más débil de la relación, es decir, al indiciado. Eso mismo hizo el juez vigésimo quinto de paz penal, dos semanas después de la amenaza presidencial: condenó al procesado por andar poniendo anuncios donde no debía, a 1955 años de prisión. Él no corre riesgos.

La facultad que el Código Modelo confía al juez para actuar oficiosamente en favor de la libertad del procesado finge emparejar las cosas con el mandato expreso que la Constitución federal impuso al juez de decretar oficiosamente, entiéndase forzosamente o sin solicitud de parte, la prisión

preventiva de los procesados relacionados con delitos especialmente señalados por el Constituyente y con los delitos que establezca la legislatura de cada uno de los estados que componen la Federación.

El artículo 180 prohíbe las medidas cautelares personales cuando resulten desproporcionadas en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su realización y la sanción probable. En ningún caso —estipula el Código— la prisión preventiva podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito ni exceder el plazo de dos años si no es para beneficiar la defensa del procesado.

En todos los casos la prisión preventiva es desproporcionada, porque mientras que no se tramite un procedimiento judicial que respete las formalidades esenciales, que concluya en sentencia firme que declare responsable al procesado, todo previamente a la privación de su libertad, la prisión preventiva siempre será desproporcionada y antijurídica. El indiciado es inocente y, en consecuencia, no puede verse perjudicado por un delito que aún no se ha determinado con certeza que haya sido perpetrado, y mucho menos se ha establecido, con las formalidades legales exigidas, que su realización sea responsabilidad del procesado.

En la primera parte de su artículo 189, el Código Modelo trata desesperadamente de convencernos de que impone al juez una exhaustiva serie de condiciones para la prisión preventiva, y enfáticamente señala que a solicitud del Ministerio Público o del acusador particular, y en la forma, bajo las condiciones y por el tiempo que se determina en ese Código, después de escuchar las razones del procesado, le impondrá la prisión preventiva. Esos aparentes exhaustivos requisitos se reducen a que el delito merezca pena privativa de libertad, que la merece en más del 90% de los casos. Escuchar las razones del procesado casi está de más, pues el procesado ya se encuentra detenido, por flagrancia, por caso urgente o por orden judicial. Ya obran en su contra los elementos que el Ministerio Público reunió en su contra, que motivaron la orden de aprehensión y la puesta a disposición del órgano jurisdiccional. La situación del retenido no va a modificarse por las razones que exponga ante el juez, razones que no pueden ser de mucha ayuda, pues se deben exponer durante los diez o quince minutos que el juez brinda al detenido en la audiencia, con la presión, temor, intranquilidad y desconcentración que afectan a la persona que se encuentra detenida y a quien apenas unos minutos antes se le informó de la imputación que existe en su contra, de las pruebas que le incriminan, de la oportunidad que tiene de expresar lo que a su interés convenga. Las situaciones anteriores impiden considerar como una auténtica oportunidad de defensa la precaria intervención que tiene el reo, que resulta del todo incapaz para contrarres-

tar o contradecir las actuaciones que en su contra acumularon, en las fases procesales anteriores, el Ministerio Público, sus auxiliares y el propio juez. Los mismos elementos que sirvieron al juez para ratificar la detención o para ordenarla servirán para disponer su continuación, esta vez en forma de prisión preventiva.

En su segunda parte, el artículo 189 establece que el Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando algunas otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado se encuentre siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

El Ministerio Público tiene asegurada la procedencia de su solicitud, en virtud de que la seguridad de la víctima, los testigos y la comunidad se encuentran en constante riesgo, claro que no por causas imputables al procesado, sino por la incapacidad del Estado para brindar la seguridad que está obligado a proporcionar a toda la población. ¿Cómo puede justamente castigarse al procesado por el hecho de que la investigación no se desarrolle exitosamente?, cuando en ella él no interviene; es más, ni siquiera ha sido notificado de que tal investigación existe, pues la llevan en secreto el Ministerio Público y el juez, binomio del poder, que es el único responsable del desarrollo de dicha fase procesal. El discurso que maneja el Código Modelo y otros ordenamientos jurídicos, en el sentido de que la prisión preventiva tiene como principal objeto garantizar la presencia del procesado en el juicio, para que así se pueda defender, y de esa manera se le garantice su derecho de defensa, es insostenible debido a que es precisamente la prisión preventiva la que priva al prisionero de todos los derechos de defensa, pues le impide buscar y conseguir pruebas, tener la concentración necesaria para preparar sus intervenciones ante el juez; le priva de movimiento y de la libertad de tránsito, entre otras cosas, indispensables para realmente participar en el proceso. Quien se encuentra prisionero está imposibilitado para intervenir debidamente en el proceso; la prisión le arrebató todas las condiciones físicas, anímicas y sociales que requiere cualquier litigante, más aun en la materia penal, en donde el objeto litigioso o pretensión es la libertad personal. Miente quien dice que la prisión garantiza el desarrollo del proceso; en realidad es la negación de la relación procesal. Sobre estos temas volveremos más adelante.

Bastará al Ministerio Público negar que exista otra medida suficiente para garantizar todos los bienes que, como condición para el otorgamiento

de la libertad provisional bajo caución, exigen la Constitución federal y el Código Modelo, para ganar la partida, ya que con el argumento negativo que le facilitan ambos ordenamientos jurídicos invertirá el deber de probar, que originalmente le obligaba, pero como la Constitución y el Código modelo elaboran la hipótesis en sentido negativo, no hay otras medidas, la carga de la prueba se invierte por el argumento negativo, y la dejan caer sobre el procesado, quien, para salir de prisión tendrá que probar que sí hay otras medidas para garantizar el desarrollo del proceso, la seguridad de la víctima, los testigos, los peritos, los terceros, la sociedad, bienes que ningún Estado del mundo, tampoco el mexicano, ha podido proteger, y que ahora pretenden que los garantice el indiciado.

En el diverso artículo 193 del Código Modelo, que va a tratar de imponerse a todos los estados de la Federación, aparece que sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva, medida que deberá ser proporcional a la pena que pudiera llegar a imponerse, sin que pueda ser superior a dos años. El Código Modelo ya consiguió sustituir al modelo procesal penal anterior en varios estados de la Federación;<sup>21</sup> lo logró, gracias a la labor conjunta de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, formada por presidentes, magistrados y jueces de los tribunales superiores de justicia de todos los estados de la Federación, y a su grupo de trabajo; organizaciones que se han encargado de cristalizar las reformas que en materia de derecho penal procesal se hicieron a la Constitución, en 2008.

El artículo 194 del Código Modelo dispone que para decidir si está garantizada la comparecencia del imputado en el proceso y la protección de víctimas, testigos y la comunidad, el juez tomará en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias: a) la existencia de antecedentes penales, b) el arraigo en el lugar del juicio, c) la magnitud de las penas que podrían imponerse, d) la magnitud del daño que debe ser resarcido, e) el comportamiento del imputado durante el proceso, f) la inobservancia de medidas cautelares anteriores, g) el desacato a citaciones, h) la amenaza a medios de prueba, i) el peligro para la salud, la tranquilidad o la seguridad de la víctima, por las circunstancias del hecho, j) la posible influencia para que testigos, peritos o computados declaren falsamente o dejen de declarar, y k) que el procesado esté siendo juzgado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Este artículo, además de desconocer la presunción de inocencia, incorpora algunos elementos ajenos al proceso actual, como son los

---

<sup>21</sup> El Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación ya está aplicándose en Baja California, Chihuahua, Durango, México, Morelos, Oaxaca y Zacatecas.

antecedentes penales, los procesos terminados o pendientes distintos a aquel en el que va a resolverse la cuestión de la prisión preventiva, todos ellos son extraños a la causa que se juzga y, en consecuencia, no tienen por qué pesar en el juicio que sobre la prisión preventiva va a emitirse en el procedimiento actual. Los antecedentes penales, la cosa juzgada y la litispendencia, como lo propone el código modelo, violan el principio *ne bis in idem* (no dos veces sobre lo mismo), en virtud de que a los mismos hechos que fueron materia de otro proceso los utilizarán el Ministerio Público y el juez, por segunda ocasión, esta vez para decretar la prisión preventiva, ignorando que, en su caso, la misma falta no puede generar dos castigos. El Código Modelo es incongruente con lo que preceptúa en su propio artículo 20. El arraigo en el lugar del juicio, la amenaza a medios de prueba, la tranquilidad de la víctima, la posible influencia sobre otros sujetos procesales, son cosas tan subjetivas que el juez puede, a partir de su análisis, llegar a cualquier conclusión, y tomando en cuenta la experiencia, junto con el dato de que los jueces condenan al 95% de los procesados, no queda más que admitir que la subjetividad de estas circunstancias va a ser aprovechada por los órganos jurisdiccionales para imponer la prisión preventiva. En lo que se refiere a la magnitud de las posibles penas y de los daños, si admitimos que sean tomados en cuenta para determinar la prisión preventiva, entonces estaríamos considerando como acreditada plenamente la responsabilidad del procesado, aun cuando no ha sido juzgado, y su presunción de inocencia tampoco ha sido jurídicamente quebrantada.

En el artículo 195, señala:

El juez, aun de oficio, impondrá la prisión preventiva si se cumplen los requisitos previstos en los artículos precedentes, en los casos que se investigue homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos y delitos contra el libre desarrollo de la personalidad.

Puntualiza que sólo podrán ser considerados delitos cometidos por medios violentos los siguientes: homicidio doloso, secuestro, desaparición forzada de personas, tortura, robo cometido con armas de fuego. Se considerarán delitos contra el libre desarrollo de la personalidad: trata de personas, pornografía y lenocinio, estos dos últimos en agravio de menores de edad.

Esta cuestión de la oficiosidad de la prisión preventiva que la Constitución y el Código Modelo le ordenan al juez ha sido considerada por un sector como una obligación del juez de decretar la prisión preventiva cuando se investiguen los delitos que se relacionan, mientras que otro sector considera

esa oficiosidad como la posibilidad de que el juez, sin petición, decreta la prisión preventiva. Ambas consideraciones son igual de violatorias de derechos humanos, así como de las reglas básicas del sistema penal acusatorio. Veamos por qué.

Si aceptamos la oficiosidad del juez para decretar la prisión preventiva, estaríamos violando el principio fundamental del sistema acusatorio penal, consistente en que el juez no puede asumir funciones de parte, en este caso de la acusadora, porque el rasgo característico del sistema acusatorio es la neutralidad del juez y la prohibición de que vaya más allá de lo que le pidan las partes, principios y características esenciales que se verían atropellados por la decisión oficiosa o forzosa del juez sobre una de las principales instituciones del proceso penal, que es la prisión preventiva. Si consideramos que la oficiosidad que la Constitución manda al juez no es forzosa, sino que se refiere a que el juez prescinda de la solicitud de parte para resolver la prisión preventiva en los casos que expresamente se señalan, tendremos que aceptar que el juez se ha convertido en acusador, estaría ejerciendo funciones propias y exclusivas del Ministerio Público y de la policía, consistentes en el aseguramiento de los probables responsables, estaría ordenando y decidiendo sin instancia de parte, con lo que negaría la esencia del auténtico modelo acusatorio. En ambos casos el juez estaría contrariando instituciones fundamentales del sistema acusatorio; en el primer caso también perdería la jurisdicción que le habrían arrebatado el Constituyente y los legisladores secundarios, en lo que a la prisión preventiva se refiere. En el segundo supuesto, consistente en que el juez puede actuar sin instancia de parte,<sup>22</sup> estaríamos reconociendo que la reforma constitucional de 2008, en realidad impuso el sistema inquisitivo penal, de ninguna manera el acusatorio, que la reforma de 2008 es más violatoria de los derechos humanos de lo que era el sistema anterior.

El numeral 203 dispone: “El juez de oficio o a petición de parte y en cualquier estado del proceso, revisará, sustituirá, modificará o cancelará las medidas cautelares de carácter personal y las circunstancias de su imposición, cuando hayan variado las condiciones que justificaron su imposición”. El comentario que se vertió para el artículo 195 aplica para este dispositivo 203.

En el artículo 204 establece que la prisión preventiva finalizará cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la

---

<sup>22</sup> Este segundo criterio lo adoptó el estado de Durango, y el maestro Hesbert Benavente Chorres lo considera acertado, según puede verse en *El amparo en el proceso penal acusatorio y oral*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2010, p. 241. Por contrariar los fundamentos del sistema procesal penal acusatorio, tanto el legislador de Durango como el maestro Hesbert están equivocados.



fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida; cuando las condiciones personales del imputado se agraven de tal modo que la prisión preventiva se traduzca en tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El primer supuesto de este artículo 204 es una ilusión, tan irrealizable como el desvanecimiento de datos, la libertad que ha de ordenar el carcelero cuando en el plazo legal no reciba el auto de formal prisión o el de vinculación a proceso, o como el de reconocimiento de inocencia. La facilidad con que se impone la prisión preventiva contrasta con la dificultad para revocarla.

El segundo supuesto se actualiza en todos los casos, y vemos que para ninguno de ellos finaliza la prisión preventiva. México es uno de los países más acusados y condenados internacionalmente por los tratos crueles, inhumanos y degradantes que propina a los internos en sus centros penitenciarios federales y estatales.

El juez de control sólo legitima las violaciones de derechos fundamentales que llevan a cabo la policía, el ejército, la marina y el Ministerio Público, en las fases previas al juicio.

En el nuevo proceso penal se intenta responsabilizar y castigar al ciudadano por culpas del Estado. Se le niega la libertad provisional bajo caución, porque el gobierno, con todo y sus ministerios públicos, jueces, policía y demás cuerpos represivos, es incapaz de garantizar la eficiencia y la eficacia del Ministerio Público, de los jueces, de la policía; por eso ordenan que el indiciado se quede preso mientras no estén garantizados la investigación, el proceso y la seguridad de la sociedad.

Se utilizará al juez de control para que convalide los actos violatorios de derechos fundamentales, que perpetran los cuerpos represivos: marinos, militares, policías y ministerios públicos; quienes escapan al control civil.

## V. CONCLUSIONES

El nuevo proceso penal acusatorio creado por el constituyente mexicano en 2008, ¿garantiza el acceso a la justicia o cumple con el debido proceso? Al:

- Ordenar actuaciones secretas.
- Ordenar la subordinación del juez al Ministerio Público (acusador).
- Ordenar la prisión preventiva (oficiosa para algunos casos, para otros aplicable a los delitos que merezcan pena privativa de libertad —que son el 93% de los previstos por los códigos penales— y para el resto de los casos a petición del Ministerio Público, cuando éste



niegue que existan otras medidas para proteger el procedimiento, a la víctima del delito y a la seguridad pública).

- Negar el derecho de audiencia.
- Negar el derecho a probar.
- Condenar antes de juzgar.
- Eliminar el concepto mismo de proceso.

La respuesta es un contundente ¡no!

## DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA LENGUA EN MÉXICO

David CIENFUEGOS SALGADO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Política lingüística e igualdad procesal*. III. *El español como lengua procesal en México*. IV. *El español como requisito formal de los actos procesales en materia civil*. V. *El español como requisito formal de los actos procesales en materia penal*. VI. *El español como requisito formal de los actos procesales agrarios y laborales*. VII. *Documentos en lenguas nacionales y extranjeras distintas al español*. VIII. *La falta de intérprete como una violación procedimental*. IX. *Reflexiones finales sobre la problemática lingüística en el proceso y el acceso a la justicia para los pueblos indígenas*.

### I. INTRODUCCIÓN

El tema del debido proceso es un asunto que suscita el interés no sólo de los procesalistas, sino que avanza más allá hasta situarse en una esfera de evidente prevalencia<sup>1</sup> y atrae la mirada de juristas de otras especialidades, sobre todo porque conforme uno avanza en la indagación hay temas relacionados que resultan incluyentes y se suman al *corpus* obligado de conocimiento.

<sup>1</sup> Fix-Zamudio señalaba al respecto que “a) el concepto del debido proceso, que en su configuración original en el derecho angloamericano, coincide con el principio del derecho hispánico del derecho de ser oído y vencido en juicio, tenía una dimensión de carácter adjetivo o instrumental, es decir, comprendía sólo la defensa procesal. Sin embargo, esta idea primitiva ha evolucionado en la actualidad; el debido proceso comprende un conjunto de principios que tutelan tanto los derechos de los justiciables, como la independencia judicial, y abarca aspectos del contenido material de las resoluciones judiciales”, además, “b) Los aspectos esenciales del debido proceso son analizados en la actualidad tanto por los cultivadores del derecho procesal, como por los estudiosos de los derechos constitucional e internacional, en virtud de que tales instituciones se han consagrado en los textos de las Constituciones contemporáneas y también en las declaraciones y tratados internacionales, como derechos fundamentales de los gobernados”. Fix-Zamudio, Héctor, “El debido proceso legal en los derechos constitucional e internacional”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, núm. 9, 15 de septiembre de 1987, pp. 3-7.

El debido proceso es una categoría que difícilmente puede definirse de una vez por todas. Fix-Zamudio señala que

las instituciones relativas al derecho de acción y al debido proceso, este último también conocido como garantía de audiencia o derecho de defensa, se encuentran en la actualidad estrechamente vinculados y forman parte de un concepto más amplio que la doctrina española califica acertadamente como “el derecho a la tutela jurisdiccional”, y que a su vez se integra dentro de una idea todavía más extensa que se conoce como acceso a la justicia.<sup>2</sup>

De lo anterior, se sigue que no hay posibilidad de un análisis aislado de ese concepto si no se toma en cuenta el examen de tales instituciones contemporáneas.

Dentro de las diversas definiciones que se han ofrecido sobre el acceso a la justicia conviene traer a colación la opinión de Diego Valadés, quien afirma que puede entenderse el acceso a la justicia como “la serie de procedimientos que garantizan al individuo mayores y mejores posibilidades de obtener el esclarecimiento de hechos o la reparación de intereses indebidamente afectados, mediante procedimientos simplificados, y con el apoyo de instituciones especializadas”.<sup>3</sup>

Podríamos seguir ahondando en la búsqueda teórica de la definición para el debido proceso o el acceso a la justicia, pero nos interesa, para hacer patentes ambos conceptos, ubicarlos en una realidad procesal concreta: en específico el ejercicio del derecho a la lengua en México, país que recientemente ha incorporado en su legislación interna el reconocimiento de una realidad plurilingüística, cuyo impacto principal en los niveles de gobierno será el derivado de su aplicación en el sector de la procuración y administración de justicia.

Lo primero que tiene que entenderse en relación con esta expresión de naturaleza procesal es su contexto sociocultural: si bien es cierto que cuando en ámbitos territoriales coinciden grupos con acervos culturales diversos se suelen plantear conflictos de diferente tipo. El fenómeno lingüístico es uno de los factores que con mayor frecuencia representa cierto grado de conflictividad, sobre todo por su influencia en la definición de fuertes desigualdades entre los grupos culturales. La historia enseña, en el caso mexicano, que con la asunción del español como idioma dominante se forjaron manifiestas des-

<sup>2</sup> *Idem.*

<sup>3</sup> Valadés, Diego, “Un proyecto para garantizar el acceso a la justicia”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, 1988, t. III, p. 2491.

igualdades sociales, en especial entre los pueblos indígenas, que vieron poco a poco mermada su capacidad de constituirse en actores sociales y económicos y terminaron por precipitarse en la marginación, analfabetismo y miseria.

Las actuales políticas públicas orientadas a los pueblos indígenas, lejos de buscar el mejoramiento de tales condiciones, sirvieron durante mucho tiempo para paliar ciertas carencias y perpetuar desigualdades. Las reformas constitucionales en 2001 en materia indígena pretenden colmar la ausencia de políticas públicas eficaces y vienen a constituirse como basamento para estructurar una sociedad más igualitaria.<sup>4</sup> Dentro de este nuevo paradigma, el artículo 2o. constitucional se ocupa *in extenso* del tema, y pretende aportar propuestas y soluciones a las reivindicaciones de los grupos indígenas.

Por ello, creemos conveniente, en esta obra en homenaje al doctor Humberto Briseño Sierra, reflexionar sobre un tema de naturaleza tan compleja para los procesalistas mexicanos. Sobre todo por el interés que puede representar un análisis pormenorizado de la regulación procesal en materia de lenguas indígenas, dado que la jurisprudencia nacional ha estado orientada en su mayor parte a la concepción del idioma español *versus* los idiomas extranjeros, soslayando las ahora denominadas *lenguas nacionales*.

De entrada debe decirse que el marco constitucional para el acceso pleno a la jurisdicción estatal como expresión de la autonomía reconocida, en el marco de la libre determinación, a los pueblos y comunidades indígenas, resulta *prima facie* gratificante.<sup>5</sup> El lector atento podrá percatarse de que cuando se señala el derecho que tienen los indígenas a ser asistidos en todo tiempo por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura, se da la circunstancia de que el texto constitucional amplía el ámbito de aplicación a todos los juicios y procedimientos en que sean parte; no tan sólo a los ámbitos penal y agrario, sedes en las que era *normal* encontrar tales prevenciones, sino que esta reelaboración constitucional obliga incluso a plantearse la forma en que reaccionará el ordenamiento jurídico mexica-

<sup>4</sup> La reforma constitucional publicada el 14 de agosto de 2001 en el *Diario Oficial de la Federación* se ubica dentro de tal objetivo. La redacción del vigente artículo 1o. constitucional es reiterativa del principio de igualdad: al señalarlo expresamente, y al prohibir cualquier tipo de discriminación que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas: “motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra...”.

<sup>5</sup> Cienfuegos Salgado, David, “El acceso a la jurisdicción estatal. La reforma constitucional en materia indígena”, *Lex. Difusión y análisis*, México, núm. 75, septiembre de 2001, pp. 45-52.

no, dados los principios procesales fundamentales,<sup>6</sup> que son diversos según se trate de uno u otro campo procesal.

El tema del derecho de acceso a la justicia o, como lo menciona la doctrina española, derecho a la tutela judicial efectiva,<sup>7</sup> contenido en los artículos constitucionales que consagran derechos fundamentales de naturaleza procesal, tiene un alcance bastante significativo tratándose de los mexicanos pertenecientes a minorías lingüísticas.

La Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas (LGDL), publicada en marzo de 2003, nos ofrece excelente oportunidad para volver los ojos al tema del ejercicio de los derechos de naturaleza cultural enfrentados con las nuevas tendencias administrativas sobre el reconocimiento de la diversidad cultural en el marco de las actividades del Estado. Y en tal contexto no puede dejarse de lado un tema que, aunque aparece *prima facie* vinculado al tema de los derechos lingüísticos, siempre ha sido tratado como un derecho de naturaleza procesal, inmerso en cuanto principio general de lo que suele denominarse derecho a la tutela judicial efectiva: el reconocimiento del derecho a utilizar la lengua propia en los procesos jurisdiccionales.

En nuestro país, el derecho procesal, civil y penal sufrió modificaciones para adecuarlo al contenido del artículo 2o. constitucional. En diciembre de 2002, sendos decretos variaron las reglas procesales por cuanto hace al aspecto lingüístico, tratándose de los pueblos indígenas.<sup>8</sup> Sobre tal tópi-

<sup>6</sup> Seguimos aquí lo apuntado por Ovalle Favela, sobre lo que él denomina *principios formativos*, indispensables para explicar los tipos de proceso: principio dispositivo, principio de igualdad por compensación y principio publicístico, que se corresponden con la tipología propuesta por Fix-Zamudio donde se encuentran los procesos de interés individual o privado (civil y mercantil) regulados por el derecho procesal dispositivo; los procesos de interés social (laboral, agrario y de la seguridad social), correspondientes al derecho procesal social, y los procesos de interés público (penal, administrativo, familiar y del estado civil, constitucional y electoral), que corresponden al derecho procesal publicístico. Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, 5a. ed., México, Oxford University Press, 2002, pp. 53 y ss.

<sup>7</sup> Para Jesús González Pérez, el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 2001, p. 33. Ovalle Favela menciona que este derecho se manifiesta en tres derechos fundamentales: el derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales, el derecho a un proceso justo y razonable, y el derecho a que se ejecute lo resuelto por el tribunal. Ovalle Favela, *Teoría general del proceso*, *cit.*, p. 415.

<sup>8</sup> Se trata del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles, y el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales, publicados en el *Diario Oficial de la Federación*, el 18 de diciembre de 2002, primera sección.

co dedicaremos las líneas que siguen, aunque, como lo hemos advertido, no únicamente sobre ello, ya que también pretendemos realizar un análisis pormenorizado de las decisiones judiciales de carácter jurisprudencial dictadas por los tribunales federales y que se ocupan de interpretar el derecho de los gobernados a expresarse en su lengua en el ámbito de la administración de justicia.

## II. POLÍTICA LINGÜÍSTICA E IGUALDAD PROCESAL

El legislador mexicano, mediante la aprobación de la LGDL, ha introducido en la legislación el concepto de *derechos lingüísticos*, y dado que ha regulado tal ámbito, cabe considerar que estamos en presencia de uno de los aspectos de lo que podríamos denominar como política lingüística.<sup>9</sup> Sin embargo, habrá que determinar si los alcances que tiene la incorporación de tal figura rebasa el contenido de los derechos preexistentes, y si puede hablarse, por

El primer decreto reforma la fracción VII, y el segundo párrafo de la fracción VIII del artículo 24; adiciona una fracción IX al artículo 24; un segundo párrafo al artículo 107; un segundo párrafo al artículo 180; el artículo 222 bis; los párrafos segundo y tercero del artículo 271, recorriéndose el actual segundo para pasar a ser el cuarto y último párrafos; y el artículo 274 bis.

El segundo decreto reforma el párrafo primero del artículo 51 y la fracción V del artículo 52, ambos numerales del Código Penal Federal. Por cuanto hace al Código Federal de Procedimientos Penales, reforma el párrafo segundo del artículo 6o. y la fracción IV del artículo 128, y adiciona un párrafo segundo al artículo 15, un párrafo tercero al artículo 18, un párrafo tercero al artículo 124 bis, un párrafo segundo al artículo 154 [recorriéndose en su orden el vigente segundo y los tres últimos, para quedar como párrafos tercero, cuarto y quinto (*sic*)], un párrafo tercero al artículo 159, y un párrafo segundo al 220 bis.

También son de mencionarse las reformas introducidas a la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 25 de junio de 2003, pp. 2 y 3.

<sup>9</sup> Entendemos por *política pública* el conjunto de programas, proyectos, acciones y omisiones realizados por la administración pública para hacer frente a determinados aspectos de la dinámica social, política y económica del Estado, y que producen efecto en el ámbito territorial del mismo Estado. En el caso de la denominación política lingüística, hacemos referencia a las políticas públicas que ponen énfasis en la lengua o lenguas utilizadas por los grupos culturales al interior del Estado. Si seguimos a Gregorio Salvador, puede afirmarse que “el conjunto de actividades y actitudes deliberadas que, o bien acentúan, o bien atenúan los contrastes implicados por la alteridad, constituyen la política lingüística. La política lingüística puede afirmar y promover una alteridad histórica determinada y suele pretender gobernar, directa o indirectamente, el comportamiento lingüístico de una comunidad desde una consciente planificación idiomática”. *Política lingüística y sentido común*, Madrid, Istmo, 1992, pp. 72 y 73.

tanto, de una nueva política lingüística, o simplemente se ha aprovechado la coyuntura legislativa para dejar las cosas igual. De ahí que una cuestión previa a dilucidar quede ubicada entre los extremos planteados derivados de la lectura superficial de las disposiciones contenidas en la LGDL: éstas ¿representan el ejercicio de derechos lingüísticos en el ámbito jurisdiccional o simplemente son una especificidad del derecho a la tutela judicial efectiva?

Podemos afirmar que las relaciones sociales no se entienden sin la lengua, y que la adecuada convivencia en sociedad encuentra en la administración de justicia un cauce adecuado para garantizarla. De ahí que consideremos que el binomio entre lengua y administración de justicia sea tan importante. Sin embargo, este binomio es mucho más relevante tratándose de sociedades no homogéneas, donde la diversidad cultural conlleva una diversidad lingüística, como es el caso de la mayoría de Estados modernos. México no es la excepción, y el articulado constitucional se hace eco de una realidad en la cual coexisten, en el territorio nacional, al menos 63 grupos lingüísticos.<sup>10</sup>

El basamento de la nueva política lingüística en el ámbito jurisdiccional se encuentra en el artículo 2o., CPEUM, específicamente en la fracción VIII del apartado A, que contempla el acceso pleno a la jurisdicción estatal como una expresión de los derechos reconocidos y garantizados a los pueblos y comunidades indígenas. Conforme a tal dispositivo constitucional, “en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución”. Además, “los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura”. La LGDL desarrolla tal mandato constitucional al establecer en su numeral 10, que el Estado garantizará como derecho de los pueblos y comunidades indígenas, y por extensión de sus miembros, “el acceso a la jurisdicción del Estado en la lengua indígena de que sean hablantes”. Sin embargo, resulta un tanto confusa la redacción legal, puesto que en la parte final del primer párrafo se señala que “para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean partes, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos” constitucionales.

<sup>10</sup> Debe mencionarse que conforme a los datos ofrecidos por el Censo Nacional de Población 2000, el total de hablantes de lenguas indígenas mayores de cinco años es de 6'044,457 personas, que representan aproximadamente el 6.5% de la población del país. Además, según el mismo Censo, más del 95% del total de la población habla el español, reconociéndose como monolingües (de lengua indígena) a 800,000 personas.

Es evidente que la redacción es ambigua y, desafortunadamente, confusa, puesto que la forma en que se pretende garantizar el derecho de acceso a la jurisdicción en la lengua de la que sean hablantes tiene poco que ver con disposiciones que reconozcan un carácter de cooficialidad procesal a las lenguas indígenas. Y tal aserto se ve confirmado con el párrafo segundo del artículo 10 de la LGDL, que expresamente excluye la eficacia jurídica del ejercicio de sus derechos lingüísticos, al condicionarla a su traducción en el proceso:

Las autoridades federales responsables de la procuración y administración de justicia, incluyendo las agrarias y laborales, proveerán lo necesario a efecto de que en los juicios que realicen, los indígenas sean asistidos gratuitamente, en todo tiempo, por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua indígena y cultura.

A pesar de ello, puede apreciarse que la política lingüística en el ámbito procesal, y en la mayoría de los usos mencionados en la LGDL, reconoce amplios derechos a los hablantes de lenguas indígenas. A tenor de tal situación, puede también afirmarse que la política lingüística plasmada en la LGDL tiende a modular las desigualdades sociales, derivadas del fenómeno idiomático, para que éstas no se conviertan en desigualdades procesales. Es decir, se justifica precisamente en la garantía de igualdad, consagrada constitucionalmente. Pero tal igualdad no es tajante, sino que aparece configurada con base en dos principios rectores que reiteran, en alguna forma, el estatus previo de las lenguas nacionales: el predominio de una dominante sobre las demás minoritarias. La modulación de las desigualdades procesales se configura, pues, entre dos extremos: por un lado aparece el principio de obligatoriedad de la lengua española en los actos procesales y, por otra parte, el reconocimiento del derecho al uso procesal de lenguas minoritarias. Este reconocimiento es el factor principal que buscan impedir las desigualdades de las partes, hablantes de lenguas indígenas, en el proceso; apareciendo como una de las varias expresiones del derecho a la tutela judicial adecuada.

El derecho a la tutela judicial implica también que las partes durante el proceso cuenten con la oportunidad de exponer sus pretensiones y excepciones y de probar lo alegado, pero este derecho a la defensa debe darse en condiciones de igualdad procesal para quienes concurren a juicio. Para ello, el texto constitucional, vía artículo 13, reconoce igualdad a las partes. La SCJN ha interpretado tal precepto constitucional señalando que



de la interpretación histórica del artículo 13 constitucional, y particularmente del debate que suscitó el mismo precepto de la Constitución de 1857, se desprende que la teleología de tal norma es la de consagrar la plena igualdad ante la ley, eliminando las manifestaciones más evidentes que atentan contra ella, como son las leyes privativas, los tribunales especiales y los fueros; de lo que se sigue que la igualdad que consagra el citado precepto se refiere a un aspecto específico: el de la jurisdicción.<sup>11</sup>

Esta idea de la igualdad procesal encuentra expresión en el artículo 3o. del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), que establece que las relaciones recíprocas de las partes dentro del proceso, con sus respectivas facultades y obligaciones, así como los términos, recursos y toda clase de medios que este Código concede para hacer valer, los contendientes, sus pretensiones en litigio, no pueden sufrir modificación en ningún sentido, por virtud de leyes o estatutos relativos al modo de funcionar o de ser de alguna de las partes, sea actora o demandada. En todo caso, debe observarse la norma tutelar de la igualdad de las partes dentro del proceso, de manera tal que su curso fuera el mismo aunque se invirtieran los papeles de los litigantes.

De este precepto puede advertirse la *ratio decidendi* de la resolución de abril de 2001, en la cual la Segunda Sala de la SCJN señaló que el principio de igualdad procesal se vulnera “si a una de las partes se le concede lo que se niega a la otra, por ejemplo, que al actor se le permitiera enjuiciar, probar o alegar y al demandado no, o viceversa”.<sup>12</sup> Señala Ovalle Favela que este principio de igualdad procesal adopta en algunas legislaciones la forma de criterio de interpretación, como sucede en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Sonora, cuyo numeral 50 establece en su séptima fracción: “Las disposiciones relativas a las partes deberán siempre interpretarse en el sentido de que todas ellas tengan las mismas oportunidades de acción y de defensa”. El mismo autor menciona que la crítica a este principio de

<sup>11</sup> Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VI, septiembre 1997, p. 204. Tesis: P. CXXXV/97. Amparo directo en revisión 698/96. Emilio Ocejó Gutiérrez y otra. 4 de agosto de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Ariel Alberto Rojas Caballero. En la misma tesis, el Pleno argumenta que tal interpretación es correcta atendido el hecho de que “el artículo 13 constitucional proscribió la aplicación de ‘leyes’ que no sean generales, abstractas y permanentes; de tribunales distintos a los ordinarios creados por la ley con competencia genérica y jurisdicción diferente para las personas, en función de su situación social”.

<sup>12</sup> Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, mayo de 2001, p. 456. Tesis: 2a. XLVIII/2001. Amparo en revisión 873/2000. Arbomex, S. A. de C. V. 17 de abril de 2001. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Silvia Elizabeth Morales Quezada.

igualdad procesal se encuentra en la circunstancia de que no garantiza la justicia de la solución.<sup>13</sup> De ahí que deba entenderse que, en ocasiones, no basta la consagración del principio de igualdad, sino que, para garantizar su cumplimiento, la misma legislación debe establecer mecanismos que lo permitan. Con las recientes reformas legales al CFPC y al Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) se cumple con tal idea.

El argumento para sostener esta interpretación se encuentra esbozado en la sentencia de un amparo en revisión, fallado por el Pleno en agosto de 1996, en el cual sostuvo que el principio de igualdad procesal tiene una especial connotación en el juicio laboral,

porque las partes que intervienen no se hallan en el mismo plano, de modo que lograr el equilibrio procesal a través de imponer menos cargas procesales a la parte trabajadora, no implica violación de garantías individuales, porque ese trato desigual dimana del reconocimiento que hace el artículo 123 de la Constitución, que consagra derechos mínimos de los trabajadores, que no pueden afectarse con un trato igual en el proceso donde intervienen partes desiguales, ya que debe exigirse el cumplimiento de esos derechos mínimos.<sup>14</sup>

La desigualdad que se aprecia en este ámbito es de carácter económico, pero ésta puede ser también de carácter cultural, como veremos a continuación.

Mencionamos *supra* que el tema lingüístico es uno de los elementos culturales que genera desigualdades en la sociedad. El caso mexicano no es la excepción. De ahí que las desigualdades sociales se conviertan en desigualdades procesales cuando alguna de las partes no habla la lengua dominante o mayoritaria. Así, la doctrina ha señalado que precisamente son las leyes procesales el lugar adecuado para mecanismos correctivos, como “el establecimiento de sistemas eficientes de asistencia jurídica gratuita o de bajo costo para las personas de ingresos menores”. La reforma legal de 2002 ha atendido tal sugerencia y ha establecido mecanismos de asistencia procesal gratuita para los pueblos indígenas de México. Tanto el ordenamien-

<sup>13</sup> En cita a Vittorio Denti señala: “El principio de la igualdad de las partes en proceso ha sido criticado porque al limitarse a proclamar una igualdad meramente formal de las partes dentro de sociedades caracterizadas por graves desigualdades materiales, no garantiza la justicia de la solución, sino que constituye una ratificación jurídica de privilegios sociales”. Ovalle Favela, *Teoría general del proceso*, cit., pp. 194 y 195.

<sup>14</sup> Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IV, noviembre de 1996, p. 139. Tesis: P. CXXXVI/96. Amparo en revisión 6/95. G.S. Comunicaciones, S. A. de C. V. y otros. 6 de agosto de 1996. Unanimidad de once votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Neófito López Ramos.

to procesal civil como el penal contemplan mecanismos similares a través del derecho a la asistencia, al intérprete, al uso de la lengua minoritaria, a la gratuidad de las traducciones, etcétera. Tales mecanismos son llamados también “acción positiva”,<sup>15</sup> “discriminación invertida” o, incluso, “discriminación positiva”. Así, más adelante encontraremos que las reformas legales a los ordenamientos procesales mexicanos constituyen un ejemplo de tales mecanismos.

Esta interpretación sobre la igualdad procesal encuentra contenido en lo sostenido por el Pleno de la SCJN, el cual consideró, en enero de 2000, que la ya tantas veces citada igualdad procesal se encuentra “consagrada en el artículo 1o., en relación con los diversos preceptos 14 y 16, de la Constitución Federal”, según el criterio sostenido por el Pleno de la SCJN, la aplicación de mecanismos compensatorios es una vía para satisfacer el principio de igualdad procesal. Así, es plausible que se dé un trato desigual que no implique violación de derechos, “pues la desigualdad establecida por el legislador en determinados supuestos, es la vía de realización del principio constitucional de igualdad”.<sup>16</sup>

Debemos recordar que la acción positiva tiene siempre por finalidad resolver problemas de igualdad de oportunidades, utilizando dos estrategias principales: igualdad en el acceso e igualdad en el punto de partida. Con la segunda estrategia se introduce

desde el exterior medidas de igualación de potencialidades entre quienes concurren a los beneficios escasos; medidas que van desde las famosas “cuotas” a favor de grupos tradicionalmente preteridos, hasta mecanismos menos drásticos como dar puntos adicionales a los miembros del grupo a favorecer o resolver a favor de éstos los empates.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Señala Díez-Picazo que *acción positiva* es una traducción de *affirmative action*, “expresión de origen norteamericano que designa todo trato formalmente desigual cuya finalidad es avanzar hacia la igualdad sustancial, en especial a favor de personas pertenecientes a grupos tradicionalmente preteridos”. Díez-Picazo, Luis María, “Sobre la igualdad de la ley”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, t. I, Madrid, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 480.

<sup>16</sup> Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, abril 2000, p. 121. Tesis: P. LXV/2000. Amparo en revisión 73/99. José Francisco Zavala Aguilar. 24 de enero de 2000. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: José Luis González.

<sup>17</sup> Díez-Picazo, “Sobre la igualdad de la ley”, *cit.*, pp. 480 y 481. A pesar de lo benéfico que puedan resultar las asignaciones de medidas de igualación en el ámbito procesal, tratándose de hablantes de lenguas indígenas, convendría detenerse a reflexionar sobre el alcance de tales decisiones. Díez Picazo señala que “es difícil determinar hasta qué punto la acción positiva es compatible con el principio de igualdad ante la ley, al menos tal y como éste ha

En el debate suscitado sobre el ejercicio de los derechos lingüísticos la idea de la acción positiva encuentra precisamente un reflejo en las nuevas disposiciones que otorgan a los hablantes de lenguas nacionales ciertas medidas que tienden a igualar las posiciones procesales.

### III. EL ESPAÑOL COMO LENGUA PROCESAL EN MÉXICO

La mayoría de la población mexicana es hablante de un solo idioma: el español.<sup>18</sup> La administración pública (y en general los órganos del poder público) prácticamente hacen uso exclusivo del español en el ejercicio de sus facultades. Todas las publicaciones oficiales del país (y por ende las normas constitucionales, legales y reglamentarias) se editan y distribuyen en idioma español. Sin embargo, no hay ninguna norma que establezca la oficialidad del idioma español.<sup>19</sup> Apenas en la Ley General de Educación se encontra-

venido siendo entendido por el constitucionalismo contemporáneo”. Máxime que, como advierte este autor, “la introducción de excepciones a la asignación de derechos y deberes sobre la base de características personales exige una extremada prudencia, pues puede perjudicar a personas que de ningún modo son responsables de la situación que se trata de paliar”.

<sup>18</sup> Según datos del INEGI, menos del 1% de la población mexicana son hablantes monolingües de una lengua distinta al español. Como mencionamos *supra* se estima que unos 800,000 indígenas no hablan español.

<sup>19</sup> Conforme a la posición de Agirreazkuenaga, la oficialidad de una lengua implica tres notas características: a) la posibilidad de “ser empleada sin trabas, con plenitud de efectos jurídicos, en todo tipo de relaciones tanto públicas como privadas”; b) la obligación a cargo del poder público de “incorporar a sus planes educativos la enseñanza de la lengua, de tal suerte que se asegure su conocimiento una vez que se haya superado la educación obligatoria”; y, c) el reconocimiento de “que no cabe alegar la ignorancia de la lengua oficial en que la administración se manifiesta, siempre y cuando ésta, de conformidad con el deber constitucional que le corresponde, garantice eficazmente la enseñanza en los centros escolares”. Agirreazkuenaga, Iñaki, “Reflexiones jurídicas sobre la oficialidad y el deber de conocimiento de las lenguas”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. II, pp. 682-684. También debe mencionarse la sentencia 82/1986 del Tribunal Constitucional español que, declaró que por *oficialidad de una lengua* se debe entender “su utilización como medio de comunicación normal en y entre los poderes públicos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y eficacia jurídica”. Así, Leguina Villa considera que la oficialidad es una aptitud jurídica que acompaña a la lengua para ser vehículo de comunicación normal tanto en ámbitos públicos como privados y en las relaciones entre sujetos públicos y privados. Aptitud jurídica cuyo fundamento está en la voluntad del constituyente y del legislador”. Leguina Villa, Jesús, “Principios constitucionales y estatutarios en materia lingüística: su aplicación en la actividad de los órganos judiciales”, *La administración de justicia en un estado plurilingüe*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 263 y 264.

ba el reconocimiento del español como *lengua nacional*,<sup>20</sup> condición que no cambia con la expedición de la LGDL, pero que ahora comparte con las lenguas indígenas que se incluyan en el Catálogo de Lenguas Indígenas a publicar por el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas.

Este predominio del idioma español se advierte también en el ámbito procesal. Diversas disposiciones permiten entrever que este idioma mayoritario es el utilizado por los órganos jurisdiccionales mexicanos, tanto federales como estatales: los juicios en México (o, si se quiere, en los Estados Unidos Mexicanos) se siguen en español.

Las diferentes etapas del proceso permiten distinguir entre hechos y actos procesales. Los primeros, ajenos a la voluntad humana, difícilmente pueden tener una expresión lingüística; los segundos, en cambio, tienen en la voluntad su elemento característico. Nos interesan precisamente los segundos. Ovalle Favela, siguiendo a Couture, define al acto procesal como “el acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción y aun de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales”.<sup>21</sup> Al analizarlo, este autor menciona que para ser válido en el proceso, el acto procesal debe satisfacer ciertas condiciones: forma, tiempo, lugar, sujeto y contenido. A los efectos de este trabajo conviene destacar las condiciones de forma del acto procesal, puesto que nos va a permitir confirmar el aserto de que el español es la *lengua procesal* en México (por evitar el concepto de *lengua oficial del proceso*).<sup>22</sup>

Según Ovalle Favela, entre las condiciones que debe cumplir el acto procesal para ser válido se encuentra la forma. Para él, forma es la manera como deben exteriorizarse los actos procesales. Y en tal sentido afirma: “tanto los actos del juzgador como los actos de las partes y demás participantes deben expresarse en *español*”. Como veremos más adelante, al revisar los actos procesales en las materias civil y penal, es por disposición legal que el español se convierte en la lengua procesal. A ello suma, “que los documentos redactados en idioma extranjero deben acompañarse de

<sup>20</sup> Al expedirse la LGDL se reformó el contenido de la fracción IV del artículo 7o. de la Ley General de Educación, que establecía como uno de los fines de la educación impartida por el Estado: “Promover, mediante la enseñanza de la lengua nacional —el español—, un idioma común para todos los mexicanos, sin menoscabo de proteger y promover el desarrollo de las lenguas indígenas”.

<sup>21</sup> Ovalle Favela, *Teoría general del proceso*, cit., p. 278.

<sup>22</sup> Incluso evitaremos la mención que aparece recogida en algunos trabajos, en referencia a la lengua dominante, como “lengua de los derechos”, usada por Eduardo García de Enterría en su trabajo histórico *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Madrid, Alianza, 1999.

la correspondiente traducción”. Asimismo, en el ámbito de la probanza se encuentran disposiciones sobre la necesidad de que quienes no hablen el español cuenten con intérpretes y defensores que conozcan su lengua para el desahogo de las actuaciones testimoniales.

A continuación revisaremos tales aspectos en las materias civil, penal y laboral, por considerar que con ellas se cubre la tipología mencionada por Ovalle Favela. La materia civil se encuadra en los procesos de interés individual o privado; la materia penal corresponde a los procesos de interés público y, finalmente, la materia laboral se encuadra en los procesos de interés social.

Antes de ello debe reconocerse que esta realidad procesal difícilmente podrá modificarse, pues la tendencia al ejercicio de la lengua dentro del ámbito procesal, más allá de su carácter de derecho reconocido, entraña diversas dificultades, en especial los relativos a la expresión escrita de la lengua.

#### IV. EL ESPAÑOL COMO REQUISITO FORMAL DE LOS ACTOS PROCESALES EN MATERIA CIVIL

Dado el principio de forma para los actos procesales, debemos mencionar cómo el ordenamiento procesal civil regula a la lengua española en tanto requisito formal de los actos procesales.

El numeral 271 del CFPC, establece en su primer párrafo que “Las actuaciones judiciales y promociones deben escribirse en *lengua española*. Lo que se presente escrito en idioma extranjero se acompañará de la correspondiente traducción al castellano”.<sup>23</sup> Esta disposición aparece en el capítulo primero, denominado “Formalidades judiciales”, del título séptimo: “Actos procesales en general”, del mencionado CFPC. Esta es la generalidad. Es decir, siempre la integración de cualquier expediente estará basada en el idioma español. La regla general es el uso del español. Sin embargo, atendiendo al principio de tutela judicial efectiva y a la redacción constitucional en materia de igualdad (artículo 1o.) y derechos indígenas (artículo 2o.), se prevén en el mismo ordenamiento una serie de reglas especiales, excepcionales, que funcionan como mecanismos para garantizar los derechos de naturaleza procesal cuando se da una relación entre desiguales. Se trata de las medidas de igualación a que hicimos referencia en el apartado anterior.

<sup>23</sup> Señala García Mouton que el uso del vocablo castellano para designar el español tiene el problema de que, en términos lingüísticos, la voz *español* sirve para denominar la lengua, y *castellano*, la variedad del español de Castilla (o en su defecto, la primera etapa de formación y expansión del actual español). García Mouton, Pilar, *Lenguas y dialectos de España*, 4a. ed., Madrid, Arco Libros, 2002, p. 24.

### 1. *Reglas lingüísticas especiales en materia de prueba*

En materia de prueba, también aparecen tres referencias sobre la necesidad de utilizar la lengua española: una referencia es la de los documentos presentados en idioma extranjero, ya mencionados en el artículo 270, CFPC, y las otras tienen que ver con la presentación de las pruebas de confesión a cargo de las partes y la de testigos, cuando se trate de hablantes de idioma distinto al español. En el primer caso, el artículo 132 del CFPC, establece: “De la traducción de los documentos que se presenten en idioma extranjero, se mandará dar vista a la parte contraria, para que, dentro de tres días, manifieste si está conforme. Si lo estuviere o no contestare a vista, se pasará por la traducción; en caso contrario, el tribunal nombrará traductor”.

Más adelante comentaremos en extenso este tópico. Baste señalar que esta regla especial opera en forma totalmente distinta según se trate de la naturaleza personal de las partes y de la lengua en que se presentan los documentos.

En relación con la prueba confesional, el artículo 107 del CFPC, previene:

En ningún caso se permitirá que la parte que ha de absolver un interrogatorio de posiciones esté asistida por su abogado, procurador, ni otra persona; ni se dará traslado ni copia de las posiciones, ni término para que se aconseje; pero, si el absolvente no hablare el español, podrá ser asistido por un intérprete, si fuere necesario, y, en este caso, el tribunal lo nombrará. Si la parte lo pide, se asentará también su declaración en su propio idioma, con intervención del intérprete.

Cuando el que haya de absolver posiciones fuere indígena y no hable español, o hablándolo no lo sepa leer, deberá asistirle un intérprete con conocimiento de su lengua y cultura, asentándose su declaración en español y en su propio idioma.<sup>24</sup>

Por su parte, tratándose de la prueba testimonial, el artículo 180 del CFPC, señala:

Si el testigo no habla el castellano, rendirá su declaración por medio de intérprete, que será nombrado por el tribunal. Cuando el testigo lo pidiere, además de asentarse su declaración en español, podrá escribirse en su propio idioma, por él o por el intérprete. Este último deberá, antes de desempeñar su encargo, protestar hacerlo lealmente, haciéndose constar esta circunstancia.

<sup>24</sup> Párrafo adicionado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de diciembre de 2002, primera sección, p. 2.



Si el testigo fuere indígena y no hable español, o hablándolo no lo supiera leer, deberá asistirle un intérprete con conocimiento de su lengua y cultura, a fin de que rinda su testimonio, sea en su propia lengua o en español; pero en cualquier caso, el mismo deberá asentarse en ambos idiomas.<sup>25</sup>

Tanto en la prueba confesional como en la testimonial se advierte que no hay un tratamiento igual para los probables extranjeros (quienes hablen un idioma distinto del español e idiomas indígenas), puesto que la posibilidad de asentar sus asertos en su propia lengua es obligatoria (para el tribunal) en el supuesto de los indígenas, pero no para los extranjeros. Igual ocurre con las disposiciones relativas a las resoluciones judiciales. En realidad, el derecho es similar en ambos supuestos, sólo que en el caso de los extranjeros la posibilidad de asentar sus exposiciones ante los tribunales se limita mediante las frases “si la parte lo pide”, en el caso de las posiciones, y “cuando el testigo lo pidiere”, para la testimonial. Mientras que en el caso de partes que tengan el carácter de indígenas, hay una obligación legal para proceder al asiento bilingüe.

## 2. Reglas lingüísticas especiales en materia de resoluciones judiciales

De conformidad con el artículo 2o. constitucional, y de acuerdo con la reforma legal de diciembre de 2002, se establece en el numeral 221 del CFPC, segundo y tercer párrafos, la obligación de los tribunales de atender la diversidad lingüística presente en el país. Esta obligación se traduce en dos sentidos: el primero, relacionado con las resoluciones dictadas en el juicio, que tendrán que ser bilingües y, la segunda, con las promociones presentadas en lenguas indígenas, que serán traducidas al español *ex officio*. Nos ocuparemos de la primera, puesto que el segundo punto lo abordaremos en distinto apartado al referirnos a los documentos en lenguas nacionales y extranjeras distintas al español.

*Resoluciones bilingües.* El nuevo párrafo segundo del artículo 271 del CFPC, establece que “las actuaciones dictadas en los juicios en los que una o ambas partes sean indígenas, que no supieran leer el español, el tribunal deberá traducirlas a su lengua, dialecto o idioma con cargo a su presupuesto, por conducto de la persona autorizada para ello”.<sup>26</sup>

¿Qué debe entenderse por “las actuaciones dictadas en los juicios” del artículo 271 del CFPC? Siguiendo a Ovalle Favela, el concepto *actuaciones*

<sup>25</sup> *Idem.*

<sup>26</sup> *Idem.*



*judiciales* designa en forma genérica “todos los actos procesales del órgano jurisdiccional”. Quedan comprendidas las resoluciones judiciales, las audiencias, los actos de ejecución y las comunicaciones procesales. Sin embargo, por la redacción del citado numeral nos inclinamos por considerar únicamente a las resoluciones judiciales dentro del concepto “actuaciones dictadas en los juicios”, por considerar que ni las audiencias ni los actos de ejecución pueden dictarse, sino celebrarse o tener lugar, y por cuanto hace a las comunicaciones procesales, éstas se llevan a cabo, no se dictan.<sup>27</sup> Ovalle Favela señala que las resoluciones judiciales, que consideraremos contenido del artículo 271 del CFPC, “son los actos procesales por medio de los cuales el órgano jurisdiccional decide sobre las peticiones y los demás actos de las partes y los otros participantes”.<sup>28</sup>

Otro de los puntos que suscita interés es el relacionado con la exclusión a que se someten los extranjeros, pues para ellos la traducción de las resoluciones judiciales se convierten en una carga que no soportan los hablantes de lenguas indígenas. Habrá que recordar las palabras de Díez-Picazo sobre la pertinencia de establecer medidas que pueden “perjudicar a personas que de ningún modo son responsables de la situación que se trata de paliar”.<sup>29</sup> El argumento primero que se relaciona con el principio de oficialidad es que, dado que el Estado mexicano no ha cumplido con la obligación de establecer un sistema eficaz que permita que todos los habitantes del país conozcan (entiendan, hablen, lean y escriban) el idioma mayoritario (que pudiera ser considerado oficial), entonces corresponde al Estado la obligación de hacer accesibles todas sus actuaciones (las procesales en este caso) a la población que no conoce el idioma de los órganos públicos. Esta justificación dejaría fuera la idea de que se actúa de manera discriminatoria contra los extranjeros que van a juicio, y tienen que soportar la carga que implica la traducción de las resoluciones judiciales.

El otro ámbito de regulación procesal privada es el mercantil. Al respecto, debemos señalar que el Código de Comercio señala en su numeral 1055, fracción primera, que “todos los recursos de las partes y actuaciones judiciales deberán escribirse en idioma español”, y en la fracción segunda, que “los documentos redactados en idioma extranjero deben acompañarse con la correspondiente traducción al español”.<sup>30</sup> Igual ocurre con una

<sup>27</sup> Ovalle Favela, *Teoría general del proceso*, cit., pp. 287-292.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 288.

<sup>29</sup> Díez-Picazo, “Sobre la igualdad ante la ley”, cit., p. 482.

<sup>30</sup> Ahora bien, dado que como hemos mencionado el carácter consensual de la relación lingüística es elemento indispensable en el diálogo intercultural, resulta importante advertir cómo la jurisprudencia se inclina en considerar que cuando se utilizan términos en idioma

disposición contenida en el artículo 34 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, que consigna:

Los datos que ostenten los productos o sus etiquetas, envases y empaques y la publicidad respectiva, tanto de manufactura nacional como de procedencia extranjera, se expresarán en idioma español y su precio en moneda nacional en términos comprensibles y legibles conforme al sistema general de unidades de medida, sin perjuicio de que, además, se expresen en otro idioma u otro sistema de medida.

#### V. EL ESPAÑOL COMO REQUISITO FORMAL DE LOS ACTOS PROCESALES EN MATERIA PENAL

La materia penal queda comprendida en los procesos de interés público, junto con los procesos administrativos,<sup>31</sup> constitucionales,<sup>32</sup> electorales, familiares y del estado civil.

El ordenamiento procesal penal señala de manera clara la formalidad relativa al idioma español, aunque empleando, como lo hace en ocasiones el ordenamiento procesal civil, el vocablo *castellano*. Señala el artículo 15 del CFPP, ubicado en el capítulo II, denominado “Formalidades”, del título primero, sobre las reglas generales para el procedimiento penal:

Las actuaciones se podrán practicar a toda hora y aun en los días inhábiles, sin necesidad de previa habilitación y en cada una de ellas se expresarán el lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se practiquen; en ella se usará

extranjero y ambas partes convienen en su significado, carece de sentido la intervención procesal de un traductor. El Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito ha señalado, tratándose de la ejecutividad de los títulos de crédito en los cuales aparece la expresión “U.S.D.”, que “por la circunstancia relevante de que el actor y el demandado convinieron en el sentido y alcance de tal expresión, cuanto más si dichos títulos de crédito, salvo esa particularidad, aparecen redactados en idioma español, haciendo innecesaria la pretendida traducción que, por tratarse de una cuestión eminentemente formal y no sustantiva, no afecta la vía ni la acción ejecutiva” [*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, diciembre 2001, p. 1824. Tesis: IV.1o.C.16 C].

<sup>31</sup> Cabe mencionar que la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA) no establece ningún criterio sobre el uso del idioma español; sin embargo, el carácter generalizado del mismo haría innecesaria tal definición. En todo caso es de mencionar el artículo 2o. de la LFPA, el cual establece: “Esta Ley, salvo por lo que toca al título tercero A, se aplicará supletoriamente a las diversas leyes administrativas. *El Código Federal de Procedimientos Cíviles se aplicará, a su vez, supletoriamente a esta Ley en lo conducente*”.

<sup>32</sup> El artículo segundo de la Ley de Amparo señala como supletoria la legislación procesal civil federal “a falta de disposición expresa”, y a ella hay que acudir para encontrar el dispositivo legal que otorga oficialidad en el plano jurisdiccional al idioma español.

el *idioma castellano*, salvo las excepciones en que la ley permita el uso de otro, en cuyo caso se recabará la traducción correspondiente; y en el acta que se levante se asentará únicamente lo que sea necesario para constancia del desarrollo que haya tenido la diligencia.

Cuando intervengan en las actuaciones personas pertenecientes a los pueblos o comunidades indígenas deberán ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura, debiendo asentarse tal circunstancia en el acta respectiva.<sup>33</sup>

El reconocimiento del derecho a utilizar la lengua en el proceso penal tiene íntima relación con el derecho a la tutela jurisdiccional adecuada, sobre todo tratándose del acusado o sujeto a proceso, puesto que la incapacidad de comprender los elementos de la acusación entrañan la puesta en estado de indefensión<sup>34</sup> y, en tal sentido, son varios los instrumentos internacionales suscritos por México en los cuales aparece detallada tal prohibición. De ahí también se sigue que las medidas adoptadas, con la reforma legal de 2002, establezcan ciertos mecanismos para evitar la indefensión en el proceso penal a los monolingües hablantes de lenguas indígenas.

Un ejemplo de ello sería la disposición contenida en el tercer párrafo del artículo 18 del CFPP, que permite confirmar el aserto de la existencia de mecanismos tendentes a evitar la indefensión de las personas sujetas a proceso, especialmente indígenas: “Cuando se trate de personas integrantes de pueblos o comunidades indígenas, el intérprete, además de tener conocimiento de su lengua, deberá conocer sus usos y costumbres”.<sup>35</sup>

Salvo la extraña ubicación de este precepto en el artículo 18 del CFPP, referido a las formalidades de la foliación y rúbrica de las hojas de las actuaciones y la guarda de los documentos originales, el texto no merece mayor comentario, puesto que recibirá especial análisis más adelante, al revisar las figuras del intérprete y del defensor. También se comentarán los contenidos

<sup>33</sup> Párrafo adicionado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de diciembre de 2002, primera sección, p. 2.

<sup>34</sup> Al respecto, debemos recordar que resulta preceptivo procurar en todo momento la comprensión para las partes del procedimiento en el cual se ponen en juego derechos y libertades. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, mejor conocido como Convenio de Roma (1950), reconoce en su numeral 6o., y en relación con el tema abordado, dentro del derecho a un proceso equitativo, que “Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formuladas contra él... [y] a ser asistido gratuitamente de un *intérprete*, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia” [6.2.a) y e)].

<sup>35</sup> Párrafo adicionado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de diciembre de 2002, primera sección, p. 2.

de los artículos 124 bis del CFPP, relativo al nombramiento de traductor en la averiguación previa; 128, fracción IV, CFPP, sobre el mismo tema; 154, segundo párrafo, CFPP, sobre el procedimiento a seguir en la declaración preparatoria; y el 159, tercer párrafo, CFPP, sobre la designación de defensor.

## VI. EL ESPAÑOL COMO REQUISITO FORMAL DE LOS ACTOS PROCESALES AGRARIOS Y LABORALES

Revisados los casos tanto del derecho procesal privado (civil) como del de carácter público (penal), corresponde al derecho procesal social, del cual hemos optado por analizar las disposiciones contenidas en los ordenamientos tanto en el ámbito agrario como en el laboral. Como ocurre con los otros ámbitos ya analizados, civil y penal, conviene señalar que el laboral será abordado nuevamente en el siguiente apartado, referido a la presentación y traducción de documentos en lenguas extranjeras e indígenas.

*Materia agraria.* De manera similar a las contenidas en las reformas legales al CFPC y al CFPP, en el ámbito agrario también encontramos disposiciones relacionadas con la igualación procesal de los hablantes de lenguas indígenas. El artículo 164 de la Ley Agraria (LA) señala:

En la resolución de las controversias que sean puestas bajo su conocimiento, los tribunales se sujetarán siempre al procedimiento previsto por esta Ley y quedará constancia de ella por escrito.

En los juicios en que se involucren tierras de los grupos indígenas, los tribunales deberán considerar las costumbres y usos de cada grupo mientras no contravengan lo dispuesto por esta Ley ni se afecten derechos de tercero.

Asimismo, cuando se haga necesario, el tribunal se asegurará de que los indígenas cuenten con traductores.

Los tribunales suplirán la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, cuando se trate de núcleos de población ejidales o comunales, así como ejidatarios y comuneros.

Puede advertirse que el elemento distintivo (atendiendo a las medidas de igualación) es precisamente el último párrafo, referido a la suplencia en la deficiencia de los planteamientos de derecho, en los supuestos mencionados. Sin embargo, con la prevención contenida en el artículo 2o. de la LA, puede señalarse nuevamente el carácter obligatorio del español en las actuaciones derivadas de la justicia agraria.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> El artículo 2o. de la Ley Agraria señala en su primer párrafo: “En lo no previsto en esta Ley, se aplicará supletoriamente la legislación civil federal y, en su caso, mercantil, según la materia de que se trate”. En relación con el contenido del artículo 164, habría que men-

Señala Fix-Zamudio<sup>37</sup> que la obligación de los tribunales respectivos será la de “proporcionar a los indígenas que lo requieran traductores de sus lenguas y dialectos”. Esta interpretación no considera que solamente deba ser mediante una petición de los indígenas, sino que será también la apreciación del juzgador la que determine, “cuando se haga necesario”, cuándo los indígenas requieran traductor, obligándole así a proporcionárselos.

*Material laboral.* En el ámbito laboral, el artículo 816 de la Ley Federal del Trabajo (LFT) se ocupa de regular los supuestos en que el desahogo de la prueba testimonial ocurre con alguien que no es hispanohablante:

Si el testigo no habla el idioma español, rendirá su declaración por medio de intérprete, que será nombrado por el tribunal, el que protestará su fiel desempeño. Cuando el testigo lo pidiera, además de asentarse su declaración en español, deberá escribirse en su propio idioma, por él o por el intérprete.

Conforme al artículo 809, los documentos redactados en un idioma extranjero deberán presentarse acompañados de su traducción. Sin embargo, a diferencia de los procedimientos en materia civil y penal, el legislador varió su tratamiento en la materia laboral estableciendo que de oficio la Junta nombraría “inmediatamente” un traductor oficial, el cual presentará y ratificará, bajo protesta de decir verdad, la traducción que haga.

Dejamos aquí la revisión de las disposiciones que se ocupan de la lengua como requisito formal de los actos procesales. De lo visto puede afirmarse que hay un creciente interés en el respeto de estas formalidades, al efecto de cumplir con el mandato constitucional.

cionar respecto de la medida de igualación tiene como objeto, según criterio del Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, “proteger a la parte más débil en los conflictos agrarios” [*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. 68, agosto de 1993, p. 74. Tesis V.2°. J/71]. Este criterio puede ampliarse siguiendo el criterio de la Segunda Sala de la SCJN, la cual señaló, en contradicción de tesis, que “la finalidad primordial de la tutela es la de resolver, con conocimiento pleno la controversia, y no únicamente colocarlos en una situación de igualdad procesal durante la tramitación” [*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. 80, agosto 1994, p. 18. Tesis 2ª./J 12/94]. Por cuanto hace a la supletoriedad del ordenamiento procesal civil federal, el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito señaló que “sólo procede en defecto de las disposiciones agrarias y no de manera absoluta, amén de que debe ser únicamente respecto de las instituciones que expresamente aquélla establezca y que no se encuentren reglamentados, o que lo estén deficientemente, de tal forma que no permitan su aplicación, y todo ello a condición de que los ordenamientos supletorios no pugnen directa o indirectamente con los postulados de la ley en cita” [*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. V, junio 1997, p. 785. Tesis: XI.2°.13 A].

<sup>37</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Justicia administrativa en México”, *Conferencias magistrales*, México, Instituto Federal de Defensoría Pública, 2002, p. 77 y 78.

## VII. DOCUMENTOS EN LENGUAS NACIONALES Y EXTRANJERAS DISTINTAS AL ESPAÑOL

En materia procesal, y como expresión del principio de seguridad jurídica, se requiere que todos los documentos y medios de prueba aportados puedan ser apreciados por las partes que intervienen en el proceso, pues de otra forma se desvirtuaría el objeto de la prueba, que es el descubrimiento de la verdad procesal. Debe recordarse también que el sistema jurídico garantiza que las partes gocen de las mismas oportunidades procesales, tanto en el ejercicio de su acción como en la defensa de sus intereses, y ello implica que puedan aportar los elementos probatorios necesarios para hacer surgir esa verdad procesal. En todo caso, la generalidad de las disposiciones procesales en materia documental permite señalar que la presentación de documentos redactados en idiomas distintos al español, sean lenguas nacionales o extranjeras, exige su traducción al idioma español.

La revisión de la interpretación de las normas procesales permitirá advertir algunos elementos comunes en materias disímboles: del derecho administrativo al civil, del laboral al penal, aunque todas comunes por cuanto hace al objeto de las mismas.

El Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito ha señalado que “todo documento que se encuentre redactado en idioma extranjero y pretenda utilizarse como medio de prueba en materia administrativa”, hay la obligación de la parte oferente de presentar la traducción al idioma español (castellano, según el mencionado órgano colegiado). La sanción legal a tal omisión es la pérdida de cualquier valor probatorio.<sup>38</sup> Esta interpretación coincide con la del Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, que en 1995 había señalado la inexactitud de

que sea obligación del órgano jurisdiccional efectuar las traducciones de los documentos que en idioma extranjero vengan a juicio, en razón de que, dicha traducción es una carga procesal que corresponde al interesado en el ofrecimiento y desahogo de la documental que obra en idioma extranjero, por tanto, si el recurrente fue omiso en realizar la traducción en comento, debe estarse a las consecuencias de esa omisión.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, febrero 1998, p. 492. Tesis: II.A.23 A. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vols. 97-102, cuarta parte, 89, rubro: “Documentos redactados en idioma extranjero. Deben exhibirse con la traducción respectiva”.

<sup>39</sup> Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, agosto de 1995, p. 509. Tesis: XX.25 K. Amparo en revisión 144/95.

La principal consecuencia será la ineficacia del documento aportado,<sup>40</sup> para arribar a la verdad procesal y, colateralmente, la pérdida de confianza en los juzgadores.

Por su parte, el Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito sostuvo que

es imprescindible que al exhibir un documento en idioma extranjero, se presente también su traducción al *idioma oficial en nuestro país, que es el español*, porque tal traducción requiere de conocimientos técnicos que la ley no exige al juzgador. De otra manera se impide a éste la adecuada apreciación de la documental.<sup>41</sup>

Fuera de la aceptación que hace el órgano colegiado del español como idioma oficial en nuestro país, debe entenderse en similar sentido que los criterios hasta ahora mencionados: el desahogo de la prueba documental es procesalmente imposible en tanto no exista una traducción al *idioma del proceso*,<sup>42</sup> en nuestro caso, al español. Además, dado que el proceso es eminentemente dispositivo, por cuanto el juez carece de facultades para actuar oficiosamente, la falta de traducción al español acarrea consecuencias procesales que debe soportar el oferente. La legislación procesal civil solamente otorga facultad al juez para “llamar” de oficio a un traductor cuando existe oposición entre las versiones ofrecidas por las partes. Así, el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, en interpretación de la legislación zacatecana, señala que la obligación de exhibir la traducción del documento ofrecido como prueba es a cargo de la parte oferente, no siendo obligación del juzgador el ordenarla, puesto que

Fernando de la Fuente España. 16 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretario: Luis Armando Mijangos Robles.

<sup>40</sup> En el ámbito civil, valdría la pena consignar la interpretación del Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito relacionada con los contratos de adhesivos. Conforme al artículo 64 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, son *nulos* tales contratos cuando “no sean escritos íntegramente en idioma español y con caracteres legibles a simple vista para una persona de visión normal” [*Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XIII, enero de 1994, p. 168.].

<sup>41</sup> Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. X, octubre de 1992, p. 324. Amparo en revisión 210/92. Julián Marquina Betancourt. 12 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Torres Medina de González. Secretaria: Claudia Adriana Vega González.

<sup>42</sup> Es interesante la distinción que suele hacerse entre el idioma del proceso y el idioma del tribunal, pues mientras el primero se refiere a la lengua utilizada en el proceso, el idioma del tribunal se emplea para señalar la lengua empleada por los juzgadores.



éste en su función jurisdiccional no puede constituirse en parte; a menos que hubiere oposición entre la traducción inicial y la presentada como objeción por la contraparte, caso que de presentarse, el juez, [...] puede llamar a un perito traductor en su carácter de tercero; pero salvo este caso, es a cargo de quien ofrece la prueba de documentos redactados en idioma extranjero, la obligación de exhibir la correspondiente traducción.<sup>43</sup>

Esta interpretación, de mayo de 1992, recoge el criterio sostenido por la Tercera Sala de la SCJN, quien en diciembre de 1987 se pronunció en similar sentido al interpretar los artículos 56 y 350 del ordenamiento procesal del estado de Puebla.<sup>44</sup>

El mismo Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito había sostenido en abril de 1990 que para que tuvieran eficacia jurídica los documentos redactados en idioma extranjero debía cumplirse con la formalidad establecida en el artículo 271 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Zacatecas; es decir, “deben acompañarse con la correspondiente traducción al idioma español”, pues de lo contrario, al no cumplirse “dichos requisitos no son aptos para acreditar el extremo que pretende el oferente de la prueba”.<sup>45</sup> Al respecto, conviene mencionar que el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Distrito, en enero de 1993, sostuvo la necesidad de que, además de los documentos presentados en la fase probatoria, los documentos redactados en idioma extranjero, con los cuales se acredite la personalidad o sean base de la acción, deben ser presentados también con su correspondiente traducción. El tribunal consideró, en el caso concreto, que no bastaba que en el expediente obrara “la legalización hecha por el Servicio Exterior Mexicano, a través del Consulado General de México en Houston, Texas, de la firma del notario estadounidense ante quien se otorgó el acta constitutiva de la sociedad actora, junto con la correspondiente traducción al castellano de dicha acta”, sino que era necesaria una traducción completa, por considerar que la traducción parcial era

<sup>43</sup> Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XII, agosto 1993, p. 423. Amparo directo 202/92. Juan Delgado Carlos. 20 de mayo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Pedro Elías Soto Lara. Secretario: Vladimiro Ambriz López.

<sup>44</sup> Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. I, primera parte-1, enero-junio de 1988, p. 361. Amparo directo 8294/86. Atoyac Textil, S. A. 15 de diciembre de 1987. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot. Séptima Época, vols. 97-102, cuarta parte, p. 89.

<sup>45</sup> Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. V, segunda parte-1, enero-junio de 1990, p. 194. Amparo directo 129/90. Martín Carrillo Martínez. 10 de abril de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Juana María Meza López. Secretario: Miguel Ángel García Covarrubias.



ineficaz para acreditar lo dicho en la demanda. El órgano colegiado argumentó respecto de tal circunstancia:

no aparece en autos que el interesado haya aportado la traducción al castellano del texto redactado en el idioma inglés, donde figura la firma legalizada del citado fedatario público, lo cual era indispensable aportar con la demanda para el efecto de que, el juez del conocimiento estuviera en aptitud de determinar la validez y eficacia plena de la escritura constitutiva de referencia, así como para resolver con apoyo en tal documento, lo conducente a la personalidad de quien se dice cuenta con facultades para representar a la sociedad actora. En consecuencia, es evidente que quien dijo ser presidente de la compañía actora no acreditó tal personalidad, con la cual compareció a juicio, lo que es suficiente para sostener la legalidad del fallo de segundo grado que concluyó en ese sentido.<sup>46</sup>

Puede advertirse que la eficacia de los documentos presentados en un idioma distinto al español queda condicionada a la presentación de la traducción correspondiente, pero ésta deberá ser, además, completa, no parcial.

El tema de la eficacia jurídica de tales documentos fue analizado también por el Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, en marzo de 1990, al señalar que

es correcta la determinación del juez de Distrito al negar eficacia jurídica a las facturas redactadas en inglés, allegadas por la parte quejosa, con las cuales pretendía demostrar sus derechos reales sobre los bienes materia del embargo, pues con independencia de que exista una “legal traducción” del contenido de dichos documentos privados, la simple ejecución hecha por el tercero perjudicado en contra de los mismos, invalida su eficacia jurídica, en términos de los numerales 133 y 142 y 203, del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, máxime si se toma en cuenta que la oferente no demostró la veracidad del contenido de las referidas documentales con ningún otro elemento de prueba.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XIII, marzo de 1994, p. 423. Amparo directo 3645/93. A.C. Polymers INC. 20 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Walter Arellano Hobelsberger.

<sup>47</sup> Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VI, segunda parte-2, julio-diciembre de 1990, p. 522. Amparo en revisión 37/90. Myriam del Socorro Pérez Herrera y otros. 28 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Antonio Hernández Martínez. Secretario: Carlos R. Domínguez Avilán.

En similar sentido debe entenderse la interpretación que se hace sobre la presentación de prueba documental en idioma extranjero sin traducción que, como lo señaló el Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, no genera la obligación de dar vista a la parte contraria, dado que nunca se perfecciona. Por ello se infiere que no es preciso que las partes objeten tal prueba documental:

si la traducción susodicha no es presentada, o sea, si el ofrecimiento de la prueba no se perfecciona, ninguna obligación tienen las demás partes de objetarla, ya que inclusive, la ocasión legalmente establecida para que la probanza de mérito sea refutada, lo es después de que exhibida con su traducción, pues de la misma debe darse a la contraria, a fin de que precisamente, manifieste lo que a su interés convenga.<sup>48</sup>

Ello no obsta para que, si la parte contraria puede obtener algún beneficio o considere idóneo su perfeccionamiento para probar alguno de los extremos alegados, sea precisamente la parte contraria la que presente una traducción ante el tribunal. Con esta traducción se seguirá similar procedimiento al ya mencionado. Y puede darse la paradoja de que la parte que en un primer momento presentó el documento sea quien objete la traducción ofrecida.

El procedimiento pertinente queda delineado con el criterio sostenido por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, en noviembre de 1990, que señaló, en interpretación del artículo 269 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Sonora, relativo a la forma en que deben presentarse en un proceso penal los documentos privados redactados en idioma extranjero:

se presentarán originales, acompañados de su traducción al castellano y que si ésta fuere objetada se ordenará que sean traducidos por los peritos que designe el tribunal. En el caso, la traducción al castellano que se acompañó con el documento extranjero, no fue objetada ni se ordenó su traducción por otros peritos, de manera que, al no estar objetada, ni existir ninguna otra traducción que demostrara lo incorrecto de la que obra en autos, no tiene apoyo la consideración de la responsable, en el sentido de que el referido documento no fue debidamente traducido, ni es correcto negarle, por ese motivo, el valor

<sup>48</sup> Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. IX, abril de 1992, p. 582. Amparo en revisión 3537/91. Q. Javier Delgado Flores y coags. 16 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: Guillermo Salazar Trejo.

presuncional que... debe otorgarse a los documentos privados provenientes de un tercero.<sup>49</sup>

Ahora bien, si se diera el supuesto de que la parte oferente presentara el documento acompañado de su traducción, entonces sí se considera adecuado que la contraparte objete, sea por su contenido o procedimiento, y en tal caso deberá acompañarse a la objeción (cuando se trate de una oposición al contenido del documento) una traducción del mismo. La Tercera Sala decidió, en diciembre de 1987, y en interpretación de legislación procesal civil poblana, que

al actor que ofrece un documento redactado en idioma extranjero corresponde anexar su traducción en español... y a la contraparte que se opondrá... toca anexar a su objeción, otra traducción realizada por un perito autorizado en el estado donde se prosigue el juicio, caso que de presentarse, el juez... podrá llamar a otro perito traductor en su carácter de tercero; pues de no promoverlo así la parte demandada, se le tendrá por conforme con la exhibida por la actora.<sup>50</sup>

Respecto de la posibilidad de llamar a un tercer traductor del documento, debe señalarse que no se trata de una obligación del juez, sino que se trata de una facultad. De ahí que, en caso de que el juez omitiera nombrar un traductor, será la parte que objeta la traducción la encargada de promover los recursos legales que procedan para lograr el perfeccionamiento de la prueba. Tal criterio sostiene el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Distrito, el cual consideró en enero de 1995, que si bien el artículo 132 del CFPC,

dispone que a los documentos presentados en idioma extranjero se anexará la correspondiente traducción, para los fines puntualizados en tal dispositivo, y que ante la objeción de la contraparte del oferente respecto del contenido de la traducción el órgano jurisdiccional nombrará un traductor; sin embargo, no existe duda en cuanto que si el juzgador no hace el nombramiento referido, al oferente del documento le corresponde promover los recursos legales

<sup>49</sup> Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, *Seminario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VII, enero de 1991, p. 236. Amparo directo 274/90. Gilberto Ayala Botello. 8 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Antonio Ibarra Fernández. Secretario: Secundino López Dueñas.

<sup>50</sup> Tercera Sala, *Seminario Judicial de la Federación*, Octava Época, t.I, primera parte-1, enero-junio de 1988, p. 361. Amparo directo 8294/86. Atoyac Textil, S. A. 15 de diciembre de 1987. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

precedentes a fin de obtener el perfeccionamiento del instrumento probatorio con el que pretende beneficiarse, toda vez que el código adjetivo federal posee un sistema procesal en el que, salvo las excepciones que él mismo consigna de manera clara, todas las actuaciones deben tramitarse a instancia de parte, incluidas obviamente el ofrecimiento, admisión y desahogo de las pruebas, máxime aquellas que se refieren a la comprobación de los hechos y actos en que apoya su acción.<sup>51</sup>

En igual sentido se ha manifestado el Tribunal Colegiado en Materia del Trabajo del Tercer Circuito, al señalar que es correcto el desechamiento de la prueba documental en idioma extranjero cuando ésta no se acompaña de su traducción, en cumplimiento del artículo 809 de la Ley Federal del Trabajo (LFT). El órgano colegiado argumenta la corrección de tal proceder procesal por cuanto “al no cumplir el oferente con aquel requisito, existe impedimento para su desahogo”.<sup>52</sup> Se trata del mismo criterio sostenido en los ámbitos civil y laboral.

Ahora bien, debe mencionarse que conforme al contenido del artículo 809 de la LFT, en los casos en que se presente un documento redactado en un idioma extranjero, la Junta, *de oficio*, nombrará un traductor oficial, siempre y cuando se haya acompañado traducción del documento al momento de su ofrecimiento:

Del artículo 809 de la Ley Federal del Trabajo se infiere que los documentos redactados en idioma extranjero deben exhibirse previamente con la traducción respectiva y posteriormente señala que la Junta de oficio nombrará al traductor oficial, el cual presentará y ratificará la traducción que haga dentro del término de cinco días, por lo que al no exhibir la traducción del documento exhibido en idioma extranjero, la Junta procede correctamente al desecharlo, ya que era necesario que el oferente acompañara la traducción respectiva del mismo, pues el precepto analizado primeramente establece la obligación del oferente de presentar el documento y la traducción y posteriormente señala que la Junta de oficio nombrará traductor oficial, de ahí

<sup>51</sup> Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XV-I, febrero del 1995, p. 175. Tesis: I.8o.C.93 C. Amparo directo 701/94. Industrial Perforadora de Campeche, S. A. de C. V. 19 de enero de 1995. Mayoría de votos de los magistrados Guillermo Antonio Muñoz Jiménez y María del Carmen Sánchez Hidalgo en contra del voto del magistrado José Luis Caballero Cárdenas. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Benito Alva Zenteno.

<sup>52</sup> Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Tercer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, febrero 1996, p. 468. Tesis: III.T.11 L. Amparo directo 499/95. Carlos Valle Gil. 31 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Berta Navarro Hidalgo. Secretario: Eugenio Isidro Gerardo Partida Sánchez.

que la Junta no tiene obligación de presentar un traductor y menos si no fue solicitado por el oferente.<sup>53</sup>

Aquí podemos dejar este tema, en el cual se percibe ya el espíritu que anima a otra de las medidas de igualación, según la cual lo que para las demás partes es una carga, tratándose de partes indígenas se convierte en un derecho. Estamos hablando de la disposición contenida en el artículo 271 del CFPC, que establece la traducción *ex officio* de las promociones presentadas en lenguas indígenas.

*Traducción ex officio de las promociones.* Una segunda regla especial en materia de documentos redactados en idioma distinto al español, tratándose de lenguas nacionales, está contenida en el tercer párrafo del mismo artículo 271 del CFPC, que establece:

Las promociones de los pueblos o comunidades indígenas o los indígenas en lo individual, asentados en el territorio nacional, hicieren en su lengua, dialecto o idioma, no necesitarán acompañarse de la traducción al español. El tribunal la hará de oficio con cargo a su presupuesto, por conducto de la persona autorizada para ello.<sup>54</sup>

Un problema que se advierte es la paradoja que puede darse cuando la contraparte objete la traducción, presentando una nueva versión. En ese momento, el juez ¿solicitará nuevamente al perito traductor una nueva versión o nombrará un nuevo perito? La cuestión no resulta baladí, dada la necesidad de que el órgano que juzga se mantenga imparcial. Con esta nueva regla de conducta, ¿se entiende que el rol del juzgador se modifica?

Cabe señalar, además, que no hay obligación para la contraparte (la parte no indígena) de presentar sus promociones con traducción, así que ¿deberá el tribunal respectivo realizar *ex officio* tal traducción para notificar a la parte indígena? Ahora bien, si éste fuera el caso, ¿significaría que todo el expediente será bilingüe?

De lo dicho debe advertirse que estamos nuevamente frente a una medida de igualación, cuyos principales destinatarios son los grupos indígenas, puesto que no se les impone una carga que sí se impone a los extranjeros, e incluso a los mexicanos no hablantes de lenguas indígenas cuando presen-

<sup>53</sup> Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XV-II, febrero de 1995, p. 316. Tesis: IV.3o.166 L. Amparo directo 76/94. Rubén Niño de Ramírez. 23 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretaria: Angélica María Torres García.

<sup>54</sup> Párrafo adicionado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de diciembre de 2002, primera sección, p. 3.

ten documentos en idiomas extranjeros. Sin embargo, esta medida se justifica en la LGDL al otorgar similar estatus tanto al español como a las lenguas indígenas, bajo la denominación común de lenguas nacionales.<sup>55</sup>

Un asunto que queda pendiente es el que se desprende de la última parte del artículo 271 CFPC, relativo al “conducto de la persona autorizada para ello”. ¿Se refiere únicamente a los peritos traductores reconocidos por el tribunal (lo que plantea serios problemas de disponibilidad según veremos) o a otras opciones en la materia? E igual pregunta debe hacerse para el caso de promociones hechas mediante comparecencia personal,<sup>56</sup> dado que no hay ninguna referencia en las reformas legales.

### VIII. LA FALTA DE INTÉRPRETE COMO UNA VIOLACIÓN PROCEDIMENTAL

En distintos preceptos de los citados líneas atrás aparece la figura del intérprete como elemento de primer orden en el cumplimiento de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. No puede dejar de mencionarse que ésta ha sido una actitud constante de los ordenamientos penales hacia los hablantes de idiomas indígenas (y extranjeros), puesto que ello garantiza de manera adecuada el respeto al derecho de defensa procesal.

No conviene perder de vista que, conforme al artículo 5o., LGDL, hay una obligación del Estado para reconocer, proteger y promover la preservación, desarrollo y uso de las lenguas nacionales indígenas. Y que, en lo que interesa a los efectos de este trabajo, tal obligación se reafirma con el sexto numeral de la LGDL: “Las lenguas indígenas serán válidas, al igual que el español, para cualquier asunto o trámite de carácter público...”. Esta validez queda condicionada a la presencia del intérprete en el ámbito jurisdiccional, no sólo en el ámbito penal, sino también extendida “en todo tiempo”, es decir, a “todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente”.

<sup>55</sup> El artículo 4o. de la LGDL, señala: “Las lenguas indígenas que se reconozcan en los términos de la presente Ley y el español son lenguas nacionales por su origen histórico, y tienen la misma validez en su territorio, localización y contexto en que se hablen”.

<sup>56</sup> La regla apreciable en la Ley de Amparo se encuentra en el artículo 3o.: “En los juicios de amparo todas las promociones deberán hacerse por escrito, salvo las que se hagan en las audiencias y notificaciones, así como en las comparecencias a que se refiere el artículo 117 de esta Ley”. Las promociones mencionadas en el artículo 117 de la Ley de Amparo son aquellas por las cuales se solicite amparo contra “actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, deportación, destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución federal”.

Conviene recordar que el ejercicio del derecho a la lengua, al menos en la redacción actual de los CFPC y CFPP, aparece no como un derecho, sino como una formalidad procesal. Baste recordar al respecto los numerales ya citados y los que a continuación se mencionan. Esta circunstancia podrá explicar la razón presente en la prevención legal de que su incumplimiento provoca la reposición de lo actuado.

En el artículo 124 bis del CFPP del se dispone que tratándose de la averiguación previa instruida “en contra de personas que no hablen o no entiendan suficientemente el castellano”, hay la obligación por parte del Ministerio Público Federal (MPF) de nombrarles un traductor “desde el primer día de su detención, quien deberá asistirles en todos los actos procedimentales sucesivos y en la correcta comunicación que haya de tener con su defensor”. Una vez consignada la averiguación previa, la obligación no se suspende o cesa, sino que se trasmite, ya que el mismo numeral dispone que “el juez, en su caso, de oficio, o a petición de parte, verificará que perdure ese canal de comunicación; y si lo estimare prudente, podrá nombrar el defensor o el traductor que mejoren dicha comunicación”. La prevención final de este numeral es la del tercer párrafo, que señala: “Tratándose de personas pertenecientes a los pueblos o comunidades indígenas, tanto el defensor como el intérprete correspondiente deberán tener pleno conocimiento de su lengua y cultura”.<sup>57</sup>

Este proceder se confirma en el artículo 128, fracción IV del CFPP, al señalarse que para los supuestos en que el inculcado fuera detenido o se presentara voluntariamente ante el MPF, y “pertenciere a un pueblo o comunidad indígena o fuere extranjero, que no hable o no entienda suficientemente el español, se le designará un traductor que le hará saber los derechos” que le otorga la CPEUM. Para el supuesto específico de que el inculcado fuera indígena, la parte final de la referida fracción prevé que tanto el traductor como el defensor que le asistan “deberán tener además conocimiento de su lengua y cultura”. Y si el inculcado fuera extranjero, “la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda”.<sup>58</sup>

Tanto el artículo 124 bis como el 123 del CFPP, se encuentran en el capítulo II del título segundo, dedicado a las “Reglas especiales para la práctica de diligencias y levantamiento de actas de averiguación previa”.

<sup>57</sup> Párrafo adicionado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de diciembre de 2002, primera sección, p. 4.

<sup>58</sup> Fracción reformada por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de diciembre de 2002, primera sección, p. 4.

Por cuanto hace al proceso penal, es el artículo 154 del CFPP, ubicado en el capítulo dedicado a la “Declaración preparatoria del inculcado y nombramiento del defensor”, el que establece las formalidades a cubrir por el juzgador. Conforme al citado numeral, primer párrafo, la declaración preparatoria comenzará por las generales del inculcado, en las que se incluirán también los apodos que tuviera, el grupo étnico indígena al que pertenezca, en su caso, y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales. A continuación se le hará saber el derecho que tiene para defenderse por sí o por persona de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciera, el juez le nombrará un defensor de oficio.

Si bien aparece *prima facie* que en el supuesto de hablantes monolingües de lenguas indígenas no podría establecerse esa comunicación entre el juzgador y el inculcado, no menos cierto resulta que, derivado de la obligación impuesta por los artículos 124 bis y 128 del CFPP, existe la presunción de que se encuentran asistidos ya de un intérprete y de un defensor, lo cual posibilitaría tal entendimiento. A pesar de ello, el artículo 154, segundo párrafo, CFPP, reitera: “Si el inculcado pertenece a un pueblo o comunidad indígena, se le hará saber el derecho que tiene de ser asistido por un intérprete y por un defensor que tengan conocimiento de su lengua y cultura, en términos del artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

Finalmente, en el artículo 159 del CFPP, se regula el supuesto en que en el lugar de residencia del tribunal o juzgado federales no se cuente con defensor de oficio (federal) y se tenga que recurrir al nombramiento de uno de entre los “defensores de oficio del orden común”. En tal hipótesis, se prevé, en el tercer párrafo, que “cuando el inculcado pertenezca a un pueblo o comunidad indígena, la designación del defensor de oficio recaerá sobre aquel que tenga conocimiento de su lengua y cultura”.<sup>59</sup>

La reiteración de esta formalidad es importante. El legislador, comprendiendo la importancia del derecho a la tutela judicial adecuada, imprime la exigencia de que el inculcado, en los supuestos de miembros de pueblos y comunidades indígenas, pueda comprender los alcances que tiene el proceso penal. La mejor manera de ello es reconocer como formalidad del procedimiento el derecho a expresarse en su lengua y a que se consideren, al momento de dictar sentencia, las peculiaridades culturales del grupo en que se desenvuelve. Y la única forma de lograrlo es mediante un intérprete, que conociendo su lengua y cultura le preste asistencia en el desarrollo de las etapas procesales.

<sup>59</sup> Párrafo adicionado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de diciembre de 2002, primera sección, p. 5.



Precisamente, la falta de nombramiento de intérprete es una de las causas de reposición del procedimiento contempladas en el CFPP. Según el artículo 388, fracción II bis del CFPP, habrá lugar a reponer el proceso cuando se omita “la designación del traductor al inculcado que no hable o entienda suficientemente el idioma castellano, en los términos que señale la ley”.

Sin embargo, podemos ampliar tal consideración si revisamos algunas de las causales contempladas en el artículo 388 del CFPP, que podrían resultar precisamente de la omisión de nombrar un intérprete durante el juicio. Así, si consideramos las primeras fracciones del mencionado numeral, tendremos que se actualizan las siguientes hipótesis : a) “por no haberse hecho saber al procesado durante la instrucción ni al celebrarse el juicio, el motivo del procedimiento, o el nombre de las personas que le imputen la comisión del delito”; b) “por no habersele permitido nombrar defensor o no nombrársele el de oficio en los términos que señala la ley”, y c) “por no habersele ministrado los datos que necesitare para su defensa y que constaren en el proceso”. La interpretación de los tribunales federales permite confirmar esta apreciación, puesto que han considerado que esta omisión (o serie de omisiones, según se vea) constituye una violación procesal en tanto sitúan al inculcado o procesado en estado de indefensión, cuando éste no habla o entiende la lengua en que se desarrolla el proceso. Y dado que tal proceder hace imposible la adecuada defensa, es necesario reponer lo actuado al efecto de que se cumplan los extremos consagrados constitucionalmente sobre las derechos y formalidades esenciales en el proceso.

El Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, en enero de 1994, consideró que la falta de nombramiento de intérprete en la diligencia de careos dejaba en estado de indefensión a quien desconocía el idioma español (castellano en la tesis). El texto de la tesis era el siguiente:

Si de las constancias de autos, se advierte que el quejoso al declarar ante el Ministerio Público y luego en preparatoria ante el juez natural, ambas autoridades le nombraron un intérprete que conociera su dialecto, por desconocer el idioma castellano, sin embargo, al practicarse la diligencia de careos respectiva, el juez instructor omitió designar el perito intérprete correspondiente, tal circunstancia, evidentemente lo deja en estado de indefensión. Por tanto, debe concedérsele el amparo y protección de la justicia federal, para el efecto de que la responsable reponga el procedimiento y subsane esa omisión.<sup>60</sup>

<sup>60</sup> Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XIII, abril de 1994, p. 361. Amparo directo 825/93. Enrique Hernández Ruiz. 20 de enero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Ángel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

Fácil es advertir que se pone el énfasis en la puesta en estado de indefensión. Igual consideración tuvo, tratándose de la audiencia de vista en el proceso penal, el Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, al considerar, en interpretación de la legislación procesal de Chiapas, que la omisión del juez natural para designar un intérprete al inculcado se traducía en una violación procedimental, cuando de las constancias procesales se advertía que se trataba de un indígena que no hablaba el idioma español. La argumentación sostenida por el órgano colegiado aludía a la posibilidad de que “en esa audiencia pudieron verter opiniones a través del intérprete de cómo se encontraba el proceso de acuerdo a sus intereses, lo que equivaldría a algo así como sus alegatos”. La decisión del Tribunal, al conceder el amparo, implicaba entonces la reposición del procedimiento, obligando al juez instructor a subsanar también la omisión en el nombramiento de un intérprete.<sup>61</sup>

Por su parte, el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito consideró, en julio de 1999, que se actualizaba una violación al procedimiento cuando hay omisión por parte de la autoridad de nombrar un intérprete que asista al acusado, cuando éste no habla o entiende el idioma español. Tal interpretación giraba en torno a la noción del derecho de defensa, puesto que la ausencia de un intérprete en la lengua hablada por el acusado, en el caso analizado “un indígena que no habla o no entiende el idioma español”, impide “que le sea explicado, mediante la traducción respectiva, el sentido y significado, tanto de lo actuado en el desarrollo de la diligencia, como de lo resuelto en la misma por parte de la autoridad jurisdiccional”. El criterio que sostiene el tribunal es que al omitirse la designación de un intérprete, la consecuencia que se deriva en el proceso para el acusado es que “no se le suministran los datos necesarios para su defensa, actualizándose de ese modo una violación procesal”.<sup>62</sup>

De lo hasta aquí revisado, para que opere la vulneración procesal en materia de derecho a la lengua, por falta de intérprete en el proceso, son requisitos indispensables que el acusado sea hablante de una lengua indígena y que no comprenda o hable el español. Deben concurrir ambas circunstancias personales para que la omisión en el nombramiento de un intérprete constituya una violación al procedimiento. El argumento adquiere fuerza si

<sup>61</sup> Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, noviembre de 1995, p. 505. Tesis: XX.47 P. Amparo directo 675/95. Juan y Sebastián Pérez Pathistán. 5 de octubre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: magistrado en funciones Horacio Felipe López Camacho. Secretario: Manuel de Jesús Cruz Espinosa.

<sup>62</sup> Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, octubre de 1999, p. 1363. Tesis: VI.P.12 P.

consideramos que se suele considerar que la especial posición de desventaja socioeconómica de los grupos indígenas autoriza a consentir, en una suerte de graciosa concesión y exceso de paternalismo, que siempre deben ser asistidos por intérpretes u otras personas que le asistan en el juicio.<sup>63</sup>

### IX. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA PROBLEMÁTICA LINGÜÍSTICA EN EL PROCESO Y EL ACCESO A LA JUSTICIA PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Un hecho es significativo: tenemos una legislación acorde con las demandas y reivindicaciones de las comunidades lingüísticas minoritarias en México, pero ello plantea a renglón seguido problemas serios, que deberán sortear los tribunales nacionales.

No queremos terminar esta revisión del fenómeno lingüístico en el ámbito procesal mexicano sin hacer algunas acotaciones, que consideramos pertinentes:

En primer lugar, y en relación con la oficialidad procesal del español, habrá que señalar que la LGDL, al establecer en su numeral 5o. como obligación estatal el reconocimiento, protección y promoción de la preservación, desarrollo y uso de las lenguas indígenas nacionales, está reconociendo implícitamente el carácter dominante del español respecto de aquéllas. Igual interpretación puede desprenderse del contenido del artículo 4o. de la LGDL, al señalar el reconocimiento legal como requisito previo para que una lengua indígena adquiera el carácter de lengua nacional, mientras que el español tiene tal consideración previa en el texto de la LGDL. Esto implica que aun cuando se diera el supuesto de una tramitación bilingüe, esto sería

<sup>63</sup> Aquí convendría citar el criterio del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, quien en interpretación de la legislación del estado de Puebla consideró que en el aspecto de las probanzas, el hecho de que un testigo no supiera leer y escribir no le restaba valor a su declaración, toda vez que la circunstancia del analfabetismo no autoriza a la asistencia por parte de un tercero, lo que sí ocurre, como lo señala el artículo 155 del Código de Procedimientos en materia de Defensa Social de dicha entidad, cuando los testigos fueran “ciegos, sordos, mudos o ignoren el idioma castellano”, estableciendo en la primera hipótesis, “que sean acompañados de otra persona que designe el funcionario que practique la diligencia y en las demás por un intérprete”. El mencionado órgano colegiado consideró que “la ley no prevé un trato especial a las personas que no saben leer ni escribir, porque su declaración la pueden hacer de viva voz en el idioma castellano, lo que se hace constar en el acta; además de que en las reglas de valoración de la prueba testimonial establecidas en el diverso 201 del Código en comento, no existe como condición la de que el testigo sepa leer y escribir, por lo que este particular de ninguna forma tiene por qué restarle valor a dicha prueba”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, diciembre 2001, p. 1823. Tesis: VI.1o.P.156 P.

consecuencia más de una formalidad procesal que de un verdadero ejercicio de derechos lingüísticos.

En segundo término, debe mencionarse que en la CPEUM no existe referencia al tema lingüístico, al menos desde la perspectiva del derecho a la lengua en el proceso, situación que es regulada tanto por la LGDL como por los ordenamientos legales específicos. Esta ausencia de normas, de carácter especial, se ve reflejada también en la escasa jurisprudencia sobre el tema, de ahí que las decisiones revisadas se refieran, principalmente, a los supuestos planteados con relación a lenguas extranjeras, dictados antes de la entrada en vigor de las reformas de 2002 y de la expedición de la misma LGDL en 2003. Habrá necesidad de esperar para ver cómo reaccionan los tribunales federales ante el incumplimiento de las nuevas disposiciones legales en materia del reconocimiento a los pueblos y comunidades indígenas del derecho a utilizar la lengua propia en el proceso.

En tercer lugar, conviene señalar que el acceso a la justicia se ha ampliado considerablemente, al reconocer el derecho al ejercicio de la lengua en el ámbito procesal, sin reducirlo al aspecto penal. A pesar del argumento de que se beneficia a una minoría, no puede obviarse que precisamente esa es la minoría que más urgentemente necesita este tipo de medidas para garantizar la igualdad procesal. Ahora deben buscarse mecanismos que permitan que tal reconocimiento formal se materialice en la labor de los órganos de procuración y administración de justicia en México.

Por último, y en relación con lo señalado en el párrafo anterior, vale la pena traer a colación el hecho de que ni la judicatura ni los órganos encargados de la procuración de justicia cuentan en la actualidad con los recursos humanos que permitan solventar el expediente del cumplimiento procesal de los derechos lingüísticos abordados en este trabajo. Ello plantea un curioso fenómeno, y a la vez una paradoja, puesto que con la expedición de dichos ordenamientos el Estado mexicano se impone como incumplidor de los derechos reconocidos (u otorgados, según se vea) en la Constitución y leyes; en tanto no satisfaga tales mandatos el sistema jurídico seguirá siendo imperfecto.

Con estas reflexiones se hace evidente que el tema queda abierto al desarrollo legal que realicen las entidades federativas, a las resoluciones de los tribunales y al análisis doctrinal que se haga desde la academia.

## EL DERECHO PROCEDIMENTAL

Marco Ernesto BRISEÑO GARCÍA CARRILLO

El proceso es una manifestación institucional porque las reglas públicas trascienden a las relaciones privadas y éstas revierten en aquéllas indefinidamente a lo largo de la serie. Por ello, entendemos al proceso como una serie de actos proyectivos.

Humberto BRISEÑO SIERRA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Características del procedimiento.* III. *La norma sustantiva y adjetiva.* IV. *Proceso y procedimiento.* V. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

Ya hace algún tiempo se ha venido estudiando al derecho procesal y al derecho procedimental como si fueran figuras ajenas, e inclusive se ha considerado al procedimiento como un componente secundario del proceso, el cual se sirve del mismo para, de manera lógica y sistematizada, significar cada una de las fases en que se compone el proceso, dando estructura y certeza en su composición.

Sin embargo, las instituciones conocidas como proceso y procedimiento encuentran su distinción desde el momento mismo de su concepción y creación.

Su estudio se ha realizado de forma aislada, y proviene a partir de que se ha realizado el análisis de las formas en que debe generarse la restauración del derecho violado al particular, al gobernado, considerando que es una función preponderantemente propia del Estado, aunque también se presenta de forma privada; así, el Estado ha reclamado para sí, en todos los casos, la ejecución de la resolución o laudo, y con ello se restringe cada vez

más la llamada autotutela, o autodefensa, para expresar como método preponderante la heterocomposición.

Resulta obvio que no es deseable permitir el uso de la fuerza por encima de la razón, porque con ello se privilegia la sobrevivencia de la vida en sociedad.

En los albores de la historia del hombre en civilización y hasta el momento mismo de la aparición del proceso, cuando el Estado no disponía de fuerza ni de autoridad suficiente para velar por los intereses de sus gobernados, imponer su intervención, ni tenía la capacidad para resolver todos y cada uno de los problemas que surgían en el día a día, el derecho violado, la propiedad, el honor mancillado, los medios de subsistencia, que eran escasos, no podían esperar la restitución de esos derechos a través de la intervención de la autoridad, ya fuera por ser incipiente, tardío o ineficiente, y el interés propio o familiar debía ser satisfecho, defendido ante cualquier acto arbitrario, aun cuando proviniera de un particular e inclusive de autoridades, y es entonces que el uso de la fuerza se volvió necesario, a fin de evitar un daño mayor o irreparable, o bien, en muchos otros casos, como la venganza, representó el único medio de regular la convivencia en estas primitivas relaciones humanas.

Varias son las formas que se conocen a través del tiempo. Los autores y doctrinarios que refieren el tema las clasifican y documentan de la siguiente manera:

A) La autodefensa: implicaba el que un individuo que se encontraba con un derecho violado o suponía una agresión a sus prerrogativas legales, haciendo uso de su propia fuerza, restituía su derecho. De igual forma, y no en pocas ocasiones, este tipo de autosatisfacción llegaba a configurar a su vez conductas ilícitas, siendo con ello que el Estado de derecho no se restablecía.

De igual forma, este sistema no siempre daba resultado a quien lo empleaba, porque cuando el que tenía que defender sus derechos, intereses, individuales o familiares, no era lo suficientemente hábil o fuerte, o no contaba con la capacidad para lograr la satisfacción de la ofensa buscada, el Estado de derecho tampoco lograba restituirse.

La victoria la tenía aquí la fuerza bruta, y no la imposición del Estado de derecho.

No obstante, esta forma no ha sido abandonada, y en la práctica se permite su ejercicio a fin de evitar un mal mayor, y sólo por excepción.

De esta manera, el artículo 837 del Código Civil para el Distrito Federal autoriza al propietario o al inquilino a realizar o llevar a cabo las acciones necesarias para evitar o impedir que por el mal uso del predio vecino, la

seguridad, la salud o el sosiego de los habitantes del predio del que es propietario o inquilino se perjudique.

Artículo 837. El propietario o el inquilino de un predio tienen derecho de ejercer las acciones que procedan para impedir que por el mal uso de la propiedad del vecino, se perjudiquen la seguridad, el sosiego o la salud de los que habitan el predio.

Otro ejemplo del uso legal de la legítima defensa se encuentra en la codificación penal, en la que se declara que la legítima defensa propia o ajena es una de las causas de exclusión de la responsabilidad penal; se señala que en presencia de un peligro implícito respecto de aquel que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio trate de penetrar sin derecho al hogar o sus dependencias, a los de la familia, o los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender, o al sitio donde se encuentren bienes jurídicos propios o ajenos de la que tenga la misma obligación, o bien cuando se cause un daño a quien se encuentre en alguno de esos lugares, en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión (artículo 29, fracción IV, del Código Penal del Distrito Federal).

B) La autocomposición. Esta fórmula, generada por la voluntad de las partes para resolver de forma pacífica y concertada sus conflictos, problemas o diferencias, tiene como base, al igual que la anterior, la necesidad de combatir toda la intromisión de terceros, autoridades o no, en sus dos esferas intocables, que son la libertad individual y la pertenencia particular.

La simple idea que genera el concepto de propiedad otorga al que la ostenta la pertenencia particular sobre un bien, y éste se encuentra definido cuando el Estado impone exclusiones a terceros; es decir, cuando limita, restringe o condiciona su uso, goce y disfrute a través de reglas o normativa jurídica.

En cuanto al concepto de la libertad individual, la doctrina y casi todas las ramas de las ciencias dedicadas al estudio del hombre y de todo lo que a su alrededor se sucede han pretendido explicar la concepción de lo que es la libertad, sin poder llegar a definir de manera uniforme este concepto, ya que cada una de las corrientes han tomado formas y postulados, que aceptan, y que en algunos casos se contraponen con los postulados de otras corrientes.

Lo que debe interesar a nuestro estudio es la conducta del ser, y distinguirla en la medida de la normatividad jurídica, si es que su posicionamiento es conforme o alejado del mismo.

De manera que debemos considerar, para partir de una base, que la libertad es la conducta no exigida, lo que tampoco significa que la conducta debida, normada, no es libertad.

La conducta normada es tan libre como la conducta no exigida, pero la primera tiende a ser una conducta típicamente regulada por la normativa.

Por ello, y al igual que lo mencionamos con la propiedad, sin pretender definir la libertad voluntaria o imperativa, lo importante será observar cómo la norma jurídica va acotando esa libertad, porque el derecho no puede crearla, sino que sólo nos servirá para acotar la conducta y otorgarle un mayor ámbito o restringir el mismo.

En este sentido, no se puede afirmar que se tiene derecho a pensar, creer, nacer o vivir; en todo caso, lo que la norma genera es la certeza de que nadie pueda ser privado de creer, nacer o vivir.

Ejemplos del acotamiento a estos derechos los encontramos de forma abundante en nuestra legislación. En el Distrito Federal se establece como normativa positiva el que la mujer decida de forma voluntaria procrear o no, con la limitante de que sólo podrá hacerlo hasta antes de la decimasegunda semana del embarazo (artículo 144, Código Penal para el Distrito Federal); para contraer matrimonio con personas del mismo sexo, para vivir en sociedad, o para disolver voluntaria y unilateralmente el vínculo matrimonial.

El hombre vive entonces en un mundo de amplias libertades reguladas por el legislador —quien por su parte tiene que actuar de forma libre, pero que al ser su trabajo la creación de normatividades y disposiciones, esta libertad está condicionada a la reflexión de su quehacer— y sólo en el momento en que, como siempre ocurre, esa voluntad se topa, cruza o enfrenta a otra voluntad (también libre), es que surgirá el problema, o el conflicto, y será en ese preciso momento en que este choque de voluntades genere una idea de pretensiones.

Estas pretensiones podrán ser resueltas de forma pacífica, normada por el legislador, a través de la figura de la autocomposición, y mediante un acuerdo, un convenio o un contrato, se dará origen a varias formas procedimentales que han sido previstas y reguladas por la norma, para otorgarles la eficacia que el legislador prevé.

Podrá ser que las partes en conflicto resuelvan sus pretensiones, otorgando mutuas concesiones, ya sea que el pretensor conceda parte de sus pretensiones, ya que el pretendido conceda parte de las suyas, o que ambas partes resuelvan conceder mutuamente.

Podrán, de igual forma, y como una variante, someter su acuerdo ante una autoridad para que ésta lo sancione, le otorgue certeza y seguridad jurí-



dica a lo hecho entre las partes; pero también puede suceder que por tradición, costumbre o hábitos sociales, el acuerdo generado no sea sancionado por la autoridad o la norma vigente, y aun así procurar su eficacia.

Existen, sin embargo, como lo hemos mencionado, limitaciones a este derecho de autocomposición, para todas aquellas situaciones en donde la norma expresamente determine la necesidad de actuar y limitar a los particulares, como ocurre cuando la pretensión atañe a situaciones o circunstancias restringidas al Estado, como lo son sobre situaciones de orden público.

AUTOCOMPOSICIÓN VOLUNTARIA. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 8o., FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el sentido y alcance de la norma deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el legislador. Así, el método genético-teleológico permite, al analizar la exposición de motivos de determinada ley, descubrir las causas que generaron la norma. En la exposición de motivos del Código Federal de Procedimientos Civiles de mil novecientos cuarenta y tres, se dejó establecido que la intervención de la autoridad judicial para decidir los conflictos de los particulares sería lo excepcional, propiciando que sean los propios interesados quienes de manera pacífica y espontánea solucionen sus diferencias y el legislador estableció el acotamiento de que la composición privada no está permitida en casos tales como el divorcio voluntario, la rectificación de actas del estado civil y los derechos que de éstos emanen; sin embargo, no puede decirse que esa prohibición a la autocomposición también incluya conflictos del tipo económico, que no están vinculados con los altos valores que él protegió. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Tesis: II.3o.C.36 C. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XV, marzo de 2002, p. 1297.

Sobre este tema, el profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo,<sup>1</sup> generó el siguiente esquema que ejemplifica de forma resumida lo antes explicado, con excepción, claro, de la acción.

#### A) Unilaterales

<i>Autocomposición</i>	<i>Sujeto</i>	<i>Autodefensa</i>
a) Desistimiento	Atacante	Estado de necesidad
b) Allanamiento	Atacado	Legítima defensa

<sup>1</sup> *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, 1970, p. 15.

## B) Bilaterales

c) Transacción	Ambos	Duelo
----------------	-------	-------

C) La heterocomposición. Finalmente, esta fórmula, que atañe necesariamente a la intervención de un tercero, ya sea el Estado o un tercero particular, cuando la pretensión del pretensor es de tal forma rechazada o irreconciliable, a través de la razón de la voluntad de las partes, que es necesaria la intervención de un tercero para lograr un resultado, que podrá ser o no el querido por las partes, pero indiscutiblemente será el que tendrán que aceptar.

Y aquí se observa el imperio de la norma, que necesariamente nos lleva al desarrollo de la instancia, ya que se vea como se vea, todo proceso oficial o privado conlleva la aparición de un instar, ese que podrá ser o no complejo, como en el caso del proceso, pero que inevitablemente nos refiere a un instar, a una pretensión, a un interés.

Dice el maestro Alvarado Velloso: “Al fenómeno de coexistencia de una pretensión y de una resistencia acerca de un mismo bien en el plano de la realidad social se le da la denominación de conflicto intersubjetivo de intereses”.<sup>2</sup>

En general, al derecho procesal se le ha definido como “un conjunto complejo de actos del estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo”.<sup>3</sup>

Hay inclusive quienes han llegado a considerar que el proceso es un instrumento de la jurisdicción, explicado en el sentido del autor, “si la potestad jurisdiccional, a través de los órganos que la poseen tiene como función la satisfacción de intereses jurídicos, esta función se cumple usando... un instrumento: el proceso”.<sup>4</sup> La dicotomía del proceso y la jurisdicción cumple su función en sus características, el proceso es, a decir de este autor, meramente un instrumento que caracteriza a la jurisdicción, y abundando en el tema, cita a Prieto-Castro, para quien procedimiento y judicial refiere “el lado externo de la actividad procesal”, y al decir de Gómez Orbaneja, a “una consideración meramente formal o externa de la actividad procesal”.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal. Primera parte*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1989, p. 14).

<sup>3</sup> Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, México, UNAM, 1979, p. 121.

<sup>4</sup> Montero Aroca, Juan, *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 1976, p. 180.

<sup>5</sup> Montero Aroca, Juan, *Trabajos de derecho procesal*, Barcelona, Librería Bosch, 1988, p. 228.

Para terminar, el profesor Montero Aroca señala, que “Jurisdicción y proceso son términos correlativos, en cuanto aquélla se realiza únicamente a través del proceso, y en cuanto éste es el instrumento necesario de la jurisdicción”.<sup>6</sup>

Compartiendo el pensamiento de Prieto-Castro, el profesor Montero afirma que el procedimiento, aun cuando comparte con el proceso la misma raíz etimológica, sus diferencias conceptuales son muy significativas, ya que el procedimiento es —para este autor— un “aspecto exterior del fenómeno procesal, el modo cómo deben ser realizados los actos procesales y la manera de ordenarlos dentro del proceso”.<sup>7</sup>

### 1. *El proceso como contrato*

Históricamente se habló del proceso como un contrato, siguiendo la tradición, al considerar que las partes estaban vinculadas en una relación convenida para someterse a la determinación de un tribunal, considerando al derecho romano, sobre todo cuando se habla del derecho de gentes, *las gens*, en donde las normas del derecho público no contenían la potestad de actuar de forma coercitiva, lo que generó la necesidad de considerar esa sujeción a través de las figuras del derecho civil, como lo era el contrato, que era celebrado ante el pretor en donde la *litis* se encontraba ya determinada, y las partes se obligaban a sujetarse a la resolución que finalmente se obtuviera por los *iudices*.

En la era romana, el proceso era contemplado como una institución del derecho privado. La *litis contestatio* era, pues, la forma en como el contrato se perfeccionaba, y al igual que en nuestro actual derecho, para poder desistirse de la acción intentada había que considerar la generación de otro contrato.

Con el devenir de las instituciones y el fortalecimiento del imperio, Roma fortaleció también la autoridad estatal, con lo cual los ciudadanos romanos se encontraron sujetos a la potestad del Estado; se abandona la práctica del contrato por la “jurisdicción” emanada de las autoridades, en donde incluso para los que incumplían con el mandato, las autoridades se hallaban dotadas de imperio o potestad de hacerlas cumplir a través de la coerción.

La *litis contestatio* continuaba siendo la piedra angular del proceso, pero el contrato entre particulares dejó de tener efecto y razón de ser, al haberse absorbido esa potestad por el Estado, sobre todo en la persona de los em-

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>7</sup> *Ibidem* p. 228.

peradores, quienes conocían de forma personal el proceso, delegando su “imperio” y su jurisdicción.

## 2. *Proceso como cuasicontrato*

Esta tradición se continuó en la Edad Media, en donde el proceso era dirigido por el señor feudal, y en su tiempo al rey o emperador e inclusive en la figura del Papa.

## 3. *El proceso como relación jurídica*

Para Oskar von Bülow el proceso es una relación jurídica pública, siempre en constante movimiento y se reinventa, o se transforma, en cada una de las ocasiones que se presenta, dado que la relación jurídica privada que se muestra entre las partes y que constituye la materia de la litis, en el debate judicial se presenta como totalmente concluido.

Von Bülow enumera los elementos o “prescripciones” necesarios para la constitución de un proceso: 1. La competencia, capacidad e insospechabilidad del tribunal; la capacidad procesal de las partes y la legitimación de su representante; 2. Las cualidades propias e imprescindibles de una materia litigiosa civil; 3. La redacción y comunicación (o notificación) de la demanda y la obligación del actor por las cauciones procesales, 4. El orden entre varios procesos.<sup>8</sup>

Las llamadas “prescripciones”, a las que finalmente propone el autor se les bautice como “presupuestos”, son finalmente la suma de los elementos que permiten la marcha del procedimiento; es decir, sin la concurrencia de estos elementos el proceso no sería posible.

Lo ha explicado Becerra Bautista,<sup>9</sup> cuando señala que en el proceso se observa una relación jurídica necesaria, que tiene como fundamento la vinculación de tres sujetos, capaces de intervenir positivamente en un proceso para resolverlo: el juez, como representante del Estado, imbuido de derechos y obligaciones, y el ciudadano, también sujeto de derechos y obligaciones. Y como son tres los sujetos de la relación jurídica procesal, actor, demandado y órgano jurisdiccional, éstos constituyen los sujetos de la relación jurídica procesal. Representantes de esta corriente lo son Ugo Rocco, Chiovenda, Calamandrei, Betti, Redenti, Zanzucchi, etcétera.

<sup>8</sup> Bülow, Oskar von, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, trad. de Miguel Ángel Rosas Lichtschein, Buenos Aires, EJE, 1964, p. 5.

<sup>9</sup> Becerra Bautista, José, *El proceso civil en México*, 14a. ed., México, Porrúa, 1992, pp. 2 y 3.

Empero, una crítica rápida a esta doctrina conlleva a exhibir que en ésta los elementos considerados por el autor nos conducen a pensar que la misma es muy limitada, pero no por lo que señala Goldschmidt, ya que el mismo la descalifica por factores diversos. Esta doctrina tiene como defecto olvidar procesos privados, como el arbitraje, y a los que se suscitan al amparo del derecho internacional.

#### 4. *Proceso como situación jurídica*

Esta doctrina, expuesta fundamentalmente por Goldschmidt, comienza por hacer una crítica a la teoría de la relación jurídica, en la que rechaza los supuestos expuestos por Oskar von Bülow, y señala textualmente lo siguiente: "... puesto que la situación procesal no es una situación de la relación pública abstracta, sino del derecho material o, más precisamente, aquella situación en que las partes se encuentran con respecto a este derecho a consecuencia de que el mismo se ha hecho valer procesalmente".<sup>10</sup>

Del análisis de las teorías y doctrinas antes expuestas cabe mencionar que sus autores, antes que definir el proceso, atienden primordialmente a sus fines.

Lo cierto es que las doctrinas señaladas tienen su importancia en cuanto a que las mismas han venido a significar una búsqueda del proceso y verificar que dentro de las variantes que esgrimen surgen elementos que permitieron esbozar una teoría científica del proceso. Recordemos que antes de la doctrina de la relación jurídica, al proceso se le veía como una suma de procedimientos pertenecientes al derecho sustantivo; por lo que a la acción, la prueba, la cosa juzgada, se les consideró elementos del derecho civil. Algunos otros elementos procesales no eran estudiados.

Es a partir de ese momento cuando el derecho procesal comienza a reivindicarse como una materia separada, aislada, con autonomía propia, separada de su causa y sin vinculación a su fin. Es en el proceso donde se encuentran una serie de instituciones categóricas, y no una exposición de elementos exteriores considerados ahora normas procedimentales. Estamos frente a una serie de actos proyectivos, como califica Humberto Briseño Sierra en su obra *Categorías institucionales del proceso*.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Goldschmidt, James, *Teoría general del proceso*, 2a. ed., Buenos Aires, EJEJA, 1961, p. 61.

<sup>11</sup> México, Editorial José M. Cajica Jr., 1956, p. 139.

## II. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO

Francisco Carnelutti<sup>12</sup> enseña que “Un procedimiento es una serie de actos vinculados causalmente entre sí, de tal modo que cada uno supone el anterior y el último supone al grupo entero”.

En su obra *Derecho procesal*, el doctor Briseño Sierra señala, al analizar de la problemática que implica el alcanzar una homogeneidad de conceptos, por cuanto hace a su terminología, a las dificultades metódicas que entraña desde su etimología hasta su definición, de la que nos muestra que ésta se encuentra en discusión por tantas definiciones como autores existan, y por la necesidad que existe de encontrar o elegir una de las posibles nociones de derecho.

Los lógicos se han dedicado a la definición de los conceptos, y sobre todo del método, y han afirmado expresa o implícitamente cuál es la manera de llegar a conceptuar:

El método de la ciencia natural es la causalidad. Con esto se quiere decir que la investigación naturalista descubre sus verdades al fijar la conexión causal de los fenómenos; su objetivo es averiguar qué hechos determinan otros necesarios, fatalmente. La estructura de los hechos culturales es diversa. Aquí los acontecimientos se explican por motivos, por fines. Cuando el historiador habla de causas de un fenómeno por ejemplo de las causas de la Revolución Francesa lucha contra los privilegios feudales y el despotismo de los reyes, etc., no toma la noción de causa en el sentido preciso que lo hace la ciencia natural; antecedente real y productor de un hecho. Se refieren, más bien, a los motivos, a las intenciones que impulsaron a los hombres a obrar en cierto sentido, dada la situación social de aquella época. Sin género de duda, los franceses de entonces se decidieron a derrocar al régimen político imperante, por innegables motivos colectivos, quizá, pensando en que otra forma de gobierno aliviaría su precaria situación económica; una decisión de la voluntad; actuaron en atención a ciertos fines por alcanzar.<sup>13</sup>

Se ha señalado que para identificar cualquier situación dada en la naturaleza, o bien entender los motivos y las razones de la ciencia, debe primero llevarse a cabo un estudio sistematizado y metódico del objeto de estudio, lo que nos lleva necesariamente a interpretar lo que es un sistema, para luego ser aplicado el método y en consecuencia a la técnica, cualquiera que ésta

<sup>12</sup> Carnelutti, Francisco, *Sistemas de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1944, p. 102.

<sup>13</sup> Larroyo, Francisco y Cevallos, Miguel A., *La lógica de la ciencia*, México, 1948, pp. 270 y 271.

sea, y dependiendo de la rama o materia en estudio; pero es imperativo partir de un conocimiento previo, de una noción de elementos existentes y conocidos, que nos lleven a resolver cuestionamientos planteados con una respuesta, que podrá ser o no conocida de antemano; es decir, debemos partir de la existencia del objeto de estudio, lo que parece lógico y evidente, pero que en la teoría no es así.

En el derecho existe una dicotomía muy específica en cuanto al objeto de estudio se refiere. En ella, los conceptos de análisis se muestran en dos sectores, niveles o parámetros, como lo son lo indeterminable y lo determinable.

Algunos pensadores suponen que para poder determinar o definir el concepto de *sistema* se debe atender a los principios aplicados en otras disciplinas. De esta forma, incluso se ha atribuido paternidad a este concepto, en diversas disciplinas y a quienes han pretendido definir el concepto, como la expresada por el biólogo austriaco Ludwig von Bertalanffy, quien pugna por una nueva forma de pensar basada en los sistemas. Esto ha sido retomado por diversos juristas, quienes parten de esta idea para presentarnos una definición de lo que para ellos es el sistema y su aplicación de forma prudente a la norma jurídica, refieren que:

... la palabra sistema tiene diferentes significados, entre ellos el conjunto de actos y elementos interrelacionados que se destinan al cumplimiento de un objetivo. Específicamente sobre el sistema normativo indican que es definido como un conjunto de enunciados que tiene (algunas) consecuencias normativas (para algún Universo de Casos y algún Universo de Soluciones). La definición del concepto de sistema en términos de consecuencias normativas permite dar cuenta de enunciados no normativos que pueden figurar en un sistema normativo, sin necesidad de tratarlos como normas incompletas o mutiladas.<sup>14</sup>

De ahí que parezca simplemente natural separar la pretensión jurídica de la ajurídica; pero en seguida la categoría lógica a la que pertenezca la expresión conduce a distinguir entre la pretensión aporética y la apofántica. En virtud de la primera cabe aludir a la interrogación, la averiguación, la exploración, la pesquisa, la indagación y cualquiera suerte de interrogante.

Esta pretensión es emitida en busca de un conocimiento.

El vocablo aporética significa lógica de la interrogación; se deriva de la expresión griega aporía (dificultad, problema) que inicialmente connotó

<sup>14</sup> Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, citado por Calvinho Gustavo, *El sistema procesal de la democracia*, San Marcos, EIRL, 2008, p. 22.

“callejón sin salida”. Una cuestión científica, en efecto, se presenta a modo de un obstáculo en la marcha progresiva del saber. En la acepción de la palabra aquí tomada es preciso buscar sus antecedentes en Kant y Brentano. Aristóteles aun le daba un sentido muy general. En los últimos años los filósofos que han puesto de relieve la importancia de la teoría de la interrogación en la especulación filosófica son, entre otros J. K. Kreinig y N. Hartmann...

si todas las ciencias plantean la adquisición de sus conocimientos sus problemas peculiares, es evidente que a la interrogación en cuanto tal, constituye uno de los caracteres más generales. Así se comprende la razón de que una teoría del problema en general, una aporética, ocupe su sitio en la sección de la apofántica analítica... no toda interrogación se encuentra planteada con legalidad, las hay que involucran un patente absurdo. La historia de la ciencia hace ver no pocas veces que un equivocado planteamiento de los problemas ha detenido el progreso del saber... De la noción de materia o incógnita del juicio (lo determinable —no lo absolutamente indeterminado— en el proceso del conocimiento), se desprenden las condiciones generales que implica todo problema o aporía científicas. Dos son, a la verdad, los supuestos lógicos en el planteamiento de las cuestiones científicas: a) una heterosis del conocimiento: b) una suerte de datos conocidos o condiciones dadas.<sup>15</sup>

Briseño Sierra, siguiendo el pensamiento de N. Hartmann y F. Nietzsche, muestra que a través del camino de la aporética se llega al conocimiento del concepto del sistema.<sup>16</sup>

Respecto a la incompatibilidad de aporía y sistema cabe presentar a Hartmann esta objeción de principio. Es inconcuso que cualquier conocimiento puede concebirse a modo de un planteamiento riguroso de un problema. En el juicio, por ejemplo, no existen cuerpos en reposo absoluto, que es la contestación a una cuestión de antemano lanzada en el marco de la física. La evolución del saber, pende, sin disputa de un tratamiento aporético de su materia de investigación; pero no sólo de él. Busquemos el origen de la pregunta planteada. Supongamos que se haya fijado el interrogante: ¿Existen cuerpos en reposo? Partiendo del hecho, entre otros, de que el Sol está animado de movimiento: conocimiento, por cierto, que negaba la idea relativamente antigua de que esta estrella era fija. De acuerdo con los supuestos lógicos de la aporía en general, se cumple la primera condición necesaria de todo interrogante científico. También se verifica el segundo de los su-

<sup>15</sup> Larroyo y Cevallos, citados por Briseño Sierra, Humberto, *op. cit.*, pp. 130 y 131.

<sup>16</sup> Briseño Sierra, *op. cit.*, p. 131.



puestos precitados. Para lanzar la pregunta se parte, claro está, de las ideas ya conocidas de reposo absoluto y cuerpo. Sin estas nociones previas que involucran un conjunto de leyes rigurosas, la pregunta no tendría sentido alguno, y así en este orden regresivo. En otras palabras, cualquier problema científico ya adquirido; respuesta a su vez que implica con forzosidad manifiesta una pregunta determinada y así sucesivamente. Pero este orden totalizador de problemas y soluciones en torno a un objeto de conocimiento es, puntualmente, lo que desde siempre se ha llamado sistema. De este modo la matemática, la física, la química y en general todas las ciencias se van elaborando, perfeccionando; y así la filosofía —la investigación en torno a las condiciones supremas de la cultura, el estudio, en suma de los valores— no podrá sustraerse; perdería *eo-ipso* su necesidad científica, aporía y sistema no pueden ser conceptos excluyentes, categorías incompatibles en la investigación científica poco importa que se trate de la filosofía. Al contrario, son instrumentos inseparables en el trabajo auténtico de las ciencias. Orden de fundamentación (sistema) e interrogantes: he ahí las fases metódicas que se implican esencialmente en la tarea del pensar científico.<sup>17</sup>

De manera que cuando en la materia jurídica, se define al procedimiento como “una serie de actos vinculados causalmente entre sí, de tal modo que cada uno supone el anterior y el último supone al grupo entero”, lo pertinente será analizar, si en el derecho el *procedimiento* no es la unidad, sino el conjunto, los problemas que con ello se refiere irremediamente.

Briseño Sierra nos explica en su obra *El derecho procedimental*, la importancia que reviste el analizar al derecho como un serie de elementos que se generan en un grupo, como el social, que a diferencia de las ciencias naturales, las ciencias sociales en las que se encuentra incluida el derecho, en donde a diferencia del primero, las relaciones que vinculan a los elementos que conforman al conjunto para generar el sistema, no tienen un carácter preponderantemente causal, sino que su motivación se encuentra en la finalidad que motiva su conjunción.

Acordes con esta corriente, debemos entender que las normas jurídicas se generan como la finalidad para establecer en el grupo la eficaz convivencia y para prever la resolución de cualquier conflicto o situación que en ella se genere, siempre pensada a futuro, ya que verlo de forma contraria; es decir, que la norma se genere por efecto de la causa, es considerar una situación aberrante jurídicamente hablando.

<sup>17</sup> Larroyo y Cevallos, citados por Briseño Sierra, *op. cit.*, pp. 131 y 132.

El tema llega necesariamente a la teoría del hecho jurídico considerado como una totalidad de acontecimientos que, al realizarse, deben producir la consecuencia de derecho (Schreier, citando a Von Thur, pág. 146). Y aquí se ubica el llamado principio de causalidad jurídica que establece que no hay consecuencias de derecho sin supuesto jurídico. Podría creerse que, tanto al utilizar el término causalidad, como al desarrollar la regularidad mencionada, bastaría inclusive pensar en un supuesto jurídico para que la consecuencia se diera y, además, necesariamente. Tal elucubración no sería del todo exacta; si el legislador es libre para establecer las reglas es porque las consecuencias son variables y a veces impredecibles.<sup>18</sup>

Método, en términos generales nos refiere, por tanto, a la forma de trabajar con orden, diversas acciones encaminadas a lograr un fin pretendido, es decir, a través de eslabonar ideas y acciones concretas podemos conseguir un resultado perseguido, y si este esfuerzo particular lo traspolamos a un grupo de estudio específico podremos obtener un método científico, “Se dice que un conocimiento es científico (en oposición al conocimiento vulgar) cuando un conocimiento ha sido debidamente explicado (o fundado) conforme al sistema y a los métodos propios de una disciplina científica”.<sup>19</sup>

Transportándonos al campo del derecho, en donde se ha sostenido que para la mayoría de los pensadores se ha conocido a la lógica como la ciencia de la corrección de los pensamientos, y junto a ella a la metodología como ciencia que investiga los métodos que aplican las otras diversas ciencias en su desarrollo, y a la epistemología como la ciencia que se ocupa del origen, de las leyes y de las esencias y límites del conocimiento.

Cuando hablamos de un proceso jurídico, en el cual se apliquen los elementos antes mencionados, cabría una serie de argumentaciones las más científicas, puesto que el derecho, como todo conocimiento científico, alcanza el grado de ciencia, al pretender valorar sus propios principios y tratar de regularlos conforme al campo en el que se proyecta.

De manera que, al hablar del proceso jurídico, se enfoca, la globalidad del mundo jurídico que comprende el desarrollo de las conductas que condujeron a esas relaciones.

En el procedimiento jurídico, a diferencia de otras disciplinas humanas, en las que los elementos se presentan como constantes continuas e inamovibles, en el procedimiento jurídico, específicamente en las normas procedimentales, estas conductas observan un sentido, una intención de referencia

<sup>18</sup> Briseño Sierra, Humberto, *op. cit.*, p. 135.

<sup>19</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *Metodología del trabajo jurídico*, 4a. ed., México, Limusa, 1988, p. 3.

hacia otras normas, generalmente denominadas sustantivas, que al integrarse con las otras (procedimentales) van forjando una cadena de conductas con destino y destinatario.

En el mundo jurídico podemos hablar de normas estáticas, cuya vinculación o cumplimiento es de carácter definitivo, y sus significados son conservados indefinida y atemporalmente con respecto del destinatario de la norma. Las normas dinámicas y las normas estáticas coinciden en su presentación concreta (aunque objetivamente se distinguen de las llamadas subjetivas por la carencia de titulares identificables), pero carecen de ese sentido o dirección hacia nuevas estaciones o momentos de reposo.

En estas normas, en el derecho mexicano, la regulación estática aparece desde la normatividad constitucional, que es la base sobre la que se asienta la empresa de gobierno de cualquier Estado, y de ahí se continúa a todas las secciones, como son la civil, mercantil, administrativa, penal, laboral, agraria etcétera, y las subsecciones, como el derecho de familia, el registro público y el civil, el derecho bancario, etcétera, normas que requieren de una agrupación de distintas disposiciones y puntos de partida para elaborar cuerpos legales especializados, ya de la vida comunal, la vida profesional, la pública y del ámbito internacional.

A esta normativa se le conoce en el campo del derecho como normatividad sustantiva o material, y sirve para conocer las vinculaciones entre los individuos.

Frente a ellas se encuentra la normatividad energética, el de las normas dinámicas que se acoplan a las sustantivas, y por ello reciben el nombre de “adjetivas”.

Al respecto, es importante mencionar que como ocurre en los fenómenos sociales, antes comentados, históricos o simplemente culturales, el fenómeno de la concatenación de datos aparecidos en sucesividad es algo común. Lo que no es común es el que los datos sean precisamente conductas humanas, y no meros sucesos precedentes.

También encontramos que en esa concatenación de nociones, los datos de referencia no están siempre o en ciertos ámbitos vinculados de antecedentes o consecuencia, o incluso de necesaria eficacia, como sí ocurre en el sector de lo jurídico.

El rasgo determinante se encuentra en ser de un carácter lógico de relación o de normatividad que campea el rasgo del debe ser.

Las secuencias procedimentales se presentan al observárseles aparejadas, pero no al azar ni de manera indiscriminada, sino como razones lógicas de causa a efecto. De pretensión a prestación o de mandato a cumplimiento.

El método puede aparecer en el proceso jurídico como una connotación, que implica un movimiento, ideal y no físico, que toma aspectos dinámicos sin abandonar el dato estático.

El método —refiere Humberto Briseño Sierra— es sobre todo la definición, es la unidad del pensamiento que le utiliza como todo punto de apoyo para avanzar sobre sus significaciones y cuando se le ha captado cabe pasar a otra idea y buscar los enlaces propios del juicio; pero el método no tiene la propiedad de incitar por sí al desplazamiento, no es él mismo quien impulsa el discurrir, simplemente concreta, hace claro y preciso un significado, pero no tiene el dinamismo propio de todo avance.

El método, por tanto no es el dinamismo del pensamiento y hasta cabría decir que es precisamente lo opuesto, que es la inmovilización de la imagen o significado para que, una vez conocido el contenido del término, se elucubre a su alrededor. En cambio el procedimiento en sí es una estructura intelectual que fuerza a pasar la atención del pensante de un punto a otro y a varios más que pueden quedarles enlazados. Aunque lo habitual sea confundir método con procedimiento, su campo de conocimiento y de realización, son diferentes. Ahí quedará el concepto aprendido en la intuición lógica; y el procedimiento, cuando sea utilizable lo tomará para concatenar nociones y significados en una sucesividad indeterminada.<sup>20</sup>

### III. LA NORMA SUSTANTIVA Y ADJETIVA

De manera que tenemos por un lado un grupo de análisis determinado en un universo denominado “procedimiento”, que se caracteriza por no más de cinco o seis elementos, y cuyo ámbito de actuación se genera y presenta en todas y cada una de las áreas del derecho, cuya nota principal es el instar, entendido como un requerimiento que se hace a una autoridad, pero también es factible el hacerla a una persona privada, física o moral (árbitro).

Si le asignamos el valor de una pretensión, lo habremos equiparado a un derecho subjetivo.

De todo lo anterior tenemos entonces una unidad de análisis (el procedimiento), una variable (el instar) y otra variable, que será el área de injerencia o competencia; otra variable más se refiere a las partes dentro del procedimiento; existe una variable identificada autoridad con facultades sancionadores, y otra variable será la autoridad con facultades coercitivas. Existen muchas otras variables, pero con las mencionadas creemos que será suficiente.

<sup>20</sup> Briseño Sierra, Humberto, *op. cit.*, p. 42.

Al efecto, cada una de ellas tiene un método que le es propio y que emplean para fijar conocimientos.

Con respecto a los problemas abordados científicamente, ellos lo son desde la macro-semiótica de la ciencia, no así de los anteriores por la validez de sus métodos, universalidad y comprobabilidad. El método empleado es el de la eficacia.

Con relación a los no científicos, son aquellos donde no se utiliza el método científico, sino alguno de las macro-semióticas, que preceden a la ciencia: jurídico-estatal, de lenguajes naturales y del mundo natural. Los métodos empleados son, respectivamente, reflexión, autoridad y tenacidad.

De manera que al hablar del procedimiento jurídico se enfoca la globalidad del mundo jurídico que comprende el desarrollo de las conductas que condujeron a esas relaciones.

En el procedimiento jurídico, a diferencia de otras disciplinas humanas, en las que los elementos se presentan como constantes continuas e inamovibles, en el procedimiento jurídico, específicamente en las normas procedimentales, estas conductas observan un sentido, una intención de referencia hacia otras normas, normalmente denominadas sustantivas, que al integrarse con las otras (procedimentales) van forjando una cadena de conductas con destino y destinatario.

También encontramos que en esa concatenación de nociones, los datos de referencia no están siempre o en ciertos ámbitos vinculados de antecedentes o consecuencia o de necesaria eficacia, como sí ocurre en el sector de lo jurídico.

El rasgo determinante se encuentra en ser de un carácter lógico de relación o de normatividad que campea el rasgo del debe ser.

Las secuencias procedimentales se presentan al observárseles aparejadas, pero no al azar ni de manera indiscriminada, sino como razones lógicas de causa a efecto. De pretensión a prestación o de mandato a cumplimiento.

Como todo fenómeno complejo, las conductas sociales pueden ser observadas desde distintos ángulos o puntos de vista. En principio, es primordial observar los datos esenciales, que definen al fenómeno. La sustancia que no altera lo esencial de la secuencia en la conducta de los individuos, que puede ser modificada, en razón del tiempo y el espacio en que se comportan, y hasta en la forma en la que interactúan.

Cuando estos fenómenos se producen, generan cambios en la normatividad sustantiva a efecto de adecuarla; y en ciertos momentos para adaptarla a situaciones económicas, administrativas, de seguridad social imperantes, o bien para garantizar satisfactores sociales.

Es importante entender los fenómenos por sí, desde su esencia y sus principios, los que al alejar o soslayarse de las manifestaciones sociales dan pie a configurar legislación parca y en muchos casos, o indebidamente adecuadas al tiempo y espacio para el cual se pretende su aplicación.

#### IV. PROCESO Y PROCEDIMIENTO

La aplicación del concepto de “procedimiento” obtenido en el sentido amplio, con el conocimiento y la aplicación de los elementos que lo conforman, su significado y sistematización de las unidades primarias o elementales que lo conforman, son la materia de estudio.

El procedimiento tiene sus orígenes remotos en los ordenamientos del derecho romano, en donde las actividades judiciales y administrativas se confundían, y en donde el elemento más importante era el resultado, la sentencia, que era la generadora de los derechos.

El combate a la sentencia se realizaba a través de la nulidad de la resolución, y es en ese momento cuando fue considerado como una institución del derecho privado, con la cual se negaba la existencia del pronunciamiento.

La impugnación era considerada un acto administrativo y gubernamental.

De manera que en el régimen jurídico romano, las actividades judiciales se encontraban entremezcladas con las administrativas, y por eso los pretores conocían más de juzgar, que de lo que ahora se denominan los presuuestos o condiciones procesales y del nombramiento de jueces y árbitros.

Fue así que la apelación tuvo su origen, más que en el ámbito procesal, en el administrativo.

Como lo refiere el tratadista Teodosio Lares, la noción del acto administrativo pudo independizarse hasta el siglo XIX, cuando, como lo señala, los esfuerzos en Francia condujeron a elevarlo a una verdadera teoría científica, estableciendo principios positivos, necesarios e incontestables, de que pudieran deducirse rectas y seguras consecuencia para el bien y mejora en la administración de los pueblos.

Briseño Sierra señala que en este proceso la noción de procedimiento quedó entreverada secularmente con los estudios sustantivos, y al igual que en el ramo civil, en el administrativo se habló durante mucho tiempo de la justicia administrativa, como lo hiciera Rodolphe Dareste a finales del siglo XIX.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> *La justicia administrativa en France*, París, 1898. Briseño Sierra, Humberto, “La enseñanza del derecho procesal”, ponencia presentada en el XV Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Rosario, Argentina, 2001.

De igual forma que al estudio del procedimiento se enfocó la doctrina francesa; por su parte, el proceso fue especialmente atendido por las doctrinas alemana, italiana, española y, finalmente, la iberoamericana.

Para la doctrina francesa, el dinamismo se encerró en la actividad funcional de las autoridades administrativas, que inclusive constituyeron tribunales especiales, dedicados primordialmente a la materia fiscal.

Por su parte, la doctrina alemana generó la teoría del proceso, basada en el dinamismo del derecho civil.

En tanto que el dinamismo era definido en la doctrina alemana, en la doctrina francesa se incorpora al derecho administrativo.

Para Bulöw, el dinamismo permitió distinguir ambas instancias a partir de los presupuestos y excepciones, y nos explica Briseño Sierra que lo considerado por este autor sobre la definición de excepción no era semánticamente similar a lo que hoy conocemos como excepción, sino que se trataba de “argumentos relacionados con las condiciones para establecer un proceso válido”.

El problema que surge en el divorcio del proceso y el procedimiento se encuentra tal vez en la semiótica, dado que el lenguaje emplea signos que tienen un código indispensable para su entendimiento. Lo propio de un signo es significar, hacer presente un objeto distinto del mismo, como lo explica John Deely.<sup>22</sup> Y sobre esto, Briseño Sierra identifica la necesidad de significar mediante el intercambio comunicativo, a través de signos codificados, lo que equivale a metodizar.

Este método permite implantar unilateralmente un significado, en donde el lenguaje queda codificado, y el oyente tendrá la posibilidad de entender al hablante descodificando el mensaje que le ha sido enviado.

De esta forma se realizó durante la historia del derecho, permitiendo distinguir las normas dinámicas de las sustantivas, y de entre ellas las atinentes a la norma procesal y a la procedimental.

Así también ha sido reconocido por diversos autores, quienes ven en el lenguaje y en el significado de las palabras empleadas de forma cotidiana, de esta forma se ha tenido la tendencia a confundir los conceptos no jurídicos con los conceptos jurídicos. Un ejemplo de ello lo tenemos en el significado usual de la palabra “propiedad”.

Refiere el profesor Jeremiah Smith en el *leading case* *Eaton vs. B.C. & M. R. Co.*, citado por W. N. Hohfeld en *Conceptos jurídicos fundamentales*:

<sup>22</sup> *Los fundamentos de la semiótica*, México, 1996, p. 121.

En un sentido jurídico estricto, la tierra no es “propiedad” sino el objeto de la propiedad. La palabra “propiedad” aunque en el habla común es aplicada con frecuencia a una parcela de tierra o a una cosa mueble, en su sentido jurídico “significa únicamente los derechos del propietario en relación a ella”. “Denota un derecho sobre la cosa determinada”. “La propiedad es el derecho de una persona a poseer y usar una cosa y a gozar y disponer de ella”.<sup>23</sup>

El derecho a usar en forma indefinida es una cualidad esencial de la propiedad absoluta sin el cual ésta no puede tener existencia. Este derecho de uso incluye necesariamente el derecho y la potestad de excluir a otros de usar la tierra.<sup>24</sup>

En las relaciones estáticas también podemos observar una distinción inherente en la naturaleza misma de las cosas. Los hechos importantes en la constitución de una relación jurídica determinada pueden ser de dos tipos: operativos o probatorios.

Los hechos operativos, constitutivos, causales o dispositivos son aquellos que, con arreglo a las normas jurídicas generales aplicables, bastan para modificar las relaciones jurídicas; esto es, para generarla, modificarla, extinguirla o generar el interés para exigir su cumplimiento.

Sin embargo, aunque existe una relación jurídica ligada a un interés, ello no es suficiente para ser considerado un elemento que nos permita alcanzar una jurisdicción. Estos hechos estáticos no alcanzan la definición de pretensión que existe en la relación dinámica de una instancia.

En principio, buscar la definición del concepto en su sentido amplio, como la norma implica una función interdependiente de conceptos, y generalmente uno de ellos alude a un derecho mientras que el otro hace a una obligación, se tendrá al interés como el resultado de la titularidad, ya sea del derecho o de la obligación.

La atribución, la conservación o el ejercicio de la posición que se tiene en la relación de prestaciones porque une un derecho con una obligación, o de una situación en la relación determinativa porque caracteriza a los objetos o los sujetos, lo que marca la presencia jurídica del interés.

Para la normativa jurídica, ni la decisión ni la situación pueden contener un interés simple; es decir, ajeno a la influencia o regulación del derecho.

La jurisprudencia mexicana, al considerar el tema y significado del interés, ha sostenido que para reclamar la aplicación de una ley sin confirmarla, su sola promulgación no afecta los intereses jurídicos del quejoso.

<sup>23</sup> Selden I., en *Wynehamer vs. People* 13 N. Y. 378, p. 433; Blackstone, Commentaries, t. 1, p. 138; Austin Jurisprudence, 3a. ed., t. 2, pp. 817 y 818.

<sup>24</sup> Véase Austin Jurisprudence, *ed. cit.*, t. 2, p. 836; juez Wells, en *Walker vs. O. C. W. R. R.* 103 Mass. 10, p. 14.



El interés jurídico no sólo aparece en la relación de derecho sustantivo, sino en la procesal, e incluso se la ha significado como un requisito indispensable y esencial para el ejercicio de la acción, que puede ser estudiado por el juzgador, ya que tiene el carácter de orden público.<sup>25</sup>

De esta manera, se distinguen diversas clases de interés, se habla de interés sobrevenido, del coadyuvante, del propio y del distinto, que permite deducir una pretensión diversa de la principal.

Que en los criterios jurisprudenciales sobre este punto no haya tenido un avance significativo, se advierte cuando al hablar de agravios en la apelación continúa sosteniendo que el mismo tercero que recurre y que puede no haber intervenido en el primero proceso lo hace porque el interés es la medida de la acción, y esto se observa revisando los agravios.

El interés se observa en todas las materias del ámbito jurídico, tanto en el administrativo como en el agrario, en lo laboral, etcétera, en donde es necesario que el propio quejoso acredite el interés para promover, incluso en el supuesto de que se trate de superar la deficiencia de la queja tratándose de leyes declaradas inconstitucionales.

Por tanto, el problema del interés jurídico, desde el ángulo de vista procesal, es la constante calificación de condición para la procedencia de la acción en un procedimiento jurisdiccional.

Este interés en el ámbito sustantivo se ha señalado para la afectación subjetiva, la que se realiza de forma directa, y que no se limite a un perjuicio económico derivado de los derechos adquiridos por el causante, pero también se habla del interés derivado de un derecho real, y no de uno personal.

El interés se observa también en el proceso impugnativo, no sólo cuando se ejerce la acción, ya que únicamente podrá interponer un recurso la parte que en ello tenga interés, en virtud de que la resolución atacada le causa perjuicio.<sup>26</sup>

En la materia fiscal, el interés reconocido a la Federación se significa en todas las prestaciones periódicas para atender a su monto anual, tratándose del aumento de la cuota fijada por la autoridad, para indicar que el interés fiscal quedaba formado por la diferencia entre la cuota admitida y la reclamada.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, vol. LXXXII, cuarta parte, Tercera Sala, p. 9, amparo 904/1958.

<sup>26</sup> *Boletín de Información Judicial*, Oficialía Mayor de la Suprema Corte de Justicia, Segunda Sala, 1958, p. 220, amparo en revisión 3519/1957).

<sup>27</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, Informe de la Presidencia de 1958, Segunda Sala, p. 62, revisión fiscal 404/1957.

En general, se ha venido buscando un vínculo entre la obligación que pudiera atribuirse a la persona y la relación jurídica objetiva.

Ese hecho de la afectación económica ha dado lugar a varias confusiones jurisprudenciales, y por ello la Corte ha llegado a decir que para la procedencia del amparo debe revisarse de manera directa la afectación de los intereses jurídicos.

En términos generales, la falta de interés para instar impide que se entre al fondo del debate. La Corte ha optado por sobreseer cuando aparece que el quejoso, afirmando derechos adquiridos mediante un convenio para fusionar servicios de transporte, resulta contradicho al confirmarse que la tercera perjudicada reclamó la validez del convenio en juicio en el que recayó sentencia firme; por ende, al calificarse el acuerdo aprobatorio del convenio, los actos reclamados dejaron de afectar los intereses del quejoso y se llegó al sobreseimiento.<sup>28</sup>

Mientras que el proceso tiende a ser definido a partir de las conductas para su formación ya conocidas por la doctrina, como son la acción y la jurisdicción, el procedimiento se desprende de estas nociones elementales.

Para el procedimiento, es importante la presencia del interés, que conforme una pretensión que alcance el grado de instancia.

Es innegable que el procedimiento es una serie de conductas vinculadas y relacionadas entre sí, que dan vida a la sucesión de conexiones y el fenómeno de conductas de la instancia.

Pero también tenemos que entender al procedimiento como el instrumento que cumple una función de eficacia.

A partir de las reformas constitucionales y legales de 1994-1995, la realidad en México es otra. Como veremos más adelante, la nueva estructura orgánica de la Suprema Corte de Justicia se acerca considerablemente a los tribunales constitucionales... y se les atribuyen competencias exclusivas para conocer de las acciones de inconstitucionalidad... y de las controversias constitucionales (conflictos competenciales y de atribuciones entre órganos del Estado).

Asimismo, la Constitución prevé otros instrumentos como son el juicio político, la facultad indagatoria de la Suprema Corte de Justicia y los *procedimientos* ante los organismos autónomos protectores de los derechos humanos... Estos ocho procesos y procedimientos o garantías constitucionales, constituyen esencialmente el estudio del derecho procesal constitucional.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> *Boletín de Información Judicial*, Oficialía Mayor de la Suprema Corte de Justicia, Segunda Sala, 1960, p. 726, amparo en revisión 5378/1956.

<sup>29</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, 2002 pp. 49 y 50.

Lo que la normativa sustantiva eleva al nivel de valores, y que convierte en paradigmas de la asociación política, se hace realidad perceptible a través del procedimiento.

Siendo esto evidente, otro de los factores que conforman el procedimiento es el del fenómeno de las conductas que en él se generan y que hacen posible y patente la materialización de la voluntad del pretensor.

En Briseño Sierra, la conducta se ve reflejada a través de la conducta e intención del sujeto que las materializa.

Seis son los tipos de instancias: a) la petición; b) la denuncia; c) la queja; d) la querrela; e) el reacertamiento, y f) la acción procesal.

Estos procedimientos observan un dinamismo que se vincula en una relación lineal entre el pretensor y la autoridad, salvo en el caso de la acción procesal.

Esta conducta dinámica se encuentra prevista por la ley, la que también prevé su secuencia.

En la teoría general del proceso se encuentran las formas como se ha vislumbrado al proceso no sólo de manera histórica en que los diferentes autores nos la han presentado, sino incluso en la forma, en cómo ha evolucionado la teoría del derecho procesal, como un fenómeno constituido y regulado con base en la acción, la jurisdicción; el procedimiento vincula pretensiones a través del dinamismo, y este fenómeno no se ausenta, en modo ni momento alguno, en los elementos que la componen.

De manera que el estudio que se propone no es el del derecho procesal, como una rama principal, sino como una especie de ciencia, que debería ser denominada “derecho procedimental”, por ser este concepto más amplio y contener dentro del mismo a las distintas instancias que conserva el gobernado para la satisfacción de su interés subjetivo.

El procedimiento se encuentra definido por sus elementos, los cuales se significan en el interés y la instancia.

Cada una de las instancias, a su vez, se vincula con las normas sustantivas de que se sirve el derecho dinámico.

De esta manera, los principios se convierten en las premisas inarticuladas que determinan la validez y la eficacia del silogismo jurídico.

Ejemplo de ello es la tendencia actual de acelerar los procesos judiciales, aun con el peligro de hacer nugatorias las acciones, al convertirlos en procedimientos de índole administrativa ventilados ante jueces jurisdiccionales.

Las recientes modificaciones al Código Civil y al adjetivo distrital confirman lo dicho, en el sentido de que una instancia procesal puede fácilmente ser confundida por un procedimiento y así considerarlo, convirtiendo un

juicio ordinario en un trámite judicial de características más administrativas que judiciales.

DIVORCIO. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL PROCEDIMIENTO, A PARTIR DE LAS REFORMAS A LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, PUBLICADAS EL TRES DE OCTUBRE DE DOS MIL OCHO. De conformidad con las reformas a los códigos Civil y de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, publicadas el tres de octubre de dos mil ocho, se destacan los siguientes aspectos del nuevo procedimiento:

1. Desaparece el sistema de causales de divorcio y se privilegia como única causa la sola voluntad de uno de los cónyuges para disolver el matrimonio.
2. El procedimiento se simplifica y se limita a la presentación de una “solicitud”, a la que deberá acompañarse una propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial relativas a los bienes, los hijos (guarda y custodia, derecho de visitas, alimentos), uso del domicilio conyugal y del menaje, la administración de los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, la forma de liquidación y la compensación en caso de matrimonio celebrado bajo el régimen de separación de bienes. Emplazado el otro cónyuge, debe manifestar su conformidad con el convenio presentado por el solicitante; y en caso de inconformidad deberá formular su contrapropuesta de convenio respectiva. En este punto, conviene establecer, que las partes habrán de ofrecer desde su escrito de solicitud y de contestación, todas las pruebas que estimen convenientes a efecto de acreditar la procedencia de sus respectivos convenios (fracción X del artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), así como también lo necesario para que se decrete el divorcio.
3. Una vez contestada la solicitud de divorcio o precluido el plazo para ello, si hay acuerdo en el convenio, se decretará la disolución del vínculo matrimonial y además el convenio relativo a las demás cuestiones se aprobará de plano, siempre que no se vulneren disposiciones legales. Cabe destacar que el momento en que el juez debe decretar la disolución de vínculo matrimonial, es una vez contestada la solicitud de divorcio o bien cuando hubiera transcurrido el plazo para hacerlo, con independencia de que exista o no acuerdo en relación con los convenios, toda vez que tal decisión no puede obstaculizarse, ya que el legislador privilegió la disolución del vínculo matrimonial.
4. En caso de desacuerdo sobre el citado convenio, al contestarse la solicitud de divorcio, decretado éste, el juez citará a las partes dentro de los cinco días siguientes a ello a efecto de lograr su avenencia en relación con sus respectivos convenios; y en caso de lograr el consenso se aprobará lo relativo al convenio. En caso de que no se logre tal acuerdo, se deberán aperturar oficiosamente los incidentes correspondientes a efecto de dilucidar cómo habrán de quedar las cosas materia de los convenios.
5. En los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas provisionales subsistirán

hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en los incidentes que resuelvan la situación jurídica de los hijos o bienes. 6. La sentencia (en sentido amplio) que recaiga a la disolución del matrimonio es inapelable y sólo son recurribles, mediante apelación, las resoluciones que decidan en vía incidental los convenios presentados por las partes. Tesis: I.3o.C754 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, septiembre de 2009, p. 3124.

Este breve ejemplo nos permite observar que en el derecho procesal, el desconocimiento de la aplicación y distinción entre la norma procesal y la procedimental da lugar a situaciones jurídicas híbridas, desnaturalizadas de la materia a estudiar, que es el derecho procedimental, y que este derecho procedimental debe abarcar no sólo el estudio de las instancias conocidas como la petición, la querrela, la queja, la denuncia, el reacertamiento y la acción.

A este concepto deben agregarse los elementos inmutables, como son el interés y la instancia. Para de esta forma poder considerar a la institución del procedimiento en su sentido amplio como un continente de instancias, y en su sentido estricto como una serie de conductas vinculadas y relacionadas entre sí, que dan vida a una sucesión de conexiones y el fenómeno de conductas de la instancia, que podrán o no ser complejas, como en el caso de la acción.

## V. CONCLUSIONES

1. Inicialmente debemos observar que los fenómenos del proceso y del procedimiento encuentran su distinción desde el momento mismo de su concepción y creación.

2. En el estudio del procedimiento jurídico, específicamente en las normas procedimentales, estas conductas observan un sentido, una intención de referencia hacia otras normas, generalmente denominadas “sustantivas”, que al integrarse con las otras (procedimentales) van forjando una cadena de conductas con destino y destinatario.

3. Las secuencias procedimentales se presentan al observárseles aparejadas, pero no al azar ni de manera indiscriminada, sino como razones lógicas de causa a efecto de pretensión a prestación o de mandato a cumplimiento.

4. El procedimiento se encuentra definido por sus elementos, los cuales se significan en el interés y la instancia, y un elemento que necesariamente

debe resaltar por necesariamente encontrarse ausente, y éste es el de la proyectividad del acto.

5. Para el procedimiento, es importante la presencia del interés, que conforme una pretensión alcance el grado de instancia.

6. El proceso se encuentra definido como una serie de actos proyectivos.

7. Los actos procesales difieren de los procedimentales, en tanto que los primeros guardan entre sí una relación de proyectividad, mientras que los actos procedimentales carecen de la proyectividad que debe necesariamente agregarse a la serie, para conformar un proceso.

8. Cada una de las instancias, a su vez, se vincula con las normas sustantivas de que se sirve el derecho dinámico.

## BREVE INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Valeriano PÉREZ MALDONADO\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Modelo de control difuso o americano*. III. *Modelo de control concentrado (austriaco o europeo continental)*. IV. *Modelo de control político (francés)*. V. *Antecedentes de los instrumentos procesales constitucionales*. VI. *Nociones generales sobre el tribunal constitucional*. VII. *Estudios de derecho procesal constitucional, aportaciones de Héctor Fix-Zamudio*. VIII. *Domingo García Belaunde y su crítica*. IX. *Conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

Las disciplinas jurídicas que en nuestra época se identifican como científicas son, a saber, los derechos constitucional, civil, penal, laboral, administrativo, agrario, etcétera; es sabido que para ello, estudiosos de cada materia hicieron elevadas aportaciones desde la academia, la legislación y el ejercicio cotidiano del derecho, al grado que lograran ubicar las respectivas materias con el rango de una ciencia autónoma.

En este contexto, para hacer un análisis sistemático del derecho procesal constitucional, es dable partir del procesalismo científico, o sea, de las bases de la teoría general del proceso o derecho procesal, que evolucionó en Alemania e Italia, mismas que permitieron la sistematización de los principios, conceptos e instituciones comunes a todas las ramas de enjuiciamiento que venían estudiándose de manera unitaria.<sup>1</sup> El procesalismo científico permitió la separación e independencia entre el derecho procesal y el dere-

---

\* Profesor y conferencista en derecho procesal; miembro del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM y del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal.

<sup>1</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. I, p. 271. Véase también Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 8a. ed., México, Harla, 1992, pp. 72 y 73.

cho subjetivo, cualidades también que han marcado la exégesis del derecho procesal constitucional, como una moderna disciplina jurídica, científica y autónoma.

Lo anterior no se traduce en el sentido de que con antelación no existía esta materia, sino que su estudio se había hecho a un lado, aun cuando ya se le identificaba con la terminología de control, justicia o jurisdicción constitucional.

Con el surgimiento de los tribunales constitucionales, después de la Primera Guerra Mundial y mayormente en la segunda posguerra, es cuando el derecho procesal constitucional se fortalece desde los ámbitos de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación; en tanto que su estudio se orientó principalmente hacia los mecanismos de resolución de conflictos motivados por la aplicación de normas constitucionales, y los órganos de decisión respecto de esas controversias.

Alrededor de la disciplina en examen, cabe considerar que existen grandes estadios evolutivos que se presentan como referentes fundamentales; el primero, la Constitución Federal de los Estados Unidos, 1787, mediante el cual se otorga a los jueces ordinarios la facultad de desaplicar normas generales ordinarias que estimen contradictorias a la Constitución; y el segundo, el estudio científico y sistemático que hiciera Hans Kelsen de los instrumentos procesales y organismos de decisión constitucionales;<sup>2</sup> y el tercero, la Constitución de Francia (1958).

Con base en lo anterior, cabe concluir que en torno al derecho procesal constitucional, desde su exégesis se dieron dos sistemas de control constitucional: el *difuso*, sustentado básicamente en el modelo americano, y el *concentrado*, acorde al diseño austriaco o europeo continental concebido por Kelsen; aunque para el estudio de esta temática conviene referirse también al de tipo *político*, reconocido en la Constitución francesa, ciertamente, de menor influencia en el mapa de la jurisdicción constitucional.

## II. MODELO DE CONTROL DIFUSO O AMERICANO

La sentencia del caso *Marbury vs. Madison* (1803). Este antecedente importante, ya que afirma la técnica del control de constitucionalidad de las leyes e inaugura la *judicial review*.<sup>3</sup> En este sentido, el modelo estadounidense de

<sup>2</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Prólogo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, cit., pp. XXXVII y ss.

<sup>3</sup> Eto Cruz, Gerardo, “John Marshall y la sentencia *Marbury vs. Madison*”, en *Derecho procesal constitucional*, cit., pp. 37 y 38, *supra*. Véase Quiroga León, Aníbal, “El proceso transnacional y el sistema interamericano de protección de derechos humanos: el debido proceso”, ponen-



control constitucional deviene de la misma Constitución, pues como norma superior no sólo enuncia derechos formales con la confianza de que los poderes públicos lo observarán, sino que también prevé un mecanismo de control judicial, a través de jueces independientes e inamovibles, con facultades para anular los actos públicos a solicitud del gobernado si considera que se encuentran violados los derechos fundamentales previstos en la Constitución.<sup>4</sup>

En la sentencia clásica de referencia, cuya autoría se debe a John Marshall, se construye una tesis argumentativa lógica y práctica desde la perspectiva de las siguientes premisas, a saber:

1. El deber del Poder Judicial es aplicar la ley; 2. Cuando hay dos leyes contradictorias, se desecha una y se aplica la otra; 3. La Constitución es ley suprema, y señala qué otras normas son ley; 4. La supremacía de la Constitución se traduce que cuando entra en conflicto con otra norma expedida por el Congreso, ésta deja de ser una ley válida; 5. Negar la hipótesis anterior haría admitir que el Congreso puede modificar la Constitución desde la ley ordinaria; 6. El Congreso se encuentra limitado por la Constitución, y 7. Si una norma no es una ley válida, no resulta obligatoria. Por lo tanto, si una ley es contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial, o sea, los jueces deben abstenerse de aplicar las normas que sean contrarias a la Constitución, estableciéndose de esta manera el control judicial de constitucionalidad.<sup>5</sup>

En este orden, Marshall agrega que si el Congreso otorgó atribuciones al Poder Judicial para dirimir las controversias surgidas con motivo de los efectos de una ley, así como el determinar la ley aplicable, cabe arribar que cuando exista un problema entre una ley ordinaria, producto de un poder constituido y la Constitución, resultado de un poder constituyente, el juz-

cia presentada al XVII Congreso Mexicano de Derecho Procesal y Sexto curso de preparación y capacitación para profesores de derecho procesal, 19-21 de julio, México, 2004, pp. 10-12; y Quiroga León, Aníbal, *Derecho procesal constitucional* (materiales de enseñanza), Lima, julio de 2004, p. 101, y Sagiúés, María Sofía, “Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de «Lawrence v. Texas»”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución*, México, núm. 1, enero-junio, 2004, pp. 200 y 201.

<sup>4</sup> Landa Arroyo, César, *Teoría del derecho procesal constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2003, pp. 28 y ss.; Celotto, Alfonso, “La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución*, México, núm. 1, enero-junio, 2003, pp. 3 y ss.

<sup>5</sup> Eto Cruz, *op. cit.*, pp. 54 y 55, citando a Nino, Carlos, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 100.

gador debe hacer prevalecer la Constitución y debe desaplicar la ley que la contradice, con base en un proceso concreto (*case or controversy*).<sup>6</sup>

Así, el modelo de jurisdicción constitucional americano se constituye como *difuso*, en virtud de que el control constitucional no se concentra en un solo órgano jurisdiccional, sino por cualquier juez, con independencia de su jerarquía; es *incidental*, toda vez que el conflicto de constitucionalidad no es el litigio principal, sino que emerge de un juicio ordinario, a instancia de parte, y en otros casos, de oficio por la instancia judicial; y, por último, es *especial*, porque la sentencia sólo produce efectos para el caso concreto (*inter partes*), sin que este último sea óbice para que no produzca una situación del *stare decisis*, que implica que la decisión judicial se proyecta hacia el futuro para producir efectos, en la medida en que resulta este precedente vinculante para los tribunales que conozcan de casos similares o iguales.<sup>7</sup>

En otro orden, el modelo *difuso* permite:

1. Al Poder Judicial resolver pacíficamente los conflictos políticos graves;
2. Como instrumento, equilibrar el sistema político, limitar el poder del gobierno y tutelar a los gobernados;
3. La evolución del cambio con mayor aceptación dentro de la sociedad;
4. Agilizar o imponer cambios cuando fallan los mecanismos del gobierno, y
5. El Poder Judicial se instituye como vaso comunicante entre la sociedad y la autoridad.<sup>8</sup>

### III. MODELO DE CONTROL *CONCENTRADO* (AUSTRIACO O EUROPEO CONTINENTAL)

Hans Kelsen es el máximo representante de este sistema. Él integró la comisión redactora de la Constitución de la República Federal de Austria (1918), desde la cual elaboró diversos proyectos con el propósito de hacer coincidir tanto la codificación y la sistematización de los principios políticos con las garantías efectivas para la operación del Estado, a través de un Tribunal

<sup>6</sup> Eto, *op. cit.*, p. 57.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 58 y 59.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 59 y 60. Véase Quiroga León, Aníbal, “El proceso transnacional y el sistema interamericano de protección de derechos humanos: el debido proceso”, *cit.*, pp. 20-28.

Constitucional (1920) con atribuciones para administrar justicia constitucional.<sup>9</sup>

El autor en comento dejó sentado el andamiaje científico y sistemático del derecho procesal constitucional a través de sus obras: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)* (1928), *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1930), *El control de la constitucionalidad de las leyes* y *La jurisdicción constitucional y administrativa al servicio del Estado Federal, según la nueva Constitución austriaca del 1o. de octubre de 1920*. A través de esta producción intelectual, Kelsen desarrolló un modelo de control constitucional —desvinculado del sistema político y de la experiencia americana— a través de un tribunal constitucional, institución sobre la cual enderezó sus estudios, al grado que sistematizó la jurisdicción constitucional con la cual inauguró el modelo europeo de control de la Constitución, caracterizado como *concentrado*, debido a que existe un solo órgano que ejerce jurisdicción constitucional; *principal*, porque se demanda en vía principal, mediante la acción de inconstitucionalidad de las leyes; y la sentencia, como consecuencia, produce efectos generales o *erga omnes*.<sup>10</sup>

La arquitectura de control constitucional que construyó Kelsen hizo a un lado el constitucionalismo histórico que entonces venía haciéndose desde el sistema de control realizado por los órganos judiciales ordinarios (modelo americano) y el entonces incipiente sistema político (modelo francés). En todo caso, recogió la experiencia histórica de Austria, que desde épocas de la monarquía traslucía ya una jurisdicción constitucional a través del Tribunal del Imperio, que tenía competencia para controlar los actos administrativos por violación de los derechos políticos y para resolver controversias sobre atribuciones y de procesos relacionados con incidentes patrimoniales.

Este Tribunal del Imperio, al convertirse Austria en una República (1918-1919), se transformó en Tribunal Constitucional, que funcionó hasta 1934, año en que fue liquidado por el acoso de la extrema derecha, los círculos clericales y la prensa social cristiana con motivo de los conflictos de competencia alrededor de las dispensas matrimoniales.<sup>11</sup>

Las aportaciones de Kelsen se consideran medulares para el desarrollo del derecho procesal constitucional, por su vertiente estrictamente procesal, con lo cual hoy se conoce como jurisdicción constitucional, procesos constitucionales y la magistratura u órganos constitucionales que se ocupan del

---

<sup>9</sup> Eto Cruz, Gerardo, “Un artífice del derecho procesal constitucional: Hans Kelsen”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, cit., pp. 85 y 86.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 58 y 59 y 88.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 92-97.

estudio de las normas de carácter procesal-constitucional existentes en los sistemas jurídicos.

#### IV. MODELO DE CONTROL POLÍTICO (FRANCÉS)

El constituyente francés (1958) decidió por un mecanismo de control constitucional incidental, de tipo político, a través del Consejo Constitucional, con vasta experiencia ya de esta institución en Italia y en la República Federal de Alemania, entonces desde una década atrás.

Conforme la Constitución francesa,<sup>12</sup> se integra con nueve consejeros, sin posibilidad de ser reelegidos duran en su encargo nueve años. Sin embargo, dada la procedencia política de sus miembros, es cuestionada la independencia del órgano en lo que toca a sus funciones relacionadas con el control preventivo obligatorio sobre las leyes orgánicas y los reglamentos parlamentarios y el control facultativo sobre las leyes y los tratados.

Ante este Consejo, inicialmente el control de constitucionalidad sólo podía ser accionado, de manera limitada, por el presidente de la República, el primer ministro, o por los presidentes de las dos cámaras del Parlamento. Sin embargo, dada la influencia extranjera, explicable por la expansión de los sistemas de control constitucional en los años sesenta, en Francia se reorientó la dirección de la justicia constitucional, concediendo a las minorías parlamentarias la posibilidad de plantear una cuestión de constitucionalidad ante el Consejo Constitucional, en tanto que éste se dotó de instrumentos procesales y sustantivos, fortaleciendo el estilo de las sentencias y la solidez argumentativa.<sup>13</sup>

#### V. ANTECEDENTES DE LOS INSTRUMENTOS PROCESALES CONSTITUCIONALES

Existen huellas de que los instrumentos procesales de control constitucional han existido desde antes de su sistematización científica, para proteger a la persona humana. A estos instrumentos se les identifica como garantías constitucionales, distintas a las garantías individuales o derechos humanos. En este orden, durante el devenir de la historia jurídica, los instrumentos que se localizan son:

<sup>12</sup> Constitución de 1958, artículos 56-63.

<sup>13</sup> Pegoraro, Lucio, "La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional", separata del *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, trad. de Francisco Fernández Segado, núm. 6, 2002, p. 395.

En el *derecho romano*. Existía el interdicto pretoriano de *homine libero exhibendo* cuyo objeto era la defensa de la libertad de los hombres libres, por lo que los estudiosos de la materia han dado en señalar que es el antecedente del *habeas corpus* inglés, de los procesos aragoneses de la Edad Media y el amparo-libertad en México, así como la *intercessio tribunicia*.<sup>14</sup>

En el derecho de la *Edad Media*. En el reino de Aragón existió la figura del justicia mayor, que como un verdadero “juez constitucional” hacía cumplir los diversos fueros, amparando<sup>15</sup> a los peticionarios sobre sus bienes, derechos y personas, haciendo de esta manera respetar los derechos fundamentales. Tanto el justicia mayor como sus lugartenientes tenían facultad para atraer a un sujeto privado de su libertad, mientras se le instruía proceso, para que no se ejerciera violencia en su persona en tanto no se le dictara sentencia.<sup>16</sup>

En *Inglaterra, siglo XVII*, surge el instrumento procesal para tutelar el derecho de libertad a través del *habeas corpus*, regulado en la Habeas Corpus Amendment Act (1679), por lo que este hecho se ha considerado que fue la primera reglamentación de un proceso de carácter constitucional. Por otra parte, con la fundación de las colonias inglesas en Norteamérica, es sabido que la tradición jurídica del *common law* también fue trasladada a tierras americanas, y con ella el *habeas corpus*. No pasa desapercibido, y es digno de hacer mención que la figura del *habeas corpus* sustancialmente fue recogido con rango constitucional en México en la Constitución de 1857 como amparo-libertad.<sup>17</sup>

El *amparo novohispano*.<sup>18</sup> En este periodo aparece la figura del *interdicto*, que se presentaba ante los virreyes o capitanes generales para buscar la tutela de los derechos personales. Esta institución podría considerarse como el antecedente remoto del amparo mexicano, ya que aquellas autoridades “amparaban” en contra de actos de autoridad de menor rango como de

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 235.

<sup>15</sup> Al respecto, Ferrer Mac-Gregor señala que en las resoluciones del justicia mayor de Aragón y de sus lugartenientes se utilizó la palabra “amparar”, por lo cual se considera que es a través del ordenamiento castellano la manera en que se introduce dicho vocablo como sinónimo de protección en la América española.

<sup>16</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España, estudio de derecho comparado*, México, Porrúa, 2000, pp. 13-18.

<sup>17</sup> Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional, cit.*, pp. 236-237.

<sup>18</sup> Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España*, apunta que usa la expresión “amparo novohispano”, porque jurídicamente la Colonia no existió en la Nueva España, aunque de *facto* lo fue. El régimen político-jurídico de la Nueva España y, en general, de las Indias, no fue de colonia, sino de “provincias”, incorporadas al reino de Castilla y León, *op. cit.*, pp. 55-59.

particulares que se encontraban en condiciones desventajosas por motivos sociales, económicos o políticos. También comparten Alfonso Noriega, Héctor Fix-Zamudio y José Barragán Barragán, estas consideraciones, incluso, Domingo García Belaunde ha señalado la existencia de verdaderos amparos en el virreinato peruano.<sup>19</sup>

Posterior al contexto que antecede, se percibe que mientras en la Nueva España se construía el sistema jurídico, en Estados Unidos de América se fortalecía el sistema de control constitucional (americano o difuso) a partir de los casos *Marbury vs. Madison*, 1803 (expuesto en páginas anteriores) y de *Cooper vs. Aaron*, 1958, a través del cual la Suprema Corte sostuvo que se constituía como intérprete final de la Constitución. En tanto que en la Europa continental también se desarrollaba el sistema europeo (visto en páginas que anteceden), que pugna por la existencia de un tribunal o corte constitucional ajeno de los poderes públicos tradicionales, encargado de resolver las controversias de naturaleza jurisdiccional.

## VI. NOCIONES GENERALES SOBRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El estudio de la naturaleza de un tribunal constitucional debe realizarse en dos vertientes: desde una concepción formal y otra material.

Desde el punto de vista formal, es aquel órgano creado *ex profeso* para conocer y resolver los conflictos constitucionales fuera del Poder Judicial; es decir, el órgano no forma parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios, sino que se presenta independiente de los poderes públicos tradicionales.<sup>20</sup>

En tanto que, desde la concepción material, es tribunal constitucional el órgano jurisdiccional de superior jerarquía que tiene la función exclusiva de hacer la interpretación final de la Constitución.

A manera de concepto, se entiende por tribunal constitucional a los altos órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del Poder Judicial, independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consista en la resolución de litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> *Idem.*

<sup>20</sup> Favoreu, Luis, *Los tribunales constitucionales*, trad. de la 2a. ed. francesa, *Les tours constitutionnelles*, de Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994, citado por Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamericana*, México, FUNDAP, 2002, p. 55.

<sup>21</sup> Ferrer Mac-Gregor, *Los tribunales constitucionales...*, *cit.*, p. 59.

En este orden de ideas, cronológicamente la exégesis de los tribunales constitucionales puede abreviarse en tres etapas:

1. Los que fueron creados al concluir la Primera Guerra Mundial, como el de Checoslovaquia y la Alta Corte Constitucional de Austria (1920), así como el Tribunal de Garantías Constitucionales de España (1931);
2. Los que se originaron en la segunda posguerra mundial, que dio a lugar la legitimación y expansión de los tribunales constitucionales en Europa occidental, a saber: se reinstala la Corte Constitucional austriaca (1945 entonces desplazada por un Tribunal Federal en 1934); también en esta etapa se creó el Tribunal Constitucional italiano (1948), Constitucional Federal alemán (1949), Consejo Constitucional francés (1958), Tribunal Constitucional turco (1961, 1982) y Tribunal Constitucional yugoslavo (1963, 1974), y
3. También, entre los años setenta y noventa, se siguieron creando tribunales constitucionales en Europa occidental como en Europa del Este.

En Iberoamérica el panorama evolutivo de los tribunales constitucionales fue diferente, en razón de que cada Estado adoptó instituciones híbridas de control constitucional; es decir, tomaron orientaciones tanto del sistema americano de control judicial de las leyes como del europeo continental.

Sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo XX se observa que los Estados de Iberoamérica han ido construyendo las instancias competentes que funjan como máximos intérpretes de las normas fundamentales. Así, existen: a) cortes o tribunales constitucionales fuera del Poder Judicial; b) tribunales constitucionales con ubicación dentro del Poder Judicial; c) salas constitucionales autónomas que forman parte de las cortes supremas, y d) cortes o supremos tribunales ordinarios que no funcionan como Tribunal Constitucional especializado, como acontece con la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, destacando que ésta, paulatinamente, pero de manera importante a partir de las reformas constitucionales de 1988, 1994, 1996 y 1999, se ha ido fortaleciendo como tribunal constitucional, al extremo de que a la fecha, a través de las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad y los juicios de revisión constitucional en materia electoral, hacen evidente la juridización del Estado, y por ello los grandes problemas políticos del Estado mexicano han encontrado cauces de solución en las decisiones jurisdiccionales de la Su-

prema Corte, hechos éstos que le han permitido fortalecerse como tribunal constitucional.

## VII. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, APORTACIONES DE HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

Para identificar el perfil intelectual de Fix-Zamudio con relación al derecho procesal constitucional, conviene primeramente aproximarnos hacia las aportaciones de Calamandrei y Couture.

El constitucionalista Piero Calamandrei, después de la Segunda Guerra Mundial, influyó notablemente en el diseño de la Constitución italiana promulgada el 1o. de enero de 1948, particularmente en el diseño del Poder Judicial y de la Corte Constitucional italiana. A él se le deben el asentamiento de las bases firmes de una jurisdicción constitucional a partir de su obra *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile* (Padova, Cedam) (1950), traducida al español (1962), gracias a Santiago Sentís Melendo.<sup>22</sup>

Por su parte, Eduardo J. Couture desarrolló el análisis científico de las normas constitucionales que regulan las instituciones procesales, particularmente las cuestiones constitucionales en relación con el proceso civil, situación que motivó en el ánimo de Fix-Zamudio para considerarlo como fundador de la rama jurídica llamada *derecho constitucional procesal*.

En este orden, Couture, en su ensayo *Estudios de derecho procesal civil*, refiere en un apartado sobre los casos del derecho procesal constitucional, mismo que destaca por su análisis sistemático de los conceptos, categorías e instituciones procesales previstas en la Constitución.<sup>23</sup> Al respecto, señaló:

De la Constitución a la Ley no debe mediar sino un proceso de desenvolvimiento sistemático. No sólo la ley procesal debe ser fiel intérprete de los principios de la Constitución, sino que su régimen del proceso, y en especial de la acción, la defensa y la sentencia, sólo pueden ser instituidos por la ley.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional", *Derecho procesal constitucional*, cit., pp. 204 y 205. Véase también sobre esta disciplina: Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2001, pp. 351-397; *id.*, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparados*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999, pp. 593-649.

<sup>23</sup> *Idem.*

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 206.



De lo anterior se desprende que tanto Calamandrei como Couture, fallecidos en 1956, intelectualmente convergieron dos disciplinas jurídicas que se venían estudiando de manera separada: el derecho procesal y el derecho constitucional.

Las semillas que quedaron vertidas de la pluma de Calamandrei, con oportunidad las recogió y le sirvieron de inspiración creativa a Héctor Fix-Zamudio, quien en 1956 publicó el artículo “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”. En ese mismo año, este autor sustentó su tesis de licenciatura intitulada *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, bajo la tutela de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.<sup>25</sup>

Al estudiar las aportaciones de Calamandrei, Fix-Zamudio concluyó que la obra de aquél resulta de gran trascendencia para el proceso constitucional, lo que para el proceso civil significó la lección de Chiovenda sobre la *acción* (1903), como concepto procesal. En este sentido, para el autor en comentario, Italia es la fuente generadora de los estudios del derecho procesal constitucional iniciados sistemáticamente por Kelsen, de tal manera que considera la existencia de un paralelismo entre Bülow-Chiovenda (algunos procesalistas apuntan que la moderna ciencia procesal se desarrolla a partir de la obra de Bülow, *Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*), y Kelsen-Calamandrei, por el binomio existente entre las disciplinas de los procesos civil y constitucional.<sup>26</sup>

Fix-Zamudio, al estudiar la magistratura y la Corte Constitucional italiana, concluyó que de acuerdo con las aportaciones de Calamandrei, en Italia existe un sistema intermedio de control constitucional, ya que la instancia que conoce de la acción constitucional es un órgano *autónomo, concentrado, principal, general y constitutivo*, distinto al recurso judicial, que prevé el sistema americano o *difuso*.

### 1. Sectores que integran la defensa de la Constitución

El derecho procesal constitucional, como una de sus facetas, busca tutelar los valores previstos en la norma fundamental. En este sentido, para la comprensión de esta disciplina, Fix-Zamudio ha desarrollado estudios sobre la defensa de la Constitución en general y los dos sectores que lo integran

---

<sup>25</sup> *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 24, octubre-diciembre, 1956, t. VI, pp. 191-211, citado por Ferrer Mac-Gregor, “Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio...”, *cit.*, p. 206.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 207.

que, al contrario de las tesis de Jellinek, Duguit y Rodolfo Reyes, catalogó los medios de defensa de la Constitución en *preventivos, represivos y reparadores*.<sup>27</sup>

## 2. *La defensa de la Constitución*

Se refiere a la concreción de los factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que están elevados en los textos constitucionales con el fin de restringir las acciones del poder y lograr la función equilibrada de los poderes públicos.

En este contexto, conforme al sistema político-jurídico mexicano, en la Constitución aparecen como frenos al poder: los principios que marcan la división de poderes —aun cuando los constitucionalistas discuten la vigencia de la concepción clásica de Locke y Montesquieu, el mismo Fix-Zamudio considera que la división clásica no ha perdido vigencia, sino que ha modificado su sentido con el fin de permitir la racionalidad del Estado—; el ejercicio del gobierno a través de un régimen federal; la temporalidad del poder político; la no reelección; la supremacía de la Constitución y el procedimiento restringido para su reforma.<sup>28</sup>

## 3. *Las garantías constitucionales*

Es la materia de estudio del derecho procesal constitucional. Este rubro comprende los instrumentos procesales que se encuentran previstos en la Constitución y que sirven como medios para restablecer la normalidad constitucional cuando ha sido violada o porque los medios ordinarios de protección no han sido suficientes para limitar los actos de los órganos de poder.

Respecto de este rubro, en la Constitución mexicana se encuentran dispuestos como garantías constitucionales: el juicio de amparo (artículos 103 y 107); la controversia constitucional (artículo 105, fracción I); la acción de inconstitucionalidad (artículo 105, fracción II); la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (artículo 97, párrafos segundo y tercero); el juicio de revisión constitucional electoral (artículo 99, fracción IV); el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciu-

---

<sup>27</sup> Reyes, Rodolfo, *La defensa de la constitucionalidad. Los recursos de inconstitucionalidad y de amparo*, Madrid, Espasa-Calpe, 1934; Duguit, León, *Soberanía y libertad*, trad. de José G. Acuña, Buenos Aires, Tor, 1943; y Jellinek, George, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos U., Madrid, 1915, citados por Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, p. 211.

<sup>28</sup> Ferrer Mac-Gregor, “Aportaciones Héctor Fix-Zamudio...”, *cit.*, pp. 212 y 213.

dadano (artículo 99, fracción V); el juicio político (artículo 110); el procedimiento ante los organismos autónomos protectores de los derechos humanos (artículo 102, apartado B); y más recientemente, la responsabilidad del Estado (artículo 113, párrafo segundo).<sup>29</sup>

#### 4. *Concepto del derecho procesal constitucional*

Alcalá-Zamora<sup>30</sup> y Fix-Zamudio han señalado que Kelsen es el padre fundador del derecho procesal constitucional, pues marcó el estudio sistemático de las garantías constitucionales como el surgimiento de una magistratura especializada para resolver de los litigios constitucionales; además, aquél utilizó indistintamente las expresiones de *justicia* o *jurisdicción* constitucional, que a la fecha se siguen usando; aunque la expresión de *derecho procesal constitucional* se le ha atribuido a Couture. Sin embargo, a Fix-Zamudio se le debe la consolidación de su denominación y contenido, por la sistematización científica que ha realizado desde 1956, y ha permitido ubicar a la ciencia del derecho procesal constitucional en el estadio del derecho procesal, con autonomía del derecho sustantivo constitucional. Al respecto, concluye:

El derecho procesal constitucional constituye la rama más reciente de la ciencia procesal, que se encarga esencialmente del estudio sistemático de las garantías constitucionales en su sentido contemporáneo, es decir, esta disciplina comprende el análisis de aquellos instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder.<sup>31</sup>

#### 5. *Contenido del derecho procesal constitucional*

Tanto Fix-Zamudio como Rey Cantor y Rodríguez Domínguez, han reducido el estudio de esta disciplina a las garantías constitucionales y han hecho de lado lo que algunos denominan como derecho constitucional procesal.

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 213 y 214, y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Compendio de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2003.

<sup>30</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, 1991, pp. 214 y 215.

<sup>31</sup> Ferrer Mac-Gregor, "Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio...", *cit.*, p. 215. Véase también, Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1968, pp. 17 y 18.

A partir de las ideas de Mauro Cappelletti, Fix-Zamudio dota de contenido al derecho procesal constitucional, desde tres estadios:

a) *Jurisdicción constitucional de la libertad*. Comprende el estudio de los instrumentos previstos en la Constitución para proteger los derechos humanos consagrados en la propia normativa constitucional o en los tratados internacionales. En este sentido, de acuerdo con las Constituciones del mundo, Fix-Zamudio los divide en cinco sectores:

1. *Habeas corpus* y *judicial review* (Inglaterra y Estados Unidos),
2. *Amparo* (ordenamientos latinoamericanos),
3. *Recurso constitucional* cercano al amparo (ordenamientos de Europa continental),
4. *Fiscalía* o *Procuratura* (países socialistas), y
5. *Ombudsman* (origen escandinavo).<sup>32</sup>

b) *Jurisdiccional constitucional orgánico*. Este sector se compone de aquellas garantías constitucionales para la protección directa de los principios constitucionales relacionados con las atribuciones y competencias de los órganos del poder. Al respecto, el marco normativo constitucional mexicano prevé las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad (control abstracto) recogidos en el artículo 105 de la carta fundamental mexicana.<sup>33</sup>

c) *Jurisdicción constitucional transnacional*. Ya Cappelletti, desde una visión europea, hizo vasto estudio sobre este tema.<sup>34</sup> Es un sector que se ocupa de las controversias entre la aplicación de las disposiciones internas y las correspondientes del ámbito internacional y comunitario que guardan relación con los derechos humanos, dirimibles sólo a través de tribunales supranacionales. Efectivamente, en el ámbito latinoamericano se ha creado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción y competencia, México reconoció en 1998.<sup>35</sup> Esta Corte funge como intérprete constitucional tomando como norma superior la Convención Americana de

---

<sup>32</sup> Ferrer MacGregor, "Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio...", *cit.*, p. 217. Véase también, Fix-Zamudio, Héctor, *La jurisdicción constitucional de la libertad y estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana*, México, UNAM, 1961.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 217 y 218.

<sup>34</sup> Cappelletti, Mauro, "Justicia constitucional supranacional. El control judicial de las leyes y la jurisdicción de las libertades a nivel internacional", trad. de Luis Dorantes Tamayo, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 10, mayo-agosto, 1978, t. XXVIII, pp. 337-366.

<sup>35</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999.

los Derechos Humanos y sus protocolos adicionales. Con motivo del surgimiento de esta jurisdicción constitucional transnacional, algunos estudiosos han señalado que con esto nace una nueva disciplina, que es el derecho procesal transnacional. Al respecto, Fix-Zamudio señala:

...abarca el estudio y la sistematización de la normatividad adjetiva, no sólo de las instituciones del derecho internacional clásico, sino también las del derecho comunitario y de la integración económica, y, por supuesto, el sector más dinámico que es el que corresponde al campo de los derechos humanos.<sup>36</sup>

d) *Derecho procesal constitucional local*. Otro sector, el cual no ha sido del todo estudiado, pero que conviene tener presente, es el *derecho procesal constitucional local*, que se ocupa del estudio de los diversos instrumentos para proteger los ordenamientos, Constituciones o estatutos de los estados, provincias o comunidades autónomas. Al respecto, Argentina, Alemania y España han desarrollado ampliamente esta materia. En este último, el tribunal constitucional tiene competencia para conocer de los conflictos en defensa de la autonomía local; en Alemania existe una doble jurisdicción constitucional: la del Tribunal Constitucional Federal y de los tribunales constitucionales de los *Länder*, existiendo la posibilidad para que éstos cedan su jurisdicción al Federal, con el fin de que resuelva conforme a la Constitución del *Land*.<sup>37</sup>

Respecto del sistema constitucional local en México, Eduardo Ferrer Mac-Gregor ha sido su principal impulsor. A la fecha, en la geografía nacional se registra al estado de Veracruz, que incluye en su Constitución la creación de una Sala Constitucional, integrada por tres magistrados dentro de la estructura del Poder Judicial estatal, con jurisdicción para conocer del control constitucional local, a saber: el juicio para la protección de los derechos humanos por actos o normas de carácter general, acciones de inconstitucionalidad (control abstracto), controversias constitucionales (conflictos de atribuciones y de competencias entre órganos estatales) y las acciones por omisión legislativa. También la Constitución del Estado de Coahuila establece la institución de una justicia constitucional local, que tiene por objeto resolver de manera definitiva e inatacable los conflictos constitucionales a través del Poder Judicial local, que funge como tribunal constitucional local. Sustancialmente han continuado esta tradición los estados de Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo y, recientemente, el del Estado de México.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Ferrer Mac-Gregor, "Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio...", *cit.*, p. 219.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>38</sup> *Idem*.

En este orden, con motivo de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz como tribunal constitucional local, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de una controversia constitucional, determinó sustancialmente que el juicio para la protección de los derechos humanos de cuya competencia goza la Sala Constitucional de ese Tribunal no invade la competencia de los tribunales de la Federación, ya que su jurisdicción se constriñe al ámbito de la Constitución local; es decir, no goza de la facultad para pronunciarse respecto de las garantías individuales consagradas en la Constitución federal. Lo anterior, con fundamento en los artículos 39, 40 y 41 y 116, fracción III, párrafo primero, de la carta fundamental, que regulan las bases de la autonomía local, acorde al régimen republicano federal, compuesto por estados libres y soberanos en lo que toca a su régimen interno, pero unidos con un pacto federal; y los poderes de los estados se organizan conforme con la Constitución de cada uno de ellos, y el Poder Judicial funciona a través de los tribunales con las reglas que señalen dichos ordenamientos locales.<sup>39</sup>

#### VIII. DOMINGO GARCÍA BELAUDE Y SU CRÍTICA

En torno a la disciplina materia de este trabajo, Belaunde replanteó su carácter *procesal, constitucional o mixto*, acorde con su naturaleza jurídica. Al respecto, arribó que era procesal, pero para que sea científica dista mucho de estar plenamente constituida.<sup>40</sup> Además, no comparte con las conclusiones vertidas por Fix-Zamudio, en el sentido de que además del derecho procesal constitucional coexiste el derecho constitucional procesal, que estudia las instituciones o categorías procesales consagradas en la Constitución, a saber: la *jurisdicción*, las *garantías judiciales* y las *garantías de las partes*; al respecto, Belaunde señala:

Aquello que pretende estudiar el llamado derecho constitucional procesal puede ser distribuido en dos: los aspectos netamente procesales pueden ir al derecho procesal constitucional y los netamente constitucionales, pueden desarrollarse en el derecho constitucional. En última instancia, pueden alojarse en el derecho procesal constitucional, ya que estamos tratando de instituciones netamente procesales. El hecho notorio de que hayan sido paulatina-

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>40</sup> Eto Cruz, Gerardo, “El pensamiento del derecho procesal constitucional en Domingo García Belaunde”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional, cit.*, p. 123.

mente constitucionalizadas dentro de este fenómeno antes descrito, no nos autoriza a crear una nueva disciplina que, como decimos, pese a su utilidad docente, carece de rigor científico.<sup>41</sup>

Sin embargo, con independencia de la visión personal que presenta este autor en torno al tema, frecuente los círculos que lo cultivan, enriqueciendo así el debate, precisamente, para construir ese rigor científico que apunta le hace falta al derecho procesal constitucional.

## IX. CONCLUSIÓN

Lo expuesto es este breve trabajo evidencia que el siglo XX marcó el nacimiento de los tribunales constitucionales, con los cuales se permitió el estudio sistemático y científico de los instrumentos procesales de control constitucional cuando la propia Constitución ha sido violada, en virtud de un acto del poder público o de una ley.

Si bien el respeto y la tutela de los valores constitucionales, particularmente los relacionados con los derechos fundamentales, no son tópicos nuevos, la historia jurídica deja testimonio de que en todo momento se procuró establecer los instrumentos ideales de protección en beneficio de los gobernados.

Por lo que en el contexto de remediar la irregularidad constitucional con motivo de un acto o ley, bueno es que existan las instancias y los instrumentos de control, como un tribunal constitucional, con independencia del modelo con el que se diseñe, pero que funja como la instancia máxima de interpretación constitucional. He aquí lo importante del estudio de los medios de control, objeto del derecho procesal constitucional.

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, pp. 124 y 222.

## APRECIACIONES GENERALES SOBRE LA VALIDEZ DE LOS ACTOS PROCESALES Y EL DEBIDO PROCESO

Miguel OTERO LATHROP

SUMARIO: I. *Inexistencia, nulidad e inoponibilidad.* II. *La jurisdicción.* III. *Conflicto de relevancia jurídica.* IV. *El proceso.* V. *Requisitos de existencia del proceso.* VI. *Naturaleza de las normas de procedimiento.* VII. *El debido proceso.* VIII. *Materialidad del proceso.* IX. *Diferencia entre proceso, juicio y litis.* X. *Existencia de un vicio que cause agravio y que éste sólo sea reparable declarando la nulidad.* XI. *Formas para solicitar una nulidad procesal.* XII. *Nulidad de oficio.* XIII. *Efecto extensivo de la nulidad procesal.* XIV. *Naturaleza jurídica de la resolución que declara una nulidad.* XV. *La nulidad de derecho público en general.* XVI. *Nulidad procesal de derecho público.* XVII. *Nulidad procesal de derecho público y cosa juzgada.* XVIII. *Ejercicio de la acción de nulidad procesal de derecho público.*

### I. INEXISTENCIA, NULIDAD E INOPONIBILIDAD

#### 1. *La inexistencia*

El acto que adolece de un vicio que afecta su existencia legal es inexistente y debiera considerarse como no realizado. Existiría una apariencia de acto, pero no un acto jurídico propiamente tal. Esto es, el acto que adolece de un vicio que afecta a los requisitos esenciales que la ley exige para su existencia y que no es subsanable en modo alguno, incluida la ratificación de las partes, es inexistente y, consecuencialmente, jamás podrá producir efecto jurídico alguno.

Al respecto, el profesor Couture precisa:

Es, en cierto modo, el problema del ser o no ser del acto. No se refiere a la eficacia, sino a su vida misma. No es posible a su respecto hablar de desviación,



ya que se trata de algo que ni siquiera ha tenido la aptitud para estar en el camino. Una sentencia dictada por quien no es juez, no es una sentencia, sino una no sentencia (*Nichturteil*). No es un acto sino un simple hecho.

El concepto de inexistencia se utiliza, pues, para denotar algo que carece de aquellos elementos que son de la esencia y de la vida misma del acto; un *quid* incapaz de todo efecto. A su respecto se puede hablar tan sólo mediante proposiciones negativas, ya que el concepto de inexistencia es una idea absolutamente convencional que significa la negación de lo que puede constituir un objeto jurídico.

Cuando se trata de determinar los efectos del acto inexistente, se observa que no sólo carece en absoluto de efectos, sino que sobre él nada puede construirse: *quod non est confirmare nequit*. La fórmula que define a esta condición sería, pues, la de que el acto inexistente (hecho) no puede ser convalidado ni necesita ser invalidado. No resulta necesario a su respecto un acto posterior que le prive de validez, ni es posible que actos posteriores lo confirmen u homologuen, dándole eficacia.<sup>1</sup>

La gran diferencia entre la inexistencia y la nulidad es que en la primera el acto simplemente no existe, no produce efecto legal alguno y no se requiere declaración judicial alguna que así lo determine. Por el contrario, en la nulidad el acto existe y produce todos sus efectos jurídicos hasta tanto la nulidad no haya sido declarada.

En torno a la inexistencia, debe precisarse desde que ésta puede afectar al proceso como un todo, considerado como un acto jurídico complejo, a uno o más de los actos singulares que lo integran, como también a los equivalentes jurisdiccionales.

Ello, no obstante, en el caso de inexistencia del proceso no se requiere decisión jurisdiccional alguna que así lo establezca, como ser un fallo dictado por quien carece de jurisdicción o por un juez absolutamente incompetente o recaído en un conflicto que no es de relevancia jurídica. En estos casos, simplemente, el proceso carece de todo valor legal y no produce efecto legal alguno. A la inversa, tratándose de un vicio que genera la invalidez del proceso o de un acto jurídico procesal determinado, dicho vicio debe ser acreditado judicialmente, y la nulidad consiguiente declarada por el respectivo tribunal. En tanto no se declare la nulidad, el proceso o el acto jurídico afectado es válido.

---

<sup>1</sup> Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 377.

## 2. *La nulidad*

El *Diccionario* de la Real Academia Española la define como: “Calidad de nulo. Vicio que disminuye o anula la estimación o validez de una cosa. Incapacidad, ineptitud”. Luego define “nulo”: “falto de valor y fuerza para obligar o tener efecto, por ser contrario a las leyes o por carecer de las solemnidades que se requieren en la sustancia o en el modo”.

En el hecho, la nulidad es una sanción que impone la ley a todo acto que no cumpla con los requisitos que ésta ha establecido para que éste produzca plenos efectos legales, cualquiera que sea la materia de que se trate. Así, Eduardo Couture, señala: “La teoría de la nulidad es de carácter general a todo el derecho y no particular de cada una de sus ramas”.<sup>2</sup>

El profesor Hugo Alsina en su obra, la define como “la sanción por la cual la ley priva al acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han observado las formas prescritas para ellos”.<sup>3</sup>

Ello, no obstante, hay claras diferencias entre las nulidades, en cuanto a su razón de ser, su finalidad, sus causas, sus efectos, su prescriptibilidad y su posibilidad de subsanarse mediante la ratificación. Lo mismo ocurre en el caso de la nulidad procesal, por cuanto hay claras diferencias entre la nulidad procesal civil, la procesal penal y la procesal de derecho público. Es más, dentro de cada nulidad procesal hay que distinguir entre la nulidad de procedimiento (*in procedendo*) y nulidad en la aplicación de la ley (*in iudicando*). Entre unas y otras nulidades hay claras diferencias de razón de ser, de requisitos para su interposición y de sus consecuencias.

## 3. *La inoponibilidad*

La inoponibilidad es una situación totalmente distinta a la inexistencia y a la nulidad. En la primera, a diferencia de las otras dos, el acto existe y es válido, pero no produce efecto legal alguno respecto de un tercero que no ha sido parte en el acto. En lo procesal, ello es igualmente válido. Puede existir proceso, juicio y litis, pero si la parte o el tercero contra el cual se pretende hacer valer el acto jurisdiccional no han sido debidamente emplazados en el juicio, la decisión jurisdiccional les es inoponible, o sea, no puede hacerse valer a su respecto.

---

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 374

<sup>3</sup> Alsina, Hugo, *Las nulidades en el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958.

En consecuencia, para que una sentencia o resolución judicial produzca efectos respecto del demandado o de un tercero se requiere que haya existido debido emplazamiento legal.

## II. LA JURISDICCIÓN

La jurisdicción, se puede definir como aquel atributo de la soberanía en virtud del cual el Estado tiene el deber y la facultad de prevenir, conocer y resolver, a través de un debido proceso, los conflictos de relevancia jurídica que se susciten dentro de su territorio. Se materializa a través de un proceso, mediante decisiones que se denominan “resoluciones judiciales”, las que, al quedar ejecutoriadas, producen el efecto de cosa juzgada. Esto es, la cualidad de inamovilidad e irrevocabilidad de lo resuelto en el caso particular en que recae la resolución.

El profesor Couture en su obra señala:

La actividad de dirimir conflictos y decidir controversias es uno de los fines primarios del Estado. Sin esa función, el Estado no se concibe como tal. Privados los individuos de la facultad de hacerse justicia por su mano, el orden jurídico les ha investido del derecho de acción y al Estado el deber de la jurisdicción.

Entre la autoridad de la cosa juzgada y la efectiva vigencia del derecho hay una relación de medio a fin. La cosa juzgada se concibe sólo como medio de despejar la incertidumbre del derecho y como forma de hacerlo coactivo en los casos de resistencia u omisión de su cumplimiento.<sup>4</sup>

A su vez, el profesor Serra Domínguez, establece: “Sólo en la jurisdicción se aprecia la existencia del derecho. Este alcanza en la decisión jurisdiccional su máximo valor en cuanto es resolución de un problema vital concreto. De ahí que varios autores hayan pretendido centrar en el carácter jurisdiccional la nota distintiva del proceso”.<sup>5</sup>

## III. CONFLICTO DE RELEVANCIA JURÍDICA

Se entiende por conflicto de relevancia jurídica aquel que conlleva la imputación de una conducta antinormativa que, real o aparentemente, afecta la paz o la convivencia social o el orden público o vulnera, amenaza o desco-

<sup>4</sup> Couture, E., *op. cit.*, p. 39.

<sup>5</sup> Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, p. 21.

noce un derecho particular, amparado legalmente. Esto es, real o aparentemente, esta conducta imputada debe contravenir, violentar o desconocer una norma de conducta obligatoria. Es por ello que los conflictos de orden moral, religioso, ideológico o deportivo no son objeto de la jurisdicción.

Así lo expresa con absoluta claridad el profesor Couture, al decir: “El precepto ontológico jurídico de identidad permite afirmar que lo no prohibido jurídicamente es lo jurídicamente permitido. No hay actos jurídicos neutros, como se les ha llamado. Los actos son jurídicamente permitidos o jurídicamente prohibidos”.<sup>6</sup>

Juan Colombo transcribe lo expuesto por el profesor español Niceto Alcalá-Zamora en su obra *Proceso, autocomposición y autodefensa*:

es evidente, so pena de encerrarnos en un círculo vicioso, que el proceso no surge del proceso, sino de una situación extra y meta procesal, que él está llamado a canalizar y resolver. Esta situación de conflicto, originadora del proceso, puede ser denominada litigio, entendida la palabra en la misma dirección que Carnelutti, pero en términos más amplios – o sea – como conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución.<sup>7</sup>

Es preciso reiterar que lo que caracteriza el conflicto de relevancia jurídica es la imputación de una conducta antinormativa. No se requiere la existencia de contienda o controversia o disputa jurídica alguna. Ésta sólo se puede generar al momento del emplazamiento para contestar la demanda, dado que el demandado puede allanarse a ésta, no decir nada o incurrir en rebeldía, o bien aceptar los hechos y controvertir el resultado jurídico de éstos, o controvertir la existencia de los hechos que fundamentan la demanda u oponer la existencia de excepciones que justifican su proceder. Ninguna de estas circunstancias altera en absoluto la existencia del conflicto de relevancia jurídica, el cual nace, independientemente de la actividad del demandado, por el sólo hecho de entablarse la acción.

Cabe recordar que la acción es el impulso que genera la actividad jurisdiccional, la cual no requiere para ello ni de la intervención ni de la presencia del demandado o del sujeto pasivo de la acción.

#### IV. EL PROCESO

El proceso es el medio o la forma que la ley establece para el ejercicio de la jurisdicción, según sea la naturaleza, materia, cuantía y calidad de las partes

<sup>6</sup> Couture, E., *op. cit.*, p. 481.

<sup>7</sup> Alcalá-Zamora, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, 1970, p. 121.

intervinientes en el conflicto de relevancia jurídica sometido a su conocimiento y resolución.

Giusseppe Chioventa lo conceptúa como “el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria”.<sup>8</sup>

Eduardo Couture, precisa:

Podemos definir, pues, el proceso judicial, en una primera acepción, como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión. Pero esos actos constituyen en sí mismos una unidad. La simple secuencia, como se verá más adelante, no es proceso, sino procedimiento. La idea de proceso es teleológica, como se dice reiteradamente en este libro. Lo que la caracteriza es su fin: la decisión del conflicto mediante un fallo que adquiere autoridad de cosa juzgada.<sup>9</sup>

El tratadista italiano Piero Calamandrei, lo define como “una serie de actividades que se deben llevar a cabo para obtener la providencia jurisdiccional”.<sup>10</sup>

El profesor Francesco Carnelutti, lo señala como “un conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de los mandatos jurídicos cuyo carácter consiste en la colaboración a tal fin de las personas interesadas (partes) con una o más personas desinteresadas (jueces)”.<sup>11</sup>

El maestro italiano don Giusseppe Chioventa lo considera “una unidad no solamente porque los varios actos de que se compone estén coligados para un fin común... es una unidad jurídica, una organización jurídica, en otros términos, una relación jurídica”.<sup>12</sup>

Si bien el proceso es un medio, resulta innegable que el medio o la forma es para alcanzar un fin. Sin fin no hay medio ni forma. Por ello, no debe confundirse, en modo alguno, la materialidad del proceso con la finalidad del mismo. La materialidad del proceso está constituida por los actos jurídico-procesales que, dentro de un orden consecutivo legal, realizan el órgano jurisdiccional y cada una de las partes o intervinientes en el mismo, lo que da origen a un expediente, que es la expresión física del proceso.

<sup>8</sup> Chioventa, G., *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, Reus, 1922, t. II, p. 231.

<sup>9</sup> Couture, E., *op. cit.*, p. 121.

<sup>10</sup> Calamandrei, P., *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1943, p. 241.

<sup>11</sup> Carnelutti, F., *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, EJE, 1959, t. I, p. 22.

<sup>12</sup> Chioventa, G., *Instituciones del derecho procesal civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1949, t. 1, p. 57.

La finalidad del proceso es ser el medio idóneo e imparcial para conocer y resolver el conflicto de relevancia jurídica, a través de un “debido proceso”. Es la ley la que determina las normas de procedimiento para el conocimiento y solución del caso concreto sometido a la jurisdicción. Estas normas constituyen la forma en que debe obrar la jurisdicción y conforman el procedimiento.

## V. REQUISITOS DE EXISTENCIA DEL PROCESO

La cátedra y la jurisprudencia reconocen que existen requisitos o presupuestos esenciales que deben cumplirse para que exista proceso. Sin que se reúnan tales requisitos el proceso es inexistente.

En consecuencia, para que exista un debido proceso deben cumplirse los presupuestos procesales respectivos, los cuales, según Couture, son:

aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez de forma.

...La inexistencia de un acto opera por sí misma ineficacia... Sin necesidad de una declaración expresa en tal sentido, el acto, aunque así se pretendiera, no producirá fuerza obligatoria alguna, ni en su caso será susceptible de ejecución. El juez ante quien se formulara pretensión fundada en dicho acto deberá limitarse a prescindir de ella por absolutamente irrelevante.<sup>13</sup>

Francesco Carnelutti reconoce la inexistencia, al decir: “fuera de los casos de nulidad insubsanable o inexistencia”.<sup>14</sup>

El profesor Jaime Guasp Delgado expresa: “Puede ocurrir que el requisito que falte en el acto sea de tal importancia que el acto mismo no pueda concebirse sin él; en este caso se trata solamente de un acto aparente, que en realidad no existe. La nulidad se convierte aquí en inexistencia...”.<sup>15</sup>

En doctrina, y de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales chilenos, los requisitos ineludibles de existencia del proceso son: la existencia de un conflicto de relevancia jurídica; la existencia e individualización de las partes y la existencia de un tribunal absolutamente competente.

<sup>13</sup> Couture, E., *op. cit.*, pp. 376 y 377.

<sup>14</sup> Carnelutti, F., *Instituciones del proceso civil, cit.*, t. I, p. 556.

<sup>15</sup> Guasp Delgado, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, t. 1, p. 692.

### 1. *Existencia de un conflicto de relevancia jurídica*

Tal como se anotó anteriormente, debe existir, respecto del imputado o demandado, en sus respectivos casos, la imputación real o presunta de una conducta antinormativa. Los conflictos éticos, de valores o meramente subjetivos no son objeto de la jurisdicción, por lo cual tampoco pueden ser objeto de un proceso.

La acción de nulidad procesal conlleva la imputación que el acto cuya nulidad se reclama ha infringido una norma legal o no cumple con los requisitos que la ley señala para su procedencia o validez. De aquí que, siempre, la acción de nulidad dará origen a un conflicto de relevancia jurídica y, en el proceso respectivo, deberán acreditarse los hechos que configuran tal nulidad.

### 2. *Existencia e individualización de las partes*

Esto es, un sujeto activo que deduce la acción que pone en marcha la actividad jurisdiccional, y un sujeto pasivo, que es aquel en contra de quien se dirige la acción, sea para sancionarlo, en el caso de un proceso penal, sea para colocarlo en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa a favor del demandante, en el caso de un proceso civil.

Es de la esencia de este requisito que las partes estén clara y precisamente identificadas. Esto es, que no haya duda alguna en cuanto a quién o quiénes son los actores, quién o quiénes son los sujetos pasivos de la acción y quién o quiénes están afectados a lo que resuelva la sentencia.

En materia civil, se requiere que una persona o personas determinadas deduzcan la acción que ponga en marcha el accionar jurisdiccional destinado a satisfacer las pretensiones contenidas la acción. Lo mismo ocurre en materia laboral y en juicios de familia. En materia penal, hay que estarse a la respectiva legislación. En Chile se requiere que el imputado haya sido sometido a una audiencia de formalización, y la acusación sólo procede respecto de aquellos delitos por los cuales fue formalizado.

### 3. *Existencia de un tribunal absolutamente competente*

Lo primero es determinar si se está en presencia de un tribunal, o sea, ante quien tiene jurisdicción conforme a lo establecido por la ley. Sin jurisdicción no hay proceso. Esto es, el o los jueces que conforman el tribunal

deberán haber sido debida y legalmente investidos como tales, cumpliendo cabalmente todos y cada uno de los requisitos que la Constitución y la ley establecen para ello. Si falta alguno de estos requisitos, el juez, aunque haya sido nominado como tal, carecerá de jurisdicción, como ser si el juez no ha prestado el juramento de rigor o no se cumplen los requisitos para desempeñar el cargo.

Establecida la existencia de la jurisdicción, es preciso determinar qué competencia le ha otorgado la ley y si ésta es absoluta o relativa. La jurisdicción le da poder al tribunal para conocer y resolver conflictos de relevancia jurídica. La competencia determina qué tribunal en razón de la materia, cuantía, fuero y territorio puede conocer del determinado conflicto de relevancia jurídica que se somete a su conocimiento y decisión. Hay una relación de género a especie. No puede haber competencia sin jurisdicción, pero puede haber jurisdicción sin competencia.

Dada la importancia de los elementos que configuran la competencia, ésta se divide entre competencia absoluta y competencia relativa. La competencia absoluta sirve para precisar la jerarquía, clase o categoría del tribunal que va a conocer de un determinado asunto; ha sido establecida por razones de orden público, y no puede ser renunciada por las partes litigantes; tiene como factores determinantes o puntos de referencia: la materia, la cuantía y el fuero; en cambio, la competencia relativa mira al interés de las partes, las cuales pueden prorrogarla o renunciar a ella.

La falta de competencia absoluta puede ser declarada de oficio por el tribunal o representada por las partes litigantes, en cualquier estado del juicio; en cambio, la falta de competencia relativa sólo puede ser representada por las partes litigantes, antes de hacer cualquiera gestión que implique prorrogar competencia.

En consecuencia, la falta de jurisdicción y de competencia absoluta se equiparan en cuanto a requisitos de existencia del proceso.

## VI. NATURALEZA DE LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO

En general, la Constitución de cada país contiene normas sobre las cuales debe ejercerse la jurisdicción. Esto es, son imperativas para los tribunales, cualquiera sea su denominación o competencia y, fundamentalmente, en cuanto a la forma en que deben ejercerla, para conocer y resolver los conflictos de relevancia jurídica que se sometan a su conocimiento y decisión, atendida la materia, la cuantía y el fuero. Es por ello que existen códigos y leyes especiales que reglamentan el proceder jurisdiccional a que debe someterse el



juez, según el caso. Estas normas garantizan el debido proceso y la igualdad en la aplicación de la ley procesal.

Las normas procesales que establece la ley son de orden público, y no pueden ser trasgredidas ni ignoradas por el órgano jurisdiccional, como tampoco son renunciables o sustituibles por la voluntad de las partes, ni siquiera con el asentimiento del tribunal, salvo que la propia ley así lo autorice.

La jurisprudencia española, como lo señala Manuel Serra Domínguez, ha estimado que

las leyes procesales revisten, por su privativa finalidad, el carácter de orden público, y su estricta observancia se impone por igual a tribunales y litigantes (Sent. de 2 enero de 1923); [que] las leyes de procedimiento son de interés público y de garantía para el ejercicio de los respectivos derechos de los litigantes y por ello vienen obligados al estricto cumplimiento de sus disposiciones regladas, sujetándose a las formas y términos que establecen para que aquellos derechos sean solicitados, acreditados y resueltos (Sent. de 6 de marzo de 1923); sin que sea lícito a las partes comparecientes en juicio, ni tampoco a los tribunales, prescindir de sus ritualidades (Sent. de 20 de marzo de 1930).<sup>16</sup>

Si por eficacia de un acto entendemos la producción de los efectos jurídicos previstos para el acto mismo por el ordenamiento jurídico positivo, y habida cuenta de lo dispuesto en los artículos anteriormente citados, todo acto procesal sólo es susceptible de producir efectos cuando se realiza en la forma prevista por la ley; los actos procesales serán ineficaces cuando por faltarles algunos de los presupuestos, requisitos y condiciones previstos en la ley procesal correspondiente no sean susceptibles de producir sus efectos normales.

## VII. EL DEBIDO PROCESO

El “debido proceso” está constituido por todos aquellos elementos, trámites, oportunidades, plazos y acciones que permitan a las partes una debida y adecuada defensa de sus derechos y al tribunal preestablecido por ley, absolutamente competente e imparcial, resolver en derecho con base en los hechos jurídicamente acreditados en el proceso.

---

<sup>16</sup> Sierra Domínguez, M., *Estudios de derecho procesal*, cit., p. 459.

Este concepto no nace con la XIV enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, sino con mucha anterioridad, en la enmienda quinta, la que en su parte final establece: “nor be deprived of life, liberty or property without dueprocess of law” (“no puede ser privado de la vida, libertad o propiedad sin un debido proceso legal”). Según el profesor chileno Juan Colombo, sus raíces son muy anteriores y se retrotraen a la Carta Magna inglesa de 1215, y para ello se basa en la obra *Dueprocess of law in Magna Carta*, del profesor Mac Ilwain.

Hay Constituciones que lo definen íntegramente, y otras sólo hacen referencia a que debe existir un debido proceso, como lo hace la Constitución chilena. Sin embargo, ha sido la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional chileno, en sentencias reiteradas, quienes han establecido los elementos que lo componen. Por otro lado, el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la casi totalidad de los países latinoamericanos, los señala expresamente en el inciso primero del artículo octavo:

Artículo 8o. Garantías judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

## VIII. MATERIALIDAD DEL PROCESO

La materialidad del proceso está constituida por actos jurídicos procesales consecutivos o concatenados, dentro de una secuencia, plazos y formalidades prestablecidas por la ley. De aquí que todo acto jurídico-procesal sea un eslabón de la cadena que se inicia con la acción que da origen al proceso y termina con la sentencia judicial ejecutoriada que resuelve el conflicto.

Lo anterior, según la legislación de cada país, puede dar origen a un expediente escrito, que se inicia con la carátula del tribunal, la acción, y luego todas las actuaciones procesales que se van agregando por estricto orden cronológico y en folios numerados; o bien, en sistemas computacionales a los cuales las partes tienen acceso desde sus respectivas computadoras. Actualmente, hay países donde el proceso escrito se ha sustituido por el proceso oral, en el cual cada acto jurídico procesal debe cumplir con los requisitos

propios de todo acto jurídico y con las normas especiales que la ley procesal establece para su validez, según su propia finalidad.

Lo anterior determina, como ya se ha señalado, que no hay que confundir el proceso en sí con los actos jurídico-procesales que lo van integrando. El proceso, como tal, tiene requisitos de existencia y de validez que son distintos de la validez del acto jurídico procesal aisladamente considerado. Ello no obstante, es posible que la nulidad de un determinado acto jurídico procesal acarree la nulidad de todo lo obrado si la existencia válida de dicho acto es requisito de validez del proceso.

El profesor Couture expresa:

La irregularidad del acto procesal, esto es, el desajuste entre la forma determinada en la ley y la forma utilizada en la vida, es en todo caso una cuestión de matices que corre desde el apartamiento gravísimo, alejado en absoluto de las formas requeridas, hasta el levísimo, apenas perceptible. En este sentido se han distinguido siempre tres grados de ineficacia: en un primer grado, de ineficacia máxima, la inexistencia; en un segundo grado, capaz de producir determinados efectos en condiciones muy especiales, la nulidad absoluta; en un tercer grado, con mayores posibilidades de producir efectos jurídicos, la nulidad relativa.<sup>17</sup>

## IX. DIFERENCIA ENTRE PROCESO, JUICIO Y LITIS

Es muy habitual confundir el término “proceso” con “el juicio” y éstos con “la litis”, en circunstancias que no son la misma cosa. Puede haber proceso sin haberse formalizado el juicio, pero no puede haber juicio sin proceso; más aún, puede haber proceso, juicio, y faltar la litis.

El proceso es el modo o la forma que la ley establece para el ejercicio de la jurisdicción frente a un determinado conflicto de relevancia jurídica. El juicio es el conjunto de actos jurídico-procesales que se realizan en el proceso, una vez nacido éste, conforme lo establece el artículo 39, ya citado. La litis es la controversia que se suscita entre las partes, y que puede recaer en la ocurrencia de los hechos y/o en el derecho aplicable a éstos.

Conceptualmente, el juicio nace al perfeccionarse la relación procesal. Esto es, desde que se notifica válidamente a la parte demandada y ha transcurrido el término de emplazamiento. De aquí que, si se anula la notificación, no se anula el proceso. Este existe, por cuanto hay una acción válidamente

<sup>17</sup> Couture, E., *op. cit.*, p. 376.

interpuesta, conocida por un tribunal absolutamente competente que ha ejercido su jurisdicción al dar curso a la acción y decretar la resolución que permite iniciar el emplazamiento de la demandada. Anulada la notificación, subsiste la resolución del tribunal que le da curso a la acción, y es posible efectuar una nueva notificación que sea válida para los efectos del debido emplazamiento de la demandada.

Es más, el demandante puede retirar su demanda hasta antes de que se notifique al demandado por cuanto la litis no se ha trabado. Tampoco existe plazo legal alguno para que el demandante haga notificar la demanda, pero el proceso existe; de lo contrario, la notificación de la demanda no produciría efecto legal alguno.

La actuación del demandado, una vez legalmente emplazado, no incide en absoluto en la existencia del juicio. El demandado puede aceptar la demanda, no hacer nada u oponerse, y ello en nada altera la existencia del juicio y la consiguiente obligación del tribunal de resolver el conflicto. Tanto es así, que si el demandado se allana a la demanda, el tribunal de todas maneras debe dictar sentencia.

La litis es la controversia o conflicto de intereses que se genera entre demandante y demandado una vez que se ha materializado el emplazamiento legal de este último y éste se opone a la demanda. Si se allana a la demanda, no hay controversia, no hay litis, y no hay hechos sustanciales pertinentes y controvertidos. En consecuencia, puede existir proceso, haber juicio y no existir litis. La única excepción se produce si el demandado no dice nada y se obra en su rebeldía. En este caso la litis existe, y se genera por la pretensión que contiene la acción, y el demandante deberá acreditar los hechos en que la funda.

#### X. EXISTENCIA DE UN VICIO QUE CAUSE AGRAVIO Y QUE ÉSTE SÓLO SEA REPARABLE DECLARANDO LA NULIDAD

En la mayoría de los códigos procesales, para que exista nulidad procesal se requiere que el vicio y sus efecto sólo puedan ser reparados mediante la declaración de nulidad del acto o del proceso, basados en el principio *pas nullité sans grief*. Lo dicho no es absoluto, por cuanto puede haber perjuicio y no haber lugar a la nulidad si el perjuicio causado puede repararse sin necesidad de anular el acto jurídico procesal que adolece del vicio, o el acto jurídico procesal cumplió su finalidad, pese a adolecer de un vicio de forma.

Atendido lo expuesto, para que se declare la inexistencia o la nulidad de un acto jurídico-procesal se requiere que el vicio afecte el debido proceso conculcando el derecho de cualquiera de las partes o que el acto no haya cumplido su finalidad y que el vicio no pueda ser subsanado sino declarando la nulidad. Por otro lado, la nulidad que puede afectar a un determinado acto jurídico-procesal no necesariamente conlleva la nulidad del proceso o del juicio. Ello hace necesario determinar si existe proceso y, de existir, qué actos jurídico-procesales nulos pueden conllevar a la nulidad del juicio.

Esta es una materia de hecho que el tribunal debe considerar en cada caso. ¿El acto nulo es de tal relevancia que afecta el debido proceso? ¿El incumplimiento de la finalidad de un acto produce su nulidad? ¿La falta de cumplimiento de los requisitos de la demanda en cuanto a la personería del demandante o del demandado afecta la relación procesal? ¿La carencia del derecho a la acción por parte del demandante? ¿La falta de capacidad civil del demandante o del demandado? ¿La existencia de un juez incompetente?

Es imposible hacer una enumeración de las posibles causas que pueden afectar la validez del juicio, no así en lo que se refiere a la inexistencia del proceso, cuya única causal es la omisión de uno o más de los tres requisitos de existencia, ya analizados. En la nulidad del juicio hay circunstancias procesales y civiles que influyen en ella, las que dependen de cada caso particular. Es el tribunal el llamado a apreciar si está o no en presencia de un juicio nulo.

## XI. FORMAS PARA SOLICITAR UNA NULIDAD PROCESAL

Ello depende de las normas procesales de cada país. En Chile, durante la vigencia del proceso, sólo hay tres formas directas reconocidas para solicitar la nulidad procesal: las excepciones dilatorias contempladas en los números 1, 2 y 4 del artículo 303; el incidente de nulidad que contempla el artículo 84, y el recurso de casación en la forma que establece el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil.

Terminado el proceso, por sentencia ejecutoriada, puede solicitarse la nulidad por la vía de los artículos 79, rebeldía por causa de fuerza mayor, 80 por falta de emplazamiento y 810, por causales que justifican un recurso de revisión. Sin embargo, en opinión del autor, si se ha faltado a la garantía constitucional del debido proceso, o se han violado las normas de procedimiento que establece la ley para conocer de la determinada materia, o se han violado las normas de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Política

de la República de Chile, siempre es posible interponer una demanda de nulidad procesal de derecho público, en juicio aparte.

## XII. NULIDAD DE OFICIO

Un tribunal puede decretar la nulidad de un acto procesal, de oficio, solamente si la ley expresamente lo faculta para ello, salvo que se trate de una nulidad procesal de derecho público. La nulidad, declarada de oficio o a petición de parte, es una misma institución jurídica, sin que pueda diferenciarse en cuanto a su procedencia o sus efectos atendiendo a si la debe requerir la parte, o bien, si la debe declarar de oficio el tribunal.

La única diferencia existente entre la petición de parte y el proceder de oficio tiene relación con los requisitos de ser parte procesal, solicitar la nulidad dentro de plazo, no haber originado el vicio o concurrido a su materialización y no haber convalidado tácita o expresamente el acto. El tribunal sólo requiere que la ley lo faculte para ello.

Los actos procesales realizados fuera de un plazo fatal son prácticamente inexistentes para el tribunal, ya que no producen efecto alguno en el proceso y no pueden ser considerados por el juez al resolver el conflicto. El acto procesal de parte ejecutado fuera de plazo legal no es nulo, simplemente carece de toda eficacia jurídica por cuanto el derecho de la parte a realizarlo precluyó, por el sólo ministerio de la ley, al vencer el plazo legal que ésta tenía para ello. La existencia del vicio debe estar claramente acreditada en el proceso por los medios de prueba legales. En otras palabras, de los antecedentes existentes en el proceso, antes de la declaración de nulidad de oficio, debe constar fehacientemente el vicio que ocasiona la nulidad. El tribunal, en caso alguno, podrá ordenar diligencias de prueba para establecer la nulidad, y menos aun abrir un término probatorio para ello.

## XIII. EFECTO EXTENSIVO DE LA NULIDAD PROCESAL

En general, la ley procesal establece los requisitos y la secuencia de cada acto jurídico procesal, hasta llegar al término del proceso y a la solución definitiva del conflicto. Es por ello que se dice que el proceso es la concatenación de actos jurídicos procesales; cada uno constituyen el eslabón inmediato y necesario para la agregación del otro. De aquí que la nulidad de un acto jurídico procesal, generalmente, implica dejar sin valor procesal a los actos procesales realizados con posterioridad a él. Cortado el eslabón de la cadena, los eslabo-

nes siguientes dejan de estar unidos a ella y, por tanto, dejan de formar parte de la misma.

De producirse el efecto extensivo de la nulidad, lo que sucede es que los actos posteriores se han producido extemporáneamente, con anticipación a la oportunidad que les fija la ley y, por ende, carecen de valor dentro del proceso. En otras palabras, carecen de existencia legal y tanto el órgano jurisdiccional como las partes no pueden considerarlos de manera alguna.

Esto no implica que la nulidad de un determinado acto jurídico procesal conlleve la nulidad de todos los actos jurídicos procesales materializados con posterioridad a él. Estos actos posteriores son válidos a menos que, en sí, adolezcan de algún vicio de nulidad o el acto jurídico declarado nulo —conforme al orden consecutivo legal— sea requisito previo para la materialización de los posteriores.

Los actos procesales posteriores, que están de manera directa vinculados a la validez del acto procesal que legalmente debe antecederlo, pasan a ser procesalmente inexistentes, no pueden ser ratificados, sino que deben materializarse de nueva cuenta. En consecuencia, son actos procesales conexos con el acto declarado nulo aquellos que sean una consecuencia directa y necesaria de éste. Conforme a lo expuesto, si el acto procesal es declarado nulo y el agravio causado no puede ser reparado de otra forma que declarando su nulidad, ésta provoca el rompimiento de la cadena procesal y el orden consecutivo legal, por lo cual todos los actos procesales realizados posteriormente, aun cuando de forma individual sean válidos, dejan de tener existencia procesal si consecutivamente estaban ligados de modo directo al acto declarado nulo.

Al efecto, el profesor Serra Domínguez, señala:

Habida cuenta la peculiar naturaleza del proceso, integrado por una sucesión ordenada de actos, viniendo cada uno de ellos determinado por el anterior y encaminado hacia el que le sigue normalmente, la nulidad de un acto procesal acarreará la nulidad de los restantes actos procesales que traigan causa de él. La ineficacia inicial de un acto priva de su eficacia a los actos que le siguen, pese a haber sido éstos realizados en forma correcta.<sup>18</sup>

#### XIV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA UNA NULIDAD

En Chile, la resolución que declara una nulidad procesal tiene el carácter de sentencia interlocutoria, por cuanto no resuelve el conflicto sometido a

<sup>18</sup> Serra Domínguez, M., *op. cit.*, p. 465.

la jurisdicción, característica propia y exclusiva de las sentencias definitivas, conforme lo establece el artículo 158, al señalar: “Es sentencia definitiva la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio”.

Por otro lado, salvo en el caso de la nulidad de oficio, es una parte la que solicita la nulidad, lo que da origen a un incidente, por lo cual la resolución que lo resuelve sólo puede tener el carácter de auto o de sentencia interlocutoria. Obviamente, la nulidad de un acto jurídico procesal influye directamente en la resolución del conflicto y en la aplicación del debido proceso, por lo cual afecta directamente el pronunciamiento de cualquier otra sentencia interlocutoria y de la propia sentencia definitiva, lo que permite concluir, sin lugar a dudas, que se trata de una sentencia interlocutoria, conforme a lo establecido en el inciso segundo del artículo 158 del Código de Procedimiento Civil chileno.

## XV. LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO EN GENERAL

Se ha sostenido por distinguidos profesores administrativos y existen fallos reiterados al respecto, en Chile, en cuanto a que el acto administrativo que viola la Constitución o la ley o ha sido ejecutado por quien carecía de facultad para hacerlo o excediendo de dicha facultad, adolece de una nulidad de derecho público que es imprescriptible, irrenunciable e insubsanable, toda vez que afecta el orden público. Se trata de una nulidad que sólo puede generarse por la actividad de un órgano público o de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Las normas constitucionales chilenas que fundamentan la nulidad de derecho público están establecidas en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución y, en lo que respecta a la nulidad procesal, cabe agregar el numeral 3 del artículo 19, el artículo 5o. y los artículos 8o. y 9o. del Pacto de San José de Costa Rica, a saber:

Artículo 6o.: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. Artículo 7o.: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y las sanciones que la ley señale”.

Tratándose de la nulidad procesal de derecho público, es preciso agregar las siguientes normas:



Artículo 19, numeral 3 (se transcribe nada más lo que interesa en la nulidad procesal): Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiese sido requerida...

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y de una investigación racionales y justos.

Artículo 5o., inciso 2: El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes;

Deben sumarse los artículos 8o. y 9o. del Pacto de San José de Costa Rica.

Declarada la nulidad, el acto en sí no existió nunca, y jamás pudo provocar efecto jurídico alguno, por lo cual todo lo obrado en razón de éste pasa a ser nulo, y la situación se retrotrae a la fecha de su ejecución.

Por otro lado, quienes incurrieron en el acto nulo son responsables, personal, administrativa y civilmente, de las consecuencias que tal acto puede haber ocasionado. En lo administrativo quedan afectos a la sanción que la ley establezca para tal proceder y, en lo civil, pasan a ser responsables de los daños materiales y pecuniarios que su conducta o las consecuencias del acto nulo hayan causado a terceros.

## XVI. NULIDAD PROCESAL DE DERECHO PÚBLICO

En materia procesal, además de lo antes señalado, hay dos causales adicionales que producen la nulidad procesal de derecho público, sea respecto del proceso o del juicio. La primera es la inobservancia de las normas de procedimiento establecidas por la ley para el conocimiento y resolución del conflicto de relevancia procesal sometido a la jurisdicción. La segunda es la violación a las normas del debido proceso.

### 1. *Inobservancia de las normas de procedimiento*

En materia civil, penal o cualquiera otra que sea sometida a su conocimiento y resolución, el órgano jurisdiccional debe conocer y resolver el conflicto de acuerdo con las normas de procedimiento que le establece la ley. El tribunal o las partes, aun cuando todos estén de acuerdo, no pueden modificar las normas de procedimiento, a menos que la ley expresamente otorgue esta facultad. De hacerlo, el o los actos procesales realizados adolecen de nulidad de derecho público, la que el tribunal debe declarar de oficio, sin que exista forma alguna de saneamiento y aun cuando no exista perjuicio alguno para las partes.

### 2. *Inobservancia del “debido proceso”*

El “debido proceso” es una garantía constitucional y que además está expresamente establecida en el Pacto de San José de Costa Rica y, como tal, es permanente e inviolable. En consecuencia, estas normas constituyen reglas de procedimiento que, como se ha señalado, son de orden público, y su trasgresión genera la nulidad procesal de derecho público.

Hoy, a diferencia de lo que ocurría en el pasado, en que se ignoraba esta realidad, en Chile, el respeto al “debido proceso” y las consecuencias de su inobservancia no sólo han sido reconocidos por la jurisprudencia y la cátedra, sino que incluso se han incorporado en el Código Procesal Penal y en los recursos consagrados en nuevas legislaciones procesales en materia laboral y de familia.

## XVII. NULIDAD PROCESAL DE DERECHO PÚBLICO Y COSA JUZGADA

No obstante la claridad de los preceptos constitucionales, hay distinguidos profesores de derecho procesal y, entre ellos, ministros de Corte, que se oponen a la existencia de esta nulidad en materia procesal, por considerar que muchos procesos afinados podrían ser declarados nulos, lo que atentaría contra la cosa juzgada creando una incertidumbre inaceptable.

El reparo que se formula carece de sustento jurídico. En realidad, tales sentencias son inexistentes, por cuanto si el proceso es nulo, la sentencia es igualmente nula, y no puede producir efecto legal alguno, por lo cual jamás se ha materializado la cosa juzgada. Sin proceso válido no hay sentencia ni solución al conflicto. El proceso jurisdiccional que adolece de un

vicio procesal de derecho público es nulo por mandato constitucional y, en consecuencia, no puede ser validado en forma alguna, dado que la norma constitucional que establece la nulidad persigue una finalidad muy superior al interés particular, cual es la protección del Estado de derecho.

Tanto es así, que en Chile, en materia penal, el Código Procesal Penal establece la revisión de las sentencias firmes en los casos que señala el artículo 473, todos los cuales implican la falta de un debido proceso, sin establecer plazo alguno para su interposición. En otras palabras, este recurso viene a equivaler a una acción de nulidad procesal de derecho público en contra de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

### XVIII. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD PROCESAL DE DERECHO PÚBLICO

A diferencia de lo que ocurre con la nulidad administrativa de derecho público, la nulidad se genera en un proceso jurisdiccional, lo que obliga a distinguir si la nulidad se solicita antes que la sentencia que se dicte en el proceso quede ejecutoriada o se hace con posterioridad a ello.

Tratándose de un proceso en actual tramitación, la nulidad de derecho público da origen a un incidente de nulidad, que puede interponerse en cualquier estado del juicio y hasta antes de que la sentencia quede aparentemente ejecutoriada

En el segundo caso, la acción de nulidad no importa un incidente de nulidad, sino que corresponde a una acción que, por sí misma, da origen a un proceso jurisdiccional que debe interponerse ante tribunal competente y que se tramitará conforme a las reglas procesales pertinentes.

## LA UNIDAD DE LA RELACIÓN JURÍDICO-PROCESAL

Luis Alfredo BRODERMANN FERRER\*

Sin duda alguna, los dos grandes desarrollos intelectuales que lograron establecer el partaguas donde el derecho procesal llegó a su madurez fue el tratamiento del concepto fundamental de la acción bajo su autonomía respecto del derecho sustantivo, y el establecimiento, por ende, de una nueva relación jurídica denominada “procesal” (relación jurídico-procesal), diversa de la material, por lo cual el universo del derecho se dividió en dos mundos: el material y el procesal, ligándose entre sí por la acción,<sup>1</sup> pero distinguidos por su relación jurídica bajo diversos conceptos, principios e instituciones, y por lo cual surge a mediados del siglo XIX la corriente del procesalismo científico,<sup>2</sup> cuya principal aportación fue resaltar dicha autonomía y forta-

---

\* Profesor por oposición de Teoría general del proceso de la licenciatura en derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, México.

<sup>1</sup> Goldschmidt desarrolla la diferencia entre la “acción procesal”, que es la que se dirige hacia el Estado, de carácter público y la “acción privada”, que es la que actúa frente al sujeto obligado. Goldschmidt, James Paul, “La acción procesal es un derecho justiciero de carácter material”, *Derecho procesal civil*, Berlín, Julius Sringer, 1929, p. 96. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2002-2003.

<sup>2</sup> Se consideran como el nacimiento del procesalismo científico donde el derecho procesal alcanza su madurez, los siguientes eventos relacionados con las obras históricas en cuestión: i) *La polémica sobre la actio* de Bernhard Windscheid y Theodor Muther (1856), donde bajo el concepto *Anspruch* (pretensión) se diferenció el derecho a la prestación que se exige mediante el proceso, estableciendo la “autonomía de la acción”; ii) *Excepciones y presupuestos procesales*, de Oskar von Bülow (1868), donde se desarrolla el concepto de relación jurídica procesal como la naturaleza del proceso, bajo prescripciones jurídicas denominadas por dicho autor “presupuestos procesales”; iii) *Handbuch (Manual del derecho procesal civil alemán)* (1885) y, *La pretensión de declaración* (1888) de Adolf Wach, donde el maestro demuestra que el plano del interés (o sea, la violación de un derecho) por el cual se exige la realización de la voluntad concreta de la ley, no puede ser llevado a cabo más que a través del proceso, siendo un derecho por sí mismo, autónomo, distinto del derecho del actor que tiende a la prestación del obligado; iv) por último, la conferencia de Chiovenda, “La acción en el sistema de los derechos”, pronunciada en la Universidad de Bolonia en 1903, donde establece que la acción es un derecho potestativo o facultativo, autónomo, distinto del derecho subjetivo material, que no opone

lecer el desarrollo del derecho procesal ya como ciencia, volviéndose en tal sentido necesario su estudio para el conocimiento integral del derecho.

Alemanes<sup>3</sup> e italianos<sup>4</sup> fueron sus precursores, siguieron los españoles<sup>5</sup> quienes por necesidad (guerra civil) y aprovechando su léxico, tuvieron la oportunidad de exportar hacia el continente americano traducciones de obras alemanas e italianas, amén de las propias, evolucionando en una nueva y creciente ola de procesalistas.<sup>6</sup>

En general, la mayoría de los investigadores de la corriente del procesalismo científico, aunque con sus propias teorías sostuvieron la idea de la naturaleza del proceso en torno a una relación jurídica denominada procesal, basada en el criterio de unidad,<sup>7</sup> y solamente Goldschmidt criticó severamente la misma, imponiendo su posición sobre la naturaleza del proceso como una situación jurídica procesal,<sup>8</sup> empero, se ha venido considerando que ambas teorías pueden coexistir entre sí.<sup>9</sup>

obligación alguna. Es decir, la acción es “un poder jurídico frente al adversario no contra el adversario, cuyo efecto es la verificación de la condición para la actuación concreta de la ley”.

<sup>3</sup> Véase anexo 1.

<sup>4</sup> Véase anexo 2.

<sup>5</sup> Véase anexo 3.

<sup>6</sup> Véase anexo 4.

<sup>7</sup> Hegel; Bethmann-Hollweg; Bülow; Kholer; Binding; Wach; Hellwig; Kisch; Stein; Schonke; Rosenberg; Chiovenda; Calamandrei; Redenti; Liebman; Ugo Rocco; Alsina; Alcalá Zamora; Couture; Becerra Bautista y Vescovi entre otros grandes procesalistas científicos que defendieron esta posición con sus respectivos puntos de vista.

<sup>8</sup> Goldschmidt sostenía que las categorías o nexos procesales (“expectativas” de una sentencia favorable o “perspectiva” de una desfavorable; “posibilidad u ocasión procesal” por realización de actos procesales que impliquen una ventaja procesal como el de proponer y producir pruebas; “cargas” como los actos realizados por las partes para prevenir un perjuicio procesal y en definitiva una sentencia desfavorable, como la carga de contestar la demanda, de ofrecer pruebas, de alegar; “la dispensa de una carga procesal” determinada por la ley, como la negativa ficta por no contestar una demanda en los casos del estado civil de las personas) no se adecuaban al concepto de la relación jurídica en el sentido tradicional, a decir del autor, “...no son ni sometimientos bajo imperativos ni poderes sobre tales...” sino que representaban más bien “situaciones jurídicas” que señalaba como “el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las normas jurídicas”, Goldschmidt, James, *Principios generales del proceso*, México, Editorial Obregón y Heredia, 1983, pp. 35-37.

<sup>9</sup> Sobre la compatibilidad de las doctrinas de la relación jurídica y de la situación jurídica, véase Alsina, “La teoría de la situación jurídica no se opone, antes bien, integra al concepto de relación jurídica”, *Revista de Derecho Procesal*, año X (1952), primera parte, pp. 1 y ss., que fue el trabajo presentado al Congreso Internacional de Juristas, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos, de Lima, en conmemoración del IV centenario de su fundación, cita 39 expuesta por el procesalista científico español Santiago Sentís Melendo, en *Calamandrei. El hombre y la obra*, escrito por el propio Santiago Sentís Melendo, p. 50, de *Instituciones de derecho procesal, según el nuevo Código*, de Piero Cala-

A diferencia de la acción, que necesariamente por su contenido nace del mundo material (no puede existir el derecho de acción más que descansando en un interés jurídico sustantivo), la relación jurídico-procesal nace, se integra, desarrolla y extingue dentro del proceso jurisdiccional; es decir, dentro del mundo procesal, siendo esta relación el eje de dicho mundo, a tal grado que sin su existencia no puede tener cabida el proceso jurisdiccional.

En efecto, se requiere del derecho de acción para promover y activar la jurisdicción como tutela de los intereses jurídico-materiales protegidos; empero, el procedimiento por el cual se desarrolla dicha tutela, seguido por normas procesales y de administración de justicia, debe necesariamente circundar alrededor de una relación jurídica entre los sujetos procesales (las partes, terceros y el juez) y entre los mismos funcionarios jurisdiccionales (juez, secretario y auxiliares), lo que constituye íntegramente la relación jurídica (procesal y judicial) autónoma de la material.<sup>10</sup>

mandrei (1943), traducción y estudio preliminar por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América (1986). También Alcalá Zamora, Niceto, “suponer que mediante el aprovechamiento de elementos de una y otra doctrina acaso se llegue a la explicación satisfactoria”, cita 195 de *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, 1991.

Igualmente, Prieto Castro (*Tratado*, t. 1, p. 15), con mayor profundidad expone que las teorías privatistas (contrato y cuasicontrato) y las teorías publicistas (relación jurídica y situación jurídica) respecto de la naturaleza del proceso no se excluyen sino que se complementan, aduciendo: “...la teoría del contrato veía sólo el aspecto externo... actos orientados hacia la misión final: la sentencia; la de la relación jurídica procesal es un examen de su contextura interna que da un sentido ‘unitario’ a los actos del procedimiento; la de la situación jurídica es la fundamentación sociológica del proceso, visto éste no como una unidad jurídica sino como una realidad de la vida social; aquella [la de la relación jurídica] explica ‘cómo debe ser’ el proceso cuyo fin es que quien tenga razón triunfe; éste explica [la de la situación jurídica] ‘cómo es’ el proceso en la realidad y en el cual triunfa quien mejor defiende su derecho mediante el cumplimiento de las cargas procesales”. Citado por Alsina, Hugo (12/1) p. 424 de su obra *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediar, t. I, 1963.

Ya se vislumbraba dicha integración desde la escuela moderna alemana de principios del siglo XX cuando el propio James Goldschmidt en su obra *Principios generales del proceso*, pp. 40 y 41, ante las críticas de Kohler y Rosenberg por la tesis de estos últimos de que la relación jurídico-procesal se desenvuelve en situaciones, aduce que “...la situación procesal no es una situación de la relación pública abstracta, sino del derecho material, o más precisamente aquella situación en que las partes se encuentran con respecto a este derecho a consecuencia de que el mismo se ha hecho valer procesalmente...”.

<sup>10</sup> Rocco expone: “Una cosa es, pues, la obligación que el órgano o el oficio jurisdiccional tiene, como tal, de prestar su actividad en orden a los ciudadanos (actor o demandado), a la cual responde un derecho de los ciudadanos a que se conceda dicha prestación, y otra cosa es la obligación que el funcionario del orden judicial tiene frente al Estado, de cumplir las funciones de su oficio. La primera es una relación procesal, puesto que encuentra su fuente en las leyes procesales y regula las relaciones que nacen del proceso civil y del ejercicio de la jurisdicción; la segunda es una relación igualmente de derecho público, pero no procesal, puesto que regula las relaciones entre el Estado y los funcionarios del orden judicial, es decir,

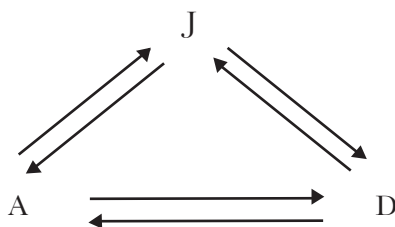
Tan es así, que se ha llegado a determinar que científicamente es más propio utilizar el concepto de relación jurídico-procesal para calificar el procedimiento procesal y no el de proceso como comúnmente se le conoce.<sup>11</sup>

Wach en su *Handbuch* (1885)<sup>12</sup> la distinguió como uno de los principales pilares de la ciencia procesal, sosteniendo su integración total, a diferencia de Kohler y Hellwig (el primero establecía que únicamente existía entre las partes y el segundo entre el juez y las partes). El maestro señalaba que la relación jurídica procesal circundaba alrededor del juez con las partes y de las partes entre sí y con el juez, formando una relación total integral, esquematizada por una relación triangular.

una relación de servicio público (relación de derecho público judicial)". Rocco, Ugo, *Tratado de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Máximo Ayerra Redín, Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 287.

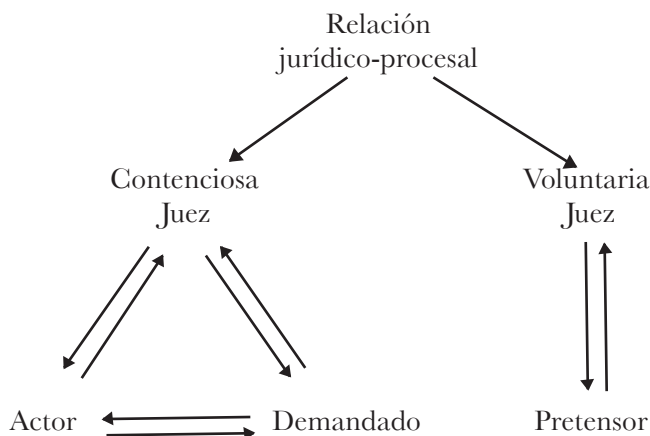
<sup>11</sup> Bülow, en su afamada obra *Excepciones y presupuestos procesales*, manifiesta respecto del término proceso", lo siguiente: "En lugar de considerar al proceso como una relación de derecho público, que se desenvuelve de modo progresivo, entre el tribunal y las partes, ha destacado siempre únicamente aquel aspecto de la noción de proceso que salta a la vista de la mayoría: su marcha o adelanto gradual, el procedimiento, unilateralidad que tiene su origen en la jurisprudencia romana de la Edad Media y que ha sido favorecida por la concepción germánica del derecho. Se ha hecho, lamentablemente, de la palabra 'proceso' un monumento imperecedero y un punto de apoyo muy difícil de abatir. Quien pretenda extraer la idea de la palabra, será llevado, desde el principio, por la expresión 'proceso' hacia un camino, si no falso, bastante estrecho. Sin embargo, los juristas romanos no se habían quedado con la idea superficial del proceso como pura serie de actos del juez y de las partes, sino que habían concebido la naturaleza de aquél como una relación jurídica unitaria (*judicium*)", Oskar von Bülow (1868), *Excepciones y presupuestos procesales*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2001, pp. 3 y 4. Igualmente Calamandrei: cuando desarrolla en su obra *Instituciones*, que doctrinalmente se habla de relación jurídico-procesal cuando la ley habla de "proceso" o "procedimiento" y la utilidad doctrinal la considera muy importante en tres fases, a saber: i) la relación jurídico-procesal es la fórmula mediante la cual se expresa la "unidad" y la "identidad" jurídica del proceso dado que la serie de actos complejos que constituya el procedimiento procesal circundan alrededor de una relación jurídica única; ii) la relación procesal permite entender la "continuidad del proceso", no importando sus "transformaciones", dado que la relación jurídico-procesal es "dinámica" con un fin determinado, que es el de alcanzar la providencia jurisdiccional final y mientras no se suspenda o se termine por cuestiones determinadas en la ley continuará con dicha finalidad y por último; iii) la noción relación jurídico-procesal es útil para señalar la diferencia entre "proceso" y "causa"; entre "derecho procesal" y "derecho sustancial"; entre la "acción" y la "regularidad del proceso", esto último cuando se refiere a los "presupuestos procesales". Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, EJEA, 1986, pp. 342 y 345.

<sup>12</sup> Wach expone: "Los sujetos de las relaciones procesales son por lo menos tres: el actor, el demandado y el tribunal... Las relaciones de estas personas entre sí sólo muestran las diversas facetas de una misma relación jurídica". Wach, Adolf, *Manual de derecho procesal civil*, t. I, trad. de Tomás A. Banzhaf; estudio preliminar Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, p. 70.



Habría únicamente que puntualizar que dichos autores consideraban a la RJP respecto de las causas contenciosas, y por lo tanto su relación trilateral y compleja por el conflicto de intereses (pretensión-resistencia), lo que no sucede en la RJP de las causas no contenciosas, por obedecer esta última a un solo interés (pretensión).

Por lo tanto, dicha relación jurídico-procesal, en su contexto global, del proceso contencioso (trilateral) y del proceso voluntario (bilateral),<sup>13</sup> siguiendo la doctrina de Wach, se tendría que vislumbrar de la siguiente manera:



<sup>13</sup> El proceso voluntario, también llamado “proceso no contencioso” (véase Alcalá Zamora Niceto, *Proceso, cit.*, p. 144) o “jurisdicción voluntaria”, que implica por su naturaleza una relación jurídico-procesal bilateral, por su trascendencia merece su espacio particular (al efecto, trabajaremos un ensayo dirigido sobre el tema); empero, no dejemos de advertir que la naturaleza compleja (transformaciones) de la relación jurídico-procesal que se desarrollaran a lo largo de este ensayo se pueden igualmente dar en un proceso no contencioso o voluntario (nos estamos refiriendo a las incidencias respecto de presupuestos procesales, así como impugnaciones de resoluciones y actos de causación llevados a cabo en un juicio voluntario no contencioso, de orden bilateral).



Predecesor de Wach fue Bülow (1868), quien mediante su célebre obra desarrolló el concepto, estableciendo sus características, calificándola de autónoma (de la relación jurídica material), pública (dada la presencia del estado jurisdicción y la dirección de la acción) y compleja (dada su característica transformadora), cuyo contenido (derechos y obligaciones) se desarrolla en movimiento (diversas etapas del proceso) bajo el concepto de “unidad”.<sup>14</sup>

Al esbozar la problemática, el propio Bülow advierte la necesidad de nominar las prescripciones o elementos constitutivos para el surgimiento de dicha relación jurídica, denominándolos “presupuestos procesales”,<sup>15</sup> expresión como tal que vino a resolver por el principio de igualdad, los defectos procesales no sólo a través de las excepciones dilatorias que oponía el demandado, sino también a través de incidentes opuestos por el actor y el pronunciamiento de los mismos de oficio por parte del juez; es decir, la denominación “presupuesto procesal” venía a ser un concepto más amplio para establecer el debido contenido de la relación jurídico-procesal, lo cual necesariamente atañe a los sujetos procesales que la integran.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Bülow escribe: 1) “Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos... esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una “relación jurídica pública”; 2) “El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso”; 3) “...la relación jurídica procesal está en un constante movimiento y transformación”. Oskar von Bülow, *Excepciones y presupuestos procesales*, cit., pp. 1-3.

<sup>15</sup> “En suma, en esos principios (Bülow se refiere a las prescripciones jurídicas sobre competencia; capacidad procesal; legitimación de su representante; cualidades propias de una materia litigiosa civil [integración de la litis]; la redacción y comunicación [emplazamiento] de la demanda; y el orden entre varios procesos, es decir, conexidad, prejudicialidad y prevención) están contenidos los elementos constitutivos de la relación jurídica procesal; idea tan poco tenida en cuenta hasta hoy, que ni una vez ha sido designada con un nombre definido. Proponemos, como tal, la expresión *presupuestos procesales*”. Bülow, *Excepciones*, cit., pp. 5 y 6.

<sup>16</sup> Chioevda llegó a definir el concepto de presupuestos procesales como las condiciones o elementos necesarios para tener derecho a una sentencia cuando aduce en su magna obra *Principios de derecho procesal civil*, cit., p. 129: “Llámense *presupuestos procesales*, como vimos, las condiciones por las que se obtiene cualquier resolución favorable o desfavorable sobre la demanda”. Obra laureada por la R. Academia Dei Lincei con el premio real para ciencias jurídicas, México, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 2001. Discípulo de Chioevda, Calamandrei, siguiendo a su maestro, expone que los presupuestos procesales son “las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer sobre el mérito... los presupuestos procesales se deberían, pues denominar más exactamente: presupuestos del conocimiento del mérito extremos exigidos para decidir el mérito; condiciones de la providencia de mérito...”. Calamandrei cita a Redenti (Profili) y a Betti (*Dir. proc. civ.*), pp. 351 y 353, *Instituciones de derecho procesal civil* (1943); Piero Calamandrei, *op. cit.*

La doctrina ha venido clasificando a los presupuestos procesales en subjetivos y objetivos; generales y especiales; de la acción, del proceso, de la pretensión y de la sentencia.<sup>17</sup>

Tomando en consideración el vínculo existente entre presupuesto procesal (contenido) y relación jurídico-procesal (continente), y siguiendo las ideas de Bülow, nos atrevemos a clasificar dichos presupuestos procesales en: *a)* los necesarios para hacer surgir la relación jurídico-procesal; *b)* los necesarios para integrarla; *c)* los necesarios para regularizarla y desarrollarla, y *d)* los necesarios para extinguirla.<sup>18</sup>

Como se advierte, el debido conocimiento y desarrollo de los presupuestos procesales nos llevará necesariamente al control del proceso como una relación jurídica. Empero, aparte de su contenido (presupuestos procesales), cómo entender y estudiar la relación jurídico-procesal. ¿En qué descansa su unidad? ¿En qué consiste su regulación dada la complejidad de la misma? En otras palabras, los presupuestos procesales entendemos que

---

<sup>17</sup> El maestro uruguayo Enrique Vécovi nos refiere la clasificación doctrinal: *a)* subjetivos (relativos a los sujetos del proceso, como son la capacidad procesal “legitimación *ad processum*”; personalidad de las partes “parte material y parte formal” y la competencia tanto objetiva respecto del juzgador como subjetiva del juzgador y sus funcionarios secretarios) y objetivos (al propio proceso como entre otros, el “emplazamiento”, la “conexión”; la “preclusión de la acción”, y la “caducidad de la instancia”); *b)* generales (comunes a todo proceso, capacidad, competencia, emplazamiento, etcétera) y especiales (a cierto tipo de juicios como el ejecutivo donde el título ejecutivo es presupuesto o requisito indispensable); *c)* presupuestos de la acción (capacidad del juez y de las partes y caducidad de la acción (así como la preclusión de la acción); *d)* presupuestos al proceso, para que se constituya la relación jurídica procesal válida y se desarrolle la misma (emplazamiento del demandado “caducidad de la instancia”; la “vía”; otorgamiento de “vistas” por el contradictorio); *e)* de la pretensión y de la sentencia (como lo son el interés, posibilidad jurídica y legitimación en la causa) aunque el autor considera estos dos últimos como presupuestos materiales o condiciones para que la sentencia sea favorable y no propiamente presupuestos procesales; en otras palabras cuestiones prejudiciales de la acción. Vécovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, 2a. ed., Santa Fe de Bogotá-Colombia, Temis, 1999, pp. 81-83.

<sup>18</sup> El maestro mexicano Ovalle Favela presenta en su obra *Derecho procesal civil*, México, Harla, 1995, pp. 71-74, una clasificación de los presupuestos procesales en previos a la demanda y previos a la sentencia. Siguiendo al gran maestro, ahora pretendemos integrar dicha clasificación, para su mejor entendimiento; es decir, previo a la sentencia como pretendemos ahora, existen situaciones diversas acerca de la relación jurídico-procesal que la deben distinguir (integración; regularización y desarrollo de la misma); siendo que, por otra parte, el concepto de extinción de la relación jurídico-procesal se nos hace más apropiado para analizar la duración de la misma por las diversas situaciones procesales al efecto (caducidad de la instancia, muerte de las partes, desistimiento de la demanda y/o instancia, resolución por sentencia interlocutoria de alguna cuestión [como una excepción procesal] que dé por terminado el juicio con efecto de cosa juzgada formal entre otros), amén de la propia sentencia definitiva.

son las condiciones para integrarla, desarrollarla y hasta extinguirla, pero su unidad y complejidad no necesariamente se estudia a través de los mismos.

La respuesta a dichos cuestionamientos la hemos encontrado “en la dialéctica procesal”, es decir, el estudio del movimiento procesal a través de su objeto de litis (por el efecto del contradictorio).<sup>19</sup>

En efecto, siguiendo la dialéctica procesal, hemos advertido bajo trilogías teóricas<sup>20</sup> (principal, accesoria e impugnativa), las diversas relaciones jurídico-procesales ordinarias y complejas existentes en un proceso jurisdiccional, pero siempre bajo el criterio de “unidad”; es decir, de dependencia e inautonomía, sobre la primera (principal).

Para tales motivos, nos hemos apoyado en una fusión de estructuras o conceptos fundamentales procesales que devienen de los estudios de Wach y de Chiovenda, respecto de la acción y de la relación jurídico-procesal (que son los dos fundamentos en que descansan sus respectivas obras)<sup>21</sup> con un

---

<sup>19</sup> Calamandrei expone: “La estructura *dialéctica* que, como se verá, es propia del proceso, exige que todos los actos realizados por una parte sean llevados a conocimiento de la parte contraria, a fin de que ésta pueda reaccionar oportunamente en defensa propia: *el principio el contradictorio es la expresión fundamental de esta exigencia... El carácter dialéctico del proceso: la relación procesal...* Estas personas que colaboran en el proceso (los sujetos del proceso) son, al menos, tres: *el órgano jurisdiccional*, que tiene el poder de dictar la providencia jurisdiccional, y *las partes*: esto es, la persona que pide la providencia (actor en el proceso de cognición; acreedor en el proceso de ejecución) y aquella frente a la cual la providencia se pide (demandado, en el proceso de cognición, deudor en el proceso de ejecución: *iudicium est actus trium personarum, actoris, rei, iudicis...* Es este el carácter que se podría denominar *dialéctico* [el autor cita que dicha expresión se le debe a Redenti en su obra “Profili”, p. 59, quien habla de la estructura dialéctica del proceso], del proceso en virtud del cual, el proceso se desarrolla como una lucha de acciones y de reacciones, de ataques y de defensas, en la cual cada uno de los sujetos provoca, con la propia actividad, el movimiento de los otros sujetos, y espera, después, de ellos un nuevo impulso para ponerse en movimiento a su vez...”. Calamandrei, Piero, *Instituciones, cit.*, pp. 332, 333 y 334.

<sup>20</sup> Al maestro Humberto Briseño Sierra le gustaba teorizar alrededor de trilogías, como lo hizo en el capítulo “Teoría de la impugnación”, pp. 396-7 de su libro *Compendio de derecho procesal*, México, Humanitas, Centro de Investigación y Posgrado, 1989, cuando señaló: “tres son los recursos procedimentales... tres las razones suficientes... tres los resultados...”, y como discípulo seguimos su escuela en tal sentido.

<sup>21</sup> Alcalá-Zamora comenta: “Al alzar su sistema sobre dos pilares, a saber, la acción y la relación jurídica procesal, Chiovenda sigue la trayectoria de Wach... en el desarrollo de los dos conceptos, Chiovenda está muy fuertemente influido por Wach...”, Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de teoría general e historia del proceso*, México, UNAM, 1992, t. II, p. 557. Igualmente, Chiovenda, (siguiendo las huellas de Wach) desarrolló su obra más importante *Principios de derecho procesal civil*, bajo dos conceptos fundamentales: “La acción” y la “Relación jurídica procesal”, que según palabras de su autor “...son las dos bases fundamentales de mi sistema...”. Chiovenda, Giuseppe, *Curso de derecho procesal civil*, obra compilada y editada, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1995, Introducción.

tercer concepto o estructura fundamental del proceso y base del sistema de Carnelutti: “la litis”.<sup>22</sup>

De ahí que podemos concluir que en un proceso contencioso, “la acción y la relación jurídico-procesal bajo una unidad girarán alrededor de la litis, sufriendo las respectivas transformaciones”.<sup>23</sup>

Es decir, todo proceso contencioso comienza por la acción (poder jurídico), que deviene de una transgresión al precepto jurídico material (causa), naciendo una nueva y diversa relación jurídica entre los sujetos de litis conocida como “procesal”, donde además intervienen otros sujetos, como lo son el juez y en su caso los terceros, conformándose lo que denominaremos como la “litis principal o material” (ordinaria o compleja según sea el caso) y que, una vez resuelta bajo sentencia firme, resultaría en una cosa juzgada formal material, la cual en su desarrollo integra la relación jurídico-procesal “principal”.

A su vez, en el desarrollo de dicho proceso también se podrían advertir “cuestiones litigiosas accesorias” a dicha “litis principal”, que no necesariamente devienen del mundo material, sino que nacen y se desarrollan en el mundo procesal (proceso), y que son contiendas sobre la relación jurídico-procesal, ahora denominada “litis accesoria procesal”, que se traducen una vez resueltas por sentencia en cosa juzgada formal; o, que si bien devienen del mundo material al ser cuestiones de la acción (como la falta de legitimación *ad causam*, entre otras); se traducen en cosa juzgada formal, considerando a las cuestiones litigiosas tanto de la acción como de la relación jurídico-procesal en lo que hoy denominamos “accesorias de la acción y de la relación jurídico-procesal”, lo que en doctrina se ha venido reconociendo

---

<sup>22</sup> Carnelutti basó toda su magna obra (*Sistema y/o principios*) alrededor de la “litis”; al efecto, Calamandrei expone: “...es necesario, a ejemplo de Chiovenda, considerar la ‘acción’ como uno de los conceptos fundamentales del sistema procesal; parece, en efecto, que la construcción del proceso, hecha por Carnelutti sobre el concepto de ‘litis’, en lugar de hacerla sobre la ‘acción’, choca, en un cierto sentido, con la realidad del proceso actual en el que el juez se halla en contacto, no con la ‘litis’ sino con la ‘acción’, en cuanto es llamado, no a establecer cuál es la regulación jurídica que corresponde mejor a la realidad social directamente observada, sino simplemente a decidir si merece ser acogida, en relación a un hecho específico ya encuadrado por el ajuste en un esquema jurídico, la propuesta de providencia que le es presentada por su necesario colaborador”. Calamandrei, Piero, *Instituciones...*, cit., pp. 236 y 237.

<sup>23</sup> Al respecto, el procesalista científico uruguayo, J. Couture considera que “La relación jurídica procesal consiste en el conjunto de ligámenes [siguiendo al maestro Kisch], de vinculaciones, que la ley establece entre las partes y los órganos de la jurisdicción recíprocamente, y entre las partes entre sí. El hecho de que esos ligámenes y vínculos sean muchos, no obsta a que el proceso sea en sí mismo una ‘unidad’, una relación jurídica”. Couture, J. *Fundamentos de derecho procesal civil*, Uruguay, Editorial Nacional (1942), p. 122.

como la “prejudicialidad en el proceso”,<sup>24</sup> conjuntándose en lo que hoy entenderemos como “litis accesoria material o procesal”, conformándose una relación jurídico-procesal diversa de la principal que ahora entenderemos como “accesoria” por su naturaleza de dependencia de la relación jurídico-procesal “principal” antes aludida.<sup>25</sup>

Por último, existe una diversa litis que se conforma en el proceso, sobre todo en los de grado biinstancial, cuando se impugnan por los sujetos agraviados (partes o terceros) las resoluciones y actos de causación jurisdiccionales, lo cual hemos denominado “litis impugnativa”, que una vez resuelta por sentencia (de revisión) se traduce en una cosa juzgada formal material si se revisa la causa, y en una cosa juzgada formal si se revisan las cuestiones; conformando la tercera y diversa relación jurídico-procesal denominada “impugnativa”, donde viene a integrarse la figura del juez de revisión frente al juez de decisión, este último quien emitió la resolución o conformó el acto de causación jurisdiccional.<sup>26</sup>

Al efecto, podemos advertir un símil entre la litis y la relación jurídico-procesal, y la proyección de ambas respecto de la providencia jurisdiccional (cosa juzgada), lo que se puede esquematizar de la siguiente manera:

---

<sup>24</sup> Alsina, en su obra, nos indica los tres grados de prejudicialidad (sobre la causa, cuestiones y punto); en la primera trata la situación relacionada con otros procesos o en tratándose de un mismo proceso en litis compleja, como una reconvencción; la segunda todo lo relativo a cuestiones litigiosas sobre la acción y la relación jurídico-procesal que no tienen nada que ver con la causa, fondo o mérito del asunto; y la última se refiere a dichas cuestiones litigiosas pero en rebeldía o sea, no controvertidas, pero advertidas de oficio por el juez. Alsina, Hugo, *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pp. 45 y 46.

<sup>25</sup> Liebman hace una distinción entre las sentencias que juzgan sobre los presupuestos procesales o en general cualquier proveimiento dictado en el proceso asumiendo que tienen un efecto *meramente interno* en el mismo, donde fueron dictadas las sentencias que resuelven la causa o relación material deducida en juicio, las cuales tienen un efecto no sólo en el proceso, sino también fuera de él. El primero es un efecto formal de la cosa juzgada según la clasificación doctrinal por dicho autor retomada cuando se refiere a que la “inmutabilidad” de la sentencia como acto procesal que únicamente tiene por su contenido [cuestiones] efectos internos en el proceso se entenderá como cosa juzgada formal, y cuando dicha inmutabilidad se refiere al contenido material o sustancial [causa] y sus efectos que es el segundo (material), se entenderá como cosa juzgada formal material. Liebman, Enrico Tullio, *Eficacia y autoridad de la sentencia*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2002, pp. 76, 77 y 78.

<sup>26</sup> Los actos de causación jurisdiccional, según la clasificación de Goldschmidt, son los que están en la periferia del proceso y que no son actos de obtención (estos últimos tratan de influir la sique del juez como la demanda, reconvencción, excepciones, alegatos, etcétera); como en tratándose de los que interviene el juez: el emplazamiento, citaciones, requerimientos, celebración de vistas; de audiencias; de inspecciones oculares, etcétera, Goldschmidt, James, *Principios generales...*, *cit.*, pp. 65-96.

<i>Litis/relación jurídico-procesal</i>	<i>Contenido</i>	<i>Efecto</i>
Principal	Causa  (Acción)	Cosa juzgada formal material
Accesoria	Cuestiones  (Acción/Relación jurídico-procesal)	Cosa juzgada formal
Impugnativa	Error de Decisión  Causa/Cuestiones  (Acción) (Acción/Relación jurídico-procesal)	Cosa juzgada formal material/ Cosa juzgada formal

Imagínese que “X”, en su carácter de arrendatario, que celebró con “Y”, en su carácter de arrendador, un contrato de arrendamiento (relación jurídica material), deja de pagar oportunamente la renta violando lo dispuesto por el artículo 2425 del CCDF (transgresión del precepto jurídico material), y por lo tanto, “Y” demanda a “X” ante los tribunales jurisdiccionales competentes la rescisión del referido contrato y demás prestaciones conducentes (acción) bajo la motivación de dicho incumplimiento en el pago de la renta (causa). Emplazado “X” al juicio, contesta la demanda oponiendo como excepción propia principal o sustantiva la emanada del artículo 2431 del CCDF, por no disponer de la cosa arrendada, constituyéndose e integrándose por ende una litis y relación jurídico-procesal “principal” de tipo ordinario (que será resuelta por sentencia definitiva que en su momento constituirá cosa juzgada formal material).

A su vez, también al contestar la demanda, el demandado opone la excepción procesal de litispendencia (cuestión litigiosa de la relación jurídico-procesal) aduciendo que “Y” ya lo ha demandado en otro juicio bajo la misma causa y las mismas prestaciones, constituyéndose e integrándose, por ende, una litis y relación jurídico-procesal “accesoria procesal” (que será resuelta en una audiencia de previo por sentencia interlocutoria y que en su momento constituirá cosa juzgada formal).

Igualmente, al contestar la demanda, “X” opone la excepción impropia de falta de legitimación *ad causam* de “Y” (cuestión litigiosa de la acción), dado que, si bien este último celebró el contrato de arrendamiento referido, posteriormente vendió el inmueble materia del arrendamiento a “Z”, por lo que “Y” ya no tiene vínculo jurídico al respecto con “X”, sino que ahora existe una legitimación anómala (por causahabencia de “Z”, que adquirió los derechos y obligaciones de “Y”) que vincula a “X” con dicha parte “Z”, constituyéndose e integrándose por ende una litis y relación jurídico-procesal “accesoria material” (lo que en su caso será resuelto en la sentencia definitiva antes de entrar a estudiar el fondo o causa o mérito del asunto y, si prospera dicha excepción con firmeza legal ejecutoria, constituirá cosa juzgada formal).

Por último, antes de contestar la demanda, “X” en tiempo y forma interpuso formal recurso de apelación (pretensión impugnativa) en contra del acuerdo admisorio de la demanda, dado que de la propia demanda se deduce (por la narración de los hechos) que “Z” es el nuevo propietario del bien arrendado y causahabiente por ende del arrendamiento en cuestión, lo que constituye una diversa litis y relación jurídico-procesal “(impugnativa)”, que descansa en el error cometido por el juez de decisión al admitir la demanda en tales circunstancias, y que hará valer “X” en vía de agravio (cuestión que una vez resuelta por sentencia interlocutoria firme que en su caso revoque o confirme la resolución apelada, constituirá cosa juzgada formal).

Como se analiza, en el ejemplo expuesto en líneas anteriores se pudo advertir tres litis y, por lo tanto, tres relaciones jurídico-procesales dentro de un mismo proceso con efectos diversos de cosa juzgada formal o cosa juzgada formal material según sea el caso, demostrando que la armonía de estos tres elementos o conceptos fundamentales (acción, relación jurídico-procesal y litis) bajo la dialéctica procesal, nos advierte la relación de transformación en el proceso, lo que se puede conceptualizar de la siguiente manera:

<i>Acción</i>	<i>Relación jurídico-procesal</i>	<i>Litis</i>
Principal	Principal	Principal
Accesoria	Accesoria	Accesoria
Impugnativa	Impugnativa	Impugnativa

Hay que resaltar que en todo caso las diversas transformaciones de la relación jurídico-procesal giran alrededor de la causa o litis principal que dio origen a la misma por su característica de unitaria.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Rocco expone en su obra: “Según lo hemos dicho, Carnelutti ha negado el carácter de ‘unidad’ y ‘unicidad’ de la relación jurídica procesal, pero nosotros no logramos concebir



La cualidad de “unidad” de la relación jurídico-procesal que los maestros Wach y Chioventa siempre defendieron en sus estudios<sup>28</sup> es el soporte y base de las demás litis accesorias o impugnativas con sus respectivas relaciones jurídico-procesales.

De ahí que se comprende la postura legal del artículo 705 del CPCDF en el sentido de mantener *subjudice* las apelaciones interpuestas en la instrucción donde se resolverán litis impugnativas sobre cuestiones procesales en su caso, siempre y cuando se apele la sentencia definitiva, que a su vez resuelve el principal o “litis material”, la cual sostiene la relación jurídico-procesales “principal”, base de la unidad del proceso y sostén de todas las demás relación jurídico-procesales existentes en el mismo, dado que, de lo contrario, si la sentencia definitiva causa estado de firmeza legal alcanzando la cosa juzgada formal material, automáticamente deja de tener interés (en virtud del efecto de cosa juzgada, lo que deviene en la inmutabilidad e irrevocabilidad de dicha sentencia) las apelaciones pendientes de resolver.<sup>29</sup>

dicha relación, en sus distintas fases y desarrollos, sino con un carácter de ‘unidad’ y esto porque, como lo hemos dicho reiteradamente, la prestación de la actividad jurisdiccional, varía en sus actos, en sus estadios, en sus grados, es siempre ‘una y única’, por lo cual es ‘una y única’ también la relación jurídica que es el desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional viene a formarse”. Rocco, Ugo, *Tratado, cit.*, p. 410

<sup>28</sup> Wach expone en su obra *Handbuch* (1885): “Se ha dicho que el proceso civil es una relación jurídica unitaria que se va desenvolviendo y liquidando paso por paso en el procedimiento... lo que interesa es si esas relaciones se articulan, como subordinadas y relativamente inauténtomas, dentro de un amplio conjunto unitario... Pero el hecho de que las personas sean varias no excluye la suposición de que la relación jurídica sea una... La relación jurídica procesal es susceptible de transformación y de desarrollo. Al cambiar los sujetos procesales al suceder una persona a otra en el papel de parte, al pasar una causa del juzgado al tribunal regional, al cambiar el objeto (modificación de la demanda), al pasar la causa a una instancia superior, etc.; no se fundamenta una relación jurídica nueva; hay solamente una transformación”. Wach, Adolf, *Manual (Handbuch, 1885), cit.*, pp. 64, 65, 67, 69 y 70. A su vez, Chioventa expone en su afamada obra *Principios* (1906): “Nos queda por ver qué efectos son los que produce en el proceso, inmediatamente y por sí misma, la demanda, la que, en cuanto acto constitutivo de la relación procesal, independientemente de que sea o no fundada (y éstos son los llamados efectos procesales de la demanda). Estos efectos se traducen en el principio de la unidad de la relación procesal. Todos los actos del proceso se encuentran unidos entre sí por un vínculo común, y hay que referirlos todos a la demanda judicial, de la que dependen. Como la actuación futura de la ley se toma como si ocurriera en el momento de la demanda, la relación procesal se considera contenida, como en embrión, en el acto y momento de la demanda”. Chioventa, Giuseppe, *Curso de derecho procesal civil, cit.*, p. 372.

<sup>29</sup> El artículo 705 del CPCDF expone: “Si no se presentara apelación en contra de la sentencia definitiva, se entenderán consentidas las resoluciones y autos que hubieran sido apelados en efecto devolutivo de tramitación conjunta con la definitiva, salvo lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 692 Quáter”.



Con lo anterior podemos concluir siguiendo los lineamientos de la escuela de Carnelutti,<sup>30</sup> que:

La litis es el desarrollo del proceso jurisdiccional, y por ende de su relación jurídico-procesal y las transformaciones de la misma, conforme se vaya integrando una contención que gire sobre la causa (acción) considerada como litis principal, donde puedan existir contiendas accesorias (litis accesorias) sobre cuestiones (acción o de la relación jurídico-procesal) estas últimas siempre dependerán de la relación jurídico-procesal principal, lo que nos hace reiterar su “unidad”.

En el ejemplo, podemos imaginar una contienda de divorcio, donde además de resolver por el juez de decisión la causal de divorcio (causa) sobre la que depende la existencia de la relación jurídico-procesal principal, también existen diversas contiendas que giran alrededor de dicha relación jurídico-procesal principal, como puede ser la de resolver excepciones procesales planteadas respecto de la demanda; impugnaciones respecto de irregularidades procesales por vicios u omisiones en actos de causación (como lo son irregularidades cometidas en una audiencia de pruebas y alegatos); incidentes pendientes de resolver, como el ejemplo de una inhibitoria de incompetencia planteada ante el juez que se considera competente, etcétera.

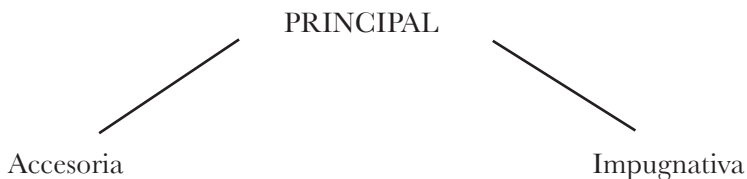
Todas ellas (las cuestiones) consideradas “prejudiciales” por su carácter de previo,<sup>31</sup> tienen como efecto de que se resuelvan antes de la sentencia de-

---

<sup>30</sup> En su obra *Instituciones*, Carnelutti distingue el litigio material del litigio procesal, o más bien el derecho material del derecho procesal, cuando relaciona el derecho y el proceso. “El proceso sirve al derecho, para su constitución o para su integración [el autor se refiere al DSM]; el derecho sirve al proceso garantizado el desenvolvimiento de él [el autor se refiere al DSP]...”, y, entonces Carnelutti advierte que pueden existir litis dentro del proceso (litis procesales), que puedan amenazar el desenvolvimiento y el éxito del proceso, refiriéndose al conflicto de intereses de los sujetos que intervienen en el proceso, estableciendo para ello que “...no hay otro camino que seguir que el de componer tales conflictos por medio del derecho...” [el autor se refiere a los conflictos internos dentro del proceso (que el juez no quiera decidir; que el testigo no quiera declarar, etcétera) y por lo tanto de los poderes y deberes procesales (facultad, derecho subjetivo, de potestad, de carga, de obligación, de responsabilidad), en consecuencia no cree en la teoría de que el proceso es una relación jurídica, sino que los conflictos de intereses dentro del proceso componen lo que él llama relaciones jurídicas procesales, cuando expone: “...hoy el proceso no es ya una relación jurídica, aunque para su desenvolvimiento la ley, atribuyendo a las partes, a los defensores, a los oficiales, a los encargados, a los terceros, poderes y deberes, compone entre ellos relaciones que, puesto que atañen al proceso, son relaciones jurídicas procesales”. Carnelutti, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, Librería El Foro, 1997, vol. I, pp. 289-291.

<sup>31</sup> El artículo 137 bis, fracción X, inciso b), del CPCDF, establece la suspensión del proceso [se refiere el no dictar la sentencia definitiva] en los casos que sea necesario esperar una resolución de una cuestión previa o conexas (principio de prejudicialidad). Véase Alsina, H., *Las cuestiones prejudiciales...*, cit., pp. 45 y 46.

finitiva para evitar que, según hemos venido exponiendo, se termine la relación jurídico-procesal principal sobre la cual giran en “unidad” dichas contiendas accesorias o incidencias,<sup>32</sup> y por lo cual se ha venido denominando “accesoria” a la relación jurídico-procesal que deviene de las mismas, por su carácter de dependiente de la relación jurídico-procesal “principal”, al igual que la relación jurídico-procesal “impugnativa”, que de la misma forma guarda dependencia con la relación jurídico-procesal “principal”:

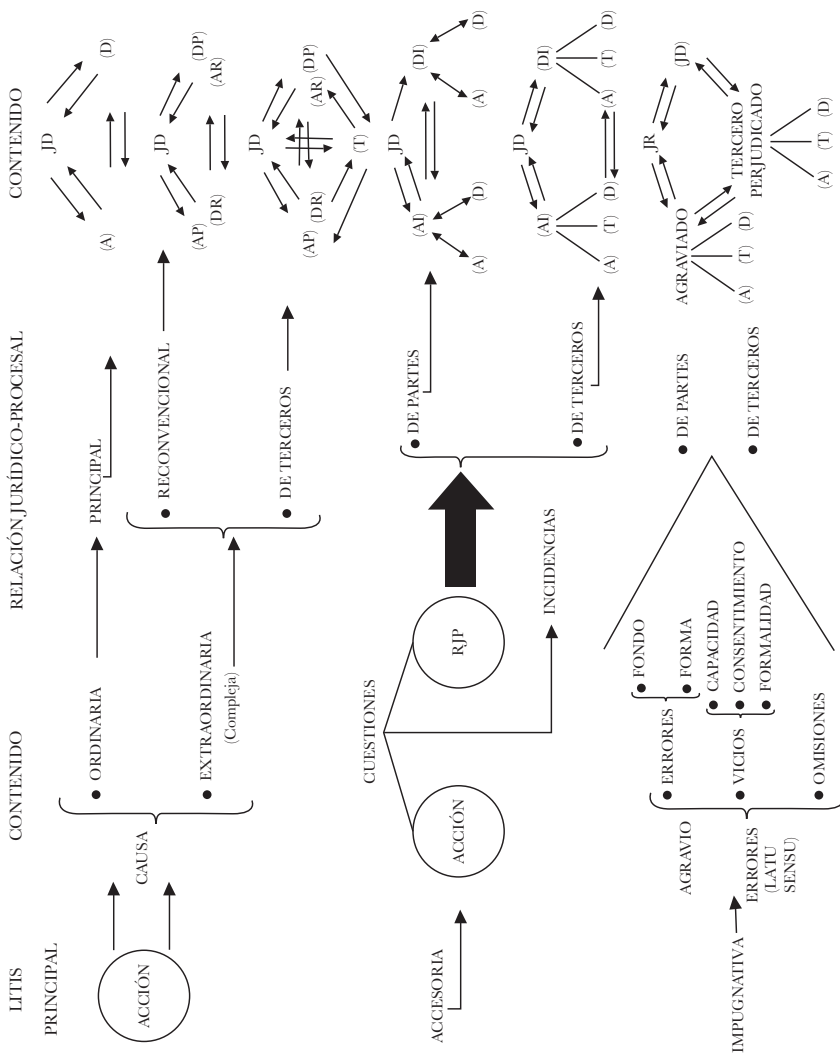


En efecto, la relación jurídico-procesal principal es la que sostiene al proceso; sobre ella giran todas las demás contiendas accesorias planteadas en el mismo, si aquella termina por alguna razón (desistimiento de la demanda, de la instancia o de la acción; muerte de alguna de las partes en tratándose de acciones personalísimas como la del divorcio; caducidad de la instancia principal o la propia sentencia definitiva; entre otras), necesariamente por su efecto de dependencia, seguirán la misma suerte las demás relaciones jurídico-procesales que giran alrededor de la principal, ya sean accesorias, ya sean impugnativas.

En el siguiente esquema<sup>33</sup> pretendemos expresar las diversas transformaciones de la relación jurídico-procesal girando alrededor de la propia relación jurídico-procesal “principal”:

<sup>32</sup> El maestro Briseño Sierra nos enseña que el procedimiento [refiriéndose a la relación jurídico-procesal], en su totalidad es una complicada red de actuaciones que se unen por la conversión [suma de unidades], dado que, al terminar todos los procedimientos vuelven a su unidad teleológica, y por lo tanto, señala, “Ésta viene a homogeneizar las actuaciones, de manera que lo previo, lo prejudicial, los desplazamientos que entrañan las impugnaciones intermedias, todo, vuelve a la unidad...”, Briseño, Humberto, *Compendio...*, cit., p. 357.

<sup>33</sup> Agradezco como siempre la colaboración de la actual coordinadora de la revista *Ius Procesal*, próxima a editarse en la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, la licenciada Yazmín García Salazar por su apoyo en la realización de los cuadros sinópticos de este ensayo.



Como el lector observará de las actitudes de las partes, sobre todo del demandado e inclusive de terceros, la relación jurídico-procesal sufrirá transformaciones.

No es lo mismo que se siga una causa en rebeldía del demandado o que éste simplemente se defienda negando la demanda (relación jurídico-procesal principal ordinaria donde existe una relación entre actor, juez y demandado), que cuando el demandado tome la actitud de pretender “reconviniendo” al actor por diversa causa conexa (existiendo con ello una litis principal compleja constituida por dos causas: una principal y otra reconvencional, donde la relación jurídico-procesal se transforma, en virtud de que el actor de la causa principal se convierte al mismo tiempo en demandado de la reconvención planteada por el demandado principal, advirtiendo una relación jurídico-procesal principal, pero compleja).

Y más aún, existiendo litisconsorcio activa o pasiva, donde la pluralidad de partes por el efecto de solidaridad en ciertos casos hace que la relación jurídico-procesal trascienda a la RJM, como en el ejemplo de una acción reivindicatoria sobre un predio en copropiedad que intenta uno de los copropietarios en contra del poseedor infructuosamente, en virtud de que prosperó la excepción propia sustantiva de prescripción positiva o usucapión, que si bien dicho contraderecho no fue reclamado en reconvención por no estar presentes en la relación jurídico-procesal los demás copropietarios, el efecto de la prosperidad de la referida excepción, que constituye una declaración de certeza negativa (sentencia absolutoria) tiene trascendencia sobre los demás copropietarios, por ser un precedente que afecta a los mismos (RJM) aunque no hayan litigado, por el efecto solidario de la relación jurídico-procesal en relación con el alcance de la acción.<sup>34</sup>

Los ejemplos son variados, sobre todo en tratándose de cuestiones del estado civil, que por disposición de la ley (artículo 93 del CPCDF) la rela-

---

<sup>34</sup> “Acción reivindicatoria. Ejercicio de la, por los copropietarios (legislación del estado de Puebla). Si en un juicio reivindicatorio, el bien materia de la acción, pertenece a diversos copropietarios, la sentencia que se pronuncie favorece a todos los condueños, a pesar de que en el juicio no intervengan todos. Y aunque el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla no prevé el caso de un comunero que ejercita la acción reivindicatoria sin el concurso de los demás copropietarios, debe de aplicarse el principio general del derecho que llena el vacío de la ley de acuerdo con los artículos 14 constitucional y 18 del Código Civil de Puebla, principio que permite que un comunero pueda deducir las acciones relativas a la cosa común como dueño. En tal virtud, las acciones ejercitadas por uno de los copropietarios benefician al otro, puesto que mientras se encuentren en la indivisión, cada uno de ellos participa de su parte alícuota que se extiende a todo el bien y a cada una de sus moléculas”. Amparo directo 1950/60. Luz y Senorina Tetzicatl. 27 de abril de 1962. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Gabriel García Rojas.

ción jurídico-procesal existente en el proceso, aunque no integre a terceros porque no fueron llamados a juicio, les afecta (como si hubieran litigado) la sentencia por su trascendencia pública (interés público inquisitorial de la acción sobre cuestiones familiares).<sup>35</sup>

Asimismo, cuando se integra la relación jurídico-procesal principal por la denuncia a pleito de un tercero en términos del artículo 22 del CPCDF, donde en forma tripartita (actor, demandado y tercero) se advierten los intereses litigiosos a resolver por el juez, constituyéndose igualmente una relación jurídico-procesal “principal y compleja”.

Y qué decir de la “litis accesoria” (cuestiones litigiosas de la acción y de la relación jurídico-procesal), donde la transformación de las partes y terceros principales se advierte con mayor claridad, en el ejemplo de un incidente de caducidad de la instancia promovido por el demandado en términos de los artículos 88 y 137 bis del CPCDF, donde el demandado principal se vuelve actor incidentista, y el actor principal se vuelve demandado incidentista en dicho juicio incidental, o cualquier juicio incidental promovido por un tercero (tercerías accesorias) como lo puede ser la relativa a la de excluyente de dominio sobre una cosa embargada propiedad de dicho tercero, en términos del artículo 659 del CPCDF, donde el actor incidentista es el propio tercero y la parte actora en lo principal demandado incidentista, siendo tercero interesado en su caso de dicha contienda la propia demandada principal. Como se dijo, existen un sin fin de ejemplos donde podemos advertir la característica de transformación de la relación jurídico-procesal.<sup>36</sup>

Asimismo, en el esquema aludido se visualiza la tercera relación jurídico-procesal (impugnativa), donde, como se ha venido sosteniendo, a diferencia de la principal y de la accesoria la relación jurídico-procesal sufre una transformación el juez.

En efecto, se integra a dicha relación jurídico-procesal “impugnativa” una nueva figura: “el juez de revisión”, que vendrá a sustituir al “juez de

---

<sup>35</sup> Liebman expone: “Se puede presentar la eficacia *erga omnes* de las sentencia en las cuestiones de estado como una consecuencia de su naturaleza especialísima, que justificaría en estos casos la desviación de la regla general de la eficacia inter partes de la cosa juzgada... este es el resultado, más o menos confesado, al que llegan la doctrina francesa [el autor cita entre otros autores franceses a Merlin; Aubry; Jossierand; Planiol y Ripert; Colín y Capitant y Sovatier, entre otros]; y la alemana [el autor cita entre otros autores alemanes a Rosenberg y a Goldschmidt]. Liebman, Enrico Tullio, *Eficacia y autoridad de la sentencia*, México, TSJSE, 2002, pp. 228 y 229.

<sup>36</sup> Para mayor profundidad en el tema de los incidentes (litis accesoria) sugiero que se analice el ensayo del suscrito editado en la revista *Alegatos*, núm. 59, enero-abril, 2005, de la UAM Atzacapotzalco denominado: “Los incidentes en el proceso civil”.

decisión” que ha venido actuando en la relación jurídico-procesal principal y accesoria, para que ahora el juez de revisión se pueda avocar a resolver la “litis impugnativa”, y dicho juez de decisión que ahora será revisado en sus actuaciones se ubicará en la relación jurídico-procesal “impugnativa” como si fuera la parte a quien se dirige la acción impugnativa de cualquier parte o tercero de la relación jurídico-procesal principal o accesoria.

Por ejemplo, en un recurso de queja por desechamiento de la demanda en términos de los artículos 723-727 del CPCDF, el actor principal, quien interpondrá el recurso, será el pretensor de la instancia impugnativa dirigida a su vez al juez de revisión, que viene a ser una sala superior del TSJDF por ser un recurso de naturaleza vertical y el juez de decisión de la relación jurídico-procesal “principal”, que es el juzgador de primera instancia, será transformado a su vez en la parte reclamada de dicho recurso y quien tendrá en tal carácter que rendir su informe justificado, defendiendo los intereses de la resolución dictada por él (artículo 725, CPCDF).

Inclusive, hay ocasiones en que el juez de revisión es el propio juez de decisión, y esto se entiende en virtud de la naturaleza de los jueces de decisión, quienes actúan en estricta aplicación del derecho, como lo sostienen nuestros artículos 14 y 16 constitucionales, y de ahí que ellos no tengan interés alguno en las contiendas de las partes y terceros.

A tal evento, tenemos los recursos horizontales (artículos 684-687 del CPCDF), como la revocación (primera instancia) y la reposición (segunda instancia), donde el propio juez de decisión que en dicha “litis impugnativa” se convierte en juez de revisión, y al resolver sobre la impugnación planteada puede revocar o modificar su decisión jurisdiccional advirtiendo el error por el agravio esgrimido.

Y más aún, en los incidentes impugnativos de nulidad de actuaciones por vicios procesales en términos de los artículos 74, 78 y 88 del CPCDF, donde el propio juez de decisión, ahora actuando como juez de revisión, advirtiendo los vicios procesales conducentes, determina bajo resolución jurisdiccional la anulación respectiva dirimiendo la “litis impugnativa” correspondiente.<sup>37</sup>

La “unidad” de la relación jurídico-procesal existe, ya lo demostramos, por la necesidad de la causa principal frente a cualquier cuestión, entendiendo que: “Si no hay causa principal no pueden existir las cuestiones, porque estas últimas giran alrededor de la primera”.

---

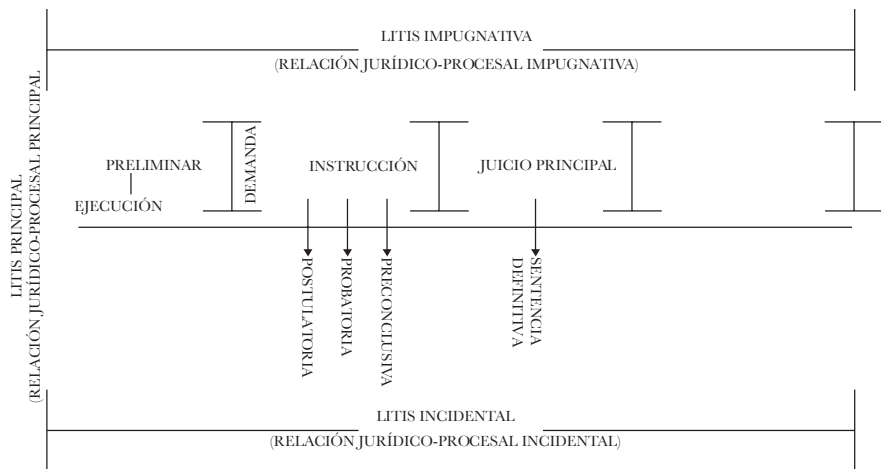
<sup>37</sup> Igualmente, para mayor comprensión del tema tratado véase mi ensayo denominado “La instancia procesal impugnativa civil” (teoría de la impugnación), a editarse por la revista *Alegatos*, de la UAM Azcapotzalco.

Por lo tanto, de igual manera se puede concluir que: “Si no hay relación jurídico-procesal principal no pueden existir las demás relaciones jurídico-procesales (acesorias e impugnativas), porque estas últimas giran alrededor de la primera”.

Conociendo a través de la dialéctica procesal la relación jurídico-procesal y su efecto de transformación con relación a la acción y la litis, pero siempre bajo un reconocimiento de “unidad” y dependencia en razón de la causa principal, como se ha venido esbozando a lo largo de este ensayo, se podrá profundizar acerca de la complejidad del proceso.

En efecto, como lo hemos venido sosteniendo, el procedimiento complejo del proceso contencioso dentro de su concepción unitaria gira alrededor de tres fases: una principal, que sostiene la “unidad” de la relación jurídico-procesal, y las otras dos (accesoria e impugnativa), dependientes de la primera, que hacen advertir su efecto de transformación.

Por lo tanto podemos ya visualizar al proceso contencioso por cuanto a su procedimiento y atento a la dialéctica procesal de la relación jurídico-procesal, de la siguiente manera:



En efecto, el proceso contencioso gira en torno a la litis principal, de ahí la relación jurídico-procesal (principal).

El recorrido del mismo en sus diferentes etapas indicadas en el esquema anterior: preliminar (a que se refiere el título quinto: “Actos prejudiciales” del CPCDF); instrucción (tomando como ejemplo cualquier procedimiento de juicio, como el relativo al juicio ordinario, título sexto del CPCDF);

juicio (el capítulo correspondiente a la sentencia y cosa juzgada a que se refieren los artículos 426 y relativos del CPCDF), y ejecución (fase referida en el capítulo de la vía de apremio regulada por los artículos 500 y relativos del CPCDF), constituyen lo que en la dialéctica procesal se reconoce como el procedimiento principal o juicio principal, donde se plantea, integra, prueba, juzga y ejecuta la causa, fondo o mérito del asunto (litis principal).

Asimismo, las cuestiones accesorias al principal debatidas en el desarrollo del proceso se resolverán a través de incidentes, los cuales se desarrollarán desde la fase preliminar de providencia precautoria (artículos 237 del CPCDF), pasando por la instrucción (entre otros, el incidente de sustanciación de incompetencias por declinatoria e inhibitoria (artículos 163 y relativos del CPCDF); el relativo a la audiencia previa, de conciliación y excepciones procesales (artículo 272-A y siguientes del CPCDF); los reservados para que se resuelvan en la sentencia definitiva (como, entre otros, el relativo a excepciones supervenientes a que se refiere el artículo 273, y el incidente de tachas de testigos referido en el artículo 371, ambos del CPCDF), y los incidentes que se tramiten después de la sentencia definitiva, en la fase de ejecución (como en el caso del incidente de liquidación de cantidades ilíquidas señalando en el artículo 515 del CPCDF).

Por último, la fase o instancia impugnativa (medios de impugnación), como entre muchos ejemplos, los recursos verticales, como el de apelación ordinaria (artículo 688, y relativos del CPCDF); apelación extraordinaria (derogada en el CPCDF); el de queja (723, CPCDF); los recursos horizontales, como el de revocación (primera instancia) o reposición (segunda instancia) a que se refieren los artículos 684 y 686 y relativos del CPCDF; los incidentes impugnativos, como, entre otros, los de nulidad de actuaciones a que se refieren los artículos 74, 77 y 78 del CPCDF; el de revocación del auto declaratorio de concurso (artículo 740 del CPCDF), y el de nulidad de confesión a que se refiere el artículo 320 del CPCDF, entre otros.

Principal, accesoria e impugnativa, fases que componen junto con sus respectivas litis y relación jurídico-procesal el sistema de dialéctica procesal sobre el cual circunda la complejidad del proceso contencioso.

De ahí que de manera conclusiva, a través de trilogías conceptuales (como lo diría nuestro querido maestro Humberto Briseño Sierra), véase cita 20, relacionando la litis con la acción y la relación jurídico-procesal podemos advertir el efecto de transformación (complejidad) del proceso contencioso, pero siempre bajo un esquema de “unidad”.

Por lo tanto, nos atrevemos a establecer bajo el sistema de la dialéctica procesal que:



TRES, son las clases de acciones que se pueden desarrollar en un proceso contencioso dependiendo del interés que persigan (principal, accesoria, impugnativa).

TRES, son las fases o recorridos del procedimiento de un proceso contencioso (principal, accesoria, impugnativa).

TRES, son las clases de excepciones que se pueden oponer (siguiendo el contradictorio), atento a dichas fases (principal, accesoria impugnativa).

TRES, son las clases de incidencias que pueden ocurrir en el desarrollo del proceso contencioso (principal, accesoria, impugnativa).

TRES situaciones de litis pueden existir dentro de las incidencias (la cuestión a dilucidar de dicha incidencia; los incidentes dentro de dicha incidencia; y las impugnaciones dentro de dicha incidencia).

TRES, son los tipos de litis que puede desarrollarse en su caso en un proceso contencioso (principal, accesoria, impugnativa).

TRES, son las motivaciones en que descansan respectivamente las tres litis en su caso, en un proceso contencioso. Causa (litis principal) cuestiones (litis accesoria) y agravio/error (litis impugnativa).

TRES, son las clases de relación jurídico-procesal que pueden existir de manera ordinaria o compleja en el proceso contencioso (principal, accesoria, impugnativa).

TRES, son los tipos de prueba que se desarrollan en su caso en dicho proceso contencioso (principal, accesoria, impugnativa).

TRES, son los tipos de sentencias que pueden por su naturaleza dictarse en un proceso contencioso (principal, accesoria, impugnativa).

Bajo dicha dialéctica, en este ensayo nos hemos permitido desarrollar la relación jurídico-procesal en su alcance total, sosteniendo la importancia del conocimiento y control pleno de la misma, no sólo como concepto fundamental de nuestra ciencia procesal (aspecto científico), sino también como uno de los elementos indispensables para la debida estructura del proceso (aspecto técnico), que nos permitirá acceder simplemente al derecho de que se nos otorgue una sentencia, no importando su sentido.

Estudiando científica y técnicamente la relación jurídico-procesal podremos saber más sobre la complejidad del proceso bajo su concepción unitaria, responsabilidad que como estudiosos del derecho y abogados postulantes debemos de asumir para el debido control del procedimiento procesal, evitando con ello en caer en trampas, dilaciones o accidentes procesales, que nos lleven a un caos procesal que nos impida llegar a la declaración de certeza del derecho judicial material.

Ya lo decía el maestro Wach cuando replicó a Zitelman:

El derecho, ciertamente —afirmó—, es un orden de vida, y quien desee comprenderlo y manejarlo, ha de conocer la vida; pero todo el derecho es creación del espíritu, es un pensamiento, que no cabe ver ni aprehender. Por eso, por mucho que el estudiante mire y remire durante su aprendizaje práctico los fenómenos que ante él se desarrollan, si carece de conocimientos procesales no llegará a comprenderlos.

La contemplación aislada no da respuesta alguna; sólo quien conozca el derecho procesal, conocerá el proceso.<sup>38</sup>

## ANEXOS

### Anexo I

De los alemanes podemos mencionar de los más importantes del procesalismo científico, entre otros: i) Hegel (1831), quien vislumbra la concepción del proceso como una relación jurídica autónoma, ii) Bethmann-Hollweg (1840), quien sustenta la concepción de Hegel del proceso como relación jurídica; iii) Klein (1854-1926), en Austria, encabeza la escuela de los procesalistas legisladores, además de ser considerado el transformador de la justicia civil austriaca, culminada en 1895, ideando la audiencia preliminar para dirimir todas las “cuestiones procesales respecto de la relación Jurídico-procesal”; iv) Windscheid (1856), quien concibe a la acción como la pretensión (*Anspruch*) perseguible en juicio; v) Muther (1857), quien le otorga el carácter público a la acción, al afirmar su dirección hacia el Estado; vi) Bülow (1868) define y desarrolla el concepto de la relación jurídica como naturaleza del proceso que se compone por lo que él mismo denominó “presupuestos procesales”; vii) Degenkolb “Einlas sungzwang und Urteilsnorm”. Leipzig (1877) y Plosz “Beitrag zur theorie des Klagerechts”; Leipzig (1880), precursores de la teoría abstracta de la acción, como un derecho a una sentencia; viii) Wach (1885) considera que la relación jurídico-procesal es de las partes entre sí, así como de las partes hacia el juez. Misma relación jurídico-procesal que a través del desarrollo del proceso (por su dia-

---

<sup>38</sup> Cuando en 1920 Zitelman sostuvo en el congreso de estudiantes de Göttingen que “emprender el estudio del derecho procesal sin conocer previamente el proceso de un modo práctico, es tan inconcebible como pretender nadar en terreno seco, mediante fórmulas teóricas”, tal temeraria tesis hizo que se elevara la réplica contundente de Wach que ahora se cita en lo conducente, extraído del prólogo dedicado por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo a su obra *Handbuch* traducida al español. Wach, Adolf, *Manual de derecho procesal civil*, cit., pp. XXVIII-XXIX.

lética) se transforma, pero siempre manteniendo una “unidad”. Considera a la acción como un derecho autónomo, público, dirigido hacia el Estado, para exigir la tutela concreta (protección de exigencia jurídica); sus obras *Handbuch* (1885) y *La pretensión de declaración* (1888) influyen a Chiovenda por el tratamiento de la acción y de relación jurídico-procesal, como los dos pilares del sistema procesal civil; ix) Kholer (1891) afirma que la relación jurídico-procesal es sólo entre las partes ya que considera a la acción de carácter privado; x) Hellwig (1901), sostiene que la relación jurídico-procesal se dirige de las partes hacia el juez; xi) Kisch (1909) establece que la relación jurídico-procesal no se compone de derechos y obligaciones, sino que entre las partes sólo existen estados de ligámenes; xii) Goldschmidt (1925) concibe al proceso como una “situación jurídica” de la que se advierten “nuevas” categorías procesales, entre ellas “la carga”; xiii) Rosenberg (1927), reconocido por sus estudios sobre la carga de la prueba en el proceso civil y la sistematización de derecho procesal civil alemán. Respecto de la relación jurídico-procesal en su *Tratado de derecho procesal civil* (1929) la considera singular y unitaria, porque nace y termina con el proceso; se mantiene desde el comienzo hasta el final a pesar de todas las modificaciones (por cambio del tribunal o de parte); y a su vez se desarrolla mediante las actuaciones procesales (situaciones jurídicas de las partes) que carecen de significado y efecto si no se llega a resolución en el fondo del proceso.

## Anexo 2

De los italianos, de los más importantes del procesalismo científico, se consideran: 1) Chiovenda (1903); su conferencia dictada en Bolonia (“La acción en el sistema de los derechos”) posteriormente fue considerada como la trilogía estructural de proceso (acción, jurisdicción y proceso), ubicaba a la acción dentro de la categoría de los derechos potestativos. Su obra *Principios* (1906), afamada y laureada, se basa en el proceso de conocimiento bajo dos pilares (la acción y la relación jurídico-procesal) *Principii di diritto processuale civile* transformada más tarde en *Diritto processuale civile* traducido en 1957 al español por Sentís Melendo y Ayerra Redín, trasladó la doctrina alemana a la italiana por la influencia de Wach y Klein; ii) Alfredo Rocco (1906), entre sus obras más destacadas la *Sentenza civile*, donde advierte la esencia de la declaración de certeza jurisdiccional; iii) Marco Tullio Zan-zuchi (1916) “Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello; iv) Paulo d’Onofrio (1931) “Breves consideraciones acerca del estado actual de los estudios de derecho procesal en Italia (traducción Pablo Macedo); v) Liebman (1935) establece la diferencia entre la cosa juzgada formal y la cosa

juzgada material. Defiende a la separación entre el proceso de cognición y el de ejecución; fundador por su exilio de la escuela procesal de Sao Paulo (Brasil); vi) Carnelutti (1936-1939) crea todo un sistema procesal en el que los principios e instituciones procesales giran alrededor del “litigio”. A diferencia de Chiovenda, no sólo trata el proceso de conocimiento, sino que entra al proceso de ejecución; defensor de la escuela abstracta de la acción, como el medio para la justa composición de la litis; romántico, ni una sola nota bibliográfica en su obra *Sistema*. Postula la existencia de una “teoría general del proceso”; considera que el proceso se integra por un conjunto de relaciones jurídicas, o sea, no considera la tesis unitaria de la relación jurídico-procesal; vii) Emilio Betti (1936); *Diritto procesale civile italiano*; viii) Tito Caraacini (1937), discípulo de Redenti *Il liticonsortio nelle fasi dei gravame*; ix) Redenti (1938), advirtió los elementos constructivos de la acción a los que denominó “presupuestos” del examen de mérito así como el carácter dialéctico del proceso en su famosa obra *Profeli pratici del diritto processuale civile*; x) discípulos de Carnelutti: Cristofolini (1938), colaborador en la que construye siguiendo las huellas de Carnelutti un “sistema del diritto procésale”, *Revista de Derecho Procesal* que dirigía Carnelutti; Prime Auzenti (1949) analiza los cambios realizados en treinta años respecto de la prueba bajo el pensamiento de Carnelutti; Vittorio Denti (1957) el más seguidor de la técnica de Carnelutti, *La verificazione delle prove documentali*; Foschini (1956), que construye siguiendo las huellas de Carnelutti un *sistema del diritto procésale penale*; considerando al proceso como una “entidad jurídica compleja” resultante de una combinación de una pluralidad (actos, relaciones y situaciones) bajo una unidad normativa, estática y dinámica; xi) Calamandrei (1943), desarrolla con amplitud los tres conceptos fundamentales de la *teoría general del proceso* (acción, jurisdicción y proceso), siguiendo los lineamientos de la escuela de Chiovenda; junto con Carnelutti y Redenti forman el triunvirato para forjar el nuevo Código de Procedimientos Civiles Italiano (1940); siguiendo a Chiovenda considera la teoría de relación jurídica la más adecuada al proceso, indicando que es una relación de colaboración entre las partes y el juez para el fin común de llegar a la (cosa juzgada); xii) Mauro Cappelletti (1947), que siguiendo las enseñanzas de Calamandrei, su maestro, incursionó en el análisis de la justicia constitucional, y que después serían la influencia (maestro y discípulo) de uno de los más afamados procesalistas constitucionalistas de nuestro país, el mexicano Héctor Fix-Zamudio; xiii) Allorio (1955), su principal aportación es su concepción de la acción, no como un derecho, sino como un poder que impone el deber del juez de decidir sobre la pretensión; xiv) Ugo Rocco (1951) en cuya obra *Teoría general del proceso civil* (traducida en castellano por el mexicano Felipe de

J. Tena), defiende su teoría de la acción como un derecho a la jurisdicción como única; por lo mismo, enciende una severa crítica a las demás teorías alemanas e italianas existentes; igualmente critica a Carnelutti, porque este último no cree en el concepto unitario de la relación jurídico-procesal, sino en su propia teoría de pluralidad de relaciones; xv) Gian Antonio Michelli; discípulo de Calamandrei; renovador del tema jurisdicción voluntaria; xvi) Carlo Furno (1948), discípulo de Calamandrei *Accertamento convenzionale e confessione strajudiziale*; xvii) Satta (1948), *Derecho procesal Civil, Instituciones de derecho de quiebra*.

### Anexo 3

De los españoles, se reconocen dentro de la corriente del procesalismo científico surgida a partir de 1920 a: Leonardo Prieto Castro (1941) expone en su *Tratado*, que las teorías privatistas (contrato y cusicontrato) y las teorías publicistas (la de la relación jurídica y la de la situación jurídica) no se excluyen, sino antes bien se complementan, José R. Xirau (1928) discípulo de Chiovenda, prologó la edición castellana de *La condena en costas* del propio Chiovenda. Reconocido como uno de los precursores del procesalismo científico español como investigador, historiador y traductor. José Casais Santaló (1922 y 25) traduce los *Principios* de Chiovenda; i) Rafael de Pina (1940) realiza diversos estudios acerca de la naturaleza del proceso, conjuntando la concepción de Chiovenda sobre la RJP y la teoría de la situación jurídica de Goldschmidt; ii) Guasp (1942) traduce la obra de Carnelutti *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*; precursor de la escuela institucionalista, que concibe al proceso como una institución integrante del sistema jurídico positivo de cada nación; iii) Alcalá Zamora (1945), reconocido por sus estudios sobre historia del derecho procesal, además de sus vastas traducciones a la lengua española de las grandes obras de procesalistas de Europa; fue un gran investigador procesal; entre otros, su libro *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 1947, es considerado una de las mejores obras de la ciencia procesal contemporánea. Radicó sus últimos años en México, seguidor de Carnelutti y de la escuela de la abstracción de la acción, dejó profunda huella e influencia en nuestros procesalistas mexicanos, como, entre otros, Héctor Fix-Zamudio, Santiago Oñate Laborde y Cipriano Gómez Lara; iv) Víctor Fairén Guillén (1949) establece lo que llamó la transformación de la demanda, en donde la alegación de los hechos por las partes hace que se altere el objeto fáctico del proceso; menciona como requisito para el ejercicio de la pretensión la relación de los hechos aducidos por las partes con alguna figura jurídica; v) Sentís Me-

lendo (1959) trae a la lengua española los mejores trabajos de procesalistas europeos, principalmente de Calamandrei y Chiovenda, y realiza los mejores prólogos a dichas obras. Aunado a ello, su trabajo como investigador, historiador y traductor de la mejor literatura de nuestra ciencia procesal.

#### Anexo 4

En Latinoamérica podemos ubicar entre los más renombrados procesalistas científicos a: i) Podetti (Argentina 1942 y 1944), enunció y desarrolló la *Trilogía estructural del proceso*, respecto de la conferencia de Chiovenda en Bolonia; en su “Teoría y técnica del proceso civil y Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil” (*Revista de Derecho Procesal Argentina*); ii) Couture (Uruguay 1931), discípulo de Carnelutti, desarrollando el concepto proceso sin litigio en su obra *El divorcio por voluntad de la mujer* y, posteriormente seguidor de Chiovenda; considerado como el padre del derecho procesal latinoamericano; enuncia el traspaso de las teorías concreta y abstracta de la acción a las excepciones sustantivas; además de su clasificación mixta, respecto de las excepciones procesales, siendo éstas, aquellas que teniendo forma de dilatorias poseen un contenido perentorio; su obra *Fundamentos de derecho procesal civil* considerada el clásico latinoamericano sobre el procesalismo científico civil (1942); iii) Alsina (Argentina 1943), su obra *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial* mereció el primer premio de la Comisión Nacional de Cultura a la Producción Jurídica, realiza grandes estudios sobre la prejudicialidad de la acción. Establece que la teoría de la “situación jurídica” no se opone sino que se integra a la teoría de la “relación jurídica procesal” (1952); iv) Buzaid (Brasil, 1943) realiza estudios sobre la acción en cuanto al mérito, y advierte la noción de cuestiones, estableciendo la diferencia entre el interés sustancial y el interés procesal. Aunado a ello, propone la implementación de la “audiencia preliminar” en el código brasileño siguiendo la influencia de Klein de la codificación austriaca; v) Alberto Vázquez del Mercado, México (1944), cuya biblioteca procesal se consideraba la más amplia de derecho procesal en México. Investigador y traductor de obras y artículos de procesalistas afamados (Chiovenda: *Sobre la cosa juzgada; Cosa juzgada y competencia; Relación jurídica procesal y litispendencia*) (Carnelutti: *Exceso de poder; contra el proceso fraudulento*); vi) Eduardo Pallares (1946), reconocido por su *Diccionario de derecho procesal civil*, además de su *Tratado de las acciones*, en donde hace un desarrollo teórico-práctico de las acciones más reconocidas en el sistema jurídico mexicano; respecto de la relación jurídico-procesal, escribió en la *Revista de Escuela Nacional de Jurisprudencia de México* (julio-septiembre 1946) su artículo: “Críticas de la doctrina

sobre la relación jurídica procesal”; vii) Becerra Bautista (México, 1950) su afamada obra derecho procesal civil sigue siendo el texto más completo de la materia para México, por la profundidad en que el maestro trataba los diversos temas del derecho procesal; viii) Héctor Fix-Zamudio, México (1960), investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, quien ha compenetrado el procesalismo científico (bajo la influencia de Piero Calamandrei, Eduardo J. Couture, Mauro Capelletti y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo) al derecho procesal constitucional logrando su plena autonomía. Como lo señala uno de sus discípulos, el procesalista científico mexicano contemporáneo, Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “...su vocación inmensurable por el estudio de la defensa de la Constitución, de los derechos humanos y de las instituciones procesales, lo convierte en uno de los grandes pensadores de la segunda mitad del siglo XX, continuando sus frutos y su incansable labor en los albores del nuevo milenio...”; ix) Briseño Sierra (México, 1969), considerado el único procesalista mexicano que aporta una teoría sobre la naturaleza de la acción *La acción como instancia proyectiva*. Como parte de la escuela abstracta concibe a la acción como una instancia que se proyecta a lo largo del proceso; a su vez, respaldando la teoría del proceso como institución (siguiendo las huellas del español Guasp), considera al proceso en su estructura y elementos como una “serie de actos proyectivos institucionales”, considerado uno de los mejores investigadores contemporáneos en Latinoamérica, respecto de la ciencia procesal; x) Hernando Devis Echandía, Colombia (1984), su obra *Teoría general del proceso* considerada como de las más completas en la actualidad; xi) Jorge A. Clariá Olmedo, Argentina (1989), procesalista moderno cuyos planteamientos tratados en su libro *Derecho procesal* son de suma trascendencia, sobre todo el de “teoría de la norma procesal” y la “excepción procesal”; xii) Véscovi, Uruguay (1999), reconocido por sus estudios acerca de figuras de derecho procesal moderno que benefician el acceso a la administración de justicia, tales como las acciones de clase o de grupo, además de sus reflexiones acerca de la jurisdicción en América Latina.



## NATURALEZA TRANSDISCIPLINARIA DE LA NOCIÓN DE “PROCEDIMIENTO”. SUS FUNDAMENTOS LÓGICOS, SEMIÓTICOS Y COGNITIVOS

Emilas Darlene Carmen LEBUS\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El procedimiento: su naturaleza*. III. *El “procedimiento” a la luz del “proceso”*. IV. *La semiosis del procedimiento*. V. *La dimensión cognitiva del procedimiento*. VI. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

¡Ensancha el espacio de tu carpa, despliega tus lonas sin mezquinar, alarga tus cuerdas, afirma tus estacas!, porque te expandirás a derecha y a izquierda...

ISAÍAS, 54:2-3

Nada resulta más difícil e inabarcable en palabras, como la tarea de referirnos a una persona. En esta aventura que significa *homenajear* a alguien subyace el enorme compromiso que el escritor asume respecto al sujeto homenajeado, compromiso que no se ciñe al individuo como tal, sino, más bien, al imperativo ético de aludir a *su hacer* y *su pensar*, pues no cabe duda que la acción y el pensamiento constituyen la veta más palpable de la identidad de un sujeto. Y al emprender este cometido, querámoslo o no, quedamos circunscritos a la posibilidad que nos brindan las palabras, y la conjunción de palabras en oraciones, las que, vertebradas unas a otras, conforman eso que llamamos *discurso* o “texto”.

---

\* Magíster en epistemología y metodología de la investigación científica; doctoranda en ciencias cognitivas de la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina); ex docente en la Universidad Nacional de Rosario; maestría en derecho procesal (Argentina); docente e investigadora en la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina). E-mail: [emilaslebus@arnet.com.ar](mailto:emilaslebus@arnet.com.ar); [emilaslebus@gmail.com](mailto:emilaslebus@gmail.com).



Pero es preciso asumir, de entrada, que todo aquello que podemos escribir sobre un autor constituye siempre una *interpretación* de su vida y obra, y como tal implica el inevitable condicionamiento que impone la significación que sobre ese hacer y pensar realiza quien homenajea.

En este caso en particular, y tal como se desprende de lo antedicho, no escapamos a ese límite que impone la semiosis (o significación) que engendra todo discurso. Y, sin embargo, en éste subyace la enorme riqueza que implica transitar la aventura del re-conocimiento hacia ese “alguien”, pues, como la palabra lo indica, re-conocer entraña un doble proceso de conocimiento: un conocer como esfuerzo de intelección de las ideas de un autor (en tanto aprehensión) y, a partir de ello, un re-conocer la relevancia de las nociones basales que definen su pensamiento, lo que conlleva un *volver a significar* lo significado por el autor; esto es, un proceso de “resignificación” como paso previo a la trascendencia de las ideas. En este sentido, el discurso, aunque siempre limitado a la perspectiva desde la cual intentamos penetrar en el objeto de análisis, es la vía más expedita para posibilitar esa doble faceta del conocer que supone todo reconocimiento. Esto quiere decir que el discurso desde el cual significamos el legado de un autor constituye el único material concreto de que disponemos los seres humanos para hacer público ese re-conocimiento. La razón es fácilmente comprensible: el texto no sólo es el proferir de quien escribe sobre alguien, sino también, y por excelencia, *la semiosis que se construye en un contexto intersubjetivo*. En efecto, no hay re-conocimiento sin la fuerza inmanente que instala el texto en un contexto; esto es, un compartir la mirada de uno en el cruce de las miradas de los demás sujetos. De ahí que todo discurso conlleva una dimensión pragmática, ya que el texto como tal crea, por fuerza misma de la semiosis que comporta, la validación de los significados en el seno de una comunidad.

Por lo tanto, este proceso de escribir un texto homenaje a un autor constituye una *aventura* “apasionante”, dado que en él se conjuga la realidad y la imaginación —pues no podría ser de otra manera—, por las razones expresadas. Esto no implica que uno incurra en un deslizamiento subjetivo al hablar de la trascendencia de un intelectual en un campo de conocimiento determinado. Todo lo contrario. Un trabajo riguroso es aquel que es capaz de soterrar las impresiones subjetivas en el *proceso del conocer* para hacer emerger aquello que trasciende al propio autor y sus obras, y lo que trasciende es, en este caso, su pensamiento en la ciencia del derecho. Vale aquí la máxima bíblica que reza: “Por sus obras los conoceréis”.

Por ello, esta tarea exige, a mi entender, focalizarnos en el legado de un autor, o sea, en sus producciones académicas, porque constituye la forma más fidedigna de captar esa esencia que trasciende al propio sujeto y que

perdura en tanto las obras humanas tengan algún sentido para la comunidad afín.

Por otra parte, hay dos formas de llegar a inteligir esa sustancia que hace al sujeto homenajead. Una, quizá la más percatable y aprehensible en términos valorativos, es referirnos a alguien por medio del contacto directo con esa persona, lo que supone partir de la vivencia o de la estrechez que crean las experiencias cotidianas (sean provenientes de relaciones familiares, amistosas o laborales). La otra sutil y difícil de realizar, porque constituye una vía de entrada indirecta; implica *re-construir el pensamiento* de un autor, e incluso, poder inferir las experiencias de vida que le han llevado a generar esas ideas. Y para esto es necesario partir del producto final, o sea, de la estructura acabada de su proceso investigativo o de su desarrollo académico; esto es, posicionándonos en sus obras concretas a fin de descubrir las nociones claves que sostienen su pensamiento. La primera vía corre el riesgo de un apego mayor al autor; la segunda encuentra su limitación en la lejanía de la vivencia. Así, mientras al discípulo le cuesta despegarse de su maestro, la segunda vía tiene la ventaja de permitir el vuelo propio en el proceso del conocimiento. Y llegados a este punto es preciso hacer la siguiente aclaración.

En mi caso, no he tenido la oportunidad de conocer en persona a Humberto Briseño Sierra, no sólo por una razón de distancia geográfica (dada mi nacionalidad argentina), sino además porque no pertenezco al campo jurídico. No obstante, considero que esto no es un impedimento para escribir este artículo, pues, a mi modo de ver, el conocimiento no tiene barreras disciplinarias. Más aún, pienso que un autor se vuelve fecundo y alcanza el mérito de perdurabilidad cuando sus ideas pueden ser valiosas en otros campos del conocimiento. Es decir, cuando es capaz de plantear nociones que tienen *potencial heurístico* para hacer avanzar el proceso del conocer más allá de las fronteras de origen. Y este es el caso de Briseño Sierra.

Debo confesar, con total honestidad, que cuando su hijo Marco me invitó a participar de esta aventura de escribir un texto homenaje a su padre, no únicamente lo asumí porque conocía a Marco, quien fue mi alumno en la maestría en derecho procesal en Rosario, sino también por otra razón de peso, que seguidamente comentaré. Permítame el lector narrar la siguiente anécdota.

Cuando aquella cohorte de maestrandos, a la que pertenecía el hijo de Briseño Sierra, terminó su cursado, Marco me obsequió un libro que acababa de escribir su padre, titulado *El derecho procedimental*. —Nunca indagué en las razones que habría tenido Marco y que lo llevaron a tener ese gesto conmigo; me conformé con pensar que un libro es un muy buen obsequio para alguien que se dedica de lleno a la labor académica—. Y como casi siempre sucede por falta de tiempo, ese libro estaba allí, en mi biblioteca, esperando ser leído. Avancé lentamente en su lectura, y debo admitir que aún no he

acabado, al menos en forma exigua, como me complace hacerlo con obras que tienen el cariz de un profundo pensamiento. Empero, precisamente en este tiempo, y con motivo de esta invitación especial que me hiciera su hijo, comencé a realizar una lectura más atenta, procurando referenciarla a partir de mis aprendizajes previos.

Claro está que esta *mirada* mía sobre ese libro es un tanto extraña, dado que, por mi propia formación, transita de una frontera a otra sin detenerse en ningún campo específico en particular. Ahora bien, el lector quizá esté pensando que esto constituye una gran desventaja. Si bien mi formación de base ha sido la geografía, una ciencia muchas veces mal entendida y hasta desacreditada (creo yo, por ignorancia), mi formación de posgrado me ha llevado por horizontes insondables, desde la maestría, en el campo de la metodología y la epistemología, hasta arribar a la formación doctoral en las ciencias cognitivas. ¿Qué se puede sacar en limpio de todo esto? Muy sencillo: una *mirada* “transdisciplinaria”. Por ello, este recorrido de aprendizaje me ha posibilitado abrir la indagación para captar aquello que realmente trasciende a una ciencia en particular. Para un académico bien formado en una determinada disciplina, esta apertura hacia los *espacios* “*trans*” suena extraña y, a veces, hasta sospechosa (por el riesgo de pecar de banalidad en el tratamiento del contenido o por falta de rigor epistémico, como sucede, muchas veces, en los deslices posmodernos). Sin embargo, a mí casi siempre me ha sucedido lo contrario, pues entiendo que estar bien formado en una disciplina no restringe la posibilidad de acceso al conocimiento en otros campos; más aún, un sujeto bien formado debe estar alerta consigo mismo, a fin de no quedar prisionero de su propio pensamiento. Recordemos la advertencia de Bachelard: “la cabeza bien hecha debe ser rehecha. Cambia de especie. Se opone a la especie precedente por una función decisiva”.<sup>1</sup> Por eso hay muchos profesionales que luego de transitar por la experiencia de realizar un posgrado suelen afirmar que tal maestría o doctorado les cambió la forma de pensar y ver el mundo. En mi caso, dada esa *tendencia de fuga* fuera de mi campo, muchas veces me he sentido ajena en mi propia casa, como alguien que siempre buscó ser ciudadano del mundo y no sólo del lugar donde uno nació.

Pero esto no se debe confundir con eclecticismo. Por el contrario. La *mirada* “*trans*” exige, en primer lugar, tener bien firme cierto cúmulo de saberes, que son, por así decirlo, la piedra angular sobre la que uno construye su propio pensamiento. Y recién entonces aventurarnos a descubrir otras categorías de análisis en disciplinas que pueden ser afines o lejanas, más o menos distantes de aquella que nos vio nacer.

---

<sup>1</sup> Bachelard, Gastón, *La formación del espíritu científico. Contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo*, 19a. ed., México, Siglo XXI Editores, 1993, p. 18.

Por ello, y retomando el comentario hecho más arriba, cuando señalé que el contacto con esa obra de Briseño Sierra me resultó “extraña” en un primer momento, y habiendo transitado luego por esa búsqueda de *aquello que “desborda”* el campo de pertenencia de un autor —en este caso el derecho—, descubrí la riqueza y profundidad de su pensamiento. Es decir, comencé a abducir<sup>2</sup> las categorías planteadas por el autor como nociones “transdisciplinarias”, esto quiere decir, en tanto conceptos e ideas que pueden resultar útiles para el estudio y la investigación en otros campos del conocimiento.

En consecuencia, el propósito central de este trabajo en homenaje a Briseño Sierra apunta a analizar, discutir y resignificar algunas nociones claves de su obra que, a mi entender, son valiosas por la perspectiva transdisciplinaria que conllevan. Y sostengo esta conjetura aun cuando, quizá en el estado de debate actual en torno a la revisión de las obras del autor, no se tenga plena conciencia de estar descubriendo este horizonte. Espero pues que este escrito contribuya en esa dirección.

## II. EL PROCEDIMIENTO: SU NATURALEZA

Se ha llegado a decir que el procedimiento no está en las leyes de procedimiento, paradoja que sólo se entiende y descifra cuando ya se tiene el conocimiento de la esencia del objeto de conocimiento, que en este caso es el dicho procedimiento.<sup>3</sup>

Considerando el abordaje analítico que hace Briseño Sierra a fin de captar y comprender *qué es* el procedimiento jurídico como tal, cabe señalar algunas de sus características esenciales. Pero para esto es preciso responder, primeramente, a una cuestión de fondo.

La búsqueda que se adentra a determinar lo que hace que algo sea lo que es implica, en primer lugar, una *indagación ontológica* del problema. Como sabemos, la ontología es la parte de la filosofía que se encarga del estudio del ente. Entendemos por ente todo lo que *es*. Pero esta idea que parece simple no sólo resulta extremadamente vaga, sino que tampoco permite definir en qué consiste el problema del “ser”.

<sup>2</sup> Tipo de razonamiento que conduce a inferir que algo es *un caso de cierto tipo*.

<sup>3</sup> Briseño Sierra, Humberto, *El derecho procedimental*, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 2002, p. 3.

La pregunta que desveló a los filósofos desde muy antiguo es ésta: ¿qué es el ser? Pero este planteo no resuelve el problema, ya que nos instala en otro mayor, pues, en el intento por responder o querer especificar los atributos que hacen al ser se cae, inevitablemente, en la necesidad de tener que definir su opuesto: la nada. Este asunto, hartamente complejo, fue advertido y tratado por Hegel,<sup>4</sup> quien postuló que es imposible definir el ser *in abstracto*, es decir, el ser en tanto ser, por volverse inabarcable e imposible de inteligir. Concluyó entonces que *el ser es lo mismo que la nada*, y esto significa, para el análisis filosófico, un callejón sin salida, ya que nos instala en un círculo vicioso, inaccesible para el conocimiento.

En consecuencia, Hegel considera que el problema principal consiste en un posicionamiento erróneo frente al asunto que se pretende conocer. Para él, partir del ser *in abstracto* no tiene solución. Todo lo que puede hacer la filosofía es partir de un algo concreto; es decir, de un “ser determinado”, lo cual es ya un paso cognitivo importante en el proceso intelectual por el cual el ser tiende a degradar su plenitud hasta devenir en la “nada”. Partir del ser determinado —como se verá más adelante— significa admitir la *dimensión de génesis* en el advenimiento de aquello que es, lo que nos sitúa en la dinámica del conocimiento, pues, para Hegel, lo pensado y lo real se funden en una única perspectiva que constituye el *desarrollo del conocimiento* como tal.

Para comprender esta idea que, debo reconocer, resulta difícil de captar, es conveniente considerar primero por qué el problema del ser (*in abstracto*) se torna irresoluble.

Nótese que en cuanto queremos encontrar una respuesta al problema del ser, éste nos desliza el pensamiento hacia la *existencia* y la *consistencia*, pero he aquí que esto, a su vez, nos abre cuatro preguntas. La existencia nos plantea: 1 ¿Qué existe?, y 2 ¿Quién existe?, mientras que la consistencia nos conduce a las preguntas: 3 ¿En qué consiste?, y 4 ¿Quién consiste? Veamos qué se deriva de estos planteos.

Es evidente que la primera pregunta no tiene respuesta, pues nos retorna al problema de partida (¿qué es el ser?). La segunda pregunta (¿quién existe?), en cambio, sí tiene respuesta, dado que nos lleva a un señalamiento: existe esto o aquello... pero, he aquí el inconveniente: no podemos explicar la existencia sin aludir a la consistencia; es decir, sin decir en qué consiste eso que existe. Así entonces, la tercera pregunta (¿en qué consiste?) *prima facie* sí tiene solución, ya que podemos decir, consiste en esto o en aquello; en cambio, directamente, la cuarta pregunta (¿quién consiste?) no tiene respuesta, porque no sabemos quién hace consistir a eso que consiste.

<sup>4</sup> Hegel, G. W. F., *Fenomenología del espíritu*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

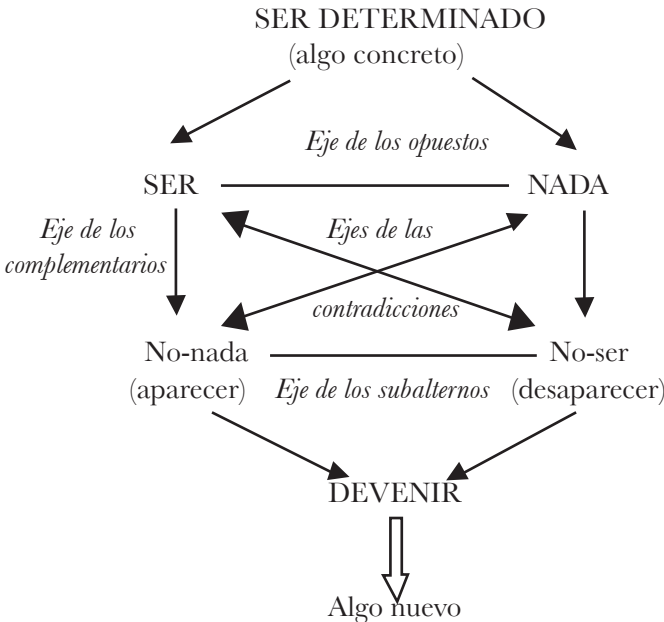
Repasando entonces, sólo nos quedan en pie las respuestas 2 y 3, o sea, respecto a quién existe y en qué consiste, pero como éstas no se pueden explicar porque nos refieren siempre a algo limitado, nunca al ser en tanto ser, el cual reclama aún explicación, significa que en cuanto queremos hallarles una respuesta caemos, inevitablemente, en el deslizamiento hacia el polo opuesto, la nada, pues al intentar una respuesta nos conduce a la infinitud del ser y, por ello, de regreso al punto de partida, lo cual es “nada”. Pero veamos por qué la introducción de la perspectiva genética (que retoma la pregunta por el origen y el desarrollo) resulta la salida del problema y, a su vez, la posibilidad de explicación de los niveles ontológicos más integrados y, con ello, de las categorías del pensamiento que permiten hacer comprensible el tema.

Llevando este planteo del problema al análisis del procedimiento jurídico, es factible entender por qué Briseño Sierra encaró su estudio desde un *punto de vista lógico*. La idea habitual que tenemos de la lógica nos lleva a entenderla como la ciencia que nos enseña acerca del razonamiento humano. En sus comienzos se asoció con la razón, con la argumentación y con el discurso, procurando establecer la manera de derivar correctamente una idea a partir de otra; más aún, nos da las pautas y orientaciones para construir un razonamiento válido desde ciertas premisas de partida. Nacida en el seno de la filosofía, se entendió como el análisis orientado a modelar los razonamientos. Se identificó entonces con el campo de estudio que versa sobre la construcción de razonamientos válidos, mediante determinados principios a respetar. Desde muy antiguo se asoció a la lógica con la demostración de un argumento obtenido a partir de otro; es decir, con el principio activo del pensamiento o de la acción de razonar. De ahí que la cuestión central de la lógica fueran las inferencias, tratando de establecer cómo se logra una inferencia válida, es decir, cómo se hilvanan los distintos argumentos para llegar a una conclusión que se derive correctamente del punto de partida; por ello, el estudio del *método de razonamiento* es clave. Es así como ese campo del saber se fue ocupando de trazar la distinción entre las formas válidas e inválidas en la construcción de un razonamiento, denominándose lógica a la disciplina que aborda estas cuestiones.

Pero esta disciplina, que en antaño formaba parte de la filosofía, sobre todo por la impronta que en el contexto griego le imprimió Aristóteles con su aportación de los silogismos, tendencia que se mantuvo durante la Edad Media, pasó a constituirse, poco a poco, en una ciencia autónoma, muy ligada a la matemática, ya que compartía con ésta la búsqueda de un lenguaje universal del pensamiento. Así pasó a ser entendida como lógica matemática y, ya en el siglo XX, se constituyó al fin como ciencia formal al definirse como lógica simbólica.

Aunque también existe otra forma de concebir el término “lógica” que, si bien es menos conocida y casi marginada, no por ello resulta menos importante.

En Hegel el término “lógica” adquiere un significado distinto, más amplio y profundo. Para éste designa el desenvolvimiento del absoluto, o más precisamente, del espíritu absoluto, que puede ser concebido como la dinámica misma del pensamiento; es decir, el devenir de la cognición, en la que sujeto y objeto se condicionan e implican mutuamente en el movimiento dialéctico de realización del conocimiento, en el cual van surgiendo categorías de análisis cada vez más integradoras. De ahí que para Hegel la lógica, la epistemología y la ontología son inseparables, ya que constituyen la esencia y la transformación de una en otra en la dinámica constructiva de la idea, que para Hegel, por otra parte, constituye un “sistema”. La *lógica* representa, en esta concepción, la dimensión del razonamiento que *hace nacer* unas categorías a partir de otras, engendrándolas en el desarrollo contradictorio que conlleva el conocimiento. De ahí que para Hegel la *lógica* constituye, antes que nada, una acción o una operación, en tanto implica esa dimensión de génesis a la que hacíamos referencia anteriormente. No hay conocimiento sin un devenir, y éste implica una transformación, que, a su vez, supone, un principio activo en el desarrollo de la idea. El siguiente esquema constituye una representación de este movimiento.





Este gráfico, inspirado en una de las clases de Juan Samaja,<sup>5</sup> quien se ha basado en la idea del cuadrado semiótico de Greimas,<sup>6</sup> pone en evidencia que sólo si se parte de un ser determinado, de un algo concreto (no del ser abstracto) se puede abordar la dialéctica como proceso de desarrollo (representado en los ejes cruzados), los cuales conducen a la síntesis, y ésta es posible mediante el desplazamiento del pensamiento que va haciendo nacer las distintas categorías de análisis. Este desarrollo queda expresado en las flechas cruzadas que aparecen en el centro del gráfico, ya que las contradicciones (o dialéctica) que surgen de la negación del par opuesto conduce a nuevas categorías, que, en sí, ya implican la *génesis*, y esta dialéctica que surge entre los momentos del “aparecer” y “desaparecer” son *sinetizadas* por la noción de devenir, y ésta, a su vez, es la piedra basal del *proceso formativo de nuevas categorías*, y así sucesivamente. En concreto, el gráfico expresa los distintos *momentos del método dialéctico*, tesis, antítesis y síntesis, como motor del pensamiento y de la aprehensión de la realidad sensible.

La epistemología resulta, en la perspectiva dialéctica, una fuerza explicativa necesaria para comprender la lógica como condición intrínseca al conocimiento y no como un corolario acoplado al pensamiento desde afuera, pues, para Hegel, *ser* y *conocer* son dos facetas de una misma realidad: una realidad existencial o fenoménica y una realidad del pensamiento; ambas se presuponen mutuamente: no es posible captar la realidad sin que esa realidad sea, al mismo tiempo, pensada, inteligida, como tampoco es posible el pensamiento abstraído de toda determinación sensible. De ahí que si conocer conlleva una dimensión lógica, por la cual —y como se dijo— el conocimiento se expresa como acción u operación de inteligibilidad (pues, en el fondo, es lo mismo), el conocer en tanto *lógica del pensamiento* supone, a la par, una concepción del conocimiento mismo. Y esto ya es epistemología.

Por otra parte, y mal le pese a quienes banalizan la explicación hegeliana ubicándola —a mi criterio, erróneamente— en la lista de las filosofías “idealistas”,<sup>7</sup> cabe admitir que la ontología está en la base de dicha propues-

<sup>5</sup> Quien ha sido mi maestro en la maestría en epistemología y metodología de la investigación científica y en el doctorado en ciencias cognitivas, en la UNNE.

<sup>6</sup> Conocido semiólogo europeo, autor de varias obras.

<sup>7</sup> En tal sentido, esta conjetura resulta paradójica, infundada e insostenible, pues cuando se examinan en profundidad las dos obras fundamentales de Hegel, esto es, *Fenomenología del espíritu* y *La ciencia de la lógica*, es dable comprender que la idea, en su realización, o sea, en tanto concepto que adviene y va completándose al ir pasando por los distintos momentos del ser (particular, singular, universal), mediante los cuales se constituye en lo que *es*, vale decir, en una idea que expresa el ápice del pensamiento en tanto constructo “universal”, no puede ser una entidad separada del mundo fenoménico o existencial; es decir, de la experiencia sensible, sino el punto final o culminante al que arriba la empiricidad, vía el movimiento



ta, dado que, para Hegel, objeto y sujeto son parte de una misma entidad; esto es, el desarrollo del conocimiento que opera tanto sobre una dimensión del ser como sobre la condición cognitiva (o de sujeto) que esa porción del ser alberga o reclama para sí. En sus palabras: “Según mi modo de ver, que deberá justificarse solamente mediante la exposición del sistema mismo, todo depende de que lo verdadero no se aprehenda y se exprese como *sustancia*, sino también y en la misma medida como *sujeto*”<sup>8</sup> (las palabras destacadas son del autor). La imagen de cara y cruz de una moneda puede constituir una buena metáfora para comprender el fenómeno de la mutua dependencia entre la cosa (o hecho) a conocer y la actividad (operatoria del pensamiento) de quien conoce.

Tan relevante es esta frase, que Juan Samaja la ha hecho la idea principalísima de su propuesta epistemológica al fundar el doctorado en ciencias cognitivas en la Universidad Nacional del Nordeste,<sup>9</sup> ya que *lo cognitivo* “integradora” tanto los trazos de la realidad existencial concreta (sobre la que opera nuestro pensamiento y todo proceso de semiosis mediante el cual podemos

---

que engendra el pensamiento. Mediante este recorrido (que para Hegel es un “movimiento” y no un proceso secuencial), el concepto puede “elevarse”, y, por esta vía, “suprimir” las determinaciones empíricas con que se muestra en el plano de lo fáctico o —parafraseando a Kuhn (1980)— trascendiendo las diversas “realizaciones ejemplares” de la idea. Sólo así se puede alcanzar el concepto en su máxima indeterminación, que es, aunque suene extraño, el momento de su mayor “concreticidad” en tanto idea. Por lo tanto, no hay en esta perspectiva expresión de “idealismo” (si por este término se entiende un estado deseado de algo, cualquiera que sea su naturaleza), sino todo lo contrario, constituye una concepción sobre la actividad del pensamiento que no tiene sentido por sí misma, ni puede ser plasmada *a priori*, ya que el pensamiento, para ser tal, reclama la referencia al dominio de lo empírico, única forma que el concepto pueda describir algo; es decir, remitir a un significado. Esta *fuerza de desborde hacia la universalidad*, intrínseca a todo concepto, no condice, de ningún modo, con la conjetura que postula un idealismo, porque esto último privilegia el desempeño de la razón por sobre (y fuera de) la realidad misma. No está de más señalar, como se verá seguidamente, que para Hegel, “pensamiento” y “realidad” no constituyen dos planos separados, sino parte esencial de *un mismo movimiento* que los incluye, contradictoriamente. Dicho movimiento no es otra cosa que la *dinámica del conocer*, fenómeno (y producto) éste que no existe independientemente de estas dos dimensiones constitutivas y constituyentes de eso que llamamos, en su forma resultante, “conocimiento”. En explicar el desarrollo del conocer a partir de estas facetas que entran en *contradicción* consiste toda la propuesta hegeliana. La dialéctica no es más que eso.

<sup>8</sup> Hegel, G. W. F., *op. cit.*, p. 15.

<sup>9</sup> Fundado por Juan Samaja seis meses antes de su muerte. Cabe señalar que, cuando comenzó su dictado, a mediados de 2006, constituyó el primer y único doctorado en su tipo en Argentina, y quizá en América Latina, sustentado en un enfoque *sui generis* de la cognición, pues, no solo ancló en el pensamiento dialéctico, sino también en el constructivismo y en ideas de la biología teórica, la inteligencia artificial, la sicología cognitiva, la cibernética, la semiótica y la metodología, entre otros aportes.

*señalar, evocar, referirnos* al mundo..., como las huellas de nuestra subjetividad que nos permite *significar* (entender y explicar) ese fragmento de mundanidad.

Esta concepción de la lógica que entiende al conocimiento como una “acción” es una lógica distinta, pero exige entenderse bien: no nos pone en camisa de once varas como una disyuntiva de tener que elegir por un sistema “opuesto” a la lógica clásica. Si existe una diferencia sustancial radica, a mi criterio, en que es *una perspectiva más integradora* para explicar los procesos constructivos y los criterios de validación del conocimiento. Éste, entendido como movimiento, no descarta la lógica clásica, fundada principalmente en el tercero excluido, sino que ésta es resignificada a la luz de la *lógica dialéctica*. Recordemos que Hegel entendió a la lógica como el desarrollo de una “semántica pura” de las categorías científicas, pues operando dialécticamente es posible engendrarlas (hacerlas nacer) y explicarlas (validarlas) derivándolas unas a partir de otras. El propio *concepto* es entendido por Hegel como un movimiento que participa de ese devenir y de los saltos de reconfiguración lógico-semántica de las distintas categorías que participan en su desarrollo constructivo.

Esta introducción a la lógica dialéctica permite, según creo, entender, abordar la concepción que Briseño Sierra tiene del procedimiento cuando lo postula como una lógica. Viene al caso recordar la necesidad de situar la indagación en este plano de análisis. Así lo señalaba al referirse al mundo de las normas dinámicas que se acoplan a las sustantivas: “Ese conjunto conocido de siempre, no ha sido definido ni aislado in vitro para poder hablar de él sin importar su manifestación específica”.<sup>10</sup>

Vayamos pues, en esta dirección, a retomar la pregunta esbozada al comienzo de este tópico: ¿cuál es la naturaleza del procedimiento?

Sin entrar aún a mayor grado de especificidad del procedimiento en el plano jurídico, cabe puntualizar algunos de los atributos básicos “identificados” por Briseño Sierra, a saber:

- La noción de *movimiento* que supone todo procedimiento.
- La *conectividad* de las conductas que son enlazadas.
- La secuencia o *sucesión* de dichas conductas.
- La causalidad u orden lógico que supone dicha sucesión.

En el desarrollo siguiente retomaré cada uno de estos atributos, que hacen a la sustancia o esencia del procedimiento, a fin de examinarlos desde categorías generales y enfoques que pueden calificarse de “transdisciplina-

---

<sup>10</sup> Briseño Sierra, H., *op. cit.*, p. 3.

rios”. Desde esta perspectiva de indagación podemos “aprehender” el procedimiento como una entidad despojada de toda otra connotación que no sea su naturaleza misma, a la par que también nos permite extraer su valor cognitivo, en tanto *noción con potencia transdisciplinaria*. Partir de constructos más integradores al objeto que se examina tiene la ventaja de posibilitar conclusiones imposibles de obtener operando en un plano de análisis de menor nivel de integración, como ocurre frecuentemente si se aborda un objeto recurriendo a categorías que pertenecen al mismo plano en que se mueve el pensamiento de las ciencias particulares afines, donde puede ubicarse el derecho. Exploremos pues esta otra dimensión metacognitiva que puede arrojar luz sobre este asunto.

### III. EL “PROCEDIMIENTO” A LA LUZ DEL “PROCESO”

La mayoría de las veces que enfrentamos la tarea de definir *algo* se suele partir de la noción a definir. Otras veces, en cambio, se define algo estableciendo lo que no es, como sucede con el “debido proceso”, como lo remarca Alvarado Velloso.<sup>11</sup>

La primera de estas tendencias conduce a un método analítico; la segunda, a una tarea que no busca una definición conceptual del ser-en-sí, sino la eliminación de atributos no pertinentes al objeto examinado. Esto último es lo que se conoce como definición “negativa”. Empero, esta fase puede ser comprendida desde la lógica dialéctica, ya que tal tarea no es otra cosa que la exaltación del momento de la negatividad del pensamiento, pero, claro está, si la tarea del pensar muere allí, no existe avance conceptual; es decir, no hay posibilidad de alcanzar la esencia de una idea y, por ende, no hay definición desde la positividad.

Sin desmerecer ambos métodos, existe otra manera de encarar el problema de la aprehensión conceptual. Podemos concebir un objeto de cono-

---

<sup>11</sup> Adolfo Alvarado Velloso nos advierte que el “debido proceso” casi siempre fue definido en función de aquello que *no es*; es decir, de manera negativa. En sus palabras: “...y así, se dice que no es debido proceso legal aquel por el que —por ejemplo— se ha restringido el derecho de defensa o por tal o cual otra causa”, Alvarado Velloso, Adolfo, *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Asunción, Paraguay, Juris-Intercontinental, 2005, t. I, p. 300. Agrega que esta adjetivación ha entrañado, desde hace mucho tiempo, un misterio, pues, “se sabe exactamente dónde está pero no qué es”, *ibidem*, p. 301. Por ello, y a efectos de conseguir una definición positiva, se adentra luego a enlistar los atributos que hacen al debido proceso, partiendo de las frases de uso frecuente acuñadas por la jurisprudencia, a fin de derivar los *aspectos comunes* que permiten ir configurando de qué se trata esta noción. *Cfr.*, *ibidem*, pp. 301 y ss.

cimiento como una entidad compleja, donde los significados no existen *per se*. Para esto, asumimos que una parcela de la realidad se torna cognoscible sólo mediante la indagación que respecto a ella “realiza” un sujeto cognoscente. Destaco esta expresión —“realizar”— porque el acto cognitivo también es creador de realidad, o más bien, co-creador en un proceso complejo, donde, siguiendo la perspectiva dialéctica, el *mundo fenoménico* sobre el que hablamos, pensamos, estudiamos... y el *pensamiento* como acción cognitiva que hace posible decir algo sobre él, se condicionan y recrean mutuamente en el devenir mismo del conocimiento.<sup>12</sup>

Este enfoque nos permite concebir el *procedimiento* como parte de una totalidad más integradora, sin por ello afectar su esencia como entidad, que puede ser “aislada” para su análisis. Se trata, más bien, de un posicionamiento diferente desde el punto de vista ontológico. En efecto, podemos entender la realidad como un escenario de entes atomizados, o bien como un complejo de entes relacionados e integrados en sistemas más integradores. Estos últimos pueden estudiarse, por tanto, como sistemas complejos, en la medida en que un ente cualquiera que es examinado “en-sí” puede ser abordado, asimismo, desde otro nivel de análisis, como formando parte de una realidad que, en este último nivel, se presenta como *un todo con sentido*, y para la cual aquel fragmento de realidad no es otra cosa que una parte (un destello) de esa totalidad de sentido.

Enfocando el procedimiento desde este ángulo, es factible considerarlo con relación a un contexto. Esta tarea conlleva necesariamente la *comparación*, pues para aprehender su naturaleza es preciso “diferenciarlo” de otras entidades con las que mantiene un *parecido de familia*. En principio, una cualidad puede “aparentar” ser una semejanza,<sup>13</sup> pero si se mira en detalle, es decir, a nivel analítico, alberga una diferencia fundamental. Y en el proceso del conocer no podemos eludir esta exigencia a la que se ve compulsado el pensamiento si se pretende descubrir *lo verdadero*.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> No es casual que Hegel haya estudiado primero el fenómeno, cuya obra síntesis es *Fenomenología del espíritu*, y luego de haber descubierto las categorías en el plano del ser se adentró al estudio de las categorías con que opera el pensamiento, cuya expresión culminante es su obra *La ciencia de la lógica*, aparecida en segundo término.

<sup>13</sup> En el sentido matemático del término, donde *semejante* puede definirse así: “Dicho de una figura: Que es distinta a otra sólo por el tamaño y cuyas partes guardan todas respectivamente la misma proporción”. Como puede apreciarse, este significado es cercano a otras expresiones, cuando se dice: semejanza o imitación, o bien como locuciones adverbiales, se usa “semejantemente” como sinónimo de “igualmente”, Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., versión electrónica.

<sup>14</sup> Aun siendo conscientes de que la verdad no existe *per se*, y sin entrar a filosofar sobre esta álgida cuestión, no obstante es preciso admitir que el conocimiento aspira a elaborar

Lo dicho precedentemente tiene como propósito establecer la diferencia que el procedimiento guarda respecto a una noción que, por tradición e insuficiente desarrollo reflexivo, se ha venido manteniendo cercana a la idea de “proceso”. A este cometido se dirige la obra de Briseño, cuando para poder cualificar el procedimiento y atrapararlo cognitivamente desde una dimensión lógica —tarea a la que aboca todo su esfuerzo, como ya hemos dicho— comienza por diferenciarlo del proceso judicial.

Por otro lado, y como trataré más adelante, esa otra manera de inquirir la cuestión objeto de estudio consiste en enfocar la tarea de definición desde una perspectiva distinta de lo que habitualmente entendemos por la propia *noción de “concepto”*. En este caso, no se trata de indicar qué concepto da cuenta de la idea de “procedimiento” en este caso, sino de dilucidar *qué concepto tenemos del concepto*. Sin duda que este planteo nos lleva a un posicionamiento epistemológico, y para hallar una respuesta a la pregunta “¿qué es un concepto?” requiere que anchemos en otra concepción de la lógica, si por “lógica” entendemos no sólo la conocida disciplina de los razonamientos válidos; esto es, de las inferencias deductivas, sino *el modo mismo de operar del pensamiento*. Esto último nos exigirá retomar la noción de *lógica dialéctica* elaborada por Hegel, la que se presta cabalmente a la comprensión del *desarrollo* del concepto como una *actividad* del pensamiento y no sólo como su producto final: la definición en sí.

Dicho esto, retomemos pues algunas nociones transdisciplinarias que permitirán arrojar luz sobre este punto.

Ya en la Introducción a su obra, *El derecho procedimental*, Briseño puntualiza la diferencia entre “procedimiento” y “proceso”; diferencia que, a su entender, estriba en la proyectividad. Así lo expresa:

---

explicaciones *válidas y confiables* sobre el objeto de análisis. La cuestión de la verdad ha sido la gran preocupación de la filosofía desde tiempos muy remotos, pero la indagación sobre la “validez” y la “confiabilidad” es una conquista bastante reciente; digamos que emanó de la reflexión sobre la ciencia; esto es, la epistemología, que como metaciencia está llamada a dar cuenta del pensamiento científico, como así también —y de un lado más empírico del problema—, vino de la mano de la propia metodología, ya en el siglo XX. Lo dicho tampoco pretende polemizar con quienes se adhieren a posturas relativistas, de cariz posmoderno, pues lo que estoy sosteniendo es que no existe una concepción unívoca del concepto de verdad, ni ésta puede hallarse en algún repositorio del mundo, ni tampoco en el punto de vista particular de quien examina la realidad. Hacia la verdad tiende el conocimiento, y más que un ente localizable puede ser concebida sólo en la medida en que el acercamiento hacia ella se defina desde la “intersubjetividad” como tamiz o filtro que permite arribar a conclusiones *análogas* (mas no idénticas) en una dirección convergente.

La instancia del procedimiento puede ser calificada de simple o sencilla por ser bilateral, porque parte de quien ejerce la pretensión y termina en quien expresa el proveído correspondiente. En cambio, la instancia proyectiva corresponde al accionar porque las pretensiones que refiere son: una hacia la autoridad y otra hacia la parte adversaria.<sup>15</sup>

En consecuencia, mientras la proyectividad es inherente al proceso, el procedimiento se agota en el polo del destinatario a quien va dirigida la pretensión. Es decir, falta la parte adversarial, y aun cuando —como sucede en la indagación que acaece en lo penal— el Ministerio Público da a conocer la conducta reprochable a quien se le atribuye la eventual autoría de un delito, no implica nada más. No por el simple hecho de que el presunto responsable de un delito se *anoticie* de la conducta que se le reprocha, a través del procedimiento correspondiente, se hace “parte” de la relación conflictiva. Asimismo, el Ministerio Público, que encarna la autoridad del Estado, en nombre de los preceptos constitucionales para estos casos, no se constituye, por ello, en un tercero en discordia. A este respecto, Alvarado Velloso<sup>16</sup> sostiene que la *acción procesal* es el concepto clave o punto de partida de la ciencia del derecho procesal, por ser una instancia diferenciada de todas las demás. En consecuencia, es importante, en este punto, traer a colación el pensamiento del citado procesalista argentino, cuando, tratando de “rodear” el significado de la acción procesal, se refiere al *procedimiento* en estos términos:

Entre el primer instar y la resolución que recae finalmente sobre él existe *necesariamente* una serie de actos a cumplir en un orden ya establecido y que, ya se verá, recibe el nombre de *procedimiento*.

De tal forma, el *objeto* (lo que desea lograr) de la instancia es siempre un *procedimiento*, en tanto que el objeto de éste es una resolución de la autoridad.<sup>17</sup>

Luego, al considerar las posibles instancias en que se expresa la relación entre un particular (gobernado) y la autoridad (gobernante), nos recuerda que las determinaciones lógicas de dicha relación sólo pueden ser cinco —dicho sea de paso, ampliamente referidas por Briseño Sierra en la obra que vengo mencionando—, a saber: petición, reacertamiento, queja, denuncia y acción procesal. Y de estas cinco, señala Alvarado, las cuatro primeras son unilaterales, y sólo la última asume “necesario contenido bilateral

<sup>15</sup> Briseño Sierra, H., *El derecho procedimental*, cit., p. XXIII.

<sup>16</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, *Debido proceso versus pruebas de oficio*, cit., p. 238.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 239; las partes destacadas son del autor.

pues tiene como objeto unir siempre a *tres* sujetos: quien insta, la autoridad que recibe el instar y aquel contra quien se insta o pretende”.<sup>18</sup> Y termina diciendo: “... la acción procesal tiene como objeto la formación de un *proceso* y éste se presenta, así, como un fenómeno inconfundible *por ser irrepetible en el mundo jurídico*”.<sup>19</sup>

En definitiva, para que exista un *tercero en discordia* es preciso —siguiendo el ejemplo de más arriba— que el procedimiento que está presente en la indagación que acaece en asuntos penales sea inserto en la “relación jurídica” que *adviene del accionar procesal*. Para ser más explícito: hace falta que exista “proceso”, y para esto es necesario que tanto la parte acusadora como la parte adversaria sean las que definan esa relación, cuya dinámica devendrá de la *contradicción* que establecen las partes, y para cuya resolución se precisa de ese “tercero” que viene representado por el juez o quien ha de resolver el litigio manteniendo una actitud *imparcial* (o, como enseña Alvarado Velloso, imparcial, imparcial e independiente).<sup>20</sup>

Cuando digo que el lugar del juez es el de un “tercero en discordia”, esto no quiere decir que es otro elemento más o, para ser más preciso, meramente acoplado a la relación jurídica constituida del modo antedicho, sino que por el hecho de estar en discordia, su función se define por el alejamiento respecto de las partes en conflicto y por su total *independencia* del accionar de ellas. Solo así podrá decidir y, en definitiva, resolver *imparcialmente* sobre el litigio en cuestión.

Se podrá apreciar que en este punto es clara la diferencia entre procedimiento y proceso. Aplicado a los asuntos penales, Briseño puntualiza en qué consiste la tarea del Ministerio Público, cuando éste da a conocer al presunto culpable *de qué se lo acusa y quién lo acusa*. Y dice que debe hacerlo porque así lo dispone la Constitución, y agrega: “... pero la respuesta que dé el indiciado no sirve para que el Ministerio Público decida el conflicto, sino para que precise si existe la presunta responsabilidad que haga perseguible el castigo del indiciado”.<sup>21</sup> Y cierra esta idea afirmando de modo tajante: “En el procedimiento de averiguación se puede encontrar el triángulo subjetivo, pero no se presentan las relaciones jurídicas que son propias del proceso judicial”.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 239 y 240.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 240; los destacados son del autor.

<sup>20</sup> Idea basal que reaparece en varias de sus obras y que definen la plataforma de su postura de “garantismo procesal”.

<sup>21</sup> Briseño Sierra, H., *El derecho procedimental*, cit., p. XXIII.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. XXIII-XXIV.



Aquí aparecen otros componentes. La autoridad ya no es simple destinatario a quien se dirige la pretensión, sino que se constituye en ese tercero en discordia (desprendido de las partes intervinientes) y sobre quien recae la decisión que ha de poner fin al conflicto. La nota distintiva aquí no estriba en la cantidad de sujetos que aparecen, tal como se indica en la cita, sino en la relación contradictoria entre dos partes en litigio, por un lado, y la figura del juzgador por fuera de esa relación, por otro lado, que por su condición de “independencia” ha de ser quien decida sobre el objeto del debate. Y he aquí el aspecto definitorio de la relación jurídica: que hace intervenir dos partes, en pie de igualdad, quienes entablan un diálogo en torno al objeto en que queda trabada la litis. Para ello, además, se requiere que la dinámica propia del “proceso” se desarrolle siguiendo etapas predeterminadas, a las que las partes han de ceñir sus conductas. Finalmente, a partir de las pruebas aportadas por éstas, el juez deberá resolver el asunto de fondo, manteniéndose independiente, no siendo parte y sin tener ningún interés por alguna de ellas durante el debate.

Siguiendo las distinciones que hace Briseño Sierra entre las nociones de procedimiento y proceso, remarca que en el “proceso” se hace hincapié en la imparcialidad del juzgador, y por eso se establecen instancias “proyectivas”, lo que implica que cada acción de una parte tiene consecuencias (se proyecta) en la otra, habida cuenta que ambas definen la relación dinámica que sostiene el proceso. No obstante, es preciso decirlo: para que haya “proceso” es necesario que se constituya la función del juzgador, quien, mediante el celoso resguardo de su independencia, debe garantizar que el impulso procesal recaiga sólo en las partes que dialogan. Estas condiciones están ausentes en el procedimiento.

De ahí la importancia —señalada por Briseño— del énfasis que en el proceso se ponen sobre las instancias proyectivas —etapas de la serie según Alvarado—<sup>23</sup> “en lugar de una simple secuencia de conexiones”<sup>24</sup> como supone el procedimiento. Sin embargo, la distinción no siempre resulta sencilla, pues como el propio Briseño lo recuerda, durante mucho tiempo el proceso penal se confundió con el procedimiento inquisitorial, y esto porque se malentendió otra cuestión más básica aún, que él lo resume así: “... el acto decisorio no es precisamente el acto jurisdiccional...”<sup>25</sup> Una cosa

---

<sup>23</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal. Primera parte*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, e *id.*, *Debido proceso versus pruebas de oficio*, *cit.*

<sup>24</sup> Briseño Sierra, H., *op. cit.*, p. XXIV.

<sup>25</sup> *Idem.*



es la decisión y otra cosa es la relación jurídica antes comentada que debe preservarse para que exista proceso.<sup>26</sup>

En mi opinión, el proceso es dialéctico; supone una concepción triádica en la definición de su naturaleza (su ser), pero en el sentido antes señalado: de debate entre dos partes en pie de igualdad, y de un tercero en discordia independiente de éstas como único modo de garantizar la función del juzgador, ya que, como el mismo Briseño lo aclara, el acto de decisión no es, *per se*, lo fundamental, sino la relación jurídica que sostiene la dinámica del proceso, pues “en definitiva cualquiera puede encargarse de sentenciar, desde el sujeto que en algún momento efectuó dictámenes hasta el funcionario que se encargó de resolver simples problemas”.<sup>27</sup>

Retomando lo dicho unos párrafos atrás, aunque en el procedimiento también puede darse el triángulo subjetivo, como lo apunta Briseño, la naturaleza triádica del proceso sólo se puede definir a partir de la relación que las partes en litigio engendran, motor del proceso, en la cual el juez debe resguardar su condición de tercero *en discordia*; es decir, su imparcialidad e independencia como garantía de resolución del litigio como lo exigen los preceptos constitucionales, o sea, con total observancia de las garantías de las partes en el proceso de juzgamiento, pues como reza un conocido dicho de la sabiduría popular, “no se puede ser juez y parte”.

Si llevamos el análisis comparativo un poco más allá, podríamos decir que el proceso reposa en la concepción triádica de la relación jurídica “entrañada”; esto es, inherente a su naturaleza constitutiva, ya que si faltara algún componente no habría proceso (en el sentido ontológico genuino, de su razón de ser). Por ejemplo, ello sucedería si sólo habría partes debatiendo en solitario, en cuyo caso “nadie” sería interlocutor de las pruebas aportadas<sup>28</sup> por las partes; o bien, si sólo existiera una de las partes que presentara pruebas ante un juez y la otra parte estuviera ausente (inactiva), en tal caso

---

<sup>26</sup> Briseño destaca que en las interpretaciones doctrinarias, con frecuencia, se dio primacía a la *función de sentenciar*, entonces “el nombre de acto jurisdiccional se hacía sinónimo de esa resolución, de manera que cuando se quiso clasificar el acto jurisdiccional, se encontró que había que separarlo del acto administrativo, y el problema que se suscitó fue el de la circunstancia de que ambos actos coincidían en determinados casos contenciosos”, *ibidem*, pp. XXV-XXVI. Resulta evidente pues que esta interpretación esconde la incompreensión de la verdadera naturaleza del proceso, es decir, su esencia: la relación jurídica “entrañada”. Briseño considera que “llamar a todas las resoluciones actos jurisdiccionales era efectuar ampliaciones discutibles...”, *ibidem*, p. XXVI.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. XXIV.

<sup>28</sup> En lenguaje metodológico, dichas pruebas pueden entenderse como los *datos* emergentes del debate.

el proceso se denigraría, dejaría de ser —como nos lo recuerda Alvarado<sup>29</sup> al decir que el proceso es, simplemente, “proceso”—. Cualificarlo (como cuando se alude al “debido proceso”) implica oponerlo a un proceso “indebido”, y si las circunstancias del estado actual sobre el tema obligan a estos artilugios discursivos es porque falta alguna condición, cognitivamente hablando, que hace que un proceso sea un proceso. En suma, cabe referirnos a él simplemente bajo la categoría unívoca de “proceso”. Un proceso de características netamente inquisitoriales (como acaece cuando el juez se convierte en investigador en algún momento del juicio, o cuando se inclina a favor de una de las partes en perjuicio de la otra), lo que tenemos, lisamente, no es un proceso, sino una degradación de su naturaleza constitutiva en el plano de la facticidad, y a pesar de ello, este “vicio” de la práctica jurídica no le resta valor a los atributos esencial es que hacen a la categoría antedicha, ni desde un punto de vista ontológico ni epistémico.

Teniendo presente la naturaleza triádica del proceso, cabe traer a colación una idea de Briseño cuando se refiere a la confusión que reinó durante mucho tiempo sobre el acto jurisdiccional, al considerar que se tienen dos opciones al respecto: o se resume su esencia en “la actividad que realizan los terceros imparciales cuando están sustanciando un procedimiento”;<sup>30</sup> o bien, se entiende que el acto jurisdiccional “es lo mismo que dictar una sentencia”.<sup>31</sup>

Es preciso entonces distinguir entre la sentencia como la materialización de la actividad que realiza el juzgador y la actividad misma de juzgar, para la cual es preciso resguardar las condiciones antes mencionadas: independencia, imparcialidad e imparcialidad. Y esto es así porque en el proceso, la actividad que llevan a cabo las partes que entablan el diálogo sobre el asunto objeto de discusión (objeto de la pretensión) constituye *el rasgo saliente* del litigio, para cuya resolución se precisa de la actividad de juzgar. Briseño lo destaca diciendo que es importante “deslindar la actuación del que provee a las instancias, de la actuación de quien decide sobre las pretensiones relativas a derechos y obligaciones, a facultades y a deberes”.<sup>32</sup> Por lo tanto,

---

<sup>29</sup> Me consta que esta idea es una prédica constante en sus clases de teoría general del proceso; idea ésta que me llega del diálogo que mantengo con mis alumnos y de lo que éstos expresan en sus proyectos de tesis de maestría. No obstante, el mismo Alvarado retomó esa adjetivación en una de sus obras. Entiendo que la decisión de titular a uno de sus libros con la denominación *Debido proceso versus pruebas de oficio* ha tenido la finalidad pedagógica de resaltar el genuino significado del término *proceso*, oponiéndolo a la actuación de carácter inquisitorial.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. XXVII.

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. XVII.

la confusión en torno al acto jurisdiccional, que la doctrina ha hecho recaer frecuentemente en la función del juzgador, ha ofuscado el papel clave que en el proceso asumen las partes por la dimensión “proyectiva” que su accionar introduce, condición *sine qua non* de la dinámica del proceso como tal. Debe quedar claro entonces que en el proceso hay un problema “sometido a la autoridad”,<sup>33</sup> mientras que en el otro caso hablamos del “desenvolvimiento procedimental”.<sup>34</sup> Ello conduce a diferenciar entre el modo de resolución de ese problema, en el primer caso, y el desarrollo de las conexiones inherentes al procedimiento, en el segundo.

Finalmente, resta ubicar el procedimiento por referencia al proceso siguiendo la perspectiva de los sistemas complejos, o sea, por ubicación en el contexto al que puede inscribirse.

El abordaje que Briseño hace en su obra permite concluir que puede haber procedimiento sin proceso, aunque el proceso incluye el procedimiento. Desde esta óptica, en el último caso el proceso actúa como contexto del desenvolvimiento procedimental, ya que si hay proceso éste deberá ajustarse al desarrollo de la acción y, por ende, de la dimensión proyectiva en el debate entre las partes. El litigio transita, en consecuencia, por las distintas etapas de la serie que resultan metódicamente prescritas de antemano. Si el proceso tiene un punto de comparación con el método de la ciencia consiste en esa “progresividad” en el abordaje del problema, que refiriéndose al método científico Peirce<sup>35</sup> denominó “eficacia”; esto es, el avance de la investigación, pero, por otro lado, la diferencia entre el método científico y el método de debate que enmarca el proceso radica en que mientras en el primero se puede volver para retomar cuestiones que quedaron pendientes, o para revisar lo actuado, en el segundo se transita por etapas inamovibles, de tal modo que —siguiendo a Alvarado—<sup>36</sup> si una de ellas se altera o no se da, todo el proceso se degrada.

Dicho esto, resulta evidente por qué en un proceso el procedimiento interviene como un elemento coadyuvante, pero no determinante, ya que, a diferencia de un trámite administrativo al que conduce una pretensión (donde sólo existe procedimiento), en el proceso la condición *necesaria* viene dada por el punto de arranque del impulso procesal (que recae en las partes), quienes son además las que lideran la dinámica del litigio, y donde su término viene establecido por un juzgador imparcial (que ha permanecido

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. XXIV.

<sup>34</sup> *Idem*.

<sup>35</sup> Peirce, Charles, *El hombre, un signo*, Barcelona, Crítica Grijalbo, 1988.

<sup>36</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, *Debido proceso versus pruebas de oficio*, *cit.*

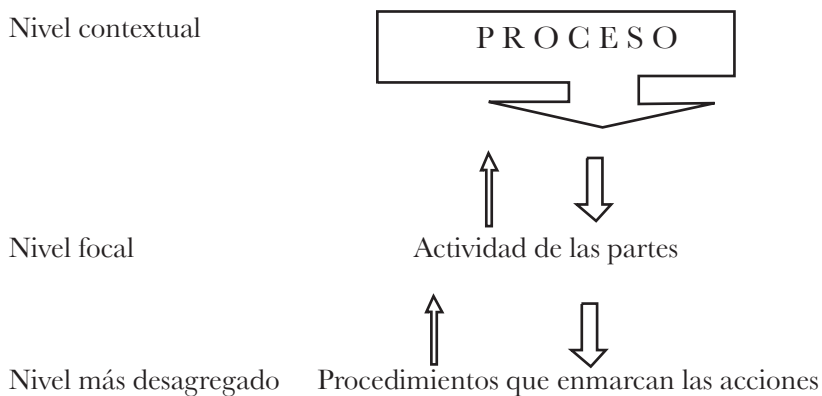
al margen del debate y que, por esta condición, puede erigirse en un *tercero imparcial e independiente* en quien radica la potestad de juzgar. En consecuencia, el acto de sentenciar es el ápice del desarrollo de la relación jurídica mencionada, y no el centro de interés principal, de tal modo que si el proceso no se dio acorde a las garantías constitucionales (como que la carga de la prueba esté previamente establecida, o que ninguna parte que intervino en el proceso haya sido privada del derecho a su defensa), entonces queda claro que la sentencia es un desprendimiento lógico de la dialéctica que las partes han entablado entre sí y no del acto de sentenciar en sí. Parafraseando a Hegel, podríamos concluir diciendo que es preciso que el acto de sentenciar devenga como momento del “ser-para-sí”, lo que tiene lugar cuando después de haber transitado el proceso por sus etapas correspondientes y habiéndose resguardado, en todo momento, libertad de las partes para fundar sus respectivas posturas mediante pruebas fehacientes, válidas y confiables, y habiéndose el juzgador mantenido imparcial en todo el debate, entonces, la sentencia que, *prima facie*, se presenta como un *ser-en-sí*, habrá recapitulado la reconstrucción de las premisas fácticas que, vía de las pruebas, ingresan al proceso. Entonces el juez, tras haber configurado el caso en cuestión (mediante una inferencia abductiva), habrá hecho el recorrido cognitivo; esto es, el movimiento del pensamiento, hacia el *ser-para-otro* (el desplazamiento de sentido que produce, inevitablemente, las pruebas que le llegan desde las partes en litigio), para arribar, finalmente, a la fijación de la norma de derecho que permite adscribir el caso, subsumiendo las premisas fácticas que establecen los caracteres particulares del caso en cuestión. En esta última operación, el movimiento cognitivo habrá abandonado ya el momento de la negatividad para re-situarse en la *superación* de la “contradicción” que surge, de manera indefectible, del examen crítico de las pruebas aportadas (y que estuvo latente en todo el debate). Éste es el momento en que la sentencia expresa el *ser-para-sí*, es decir, una resolución que revela el desarrollo del proceso y “recrea”<sup>37</sup> en la decisión del juzgador

---

<sup>37</sup> En el sentido dialéctico del término, esto es, como un momento que “suprime, conserva y supera” la contradicción que fue el motor mismo del proceso, o sea, del debate entablado por las partes. En consecuencia, el acto de sentenciar, como expresión de la función del juzgador que ha de dirimir el conflicto y poner fin al litigio, constituye, sin duda, lo que Hegel llamó *Aufhebung*; esto es, un movimiento que “recupera” los momentos que precedieron a su formación y la “eleva” a un plano de mayor nivel de integración. Debe ser evidente, pues, que ese acto de “elevación” que supone la sentencia es una *recreación semiótica* (en términos de significados para el juzgador) del acontecer mismo del proceso, al que éste llega solo por vía indirecta mediante las pruebas que le son aportadas. Esta afirmación tiene un alcance estrictamente cognitivo y epistemológico y no tiene nada que ver con la postura del activismo judicial.

la esencia del objeto del debate, finalizando así el conflicto. Es decir, una sentencia coherente con el devenir del proceso, en donde se han resguardado las garantías constitucionales y respecto al cual el juez ha sido mero regulador del debate. En ese momento, el acto de sentenciar recapitula la esencia del proceso que le dio origen y su devenir a través de la concreción de las instancias proyectivas por las que ha transitado el proceso. Así, sólo si se respetan esas condiciones dicho acto se constituye en ser-para-sí, es decir, en un “momento auténtico”, de plena significación jurídica para las partes que han dinamizado el proceso.

Por esta razón, cuando el procedimiento interviene en el proceso lo hace a título de condición coadyuvante, pues su razón de ser radica en “operativizar” las instancias proyectivas, razón por la cual el proceso se constituye en contexto de aquél. Visto gráficamente esto se vería así:



El sentido de las flechas indica que lo más integrador es el proceso, razón de ser del accionar de las partes y de los procedimientos que se llevan a cabo en su desarrollo. Desde el punto de vista del avance del proceso, adviértase que lo menos integrador (plano inferior o nivel más desagregado) es un aspecto “operatorio” que viabiliza las acciones que llevan a cabo las partes, y por ello la actividad de éstas se convierte en central en este esquema, en la medida en que sobre ellas recae el control del proceso. Las flechas más gruesas que provienen de arriba hacia abajo denotan el efecto del contexto sobre los niveles menos integradores, mientras que las flechas más delgadas que van de abajo hacia arriba significan los movimientos de ascenso o constitución del ser que se realizan en el sistema (entramado de signos y significados que acaecen en el proceso).

Nótese, en consecuencia, que la actividad que llevan a cabo las partes es, a su vez, “contexto” de los procedimientos requeridos para la dinámica del proceso. Asimismo, estos últimos se constituyen en dimensiones lógico-pragmáticas que se requieren llevar a cabo para que el debate entre las partes se dé (ejemplo, en lo inherente a la aportación de pruebas: hay determinados procedimientos a cumplir en la producción de pruebas, pues no es lícito obtener una prueba de cualquier modo, alterar la prueba, etcétera). A su vez, si la dinámica del proceso se da acorde a las garantías constitucionales, como ser el derecho a la defensa y el respeto irrestricto de lo prefijado por la ley sobre en quién recae la obligación de probar, así como la posibilidad de fundar la postura de cada parte en el litigio, entonces se habrá “constituido” un proceso que responde, a todas luces, a su naturaleza, es decir, un proceso que “realmente” es un proceso (un debate genuino entre partes frente a un tercero imparcial).

El esquema desarrollado ubica el proceso y el procedimiento siguiendo el enfoque del sistema de matrices de datos que Samaja<sup>38</sup> ha desarrollado para explicar la dinámica de la producción, tratamiento e interpretación de los datos que intervienen en una investigación científica. Más allá de lo dicho previamente en este trabajo sobre las diferencias entre el proceso judicial y el proceso de investigación científica, las que son sustanciales; esto es, de “esencia” y, por consiguiente, respecto sus fines (teleología), considero que es dable explorar dónde se ubica el procedimiento por referencia al proceso siguiendo la estratificación ontológica de los sistemas complejos. Éstos son siempre sistemas “jerárquicos”, es decir, partes que se insertan a sistemas más integrados, en virtud de cuyo ensamble “dialéctico” es posible hallar el sentido que cada componente asume en el marco de la totalidad dinámica que crea esta lógica relacional. Pero debe quedar claro que la relación no opera en el mismo plano de igualdad, como sucede con los conjuntos que son, por definición, “planos” en el sentido ontológico, ya que la reunión de elementos en un conjunto es a partir de una característica compartida y sólo eso. Pero los conjuntos no explican la “*trabazón*” dialéctica; es decir, *contradictoria*, que se establece entre los componentes de un sistema y, por esa misma razón, tampoco da cuenta de su dinámica ni de la trayectoria que sigue el sistema. En cambio, desde la constitución de jerarquías, cada entidad puede ser aislada para su análisis (como lo hace Briseño Sierra, que aparta el procedimiento para su estudio), pero también puede ser concebida

---

<sup>38</sup> Samaja, Juan, *Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica*, Buenos Aires, Eudeba, 1995)

desde su “integración” (subsunción) a otra totalidad más integradora (más plena de sentido).

La clave cognitiva, para comprender esta lógica, radica en que este enfoque supone abandonar la idea de elemento incluido en un conjunto, donde éste adviene, en definitiva como “sumatoria” de todos los elementos, para pasar a concebirse cada componente en cuanto totalidad con sentido en sí mismo (según lo consigue Briseño en su obra al hacer pivotear su indagación en torno a lo que “es” el procedimiento), pero al mismo tiempo nos permite concebir esa totalidad en tanto “parte” cuando se inserta a otra totalidad más integradora (por ejemplo el procedimiento en el proceso), donde su significancia se define en función de esta última, que, por ser más integradora, se constituye en una entidad “totalizadora” y “totalizante” a la vez, lo cual significa que abandonamos lo estático que conlleva la idea de conjunto para asumir la dinámica que supone un sistema complejo.

Es claro que así como el procedimiento tiene un significado para-sí (como entidad que es) desde un punto de vista lógico-ontológico, su significancia es re-definida en cuanto es comparado con el proceso, y así como cada uno mantiene su independencia conceptual, también “conservan” un vínculo entre sí cuando se examinan no en forma atomizada (en sí), sino como *parte-de* una totalidad más integradora. Esta inserción en un contexto es la que permite descubrir el “sentido” del procedimiento en función del proceso por referencia a la juridicidad en general. Y esta última dimensión nos permite la salida de la cuestión estrictamente lógica al hacer intervenir *la lectura en un contexto*, o sea, permite el descubrimiento de lo que el procedimiento significa en el plano *pragmático*.

#### IV. LA SEMIOSIS DEL PROCEDIMIENTO

Para explicar la dimensión semiótica que conlleva el tratamiento que Briseño Sierra hace del procedimiento, cuando lo plantea como un objeto de análisis y sostiene que éste puede ser captado en su constitución lógica, es preciso retomar algunas de las notas distintivas que definen al procedimiento como tal. Recordemos, se caracteriza por:

- La linealidad del movimiento jurídico que crea.
- El carácter social del comportamiento al que remite el procedimiento, por ser conexión de conductas.
- La condición de ordenamiento lógico que supone el movimiento de las conductas.

A partir de estos atributos Briseño conceptualiza esta noción del siguiente modo: “... el procedimiento queda caracterizado como la *secuencia de conexiones de conductas de diferentes sujetos*”.<sup>39</sup> Los términos destacados por él autorresaltan los aspectos que definen la esencia del procedimiento. Nótese que aquí las nociones claves son la “secuencia” y las “conexiones de conductas”. Ambas cuestiones hacen a la dimensión lógica, que puede ser examinada —como se dijo oportunamente— tanto en el sentido tradicional del término (lógica clásica) como en el sentido hegeliano de la expresión (lógica dialéctica).

Por otra parte, no se trata de cualquier conexión, como las que se dan en el mundo natural y son objeto de interés de la física, la astronomía o la química (por citas algunas ciencias que abordan la conexión y apuntan a descubrir el vínculo causal que la determina). Se trata, en cambio, de conexiones de *conductas*. En este sentido, la ciencia del derecho define allí su campo de estudio, pues toda conducta aislada que no comporte una respuesta o genere una interferencia en el plano social no genera interés para esta disciplina... Más aún, podríamos afirmar que tampoco allí estriba la “especificidad” del objeto del derecho, porque también la psicología converge en lo social (incluso en su rama más recalcitrante que pareciera ahondar en las cuestiones patológicas como un capítulo aparte del comportamiento humano, como es el caso del sicoanálisis); con mayor razón todavía, la antropología o la sociología no podrían dar cuenta de sus problemas de estudio si no consideraran toda manifestación subjetiva en el plano de la *intersubjetividad*.

En efecto, alguien puede reflexionar sobre sus conductas y decirse, a sí mismo: “Voy a mejorar esto para que resulte esto otro; ‘voy a actuar de tal modo para ver cómo me siento’, etcétera”. Pero no es este tipo de conexiones de conductas lo que interesa en el derecho —aunque pueden serlo para la sicología; por ejemplo, cuando se trata de una terapia que el paciente está realizando donde importa la modificación de las conductas de uno mismo, e incluso en otros órdenes de la vida, como en el plano de la espiritualidad— sino aquellas conexiones que suponen la relación de la conducta de un sujeto respecto a la de otro sujeto. En realidad, por lo general —por no decir siempre— una conducta implica un efecto en *el otro*, dado que toda conducta se da en un contexto determinado, el cual *es* “intersubjetividad”.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Briseño Sierra, H., *El derecho procedimental*, cit., p. 5.

<sup>40</sup> Esta característica puede considerarse una *condición humana*, pues los estudios cognitivos demuestran que en ausencia de otro (como se da en situaciones de aislamiento total en la selva, por ejemplo), el individuo se denigra en su naturaleza humana, asumiendo pautas de comportamiento que lo asemejan al ser animal; en tal caso pierde su condición de “sujeto”.



Es necesario aclarar este punto, ya que en torno a ello aparece la *dimensión semiótica*.

El *signo* tiene una naturaleza especial, pues, por un lado y en tanto signo, refiere a un objeto (sea éste natural o cultural), pero por otro lado hay una dimensión subjetiva en toda semiosis, pues para que el signo sea “leído” se precisa alguien que infiera un significado a partir de él. Es decir, toda semiosis implica su comunidad de producción. Así entonces, por ejemplo, el discurso jurídico (como lo es una sentencia) constituye un signo que tiene relevancia para la comunidad de sujetos que participan *de esa semiosis*, llámense abogados, fiscales, jueces...

Además, el signo participa de su inserción en un sistema de signos, lo que hace posible que la semiosis exista, y a esto llamamos función *sígnica*. Parret la define diciendo: “La función *sígnica*... no es el signo sino el *sistema abierto* de signos productivos; todos los signos son *co-signos* en un sistema caracterizado en su totalidad, su transformabilidad y su dinamismo autorregulador”.<sup>41</sup>

Esta idea permite comprender los tres aspectos intrínsecos a la naturaleza del signo, dado que es factible postular que todo signo puede ser *referido* al plano de los *co-objetos*, ser *significado* por su oposición a otros signos, en su sintaxis inmanente, en el plano de los *co-signos*, y ser *interpretado* en el plano de los *co-sujetos*.<sup>42</sup>

Resulta evidente pues que si consideramos el procedimiento como función semiótica, es factible examinar la conexión a la que alude Briseño Sierra desde los tres aspectos antedichos. Pero en este momento cabe subrayar la importancia que reviste el plano de los *co-sujetos*, dado que, al implicar esta dimensión, que corresponde a lo *intersubjetivo*, se torna más visible (se hace palpable) el *carácter semiótico* que alberga la propia noción de procedimiento. Veamos por qué.

Las conexiones, que posibilitan la secuencia y, por ende, la dinámica, el movimiento, indican que lo destacable en el procedimiento no son ni siquiera las conductas, sino —como lo señala Briseño— el *alineamiento*. Esto queda sintetizado en la siguiente afirmación:

---

<sup>41</sup> Parret, Herman, *Semiótica y pragmática*, Buenos Aires, Edicial, 1983, p. 40; el destacado es mío: E. L.

<sup>42</sup> Este desarrollo que el lector puede examinar con mucho interés en Parret halla un paralelismo con ciertas tesis de Samaja, en especial del proceso de producción de semiosis en el contexto de cierta comunidad, pero también en su concepción sobre el dato científico, cuando aborda la gramática y producción de significancia de un dato en un sistema de matrices de datos, por citar sólo algunas de sus ideas claves.

Claro está que el material se halla en la realidad, pero todo ello viene a ser *lo significado y la definición se queda en lo conceptual, en el significante*, de manera que el procedimiento depende principalmente de las conexiones, distintas a los contactos materiales porque en éstos no se contemplan intenciones, direcciones o sentidos, *en la conexión está el destino*, una sigue a la otra, no meramente en el tiempo sino en la línea.<sup>43</sup>

Analicemos por partes esta idea.

En la perspectiva semiótica, *signo* es todo aquello que evoca algo para alguien. Esta sencilla definición entraña, no obstante, cierto nivel de complejidad. En la cita anterior, el autor diferencia entre la realidad material, por un lado, y el concepto, por otro lado. Pero si retomamos lo señalado en su momento, desde la lógica dialéctica, el concepto mismo se constituye en un movimiento que transita por distintos niveles de determinación, cuyo grado de empiricidad y de idealidad depende —parafraseando a Marx—<sup>44</sup> desde dónde miremos dicho movimiento. Así, todo concepto puede describirse como un movimiento de *ascenso desde lo abstracto a lo concreto*.

Pero el significado habitual que tenemos incorporado del concepto nos compulsa a concebirlo como si éste fuera lo opuesto a la realidad material; de ahí la expresión de Briseño en la cita. La captación intelectual que él pretende lograr apunta al plano conceptual, no meramente a la descripción de los procedimientos en sus formas de expresión fáctica; por ello, como lo apuntamos al comienzo, su preocupación central consiste en explicar la conocida paradoja, subrayada tantas veces por la doctrina, de que el procedimiento no se encuentra en el procedimiento. Empero, si enfocamos la idea de “concepto” desde la lógica dialéctica, esta frase podría reformularse así: la naturaleza del procedimiento en tanto concepto no radica en las determinaciones empíricas con que adviene o se materializa, pues esto último es su manera peculiar de concretizarse. En cambio, el procedimiento puede reconocerse en esa dimensión de fuga del concepto que busca trascender el plano de sus connotaciones “particulares”, expresadas en un procedimiento “singular” determinado, para alcanzar *su razón de ser* “universal”. Esto último sí es analogable a lo que Briseño pretende expresar en la cita, a fin de que el concepto devenga en la idea que resume y da cuenta de la esencia de la categoría de análisis: el procedimiento en su “ser”.

<sup>43</sup> Briseño Sierra, H., *El derecho procedimental*, cit., pp. 5 y 6; el destacado es mío: E. L.

<sup>44</sup> No se consigna fecha de esta idea, pues esto constituye un supuesto fuerte que recorre todo el pensamiento de Marx, y que el lector podrá constatar examinando sus producciones.

Dicho esto, resulta evidente que el paso por el particular, empotrado en un singular dado, hasta alcanzar la forma de lo universal, implica, desde otro ángulo, una *dimensión semiótica*.

Si el signo está en el lugar de la cosa ausente, entonces todo signo implica la articulación entre un significante y un significado. De ahí que todo signo es signo para alguien. No existe signo desde una concepción solipsista de la mente humana. En tal sentido, nuevamente vemos reaparecer aquí la cuestión de la subjetividad, entendida como intersubjetividad; esto es, como *condición de posibilidad* del conocimiento mismo.

En el concepto que introduce Briseño, el procedimiento se sitúa, de lleno, en el plano de la intersubjetividad, y esta “condición” que le es intrínseca es resaltada por el autor cuando termina su definición diciendo que tal *conexión de conductas* implica *diferentes sujetos*. Pareciera redundante tal aclaración; sin embargo, el propósito —a mi criterio— que se ha buscado es destacar el aspecto de normatividad que reviste tal conexión de conductas. De ahí el énfasis que Briseño pone en la *alteridad*, que supone (y engendra) la normatividad. Esta dimensión permite concebir al procedimiento como un signo y, a su vez, como un signo que se inserta a sistemas de signos, o sea, nos lleva a la *función signica*. La imbricación entre procedimiento y proceso indica, asimismo, este último rasgo de la semiosis, que había sido advertida por Peirce<sup>45</sup> cuando habló de una semiosis infinita. Más allá de que la idea de “infinitud” de la semiosis puede ser criticable, sí debemos admitir, sin lugar a duda, que el signo tiende a ligarse a sistemas de signos. Esta idea que Samaja<sup>46</sup> desarrolla a través de la noción de “estratos semióticos” no sólo pone de relieve que los diversos dominios de la realidad existencial humana pueden ser concebidos como sistemas semióticos, toda vez que hay algo que está ocupando el lugar de la cosa ausente y, como signo que es, remite a un significado, sino que, por otra parte, nos permite analizar el derecho mismo como un vasto campo semiótico, el de los sistemas signicos que derivan del Estado y de los más diversos mecanismos burocrático-administrativos de los que éste se vale. En esta dirección podemos agregar, de paso, que el proceso judicial constituye un sistema de signos, pues el intercambio de discursos y la aportación de pruebas durante el debate no es otra cosa que signos insertos en signos más integradores y, por otro lado, podemos concebir al procedimiento mismo como un signo que, por su naturaleza, tiende a insertarse en otros sistemas de signos.

<sup>45</sup> Idea central del pensamiento peirceano; tan relevante, que lo llevó a sintetizar su concepción de la semiótica en el siguiente corolario: *¡El hombre es un signo!*

<sup>46</sup> Samaja, Juan, *Semiótica de la ciencia. Parte I*, Buenos Aires, inédito, manuscritos facilitados por el autor, 2004.

Pero retomemos ahora la relación significante-significado, que es donde Briseño hace hincapié. El plano de la realidad material es lo significado; es decir, lo que el procedimiento quiere decir, el contenido de lo que el signo *comunica*. Y como todo significado es remitido por un significante, Briseño encuentra que tal componente sígnico radica en las conexiones, y agrega que “por su índole de secuencia, se percibe intelectivamente la intención o causalidad”.<sup>47</sup> Esto quiere decir que *en la secuencia*, generada por las conexiones que son intrínsecas a la naturaleza del procedimiento, *puede ubicarse el significante*, lo que en términos de Peirce sería el “signo-en-sí”. Peirce, también llamó “primeridad”<sup>48</sup> a tal componente del signo (o signo en sí).

Ahora bien, para Peirce el signo asume una concepción triádica. La semiología estructuralista de la línea de Saussure, en cambio, privilegió la concepción diádica (significante-significado). Es evidente que el signo no puede describirse sólo a partir de su ser-en-sí (lo que en términos saussureanos sería el “significante” y que Hjelmslev llamó “plano de la expresión”). El segundo componente —que fue trabajado por la tradición continental (o europea, en la línea de Saussure)—, es entonces lo que estos semiólogos llamaron “significado” (“plano del contenido” siguiendo a Hjelmslev).

Sin embargo, esta concepción resulta todavía incompleta, pues lo que la semiología estructural no puede explicar es *cómo* se conecta significante con significado, es decir, el signo como expresión con el signo como contenido.

La importante contribución de Peirce consiste en haber identificado el tercer componente del signo (que en sí mismo también es un signo), al cual llamó “interpretante”. Este componente no debe confundirse con la noción de intérprete, aun cuando en algún sentido la emergencia del interpretante (en tanto regla de producción de significancia y comunicabilidad) reposa en su propia historia formativa, y remite, en última instancia, al acervo de signos generados en el pasado, metamorfoseados, en la rica historia de las comunidades biosociales.<sup>49</sup> La función mental surge toda vez que reco-

---

<sup>47</sup> Briseño Sierra, Humberto, *El derecho procedimental*, cit., p. 6.

<sup>48</sup> Para Peirce, la noción de “primeridad” alude al signo tal como aparece, desprendido de toda otra referencia que no sea a sí mismo. En este caso, es evidente que si abordamos el procedimiento en su naturaleza sígnica, lo que denota su aspecto de primeridad es la condición de “conexión” que supone. Las diferencias entre las nociones de primeridad, segunda y terceridad fueron introducidas por Peirce en una conocida carta que el pensador escribiera a Lady Welby, en 1904.

<sup>49</sup> Empleo esta expresión para señalar que esa historia es inherente a todo *ser con mente*, asumiendo, eso sí, que la mente es una función que se construye en un contexto de comunidad; por lo cual no hay mente solipsista (al estilo cartesiano), sino que allí donde aparecen las más primitivas formas gregarias (de individuos incluso no humanos) surgen las funciones de *lo mental*. Estudios recientes están señalando que es posible intuir la existencia de funciones

nocemos que en un ser aparece la *capacidad de “leer” en cierto contexto*. La tan básica “sensibilidad” (capacidad de detectar) de que hay una modificación en la condición ácida o alcalina en un medio, o de reconocer el cambio de tiempo que se avecina (como lo hace una colonia de hormigas), o intuir un clima de inestabilidad social que puede conducir a una guerra (como lo puede intuir un gobernante), constituyen expresiones de esta capacidad, cuyos *modos operandi* difieren según los estratos del ser que consideremos, desde lo más simple a las formas organizadas más complejas. Incluso *lo que parece* más simple (como ocurre a nivel de la célula) supone ya un principio de organización; así, la noción de “autopoiesis” que plantean Maturana y Varela<sup>50</sup> constituyen expresión de lo complejo y organizado que es el medio celular.

Retomando nuevamente la naturaleza signica, el interpretante hace del signo una entidad triádica que engendra la dinámica de la semiosis. Y, a mi criterio, esta característica la vuelve *dialéctica*. Su propuesta deja atrás la concepción plana y estática de la semiótica estructural. De ahí que se sostenga que la perspectiva de Peirce permite entender al *signo como una lógica*.

Si comparamos esta propuesta con la concepción que Briseño asume sobre el procedimiento, éste, sin duda, puede ser examinado desde la perspectiva semiótica y, en este sentido, como una lógica o una *acción signica*.

De ahí que Briseño reitera, una y otra vez, que el procedimiento estriba en la *conexión de conductas* y, de ahí también, en la *secuencia* como aspecto definitorio de esta categoría.<sup>51</sup>

Ahora bien, si el procedimiento es conexión, uno puede preguntarse qué es lo que se conecta. En palabras de Briseño, lo que se articulan son conductas. Pero también es lícito llevar el planteo más allá y preguntarnos qué son las conductas, sin entrar, por ello, en disquisiciones propias de la sicología. Maturana y Varela conceptúan el término, de manera general, diciendo: “Se llama *conducta* a los cambios de postura o posición de un ser vivo, que un observador describe como movimientos o acciones en relación con un ambiente determinado”.<sup>52</sup>

---

mentales incluso en los niveles más básicos de la materia y de la vida. Una idea que los que adhieren a posturas abortistas no soportan ni un instante y, claro está, quedan mudos a la hora de refutar esta idea elemental.

<sup>50</sup> Maturana, Humberto y Varela, Francisco, *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano*, Buenos Aires, Lumen, 2003. El concepto de autopoiesis también puede hallarse desarrollado en otras obras de dichos autores.

<sup>51</sup> En un pasaje remarca: “El procedimiento se encuentra en la secuencia aunque no siga un orden riguroso como se ve en la práctica”, Briseño Sierra, H., *El derecho procedimental*, cit., p. 7.

<sup>52</sup> Maturana, Humberto y Varela, Francisco, *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano*, cit., p. 92; el destacado es de los autores.

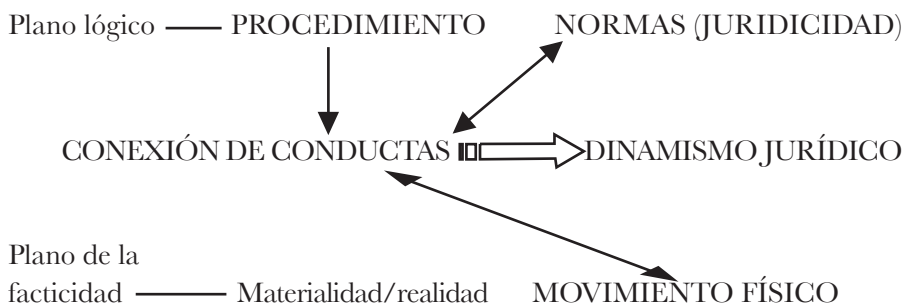
Siguiendo este nivel general, y desde un punto de vista metodológico,<sup>53</sup> cabe admitir que una conducta no es otra cosa que la acción expresiva de un sujeto en un contexto, en un medio. Pero si queremos llevarlo a un nivel más lógico, y por ende abstracto que permita anclar en el *ser* de la conducta, cabe afirmar que ésta constituye una *operación*.

En la idea de operación subyacen todos los subcomponentes partícipes en toda conducta: un operador (alguien que la ejecuta), un efecto o modificación en el entorno donde tiene lugar, un medio o contexto donde aparece y, por cierto, un artefacto técnico que la hace posible (desde la simple operación de vocalizar, o de extender la mano para saludar, o la acción del ave que con su pico construye su nido).

Siguiendo este planteo, el epistemólogo Ladrière<sup>54</sup> señala que toda operación tiende a integrarse en una *red operatoria*, y le asigna un conjunto de atributos, que permiten entender esta noción, a saber:

- Toda operación es una acción de transformación.
- Toda operación es formal.
- Toda operación es tematizable.
- Toda operación es susceptible de integrarse en redes operatorias.
- Toda operación puede ser descrita, por las condiciones antedichas, como una función lógica.

Es evidente que estos atributos son aplicables a la concepción que Briseño tiene del procedimiento, cuyos pilares podemos sintetizar en el siguiente esquema.



<sup>53</sup> Lo metodológico nos enfrenta a la idea de método en tanto *hacer*, y éste conlleva un camino que conduce a un fin (lo que es lo mismo que decir que alberga cierta teleología).

<sup>54</sup> Ladrière, Jean, *El reto de la racionalidad*, Salamanca, Sígueme-UNESCO, 1978.

El plano central del esquema destaca lo esencial de la noción de procedimiento. Como tal, no está desligado del plano de la facticidad, de los contextos reales y concretos donde el procedimiento se manifiesta, ni tampoco de las normas jurídicas que, como momento culminante de expresión de cierta regla, da sentido a las conductas, subsumiéndolas en la forma genérica de una categoría universal, por lo que hace a su razón de ser. Y esto es así porque toda conexión de conductas tiene relevancia, en el campo del derecho, cuando se la interpreta a la luz de una norma que instala la juridicidad.

Tengamos presente que el esquema describe un objeto de naturaleza “ideal”, como lo llama Briseño, en el sentido de que se constituye en un objeto de “conocimiento ideal”,<sup>55</sup> lo cual equivale a decir que estamos hablando del procedimiento como objeto de análisis, buscando inteligirlo examinando lo que “es”. Por lo tanto, el término ideal aquí no tiene nada que ver con la postura idealista, dado que, en cambio, indica un *objeto cognoscible*.

Como objeto semiótico, el procedimiento cabalga entre dos dominios diferentes (entre el aspecto empírico de aquello a lo que remite y el aspecto lógico-inferencial que conlleva el plano subjetivo). Pero examinemos un poco más de cerca esto último.

El procedimiento, en tanto signo, tiende a la *idealidad*, ya que puede ser analizado como forma lógica; esto es, en el plano de las ideas o aspecto universal inmanente a todo concepto, aunque, por la función semiótica que al mismo tiempo es, requiere de su materialidad concreta. De ahí que Briseño critica la definición propuesta por Carnelutti, que la siguiente cita deja traslucir, donde el procedimiento se identifica con “... una serie de actos vinculados causalmente entre sí”.<sup>56</sup> Esta definición olvida el hecho de que lo esencial no surge de los actos, ni tampoco de su encadenamiento a modo de una serie (en el sentido preciso del término), sino que su esencia radica en la *secuencia*. El pensamiento de Briseño es inflexible en este punto, reiterando que no debe confundirse la idea de secuencia con la de serie.

En efecto, toda pretensión lleva a una prestación, pues, como él lo señala, resulta irónico que alguien pretenda algo sin comprometer una respuesta del otro, que es el destinatario de la conducta de pretensión. Esto implica que no hay procedimiento que pueda ser concebido —como ya se dijo— sin la noción de alteridad. Pero como esa alteridad es “presentificada”<sup>57</sup> en el

<sup>55</sup> Briseño Sierra, H., *El derecho procedimental*, cit., p. 6.

<sup>56</sup> Idea que retoma Jesús González Pérez, citado por Briseño Sierra, H., *ibidem*, p. 6.

<sup>57</sup> Empleo el significado que Parret le da a esta noción a propósito del efecto que produce un signo; éste, al darse como tal, *trae a la existencia* aquello que es “representado” en la semiología, *op. cit.*



derecho, esto es, *elevada*<sup>58</sup> por una “norma” que regula esa relación, resulta que ésta pasa a ser una relación *derecho-obligación*. En este sentido, ¿qué es la norma sino una conducta que puede darse en forma “iterativa”?,<sup>59</sup> esto es, de repetición indefinida en su forma y, por esta razón, puede constituirse en una categoría *universal*,<sup>60</sup> lo que implica que ella vale por sí, más allá de las circunstancias fácticas de los casos que subsume. Mediante la elevación ontológica que produce la existencia de la norma, aquella relación es redefinida como un vínculo de tipo lógico, haciendo de ella una estructura apodictica que re-conceptualiza los términos que participan de la relación, ahora bajo otro estatus: el de la semiosis jurídica. Y está claro que la norma, por la fuerza de la juridicidad con que se reviste, conduce a ser cumplida. La relación que antecede en el plano social (pretensión-prestación) se reviste, paso siguiente, de un halo de juridicidad, apareciendo en otra esfera de semiosis más integradora (jurídico-estatal) bajo la forma de “derecho-obligación”. Veamos qué dice Briseño al respecto: “La relación ha sido entendida como norma para significar su reiteración indefinida. La percepción apriorística supone la abstracción de las conexiones, al tiempo que predica la apodicticidad entre los conceptos relativos”.<sup>61</sup> Esto significa que convierte a los términos de la relación en componentes “necesariamente” válidos. Briseño destaca que la pretensión y la prestación pasan a constituir los “miembros *debidos* de una normatividad.”<sup>62</sup>

Por lo tanto, esa relación solo es posible porque ella presupone que ambos componentes pueden ser “intercomunicados”, dada la juridicidad con que se revisten ambos términos. Esto hace que el procedimiento partici-

---

<sup>58</sup> En el sentido hegeliano, como momento que re-crea un estado precedente, vía el movimiento que engendra la dialéctica.

<sup>59</sup> Es decir, que responde a una forma de “repetición”. El concepto de *iteración* es usado para explicar los mecanismos reiterativos que se dan en sistemas complejos, dinámicos, alejados del equilibrio, y a pesar de que éstos sigan una trayectoria dinámica, conservan su “pauta” de desarrollo. Estas pautas muchas veces responden a formas iterativas. Este tipo de análisis es relevante, por ejemplo, en el estudio de formas fractales, un concepto útil en las matemáticas de la complejidad. En el campo del derecho ha sido poco empleado, pero ello no quiere decir que tal categoría no tenga valor epistémico e incluso investigativo.

<sup>60</sup> Lebus, Emilias, “El imperio de la Ley —y su inevitable eticidad—”, *Garantismo procesal V*, Medellín, Instituto de Estudios Jurídicos del Consumo y la Competencia, EGACAL, Escuela de Altos Estudios Jurídicos, Instituto Panamericano de Derecho Procesal, 2012, pp. 128-149. Allí puede encontrarse un desarrollo ontológico y cognitivo sobre este tema desde un enfoque dialéctico, donde la “ley” puede ser concebida como “regla” del pensamiento y, de este modo, devenir en una categoría de valor lógico-ontológico (además de jurídico).

<sup>61</sup> Briseño Sierra, H., *El derecho procedimental*, cit., p. XXIX.

<sup>62</sup> *Idem*; el destacado es mío: E. L.



pe de la condición de “significancia/comunicabilidad” que caracteriza a todo fenómeno semiótico. Herman Parret<sup>63</sup> explica cuál es la importancia de estas nociones complementarias y mutuamente sostenibles. Con harta frecuencia los estudios semióticos, al referirse al signo, han distinguido entre forma y función. Sin embargo, a su criterio es un tema mal planteado, pues para él “la semiosis es un “grado de combinación” de *significancia* y *comunicabilidad* antes que el dominio de lo formal o de lo funcional separadamente...”.<sup>64</sup> El par *significancia/comunicabilidad* constituye, según el autor, la vía de escape a los dos peligros latentes que entrañan corrientemente los desarrollos teóricos en el campo de la semiótica, a saber: suponer que el signo es sólo el significado comunicativo (significado captado en el contexto del discurso), o bien, nada más significado formal (en términos puramente sintácticos). Por eso Parret considera que es preciso remplazar las nociones “significado” y “comunicación” por los conceptos de *significancia* y *comunicabilidad*, los cuales son, a su entender, “el objeto empírico de la semiótica”.<sup>65</sup> Esta característica los vuelve términos complementarios (como si fueran cara y cruz del signo) y, además, permite —a mi criterio— abordar la dinámica del signo; es decir, el proceso formativo de la semiosis. Esto último es lo que pretende transmitir cuando dice: “La semiótica *como una lógica* reconstruye la semiosis como *significancia/comunicabilidad*”.<sup>66</sup>

Nótese pues que este enfoque teórico es compatible con la concepción de Briseño sobre el procedimiento, ya que al examinarlo desde un punto de vista lógico no quiere decir que se mire tal objeto desde lo estático, sino que, si tenemos en cuenta la perspectiva desarrollada por Peirce, cuando para éste la semiótica se vuelve una lógica, pretende así reivindicar un objeto de indagación determinado por *lo que es en tanto signo* y lo que el signo puede hacer, vale decir, *el signo como acción o actividad lógica*. Repárese también que este enfoque es totalmente solidario con las ideas trabajadas por Hegel cuando aborda las categorías del pensamiento y explica cómo *unas son engendradas a partir de otras* mediante la operatoria del método dialéctico.

Para sintetizar este punto, la relación lógica (o de dependencia o conexión apodíctica) entre el par “derecho-obligación” eleva esta relación a la categoría de *unión necesaria*, no sólo en el plano ontológico (del ser), sino también en la dimensión semiótica, pues en la medida en que ningún com-

<sup>63</sup> Parret, Herman, *Semiótica y pragmática*, cit., pp. 69-71.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 70; los destacados son del autor.

<sup>65</sup> *Idem*.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 71; el destacado es del autor.

ponente de la relación se concibe sin la presencia del *otro*, aun cuando ésta sea virtual o imaginada, nos instala, indefectiblemente, en el plano de la significancia y de la comunicabilidad en el sentido antes señalado.

## V. LA DIMENSIÓN COGNITIVA DEL PROCEDIMIENTO

De lo dicho anteriormente se infiere que el procedimiento aparece como una necesidad de la convivencia social. Recordando el pensamiento de Fritz Schreier a propósito de la norma, Briseño señala que “la norma jurídica no se crea realmente sino que el ser inteligente *la aprehende*, la percibe en sus vivencias intelectivas...”.<sup>67</sup> Hace ya bastante tiempo que Kant había descubierto que la norma no puede derivarse sino de la experiencia social, que es, por su naturaleza, intersubjetiva. Esto quiere decir, tal como lo enseña Samaja (2004), que la necesidad de regulación de la actuación en el seno de un grupo es tan antigua como la existencia humana misma; por eso, previo al nacimiento de los Estados —hecho que es concomitante al surgimiento de las sociedades sedentarias, escriturales— cada comunidad tenía sus propias normas particulares. La aparición del Estado implicó un paso más: la posibilidad de examinar, por medio de la razón, la naturaleza y alcance de tales normas, de tal manera que cada parte (cada comunidad) fuera capaz de ceder su autogobierno a favor de *un tercero* que actúe en “representación” de los diversos intereses particulares. Pero ese tercero no es, claro está, una persona individual, sino un nuevo estatus de la realidad social que, al preponderar los intereses “comunes”, posibilitó el surgimiento de normas de validez universal, fundantes del Estado y de los órganos encargados de hacerlas cumplir.<sup>68</sup>

De ahí que Briseño diga que las normas *se* “aprehenden”, esto es, el ser humano es capaz de percibir su necesidad para poder llevar a cabo la vida social. “Aprender” significa hacerlo propio, encarnarlo. En este sentido, la juridicidad, que desemboca en un sistema normativo, constituye un *proceso de formación*, en cuyo desarrollo debieron superarse las luchas tribales, los conflictos particulares, para “asimilar”, en el saber intersubjetivo, aquello que vale para todos en cualquier circunstancia. El autogobierno dio lugar al gobierno de las reglas. Briseño es muy oportuno cuando señala que aun

<sup>67</sup> Briseño Sierra, H., *El derecho procedimental*, cit., p. 31; el destacado es mío: E. L.

<sup>68</sup> Para una ampliación del tema: *cf.*: Lebus, Emilias, “De la comunidad al Estado”, *Garantismo procesal IV*, Medellín, Instituto de Estudios Jurídicos del Consumo y la Competencia, EGACAL, Escuela de Altos Estudios Jurídicos. Instituto Panamericano de Derecho Procesal, 2012, pp. 8-19.

cuando frente a determinada situación no se tiene la norma precisa a aplicar, eso no significa que se carezca de *reglas*; aun cuando el procedimiento tenga que ser improvisado frente a tales circunstancias, eso no significa falta de *previsión*; es decir, la “condición” de lo normativo es innegable, porque es consustancial a la existencia humana misma. Y esta aprehensión hace de lo normativo asimismo *una conquista cognitiva*, ya que la percepción de la norma se “asimila” (incorpora) a la naturaleza social.

Como se trató en el apartado precedente, si el procedimiento implica conexión de conductas de diferentes sujetos, está claro que la consecuencia que se desprende de ese atributo es que el procedimiento puede volverse, a la vez, una noción de alcances semióticos. Y aquí queda reflejado lo dicho en su momento. Desde este punto de vista, no sólo importa (para quien lo estudia) que el procedimiento asuma una entidad de tipo lógico (por el encadenamiento necesario de conductas que conlleva), sino que esta dimensión del significado que podríamos llamar de carácter “sintáctico” sólo se completa o realiza en plenitud en la medida en que lo examinemos desde su lado pragmático; es decir, no únicamente en su aspecto de significancia, sino también de comunicabilidad. Ambos aspectos son, como dijimos, expresión de una misma cosa, pero cuando se consideran estas facetas en su *interacción dialéctica*, el procedimiento se constituye en una entidad que puede ser analizada desde la semiótica en cuanto acción. Esto quiere decir que ya no estaríamos ceñidos a concebirlo como un encadenamiento lógico de conductas, sino de *conductas que tienen sentido*. Como sabemos, el *sentido* aparece cuando adviene el *contexto*; esto es, cuando se realiza como signo en su aspecto pragmático que entraña —en este caso— la linealidad del procedimiento. Y este carácter intrínseco al procedimiento, es decir, su devenir como signo o como entidad lógica con sentido, se preserva aun cuando en el plano fáctico no se consigan siempre los resultados previstos. Así lo expresa Briseño: “Es claro que *la secuencia no es un discurrir de conductas sin sentido*, sin programa y sin objetivo específico; pero *la secuencia no llega forzosamente a su destino*. Multitud de incidencias y accidentes, de interrupciones y de desviaciones concurren a apartar la línea prefijada...”<sup>69</sup>

Y tras dar ejemplos, agrega que estas eventualidades imprevistas “rompen el rimo, la marcha y hasta la meta del procedimiento”.<sup>70</sup>

Por un lado, dado su cariz de encadenamiento apodíctico, todo procedimiento conlleva un sentido en la dirección lógica que alberga (como su-

---

<sup>69</sup> Briseño Sierra, H., *El derecho procedimental*, cit., pp. 34 y 35; las partes destacadas son mías: E. L.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 35.

cesión de conductas), dado que éstas no son azarosas, sino que siguen una meta, una dirección y una intencionalidad. Pero, por otro lado, es evidente que este aspecto lógico no se realiza sin “chocar” con las diversas determinaciones empíricas por las que transita el procedimiento al buscar “efectivizarse”. En consecuencia, éste conlleva esa dimensión pragmática, a la que hacíamos referencia, la cual, por así decirlo, le da *pleno* sentido. Digo “pleno” porque, de alguna manera, en la secuencia *hay un sentido* que deviene intrínseco a la conexión de conductas, pues *no tendría ningún sentido* conectar conductas que no respondieran a un grado de racionalidad, a no ser que estemos frente a una patología.<sup>71</sup> Pero dicho sentido sólo se realiza en la medida en que se contextualiza, en un plano social donde hay juridicidad. Al tener lugar la dimensión pragmática que el procedimiento en tanto signo alcanza, se realiza la condición del sentido, y esto es lo que Parret llama la *comunicabilidad* del signo: ¡dice algo para alguien!

Ahora bien, si nos remitimos al término *procedimental*, que pertenece a la misma familia de palabras que el sustantivo “procedimiento”, Briseño repasa, a propósito de ello, los diversos significados que da el *Diccionario* de la Academia, señalando algunas de estas acepciones: “método para ejecutar alguna cosa”; mientras en derecho se alude a la “actuación por trámites judiciales o administrativos”.<sup>72</sup> Sin entrar en este momento a las diferencias de significado entre lo procedimental y el método, sí cabe coincidir con el autor en que lo procedimental implica *un recorrido o desplazamiento*. Cabe disentir, empero, con la aproximación que el autor tiene del método, al menos de lo que por *método de investigación*<sup>73</sup> puede asumirse, ya que desde una concepción dialéctica y constructivista del conocimiento, muy diferente de la idea que el positivismo decimonónico, el neopositivismo y el falsacionismo tienen del *modus operandi* de la ciencia, cabe admitir que el proceso de investigación implica un *devenir* del conocimiento; un *proceso del conocer* donde el producto final (el conocimiento) *va haciéndose*. De ahí que desde esta óptica, el método de investigación pueda ser definido también como un desarrollo o un recorrido. No obstante, no cabe en este trabajo entrar a analizar las

---

<sup>71</sup> Incluso en patologías tan dramáticas como la esquizofrenia, por ejemplo, el grupo de investigadores de Palo Alto (California), entre ellos los destacados aportes de Bateson en esta dirección, han demostrado que en las conductas y el lenguaje aparentemente sin sentido, de los episodios de crisis de un esquizofrénico, *hay un sentido*.

<sup>72</sup> Briseño Sierra, H., *El derecho procedimental*, cit., p. 39.

<sup>73</sup> Que no es lo mismo que el “método científico”. Para un análisis más exhaustivo de estas diferencias y, a la vez, descubrimiento de sus vínculos, puede consultarse Lebus, Emilias. *Cómo generar un proyecto de tesis*, Rosario, AVI para la Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2012, 508 pp.

diferencias sutiles que, amén de lo dicho, existen entre ambas nociones: lo procedimental y el método. Con lo dicho alcanza y sobra para proseguir con el propósito buscado en este escrito.

Retomando pues la noción de la actuación procedimental, baste compartir la idea de Briseño que, con gran claridad, traduce lo que la gente comúnmente entiende por ello, desde el sentido común, a saber: un “actuar por trámites”.<sup>74</sup> Y ese actuar, si bien se caracteriza por la interconexión de conductas, y por este motivo se asemeja a las conexiones que existen en otros dominios (como la composición de las notas musicales), lo procedimental tiene un significado especial en derecho, pues se trata de una conexión que asume el carácter *normativo*; al decir de Briseño, de una “regulabilidad imperativa y no meramente descriptiva”.<sup>75</sup>

Este componente de juridicidad que reviste el procedimiento en este campo recapitula, como se ve, la condición intersubjetiva. Y la intersubjetividad subyacente es lo que le otorga legitimidad ontológica (en el plano del ser) y la eleva a la jerarquía epistemológica (en el plano del conocimiento), ya que aun cuando el programa implícito en el procedimiento se desvíe o la secuencia no llegue a su destino, esto no significa que no podamos seguir pensando en el procedimiento.

Esta facultad de *poder ser concebido* como una entidad susceptible de ser estudiada otorga al procedimiento un valor cognitivo trascendente. Si su aparición obedece a la inmanencia de lo imperativo que entraña la relación pretensión-prestación, elevándola a la categoría de una “unión” entre derecho-obligación, este estatus se preserva aun cuando una norma se vuelva ineficaz. Esa unión indisoluble, por su condición de ligazón apodíctica entre ambos términos, hace aparecer (surgir) el *interpretante* (o tercer término de la relación triádica que el procedimiento implica como signo); dicho interpretante es, a mi criterio, el componente del signo (y signo a la vez) que hace posible *inteligirla*. De ahí el carácter de signo que conlleva la noción de procedimiento, y por este motivo inaugura una semiosis, que se puede rastrear en la obra de Briseño en varios pasajes, cuando, por ejemplo, recalca que la esencia de una norma trasciende la multiplicidad de circunstancias fácticas que puedan volverla ineficaz. Pero esto no invalida el acto cognitivo que permite que se pueda volver sobre ella para pensarla; es decir, para concebir dicha entidad como un objeto de análisis. En sus palabras: “Nadie puede decir que un pensamiento olvidado, no pueda ya ser repensado”.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> Briseño Sierra, H., *El derecho procedimental*, cit., p. 40.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. XXXI.

Así pues, mientras su eficacia puede perderse, su esencia nunca desaparece. Esto puede comprenderse mejor con algunos ejemplos que podemos tomar a modo de análogos, como la relación padre-hijo. Este vínculo es aprehensible en situaciones concretas de la vida, por ejemplo, cuando se tiene al hijo en brazos, se lo acompaña a la escuela, o cuando el hijo recurre al padre cuando necesita una enseñanza de vida... Sin embargo, aun cuando uno de los componentes de esta relación esté ausente, eso no quita que se pueda seguir pensando en él; de hecho, se sigue siendo hijo a pesar del paso del tiempo; se sigue siendo padre a pesar de la distancia y, hasta me atrevería a decir, se sigue siendo padre o madre aun después de la muerte, pues la desaparición física no significa extinción de la unión que, en algún momento, se forjó para siempre.

Una situación idéntica se tiene con el matrimonio religioso, muy distinto, por cierto, del vínculo civil. En efecto, mientras para éste se trata de una relación contractual, y así como aparece puede desaparecer (divorcio mediante), el matrimonio religioso supone una *unión indisoluble*, tal como lo señala insistentemente la Biblia en varios pasajes del Antiguo y del Nuevo Testamento, a saber: “Por eso el hombre deja a su padre y a su madre y se une a su mujer, y los dos llegan a ser una sola carne”;<sup>77</sup> “... y los dos no serán sino una sola carne...”;<sup>78</sup> “De manera que ya no son dos, sino una sola carne. Que el hombre no separe lo que Dios ha unido”.<sup>79</sup>

El juramento hecho ante Dios engendra una *unión indisoluble*<sup>80</sup> y, por eso, estable y duradera, o sea, perenne. Incluso cuando esa unión se rompe, por alguna razón “de hecho”, eso no quita que la unión no se preserve (en su significancia religiosa), en el sentido en que fue originalmente concebida, pues, aun extinta, se puede seguir pensando en ella, recapitulando la vivencia o simplemente añorando lo que fue y ya no es. Por ello, de algún modo (como cognición y semiosis) se preserva inevitablemente. En este ejemplo es dable hallar un paralelismo en la *función delinterpretante*; esto es, en el tercer componente del signo (y signo también) que “*eleva*” la *semiosis a la categoría de una unión*: mientras en el procedimiento radica en la juridicidad entrañada en el par “derecho-obligación”, en el matrimonio religioso la indisolubili-

<sup>77</sup> Génesis, 2:24.

<sup>78</sup> Marcos, 10:8.

<sup>79</sup> Mateo, 19:6.

<sup>80</sup> Sobra decir que el calificativo “indisoluble” es redundante, pues la idea de *unidad* engendra un vínculo entrañado que hace a la esencia misma de la relación en sí, asumiéndola en su *indisolubilidad*; sin embargo, la expresión usada en este pasaje tiene por fin diferenciar este tipo de vínculo de aquel que sólo constituye una relación contractual de tipo civil. La diferencia es significativa, no únicamente circunstancial, sino también “sustancial”.

dad deviene del “sello (y signo) sagrado” que representa el juramento ante Dios, quien (en tanto interpretante = regla semiótica) “eleva” la relación hombre-mujer a la categoría de esposos unidos en matrimonio. En los pasajes bíblicos, el hecho de ser una sola carne quiere decir que se constituye una unión indisoluble que tiene un significado mucho más profundo que la carne misma. Es ser, precisamente, una *unidad* en el sentido más pleno de la palabra.

Puede concluirse entonces que la relación elevada al estatus de unión subsiste más allá de su manifestación fenoménica. Por ello, este carácter no tiene sólo un alcance semiótico, sino también cognitivo. El hecho de que algo pueda seguir siendo pensado sería, parafraseando a Hegel, concebirlo en alguna forma de realidad, no como lo real concreto, sino como una “posibilidad” real, y esto es precisamente la cualidad de la operatoria del pensamiento. Para que dicha entidad pueda ser significada y, por ende, conocida, es preciso concebirla en su esencia; es decir, como “conexión o unión indisoluble”. Y esto implica la aventura de conocer un objeto más allá de su existencia concreta; es decir, reconocerlo como un objeto cuyos rasgos sólo advienen posicionándonos en el plano de lo *metacognitivo*, lo que supone un punto de vista más integrador y de mayor abstracción en el análisis (pero no por ello menos real) para captarlo en la plenitud de su ser.

## VI. CONCLUSIONES

Este trabajo ha apuntado a rescatar el profundo sentido cognitivo y epistemológico que asume la obra de Humberto Briseño Sierra. Esta aproximación a la naturaleza del procedimiento busca aprehenderlo en su plenitud ontológica, la cual, como hemos visto a lo largo de este escrito, implica la referencia a la posibilidad de ser pensado como una categoría de valor lógico (tarea a la que Briseño ha dedicado prácticamente toda su labor intelectual).

Los alcances semióticos que reviste la noción de procedimiento recorren, asimismo, toda su obra. Es notorio su esfuerzo por alcanzar la precisión conceptual mediante un examen riguroso orientado a deslindar su significado por comparación (y diferenciación) con otros términos cercanos.

Destaca también su preocupación por establecer sus atributos distintivos, haciéndolos emanar de un análisis riguroso centrado en un plano estrictamente lógico, cuestión ésta que no es habitual hallar en trabajos teóricos en el campo del derecho. Esta tarea por aprehender la especificidad de la noción estudiada lo lleva a descubrir ideas que tienen gran relevancia en otros campos, como en la semiótica, las ciencias cognitivas, la metodología



y la epistemología. Más allá de que uno coincida o no con sus conclusiones, las ideas-fuerza que trabaja son, sin duda, muy fecundas para abrir la indagación en estos otros dominios, o sea, más allá del derecho. De ahí que el procedimiento observado con detenimiento desde las gafas con que lo hace el autor, esto es, con un estilo riguroso y metódico, le da a su obra la impronta de un estudio que contiene el germen de conclusiones transdisciplinarias.

En el contexto actual del pensamiento, atravesado por los dilemas que plantea un mundo globalizado, donde el cambio tecnológico está haciendo mutar las formas habituales del conocimiento, un estudio de este tipo no puede pasar desapercibido para aquellos estudiosos preocupados por develar el entramado del mundo asumiendo un pensamiento complejo. Y tal como lo han destacado numerosos pensadores contemporáneos,<sup>81</sup> no es posible captar lo complejo a partir de un pensamiento simple. Los objetos complejos exigen ser examinados desde el pensamiento complejo. Tal es el caso con que Briseño se adentra a dilucidar *qué es eso que llamamos procedimiento*. Una tarea que puede parecer, en principio, muy simple, pero que a poco de andar se revela como un rompecabezas que exige ser descifrado. Tarea que es el propósito del autor. Su obra de más de 900 páginas lo habla por sí.

En este sentido, este trabajo no ha pretendido agotar el análisis de las diversas ideas volcadas en esta obra, y menos aún revisar y retomar la producción del académico en toda su extensión. Pero sí cabe decir que el abordaje aquí realizado, humilde y limitado, fundado en fragmentos extraídos del libro citado, constituye una *muestra* que nos habla del universo abordado. La validez metodológica de esta muestra se sustenta en un criterio *intencional*, ya que los textos seleccionados se han escogido en función de aquellos que son *reveladores de componentes signícos, cognitivos, lógico-ontológicos y epistemológicos*. Está en el lector proseguir la exploración en esta dirección, a fin de ponderar si los señalamientos efectuados son de utilidad para abonar el suelo de *un pensamiento transdisciplinario*. Y, en este sentido, ningún dato, ninguna conclusión, se justifican sin mediar un contexto de validación intersubjetiva.

Sólo resta decir que he descubierto, detrás de la obra examinada, una actitud de profunda humildad, respeto y “alegría” en el estudio que Briseño Sierra ha emprendido. Estos atributos evidencian las cualidades de la persona, en tanto hablan de talento, dedicación, constrictión a la labor intelectual y un profundo espíritu de investigador, propio de quien ha logrado intuir, en su propia autoconciencia, de que ningún conocimiento es cabal, definitivo y verdadero, sino que lo que hace trascendente al conocimiento es esa actitud de búsqueda, esa apertura mental y esa voluntad de estar dispuesto a revisar

<sup>81</sup> Entre ellos Morín, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, 2007.



permanentemente sus propias conclusiones. En este sentido, considero que la corazonada que me ha guiado en este trabajo, explicitada al comienzo, cuando haciéndome eco de un pasaje bíblico que reza “Por sus obras los conoceréis”, puedo afirmar, sin temor a equivocarme, que estamos frente a un gran hombre de ciencia. Y la ciencia no es más que aquello que hacen y logran vislumbrar quienes la cultivan.

Muchas gracias a su familia, en especial a su hijo Marco, mi alumno, por darme la posibilidad de participar en esta obra de reconocimiento a un grande del pensamiento; grande porque supo cultivarlo permanentemente en el desafío que implica el conocer, rompiendo con esa terrible tentación de quedar apegado al saber ya establecido. Agradezco también al lector por su infinita paciencia en dedicar su tiempo para seguir este escrito, el cual, tal vez por mi gran ignorancia en el campo del derecho, ha buscado caminar más por el lado de la cornisa, allí donde terminan los límites disciplinarios y donde comienzan, de manera tortuosa, escarpada y peligrosa, las *barreras transdisciplinarias*.<sup>82</sup> Pero así como la cornisa también tiene sus atractivos —la adrenalina que implica transitarla— también aquí se ha buscado despertar en el lector la avidez de seguir el camino hasta el final. Si el lector fue capaz de llegar hasta aquí, la meta ha sido cumplida, aun cuando siempre la alcanzemos en forma parcial.

---

<sup>82</sup> Agradezco, asimismo, al Ab. Aníbal Federico Leonardo Pérez Hegi, ex alumno mío de la maestría en derecho procesal, a quien he pedido que haga la lectura de este escrito antes de enviarlo a publicación, consciente de mis exiguos conocimientos en el campo del derecho. Resumo aquí su apreciación emergente de su lectura: “Me ha encantado leerlo, me parece de escritura clara, de lectura amena pero sin sacrificar profundidad. Quede usted tranquila que no hay errores jurídicos ni procesales de ningún tipo”. *Gracias nuevamente, porque yo he aprendido mucho de mis alumnos, y sigo aprendiendo todos los días.*

## HUMBERTO BRISEÑO SIERRA: REPERCUSIONES DE SU DOCTRINA SOBRE LA ACCIÓN PROCESAL, LA ACCIÓN PENAL Y EL DERECHO DE DEFENSA DEL ACUSADO

Claudio PUCCINELLI

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La legislación penal y procesal penal en diversos países latinoamericanos.* III. *Humberto Briseño Sierra: conceptos de acción procesal y pretensión procesal.* IV. *La acción penal, la doctrina y la legislación vigente.* V. *Nuestra opinión desde la doctrina de Humberto Briseño Sierra.* VI. *La víctima y su pretensión punitiva.* VII. *Derecho del imputado a una defensa efectiva.* VIII. *Las posibles soluciones desde la teoría general del proceso de Humberto Briseño Sierra.* IX. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

1.1. El objetivo de este trabajo se centra en analizar desde la doctrina elaborada por Humberto Briseño Sierra, los conceptos de acción procesal y acción penal, verificar su real sentido, la exactitud y corrección de los vocablos, así como proponer desde allí una debida conceptualización a los efectos de su aplicación uniforme en las diversas legislaciones latinoamericanas.

La inquietud nació desde hace años a partir de las enseñanzas de Briseño Sierra y su teoría general del proceso, porque los diversos códigos penales y procesales penales de la región, además de los doctrinarios en la materia, utilizaban aquellos términos en forma multívoca, generando confusión en los conceptos.

Por ello, desde una visión sistemática de la ciencia procesal, y pretendiendo describir el fenómeno a partir de lo que realmente ocurre en la realidad, resulta necesario clarificar los términos y unificarlos en la legislación procesal y penal latinoamericana.

En ese camino fue trascendente asistir a estos encuentros, integrar el Instituto Panamericano de Derecho Procesal y mi paso por la maestría en

derecho procesal, dirigida por Adolfo Alvarado Velloso en la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, me permitieron sentar las bases desde donde abordar el presente análisis.

1.2. Sentado ello, pasaré a analizar las problemáticas que genera la actuación de dos o más acusadores penales (actor penal público y las víctimas u ofendidos), en un mismo proceso penal, pero también en determinar los mecanismos procedimentales para el control de la acusación y con referencia a la garantía del imputado a enfrentar una acusación penal única.

Ante tal evento, las tensiones provocadas por esa múltiple actuación ponen en riesgo esa garantía cuando las pretensiones de los acusadores *no son idénticas en su causa (hecho causal y su imputación jurídica)*.

La falta de identidad de pretensiones exige su unificación a través del consenso de los actores penales o por otras vías procedimentales. Lograda aquella identidad, los acusadores conformarán un litisconsorcio activo necesario, que determinará su comunidad de suerte en el resultado que disponga la sentencia.

Pero la multiplicidad de acusadores (público y privados) puede generar que por cuestiones de conveniencia y celeridad se disponga la unificación de su personería.

Todo ello tiene como objetivo principal hacer efectiva la garantía del imputado a enfrentar una única acusación.

## II. LA LEGISLACIÓN PENAL Y PROCESAL PENAL EN DIVERSOS PAÍSES LATINOAMERICANOS

A los efectos de poner orden en el análisis y obtener una adecuada sistematización de los conceptos, como paso previo, resulta relevante verificar el estado actual de la legislación.

Para ello, tomaré arbitrariamente algunos códigos de procedimientos y códigos penales latinoamericanos que servirán de ejemplos de la variedad de términos y la confusión generalizada.

En Chile, el Código Procesal Penal regula la “acción penal” “*para la persecución de todo delito*”, clasificándola en “pública”, legitimando al “Ministerio Público y a la víctima” para su “persecución”; y “privada” en las que solo la “víctima” está legitimada para la persecución.

Por su parte, el Código Penal chileno regula sólo sobre la extinción de la acción penal y de la penal.

En Perú, el Código Procesal Penal regula la “acción penal”, estableciendo que “es pública”, y “su ejercicio en delitos de persecución pública

corresponde al Ministerio Público”, y “en los de persecución privada”, es ejercida por el “ofendido” (artículo 1o., libro primero). Además, al regular al Ministerio Público establece entre sus funciones que “es el titular del ejercicio de la acción penal (artículo 60, inciso 1). El Código Penal regula la “extinción de la responsabilidad criminal” (artículo 130) por un lado, y la “extinción de los delitos y faltas” (artículo 131), por el otro, aunque se refieren a la acción penal regulada en el artículo 60.

En México, el Código Federal de Procedimientos Penales dispone en su artículo 2o. que “compete al Ministerio Público Federal... ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales”, debiendo proceder de oficio (artículo 113). Además, establece que en los casos que determine el Código Penal u otra ley, sólo se podrá proceder por querrela del ofendido (artículo 114). Una vez que se haya acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público “ejercitará la acción penal ante los tribunales” (artículo 134). A su vez, regula la “acción penal”, disponiendo que “corresponde al Ministerio Público: I.- Promover la incoación del proceso penal” (artículo 136).

El Código Penal Federal de México establece en el título quinto la “extinción de la responsabilidad penal”, pero su articulado refiere a la extinción de la acción penal (artículo 91 a 107), utilizando tales términos como sinónimos.

Por su parte, el Código de Procedimientos para el Estado de México pone a cargo del Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, estableciendo las facultades para ello en el artículo 157.

El Código Penal del Estado de México, a diferencia del Código Penal Federal, utiliza diferentes términos, al referir a la “extinción de la pretensión punitiva”, aunque eventualmente se refiere a la “extinción de la acción penal”, como efecto del cumplimiento de un acuerdo reparatorio.

En Colombia, el Código Procesal Penal pone en cabeza de la Fiscalía General de la Nación la titularidad de la acción penal y la obligatoriedad de la persecución penal en delitos de acción pública (artículo 66), y el Código Penal regula la extinción de la acción penal (artículo 82).

En Argentina, el Código Procesal Penal de la Nación regula el ejercicio de la acción penal a cargo del Fiscal y del querrelante en los delitos de acción pública, y por el ofendido en los de acción privada. El Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe —Argentina— (Ley 12.734) establece que el Ministerio Público ejerza la acción penal pública, pudiendo también ejercerla el ofendido mediante su constitución como querrelante.

El Código Penal argentino regula la “acción penal”, como de ejercicio público y perseguible de oficio, o privado.

Estos términos se tornan más conflictivos al momento de precisarlos, si se los pretende —su conceptualización— integrados con algunos provenientes del derecho procesal que pueden generar multivocidades (*v. gr.*, acción procesal), u otros que resultan necesarios para una comprensión sistemática (*v. gr.*, legitimación, litisconsorcio, etcétera).

### III. HUMBERTO BRISEÑO SIERRA: CONCEPTOS DE ACCIÓN PROCESAL Y PRETENSIÓN PROCESAL

#### 1. *La acción procesal*

En primer lugar, es necesario realizar una correcta conceptualización del término “acción procesal”, pues ha sido motivo de numerosas discusiones doctrinarias que, lejos de traer claridad, han llevado a una gran confusión.

Siguiendo el enfoque sistemático utilizado por el profesor mexicano Humberto Briseño Sierra y continuados expansivamente por Adolfo Alvarado Velloso, para comprender el “ser” del vocablo debe analizarse *cómo ocurren las cosas en la realidad*, evitando así definiciones altamente enunciativas y descriptivas, que sólo sirven a los memoristas y no llegan al fondo del concepto.

La discusión se ha dado dentro del seno de los autores “procesalistas”, “civilistas” y “publicistas”, habiéndose anclado en los conceptos de su área, pero sin lograr poner claridad en las ideas que lleven a que la sola mención del término “acción procesal” implique un conocimiento universal inmediato y a modo de fotografía sobre de qué estamos hablando sin necesidad de adjetivaciones y explicaciones accesorias.

Para ello, es necesario advertir que los códigos penales y de procedimientos penales de Latinoamérica utilizan de modo indistinto los términos de “acción penal”, “pretensión punitiva”, “responsabilidad penal”, “responsabilidad criminal”, delito, etcétera, provocando una confusión, que desde lo científico merece ser aclarada en toda su extensión.

Para ello, la doctrina de Humberto Briseño Sierra permite comprender el fenómeno y clarificar los conceptos, en pos de unificar aquellos términos.

El profesor Briseño Sierra sostiene que cuando un sujeto requiere al Estado una determinada conducta está instando, y esas instancias pueden ser diversas: petición, denuncia, reacertamiento, queja y acción procesal.

Para la conceptualización de la acción procesal se introduce en la concepción dinámica del derecho, porque dinamismo hace referencia al movimiento, de manera que el derecho dinámico es una expresión del movi-

miento conceptual. La conducta de los sujetos que intervienen en la acción procesal no puede adelantarse ni ser simultánea. La demanda ante el juez (relación A) genera la relación de traslado y emplazamiento (relación B), que acto seguido provoca la situación C como reacción del demandado.

En la normatividad dinámica, la relación B no puede darse si antes no ha sido cumplida la A; y las tres (A, B y C) forman la unidad de la regla atinente a la instancia llamada acción procesal, en la inteligencia de que la sucesividad coloca a los sujetos en posiciones distintas. En A el juez es provocado, en B el juez provoca; en A el actor insta, en C lo hace el demandado...<sup>1</sup>

*Y ese dinamismo no es material sino conceptual.* El dinamismo jurídico atañe a toda norma procedimental, de manera que basta que la ley regule una secuencia de conexiones de actos provenientes de personas diferentes, para que construya un tránsito relacional, pero uno de esos procedimientos el que se configura progresivamente a partir de la acción, que es el proceso.

*Entonces, “la acción es proyectiva porque su ciclo no termina con la asunción del juzgador sino con la recepción de la contraparte”, y en la etapa probatoria este fenómeno se presenta paralelamente, pues mientras acciona el actor con sus pruebas, también lo hace el demandado con las suyas.*

Por ello,

en la acción procesal, el ciclo une tres sujetos por una sola y la misma instancia. El proyectarse de la acción es propio de la hipótesis normativa que regula el proceso, porque el autor de la norma ha querido que tres sujetos colaboren en la graduación de una serie dinámica que progresa gradualmente desde la demanda hasta el auto que cita para oír sentencia.<sup>2</sup>

En ese mismo sendero, Alvarado Velloso también sostiene que

la acción procesal es la única instancia que necesariamente debe presentarse para unir tres sujetos en una relación dinámica; trata simplemente de trasladar la pretensión desde el plano de la realidad al plano jurídico, pues como consecuencia de su deducción se logrará de inmediato el objeto de formar un proceso;

y que

es la instancia por la cual toda persona puede ocurrir ante la autoridad para presentar una pretensión que no puede ser satisfecha directamente por ésta

<sup>1</sup> Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, México, Cárdenas Editor, 1969, t. II, p. 206.

<sup>2</sup> *Idem*.

sino por una tercera persona que, por tanto, deberá integrar necesariamente la relación dinámica que se origine con tal motivo... Y así se llega a la formulación de un concepto lógico que no puede ser más elemental y simple: la acción procesal es la instancia proyectiva y necesariamente bilateral.<sup>3</sup>

Ese derecho de instar ante la autoridad es diferente del derecho de fondo ejercido a través de ella, toda vez que en la sentencia se puede rechazar la pretensión del actor declarando que no existía tal derecho, pero el ejercicio de la acción procesal es aquello que permitió el desarrollo del proceso o procedimiento previo al dictado de la sentencia y, por tanto, es distinto del derecho esgrimido.

## 2. *La pretensión procesal*

Inicialmente debe establecerse que una pretensión jurídica es opinión, es afirmación de poseer un derecho subjetivo; en concreto, es requerimiento al órgano del Estado, de proveer el accertamiento o satisfacción del derecho afirmado mediante la aplicación de la norma de derecho objetivo. Esa voluntad declarada, que se expresa en la forma y por medio de la demanda, corresponde, en los órganos del Estado, al deber de proveer sobre la pretensión jurídica.

Los sujetos de la pretensión se distinguen en activo y pasivo. El primero es el que hace la declaración de voluntad, pero el pasivo puede hacer la relativa a la contraprestación, y ninguno se identifica con el sujeto del interés jurídicamente protegido, lo que lleva a sostener a Angelotti que el Ministerio Público no es el sujeto de la pretensión punitiva, porque el sujeto del derecho lesionado o desconocido es el Estado, aunque la legislación más reciente también ha reconocido en el ofendido o víctima a otro sujeto titular de aquella pretensión punitiva.

Entonces, como contenido de la acción procesal, la pretensión procesal será “*la declaración de voluntad hecho en una demanda —o acusación— (plano jurídico) mediante la cual el actor (pretendiente) aspira a que el juez emita —después de un proceso— una sentencia que resuelva efectiva y favorablemente el litigio que se le presenta a su conocimiento*”.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, 1989.

<sup>4</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, la aclaración —o acusación— me pertenece.

#### IV. LA ACCIÓN PENAL, LA DOCTRINA Y LA LEGISLACIÓN VIGENTE

En contraste con la claridad de tales conceptos, aparecen múltiples teorías sobre la acción penal, que se forjaron a la luz de las teorías de la acción.

Respecto de esta última, en el derecho romano se concibió a la acción como un aspecto o elemento del derecho subjetivo, frente a lo que reaccionó la doctrina alemana e italiana, reivindicando la autonomía de la acción, sosteniendo que era una pretensión a la tutela jurídica del Estado, respecto de la que Chiovenda puso su original teoría de la acción como derecho potestativo; es decir, el derecho de poder influir con la propia manifestación de voluntad sobre la condición jurídica de otro sujeto, sin el concurso de la voluntad de él (ejemplo poder del cónyuge de pedir el divorcio, poder del mandante de revocar el mandato otorgado, etcétera), seguido por Lanza, Massari, entre otros.

Con relación al contenido de la acción, se la ha considerado en sentido abstracto, definido como un derecho subjetivo público que compete a quienquiera que de buena fe crea tener razón para ser oído en juicio y constreñir al adversario a entrar en él.

En contraposición aparecieron autores que configuraron la acción como un derecho que compete a quien tiene razón contra quien no la tiene, que en el decir de Sabatini, el “titular de la acción no es ya quien tenga razón ni, menos todavía, quien no la tenga, o bien uno cualquiera, sino solamente aquel que tenga interés en la eficiencia del mandato jurídico”.

Ello influyó en las teorías sobre la acción penal, que sistematiza Giovanni Leone, en un primera visión empírica “como la actividad de un órgano del Estado encaminada a obtener una decisión del juez penal en relación a un hecho que constituye delito y que se supone cometido por alguien”. Pero partiendo de una configuración jurídica de dicha actividad, refiere a:

- a) la acción penal como derecho subjetivo frente al juez (derecho a la prestación jurisdiccional, derecho a la decisión);
- b) la acción penal como derecho potestativo en el sentido arriba aclarado de Lanza y de Massari;
- c) la acción penal como manifestación de voluntad a la cual está condicionado el ejercicio de la jurisdicción penal.<sup>5</sup>

Por su parte, Sabatini sostiene que la acción penal es un “poder jurídico” de provocar la intervención y la decisión del juez acerca de una impu-

---

<sup>5</sup> Leone, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1963, t. I.



tación de delito, y de todas las demás situaciones que se determinan en el proceso, oponiéndose a la configuración como derecho potestativo o como un derecho subjetivo.

Para Manzini, la “acción penal es la actividad procesal del Ministerio Público dirigida a obtener del juez una decisión en mérito a la pretensión punitiva del Estado, proveniente de un delito”, enmarcándose dentro de las teorías que la conciben como un derecho subjetivo.

En cambio, enrolándose en las teorías como derecho potestativo se encuentran De Notaristefani, Degenkolb, Plösz, entre otros, que conciben a la acción penal como “una coacción a la controversia judicial, que está dirigida a provocar la actividad jurisdiccional contra el adversario”.

Por su parte, Giovanni Leone concibe a la acción penal como un derecho subjetivo público con relación al juez (requiriéndole una decisión) y un derecho potestativo en relación con el imputado (quien queda sometido al desarrollo del proceso y a la aplicación de la ley penal), contrariando así a las teorías que sostenían que la acción es una manifestación del derecho sustantivo.

En Argentina, las enseñanzas de Sebastián Soler, Jorge Clariá Olmedo y Alfredo Vélez Mariconde, seguidas por gran parte de la doctrina nacional y regional, le otorgaban a la acción penal dos acepciones, definiendo a una de ellas como la pretensión punitiva de carácter sustantivo y, la otra, como “derecho al proceso”, de carácter procesal, sosteniendo que son dos momentos distintos del mismo fenómeno. Por ello, las clasifican según su ejercicio público y privado.

Por su parte, Eugenio Zaffaroni, en su tratado, admite la naturaleza “estrictamente procesal” de la acción penal al referirla como una “condición procesal de operatividad de la coerción penal” dentro del régimen de ejercicio y extinción de la misma, y en su nueva versión, Zaffaroni, Alagia y Slokar la tratan como “obstáculos procesales a la respuesta punitiva”, que sólo justifica su ubicación en el código penal argentino con base en el principio de igualdad ante la ley que se vería vulnerado si esta materia fuera tratada de manera diferente por las diversas provincias.

Entonces, como cuestión procesal, cabe preguntarse si en los códigos penales, cuando se dispone que “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1o. Las que dependieren de instancia privada; 2o. Las acciones privadas” (artículo 71, Código Penal Argentino, y de manera similar los demás códigos penales de la región), refieren a la acción procesal o si se está regulando quién es el titular de la pretensión punitiva (por perseguir la aplicación de una pena establecida en la ley penal).

## V. NUESTRA OPINIÓN DESDE LA DOCTRINA DE HUMBERTO BRISEÑO SIERRA

Si tal como vimos, la acción procesal es una instancia necesariamente bilateral y proyectiva, y su ejercicio es independiente de la pretensión ejercida (y distinta a ella); y que frente a delitos o hechos perseguibles de oficio los códigos penales imponen al Estado la obligación de promover su persecución a través de sus órganos (Ministerio Fiscal), no quedan dudas que cuándo aquéllos regulan la acción penal se están refiriendo “a quién tiene la aptitud y actitud de pretender el castigo estatal (pretensión punitiva) por el derecho de fondo violado (conducta que encuadra en la tipicidad penal), y no al ejercicio de la acción procesal”.

Así, se refiere entonces a la *pretensión punitiva*, que será *pública* cuando se trate de delitos en los que el Estado decidió perseguir oficiosamente por haber confiscado el derecho que pertenecía a la víctima, aun cuando los códigos de procedimientos autoricen a los sujetos pasivos del delito, ofendidos o víctimas, a perseguir penalmente junto al fiscal (sea en forma conjunta, subsidiaria, adhesiva, etcétera).

En cambio, en los supuestos donde solamente los particulares pueden pretender su castigo, nos estaremos refiriendo a la exclusiva *pretensión punitiva privada*; es decir, los casos donde el Estado carece de aptitud y actitud para perseguirlos.

## VI. LA VÍCTIMA Y SU PRETENSIÓN PUNITIVA

### 1. *La víctima*

Cuando se produce un hecho con apariencia de delito se afecta a la comunidad, porque altera la paz social y produce una fuerte sensación de inseguridad (más allá de que ésta sea real o no), y esencialmente afecta a la víctima, que es quien sufre en su persona y en sus derechos los efectos de la conducta delictiva.

Frente a ello, el Estado se encuentra obligado a asistirle, acompañarla, asesorarla, protegerla; en definitiva, debe darle atención para sobrellevar esa difícil situación.

Los sistemas procesales penales históricamente se olvidaron de la víctima, a punto tal que luego de padecido el hecho delictivo aquella también debió seguir sufriendo las consecuencias propias de la ineficaz actuación del Estado en la persecución penal.

Esto se conoce como “revictimización”, pues ese sujeto deberá declarar como testigo, participar de careos con su victimario, reconocer personas y cosas, enfrentarse al imputado durante las audiencias del procedimiento preparatorio y del juicio y en todo otro acto que el Estado estime necesario durante el trámite, e incluso que al constituirse como querellante desde los funcionarios estatales se lo estigmatice con un pensamiento recriminatorio de una supuesta búsqueda de venganza.

Si bien estos actos son indispensables en toda investigación y constituyen una carga pública para la víctima, la experiencia indica que se generaron sufrimientos o padecimientos más allá de lo razonable, se le hicieron perder horas y horas en los tribunales, se presentaron graves problemas de seguridad (a veces la víctima realiza un acto heroico de colaborar con la investigación en contra de amenazas actuales o futuras), y en general no se le proveyó de la información mínima sobre el estado, avance y resultado de la causa, y mucho menos asistencia legal, psicológica o humana.

A partir de ello, las legislaciones comenzaron a incorporar normas sobre los derechos de las víctimas y testigos (nota al pie con normas de los códigos) que, si bien son loables en su intención, evidenciaron el destrato o maltrato que se les infligió por parte del Estado.

Al respecto, debe destacarse que algunas normas procesales exigen que se le dé “un trato digno y respetuoso”, lo que podría entenderse innecesario de ser incluido en ese articulado, ya que todo sujeto por ser “persona” merece esa consideración. En realidad, como ello no se cumplía, en una cultura jurídico-tribunalcia altamente exegética se le obligó a través de una norma expresa (que tampoco lo garantizó en su totalidad).

Al mismo tiempo, comenzaron a aparecer organismos estatales para la defensa de sus derechos, su asistencia, acompañamiento interdisciplinario y asesoramiento letrado a través de algunos “vigías de la ley”, como son los *ombudsman* o “defensores del pueblo” con relación a las víctimas de la actuación de la administración pública y los “centros de asistencia a las víctimas” frente a la comisión de delitos.

Desde otro punto de vista, los sistemas procesales inquisitivos heredados del derecho continental europeo contenían ese “desprecio” por la situación de la víctima y mantenían al Estado (a través del juez de instrucción y del Ministerio Público Fiscal) como único sujeto con roles de persecución penal, a partir de haberle confiscado el conflicto a aquélla, haciéndolo propio con exclusividad.

Ello contradecía la realidad, porque si bien el delito afecta a toda la comunidad, ofende más a la víctima. Por ello, con el tiempo, y siguiendo los lineamientos de las Constituciones libertarias y los tratados internacionales

en la materia, se comenzó a constitucionalizar el proceso penal incorporando la ideología del paradigma acusatorio.

En ese camino, el Estado comenzó a asistir a la víctima para disminuir los perjuicios padecidos, revalorizar su participación y la reparación del daño sufrido, tratando de evitar, como bien lo ha definido Héctor Superti, que “la víctima del delito sea también víctima del proceso”.

## 2. *Su pretensión punitiva*

Siguiendo esa ideología, las legislaciones comenzaron a otorgarle una mayor participación a la víctima en el proceso donde se ventila “el hecho por él sufrido”, incluso reconociéndole el derecho a intervenir como querellante.

Así, se le ha reconocido la posibilidad de pretender como tal “a toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública” (artículo 82 del CPPN Argentino), o a “quien pretendiera ser ofendido penalmente por un delito de acción pública...” (artículo 93, CPPSFe, Argentina, según Ley 12.734).

En el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires se legitimó a “Toda persona particularmente ofendida por un delito de los que dan lugar a acción pública tendrá derecho a constituirse en calidad de particular damnificado”.

El Código de Procedimientos Penales de Chile le otorga el derecho de querellar a la víctima, y respecto de ésta establece que

Artículo 108.- Concepto. Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito. En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiese ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima: a) al cónyuge y a los hijos; b) a los ascendientes; c) al conviviente; d) a los hermanos, y e) al adoptado o adoptante. Para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes.

De la lectura de los diferentes digestos procesales surgen diferencias en cuanto a las facultades, derechos y obligaciones del ofendido por el delito, que han determinado mayor o menor amplitud en la actuación dentro del

procedimiento penal (dando lugar a distintos tipos de querellantes), pero su análisis excede el marco pretendido para este trabajo.

La pretensión punitiva pública se caracteriza porque el Estado hace suyo el poder de perseguirlos, por cuanto se ejerce para defender las ofensas inferidas a toda la sociedad, es decir, causadas con daño inmediato, si el delito ha agredido a la autoridad o cosas tocantes a los derechos generales, o con daño mediato si la ofensa causada al individuo ha consternado y atemorizado por la repercusión a todos los ciudadanos.

Las principales notas distintivas de esa pretensión punitiva pública son:

- a) la *oficialidad*, por la cual el Estado se la reserva para sí y la ejerce a través de un órgano creado al efecto;
- b) la *oficiosidad*, por la que el Estado debe actuar sin necesidad de impulso o excitación externa (actuación de oficio). Dentro del marco de un proceso acusatorio, el Ministerio Público Fiscal es quien debe ejercitarla a través de la acción procesal para ponerla en movimiento, evitando así que se proceda de oficio por el juez.
- c) la *legalidad sustancial* (sólo pueden perseguirse las conductas prohibidas por la ley penal), y
- d) la *legalidad procesal* (cuando se establece la necesaria persecución de todos los delitos de acción pública); en oposición a la oportunidad (discrecional como reglada, que permite al Ministerio Fiscal decidir no ejercer la pretensión punitiva).

Por otra parte, luego de siglos de exclusión de la víctima dentro del procedimiento penal, los códigos procesales comenzaron a otorgarle a ésta el carácter de parte mediante su intervención facultativa como querellante.

Ahora bien, se ha discutido si el querellante sólo tiene derecho a colaborar con el fiscal, o si en cambio se le reconoce el derecho a la jurisdicción; esto es, se lo faculta a acusar, probar, alegar y obtener una sentencia que resuelva el conflicto, más el derecho al doble conforme, aun contra la pretensión absoluta del fiscal.

Por un lado, la conveniencia de su intervención es casi innegable en cuanto favorece la “individualidad del caso” al sacarlo de la “generalidad”, ya que su actuación permite que no se trate sólo de un caso de “robo” o “estafa”, sino de un hecho de sustracción o defraudación con características particulares que padeció esa persona con nombre y apellido, y que fue causado por otra persona individual y, respecto de ambas partes, que se profundice y preste más atención a sus circunstancias culturales, sociales,

personales, como también a las consecuencias posteriores y derivadas del hecho en sí mismo.

En tal sentido, en Argentina, una corriente jurisprudencial generalizada permitió un cambio radical en la participación del ofendido que, habiendo sido concebido en el Código Procesal Penal de la Nación Argentina como querellante conjunto —con facultades limitadas—, llevó a que se le admita como querellante autónomo.

Asimismo, esta misma corriente fue acompañada por la doctrinaria, y llevó a admitir de modo amplio la participación de varios querellantes, provocando una inflación del concepto de ofendido, a punto tal que se han admitido numerosos querellantes en una misma causa.

Así, además del “ofendido” que sufrió personalmente el hecho, también se admitieron a los herederos forzosos en su lugar —en caso de muerte de aquél—, y a las organizaciones no gubernamentales que protegen intereses difusos o colectivos (autorizado expresamente en el artículo 93, C.P.P.S.Fe, ley 12.734, el C.P.P.Nación de Argentina), cuestión que se agrava cuando son múltiples las víctimas del delito; por ejemplo, en la causa *Cromagnon* en Buenos Aires, donde cientos de querellantes actuaron acusando a cada uno de los involucrados con relatos de hechos y atribuciones jurídicas dispares (aun cuando se hayan agrupado sus representaciones en una menor cantidad de acusaciones, pero que igualmente resultaron muy numerosas).

A su vez, en otras causas también se autorizó al propio Estado a intervenir como querellante a través de la Oficina Anticorrupción, Fiscalía de Investigaciones Administrativas, AFIP, Aduana, Secretaría de Derechos Humanos, etcétera, haciendo más profundo el cuestionamiento que provoca esta inflación, en virtud que ya se hallaba representado el interés estatal a través del Ministerio Público Fiscal.

Todos estos cuestionamientos o interrogantes se deben analizar en el marco de las garantías constitucionales de los Estados, los pactos internacionales en la materia, más la jurisprudencia de la Corte IDH que, sintéticamente, ha sostenido que “existe un derecho de las víctimas a un debido proceso y a la inviolabilidad de la defensa en juicio de sus derechos”, que emanan de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (el Pacto), al garantizar la “protección judicial y el derecho a un recurso rápido y sencillo”, lo que ha llevado a preguntarse si tales normas garantizan un derecho constitucional de las víctimas a querellar.

Sin perjuicio de ello, y entre numerosas causas, puede mencionarse el caso *Bulacio*, donde la Corte IDH sostuvo que el Estado argentino debe garantizar a la víctima el acceso a la justicia; del mismo modo, en la causa *Barrios Altos* (2001) reconoció el derecho a la verdad, y en el Informe 28/92

de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), estableció que el derecho a querellar en Argentina es un derecho fundamental del ciudadano.

Pero he de advertir que cuando los códigos de procedimientos reconocen el derecho a intervenir como querellante al ofendido por el delito, resulta abstracta la discusión sobre su obligación constitucional de imponerlo o no en la legislación de forma, toda vez que cuando la legislación interna lo regula, lejos está de ser posible su declaración de inconstitucionalidad.

Por ello, si bien debe reconocerse la postura que sostiene que los pactos *solamente* establecen estándares mínimos para los derechos de los *inculpados*, no caben dudas de que el derecho a la verdad, a querellar, la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia son derechos de las víctimas que deben ser reconocidos y protegidos por los Estados parte.

De todos modos, resulta necesario debatir si la multiplicidad de querellantes en un mismo proceso que derive de la aplicación de esas normas y criterios jurisprudenciales afecta el derecho del imputado a enfrentar una acusación única —lo que se verá *infra*—, además si el catálogo de pretensos querellantes que los códigos establecen o establezcan no se enuncian en un orden de prelación por el que los primeros excluyen a los segundos, postura que estimo la correcta, armonizando los derechos de las víctimas y de los imputados, y que ya establece el artículo 108 del Código de Procedimientos Penales de Chile.

En consecuencia, la doctrina y la jurisprudencia han derivado en la legitimación activa de la víctima para obtener una condena con el fiscal o sin él en los delitos de persecución penal pública, lo que merece especial atención en virtud de las interacciones que éstos producen entre sí y con relación al derecho del imputado a enfrentarse a una acusación única durante el proceso como manifestación de la defensa efectiva, tal como se tratará seguidamente.

## VII. DERECHO DEL IMPUTADO A UNA DEFENSA EFECTIVA

1. En la ideología constitucional y de los pactos internacionales, todo ciudadano sospechado de la comisión de un hecho presuntamente delictivo se encuentra en situación de inferioridad, al tener que enfrentarse al poder punitivo ejercido por el Fiscal, que cuenta con todo el poder y la fuerza del Estado.

Siendo entonces la parte más débil de la relación procesal, el imputado debe contar con las herramientas necesarias para enfrentar la acusación en situación de igualdad, a los fines de satisfacer el principio procesal de la igualdad de partes.

En tal sentido, el proceso penal ya no se considera un instrumento al servicio de la persecución penal estatal, sino que es una coraza que permite al acusado enfrentarlo de manera igualitaria, equiparando fuerzas, por lo que se constituye en una garantía a favor del imputado, que le pone límites al poder punitivo del Estado.

Dentro de este proceso penal acusatorio, toda persona inculpada de un delito es un sujeto incoercible que tiene el derecho a ser oído, a contradecir la imputación, a ser tratado como inocente, a probar y controlar la prueba, alegar y recurrir, que podrán hacerse efectivos sólo si puede contar con un defensor técnico (público o de confianza), que permita lograr la mentada igualdad de armas jurídicas entre el imputado y su acusador o acusadores.

Es por ello que se ha considerado que la defensa técnica llega a configurar un *presupuesto de la validez del procedimiento y de la sentencia*, y que se erige en un derecho irrenunciable para el inculpado (artículo 8, e, Convención Americana de Derechos Humanos).

En esa línea de pensamiento, esta garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio, para hacerse realidad, *debe asegurarle al imputado poder gozar de las oportunidades suficientes para una defensa efectiva*.

La mera existencia de un defensor técnico puede resultar insuficiente para alcanzar esa igualdad de armas, pues si su presencia es sólo formal, la garantía también se vería afectada. Del mismo modo, la existencia de múltiples acusadores puede romper la referida igualdad.

Precisamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha resaltado tal necesidad, al resolver en reiteradas oportunidades la concesión de un recurso a pesar de haber sido interpuesto por su abogado con defectos formales “por carecer de una asistencia efectiva de la defensa”.

2. Del mismo modo se encuentra en crisis el derecho a una defensa efectiva cuando el imputado enfrenta a varios acusadores.

Por un lado, puede tener que contradecir una acusación formulada sólo por el fiscal, donde no se presentarían inconvenientes, pero por el otro puede suceder que a aquélla se le agregue la que realice el querellante o los querellantes.

En los supuestos de actor penal *plural* (público y privados), puede suceder que todos ellos formulen una acusación idéntica, en cuyo caso no habría afectación alguna a los derechos del imputado.

Sin embargo, puede acontecer que contengan diferencias en cuanto al objeto y/o la causa, lo que determinaría que no se estaría enfrentando a una acusación única, sino a acusaciones diferentes, lo que afectaría sustancialmente el derecho a una contar con una defensa efectiva y no meramente formal.



Veamos. Si el fiscal acusa haciendo una relación clara, precisa y circunstanciada que difiere de la que realiza al menos un querellante, o bien se establecen imputaciones jurídicas diferentes entre sí, se estaría poniendo al imputado y su defensor en la compleja situación de tener que presentar tantas “teorías del caso” como acusaciones se presenten.

Si el acusador público debe presentar su “caso” de cómo sucedieron los hechos, racional y naturalmente no puede diferir de cómo sucedieron los hechos del “caso del querellante” (el acusado fue autor para uno e instigador para el otro, fue homicida para uno y encubridor para el otro, robó para uno y encubrió para otro, actuó con dolo para uno y con culpa para el otro en un homicidio en accidente de tránsito, etcétera), porque esos hechos históricos acontecieron de una sola manera.

Esa contradicción ontológica significará para el imputado tener que contradecir y resistir dos historias que se presentan como ocurridas de distintas maneras, pero también lo será para el juzgador, quien, en la oportunidad de realizarse los alegatos de apertura del juicio por los acusadores, tampoco podrá saber cuáles son los hechos vistos desde la acusación, pues tendrán contradicciones internas, que provocarán una fuerte pérdida de credibilidad y afectarían también la congruencia.

Por ello, esa situación de bifurcación en la que se pone al imputado debe someterse al control de la garantía de la defensa efectiva, la que naturalmente no admite que los hechos sean afirmados desde la misma posición procesal (actores) de modo heterogéneo. Para dar solución a esta problemática que de modo permanente se produce en los juicios, debemos analizar las soluciones procesales que permitan asegurar ese derecho a través de una acusación única.

3. Similar problemática se plantea con relación al derecho del actor penal público y privado a formular una acusación alternativa (artículo 295, último párrafo, Código Procesal Penal de Santa Fe, Argentina).

El nuevo código prevé que el contenido de la acusación fiscal —y por añadidura del querellante—, puede contener como acusación alternativa “circunstancias del hecho que puedan llevar a una figura penal distinta, para el caso que no resultaren demostrados los elementos de la calificación jurídica principal”.

Esto lleva a reiterar el planteo antes indicado que si la alternatividad implica afirmar conductas incompatibles entre sí, como podrían ser acusar por homicidio y alternativamente por encubrimiento —por ejemplo borrar u ocultar los rastros del delito cometido por otro— en realidad se están atribuyendo al acusado conductas opuestas e incompatibles, que lo colocan en situación de tener que estructurar defensas diferentes para cada atribución,

y que provocan “limitaciones para defenderse, enfrentándolo a una encrucijada, pues al ejercer la defensa respecto de un relato del hecho puede provocar su autoincriminación o ponerse en situación perjudicial con respecto al otro”.

Indudablemente, esto genera una restricción a la defensa efectiva y, como tal, debe ser advertida y resuelta por la ley procesal, para evitar la afectación al derecho fundamental de defensa en juicio.

Cabe aclarar que la jurisprudencia y la doctrina imperantes en Argentina han admitido la acusación alternativa en la medida que sea anunciada en la acusación inicial y no sea sorpresiva, porque así se asegura el contradictorio y el derecho de defensa, pero a mi criterio no han advertido la problemática de las conductas incompatibles, aun cuando sean atribuidas desde el inicio, como indicara precedentemente.

#### VIII. LAS POSIBLES SOLUCIONES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO DE HUMBERTO BRISEÑO SIERRA

1. De las consideraciones realizadas previamente, resulta evidente que la intervención de la víctima como parte dentro del proceso penal provoca una necesaria interacción con el actor penal público que nace de la pretensión común (al menos inicial) de condena del acusado.

En realidad, esas interacciones nacen desde antes de la intervención del ofendido como querellante, y existen aun cuando no se haya constituido como tal, pues las normas procesales y supranacionales le exigen al fiscal darle atención a la víctima.

Para el análisis se estima necesario verificar cuáles son las atribuciones y forma de actuación del fiscal que, en líneas generales, tiene como misión el ejercicio de la persecución penal pública, debe respetar como principios la actuación con objetividad, procurar satisfacer los intereses de las víctimas conciliándolos con los de la sociedad y trabajar para garantizar la tutela judicial efectiva de aquéllas, y en la función de persecución penal debe orientarlas en forma coordinada con instituciones públicas y privadas, en pos de asegurar sus derechos.

En los hechos, estas líneas directrices de actuación generan que el fiscal deba atender a las víctimas, entrevistarlas, conocer su situación anterior y posterior al hecho investigado, buscando satisfacer sus derechos amparados en los pactos internacionales, lo que lo lleva a transformarse al mismo tiempo en abogado de la sociedad/Estado y abogado de la víctima.

Esas interacciones pueden resultar pacíficas en la medida en que los intereses sociales confluyan en un mismo objetivo persecutorio con los del ofendido, pero pueden generarse tensiones cuando emerjan diferencias en cuanto a las condiciones de persecución (por ejemplo, ambos tienen una pretensión incriminante, pero difieren en cuanto al hecho y/o su imputación jurídica), o bien cuando como abogado de la sociedad/Estado decida no ejercer la persecución penal o inste que llegue a su fin (*v. gr.*, inste el sobreseimiento o archivo, o incluso su absolución).

Estas tensiones pueden darse con una víctima constituida como parte querellante o no. En el último caso, la pretensión fiscal no encontrará escollos ni oposiciones de aquella dentro del proceso penal, pero si ésta actúa como querellante, se podrán dar las más variadas posibilidades y soluciones.

Ahora bien, a partir de estas tensiones puede afectarse el derecho del imputado a una única acusación, lo que deberá analizarse teniendo en cuenta la seguridad jurídica y, eventualmente, reglas como la celeridad y la economía procesal.

Por ello, resulta necesario analizar si el fiscal y el o los querellantes deberían unificar sus pretensiones punitivas, y si las acusaciones alternativas afectan aquel derecho constitucional.

2. La pluralidad de actores penales que formulan su acusación lleva al estudio de la relación litisconsorcial y a la acumulación de pretensiones, en la que seguiremos el método utilizado por el Briseño Sierra y seguido por Adolfo Alvarado Velloso.

En líneas generales, la realidad indica que puede haber pluralidad de sujetos en las dos posiciones procesales —actor y accionado—; esto es, dos o más actores y dos o más acusados. Esta pluralidad de partes funciona como género y el litisconsorcio como especie, ya que el litisconsorcio (litigio con comunidad de suerte) provoca una decisión judicial uniforme para todos, pues todo litisconsorcio supone una pluralidad de partes, pero no ocurre lo propio a la inversa.

A su vez, puede hablarse de litisconsorcio como género cuando la relación jurídica existente entre varios es escindible, y de litisconsorcio necesario como especie cuando esa relación es inescindible, que se produce cuando *es* idéntico el hecho causal de sus respectivas pretensiones (causa de la pretensión).

La pretensión está conformada por tres elementos: el sujeto, el objeto y la causa.

*Los sujetos:* son los actores y los acusados, que pueden ser uno o varios. El ejercicio de la pretensión punitiva en delitos de persecución pública siempre tendrá como sujeto activo al fiscal, y eventualmente a la víctima frente al

victimario, pudiendo incluso ser múltiples ambas partes (fiscal y una o varias víctimas y varios acusados —autores, partícipes, instigadores—).

En lo que es tema de este trabajo, abordaremos el supuesto de la actuación fiscal con uno o más actores penales privados que provocan la existencia de dos o más sujetos en una idéntica posición activa frente al conflicto.

b) *El objeto de la pretensión* es obtener de la autoridad (tribunal penal), una resolución de contenido favorable a la acusación. Cuando hay más de un actor penal, pueden darse tres supuestos: 1. Si es idéntico el objeto de sus acusaciones, nada impide —y ello sería lo normal y habitual— que el fiscal y el o los querellantes actúen coordinadamente. 2. Si la pretensión del fiscal es desincriminante y la del querellante persigue la condena, estaremos ante pretensiones con objetos diferentes, respecto de las que puede ser que este último quede actuando solitariamente sin el fiscal siguiendo el juicio oral común, o bien a través del procedimiento de querrela privada cuando es de aplicación la conversión de la persecución pública (por ejemplo, artículo 22 del nuevo CPPSFe, Argentina, Ley 12.734). 3. Si ambos tienen una pretensión condenatoria, pero difieren en el monto de la pena a aplicar, tendrán el mismo objeto, porque ese *quantum* no altera su esencia idéntica al encontrarse dentro de la escala prevista por el tipo penal y, en definitiva, sólo dependerá de la aplicación de las pautas de graduación de la pena que haga el juez al sentenciar.

*La causa de la pretensión*: tiene carácter dual, pues frente a la relación clara, precisa y circunstanciada del *hecho* por el que se acusa, también debe haber una idéntica imputación jurídica.

En materia penal no caben dudas de que en la realidad histórica hay una identidad en el hecho que origina el ejercicio de la pretensión punitiva por parte del fiscal y del querellante. En la realidad aconteció un solo hecho —lo que es indiscutible— y la participación de los autores, partícipes y/o instigadores se produjo de un único modo desde el punto de vista histórico.

La problemática se presenta cuando el fiscal y el o los querellantes —o éstos entre sí— difieren en su afirmación respecto de cómo, cuándo, quiénes y con qué grado de intervención produjeron el hecho con apariencia de delito.

Esto debe confrontarse a la inviolabilidad de la defensa en juicio del imputado, que pone límite a la actuación de la persecución penal, como acontece con el derecho a una imputación concreta del hecho atribuido, que debe ser congruente con el que se describa en la acusación, que necesariamente deberá ser única para hacer realidad el derecho de defensa efectiva.

De acuerdo con lo expuesto, cuando existan dos o más sujetos que ejerzan la función de acusadores (fiscal y querellante o fiscal y más de un que-

rellante), que tengan como objeto el dictado de una sentencia de condena contra una o más personas (acusados), respecto de un mismo hecho atrapado por un tipo penal, habrá identidad de pretensiones punitivas que provocan la necesaria intervención de todos ellos a través de un litisconsorcio activo necesario.

En este supuesto, los actores penales (público y privados) están unidos por un hecho común, que genera una relación jurídica inescindible, y que requiere un pronunciamiento judicial único a fin de asegurar a todos los litisconsortes (activos y, en su caso, pasivos) uniformidad en la decisión.

Esto significa que actuarán desde la misma posición procesal, incluso pudiendo actuar cada acusador con sus letrados, pero cuando las pretensiones tengan como objeto la obtención de una condena, pero la causa de cada una de ellas tenga diferencias esenciales, deberán aplicarse correctivos procesales que determinen la suerte común de la acusación.

Ello no impide que a pesar de la existencia del litisconsorcio activo pueda rechazarse la pretensión respecto del actor penal privado (por ejemplo, por resolverse que carece de legitimación activa o aptitud para pretender—caso de la concubina constituida como querellante cuando la ley no la admite y se opone como defensa de fondo su carencia de legitimación—).

Del mismo modo, tampoco impide que el resultado de culpabilidad o inocencia sea diferente respecto de unos y otros acusados por circunstancias personales (*v. gr.*, absolución por inimputabilidad).

Reitero: frente a un hecho delictivo determinado, a los fines de garantizar la seguridad jurídica, es necesario un pronunciamiento común frente a idéntica pretensión punitiva del actor penal público y la del o los privados, que es requerida para garantizar la defensa eficaz del acusado.

3. Aclarado entonces que entre fiscal y querellante o querellantes existe un litisconsorcio activo necesario cuando todos tienen una pretensión inculpinante, cabe preguntarse si cada uno de ellos puede formular en forma independiente su propia acusación.

Si cada acusador realiza “su propia acusación” con características propias en cuanto a la “causa de la pretensión”, ello implica que es “diferente” de las demás.

Recordemos que si tienen igual objeto inculpinante, las garantías del imputado (a una imputación y acusación únicas, por ejemplo), exigen que sea idéntico el hecho (relación clara, específica y circunstanciada) por el que se acusa, y también debe haber una idéntica imputación jurídica, entendida como la captación de la conducta por uno o más tipos penales—que tienen precisos aspectos objetivos y subjetivos— y su producción en

diversos grados por más de un sujeto, en su caso (autores materiales, partícipes primarios y secundarios o instigadores).

En definitiva, el derecho del imputado a una acusación única requiere que los actores penales tengan identidad de pretensiones, determinando que deban actuar mediante una relación litisconsorcial necesaria por la que todos correrán la misma suerte.

Cabe aclarar que litisconsorcio necesario no implica tener que actuar con un mismo letrado, porque el fiscal y el querellante o los querellantes pueden realizar cada uno su acusación de modo independiente, pero en la medida en que garanticen la identidad en sujetos, objeto y causa de su pretensión, manteniendo así el litisconsorcio activo necesario. Por el contrario, si esto no sucede, la ley procesal debe prever el modo de asegurarlo.

Los artículos 287, primer párrafo *in fine*, y 288, del Código Procesal Penal de Santa Fe —Ley 12.734—, establecen que el fiscal debe comunicar al querellante “los extremos que habrá de contener su acusación”, y que, en caso de disenso respecto de los hechos o imputación jurídica entre la acusación fiscal y la postura de los querellantes, el conflicto lo resuelve el fiscal de grado superior (fiscal regional) sin lugar a recurso alguno.

Por otra parte, luego de formulada la acusación fiscal y la del querellante —adentrándonos en el procedimiento intermedio—, el tribunal a cargo de la audiencia preliminar notificará a la defensa para que, entre otras cosas, señale los *vicios de la acusación* (artículos 296 y 297, inciso a), lo que será materia de debate en la audiencia preliminar (artículo 302). En dicha audiencia se podrán acuerdos respecto a los hechos que se consideren probados, y luego dictará una resolución donde:

- admitirá o rechazará, total o parcialmente la acusación del fiscal y del querellante, si fuera el caso, y ordenará, en su caso, la apertura del juicio;
- ordenará la corrección de los vicios formales de la acusación;
- luego dictará el auto de apertura del juicio (artículo 304), donde precisará “...2) cuál es el o los hechos por los cuales se autoriza la apertura del juicio, describiéndolos con precisión, como así también indicándose su calificación jurídica...”.

Además, podrá ordenar, en su caso, la unificación de personería de los querellantes cuando fuera necesario; esto es, que la acusación se formule por todos a través de un solo abogado.

Es así como mediante la identidad de pretensiones de los acusadores por una espontánea igualdad de criterio al momento de acusar o generada

a través del consenso entre ellos, o por imposición de la autoridad (fiscal superior o tribunal del procedimiento intermedio o audiencia preliminar), o bien a partir de la unificación de la personería que lleve a aquélla, podrá garantizarse de modo efectivo el derecho del imputado a una acusación única.

## IX. CONCLUSIONES

1. La víctima ha reivindicado su lugar dentro del proceso penal al reconocérsele en los ordenamientos procesales la posibilidad de actuar como parte querellante. El bloque de constitucionalidad federal le ha otorgado una protección especial, al establecer como obligación del Estado el perseguir los delitos, garantizando el derecho a conocer la verdad histórica, pero también al reconocer el derecho a querellar como un derecho fundamental del ciudadano en Argentina, aun cuando las resoluciones de los organismos internacionales se hayan referido a delitos por violaciones a los derechos humanos.

2. La doctrina de Humberto Briseño Sierra ha tenido repercusiones que permiten establecer con precisión los términos “acción procesal”, “pretensión punitiva”, “litisconsorcio necesario”, “unificación de representación” y “acción penal”.

Por ello, es necesario aclarar que el término “acción penal” prevista en los códigos procesales y penales latinoamericanos es inexacto, pues estas normas regulan la pretensión punitiva pública por parte de los organismos predisuestos por el Estado y, en algunos casos, por parte de las víctimas u ofendidos por el delito.

3. La víctima puede constituirse como querellante —si está previsto en la código procesal respectivo—, existiendo variaciones conceptuales en doctrina si sólo tiene derecho a colaborar con el fiscal o si en cambio se le reconoce el derecho a la jurisdicción; esto es, se lo faculta a acusar, probar, alegar y obtener una sentencia que resuelva el conflicto, más el derecho al doble conforme.

4. La jurisprudencia nacional de Argentina le ha reconocido al querellante la facultad de actuar de modo autónomo, aun contra la pretensión desincriminante del fiscal.

5. La jurisprudencia nacional de Argentina y diversas legislaciones procesales de provincia (como Santa Fe) admiten la coexistencia de varios querellantes en una misma causa contra uno o más imputados, provocando lo que se conoce como inflación del concepto de ofendido, salvo la de Chile, que establece un orden de prelación entre aquellos sujetos que tienen aptitud para constituirse como tales.

6. Los pactos internacionales garantizan la inviolabilidad de la defensa en juicio que se expresa, entre otros, en el derecho a ser oído, a contradecir la acusación, a probar, alegar y recurrir, a ser tratado como inocente, a contar con un abogado defensor de confianza o público, que permitan una defensa técnica eficaz y no meramente formal.

7. Para asegurar la defensa eficaz es necesario que el imputado enfrente una acusación única, que sólo existirá si, cuando actúan varios actores penales, sus pretensiones punitivas son idénticas.

8. La actuación de varios querellantes que expresen una relación de hechos e imputación jurídica diferente entre sí y/o respecto del fiscal, afecta el derecho del imputado a una acusación única.

9. Para evitar esa afectación a los derechos del imputado, pero también por razones de seguridad jurídica, resultará indispensable que actúen a través de un litisconsorcio activo necesario motivada en que la relación entre las partes acusadoras es inescindible, lo que ocurre por ser idéntico el hecho causal que origina las respectivas pretensiones.

10. La identidad se da en los sujetos, en el objeto pretendido y en la causa (hecho y su imputación jurídica).

11. Sólo se podrá asegurar el derecho del imputado a una defensa eficaz (artículos 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), cuando el actor penal público y/o los privados actúen con identidad de pretensiones punitivas a través de un litisconsorcio activo necesario y formulen así una única acusación.

12. En la provincia de Santa Fe, Argentina, el nuevo Código Procesal Penal, Ley 12734, establece un mecanismo de control de las acusaciones en sus artículos 287, 288 y 295, 296, 297 y 304, que permite asegurar que las acusaciones tengan identidad en los sujetos, en el objeto pretendido y en la causa (hecho y su imputación jurídica).

13. La acusación alternativa que implique afirmación de hechos contradictorios e incompatibles entre sí afecta el derecho a una defensa efectiva en el aspecto de enfrentar una acusación única.



## PARTE III

# EL PODER JUDICIAL

## EL PODER DISCRECIONAL DE LOS JUECES

Mario MASCOTRA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Conceptualización de la discrecionalidad judicial.* III. *Debate Hart-Dworkin. Distinción entre casos fáciles y difíciles.* IV. *Opinión de Lorenzetti. Distinción entre casos fáciles y casos difíciles.* V. *El criterio consecuencialista y la discreción judicial.* VI. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

A partir de las enseñanzas de Hans Kelsen, que recepcionó y condensó el pensamiento positivista del siglo XIX, se percibe con claridad que el derecho está siempre y necesariamente indeterminado. El sistema jurídico se estructura, según el insigne jurista austriaco, en forma piramidal, en escalones o niveles, cada uno de los cuales es concreción del anterior, del que extrae su validez y en una u otra medida también su contenido. Esa concreción o determinación no es nunca, sin embargo, completa, bien porque conscientemente se pretenda dejar a los órganos inferiores un margen de decisión, o bien puede ser la consecuencia no buscada de la forma de ser de la norma jurídica que debe ser aplicada mediante el acto en cuestión, y así surge en opinión del refulgente pensamiento kelseniano la indeterminación intencional o no intencional del acto de aplicación de derecho.<sup>1</sup>

Será intencional la indeterminación cuando emerge de la voluntad del órgano que instauró la norma que ha de aplicarse. Así, la promulgación de una norma meramente general se efectúa siempre, conforme a su naturaleza, bajo el supuesto de que la norma individual que surgirá de su aplicación

---

<sup>1</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979, pp. 350 y 351.

continuará el proceso de determinación que configura el sentido mismo de la secuencia graduada de normas jurídicas.<sup>2</sup>

Pero la indeterminación puede ser la consecuencia no buscada de la forma de ser de la norma jurídica que debe ser aplicada mediante el acto en cuestión. Es sabido que el lenguaje del derecho se caracteriza por su vaguedad, ambigüedad y textura abierta, que admite una interpretación tanto restrictiva como extensiva,<sup>3</sup> lo que genera zonas de certeza y de incertidumbre, e influye en la complejidad del proceso de interpretación, que conduce a que los magistrados tengan que crear la norma concreta aplicable al caso.

A ello se suma la imposibilidad que tiene el legislador para predeterminar todas las conductas humanas posibles, por cuanto la ley escrita es incapaz de resolver todos los problemas suscitados en las relaciones sociales. Las necesidades de la comunidad son tan variadas, el comercio entre los hombres es tan activo, los intereses son tan múltiples, sus vinculaciones son tan extensas, que es imposible al legislador preverlo todo. Esta situación provoca un ancho cauce para que la discrecionalidad se manifieste tanto frente a las presencia de normas incompletas como a los vacíos normativos.

La indeterminación del acto jurídico que haya de efectuarse puede resultar, asimismo, como consecuencia de la vigencia de dos normas —contenidas o no en la misma regulación legal— que se contradicen total o parcialmente.

Sin lugar a dudas, entonces, esta indeterminación del derecho conduce inevitablemente a la discrecionalidad del magistrado en el dictado de su pronunciamiento de aplicación del derecho.

Por otra parte, la fragmentación del principio de legalidad, que ahora comienza a reconocerse en el derecho europeo, presente en la estructura del derecho comunitario, ha provocado la ruptura del monopolio de la ley por el Legislativo, y aun cuando la ley sigue conservando una jerarquía superior a los reglamentos y otras fuentes, debe convivir en el plano interno con los principios generales del derecho, que vienen a limitar los poderes del legislador y con las fuentes del derecho comunitario o de la integración en América del Sur, que tipifican un derecho supranacional<sup>4</sup> (por imperio del artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional de la República Argentina ciertos tratados revisten raigambre constitucional).

---

<sup>2</sup> *Idem.*

<sup>3</sup> Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, p. 27.

<sup>4</sup> Cassagne, Juan C., “La discrecionalidad administrativa y el control judicial”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 2008-E, p. 1056.

Cabe destacar que en la actualidad, la doctrina ha tratado de superar el tradicional esquema dualista circunscrito a la interpretación y creación del derecho poniendo el acento en la función de integración,<sup>5</sup> que lleva a cabo el juez al cubrir los vacíos legislativos o lagunas.<sup>6</sup>

Esto tiene trascendencia —afirma Cassagne<sup>7</sup>— en materia de discrecionalidad, ya que las dificultades que provocaron la abstención de los jueces para entender en su juzgamiento obedecieron, en gran medida, a los dogmas del positivismo legalista de Kelsen,<sup>8</sup> particularmente al dogma de plenitud o hermeticidad del ordenamiento normativo, que es algo muy diferente al orden jurídico compuesto sólo por normas, sino que más bien corresponde al autointegrado con los principios generales del derecho emanados del ordenamiento o de la justicia material (heterointegración).<sup>9</sup>

## II. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

El tema —como es lógico suponer— ha generado desde antaño profundos debates y serias controversias; incluso se sostiene la inexistencia de toda discrecionalidad judicial, por cuanto el juez, concededor del derecho, al adoptar una decisión dentro de los márgenes que le confieren las normas jurídicas, ella no surge de su propia voluntad, sino que es la imposición del derecho mismo que sirve de sustento a aquélla.

En mi opinión, en la medida en que las disposiciones legales otorgan márgenes de libertad al juez para adoptar un pronunciamiento, estamos frente a un poder discrecional del magistrado, la discrecionalidad está dada

---

<sup>5</sup> Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar 1989, t. I, p. 69.

<sup>6</sup> Vigo, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2005, pp. 102 y 103.

<sup>7</sup> Cassagne, Juan C., *op. cit.*

<sup>8</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1992, p. 83.

<sup>9</sup> Afirma Bidart Campos que la concepción dogmática y absoluta de la plenitud del ordenamiento positivo resulta imposible de sostener frente a la realidad que exhibe el mundo normativo frecuentemente indeterminado o incompleto, con innumerables vacíos o lagunas. Si en tales casos hay que acudir a los principios generales del derecho, ello demuestra que el ordenamiento positivo no es hermético. Con todo, la idea de plenitud del ordenamiento puede aceptarse a condición de que no se la asocie al positivismo legalista, ya que las lagunas jurídicas resultan cubiertas con la integración de principios de justicia que están fuera del ordenamiento positivo (heterointegración) o principios generales del derecho que están dentro de dicho ordenamiento y que se aplican por analogía (autointegración). El salto a la justicia material sólo es posible cuando no se puede llevar a cabo este último proceso de integración dentro del ordenamiento positivo. Bidart Campos, Germán J., *Tratado...*, *cit.*, pp. 69 y 70.

por la capacidad de discernir la solución justa entre diferentes parámetros; en definitiva, es el poder de decidir libre y prudencialmente en el marco de la ley.

La trascendencia del tema en cuestión mereció un amplio análisis y desarrollo en el Coloquio Internacional desarrollado durante los días 25 a 28 de abril de 2000 en Gante (Bélgica), organizado por la Asociación Internacional de Derecho Procesal, y habida cuenta de la diversidad de ópticas y criterios que se sustentan en distintas y variadas latitudes, es digno sintetizar algunas de las exposiciones brindadas por los eximios procesalistas intervinientes al aludido evento académico.<sup>10</sup>

Tal el caso de Burkard Hess (Alemania), quien sostuvo que el concepto de discrecionalidad judicial es inherente a todo sistema jurídico, que existen divergencias de criterios, pero en general rige una tendencia hacia la amplitud de la misma. No cabe duda que el concepto “discrecionalidad judicial” sea un término impreciso, que implica libertad de elección y de selección, que forma parte de los deberes y de los poderes inherentes al juez y conlleva inexorablemente a la independencia del magistrado. Jamás se lleva a cabo en forma absoluta e ilimitada, siempre es en forma guiada, conforme a las pautas de la razonabilidad y el respeto del principio de la proporcionalidad; el control de la discrecionalidad es ejercido por las partes a través de la facultad recursiva.

Ignacio Díez-Picazo (España) puntualizó que en la doctrina ibérica se presentan dos posturas: para unos, la discrecionalidad jurídica es un fenómeno inexistente, pues se la identifica con la facultad de interpretar la ley, la que es inherente a la actividad jurisdiccional; la misma sólo puede ser entendida como mayor libertad en la interpretación de las normas, en los casos en que ellas contienen conceptos amplios e imprecisos, pero no como facultad de opción entre varias soluciones jurídicamente correctas. Para otros, existe un amplio número de potestades discrecionales de los jueces en la dirección del proceso, mientras que en la apreciación de los hechos y en la decisión de fondo la discrecionalidad debe considerarse un fenómeno residual.

En Brasil —expuso Ada Pellegrini Grinover—, el poder discrecional del juez es amplio, inserto en la concepción del activismo judicial que impera en la doctrina y en la legislación brasileña, aunque la misma siempre debe ser motivada, fundada y revisada por la alzada; el control se efectiviza mediante el criterio de justicia, de la finalidad social y el principio de proporcionalidad o razonabilidad.

---

<sup>10</sup> Para mayor ilustración, véase Masciotra, Mario, “Un derecho procesal para todos los tiempos... Desde Carlos V al tercer milenio”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 5, Santa Fe, 2000, p. 517.

Resultó interesante la visión china sobre el tema que expuso Ji Wiedong: la mayor parte de los pronunciamientos judiciales que se dictan en dicho país se fundamentan en la interpretación abierta de la ley fundada en la subjetividad; no hay determinismo, sino una gran flexibilidad. En atención a ello, la capacidad psicológica del juez tiene un rol protagónico. Señaló que a partir de 1993 se ha implementado una serie de garantías tendentes a evitar la arbitrariedad que genera el subjetivismo de los magistrados, y concluyó afirmando que el poder discrecional judicial se manifiesta en la libre evaluación de las pruebas y en la libre decisión de los conflictos, teniendo en cuenta los intereses de las partes y las normas legales vigentes.

El profesor Neil Andrews anunció que en 1999 se sancionaron en Inglaterra normas de procedimientos civil que otorgan una mayor discrecionalidad judicial,<sup>11</sup> y acotó que estas reformas han variado el estilo de los jueces, y no pocos poseen la suficiente capacidad para ejercer plenamente las atribuciones otorgadas y, por otra parte, las decisiones judiciales en ejercicio de esa mayor discrecionalidad han tomado de sorpresa a los litigantes acostumbrados a una pasividad conservadora de los magistrados ingleses.

A modo de colofón, el enjundioso procesalista inglés señaló los peligros y las ventajas de la discrecionalidad judicial. Entre los primeros mencionó: 1) *subjetividad*: es injusto que dependa del temperamento del juez; 2) *incoherencia*: es inadmisibles que se apliquen criterios disímiles para casos iguales, pues se deteriora la seguridad jurídica, y 3) *vergüenza judicial*: no puede atentarse contra el criterio de la comunidad, los pronunciamientos deben asentarse en el sentido común (como la lógica y la experiencia), habida cuenta que el juez no puede incurrir en el absurdo; es decir, dictar pronunciamientos ilógicos o disparatados. La discrecionalidad judicial irrestricta e ilimitada puede configurar “la tiranía judicial”. A continuación esbozó sus ventajas, que consisten en: 1) impedir que el tribunal se encuentre limitado a ritos formales; 2) implica que la ley sea interpretada; 3) simplifica los procedimientos al reducir la complejidad de las normas procesales, y 4) entraña ejercicio de la soberanía.

En definitiva, diferentes ópticas y distintos criterios que con sumo rigor científico enriquecen nuestra visión de la discrecionalidad judicial.

---

<sup>11</sup> Entre los poderes conferidos a los jueces, aludió a: 1) aplazar la vista de causa, suspender la misma, determinar el orden de los temas a tratarse; 2) adoptar medidas sin instancia de parte y dictar resoluciones tendentes a hacer progresar eficazmente la causa; 3) suprimir puntos de defensa fundado en que carecen de fundamentación, incurren en abuso de procedimientos, obstaculizan la justicia o por violación de normas u órdenes procesales, y 4) sugerir a las partes la adopción de métodos alternativos de solución de conflictos. *Idem*.

### III. DEBATE HART-DWORKIN. DISTINCIÓN ENTRE CASOS FÁCILES Y DIFÍCILES

El célebre debate entre los profesores Herbert Lionel Adolphus Hart y Ronald Dworkin nos proporciona interesantes elementos para dilucidar los alcances de la materia en cuestión, puesto que uno de los temas de mayor enfrentamiento entre ambos fue el de la “discrecionalidad judicial” en los casos difíciles. Siguiendo el estudio preliminar de César Rodríguez<sup>12</sup> afirmamos que en términos generales un caso es difícil cuando los hechos y las normas relevantes permiten, por lo menos a primera vista, más de una solución. El tipo de caso difícil más frecuente es aquel en el que la norma aplicable es de textura abierta; es decir, contiene una o más expresiones lingüísticas vagas. Al formular su teoría sobre la discrecionalidad judicial, Hart tuvo en mente este tipo de caso, como lo muestra el ejemplo en el que se discute si la regla “está prohibida la circulación de vehículos en el parque” se aplica tanto a los automóviles como a las bicicletas.

Dworkin le adiciona al caso aludido cuatro alternativas: a) es factible que exista más de una norma aplicable al caso, como sucede cuando dos principios colisionan; b) cuando no existe ninguna norma aplicable; es decir, hay una laguna en el sistema jurídico, en cuyo caso se resuelve por medio de mecanismos de integración, como la analogía; c) aunque exista una sola norma pertinente y su texto sea claro, su aplicación puede ser injusta o socialmente perjudicial en el caso concreto, lo que explica la autorización excepcional al juez para acudir a la equidad como criterio de decisión, y d) es posible que el juez o tribunal haya establecido un precedente que a la luz de un nuevo caso considere necesario modificar; el cambio de jurisprudencia implica una carga argumentativa superior a la de los casos rutinarios.<sup>13</sup>

Dos teorías jurídicas radicales y opuestas se han disputado a lo largo del siglo pasado la preminencia en la explicación del razonamiento jurídico. Por un lado, el *formalismo*, que sostiene que la división entre casos fáciles y difíciles es artificiosa, pues los jueces en todas las circunstancias deciden de acuerdo con el derecho. Por otro lado, el *realismo jurídico* defiende una posición escéptica frente a las normas jurídicas, éstas sólo juegan un papel marginal en las decisiones judiciales, es la voluntad de los jueces, no las normas, la que se impone en las sentencias.

<sup>12</sup> Rodríguez, César, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1997, pp. 66 y ss.

<sup>13</sup> Dworkin, Roland, “Judicial Discretion”, *The Journal of Philosophy*, núm. 60 (1963), pp. 624-638, citado por Rodríguez, César, *op. cit.*, p. 68.

Hart critica tanto la versión formalista como la realista del razonamiento jurídico,<sup>14</sup> y afirma que la verdad se encuentra en el medio del formalismo y el realismo, pues en los casos fáciles la descripción formalista es más acertada (basta un silogismo para conectar la norma con la solución), mientras que en los casos difíciles la posición realista es la más adecuada, dado que el juez no cuenta con normas precisas, debe elegir entre alternativas razonables: la sentencia, en estas circunstancias, es esencialmente lo que el juez quiera que ella sea, aunque dentro de límites que los realistas pasan por alto. La existencia de estos casos provoca que el derecho cumpla su segunda función: dejar un margen de flexibilidad a la regulación de las relaciones sociales, que permita considerar las circunstancias del caso concreto.<sup>15</sup>

Para Hart, cuando existe más de una posibilidad de solución, el juez tiene “discrecionalidad” para escoger una de ellas, pues define *ex post facto* los derechos y deberes que tienen las partes involucradas en el litigio.<sup>16</sup> El interrogante que se impone es si los jueces tienen algún límite en estos casos de legislaciones excepcionales —“intersticiales”, en términos de Hart—; al que Dworkin afirma que según la teoría hartiana de los casos difíciles da una respuesta negativa radical.<sup>17</sup> Sin embargo, es posible deducir de las afirmaciones del primero dos límites al poder creativo de los jueces. En primer lugar, por cuanto éstos no pueden dictar cualquier solución en un caso difícil, debe estar circunscrita por el texto de las normas aplicables, si éstas existen, o por el de las normas y precedentes judiciales que tratan temas similares, en el caso contrario, o criterios “extrajurídicos”, como los principios morales;<sup>18</sup> están descartadas las soluciones que impliquen violaciones de principios procesales del sistema jurídico. Y en segundo lugar, un límite de otra naturaleza, consistente en la existencia de virtudes judiciales, que son la imparcialidad y la neutralidad al examinar las alternativas, consideración de los intereses de todos los afectados y una preocupación por desarrollar

---

<sup>14</sup> Contra el formalismo señala la existencia de casos difíciles, en los que es insostenible la tesis según la cual las normas determinan claramente un resultado. Contra el realismo, muestra que la práctica cotidiana del derecho consiste en la solución de casos fáciles, en que los jueces no dudan en aplicar de manera rutinaria una norma prevista específicamente para un cierto hecho. Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 161-176.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 183. Para Hart, el derecho concilia dos necesidades sociales: por un lado, la necesidad de que existan reglas ciertas que regulen la conducta de los individuos, y por otro, la necesidad de dejar abiertos asuntos que se pueden definir adecuadamente sólo en cada caso concreto. El derecho se mueve, así, entre la seguridad y la equidad. *Ibidem*, p. 162.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>17</sup> Rodríguez, César, *La decisión judicial...*, cit., p. 71.

<sup>18</sup> Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, cit., pp. 190 y 191.



algún principio general aceptable como base razonada para la decisión. En todo esto aparece la “ponderación” y el “balance”, característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto.<sup>19</sup>

La teoría hartiana sobre los casos difíciles, para Dworkin es insatisfactoria tanto desde el punto de vista descriptivo como del punto de vista justificativo.<sup>20</sup> En cuanto a lo primero, la idea de discrecionalidad judicial supone que cuando los jueces afirman en sus sentencias que la interpretación que defienden es la correcta de acuerdo con el derecho vigente, están utilizando una figura retórica para encubrir lo que realmente es una decisión discrecional. Por otra parte, el ejercicio de potestades legislativas por parte de los jueces, funcionarios designados por vías diferentes a la elección popular, desvirtúa el principio democrático, y significa una ocupación del ámbito de competencia de otros poderes públicos. Asimismo, se viola el principio de legalidad, pues según la descripción de los casos difíciles ofrecido por Hart, dado que no hay normas claras, ninguna de las partes involucradas tiene derechos ni deberes antes de que el juez los establezca *ex post facto* en la sentencia, lo cual constituye una aplicación retroactiva del derecho, que contraría el principio aludido.<sup>21</sup>

El rechazo de la tesis de la discrecionalidad judicial, según Dworkin, abre el camino para la formulación de un modelo descriptivo-justificativo adecuado a la solución de casos difíciles en el contexto de un Estado democrático de derecho. El primer elemento del modelo ya se encuentra en la distinción entre principios y reglas; es posible que no exista una regla prevista para los hechos de un caso difícil; siempre se podrán aplicar, sin embargo, reglas análogas o principios generales del ordenamiento. Si bien un sistema conformado por reglas tiene lagunas, la inclusión de los principios garantiza la completud del mismo.<sup>22</sup>

El segundo elemento del modelo es introducido por Dworkin para resolver los casos en que la dificultad proviene de la colisión de dos o más principios relevantes. La tesis de la discrecionalidad de los jueces puede ser refutada sólo si se propone algún orden jerárquico entre diferentes tipos de principios; si el juez está obligado a preferir cierta clase de principios sobre otra, su poder discrecional desaparece. La distinción dworkiana entre “políticas” —estándares que buscan proteger un “objetivo colectivo”, como la seguridad nacional o el crecimiento de la economía— y “principios” —es-

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 253.

<sup>20</sup> Dworkin, Roland, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, pp. 31-39, citado por Rodríguez, César, *op. cit.*, p. 75.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 116.

tándares que defienden un “derecho individual”, como el libre desarrollo de la personalidad; su justificación es de tipo moral, y no depende del provecho que la comunidad obtenga de su existencia—<sup>23</sup> busca establecer las líneas generales de ese orden jerárquico. En función de dicha distinción, sostiene Dworkin que los jueces fundan y deben fundar sus decisiones en argumentos de principio; sus razones no son de conveniencia social, sino de consistencia jurídica y moral.

La diferenciación entre principios y políticas ha generado numerosas críticas, por dos motivos importantes. Por un lado, los dos conceptos no son opuestos, porque es posible en muchas ocasiones traducir una política en términos de derechos. Por otro lado, los derechos de segunda generación consagrados en las Constituciones del Estado social son el resultado de una mezcla de principios y políticas. De hecho, es posible concebir estos derechos como una juridización de estándares que en el Estado liberal funcionaban como políticas dependientes del buen funcionamiento de la economía. La juridización implica la posibilidad de que los individuos puedan exigir por vía judicial las prestaciones estatales previstas en las normas que consagran estos derechos; el juez, en estas circunstancias, debe tener en cuenta necesariamente argumentos de políticas, como los efectos de la protección de un derecho en la marcha de la economía.

El modelo de decisiones judiciales basado en principios, para Dworkin, explica y justifica adecuadamente el papel de los jueces en un Estado democrático de derecho, pues, por una parte, las sentencias no son retroactivas, porque los principios que las fundan hacen parte del ordenamiento jurídico antes de ser citados en ellas y, por otra parte, el hecho de que los jueces no sean elegidos popularmente no les impide sino que los “autoriza” a decidir los casos difíciles con argumentos de principio.<sup>24</sup>

La teoría del derecho como integridad sustentada por Dworkin<sup>25</sup> diluye dos dilemas derivados del positivismo. En primer lugar, deja sin fundamento la dicotomía entre descubrimiento y creación judicial del derecho: el juez hace las dos cosas y no hace ninguna al decidir un caso. En segundo lugar,

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 22-28 y 82-84.

<sup>24</sup> Dworkin, Ronald, *Taking Right Seriously*, p. 85, citado por Rodríguez, César, *op. cit.*, p. 80.

<sup>25</sup> Dworkin ha defendido la idea de la integridad bajo la forma de un derecho de todos los ciudadanos a ser tratados con “igual consideración y respeto”. Este derecho es la piedra angular del sistema constitucional de los EEUU, al afirmar que “las autoridades públicas deben tratar a todos los gobernados como titulares de un estatus moral y político igual; deben intentar, de buena fe, tratarlos con igual consideración; y deben respetar todas las libertades individuales que sean indispensables para esos fines...” Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, pp. 7 y 8, citado por Rodríguez, César, *op. cit.*, p. 65, nota 137.

destruye la distinción entre casos fáciles y difíciles; para decidir “cualquier” caso el juez debe examinar las reglas, principios y antecedentes relevantes y decidir cuál es la solución que mejor encaja en esas prácticas jurídicas y está mejor justificada por los valores supuestos por ellas. El método es el mismo en todos los casos; la facilidad o dificultad no aparece al comienzo, sino al final del análisis de un problema jurídico. No existe, en definitiva, ninguna distinción sustancial entre casos rutinarios y casos difíciles que dé lugar a que el derecho opere en aquéllos y la discrecionalidad en éstos.<sup>26</sup>

Sostiene César Rodríguez que las últimas versiones del debate entre Hart-Dworkin muestran una cercanía mayor entre las dos posiciones, por cuanto el primero reitera que el poder discrecional no es arbitrario y el segundo sostiene que para interpretar las convicciones subyacentes a la práctica jurídica de la comunidad, el juez no puede evitar acudir a sus propias convicciones, aunque no para imponerlas sobre las de la comunidad, sino para llegar a éstas.<sup>27</sup>

Y concluye exhibiendo un rasgo común a toda la discusión entre las teorías de Hart y Dworkin:

La tesis escéptica de Hart parece describir de manera más adecuada la práctica jurídica, que muestra a los jueces y abogados más inciertos sobre lo que “realmente dice” el derecho de lo que sugiere la descripción de Dworkin... La descripción normativa de la teoría dworkiniana, inexistente en la obra de Hart, es un instrumento poderoso de evaluación y crítica de lo que hacen los jueces en los casos difíciles. Sin duda, el valor de la consistencia reivindicado por el derecho como integridad es una exigencia que debe hacerse a los jueces en un Estado democrático de derecho. Allí donde Hart provee los elementos descriptivos, Dworkin proporciona los instrumentos para la justificación y la crítica.<sup>28</sup>

#### IV. OPINIÓN DE LORENZETTI. DISTINCIÓN ENTRE CASOS FÁCILES Y CASOS DIFÍCILES

El actual presidente del más alto tribunal de justicia de la Argentina ha tratado rigurosa y lúcidamente el tema de la discrecionalidad judicial, en

---

<sup>26</sup> Dworkin, Ronald, *Law' Empire*, Cambridge, Harvad University Press, 1986, p. 354, citado por Rodríguez, César, *op. cit.*, pp. 81 y 82.

<sup>27</sup> Rodríguez, César, *op. cit.*, p. 84, nota 175.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 88.

uno de los trabajos más sólidos que se hayan elaborado en materia de “teoría de la decisión judicial”.<sup>29</sup>

A los fines de diagramar un esquema de razonamiento judicial, distinga los casos fáciles de los difíciles. En los primeros supuestos existe una sucesión argumentativa en el razonamiento legal, integrado por dos pasos: en el primero se aplica el método deductivo, que comprende: 1) delimitar los hechos; 2) identificar la norma y 3) deducir la solución el caso. El segundo consiste en el control de la solución deductiva, que implica: 1) mirar hacia atrás, es decir, hacia los precedentes judiciales que establecieron reglas jurídicas para casos con elementos de hecho similares;<sup>30</sup> 2) mirar hacia arriba, ser coherente con el resto del sistema jurídico, armonizando las reglas, y 3) mirar hacia adelante, teniendo en cuenta en el análisis las consecuencias que puede producir la decisión en el futuro. Dichas consecuencias pueden ser generales (exceden el ámbito de las partes intervinientes en el litigio y repercuten sobre la sociedad), jurídicas (la decisión adoptada es un incentivo para conductas futuras de partes no involucradas en el conflicto) y económico-sociales.

Con relación a los casos difíciles, cuyo distingo no es sencillo, ocurre, según Lorenzetti,<sup>31</sup> en dos tipos de situaciones: a) cuando no se puede deducir la solución de modo simple de la ley, por cuanto hay dificultades en la determinación de la norma aplicable o en su interpretación, o b) es necesario apartarse de la ley, porque es inconstitucional; en estos supuestos el método deductivo es insuficiente, los pasos señalados precedentemente basados en la deducción de reglas no arrojan una solución o sugieren varias alternativas que obligan al juez a ejercer su discreción basada en criterios de validez material.

En tales supuestos, postula la argumentación jurídica basada en principios, justificando la decisión en términos de corrección, según los siguientes criterios:

La colisión entre reglas produce el efecto de excluir una, porque el resultado de aplicar las dos es incompatible; se desenvuelve en el plano de la validez formal, al que se aplican los razonamientos señalados para la solu-

---

<sup>29</sup> Lorenzetti, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamento de derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, cap. I, p. 183.

<sup>30</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha sostenido que la regla es que sus decisiones se adecuen a sus precedentes por cuanto es indudable la conveniencia de asegurar la estabilidad de su jurisprudencia en tanto no medien razones que hagan ineludible su modificación. *Fallos*, t. 183, p. 409; t. 209, p. 431; t. 323, p. 555.

<sup>31</sup> Lorenzetti, Ricardo L., *op. cit.*, p. 189.

ción tradicional de las antinomias; es decir, cronológico (la norma posterior prevalece sobre la anterior, exceptuando los supuestos de irretroactividad); jerárquico (la norma superior desplaza a la de rango inferior) y especialidad (la norma general es desplazada por la especial). La antinomia puede resolverse eliminando a una de las normas, porque la aplicación de una de ellas es excluyente; también puede arribarse a una solución que conserve las dos, pero fijando el sentido de una. La decisión consiste en una opción: una o la otra (las reglas son como las vías del tren: se siguen o no, no hay una tercera alternativa).<sup>32</sup>

La colisión entre principios y valores no produce un efecto de exclusión, ya que la aplicación de un principio no desplaza al otro, sino que lo precede en el caso concreto. Los principios tienen diferente peso en el caso concreto, pero no son inválidos. La contradicción no puede resolverse señalando que uno de los principios carece de validez eliminándolo del sistema, ni consagrando una excepción de validez permanente para el futuro. El conflicto entre principios se soluciona mediante un juicio de ponderación de intereses opuestos; se trata de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, tiene mayor peso en el caso concreto; la decisión no consiste en una opción, sino en una ponderación.<sup>33</sup>

A modo de conclusión, Lorenzetti sostiene:

La decisión basada en estos procedimientos, cualquiera sea la solución final, tiene la ventaja de ser explicable en términos razonables y por lo tanto es susceptible de ser debatida en el campo de la discusión democrática o judicial. Este objetivo puede verse oscurecido con la utilización de paradigmas, porque la interpretación de las mismas reglas y principios puede llevar a conclusiones diferentes por la “ideología” de quien toma la decisión. Estamos aquí en un caso de “discreción fuerte”, que en nuestra opinión debería ser por lo menos expuesta para su conocimiento y debate. Asimismo, entendemos que la decisión en estos casos es armonizar paradigmas que son, en cierto modo, competitivos entre sí o bien presentan límites conflictivos o situaciones que hay que contemplar.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 249-251.

<sup>33</sup> Cuando existe un conflicto entre principios, la dimensión “peso” significa que el principio con mayor peso desplaza al menos importante, pues no hay un orden jerárquico vinculante dado con anterioridad que muestre cómo debería resolverse el conflicto; entre los principios existe el llamado orden de preferencia débil, determinado por el orden de preferencia de los valores y fines subyacentes. *Idem*.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 457.

## V. EL CRITERIO CONSECUENCIALISTA Y LA DISCRECIÓN JUDICIAL

Merece un apartado especial el análisis consecuencialista que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, como una forma de ejercer una función de control en cuanto a la justeza de la decisión a dictarse, y que pone de manifiesto una clara aplicación del poder discrecional.

Sin lugar a dudas las secuelas de los pronunciamientos judiciales deben ser analizadas debidamente y tenidas en cuenta a tenor del contexto social, político y económico que plasma la realidad en oportunidad de dictarse los mismos. Debe tenerse presente la realidad sociológica, los destinatarios, sus necesidades y las soluciones que mejor pudieran resolver los conflictos de convivencia, evitando que las consecuencias de las disposiciones legales, su espíritu o los estándares interpretativos produzcan resultados complicantes o negativos para la paz social con justicia.

El tribunal cimero argentino ha acuñado desde antigua data la pauta de la *interpretación previsor o consecuencialista* como método válido de despejar el camino justo a seguir tanto en la interpretación de la ley como de la Constitución, al sostener —en fallo de 1956— que éstas “deben ser interpretadas en forma coherente, de manera que armonicen entre ellas y no traben el eficaz y justo desempeño de los poderes atribuidos al Estado para el cumplimiento de sus fines del modo más beneficioso para la comunidad y los individuos que la forman (*Fallos*, t. 183, p. 343; t. 186, p. 170; t. 169, p. 483 y otros)”.<sup>35</sup>

Décadas después,<sup>36</sup> resolvió que la norma específica —artículo 13, Ley de Trasplantes 21.541—

ha de ser interpretada considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, atento a las excepciones particularidades de esta causa, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial... no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma” (considerando 2o. del voto de los doctores A. R. Gabrielli y A. F. Rossi).

<sup>35</sup> CSJN, 23.4.1956, “Grisolía, Francisco M.”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 82, p. 690.

<sup>36</sup> CSJN, 6.11.1980, “Saguir y Dib, Claudia G.”, *Fallos*, t. 302, p. 1284; *La Ley*, Buenos Aires, t. 1981-A, p. 401, con nota de Julio R. Méndez.

En dicho pronunciamiento, el tribunal también expresó que

debe evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto lo cual iría en desmedro del propósito de “afianzar la justicia” enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional.<sup>37</sup>

No se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia.<sup>38</sup>

Este criterio fue ratificado en *Baliarda S. A. y otros c. Pcia. de Bs. As. c.*,<sup>39</sup> en los siguientes términos: “...uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema a que está engarzada, es la consideración de sus consecuencias...”.

Posteriormente, expresó:

Cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados en otro de rango superior y produzca consecuencias notoriamente disvaliosas, resulta necesario dar preminencia al espíritu de la ley, a sus fines, al conjunto armonioso del ordenamiento jurídico y a los preceptos fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento normativo.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Considerando 7 del voto de los doctores Gabrielli y Rossi.

<sup>38</sup> Considerando 12 del voto de los doctores Gabrielli y Rossi.

<sup>39</sup> *Fallos*, t. 303, p. 917, *La Ley*, Buenos Aires, t. 2004-A, p. 127.

<sup>40</sup> CSJN, “Bramajo, Hernán”, *Fallos*, t. 319, p. 1840.

En los últimos tiempos en numerosos otros casos, la Corte ha invocado el recurso de la evaluación de las consecuencias para despejar la interpretación justa de la norma en juego (constitucional o legal), y en tal sentido merece destacarse *Filerosa S. A.* de 2003<sup>41</sup> sobre la aplicación de las normas del Código Civil en cuestiones aparentemente regidas por el derecho local y el voto del doctor Lorenzetti en *Cuello, Patricia D. c. Lucena, Pedro A.*,<sup>42</sup> en el que se descalificó el criterio de algunas salas de la Cámara Nacional en lo Civil —luego devenido en plenario—<sup>43</sup> acerca de la inoponibilidad de la franquicia de seguro a las víctimas de accidentes de tránsito por cuanto “desnaturalizó la normativa aplicable al asignarle un significado que excede inaceptablemente sus fines y que por eso debe ser descartado” (Cons. 8o.).

Asimismo, en el importante fallo *Massa, Juan J. c. PEN.* del 27 de diciembre de 2006<sup>44</sup> sobre la constitucionalidad de las normas de “pesificación” de los depósitos financieros reforzó la argumentación desarrollada acudiendo a la interpretación constitucional previsor de las consecuencias.

Para finalizar el segmento, y en orden al criterio consecuencialista abordado, debo citar la Acordada 36/2009 dictada el 9 de septiembre de 2009 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en virtud de la cual se crea la Unidad de Análisis Económico,<sup>45</sup> que ha generado controvertidas opiniones doctrinarias.<sup>46</sup>

<sup>41</sup> *Fallos*, t. 326, p. 3899.

<sup>42</sup> CSJN, 7 de agosto de 2007, *Fallos*, t. 330, p. 3483; *La Ley*, Buenos Aires, t. 2007-E, p. 398.

<sup>43</sup> Cám. Nac. Civ., en pleno, 13 de diciembre de 2006, *Obarrio, María P. c. Microómnibus Norte S.A. y otro, La Ley*, Buenos Aires, t. 2007-A, p. 168.

<sup>44</sup> *Fallos*, t. 329, p. 5913.

<sup>45</sup> Su finalidad es “Realizar, por indicación de la Presidencia, los estudios de índole económica necesarios para atender los requerimientos en la materia y la evaluación de los efectos que podrían producirse en las variables económicas, como consecuencia de las decisiones que eventualmente pudieran adoptarse en expedientes en trámite ante el Tribunal”. En sus considerandos se sostiene “la necesidad... de solicitar una opinión fundada acerca de los efectos macroeconómicos, que derivarían de decisiones que eventualmente puedan adoptarse en expedientes en trámite ante el Tribunal” y efectúa una amplia enunciación de distintos y variados contenidos directamente referidos a cuestiones de naturaleza económica, como temas fiscales, derechos sociales, cuestiones vinculadas al desarrollo humano, intereses económicos, la competencia, el control de los monopolios, el funcionamiento de los servicios públicos, el desarrollo, la calidad de vida, la igualdad de oportunidades, la justicia social, la productividad, el empleo, el valor de la moneda, etc., en síntesis, todo tema vinculado al trabajo, la seguridad social, la salud, el medio ambiente configuran “casos concretos” que serán sometidos a “un razonable juicio de ponderación”.

<sup>46</sup> Ha merecido serias objeciones de Rodolfo Capón Filas en “Equipo Federal del Trabajo, n. 53 del 4 de octubre de 2009, *www.efl.org.ar*; y tachada de inconstitucional por Keselman, Pedro J., “La Acordada 36/2009 y la jurisprudencia de la Corte sobre derechos humanos sociales”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 2010-D, p. 916, y por Constante, Liliana B., “La abogacía



## VI. CONCLUSIONES

Ineludible consecuencia del poder-deber de decidir, surge el deber de fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria que dicten los magistrados, e ínsito en el mismo se encuentra la “discrecionalidad judicial”, definida como la zona de posibilidad entre alternativas legítimas en oportunidad del dictado de un pronunciamiento.<sup>47</sup>

Una de las facetas que asume la “discrecionalidad judicial” es el apartamiento al texto expreso de las normas legales. El recorrido del vasto y complejo historial de la Corte Suprema argentina nos demuestra que en ejercicio de legítimos poderes discrecionales ha dictado fallos sin atenerse a las normativas vigentes, sea cuando su interpretación sistemática así lo impone,<sup>48</sup> o que el espíritu que nutre las mismas es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional que corra el riesgo de un formalismo paralizante,<sup>49</sup> cuando ellas conducen a resultados “tan irrazonables que no

---

organizada se pronunció en contra de la Acordada 36 CSJN del 09/9/09, *La Ley*, suplemento Actualidad, Buenos Aires, 22 de julio de 2010; asimismo la reprobación de la XVI Conferencia Nacional de Abogados en el tema “La economía y el derecho de interdependencias, supremacías y consecuencias” (Comisión III) organizada por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, 7 a 10 de abril 2010. Por su parte, la Comisión de Derecho Procesal Constitucional del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal llevado a cabo del 8 al 10 de junio de 2011, en Santa Fe, Argentina, en una de sus conclusiones afirmó: “La Acordada N. 36/2009 de la CSJN ha facilitado el aterrizaje formal de la metodología del Análisis Económico del Derecho (AED) en el seno del Tribunal, introduciendo la ponderación económica en un contexto de razonabilidad. Ese análisis permite a la Corte tener un conocimiento adecuado de la realidad jurídica subyacente, contar con una adecuada consistencia técnica en el uso de los conceptos económicos y evaluar técnicamente la idoneidad de una herramienta jurídica para la consecución de su fin, respetando el principio de proporcionalidad. El AED, empleado prudentemente, puede resultar útil para ponderar la potencial incidencia económica de las sentencias judiciales”, *La Ley*, suplemento Actualidad, Buenos Aires, 9 de agosto de 2011.

<sup>47</sup> Barak, Aharon, *La discrezionalità del giudice*, Milán, Giuffrè, 1995, p. 33.

<sup>48</sup> *Fallos* 283: 239; 301: 489.

<sup>49</sup> *Fallos* 302: 1284; 316: 1025; 316: 3043; 318: 371, entre otros. Andruet denomina “argumento apagógico” el que utiliza “el juez cuando debe efectuar una interpretación normativa en donde la aplicación de dicha regla de derecho importa la generación de una notoria injusticia o inequidad, motivo por el cual, a los efectos de resolver dicha situación, mediante este recurso otorga una voluntad al legislador por la cual lo hace presuponer que no ha querido prever el nombrado situaciones inicuas o irrazonables, por lo cual su gestión le impone orientarse a ello y en tal criterio adecuar la ley al caso concreto y dictar una sentencia razonable y justa”, Andruet, Armando, *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2001, p. 270.

sería justo atribuirlos a la intención del Congreso”,<sup>50</sup> o cuando la expresión literal presenta imperfecciones técnicas, que se contradicen con el espíritu de la ley vinculada con preceptos constitucionales que deben prevalecer.<sup>51</sup>

Otro escenario que exhibe la “discrecionalidad judicial” es indudablemente el activismo judicial —especialmente de los tribunales superiores— a través del gran protagonismo asumido desde principios del siglo pasado, marcando rumbos decisivos en temas trascendentales<sup>52</sup> y un ejercicio más acentuado al control de constitucionalidad,<sup>53</sup> que ponen de manifiesto un poder creciente de los magistrados —denominado politización de los jueces—,<sup>54</sup> máxime que tales interpretaciones judiciales por parte de nuestro alto tribunal, al decir del maestro Bidart Campos, adquieren el mismo rango de la Constitución interpretada y compone con ella una unidad.<sup>55</sup>

Tampoco podemos desconocer que la judicialización de los más variados problemas que se presentan en la sociedad<sup>56</sup> les impone a los jueces —que son imparciales pero no indiferentes— llenar un espacio que no ocupan el resto de los poderes institucionales.<sup>57</sup>

A ello se le suman numerosas disposiciones de fondo que otorgan a aquellos un claro y expreso poder discrecional en el dictado de sus pronunciamientos, sin perjuicio de las que confieren las normas contenidas en los códigos procesales.

---

<sup>50</sup> CSJN, *Fallos* 323: 3139, dictamen del procurador general compartido por la Corte, con cita de *Fallos* 321: 1434.

<sup>51</sup> CSJN, *Fallos* 322: 1699.

<sup>52</sup> Consagrando pretorianamente el recurso extraordinario por sentencia arbitraria (*Rey c. Rocha*, 1909) y el amparo (*Siri y Kot*, 1957); otorgando facultades judiciales en materia probatoria en procesos civiles (*Colalillo*, 1957, *Coll de García*, 1968, *Oihler*, 1980); definiendo el derecho a la intimidad y a la privacidad (*Ponzetti de Balbín*, 1984); confiriendo el derecho de réplica (*Ekmejdjian*, 1992), entre otros, a lo que debe agregarse los trascendentales pronunciamientos de la actual CSJN en materias como competencia originaria, delitos de lesa humanidad y terrorismo, control de convencionalidad, legitimación activa en derechos de incidencia colectiva, tutela de derechos laborales y sociales, etcétera.

<sup>53</sup> Casos: “Mill de Pereyra”, 2001; “Banco Comercial de Finanzas”, 2004.

<sup>54</sup> Morello, Augusto M., *El derecho y nosotros*, La Plata, Lib. Ed. Platense, 2000, p. 17.

<sup>55</sup> Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996, t. I, p. 276.

<sup>56</sup> La explosión de la conflictividad colectiva se presenta en sectores muy diversos, como los que se relacionan con la defensa del medio ambiente, el patrimonio común histórico o artístico y paisajístico, la salud pública y las relaciones de consumo en general; asimismo, en procesos de jurisdicción voluntaria, verbigracia, autorizaciones judiciales para actos personalísimos, como trasplantes de órganos, internaciones y tratamientos médicos, abortos, coberturas de prepagas, etcétera.

<sup>57</sup> Omiten ejercer indelegables facultades: el Ejecutivo que no gobierna, a veces ni siquiera administra, sumado a la parálisis o excesiva morosidad del Legislativo.

Y, por otra parte, debemos mencionar una caótica y endiablada legislación que se va elaborando sin ajustarse a las pautas de la técnica parlamentaria y que la torna incontrolable, incoherente, penetrante, fragmentaria y variable,<sup>58</sup> que impone imprescindible y necesariamente un aumento del poder discrecional de los magistrados. En tal sentido, se ha destacado que la creciente “esfumación” de la ley, por la recurrencia a preceptos “abiertos”, flexibles, conceptos indeterminados, sus contrastes y “lagunas”, tanto como el inmovilismo del legislador, terminan trasladando a los jueces funciones que son más propias de aquél, debiendo asumir tareas integrativas y de “suplencia judicial”.<sup>59</sup>

En ese contexto, estimo que la presencia de genuinas potestades discrecionales, de manera alguna los exime del deber de proporcionar las argumentaciones que convenzan que sus pronunciamientos se ajustan a derecho, es decir, fundados en principios y valores que deben ser explicados clara y suficientemente.

Y ello es así por varias razones: primero, por el deber de motivar sus decisiones; segundo, por cuanto los pronunciamientos judiciales, y fundamentalmente los que emanan de la Corte Suprema, deben transmitir un mensaje persuasivo mediante argumentos y razones sustantivas que lleven intrínseca fuerza de convicción, y tercero, ya que el ejercicio de todo poder debe justificarse.

Asimismo, debe destacarse que los legítimos poderes discrecionales de los jueces de primera instancia no excluyen su debido contralor por parte de los tribunales de alzada, en la medida en que se excedan sus límites o incurran en violación (relevante, grave y de modo disfuncional, en equivalencia al absurdo o arbitrariedad en la evaluación de lo fáctico o prueba) de los contenedores y el principio de razonabilidad, el sólido cimiento del edificio jurídico.

No hay sistema legal civilizado, marcaba Cappelletti, que no haya intentado diseñar y promulgar algunos límites a la *libertad judicial*, en ambas formas, sustanciales y de procedimiento.

---

<sup>58</sup> Morello, Augusto M., “Motivación adecuada de la sentencia. Matices”, *El Derecho*, Buenos Aires, Universitas SRL, t. 224, p. 660.

<sup>59</sup> Picardi, N., “I mutanti del ruolo del giudice nei nostri tempi”, en Arazi, Roland (coord.), *Derecho procesal en vísperas del siglo XXI. Temas actuales en memoria de los Profs. I. Eisner y J.A. Salgado*, Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 398, citado por Berizonce, Roberto O., “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. extraordinario conmemorativo del Bicentenario, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 169.

Los primeros varían de época a época y de sociedad en sociedad mediante el juego de varios mecanismos: precedentes, opiniones, teorías, códigos, medios masivos, la presión de opinión pública, el cambio de las valoraciones, la intuición y sentimiento de la justicia, cualidades innatas en el *político* juez de la Corte. En cuanto a los límites procesales son consustanciales al proceso judicial de la misma naturaleza y lo integran. Aquí la reafirmación en concreto de las garantías es una conquista diaria de los fallos del alto tribunal.<sup>60</sup>

Bien se verificó —señaló Morello— cuán lejos están los jueces de ser “libres y privativos”, personalísimos y subjetivos, en el uso de lo discrecional. Por huidizos o confundidos que fueren las palabras o los conceptos de los legisladores, el magistrado, en la labor hermenéutica, debe llegar a una certeza razonada, avalada por argumentación —controlable— exenta de caprichos o quiebras lógicas”. Para concluir: “No hacer revisable el poder discrecional de los jueces sería “preocupante” para los fines de la mejor protección de la jurisdicción y los derechos del litigante.<sup>61</sup>

La esfera de la justicia es, al cabo, la que siempre señala los límites y confiere el examen final, por cuanto la *ratio legis* —la razón formal de la norma jurídica— puede oponerse a la *ratio iuris*; es decir, la razón de ser del derecho, y ésta es la que debe privar.

En dicha inteligencia, es forzoso convenir que no puede tenerse por racionalmente fundada una decisión que desconozca o contradiga la realidad de los hechos acreditada en la sustanciación del proceso; como tampoco puede considerarse fundada de modo racional una decisión adoptada sin evaluar todos los factores jurídicamente relevantes, ni la que haya introducido algún otro factor al que el ordenamiento no confiera relevancia alguna a esos concretos efectos. En atención a ello, puntualiza de manera rigurosa el catedrático madrileño Tomás-Ramón Fernández: “Una decisión no puede ser tenida como razonable, aunque supere el *test de racionalidad*, si es claramente desproporcionada. De este doble test, de racionalidad y razonabilidad, depende, pues, en último término, la distinción entre la discrecionalidad legítima y la arbitrariedad prohibida”.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Cappelletti, Mauro, *El juez ¿elaborador de la ley o intérprete?*, Informe General de la Segunda Conferencia Internacional de Jueces de Apelación, Sydney y Camberra, Australia, 1980, citado por Morello, Augusto M., “La Corte Suprema. El aumento de su poder a través de nuevos e imprescindibles roles”, *El Derecho*, Buenos Aires, Universitas, t. 112, p. 972.

<sup>61</sup> Morello, Augusto M., “La discrecionalidad judicial, límites y control en casación”, *El Derecho*, Buenos Aires, Universitas, t. 189, p. 571.

<sup>62</sup> Fernández, Tomás-Ramón, “El derecho y el quehacer de los juristas”, *La Ley*, Buenos Aires, 13 de abril de 2012.

Colofón: Si bien la tendencia mundial es ampliar el poder discrecional del juez,<sup>63</sup> el mismo jamás es absoluto, pues en caso contrario aumenta la imprevisión y la incertidumbre jurídica; siempre debe ser debidamente fundada y sujeta a control, y sus límites son las garantías constitucionales: la igualdad de las partes, el derecho a ser oído y el proceso justo, que implica el respeto a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, en la búsqueda de un equilibrio entre la seguridad y la equidad.

Es que en el juego de avance y contención de los poderes atribuidos a los magistrados, al derecho siempre lo definen los límites, y en materia de discrecionalidad judicial el ejercicio de aquéllos no debe entenderse como facultades y prerrogativas, sino en términos de responsabilidad jurisdiccional.

---

<sup>63</sup> “La técnica jurídica ha ido abandonando el acatamiento de las normas escritas por el legislador y presta mayor atención que antes a la interpretación judicial, ya que pocos vestigios quedan de la antigua ideología de la exégesis. Los jueces se consideran —y sobre todos son considerados— libres de aplicar la ley, como les parezca justo, hasta tal punto que se los critica públicamente si obedecen el estricto texto de la ley de un modo que algunos grupos juzguen ofensivo para sus expectativas, deseos o intereses”; “si antes los jueces eran una especie de pequeños legisladores subordinados, encargados de una tarea interpretativa más o menos tímida respecto de los códigos y las leyes, ahora se encuentran por encima del legislador; y solo su prudencia, su acuerdo político o moral con esas reglas o su deseo de evitar reacciones airadas sirven para morigerar el ejercicio de aquella potestad que la sociedad les encomienda sin decirlo expresamente”. Guibourg, Ricardo A., “Las tablas de la ley”, *Columna de opinión, La Ley*, Buenos Aires, 15 de febrero de 2011.

## LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO EN ARGENTINA

Mariano MORAHAN\*

SUMARIO: I. *El control de constitucionalidad ex officio en un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina.* II. *El control de constitucionalidad de oficio en la Argentina. Origen y evolución hasta nuestros días.* III. *El comentario al fallo Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios.*

### I. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN UN RECIENTE FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

Habiendo aceptado con gran satisfacción la invitación que se me formulara a fin de participar en este seminario en homenaje al ilustre y recordado profesor mexicano, doctor Humberto Briseño Sierra, nos pareció oportuno destacar para la oportunidad concedida un reciente fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN), el cual, y en razón de la materia en que tocó resolver al máximo tribunal federal, resulta propio del derecho procesal constitucional, y ello así en razón de haberse —nuevamente— pronunciado el más alto tribunal sobre la potestad judicial de efectuar el control de constitucionalidad *ex officio* de las normas infraconstitucional y relativas al caso puntual en cual debe decidir el derecho aplicable un juez argentino.

---

\* Abogado especialista en derecho procesal civil y en derecho de daños. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP). Vicedirector del Instituto de Derecho Procesal Civil y Comercial del Colegio de Abogados de Entre Ríos (Argentina). Miembro fundador del Ateneo Entrerriano de Estudios del Derecho Procesal. Miembro del comité editorial por Argentina de la revista *Derecho sin Frontera*. Colaborador para las cátedras de Derecho procesal I (derecho procesal civil) y Derecho procesal III (derecho procesal constitucional) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (Argentina) (e-mail: [arianomorahan@hotmail.com](mailto:arianomorahan@hotmail.com)).

Lo significativo del precedente en cuestión radica en la circunstancia de que, transcurrida casi una década a la fecha a contar desde el último pronunciamiento que efectuara la CSJN sobre la materia, se vuelve en la hora actual a reiterar —y ratificar— expresamente, lo que constituye su doctrina legal en la materia, pero conformándose en esta oportunidad la mayoría del alto cuerpo con los votos que integran su actual composición, develándose así el criterio que para el caso exhiben los ministros que restaban expedirse sobre el tema, reiterándose la explícita potestad que detentan los jueces argentinos de formular el test de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales relativas al caso traído a su conocimiento y ulterior resolución, sin necesidad de que ello fuera peticionado en forma alguna por las partes intervinientes en juicio, agregándose ahora un nuevo fundamento —ocurriendo de esta manera a reforzar en gran medida aquellos que desde antaño se venían propiciando sobre el particular— y que tiene anclaje en la actual doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en orden al control de convencionalidad *ex officio* como deber a cargo de los jueces internos de los países americanos ratificantes del Pacto de San José de Costa Rica.

Ahora bien, en forma previa a ingresar al análisis del reciente precedente que hemos decidido traer a consideración de nuestro lector, y para una mayor y mejor comprensión del mismo, consideramos oportuno repasar la evolución que la doctrina legal del control de constitucionalidad de oficio registra en la Argentina.

## II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO EN LA ARGENTINA. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HASTA NUESTROS DÍAS

El denominado “control de constitucionalidad de oficio” refiere a la posibilidad (en términos de potestad) de que el órgano jurisdiccional encargado de intervenir y resolver en el marco de una causa judicial efectúe el examen de la constitucionalidad de uno o más preceptos normativos aplicables al caso, sin que ninguna de las partes lo haya solicitado; vale decir, sin que las partes hayan peticionado la declaración de inconstitucionalidad de la norma o normas que entran en juego en el conflicto traído a juzgamiento.

Resulta necesario remarcar que el tema, lejos de merecer tratamiento pacífico en la Argentina, ha sido profusamente debatido, y que uno de los principales argumentos centrales por los cuales fue resistida —o bien se resiste— la herramienta en estudio, encuentra andamiaje en el principio de división de poderes, el cual se entiende resultaría violentado si para el caso

el Poder Judicial, vía declaración de oficio de la inconstitucionalidad de las normas, pasara a revistar una faena que excedería su labor propia como órgano jurisdiccional encomendada por la carta fundamental, actuando en consecuencia a modo de “legislador negativo”.

Sin embargo, y en opinión de quien escribe estas líneas, no existe argumento de peso suficiente que pueda resistirse a la viabilidad del control jurisdiccional de oficio de la constitucionalidad de las normas, ello así por cuanto suponer lo contrario implicaría —y sólo merced a una lectura sensiblemente desvirtuada del artículo 31 C.N.— acuñar como premisa válida la circunstancia de que el respeto al principio de supremacía constitucional sería materia disponible y de señorío exclusivo de las partes, estándole vedado en consecuencia al juez cumplir con su deber de órgano de control constitucional de las normas en aquellos supuestos en que las partes no han solicitado la tacha constitucional, lo que inclusive y en tal sentido ha llevado a que autorizada doctrina autoral argentina califique de “absurda” dicha posición, al indicar que sostener que no pueda existir control de constitucionalidad de oficio “es equivalente a sostener que no pueda existir la aplicación de oficio del derecho en un proceso”.<sup>1</sup>

En resumidas cuentas —y conforme seguidamente veremos así lo sostiene el máximo tribunal federal argentino en la actualidad— la posibilidad y el deber de efectuar el control de constitucionalidad de oficio se explica en la vigencia del principio conocido como *iura novit curia*, y en cuya virtud el juez es soberano en la aplicación del derecho al caso traído a juzgamiento, no quedando en dicho punto limitado a las postulaciones de las partes, resultando por tanto también una “cuestión de derecho” la eventual inconstitucionalidad de las normas que resultaren de aplicación al caso.

Para tener una idea de la efectiva proyección que sobre las provincias argentinas ha tenido la figura en estudio, basta con advertir que el actual criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde inicios de la década pasada en pos de admitir el control de constitucionalidad de oficio de las leyes por partes de los jueces fue expresamente receptado en la última reforma operada a la Constitución de la Provincia de Entre Ríos en 2008,<sup>2</sup> ello, al modificarse su artículo 60, el cual, en su actual redacción, dispone:

---

<sup>1</sup> Trionfetti, Víctor, “El sistema de control de constitucionalidad en Argentina”, *Tratado de derecho procesal constitucional*, t. I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 539.

<sup>2</sup> El autor es oriundo de la provincia de Entre Ríos, donde ejerce actualmente la profesión letrada.



Es de ningún valor toda ley de la provincia que viole o menoscabe las prescripciones establecidas por la ley suprema de la nación y por esta Constitución, así como todo acto, contrato, decreto u ordenanza que contravenga a las mismas o las leyes dictadas en su consecuencia, pudiendo los interesados demandar o invocar su constitucionalidad o invalidez ante los tribunales competentes. Sin perjuicio de ello, los jueces al advertir la inconstitucionalidad de una norma, de oficio podrán declararla. La sentencia que pronuncie la inconstitucionalidad será declarativa y de condena pudiendo ser ejecutada. En el proceso respectivo podrán admitirse medidas cautelares. La declaración de inconstitucionalidad por tres veces y, por sentencia firme del Superior Tribunal de Justicia de una norma general provincial, produce su derogación en la parte afectada por el vicio.

Formuladas las aclaraciones del caso, consideramos propicio repasar la evolución que en el tiempo registra la doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que podemos focalizar en tres instancias claramente diferenciadas, signadas por un primer estadio de negativa hacia dicho tipo de control, atravesando luego una segunda etapa marcada por las disidencias de criterios en el seno del alto cuerpo, para arribar finalmente a lo que viene a constituirse en la actual doctrina legal y por la cual se concluye admitiendo expresamente el control de constitucionalidad *ex officio*.

### 1. *Primera etapa. La causa Ganadera Los Lagos S.A. C/ Nación Argentina*

Esta primera etapa que informó el criterio del máximo tribunal argentino durante varias décadas y a partir de 1941 se caracterizó por una postura signada por una cerrada negativa hacia la posibilidad de que los jueces pudieran analizar de oficio la constitucionalidad de las normas, y en general resulta conteste la doctrina autoral argentina en que arranca propiamente dicho periodo con el fallo recaído en la causa *Ganadera Los Lagos S.A. c/ Nación Argentina*.<sup>3</sup>

En dicha ocasión sostuvo la Corte que

es condición esencial en la organización de la justicia con la categoría de poder, la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa de oficio los actos legislativos o los decretos de la administración. Para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio de los tres poderes, es indispensable que exista un pleito, una cuestión que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de examinar, a pedido de

<sup>3</sup> Fallos: 190:142, 30 de junio de 1941, *La Ley*, 23-251.

alguno de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional. Como ha dicho Cooley, es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos personales se encuentren realmente afectados. Sólo entonces la potestad legislativa y ejecutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegítima. Sin este freno el equilibrio de los tres poderes, condición esencial del gobierno organizado por la Constitución, se habría roto por la absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos.

Como bien hace notar Masciotra, en aporte de su autoría, y al reflexionar sobre aquel primer periodo que ilustraba el criterio del alto cuerpo:

La postura adoptada —por el máximo tribunal federal—<sup>4</sup> se fundamenta en la presunción de validez de los actos estatales y la necesaria limitación de la facultad judicial de invalidarlos en los supuestos de la existencia de un conflicto judicial y de un peticionante cuyos derechos se encuentren realmente afectados.<sup>5</sup>

Este criterio —y salvo las voces en divergencia provenientes de los votos de dos ministros de la Corte promediando la década de los ochenta, y que seguidamente pasaremos a detallar—, es el que sostendría por voto mayoritario el cimero tribunal por espacio ininterrumpido de 60 años; esto es, hasta inicios de la década pasada —2001—, época en la cual se daría un giro copernicano sobre la materia, criterio que prevalece hasta la fecha, y que fuera recientemente ratificado por la actual composición del alto tribunal argentino con fundamento en el acatamiento interno a la normativa supranacional; ello en el fallo que traemos a consideración de nuestro lector.

## 2. Segunda etapa. La causa Inhibitoria planteada por el juzgado de instrucción militar nro. 50 de rosario, en sumario nro. 6/84

Hubo que esperar hasta 1984, vale decir, 43 años, para que dos ministros del máximo tribunal, los doctores Fayt y Belluscio, en sendos votos de su pluma recaídos en la causa *Inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción Militar Nro. 50 de Rosario, en sumario Nro. 6/84*,<sup>6</sup> marcaran un distingo funda-

<sup>4</sup> El texto resaltado me pertenece.

<sup>5</sup> Masciotra, Mario “El activismo de la Corte Suprema de Justicia (Argentina)”, *¿El papel de los tribunales superiores?*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 99.

<sup>6</sup> *Fallos*: 306:303.

mental que luego vendría a ser adoptado a modo de base fundacional de lo que resulta el actual criterio en la especie sostenido por la Corte.

En efecto, el mérito que se le atribuye —mercidamente— a ambos votos, radica en haberse logrado diferenciar lo que viene a ser en propiedad la actuación en abstracto de la justicia (circunstancia vedada tanto por el texto constitucional como por la norma infraconstitucional, ello conforme ya hemos analizado), de lo que viene a ser en sí “la declaración de oficio de inconstitucionalidad” decretada en el marco de un proceso judicial, circunscribiendo esta última actividad dentro del conocido principio del *iura novit curia*, y en tanto dicha faena recae sobre las normas, siendo por tanto una cuestión de derecho que va más allá del planteo de las partes y la consecuente eventual introducción en el pleito —o no— de una cuestión constitucional.

Indicaron los magistrados votantes en dicha oportunidad:

Es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa... mas de ello no se sigue la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes invocan erradamente —trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*— incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución Nacional (artículo 31, carta magna), aplicando en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, y desechando la de rango inferior. De dicha disposición constitucional deriva la facultad de los jueces de cualquier fuero, jurisdicción y jerarquía de examinar las leyes en los casos concretos que se presentan a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan conformidad a ella, absteniéndose de aplicarlas si las encuentran en oposición, facultad que por estar involucrada en el deber de aplicar el derecho vigente, no puede estar supeditada al requerimiento de las partes.

A los fines de replicar el argumento central por el cual se sostenía que dicho control implicaría una vulneración al principio de división de poderes, indican que “no puede verse en la admisión de esa facultad la creación de un desequilibrio de poderes a favor del Judicial y una mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay”, y luego, con la finalidad de refutar el argumento que predicaba la presunta vulneración del derecho de defensa en juicio de las partes, indican que “ni por último puede verse en ella

menoscabo en el derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería también descalificarse la aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso”.

En síntesis, y en nuestra opinión, el argumento central de ambos votos, y que luego y en lo sustancial serían tomados y reiterados en *Mill de Pereyra...*, y por el cual se concluye validando la figura en estudio —lo que consideramos acertado— es el siguiente: hablar de control de constitucionalidad de oficio de las leyes por parte de los jueces supone hablar en definitiva de la aplicación de oficio del derecho por parte de los mismos, lo que en rigor es una tarea exclusiva y excluyente del órgano Judicial, y sobre la cual no tiene injerencia alguna la voluntad de las partes, todo lo cual se circunscribe en definitiva dentro de la órbita propia del *iura novit curia*.

Luego, la tarea de confrontar una norma infraconstitucional con la norma fundamental a la hora de resolver (artículo 31 C.N.), integra naturalmente la actividad que le viene asignada por el artículo 116 de la carta fundamental al juez, consistente en decidir el derecho al caso concreto y en el marco de los casos traídos a su conocimiento; por tanto, resulta soberana de aquél y al margen de las postulaciones de las partes.

Con posterioridad, dicho criterio —sostenido en minoría por aquel entonces— fue insinuado en sucesivos precedentes<sup>7</sup> recaídos en el transcurso de los años ochenta y noventa, cada cual con sus propias aristas, hasta que arribamos finalmente al año 2001, fecha a partir de la cual la Corte —en anterior composición— y por mayoría de sus votos, pasaría a admitir expresamente la potestad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes; ello conforme veremos en seguida.

3. *Tercera etapa. Los fallos Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros c/Provincia de Corrientes y Banco Comercial de Finanzas S. A. (en liquidación B.C.R.A.) s/quiebra*

Será finalmente en el marco de la causa *Mill de Pereyra...*, donde la CSJN —en su anterior composición—, y mediante voto mayoritario, admitió ex-

---

<sup>7</sup> Así, encontramos los votos pronunciados en *Pérez, Fallos: 310:1090, Peyrou, Fallos: 310:1401, Banco Buenos Aires Building Society s/Quiebra, Fallos: 321:993, Ricci, Oscar F. A. c/Autolatina Argentina S.A. y otro s/Accidente ley 9688, Fallos 321:1058, Fernández Valdez, Manuel G.s/Contencioso Administrativo de plena jurisdicción c/Decreto 1376 del Poder Ejecutivo Provincial, El Derecho, 130-461, y el caso Dahlgren, La Ley, 1998-A-44.*

presamente la potestad de los jueces de controlar de oficio la constitucionalidad de las leyes.

Fueron seis los votos que integraron la mayoría en dicha oportunidad (Fayt, Belusscio, Vázquez, Boggiano, Bossert y López).

Los primeros dos magistrados reiteraron el criterio que venían propiciando desde 1984, si bien agregando ahora el carácter restrictivo del control de oficio, y al señalar que “sólo puede considerarse autorizado en situaciones muy precisas”.

También cabe destacar del voto del doctor Vázquez, que integra la mayoría que comentamos, un argumento sumamente significativo a favor del control de oficio de constitucionalidad, y por el cual se afirma la inexistencia de violación al principio de división de poderes, ello en razón del efecto relativo —*inter partes*— de la declaración de inconstitucionalidad de oficio de la norma, por lo que esta última sigue teniendo plena validez fuera del caso resuelto, a diferencia de los efectos más drásticos que se derivan del modelo americano del control de constitucionalidad, y que por aplicación del *stare decisis*, que ya hemos comentado, en la práctica comporta la abrogación de la norma tachada de inconstitucional; ello, dado el efecto expansivo que conlleva la doctrina del precedente en dicho país. En función de ello, concluye el ministro Vázquez indicando que “no resulta posible concebir racionalmente ninguna posibilidad de absorción del Poder Judicial sobre los otros poderes del Estado, ni entender como jurídicamente necesario el establecimiento de la prohibición del control de oficio”. Se suman a ellos los votos de los ministros Boggiano, quien en lo sustancial se suma a los argumentos propiciados por los votos de Fayt y Belusscio, y los de López y Bossert, siendo estos dos últimos votos los que generaron mayor discusión, en tanto se consideró que de la lectura de los mismos no se desprendería una aceptación expresa del control de constitucionalidad de oficio.

Luego la Corte ratificaría su actual criterio en 2004, y en el precedente *Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación B.C.R.A.) s/Quiebra*,<sup>8</sup> y por el cual el máximo tribunal, ya con una nueva integración, y con el voto de seis de sus ministros, despejaría toda duda que podría haberse suscitado de la lectura del precedente *Mill de Pereyra...* (en particular originada en los votos de los ministros López y Bossert), reiterando así en líneas generales los argumentos centrales de los antiguos votos de los ministros Fayt y Bellusscio, sumándose ahora los votos afirmativos de los ministros Zaffaroni y Highton, concluyendo en definitiva por admitir la posibilidad de efectivizar el control de constitucionalidad de oficio por parte de los jueces, siempre —claro está— en el marco de las causas traídas a su conocimiento.

<sup>8</sup> Fallos: *El Derecho*, 209-130.

III. EL COMENTARIO AL FALLO *RODRÍGUEZ PEREYRA, JORGE LUIS Y OTRA C/ EJÉRCITO ARGENTINO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS*

Los argentinos deberíamos esperar por espacio de ocho años contados a partir del dictado del precedente *Banco Comercial de Finanzas S.A.*, para que la CSJN a fines de 2012 volviera a ratificar en la causa *Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios*,<sup>9</sup> lo que viene a constituirse claramente en la actual doctrina legal del alto cuerpo en pos de admitir expresamente la posibilidad de efectuar un control de oficio por parte de cualquier juez argentino sobre la constitucionalidad de las normas inferiores relacionadas con el caso concreto en que le toca resolver (leyes nacionales, provinciales, decretos, ordenanzas, etcétera), concebido en términos de potestad jurisdiccional, fortaleciendo así en gran medida la independencia del Poder Judicial argentino sobre los otros dos poderes del Estado.

La causa en que tocó expedirse al máximo tribunal argentino se originó en la demanda por daños y perjuicios promovida por el señor Jorge Luis Pereyra contra el Estado nacional; ello en virtud de las lesiones que aquél sufrió en oportunidad de encontrarse prestando el servicio militar obligatorio en su calidad de conscripto, habiéndosele producido a raíz del infortunio padecido una incapacidad parcial y permanente del orden del 30% de la total obrera.

Encontrándose vigente y aplicable al caso una indemnización tarifada especial expresamente contemplada por una ley militar (Ley 19.101, texto según Ley 22.511), la víctima accionó reclamando judicialmente que se condene al Estado argentino al pago de una indemnización que honrara la reparación integral de aquélla, todo con arreglo a las normas del derecho común, y ello en razón de los exiguos montos indemnizatorios que preveía el sistema tarifario que en definitiva se le pretendía aplicar, pero sin cuestionar la constitucionalidad de la norma que regulaba dicho microsistema reparatorio.

La sentencia de grado admitió la demanda promovida por el ex conscripto, lo cual luego resultó en lo esencial confirmado por el tribunal *ad quem*, modificándose solamente el *quantum* de la condena al aumentar el mismo.

Para así resolver, la alzada interviniente —y entre otros fundamentos— se hizo eco de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en

<sup>9</sup> CSJN, *Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios*, Fallos, R 401, XL.III, 27 de noviembre de 2012. Se puede consultar el fallo a texto completo en <http://www.csn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=697165>.

el fallo “Aquino”, en cuanto a que en dichos actuados el máximo tribunal había declarado en 2004 la inconstitucionalidad del artículo 39 inc. 1 de la Ley 24.557, el cual establecía un tope indemnizatorio para los infortunios laborales, circunstancia decididamente reñida con el principio de la reparación integral civil, contando esta última con anclaje constitucional (artículo 19, C.N.).

Dicho decisorio fue objeto del recurso extraordinario federal interpuesto por el Estado nacional, el cual fue declarado formalmente admisible, quedando en consecuencia en estado de ser resuelto por la CSJN.

El procurador general, en su dictamen, propició estimar el recurso extraordinario interpuesto, revocando en definitiva lo decidido por la sentencia recurrida, haciéndose eco de lo resuelto con anterioridad por la CSJN para el caso, en cuanto sostuvo en situación análoga que

*no correspondía otorgar a un conscripto que hubiera sufrido lesiones como consecuencia de la realización de actos de servicio, una indemnización del derecho común cuando dichas lesiones le hubiesen causado una disminución menor del sesenta y seis por ciento para el trabajo en la vida civil, por cuanto la ley militar —art. 76 inc 3, apartado c, de la Ley 19.101—, texto según la Ley 22.511 no prevé un haber de retiro sino un régimen indemnizatorio específico que desplaza al sistema resarcitorio del derecho común.*<sup>10</sup>

Sin embargo, la Corte, y no obstante lo dictaminado por el procurador general, se iría a apartar de su anterior criterio que sostuviera para el caso, declarando en esta oportunidad la inconstitucionalidad de oficio de la norma que preveía el sistema indemnizatorio especial, confirmando el decisorio de alzada recurrido y contando para ello con el voto mayoritario de los ministros Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni, en tanto la minoría se integró con el voto del doctor Enrique S. Petracchi, quien declaró procedente el recurso extraordinario federal haciendo propio los fundamentos del procurador general.

Para así resolver, la Corte principió advirtiendo que si bien el régimen especial indemnizatorio vigente otorgaba a la actora un resarcimiento sustancialmente inferior a aquel que surgía de la aplicación del derecho común, no se había cuestionado en momento alguno en la causa la validez constitucional del precepto normativo que lo contemplaba (artículo 76, inc 3, apartado c, de la Ley 19.101, texto según la Ley 22.511).

---

<sup>10</sup> Conforme lo resuelto por la CSJN *in re: Bertinotti, Fiarosky, Picard, Soubie y Morelli* (Fallos: 315:2207; 318:1621, 319:2620; 324:488 y 326:407).

Aclarado ello, efectuó un repaso de la evolución histórica que registra la doctrina del control de constitucionalidad en la Argentina, con base en el principio de supremacía constitucional (artículo 31, CN), aclarando que “el requisito de que dicho control fuere efectuado a petición de parte resulta un aditamento pretoriano que estableció formalmente este tribunal en 1941 en la causa *Ganadera Los Lagos* con asiento en el riesgo que en el orden de la gobernabilidad implicaría la posibilidad de que los jueces pudieran fiscalizar “por propia iniciativa los actos legislativos o los decretos de la administración”, afectando así el equilibrio de poderes, pero aclarando a renglón seguido que no es menos cierto que con posterioridad a dicho precedente se afirmó también (haciendo referencia a los votos de los ministros Fayt y Belluscio en la causa *Inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción Militar Nro. 50 de Rosario, en sumario Nro. 6/84*) que si se acepta la atribución judicial de control constitucional, “carece de consistencia sostener que el avance sobre los dos poderes democráticos de la Constitución no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay”, reiterando asimismo el argumento —y en orden a la eventual fractura que el control de constitucionalidad de oficio pudiere provocar en la garantía constitucional de defensa en juicio— de que “no puede verse en ella menoscabo al derecho de defensa de las partes, pues si así fuese, debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso”.

Hasta allí la Corte Argentina en el fallo que comentamos reiteró en lo esencial los argumentos que sucesivamente y en el tiempo fuera delineando en pos de admitir la potestad jurisdiccional de efectuar el control oficioso de constitucionalidad, pero en esta oportunidad añadirá un fundamento que, en nuestra opinión, concluye de cimentar definitivamente su actual doctrina legal en la materia, recabando el mismo en la vinculatoriedad de las directivas propias dimanadas del derecho internacional de los derechos humanos, y más concretamente en los lineamientos fijados por la CIDH a partir del precedente *Almonacid*,<sup>11</sup> y en lo sucesivo<sup>12</sup> y en lo referente al control de convencionalidad *ex officio* a cargo de los jueces americanos que ejercen la judicatura en los países signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

<sup>11</sup> CIDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

<sup>12</sup> En igual sentido en *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (24 de noviembre de 2006), *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (1 de septiembre de 2010), *Gómes Lund y otros (Guerrilha do Raguaiá) vs. Brasil* (24 de noviembre de 2010) y *Cabrera Garca y Montiel Flores vs. México* (26 de noviembre de 2010) y *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina* (29 de noviembre de 2011).



A tal fin, señaló puntualmente que en el precedente *Mazzeo*, se enfatizó que

la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H) que importa una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos...

Añadiendo a renglón seguido que en el precedente *Mazzeo* también se indicó en clara alusión a lo resuelto en la causa *Almonacid*, que

la C.I.D.H. ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

Luego de efectuar un exhaustivo repaso sobre los principales precedentes de la CIDH sobre el control de convencionalidad, indicó que “La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado”, y agregó seguidamente lo que viene a constituirse sin duda alguna en el argumento central del reciente decisorio, en pos de convalidar la potestad del control de constitucionalidad de oficio jurisdiccional, indicando que

resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75 inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa —formulada por su intérprete único, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos— que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, e impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.

Sin embargo, al mismo tiempo dejó en claro la Corte —lo que no había ocurrido en los anteriores precedentes sobre la materia— que este control de constitucionalidad de oficio resulta en definitiva una doctrina de excepción, campeando siempre un criterio restrictivo a la hora de recurrir a su empleo; ello, claro está, en razón de la evidente gravedad que reporta sin excepción alguna el tener que recurrir al dictado de un acto jurisdiccional invalidante de una norma emanada de otro poder del Estado, constituyendo en palabras textuales de la Corte, en un “remedio de *ultima ratio* que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la ley fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas”, debiendo asimismo verificarse en el caso concreto la existencia de un “perjuicio” en términos de una clara afectación a alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución, censurando así toda eventual declaración de inconstitucionalidad de oficio en abstracto.

Ratificada en consecuencia claramente la doctrina del control de constitucionalidad de oficio, y precisando sus límites y alcances, procedió el máximo tribunal a efectuar oficiosamente el test de constitucionalidad sobre la norma inferior aplicable al caso (artículo 76, inc 3, apartado c, de la Ley 19.101, texto según la Ley 22.511) concluyendo en que la misma resultaba en definitiva reñida con el principio conocido como *alterum non laedere* —deber de no dañar— receptado en el artículo 19 de la carta fundamental,<sup>13</sup> del cual se deriva el principio de reparación integral de la víctima, en tanto dispone que la indemnización de los daños provocados a aquélla debe ser plena, circunstancia que no resultaba honrada por la indemnización que establecía la norma especial de rango inferior, la cual en sus normas reglamentarias sólo preveía el resarcimiento parcial de “daños materiales”, por lo que concluye la Corte declarando formalmente admisible el recurso extraordinario y al mismo tiempo la inconstitucionalidad para el caso del artículo 76 inc. 3, apartado c, de la Ley 19.101 —según texto Ley 22.511—, confirmando en lo restante la sentencia de alzada recurrida en la especie.

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha ratificado nuevamente y en su actual composición, lo que viene a constituirse en su doctrina legal en orden a la potestad jurisdiccional del control

---

<sup>13</sup> Dispone el artículo 19 de la Constitución de la Nación argentina: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la nación está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (el resaltado nos pertenece).

de constitucionalidad *ex officio*, pero en esta oportunidad el enfoque ha sido otro, sintonizando dicho contralor interno con aquel que deviene impuesto al calor del derecho supranacional vinculante para el Estado argentino, en una clara y bienvenida muestra del activismo judicial, que desde siempre ha caracterizado al máximo tribunal argentino.

## FUNCIÓN DE UNA CORTE SUPREMA EN LOS PAÍSES DE DERECHO CONTINENTAL. EL CASO DE CHILE

Francisco PINOCHET CANTWELL

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La introducción del recurso extraordinario y del certiorari en Chile.* III. *La tensión en el proceso civil chileno entre el método y la meta.* IV. *Concepto de Corte Suprema de Justicia.* V. *La casación como fin fundamental de las cortes supremas en los países del civil law.* VI. *Rasgos fundamentales de las cortes supremas en los países del common law.* VII. *El uso del certiorari en Argentina.* VIII. *Estructura de los tribunales en Estados Unidos.* IX. *Intentos anteriores por introducir un writ of certiorari en Chile.* X. *La necesidad de explicitar a la Constitución política como ley objeto del recurso.* XI. *La jurisprudencia de la Corte Suprema como fuente formal del derecho.* XII. *Las labores jurisdiccionales y de gobierno judicial de la Corte Suprema.* XIII. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

El 15 de marzo de 2012, el Poder Ejecutivo de Chile ha enviado al Congreso un proyecto de ley de nuevo Código Procesal Civil —en adelante el Proyecto—, que modifica la justicia civil y comercial. Se trata de una reforma esperada y necesaria.

Los ejes en los que se estructura el nuevo proceso civil son los adecuados: oralidad, intermediación, concentración y publicidad.

Sin embargo, el proyecto contiene algunos problemas serios, que vulnerarían la garantía constitucional al debido proceso si no son enmendados.

Sin duda, uno de los problemas más graves es la eliminación del recurso de casación ante la Corte Suprema. Éste ha sido sustituido por el denominado “recurso extraordinario”, contemplado en los artículos 405 y siguientes del proyecto, el cual procede en contra de las sentencias definitivas e inter-

locutorias, inapelables, que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación; es decir, de aquellas dictadas por cortes de apelaciones.

## II. LA INTRODUCCIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO Y DEL *CERTIORARI* EN CHILE

A este nuevo medio de impugnación, que pretende remplazar al centenario recurso de casación, se le ha denominado “recurso extraordinario”, porque tiene por objeto que la Corte Suprema se avoque al conocimiento del mismo sólo cuando se estime afectado un “interés general”.

De conformidad con el artículo 409 del Proyecto, se entiende que existe “interés general” cuando se hubiera infringido, en forma esencial, en la sentencia o en el procedimiento del cual ella emanara, un derecho o garantía fundamental contemplado en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Además, se entiende que existe “interés general” en todos aquellos casos en que la Corte considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar una doctrina jurisprudencial.

Esta causal de procedencia no se debe confundir con el objeto del recurso proyectado. Es decir, cada vez que se haya infringido en la sentencia, o en el procedimiento del cual ella emanara, un derecho o garantía fundamental contemplada en la Constitución, se entiende que existe el interés general. A su vez, existiendo dicho interés, el recurso tendrá por objeto la modificación, revocación o invalidación de la sentencia recurrida y del procedimiento del cual emanare, en su caso. El proyecto también dice la “confirmación”, de la sentencia, en caso de acogerse el recurso, pero esto no resulta lógico, y consideramos, por tanto, que se trata de un error del texto proyectado.<sup>1</sup>

Es decir, se pretende sustituir el control de legalidad, realizado hasta ahora, a través de la anulación de la sentencia, cuando ésta ha sido dictada con infracción de ley con influencia en lo dispositivo de la sentencia —y que tiene la Corte Suprema sobre las resoluciones de todas las cortes de apelaciones del país—, limitando dicho control sólo al caso de infracción de un derecho o garantía fundamental contemplada en la Constitución.

---

<sup>1</sup> Agreguemos que la resolución que falle un recurso extraordinario no será susceptible de recurso alguno, salvo su aclaración, rectificación o enmienda. Con todo, excepcionalmente, si se demostrara que la sentencia que se ha dictado contradice otra pronunciada por la misma Sala especializada, pero sin que en el fallo se hubiera dejado constancia de haberse modificado la doctrina anterior, se contempla la posibilidad para las partes de solicitar al Pleno que anule la sentencia y se proceda a una nueva audiencia por una sala no inhabilitada.

Esta función es propia de un tribunal constitucional. Es muy similar al del Tribunal Constitucional de España que conoce de infracciones al debido proceso a través de la acción de amparo, equivalente a nuestro recurso de protección.

Sobra decir que no siempre que exista una infracción de ley con influencia en lo dispositivo de la sentencia se vulnera<sup>2</sup> un derecho o garantía fundamental contemplado en la Constitución Política.

Pero si se recurre en contra de una vulneración al derecho o garantía fundamental del debido proceso, se puede originar un desborde mayor al actualmente existente, porque si no se respeta la ley procesal —como las leyes reguladoras de la prueba— podemos sostener que se ha infringido la garantía del debido proceso.

Pero lo grave es que se pierde el control de legalidad —o más bien de la juridicidad— de la casación en el sentido del *ius constitutionis* en un país como Chile, que al estar constituido políticamente como un país unitario no tiene el mismo número de grados o controles jurisdiccionales de impugnación, que sí existen, mayoritariamente, en las provincias o estados que conforman un país federal.

Pero además de la pérdida del control de legalidad, el conocimiento del recurso es discrecional, porque el artículo 409 del proyecto señala que la Corte Suprema podrá avocarse el conocimiento del asunto sólo cuando la mayoría de los miembros de la sala respectiva estimen que concurre un interés general que haga necesaria su intervención.

Se introduce así un elemento discrecional, ya que los criterios para tal decisión tampoco son definidos sólo cuando la mayoría de los miembros de la sala respectiva lo decida podrá ser conocido el recurso.

Se sigue en esto el modelo anglosajón propio de la Corte Suprema en Estados Unidos o de su equivalente en Inglaterra, la House of Lords.

Es también el modelo de la República Argentina, cuyo texto constitucional fue inspirado en la Constitución de los Estados Unidos de América, y se trata, además, de un país federal, pero cuyo derecho común no proviene mayoritariamente del *common law*, sino del *civil law*.

Se pretende terminar, de esta forma, con una función centenaria, que escasamente había sido controvertida, como lo es la necesidad de control de legalidad de la Corte Suprema, respecto de las resoluciones de las cortes de apelaciones a nivel nacional; es decir, su función de tribunal de casación,<sup>3</sup> la cual

<sup>2</sup> El proyecto dice “infringir”, pero es más preciso usar la expresión “vulnerar”.

<sup>3</sup> Un ejemplo clásico de país no federal y de *civil law* se encuentra en Colombia. En el caso de la Corte Suprema de este país, además de la función esencial de ser tribunal de casación, se le entregan importantes facultades de juzgamiento, tales como:

significa además velar por la uniformidad de la jurisprudencia, requisito indispensable para la consecución de la igualdad ante la ley y, por tanto, la plena vigencia del Estado de derecho, función que es la más esencial a toda corte suprema de cualquier país en el mundo.

### III. LA TENSIÓN EN EL PROCESO CIVIL CHILENO ENTRE EL MÉTODO Y LA META

Cabe preguntarse, entonces, por qué se busca sustituir este tradicional método de unificación de la jurisprudencia.

A nuestro entender, siendo el proceso un método dialéctico de debate pacífico entre dos antagonistas, con objeto de descartar el uso de la fuerza ilegítima entre éstos, ante un tercero que heterocompondrá el litigio,<sup>4</sup> la respuesta puede encontrarse en la tradicional tensión entre los dos principales paradigmas que, en el ámbito del derecho procesal, pugnan por imponer sus ideas.

Estas corrientes de pensamiento que Andrea A. Meroi y Mario E. Chaumet denominan “paradigmas metodológicos” referidos al proceso, para enfatizar que un paradigma confiesa no poder conocer la meta y, consecuentemente, ensalza el método, en tanto que el otro declara conocer la meta y, consecuentemente, menosprecia el método,<sup>5</sup> siendo éstos el sistema dispositivo y el sistema inquisitivo, respectivamente.

Estos dos sistemas antagónicos de procesar pueden ser denominados, a la luz de la consideración metodológica que proponen los autores, como un

---

1. Juzgar al presidente de la República o a quien haga sus veces y a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el fiscal general de la nación, por cualquier hecho punible que se les impute (artículo 174 y 175, núm. 2 y 3).

2. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso.

3. Juzgar, previa acusación del fiscal general de la nación, a los ministros del despacho, al procurador general de la nación, al defensor del pueblo, a los agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los tribunales; a los directores de los departamentos administrativos, al contralor general de la República, a los embajadores y jefes de misión diplomática o consular, a los gobernadores, a los magistrados de tribunales y a los generales y almirantes de la fuerza pública, por los hechos punibles que se les imputen.

4. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el gobierno de la nación, en los casos previstos por el derecho internacional.

<sup>4</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, “El debido proceso”, *Gaceta Jurídica*, núm. 110, Santiago de Chile, 1989, p. 25.

<sup>5</sup> Meroi, Andrea A. y Chaumet, Mario E., “Paradigmas metodológicos del proceso en la Argentina”, *Boletín de Jurisprudencia*, Argentina, 3 de octubre de 2001, p. 2.

paradigma autodenominado garantista, uno de cuyos principales exponentes es Adolfo Alvarado Velloso, además de la casi totalidad del procesalismo penal argentino,<sup>6</sup> y un paradigma activista, cuyos principales cultores se encuentran en la llamada Escuela de La Plata con Augusto Mario Morello a la cabeza, seguido muy preponderantemente por el procesalismo civil, de entre quienes se destaca Jorge W. Peyrano.<sup>7</sup>

Resulta útil aquí recordar que el método es el camino para alcanzar algo que quiere obtenerse; esto es, una meta. De allí que, existiendo fuertes tensiones entre método y meta, no sorprende que lo propio ocurra con las maneras de concebir el proceso: ¿qué importa más? ¿El objeto —esto es, la solución del conflicto— o el camino para encontrarlo?<sup>8</sup>

Si se cree firmemente en la posibilidad de saber acerca del objeto, el método se relativiza. Si se descrea de la posibilidad de conocer el objeto o, inclusive, de poder transmitir lo conocido, el método adquiere mayor significado. Así, se ha dicho que “en el marco jurídico, en las épocas en que las metas fueron más fuertes y dominaron a los métodos, fue más fácil legitimar la búsqueda de la verdad mediante la tortura; cuando los métodos adquirieron más importancia propia, las formas y las garantías procesales tuvieron mayor significación”.

En consecuencia, la relación entre método y meta —más aún: la significación que demos a cada uno de ellos— es un presupuesto de muchas áreas de la cultura a la que no escapa el derecho y, por supuesto, a la que tampoco escapa una importante categoría jurídica: el proceso.<sup>9</sup>

Si analizamos el arsenal de instituciones publicistas y activistas que contiene el nuevo Código Procesal Civil de Chile, veremos que está casi completo. Facultades probatorias de oficio de los jueces, cargas probatorias dinámicas, ejecución provisional de la sentencia sin necesidad de caución, rol del juez como director del proceso —en su dimensión material— búsqueda de la verdad material o extraprocesal, procedimientos monitorios de plazos excesivamente breves, etcétera. Se echa de menos a la tutela anticipada y a las medidas autosatisfactivas, pero lo demás está casi completo.

Entonces cabe preguntarse por esta otra gran novedad que trae el proyecto de nuevo código: la introducción del mecanismo del *certiorari* en una Corte Suprema de carácter netamente continental.

---

<sup>6</sup> Se debe mencionar aquí a autores como Enrique Bacigalupo, José Caferrata Norres, Luis Darrichton, Julio Maier, Héctor Superti y Jorge Vázquez Rossi.

<sup>7</sup> Meroi, Andrea A. y Chaumet, Mario E., *op. cit.*, p. 2.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 2.



La respuesta está, creemos, en las diferencias que tradicionalmente han existido entre los dos sistemas jurídicos que existen en occidente, como son el sistema jurídico continental (*civil law*) y el sistema anglosajón del *common law*.

Dentro de las diferencias que presentan ambos sistemas, una de las fundamentales es la gran importancia que tiene en el último la decisión judicial.

Como bien recuerdan Meroi y Chaumet:

en nuestros días, al hilo de la globalización y la expansión del mercado, el derecho continental recibe cada día más la influencia jurídica anglosajona: muchos de los partidarios del activismo procesal abrevan en las fuentes del *common law* en búsqueda de mecanismos que satisfagan los requerimientos de eficacia, utilidad, pragmatismo.<sup>10</sup>

Sin embargo, es preciso alertar que la traspolación de respuestas jurídicas de una cultura a otra no siempre produce los mismos resultados.

Y es que no puede olvidarse que el activismo judicial encontrará una nueva fuente de alimentación si logra convertir a nuestra Corte Suprema en un tribunal de precedentes, lo que, por cierto, abrirá una ancha puerta al decisionismo, en un país que se ha caracterizado por marcado sistema jurídico continental, en el cual prima su afán de limitar la fuerza creadora de los jueces, radicalizando la importancia de someter el funcionamiento del sistema al papel de los poderes legislativos.

#### IV. CONCEPTO DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Según Miguel Ángel Ciuro Caldani, la designación “Corte Suprema de Justicia” identifica al órgano respectivo por su responsabilidad última de realizar ese valor, diferenciándose, por ejemplo, de lo que sería una corte suprema de derecho o de legalidad. La Corte Suprema de Justicia se diferencia asimismo de una corte de casación, con la cual puede coincidir en parte, pero se distingue por las respectivas finalidades de valor y de control de sentencias que se expresan en las denominaciones pertinentes. Hacer justicia es diverso a casar sentencias, aunque para hacer justicia resulte a veces necesaria la casación. La noción de Corte Suprema de Justicia corresponde en mucho al desarrollo de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, establecida en 1787, pero desarrollada, en muy significativos aspectos, gracias a la obra de jueces ilustres como John Marshall, quien ocupó su ministerio desde 1801 a 1835.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Meroi, Andrea A. y Chaumet, Mario E., *op. cit.*, pp. 10 y 11.

<sup>11</sup> Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Comprensión jusfilosófica de la tareada una corte suprema de justicia”, *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, núm. 15, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1992, p. 16.

La designación “Corte Suprema de Justicia” ayuda también, agrega Ciuro Caldani, a reconocer su ubicación en el régimen del Poder Judicial de un país. La Corte Suprema tiene “tribunales inferiores y es el nivel más alto de la administración de justicia. En la división de poderes que se ha hecho más tradicional, paralelos al Poder Judicial, que ella encabeza, deben comprenderse el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo”.<sup>12</sup>

Señalados estos conceptos básicos, resulta preciso mencionar que las funciones específicas de una corte suprema, o suprema corte o tribunal supremo, órgano máximo de administración de justicia en cualquier país, y que puedan permitir alcanzar el valor justicia, son fundamentalmente dos, según —entre otros factores— si el país donde funciona es un Estado unitario o federal.

En efecto, para saber qué modelo de Corte Suprema tiene cada país, se suele distinguir si su derecho proviene del *common law* o del *civil law*.

Creemos que si bien este criterio es muy útil, el factor que origina los distintos modelos de supremos tribunales es su Estado unitario o federal.

Habitualmente en los países que tienen un Estado unitario, la Corte Suprema actúa como corte de casación o tribunal de casación; es decir, como un encargado de conocer y resolver los recursos de casación,<sup>13</sup> función que habitualmente corresponde al tribunal de más alta jerarquía de un país. La casación tiene como objeto dos cuestiones fundamentales: ejercer el control de la legalidad y mantener la uniformidad de la jurisprudencia. La denominación “corte de casación” es habitual en los países de influencia francesa, así como en los de influencia española.

Por otro lado, en los países que tienen un Estado federal, la Corte Suprema es un órgano que ejerce las funciones de un tribunal de última instancia o grado, ejerciendo el control máximo de constitucionalidad de las leyes, interpretando la Constitución y otras normas de rango infralegal, velando además por la uniformidad de la jurisprudencia de los tribunales inferiores, en el control de la constitucionalidad que estas mismas efectúan.

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>13</sup> El recurso de casación se lo define tradicionalmente como un recurso extraordinario que tiene por objeto anular una sentencia judicial que contiene una incorrecta interpretación o aplicación de la ley o que ha sido dictada en un procedimiento que no ha cumplido las solemnidades legales; es decir, por un error *in iudicando*, o bien, error *in procedendo*, respectivamente. Su fallo le corresponde a la corte de casación de un país, habitualmente al de mayor jerarquía, como el Tribunal Supremo o Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, en ocasiones también puede encargarse del recurso un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior o en su caso uno específico.

Como ya dijimos, es el caso de Argentina, Estados Unidos, Inglaterra, entre otros.

Algunos países siguen el modelo estadounidense de su Corte Suprema, mientras que otros siguen el modelo austriaco de un tribunal constitucional separado. Además, en algunos países no se utiliza la expresión Corte Suprema para designar a sus tribunales de más alta jerarquía. En otros países se utiliza la expresión tribunal o corte de casación para nombrar los tribunales superiores encargados de esta función.

También resulta frecuente que en ciertos países, el control de constitucionalidad se encuentre compartido entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. Esto ocurre frecuentemente en España y Latinoamérica.

#### V. LA CASACIÓN COMO FIN FUNDAMENTAL DE LAS CORTES SUPREMA EN LOS PAÍSES DEL *CIVIL LAW*

En su evolución histórica, la casación se ha estructurado en función de procurar, con distintos énfasis, la satisfacción de dos fines distintos: uno público y otro privado. Por una parte, el *ius constitutionis*, es decir, un fin público de nomofilaquia o protección del ordenamiento jurídico y por el otro el *ius litigatoris*, relativo a la tutela del derecho de la parte recurrente o composición del caso concreto.

Una manifestación de la vocación pública del recurso —de la que se sirve toda sociedad— es la de generar la uniformidad de la doctrina jurisprudencial, en tanto la última palabra la expresa un órgano jurisdiccional único, en este caso el más alto tribunal de la República. Esa uniformidad actúa en beneficio de cautelar un bien preciado por el derecho, como la certeza y la seguridad jurídicas derivadas de la aplicación coherente y sistemática de una misma interpretación jurídica para comparables hipótesis fácticas, y hacer realidad a favor del justiciable la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

#### VI. RASGOS FUNDAMENTALES DE LAS CORTES SUPREMAS EN LOS PAÍSES DEL *COMMON LAW*

En estos países, todas las cortes supremas desarrollan una función de control de la legalidad constitucional. Ciertamente, esta función es desarrollada con modalidades y técnicas muy diversas, pero esa es su función más importante.

Otro de los rasgos más comunes en las cortes supremas de los países del *common law* o de Estados federales es la utilización del *certiorari*; esto es, una

presentación directa a la Suprema Corte para que ésta requiera a un tribunal inferior el envío de la causa para su posterior examen. La competencia de la Corte en estos casos no es obligatoria, como en el *writ of appeal*, debido que el Tribunal Superior posee facultades discrecionales para acceder o denegar la petición.

Sin embargo, además de estos países, el *certiorari* ha comenzado a aparecer en algunos países de derecho continental, como Alemania y Argentina. Estos dos ejemplos poseen las características comunes de ser países federales, los cuales tienen a nivel provincial o estatal al menos tres grados o niveles jurisdiccionales antes de la Corte Suprema de Justicia de cada país, aunque en Alemania el equivalente a este órgano es su Tribunal Constitucional.

Resulta necesario, entonces, revisar cómo funciona el recurso del *certiorari* en los países que lo utilizan, para poder determinar si resulta conveniente su aplicación en Chile.

Utilizaremos dos casos para este análisis. En primer lugar el de Argentina, país en el cual el *certiorari* es de creación relativamente reciente. Atendida la cercanía de esta nación con nuestro país y similitud de su derecho, resulta necesario referirse al mismo. En segundo lugar, revisaremos el caso de Estados Unidos de América, por tratarse, sin duda, del más representativo de los países del *common law*.

## VII. EL USO DEL *CERTIORARI* EN ARGENTINA

Resulta conveniente, como ya dijimos, por su cercanía con nuestro país, analizar brevemente al caso de Argentina, nación cuyo derecho proviene del *civil law*, pero que está organizado políticamente como un país federal.

En esta nación el uso del *certiorari* es relativamente nuevo. Sólo en 1989, con la publicación de la Ley 23.774 que modificó los artículos 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCCN), se introdujo una modificación al recurso extraordinario.

No cabe duda que su incorporación se debió a la necesidad de poder dotar de eficiencia a la Corte Suprema que no lograba conocer adecuadamente las miles de causas que anualmente la saturaban.

El artículo 280 del CPCCN señala que "...La Corte, según su sana discreción, y con la sola innovación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia...". El artículo 285, por su parte, establece que "...Si la queja fuere por denegación del recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recurso en los su-

puestos y forma previstos en el artículo 280, párrafo segundo... desestimar la queja sin más trámite”.

Según señala Eduardo Oteiza, la Ley 23.744 hizo prever un cambio en el rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El único motivo fundante

de tal transformación consistía en dejar un mayor margen de maniobra a los efectos de desechar las cuestiones que por su falta de repercusión general no se hicieran merecedoras del Trabajo del Tribunal. La propia Corte en la disidencia del caso “Ekmekdjian”, luego reafirmada por la mayoría en el precedente “Serra”, permiten encontrar fallos en los cuales no es posible inferir en qué medida la cuestión debatida reviste gravedad en términos institucionales o supera el interés de las partes en conflicto. Al mismo tiempo se advierte que cuando la mayoría decide aplicar el artículo 280 y la minoría entra al examen de la procedencia del recurso, ni una ni otra se preocupan de decir qué pautas permiten sustentar el interés en el caso.<sup>14</sup>

Agrega que la “falta de definiciones ha ido deslegitimando el uso de la herramienta ya que la Corte no ha ido fijando reglas claras sobre qué cuestiones son dignas de su atención”.<sup>15</sup>

En este sentido, la sana discreción debe ser tratada con sumo cuidado para no dejar margen a la inseguridad que hoy pareciera estar presente.

No obstante esta crítica, no se opone la utilización de esta institución, al igual que otra doctrina señala, optimista, que ha llegado al derecho argentino para quedarse. Entre estos autores debe señalarse a Augusto Morello.<sup>16</sup>

Con lo dicho, creemos haber demostrado la complejidad que reviste implementar el *certiorari* en cualquier país, especialmente si su derecho no proviene del *common law*.

Pero, a nuestro juicio, no es este el principal problema, porque bien podría ocurrir que el sistema estuviera funcionando correctamente y los operadores se encontraran satisfechos con el mismo.

La gran diferencia de la justicia en Argentina con Chile es que éste es un país federal y, en consecuencia, cada provincia presenta al menos tres grados o instancias de control jurisdiccional, donde además juega un papel muy importante la justicia federal, que actúa con la competencia propia en forma paralela a la provincial.

---

<sup>14</sup> Oteiza, Eduardo, “El *certiorari* o el uso de la Corte Suprema de Justicia, sin un rumbo preciso”, *Revista de Derecho de la Universidad de Palermo*, Argentina, año 3, núm. 1, abril de 1998, p. 84.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>16</sup> Morello, Augusto, *Admisibilidad del recurso extraordinario. El certiorari según la Corte Suprema*, Buenos Aires, Editora Platense, 1997.

Veamos brevemente cómo está organizado este doble sistema.

De acuerdo con el artículo 116 de la Constitución, corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, las leyes nacionales, salvo los casos que corresponden a la justicia provincial, y los tratados internacionales; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la nación argentina sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

Dichas causas deben resolverse únicamente ante el fuero federal. Actuando, en tal situación, la Corte Suprema de Justicia como tribunal de apelación, si fuera el caso.

### 1. *La Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Esta es el máximo tribunal de justicia del país. La Corte tiene competencia originaria sobre determinadas materias que se encuentran reguladas en el artículo 117 de la Constitución, entre ellas las referentes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y también los juicios entre provincias argentinas. Con la competencia originaria se alude a que cualquier caso judicial que contenga esos elementos deberá ocurrir directamente a la Corte Suprema como órgano judicial decisor.

Es la última instancia decisoría por vía de apelación (a través de un recurso extraordinario federal), si el caso suscitara una cuestión federal, que traiga aparejada la necesidad de decidir en un conflicto suscitado entre dos leyes de igual o diferente rango o respecto de tratados internacionales.

Además, es importante decir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, atendidas sus facultades, actúa también como tribunal constitucional.

El territorio del país se encuentra dividido en 17 jurisdicciones federales, que intervienen en los asuntos sobre materia federal que ocurran en sus jurisdicciones.

### 2. *Justicia provincial*

Cada una de las provincias de Argentina, basándose en la autonomía reconocida por la Constitución nacional en su artículo 5, establece la administración y organización de la justicia ordinaria dentro de su territorio.

Es por ello que en Argentina hay una organización judicial distinta en cada una de las provincias. Dicha organización es creada de acuerdo con cada una de las Constituciones provinciales.

Cada provincia regula su sistema procesal, dictando sus propios códigos de procedimiento, aunque aplican —con diferencias de criterio adecuadas a las condiciones sociales, económicas o culturales locales— el mismo derecho de fondo o material. Así, con 24 diferentes normativas procesales, siempre se aplica el mismo código civil, comercial, penal, derecho supranacional, tratados internacionales, etcétera.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) posee un régimen especial. Hasta la reforma constitucional de 1994, la justicia en la entonces llamada Capital Federal era administrada directamente por la nación. Luego de la reforma, que otorgó autonomía a la CABA, y de la sanción de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, la nación comenzó la transferencia de los fueros nacionales a la justicia local. A partir de 2009, el Poder Judicial de la CABA está dividido en: 1) Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario, y 2) Justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas. Ambos fueros dictan sus propios códigos procesales, pero aún restan varios fueros por transferir, entre ellos Civil, Comercial y del Trabajo.

Algunas provincias siguen líneas de organización más cercanas a la jurisdicción federal, otras siguen líneas que suelen calificarse de “más progresistas”, como ser: proceso penal bilateral, investigación a cargo de la fiscalía, jurados mixtos y populares —según la gravedad del delito—. Mayor inmediatez y simplificación de las formas para hacer una justicia más accesible al público. El procedimiento puede ser oral o escrito, ya que se trata sólo de una regla procesal y no de un principio.

La mayoría de las justicias provinciales están divididas en:

- juzgados de primera instancia y juzgados de paz;
- cámaras de apelaciones, y
- corte suprema de cada provincia.

Esta última es el máximo tribunal provincial, y su nombre varía según la jurisdicción. A modo de ejemplo, encontramos la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires o el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos.

Veamos ahora cómo funcionan los tribunales estadounidenses.

### 3. *Características de los tribunales de Estados Unidos de América*

#### A. *Existencia de múltiples sistemas de tribunales, cada uno independiente de los demás.*

Lo primero que debe señalarse

es que los tribunales estadounidenses no constituyen una sola estructura judicial o gubernamental. De hecho, no existe un sistema judicial estadounidense único. Hay, en cambio, múltiples sistemas, cada uno independiente de los demás. También existen múltiples fuentes del derecho estadounidense. Los tribunales de un sistema con frecuencia deben aplicar e interpretar la jurisprudencia generada en otro sistema. Además, frecuentemente en un mismo caso hay jurisdicción concurrente de dos o más sistemas judiciales. Estas y otras circunstancias se combinan de modo tal que el orden jurídico de los Estados Unidos es extraordinariamente complicado.<sup>17</sup>

La gran frontera divisoria en el sistema judicial de los Estados Unidos

es la línea que divide lo estatal de lo federal. Esta división deriva de la Constitución de los Estados Unidos, conforme la cual el gobierno federal que fue creado en 1789 con el fin de “formar una Unión más perfecta” entre los estados existentes. El gobierno federal y los gobiernos estatales coexisten, con una amplia gama de facultades delegadas al primero y todas las demás reservadas para los segundos. Cada uno de estos niveles de gobierno tiene su propio sistema de tribunales, autónomo y autosuficiente.<sup>18</sup>

#### B. *El conjunto de tribunales federales y estatales*

Los tribunales federales y estatales operan como un poder gubernamental separado, independiente de los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Al igual que la mayor parte de los países occidentales, la división doctrinal de poderes —en virtud de la cual toda la autoridad gubernamental debe estar dividida en tres poderes: el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial— está presente en todas las estructuras gubernamentales de los Es-

---

<sup>17</sup> Meador, Daniel John, *Los tribunales de los Estados Unidos*, México, Pereznieto Editores, 1995, p. 2.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 3.



tados Unidos. En consecuencia, el conjunto de tribunales federales y estatales opera como un poder gubernamental separado, independiente de los poderes Legislativo y Ejecutivo.

C. *La doctrina de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes o judicial review*

Otra característica distintiva de los tribunales estadounidenses es la doctrina de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes o *judicial review*. Según ésta, un tribunal tiene facultad para decidir si una ley o cuerpo legal es contrario a la Constitución —ya sea la federal, es decir, la de la nación o bien, a la Constitución de un estado dentro del país— estatal y, en consecuencia, inaplicable. Del mismo modo, los tribunales también tienen poder para decidir si los actos de autoridad del Poder Ejecutivo son inconstitucionales.<sup>19</sup>

D. *Inexistencia de tribunales constitucionales especiales: control difuso de constitucionalidad*

La facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma puede ser realizada por cualquier tribunal, sea civil o penal. Por esto, se dice que en Estados Unidos no existen tribunales constitucionales. De esta forma, “cualquier tribunal, estatal o federal, puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley o de un acto del Ejecutivo, estatal o federal, siempre y cuando esto sea necesario para la resolución del caso que se trate. Los

---

<sup>19</sup> La *judicial review*, o revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, surge en los Estados Unidos, concretamente en 1803, con la célebre sentencia del Supremo Tribunal Federal bajo la presidencia y ponencia de John Marshall, *Chief of Justice*, en el *leading case* *Marbury vs. Madison*, pronunciada en un *writ of mandamus*, cuando se dejó sentado el principio de que el Poder Judicial podía y debía controlar la aplicación concreta de una ley a un caso concreto cuando esta ley, a criterio del juez del caso, sea contraria a la Constitución. Este es el sistema de control constitucional, también conocido como “sistema americano de control de la constitucionalidad”, y en donde se “descubre” —pues el texto de la Constitución estadounidense no lo contemplaba, ni lo contempla, expresamente— que los jueces del Poder Judicial tienen el poder de declarar, en un caso o controversia concreta sometida a su juzgamiento, si una ley del Congreso, la misma que resulte de necesaria aplicación en dicho caso, es o no constitucional, de esto significa que tal facultad nace sólo dentro del Poder Judicial, es una consecuencia del accionar del Poder Judicial y únicamente es aplicable en una controversia específica, real y concreta, donde los márgenes de la declaración judicial de inconstitucionalidad no van más allá del caso de que se trate.

tribunales estatales tienen que aplicar tanto la Constitución estatal como la Constitución federal; si existe un conflicto entre ambas, la Constitución federal prevalecerá”.<sup>20</sup>

E. *El aumento de las apelaciones y la creación de asistentes para los jueces*

Otro fenómeno, que desde luego es común a cualquier sistema judicial, ha sido el elevado incremento de apelaciones, lo cual ha hecho necesario implementar dos tipos de soluciones.

La primera, ha sido el empleo de abogados de oficio, que son abogados al servicio del tribunal como entidad para examinar las apelaciones con anticipación, preparar informes sobre los casos y, ocasionalmente, para elaborar borradores de las opiniones propuestas.

Estos abogados de oficio no son los mismos que los asistentes legales, los que trabajan directamente con jueces individuales. Los abogados de oficio se sitúan en un nivel intermedio, que permite procesar y preparar las apelaciones que deberán ser conocidas por los jueces.

Una segunda solución ha sido la introducción de procedimientos abreviados. Se le ha dado esta tramitación a las apelaciones consideradas relativamente simples. Sus características son la posibilidad de prescindir de argumentos orales, e incluso de la reunión formal de los jueces. De esta forma, el tribunal se basa principalmente en los alegatos escritos por los abogados o informes preparados por los equipos correspondientes. En este tipo de casos la opinión acerca del razonamiento de los jueces será sucinta y sin mayores debates.

Los casos más difíciles y complicados, por otro lado, se encaminan por el proceso tradicional de apelación; es decir, argumentos orales, con contradicción de parte, concurrencia de jueces colegiados, opinión plenamente fundada, etcétera.

Sin embargo, en general, en muchos tribunales de apelación, más de la mitad de las apelaciones se deciden sin alegato oral, y un número importante se decide a través de una breve declaración por escrito que da poca o ninguna explicación sobre la decisión. La mayoría de estas decisiones no se publican en los informes, porque no se trata de decisiones constitutivas de precedentes.

---

<sup>20</sup> Meador, Daniel John, *op. cit.*, p. 16.

## VIII. ESTRUCTURA DE LOS TRIBUNALES EN ESTADOS UNIDOS

### 1. *Tribunales estatales*

#### A. *Tribunales de primera instancia a nivel estatal*

En primer lugar, existen los tribunales de primera instancia, denominados tribunales de juicio (*trial courts*). Estos son los tribunales de menor nivel en todos los sistemas estatales, y forman la base de la pirámide judicial. Son los tribunales más numerosos, y en conjunto son los que tienen más jueces y casos. Están distribuidos a través de las ciudades y condados de los estados.

Estos tribunales tienen competencia para conocer de asuntos de naturaleza civil, además de las causas penales que inicia el Estado. Son tribunales de primera instancia.

#### B. *Tribunales intermedios de apelación*

En los inicios de la nación, cuando se había independizado de Gran Bretaña, en cada estado existía un tribunal superior denominado Corte Suprema, el cual era el único tribunal de apelación a nivel estatal. Esta Corte tenía la jurisdicción sobre todas las apelaciones de los tribunales de juicio al interior de cada estado. Sin embargo,

a finales del siglo XIX, en algunos estados la creciente afluencia de litigios empezó a exceder la capacidad de su única Corte Suprema. En respuesta, las legislaturas empezaron a crear tribunales intermedios de apelación. Estos tribunales fueron insertados como un nuevo nivel judicial entre los tribunales de juicio de jurisdicción general y la Corte Suprema. Aunque el nombre que se dio a estos tribunales varía, el título más común es tribunal de apelaciones. Habiendo transcurrido buena parte del siglo XX, sólo una minoría de estados había establecido tales tribunales. El movimiento para crearlos se aceleró después de la Segunda Guerra Mundial. Hoy en día 38 estados tienen tribunales intermedios de apelación.<sup>21</sup>

El objetivo principal al establecer este nuevo nivel judicial era incrementar la capacidad de apelaciones del sistema judicial. En la mayoría de los estados, los tribunales intermedios han sido diseñados para enfrentar la

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 9.

gran cantidad de apelaciones, es decir, para actuar como mecanismos de filtrado o selección del sistema de apelaciones. La Corte Suprema estatal se restringe, de esta manera, para tomar únicamente las decisiones de los casos más importantes, que suelen ser aquellos de importancia para la ley y la administración de justicia, y no solamente de interés para los litigantes.

Los estados han establecido el nivel intermedio de apelaciones en varias formas. Algunos tienen un solo tribunal de jurisdicción en todo el estado, donde se determinan las apelaciones, tanto civiles como penales, de los tribunales de juicio del estado.

En otros estados existen múltiples tribunales intermedios, organizados en distritos geográficos, cada uno con jurisdicción sobre las apelaciones dentro de sus respectivos distritos. En unos cuantos estados, el nivel intermedio está dividido por materias, más que por límites territoriales. Alabama, por ejemplo, tiene su Tribunal de Apelaciones para los casos civiles y otro para los casos penales. Pennsylvania tiene Tribunal de Apelaciones para casos que involucran agencias administrativas y entidades del gobierno local, y otro para las apelaciones de todos los demás casos.<sup>22</sup>

### *C. La Corte Suprema de cada estado, Tribunal Superior de Justicia o de último recurso*

En el vértice de la pirámide judicial de cada estado se encuentra el Tribunal Superior de Justicia o de último recurso, generalmente denominado Corte Suprema. Prácticamente no existen excepciones en el empleo de esta terminología. En Nueva York y Maryland, el tribunal superior se llama Tribunal de Apelaciones, y en Massachusetts y Maine se conoce como Suprema Corte Judicial. En Texas y Oklahoma hay dos tribunales de último recurso: la Corte Suprema (para los casos civiles) y la Corte de Apelaciones Penales (para los casos en esta materia). La mayoría de los tribunales estatales de último recurso tienen siete jueces, normalmente llamados “magistrados”. El tribunal más pequeño tiene tres, y el más grande, nueve magistrados. En algunos estados estos tribunales funcionan de forma colegiada, sin que necesariamente participen todos sus miembros. Sin embargo, en la mayoría de los estados el tribunal funciona como una unidad cuando está en proceso o cuando analiza las apelaciones.

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 15.

## 2. *Tribunales federales*

### A. *Tribunales de distrito*

Con el fin de distribuir territorialmente el Poder Judicial federal, el Congreso ha dividido a los Estados Unidos y sus territorios en 94 distritos judiciales federales. Cada estado tiene por lo menos uno de estos distritos. En los estados más grandes y densamente poblados existen varios distritos, que son identificados geográficamente, por ejemplo: el distrito sur de Nueva York. Salvo contadas excepciones, ningún distrito judicial rebasa los límites estatales.

En cada distrito hay un juzgado o tribunal de distrito de los Estados Unidos. Estos 94 juzgados o tribunales son los más importantes del Poder Judicial federal. Cada uno de éstos tiene por lo menos dos jueces, y muchos tienen varios. En los distritos más poblados el tribunal tiene más de 24 jueces. Puesto que cada distrito cubre a un estado entero, o gran parte de éste, el tribunal celebra sesiones normalmente en varias ciudades del distrito.

Sólo por poner un ejemplo: el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el distrito oriente de Virginia, que abarca la mitad oriental del estado, reside en Richmond, Norfolk y Alexandria.

### B. *Tribunales de apelaciones federales o circuitos judiciales*

Además de haber creado los 94 distritos como unidades de organización de tribunales de primera instancia o tribunales de juicio, el Congreso también ha establecido trece circuitos judiciales federales como una base para la estructura de los tribunales federales intermedios. En cada circuito hay un tribunal de apelaciones, oficialmente llamado tribunal de apelaciones de los Estados Unidos para ese circuito. Once de los circuitos están enumerados y organizados en una base territorial, cada uno de los cuales abarca varios estados. El cuarto circuito, por ejemplo, incluye a los estados de Maryland, Virginia, Virginia del Oeste, Carolina del Norte y Carolina del Sur.

El Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia únicamente comprende al distrito de Columbia. El tribunal de apelaciones en cada circuito geográfico tiene jurisdicción sobre apelaciones de los tribunales de distrito dentro de su circuito, tanto en los casos civiles como en los penales. Estos tribunales también tienen jurisdicción para revisar órdenes de las principales dependencias administrativas federales, aunque en la práctica la mayoría de la revisión de órdenes de estas dependencias está concentrada en el circuito del distrito de Columbia.

### 3. *La Corte Suprema de los Estados Unidos*

Como hemos explicado, en esta nación, que además es federal, existen numerosos tribunales intermedios entre la Corte Suprema y el tribunal de primer grado, que permiten cumplir la función del control de la ley. Éstos van desde los tribunales de primera instancia, pasando por cortes de apelaciones y terminando en cortes suprema en cada estado, sin considerar tribunales federales y otros.

Esto permite que la Corte de Estados Unidos se componga sólo de un juez presidente (*chief justice*), y de ocho jueces asociados (*associate justices*).

La Corte posee la facultad de revisión judicial y la facultad de declarar inconstitucionales leyes federales o estatales y actos de los poderes ejecutivos federales y estatales.

Atendidas estas funciones, la Corte Suprema de este país se ha caracterizado por actuar como un garante de la Constitución, ejerciendo un control de constitucionalidad propia de un tribunal constitucional. Tema aparte es que se le critica por tener un rol casi de legislador, al ir más allá de la labor de interpretación creando nuevas normas jurídicas.

Tan clara es esta función, que la doctrina en Estados Unidos considera que el papel de máximo tribunal lo cumple en otros países, como Alemania, el Tribunal Constitucional, y no la Corte Suprema, que conoce la jurisdicción ordinaria, comúnmente civil y penal.

### 4. *Fundamentos para la introducción del certiorari en Chile*

En la vasta existencia de tribunales existente en países como Estados Unidos, a nivel estatal y federal, puede comprenderse como tribunal de control de legalidad y entregarle únicamente el control de uniformidad de la jurisprudencia a través del mecanismo del *writ of certiorari*.

Si se analiza la amplia variedad de tribunales existentes en otros países federales o del *common law*, podrá llegarse a idéntica conclusión.

Quizá una excepción a esta regla sea la de Alemania, país en el cual el Código Procesal Civil Alemán (ZPO, por sus siglas en alemán) contempla un *certiorari* tanto a nivel de tribunales apelaciones “cuando la materia de derecho no tiene ningún significado fundamental”, como en el *Oberlandesgericht* cuando conoce del recurso de revisión, equivalente al recurso de casación del *civil law* o el *judicial review* del *common law*.

Sin embargo, en estos países no parece haber otra opción, atendido el alto volumen de varios miles de causas que se les solicita conocer anualmente.

Esta razón se ha dado también en Chile. El desbordamiento de causas de que debe conocer nuestra Corte Suprema hace lógico y comprensible, pero no totalmente justificado, que se quiera introducir este mecanismo en Chile.

Quienes postulan la introducción del *certiorari* señalan que se debe optar entre una justicia de menor calidad —porque la gran cantidad de recursos no permite otro resultado superior— o una justicia que satisfaga plenamente el objetivo de uniformidad en la jurisprudencia.

## 5. Conclusión

Hemos destinado un número extenso de páginas en este trabajo para demostrar la complejidad de los distintos grados y sistemas existentes al interior del Poder Judicial dentro de un país federal, que permiten darle a las cortes supremas o tribunales máximos de estos países una función centrada, casi exclusivamente, en el *ius constitutionis*; es decir, en su finalidad pública de uniformar la jurisprudencia.

Creemos, entonces, que en países como Chile no es posible prescindir del *ius litigatoris* como función de la Corte Suprema, la cual debe ser combinada con el *ius constitutionis*, labor que sin duda es ardua, razón por la cual resulta necesario introducir cambios legislativos, que analizaremos en este trabajo.

## IX. INTENTOS ANTERIORES POR INTRODUCIR UN WRIT OF CERTIORARI EN CHILE

No es una idea nueva. En 1995, al discutirse una serie de modificaciones al CPC, que afectaron especialmente al recurso de casación, surgió en el Congreso la idea de que cada Sala de la Corte, por la unanimidad de sus integrantes, pudiera desechar los recursos de casación en el fondo cuando éstos carecieran de *relevancia jurídica* (expresión análoga, como puede verse, a *interés público*).

Varios parlamentarios, entre otros José Antonio Viera Gallo, y especialmente Olga Feliú, se opusieron a este cambio, argumentando que implicaba entregar buena parte del “derecho a la acción” al arbitrio de una Sala de la Corte. En ese contexto, Feliú propuso que se remplazara esa poco feliz expresión por la de “manifiesta falta de fundamento”, tomada del profesor

Piero Calamandrei. La idea era que las salas de la Corte pudieran filtrar los recursos infundados y con defectos graves; no que pudiera decidir arbitrariamente qué conocer y qué no, según un criterio tan abstracto como la “relevancia jurídica”.

El Congreso introdujo en el texto del artículo 782 ambas expresiones. Suscitada cuestión de constitucionalidad sobre este punto, el Tribunal Constitucional falló que efectivamente la posibilidad de que una Sala de la Corte rechazara arbitrariamente y sin oír a las partes el recurso de casación, por carecer de relevancia jurídica, era inconstitucional.

Al artículo 359 del proyecto pueden formularse los mismos reparos: entregar a tres ministros de la Corte Suprema la facultad de denegar el derecho a la acción, cuando una de las partes considera que una sentencia se ha dictado con infracción de ley es ir demasiado lejos en la búsqueda de economía procesal.

Razonable es establecer exámenes de admisibilidad de los recursos, como es en la actualidad la facultad de rechazar la casación por manifiesta falta de fundamentos —aun sin oír primero al recurrente—. Ciertamente es que en numerosas oportunidades la Corte ha abusado de éstos, razón por la cual debe ser perfeccionada.

Pero la facultad establecida en el artículo 359, como *certiorari*, se parece demasiado a la denegación de justicia. Creemos que en este debate debe primar el derecho a la acción —el *ius litigatoris*— por sobre criterios de eficiencia.

Sólo de esta forma quedará resguardado el control de legalidad de las sentencias de todas las cortes de apelaciones del país, en aspectos tan sensibles como la infracción de las normas de procedimiento o los errores de derecho en que hayan incurrido tales fallos.

De la misma forma, si se establece un mecanismo selectivo adecuado, perfeccionando el trámite de admisibilidad del recurso de casación y fundamentalmente, dando valor obligatorio a la jurisprudencia de las sentencias que pronuncia la Corte Suprema, en pleno, se asegurará el *ius constitutionis*.

Al tema del valor obligatorio que debe tener la jurisprudencia del máximo tribunal nos referiremos en otro apartado de este trabajo.

Tales son las finalidades esenciales del recurso de casación que se pretenden suprimir, razón por la cual nos oponemos completamente a su eliminación y remplazo por el llamado recurso extraordinario.



## X. LA NECESIDAD DE EXPLICITAR A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA COMO LEY OBJETO DEL RECURSO

Importa destacar que

en nuestro actual ordenamiento constitucional se ha partido por consagrar, de manera explícita y sin ambigüedad, el reconocimiento de la naturaleza humana como base de los derechos más fundamentales. Por lo mismo, puede con certeza afirmarse que los principios que derivan de esta fuente se han “positivizado” o “tipificado” en el sistema jurídico nacional. Una clara evidencia de ello —además esencial en razón de su contenido y proyección— nos la suministra el texto del artículo 5o. de la Constitución Política, el cual, directamente y sin eufemismos, prescribe que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”; derechos éstos a partir de los cuales es posible colegir, a su vez, un conjunto de principios que concretizan una efectiva protección de la persona.<sup>23</sup>

A este respecto, se ha fallado por el Tribunal Constitucional que “los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y a la Constitución, razón por la cual ésta no los crea sino que los reconoce y asegura”.

Por otro lado, atendidos los antecedentes que forman parte de la génesis del texto superior, se puede deducir que el reconocimiento, y consecuente primacía, de tales derechos esenciales se extiende tanto a aquellos que se han consagrado explícitamente en su texto —o en los tratados internacionales ratificados por Chile— como a aquellos otros que no obstante carecer de tal manifestación son igualmente inherentes a la condición de persona. En este contexto, otro antecedente importante de destacar se refiere al complemento posterior de esta misma norma, en cuya virtud se agregó el inciso conforme al cual “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

De esta manera, es evidente que el artículo 5o., en su actual configuración, deja de manifiesto la unidad del ordenamiento jurídico, en el sentido de que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana son parte del ordenamiento como un todo y, por ende, se encuentran garanti-

---

<sup>23</sup> Alcalde Rodríguez, Enrique, “Creación judicial de derecho y garantías constitucionales”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, núm. 2, vol. 28, 2001, pp. 459-465.

zados por las normas jurídicas de creación estatal, sea cual fuera su origen o la potestad de quien las dicte, incluido, naturalmente, el Poder Judicial.

Y ello sin esperar, a diferencia de lo que se estimó en el pasado, que las normas jurídicas inferiores desarrollen el contenido de este tipo de “declaraciones”. Tal conclusión no sólo resulta de lo dispuesto por el segundo inciso del artículo 6o. de la carta política, sino que ha sido también reconocida explícitamente por nuestro Tribunal Constitucional en diversas oportunidades. Con todo, lo esencial del precepto se refiere al hecho de que la circunstancia de atribuir a los jueces la facultad de aplicar directamente los principios de que da cuenta el texto constitucional (y entre ellos la piedra angular que representa su artículo 5o.) implica que en nuestro ordenamiento jurídico se haya abierto un cauce para la creación judicial del derecho.

En efecto, desde el momento en que nuestra Constitución rompió las cadenas que la mantenían estoicamente atada a la teoría política, la posición que ha pasado a tener entre las fuentes del derecho la sitúa en un lugar de privilegio; y ello no sólo por la obvia supremacía que ocupa dentro de la jerarquía de las normas, sino que en razón de haber “positivizado” una determinada concepción del hombre y de la sociedad, la cual ha permitido a los tribunales interpretar la legislación a la luz de tal concepción.

De aquí, entonces, que sea más apropiado hablar de la casación como un control de la juricidad más que de la legalidad, puesto que los preceptos constitucionales señalados han permitido dejar atrás la exégesis judicial que por mucho tiempo existió en el mundo del *civil law*.

## XI. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO

Sin duda, el *writ of certiorari* aparece como un mecanismo atractivo para solucionar el desbordamiento de recursos que debe conocer la Corte Suprema en nuestro país.

Ya hemos dado las razones para oponernos a este mecanismo. Por lo que nuestra propuesta apunta a hacer obligatoria la jurisprudencia de la Corte Suprema, cumpliéndose para esto ciertos requisitos.

En efecto, mientras no se modifique el artículo 3o. del Código Civil,<sup>24</sup> el cual dispone que sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio, y que las sentencias judiciales no tienen

---

<sup>24</sup> Algunos afirman que resulta imposible obtener una unificación de las sentencias, salvo en el derecho laboral, porque ahí hay texto expreso que lo permite, olvidando que en la casación civil también se contempla un recurso de unificación de jurisprudencia.

fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronuncie.

En virtud de esta norma, no se puede obligar a ningún juez a que falle conforme a lo que decide la Corte Suprema en una causa distinta. Esto que muchos llaman independencia interna de los jueces es lo que ha impedido que se produzca uniformidad en la jurisprudencia, ya que los magistrados de primera instancia y los jueces — ministros — de las cortes de apelaciones del país no están obligados a seguir la jurisprudencia del máximo tribunal, razón por la cual el carácter de fuente del derecho que se le atribuye a esta jurisprudencia resulta bastante ficticio.

Incluso dentro de la propia Corte Suprema se produce este problema, ya que las salas cambian de criterio muchas veces debido a un cambio de conformación de las mismas al integrarse con otros jueces, proceso que — por razones de las más diversas índole — se va produciendo en forma permanente. Estos jueces — ministros — pueden, naturalmente, ver de otra manera un mismo caso y, en consecuencia, aplicar otro criterio distinto.

Ello no obstante que existe un recurso de unificación de la jurisprudencia en materia de casación civil, el cual está contemplado en el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil.

En virtud de esta norma, interpuesto el recurso de casación en el fondo,

cualquiera de las partes podrá solicitar, dentro del plazo para hacerse parte en el Tribunal *ad quem*, que el recurso sea conocido y fallado por el pleno del Tribunal. La petición sólo podrá fundarse en el hecho de que la Corte Suprema, en diversos fallos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho que ha sido objeto del recurso.

No obstante el carácter obligatorio de esta norma, la aplicación práctica de la misma de manera generalizada ha sido declarar inadmisibles tales solicitudes, razón por la cual ha sido imposible contar con una jurisprudencia unificada.

De esta manera, parece que no queda otro camino que darle carácter obligatorio a la jurisprudencia de la Corte Suprema.

## XII. LAS LABORES JURISDICCIONALES Y DE GOBIERNO JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA

Finalmente, junto a la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema se hace necesario dotar de mayor eficiencia sus labores de gobierno judicial.

En efecto, no obstante la labor titánica que realiza la Corte Suprema en su función de jurisdicción, por una parte, y de gobierno judicial, por la otra, no cabe duda que esta última produce un detrimento de la segunda.

Es por ello que existe una corriente de opinión para la cual, con objeto de buscar el máximo de eficacia de la Corte Suprema, ésta debe desentenderse de las otras funciones que la distraen, como los asuntos administrativos y disciplinarios, y concentrarse en el trabajo jurisdiccional.

Sin embargo, esta idea ya no resulta atractiva a juicio de otros, porque en la legislación comparada no ha dado los resultados que se esperaban. En particular,

el tema del Consejo Nacional de la Magistratura, es decir, dejar a los jueces haciendo los fallos, dedicados a la función jurisdiccional, y entregarle el gobierno judicial a un ente distinto —también integrado por algunos jueces, pero con elementos extraños—, no parece conveniente, porque en la legislación comparada el riesgo más grande que han tenido estos organismos es la politización, la politización partidista, sobre todo en países latinoamericanos, y ello porque tienen personal, en su mayoría, del gobierno o del Parlamento, que son entes eminentemente políticos.<sup>25</sup>

Sin que predomine la parte técnica, que es lo ideal, particularmente en la parte del gobierno judicial que se refiere los ascensos y nombramientos.

Resulta necesario racionalizar el trabajo de la Corte Suprema. Hay muchos temas que el pleno de la Corte no tendría que conocer, porque no resulta necesario. Si se analizan las pautas del pleno, “un 60 o 70% de los puntos son traslados de jueces, peticiones de títulos de abogados, temas que son de índole secundaria y que perfectamente podrían delegarse y ser resueltos por comisiones o comités”.<sup>26</sup>

Además, resulta necesario darle más atribuciones ejecutivas al presidente de la Corte, porque los entes gobernantes colectivos con demasiados integrantes pierden agilidad. En Chile, el número es de 21 ministros, y este amplio número permite perfectamente comprender por qué se producen dificultades en las materias que venimos señalando, ya que resulta muy difícil ponerlos de acuerdo a todos.

---

<sup>25</sup> Rodríguez, Jaime, Declaraciones en entrevista con *El Mercurio Legal*, en su calidad de ministro de la Corte Suprema saliente, reproducidos en [www.magistradosdechile.cl/index](http://www.magistradosdechile.cl/index), Santiago de Chile, p. 3.

<sup>26</sup> *Idem.*

### XIII. CONCLUSIONES

1. Chile es un país unitario, y tiene su propio Tribunal Constitucional. El único órgano jurisdiccional intermedio entre la Corte Suprema y los tribunales de primera instancia lo constituyen las cortes de apelaciones.

2. La Corte Suprema no cumple las funciones propias de un tribunal constitucional. En Chile estos órganos son completamente independientes.

3. El proyecto de ley que analizamos pretende transformar absolutamente la función de la Corte Suprema como tribunal de casación, es decir, de control de la legalidad de todas las cortes de apelaciones del país, para introducir en nuestro sistema de derecho continental o romanista una institución propia de la Corte Suprema de países del *common law* o federales,<sup>27</sup> como lo es el control de constitucionalidad a través de sus fallos, utilizando además el mecanismo del *writ of certiorari*.

4. Si se elimina el recurso de casación, como lo hace el proyecto, no existirá ningún tribunal que sea garante de la recta aplicación e interpretación de la juridicidad por sobre lo que decidan los jueces del fondo, esto es, la de primer grado y de corte de apelaciones.

5. Como el recurso extraordinario procede sólo si concurre un interés general, y éste existe si se ha infringido un derecho o garantía fundamental consagrado en la Constitución o tratados internacionales, se transformaría a la Corte Suprema en un tribunal constitucional, en circunstancias que en los países de derecho continental el control de la constitucionalidad se realiza de manera concentrada, principalmente a través de un órgano jurisdiccional especializado, como es el caso de Chile.

Este intento puede originar un desborde mayor al actualmente existente, porque si no se respeta la ley procesal —como las leyes reguladoras de la prueba— podemos sostener que se ha infringido la garantía del debido proceso e interponer un recurso con aún menos requisitos que nuestra actual casación.

6. Por otra parte, la función de fijar y uniformar a la jurisprudencia por parte del máximo tribunal no puede verse limitada sólo a las sentencias emanadas de las cortes de apelaciones del país.

Además, aquellas sentencias emanadas de la propia Corte Suprema debieran unificarse, si a través del tiempo surge contradicción o cambio de posturas, fenómeno que, necesariamente, debiera producirse si se está in-

---

<sup>27</sup> El mismo ministro Rodríguez señalaba que a veces se discutía —hasta mayo de 2012, periodo en que cesó en sus funciones por cumplir el límite de edad— gran parte de una mañana... un traslado de jueces, siendo, en su opinión, un tema que ni siquiera debería ser materia del pleno.

terpretando la legislación vigente en el país de acuerdo con los preceptos constitucionales, de tal forma que pueda ir perfeccionando su propia antigua jurisprudencia.

7. Las labores propias de un tribunal constitucional no son efectuadas por la Corte Suprema en estos países. Es el caso de Francia, Italia, Alemania, España, así como de otros países sudamericanos del *civil law*, por regla general.

8. La complejidad de los distintos grados y sistemas existentes al interior del Poder Judicial dentro de un país federal es lo que permite darle a las cortes supremas o tribunales máximos de estos países una función centrada, casi exclusivamente, en el *ius constitutionis*, es decir, en su finalidad pública de uniformar la jurisprudencia.

9. En países como Chile no es posible prescindir del *ius litigatoris* como función de la Corte Suprema, la cual debe ser combinada con el *ius constitutionis*, labor que sin duda es ardua, razón por la cual resulta necesario introducir cambios legislativos, que analizaremos en un próximo trabajo.

10. El intento de introducir el *writ of certiorari* en Chile se debe explicar, entonces, en un simple afán de poder introducir la decisión judicial como precedente.

11. Muchos partidarios del activismo procesal, en su búsqueda de mecanismos del *common law*, para satisfacer los requerimientos de eficacia, utilidad, pragmatismo, consideran al *writ of certiorari* como una herramienta adecuada para tal objeto. El activismo judicial encontrará una nueva fuente de alimentación si logra convertir a nuestra Corte Suprema en un tribunal de precedentes, lo que, por cierto, abrirá una ancha puerta al decisionismo, en un país que se ha caracterizado por su sistema jurídico continental, en el cual prima su afán de limitar la fuerza creadora de los jueces, priorizando, por tanto, la importancia de someter el funcionamiento del sistema al papel de los poderes legislativos y constituyente, a través de lo que hemos denominado el control de la juridicidad de las sentencias.

## EL AMPARO CONTRA ACTOS U OMISIONES DEL PODER JUDICIAL

Gladis E. DE MIDÓN\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los fundamentos de la tesis negatoria del amparo contra actos u omisiones judiciales.* III. *Nuestra opinión.* IV. *Palabras finales.*

### I. INTRODUCCIÓN

El título de esta contribución es en puridad muy ambicioso, porque mucho quedaría por añadir de penetrarse exhaustivamente en el tema. Aquí nos circunscribiremos al propósito de responder dos preguntas centrales: en un Estado de derecho, ¿es válido impedir *a ultranza*, para todo caso y en cualquier circunstancia, la viabilidad del amparo contra actos u omisiones jurisdiccionales?, y, en caso negativo, ¿cuáles serían los límites razonables a su operatividad?

El amparo reconoce numerosas fuentes, entre ellas las normológicas del orden interno de cada país. Empero, no haremos foco en textos constitucionales ni legales específicos. Las normas de origen interno de la multiplicidad de los países que enfocan la problemática la resuelven de diferentes modos,<sup>1</sup>

---

\* Doctora en ciencias jurídicas. Especialista en derecho procesal. Profesora titular de derecho procesal civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina). Directora y docente estable de las carreras de especialización en derecho procesal y en derecho procesal constitucional de la misma facultad. Miembro fundador y ex directora del Departamento de Derecho Procesal de la citada casa de altos estudios. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Ex integrante del Comité Ejecutivo y ex secretaria académica de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Actual miembro titular y delegada regional de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

<sup>1</sup> En tal sentido, se detectan dos grupos de países: a) aquellos en los que amparo contra los actos u omisiones del Poder Judicial aparece explícitamente admitido por su normativa interna, bien que dentro de ciertos límites, y b) los que contrariamente, mediante previsión normativa expresa excluyen a los actos u omisiones jurisdiccionales como área impugnable

mientras que nosotros pretendemos que este nuestro aporte sea general, al servicio de cualquier Estado que se precie de ser de derecho.

Por lo mismo, el método a emplear para las respuestas será en buena medida el de la escuela trialista, que con su comprensión de un orden jurídico integrado tanto por normas como por valores y realidades nos permite una visión más ajustada y sincera.

## II. LOS FUNDAMENTOS DE LA TESIS NEGATORIA DEL AMPARO CONTRA ACTOS U OMISIONES JUDICIALES

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, podemos extraer algunas pautas con las que se abona la postura de no admitir el amparo contra actos u omisiones de autoridades judiciales. A saber:

La Corte Suprema considera —y creemos que hace muy bien en considerar— que respecto de sus decisiones, sean de orden jurisdiccional o administrativas de superintendencia, no cabe la posibilidad de amparo, pues

---

por vía de amparo. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España recepta la vía del amparo contra actos u omisiones judiciales, en su artículo 44.

Lo propio sucede en países de América, con México, Perú y Venezuela.

Véase artículo 107, inciso III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio”.

Asimismo, la ley de Habeas Corpus y Amparo del Perú, bajo el epígrafe “Procedencia de la acción contra resoluciones judiciales”, del artículo 5.

Lo mismo que en el Perú, la República de Venezuela dispone en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Dejando expresamente a salvo que “no se admite la acción de amparo cuando se trate de decisiones emanadas de la Corte Suprema de Justicia” (artículo 6, inc. 6).

Mientras que países del segundo grupo son, a título de ejemplo, Argentina, Costa Rica, Ecuador y República Dominicana.

Argentina, en el artículo 2, inciso b de la Ley Nacional de Amparo en vigor —Na.16.986— declara inadmisibles el amparo si el acto impugnado emana “de un órgano del Poder Judicial”. Y en general, esta tesis negativa también se reitera en su derecho público provincial, excepto en la legislación de las provincias de Entre Ríos (Ley 8369, artículo 1o.) y La Rioja (Código de Procedimientos Civiles, ley 3372, artículo 380, apartado 2).

En Costa Rica, el artículo 30, inciso b de la Ley de Jurisdicción Constitucional —Núm. 7135— no admite el amparo “contra resoluciones y decisiones jurisdiccionales del Poder Judicial”.

Y en Ecuador surge de la propia carta magna que “no serán susceptibles de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso” (artículo 95, 2o. párrafo).

Asimismo, en la Ley Reglamentaria núm. 437-06 de la República Dominicana prescribe el artículo 3, inc. a que “la acción de amparo no será admisible cuando se trate de actos jurisdiccionales emanados de cualquier tribunal de los que conforman el Poder Judicial”.



tienen el mismo carácter de supremas, y no pueden quedar entonces sujetas a revisión de un juez de rango inferior.<sup>2</sup> Se ha negado, por ello, a contestar el pedido de informes de un juez de primera instancia ante el cual transitaba un amparo, que tendía a abrir una instancia de revisión del pronunciamiento que había dictado el más alto tribunal. También rechazó un pedido de integración del tribunal por conjueces en un recurso por retardo y denegación de justicia promovido ante sus estrados, ante la demora en resolver actuaciones de superintendencia.<sup>3</sup>

Respecto de las demandas de amparo contra actos u omisiones jurisdiccionales de otras autoridades judiciales, las entendió inadmisibles, por considerar que “la acción de amparo no autoriza la sustracción de las causas a los jueces competentes”.<sup>4</sup> Con la aplicación de esta doctrina no se hizo lugar al amparo radicado ante el Juzgado Federal de Ushuaia en favor de un detenido a disposición de un juez federal de la Capital Federal, a raíz de un traslado que se tachaba de ilegal. Tampoco admitió el amparo promovido reclamándose la restitución de una propiedad y la internación de un hijo, por mediar el proceso de divorcio del amparista en otro tribunal.<sup>5</sup> En otros pronunciamientos opuso como valladar el instituto de los recursos. Lo hizo exponiendo que “el amparo no es la vía para la decisión de conflictos de derecho para cuya decisión existen los pertinentes procedimientos legales ni autoriza a subvertir las instancias y a prescindir de los recursos que la ley prevé”.<sup>6</sup> Asimismo, juzgó que “mucho menos la petición de amparo autoriza a declarar nulidades de procedimiento”.<sup>7</sup>

Finalmente, con fundamento implícito en la cosa juzgada, rechazó el amparo contra resoluciones jurisdiccionales firmes.<sup>8</sup>

Paralelamente, en la literatura procesal constitucional escasean los abordajes sobre la específica temática. Las pocas —pero autorizadas— opiniones autorales que encontramos acerca de ella acompañan —si no nos llamamos a engaño, sin disidencias— la doctrina de considerar inadmisibles los procesos de amparo contra decisiones, jurisdiccionales o administrativas de superintendencia, del tribunal supremo de un estado, y en contra de sentencias ya cubiertas por la cosa juzgada. Son disímiles, en cambio, a la hora de

<sup>2</sup> *Fallos*: 307: 1571.

<sup>3</sup> *Fallos*: 307: 1256.

<sup>4</sup> *Fallos*: 247: 718; 249: 670, entre otros.

<sup>5</sup> *Fallos*: 242:112; 245: 388.

<sup>6</sup> *Fallos*: 245: 41 y 269, entre otros.

<sup>7</sup> *Fallos*: 251: 338.

<sup>8</sup> *Fallos*: 245: 8; 248: 528; 250: 252.

evaluar la viabilidad del concreto instrumento por decisiones u omisiones jurisdiccionales de un tribunal inferior al Supremo en una causa pendiente.

Un sector doctrinario sostiene la admisibilidad del amparo contra actos u omisiones jurisdiccionales, bien que con razonables límites.<sup>9</sup> Empero, el otro sector acompañó —y algunos continúan acompañando (tras el transcurso de más de un cuarto de siglo desde la entrada en vigor del sistema supranacional de protección de los derechos humanos) — la veda absoluta del amparo cada vez que se lo promueva, en cualquier caso, en contra de una resolución jurisdiccional proveniente de autoridades judiciales.<sup>10</sup>

Ese segundo grupo de opinión excluye la posibilidad del amparo, dada la existencia de una herramienta procesal específica para la impugnación de las decisiones jurisdiccionales agraviantes, el recurso. Argumentan que el valor seguridad jurídica podría verse afectado si un tribunal interfiriera en los actos de otros; que nadie puede sustraerse al juez de la causa; que un magistrado no debe irrumpir en el pleito dirigido por un colega; que una resolución judicial no puede ser impugnada por otras vías que no sea la del recurso y ante las instancias propias de cada proceso; que las eventuales arbitrariedades que puedan cometerse en el transcurso del proceso hallan su ámbito de revisión en una vía específica: el recurso extraordinario por sentencia arbitraria, y por ello, el admitir el amparo contra las decisiones jurisdiccionales no sólo se superpondría con el objeto del recurso extraordinario, sino que también posibilitaría una irrazonable extensión temporal del proceso (Salgado-Verdaguer). Asimismo, se dice que admitir demandas de amparo contra sentencias judiciales importará extender al instituto a límites insospechables (Gozaini), se llegaría al caos (Ibáñez Frocham) y se atacaría una de las bases fundamentales del Estado de derecho (Grau). En suma, se trata de una postura interpretativa rígida, que se apunto en el instituto

---

<sup>9</sup> Bielsa, Rafael, *Los recursos judiciales y los actos de autoridad, garantías constitucionales y su protección legal*, La Ley 94-845; Bidart Campos, Germán J., *Derecho de amparo*, Buenos Aires, Ediar, 1961, p. 225; Carrió, Genaro R., *Recurso de amparo y técnica judicial*, Abeledo-Perrot, 1959, p. 201; Linares Quintana; Segundo V., *Acción de amparo*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1960, p. 69; Romero, César Enrique, “Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, II-1959, p. 92; Sagüés, Néstor P., *Acción de amparo*, Astrea, 1995, pp. 220-222; Sánchez Viamonte, Carlos, en Omeba, t. XII, p. 198.

<sup>10</sup> Grau, Armando E., “Improcedencia del amparo contra actos judiciales y políticos”, *Jurisprudencia Argentina*, 1961-V, 97; Ibáñez Frocham, *Tratado de los recursos*, 4a. ed., La Ley, p. 556; Gozaini, Osvaldo A., *Tratado de derecho procesal civil*, La Ley, 2009, t. III, p. 198; Salgado, Alí Joaquín-Verdaguer, Alejandro César, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 138.

procesal de los recursos para privar de toda posibilidad a una persona de acudir a los tribunales vía amparo en contra de una decisión jurisdiccional.

### III. NUESTRA OPINIÓN

#### 1. *Fuentes que la inspiran*

##### A. *La tutela judicial efectiva como principio general del derecho*

Un correcto abordaje de la cuestión relativa a la viabilidad o inviabilidad del amparo contra actos u omisiones del Poder Judicial exige tener en cuenta una pauta señera. Nos referimos a la protección judicial efectiva, que opera antes que nada como principio general del derecho, al servicio de *la dignidad de las personas*.

Los principios generales del derecho no son en sí normas jurídicas —más allá que ocasionalmente puedan ser normativizados, cuando una carta magna, un tratado o una ley los incorpora en su articulado—, sino que se confunden con *valores*. Por esta razón, sirven como idea-fuerza o idea directiva, en cuanto son orientativos de la labor del constituyente, del legislador y de todo operador jurídico (jefe de Estado, juez, abogado, etcétera), como asimismo del doctrinario, en tanto es vital que en sus correspondientes cometidos no desentonen con los principios generales del derecho ni con los principios específicos, propios de cada disciplina, pero derivados de aquellos generales. Cuando un ingeniero es puesto en la tarea de levantar un edificio, es elemental que parta de ciertas ideas fundamentales, que no puede soslayar, como las que le indican que el edificio debe contar con agua y luz. A esas ideas fundamentales del ingeniero podríamos así denominar “principios generales de la ingeniería”. Del mismo modo, cuando un operador jurídico precisa crear o interpretar una norma, es básico que no desatienda ni erradique los principios basales del orden jurídico.

Obviamente que, nacidos de concretas circunstancias históricas y básicamente ideológicas, los principios generales del derecho no pueden quedar petrificados en un mundo en permanente evolución, por lo que deben interpretarse evolutivamente. Entre los principios generales del derecho, algunos estudiosos incluyen la noción de orden público, en el entendimiento de que orden público es el conjunto de los principios del ordenamiento jurídico de un país en un momento determinado. Por lo que para ejemplificar sobre la relatividad en el tiempo de los principios generales del derecho podría

recordarse que las leyes de policía utilizaban hace un siglo el concepto de orden público para fustigar el fumar en público, mientras que no consideraban incorrecto que el ciudadano tirara basura en la calle.

En el orden de ideas expuesto, estamos certísimos acerca de que en un Estado de derecho es factible hablar del *principio de justicia* y de su derivado, el *principio de la tutela judicial efectiva*, en tanto existen como *valores* inherentes o consustanciales a aquél, independientemente del hecho de estar o no previstos en una normativa expresa. Y bueno es resaltar que en este pensamiento no estamos solos, sino muy bien acompañados. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en reiteradas oportunidades, “que la garantía de efectividad de la tutela judicial constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.<sup>11</sup> Antes, el Tribunal Constitucional Federal alemán había dicho —en la señera sentencia del caso *Luth*, dictada en 1958— que “la garantía constitucional de los derechos individuales no se agota en la de clásicos derechos de defensa frente al Estado, sino que encarna *un orden objetivo de valores*”. Y un maestro del derecho constitucional, Germán Bidart Campos, partiendo de la misma naturaleza humana, que intrínsecamente es digna, definía a la democracia como un régimen que se asienta en la dignidad de la persona y de sus derechos, no en la mera normatividad de las Constituciones escritas. Por lo que es indudable que asegurar y defender la vigencia real de los derechos del hombre es finalidad prioritaria de un Estado democrático.

Reafirmamos entonces, como derecho humano y exigencia básica del Estado de derecho, la vigencia de la tutela judicial efectiva, que implica los concretos deberes estatales de remover todos los obstáculos irrazonables en el acceso de las personas a la justicia, junto con la posibilidad cierta de que la justa definición jurisdiccional de sus conflictos arribará en tiempo propio, y no cuando la tutela judicial ya resulte ilusoria.

Y si esto es así para cualquier proceso judicial, no sorprenderá el pensar que más patente debe serlo en el continente de un amparo, ámbito en que por la intensidad de los derechos sustanciales en juego y la urgencia de protegerlos contra la arbitrariedad de los actos u omisiones que los amenazan o lesionan, tanto más campea la exigencia de que la tutela jurisdiccional no se frustrate por razones formales ni con aserciones meramente dogmáticas. Tan-

---

<sup>11</sup> Caso *Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 163; caso *Durand y Ugarte*, sentencia del 16 de agosto de 2000, párr. 101; caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*), sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 234; caso *Cantos*, sentencia del 28 de noviembre de 2002, párr. 52, entre otros.

to más aún si el derecho en juego es de los que merecen la delicada tutela de la justicia de protección.

En este contexto, bien puede decirse —como reiteradamente ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina— que

si bien el amparo no está destinado a remplazar medios ordinarios, su exclusión por la existencia de otros recursos no puede válidamente fundarse en apreciaciones meramente rituales e insuficientes, toda vez que la institución tiene por objeto proteger en forma efectiva los derechos más que ordenar o resguardar competencias.<sup>12</sup>

### B. *La fuerza de la Constitución*

Desde los albores del constitucionalismo moderno hemos aprendido que la Constitución de un país es suprema, precisamente porque desde la cúspide donde está situada proyecta su vigencia y exige acatamiento pleno.

Es claro que la Constitución no constituye meramente un documento, que se agota en la letra de su articulado, en lo que podemos leer en su texto, sino que tiene un contenido material, que también acumula un orden sustancial de valores, con los que alimenta a todo el texto y su contexto. Por ser así, se vuelve sencillo acompañar la aseveración de que su fuerza arranca desde el plexo axiológico y, por consiguiente, que el sistema de derechos de su contenido material tiene mayor valiosidad que la parte orgánica o derecho constitucional del poder, porque sin dejar de compartir ambos la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución toda, la ley magna está pensada, diagramada y estructurada en un sentido servicial para la persona humana, el bienestar social o bien común público.<sup>13</sup>

De ahí que cuando se asevera que en cualquier caso de apertura del amparo contra actos u omisiones jurisdiccionales habrá de corroerse las bases del Estado de derecho, porque un juez no puede revisar sino por vía de recurso las decisiones de otro magistrado, ello suena como extravagante a nuestros oídos. Porque ese alegato, meramente dogmático y ritual, equivale a suponer que en un Estado de derecho la Constitución es un instrumento solo de organización del poder estatal, sin ningún agregado referente a las personas. Advertimos en él mucha preocupación autoral por resguardar la

<sup>12</sup> CSJN; *Fallos*: 320: 1339, 2711; 321: 2823, 335, 794, entre muchos otros.

<sup>13</sup> Bidart Campos, Germán J., *El amparo constitucional, perspectivas y modalidades*, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 2.

competencia de los órganos del Poder Judicial, y ninguna contemplación de la persona justiciable. Y ello es soslayar el sistema de valores que nutre a la carta magna, y descenderlos a un plexo de inferior jerarquía.

Más todavía; otro aspecto nuclear se nos coloca ahora por delante: la fuerza de la fuente internacional de los derechos humanos.

*C. Los tratados sobre derechos humanos y la jurisprudencia vinculante de los tribunales del sistema de protección supranacional de los derechos humanos*

Se ha dicho con absoluto realismo, que a la altura del tiempo histórico que nos toca vivir el Estado de derecho en una sociedad democrática debe necesariamente, para ser completo, admitir dos fuentes que lo nutran: la interna y la internacional de los derechos humanos.

Por eso, el principio de la tutela judicial efectiva ha logrado un reaseguro cuando fue concebido normativamente en las convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos. Encontrándose reconocido así, por la comunidad internacional, como derecho humano y exigencia básica del Estado de derecho.

La atinente regla de derecho internacional, incorporada a los ordenamientos jurídicos de los países de nuestra América en tanto Estados parte de la Convención Interamericana, está consagrada en el artículo 25 del llamado Pacto de San José de Costa Rica,<sup>14</sup> y con relación a los países Estados parte de la Convención Europea de Derechos Humanos en el artículo 13 de éste, con el refinamiento proveniente de la interpretación que le han dado los órganos del sistema supranacional de protección.

La Corte Interamericana ha declarado al respecto que el artículo 25 de la Convención incorpora el principio, reconocido en el derecho internacio-

---

<sup>14</sup> El artículo 25 de la Convención establece que:

1. “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados se comprometen:

a. A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b. A desarrollar las posibilidades de un recurso judicial, y

c. A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

nal de los derechos humanos, de la *efectividad* de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. Y al analizar la citada noma ha señalado, en reiterados pronunciamientos, que ésta establece “la obligación positiva de los Estados parte de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales”, observando, además, que “la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley”.<sup>15</sup>

Recurso efectivo significa vía *realmente* apta para amparar o tutelar. Por eso, insiste la Corte Interamericana en subrayar que para que tal recurso exista no basta con que esté previsto por la Constitución o en la ley, sino que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo indispensable para remediarla. Dice hasta el hartazgo la Corte: no basta para satisfacerlo

la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos. No pudiendo considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resultan ilusorios.

Señaló, específicamente, que

ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión.<sup>16</sup>

Por eso, la verdadera garantía de los derechos sustanciales consiste precisamente en su protección procesal a los fines de hacerlos efectivos.

---

<sup>15</sup> Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni*, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 111; caso del *Tribunal Constitucional*, sentencia del 31 de enero de 2001, párr. 89; caso *Cantos*, sentencia del 28 de noviembre de 2002, párr. 52, entre muchos otros.

<sup>16</sup> Caso *Las Palmeras*, sentencia del 6 diciembre de 2001, párr. 58; caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni*, *supra*, párrs. 111-113; caso *Ivcher Bronstein*, sentencia del 6 de febrero de 2001, párrs. 136 y 137; caso del *Tribunal Constitucional*, *supra*, párrs. 89, 90 y 93; caso *Cinco Pensionistas*, sentencia del 28 de febrero de 2003, párrs. 126 y 136, entre muchos otros.

Nos restaría recordar que en el derecho internacional, tanto el de gentes como el convencional, rige como principio básico el de su primacía sobre el derecho interno. Por lo tanto, no nos parece conducente el análisis acerca de si un Estado parte de una convención sobre derechos humanos la recepcionó en su derecho interno por encima, en la misma jerarquía, o en grado inferior a la Constitución estatal. Ello, pues compartimos la opinión de que cuando un Estado da ingreso y recepción en su derecho interno al derecho internacional, no es coherente jurídicamente que lo recepte negándole o desconociéndole aquél su principio básico, el de su primacía sobre el derecho interno.

## 2. *Respuesta al primer interrogante*

De todas las disquisiciones anteriores, nos resulta sencilla esta conclusión: también en cuanto Estados parte en una convención sobre derechos humanos, los países se encuentran en el deber de no incumplir lo que las reglas internacionales atinentes a la tutela judicial efectiva, e iluminadas por la interpretación de los órganos supranacionales de protección, les mandan hacer. Deber positivo que dista muchísimo de coincidir con aquellas normas del orden interno o con hermenéuticas que cancelen de antemano la admisibilidad del amparo contra resoluciones jurisdiccionales de tribunales inferiores al supremo de la organización judicial, con la mera aserción dogmática de que existen otras vías específicas —los recursos, ordinarios y extraordinarios— para impugnar las decisiones de la jurisdicción. A tal punto que no creemos que puedan gozar de validez bajo un test de convencionalidad, y sí que exponen al Estado incumplidor al riesgo de las graves responsabilidades que se le devienen cuando la Corte Interamericana o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara que él violó un derecho humano consagrado por la Convención.

Porque es cierto que en la teoría procesal los recursos son las vías específicas de impugnación de las resoluciones jurisdiccionales, sea que adolezcan de un vicio *in procedendo* o *in iudicando*. Mas, en la realidad de la vida, ello no conduce a sostener como verdad apodíctica que siempre y en cualquier caso serán remedios *efectivos* para la tutela judicial urgente que pueda requerir un justiciable afectado en un derecho sensible por una resolución jurisdiccional manifiestamente irrazonable o arbitraria. Por de pronto, no todos los recursos se prevén con efecto suspensivo, como tampoco todos aparecen acordados al solo efecto devolutivo. Por lo demás, la urgencia que por razones circunstanciales de hecho pueda demandar la reparación de la



lesión causada a un justiciable por una resolución jurisdiccional irrazonable del primer grado o de un tribunal de alzada ordinario, provincial o federal, puede determinar que la tutela judicial a su derecho dañado resulte tardía si es puesto en la obligación de aguardar la sentencia que resuelva su recurso extraordinario.

De manera que no siempre y en cualquier caso la herramienta procesal del recurso será lo que interesa: vía *efectiva* para realmente tutelar derechos de una persona ante la agresión que sufre por una decisión jurisdiccional arbitraria o irrazonable. Seamos humildes y realistas: ningún mortal puede avizorar en abstracto que nunca, en ningún caso, un justiciable puede precisar de una protección a tal punto urgente, que si no se la otorga en el hoy, la de mañana será tarde. Por eso, aquella tesis denegatoria pétrea, que no se refleja en la realidad de la vida de los hombres, tropieza con un óbice convencional insalvable.

Queremos insistir al respecto, sin hipocresías, que de acuerdo con las altísimas fuentes expuestas, lo debido al órgano judicial competente es examinar *caso por caso*, y *con máxima prudencia* los reclamos de amparo que se le requieran en contra de decisiones jurisdiccionales. Y si en algún *caso concreto* aparezca manifiesta la irrazonabilidad o arbitrariedad de una resolución jurisdiccional que no emana del tribunal supremo en la organización estatal, así como la urgencia clara por el daño irreparable o grave que se causaría a la persona perjudicada por dicho acto si se la remitiera para su impugnación al recurso pertinente, en un Estado de derecho no existe motivo razonable para declarar inadmisibile el proceso de amparo. Existen, en efecto, recursos contra las resoluciones jurisdiccionales, pero si por circunstanciales razones serán inservibles para brindar protección efectiva al derecho de amparista de un concreto caso, no bastarán —como repite la Corte Interamericana— para el cumplimiento debido de lo que mandan los artículos 25 y 13 de las convenciones Americana y Europea de Derechos Humanos.

Repárese que el orden internacional de los derechos humanos se sustenta en valores que destacan la supremacía y dignidad del ser humano, organizando la vida social, el poder político y la normativa jurídica con sentido *egocéntrico*.<sup>17</sup> De lo que deriva la regla *pro homine*<sup>18</sup> para la elaboración,

---

<sup>17</sup> Haberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 115.

<sup>18</sup> García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, 2002, p. 118, e *id.*, “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 355.

interpretación y aplicación del derecho. Su objeto es, en efecto, la protección y promoción de las libertades fundamentales del hombre.<sup>19</sup>

Lo que significa que así como en la interpretación de las normas procesales no puede prevalecer el rito sobre la verdad, tampoco nuestros institutos procesales pueden ser endiosados como becerros dorados hasta el punto que sean ellos los que autoricen a tornar ilusoria la protección judicial de los derechos fundamentales de las personas. Entender lo contrario significa negar la mismísima instrumentalidad del derecho procesal.

### 3. *Respuesta a la segunda pregunta (los límites razonables a la operatividad del amparo contra actos u omisiones jurisdiccionales)*

Por supuesto que los derechos que la Convención reconoce —entre ellos el de la protección judicial efectiva— no son absolutos, sino relativos, en el sentido de que pueden ser limitados o restringidos, pero siempre a condición de que la limitación o restricción resulte *razonable*.

Esa noción abecedaria del derecho constitucional, trasladada al área del derecho internacional de los derechos humanos, se traduce en que cualquier norma o medida de orden interno del Estado parte que dificulte de cualquier manera el acceso de las personas a los tribunales en búsqueda de que sus derechos sean determinados o protegidos, debe entenderse contraria a la Convención, siempre que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia.<sup>20</sup>

Surgen así las interrogaciones acerca de cuáles son las necesidades de la propia administración de justicia que justificarían la restricción de la acción de amparo contra actos u omisiones jurisdiccionales y concretamente en qué consisten los límites a su viabilidad.

El primero de todos deviene de su núcleo o naturaleza de acción de amparo. Requiere, obviamente, de la existencia de *situación de amparo*: arbitrariedad o irrazonabilidad en la conducta jurisdiccional lesiva actual. De carecer de esos vicios jurídicos, el acto u omisión jurisdiccional, o de haber ya cesado la inconducta, cae toda posibilidad amparista.

Los restantes límites provienen de otros valores y principios jurídico-políticos que tornan razonable una mayor severidad en los requisitos para su viabilidad. Ellos, que denominamos propios del amparo contra actos u omisiones jurisdiccionales, son:

<sup>19</sup> Hitters, Juan Carlos y Fapiano, Óscar, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ediar, 2007, t. I, vol. 1, p. 404.

<sup>20</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Cantos*, *cit.*, párr. 50.

El factor *urgencia*; esto es, daño irreparable y grave que se produciría al justiciable como consecuencia de la demora resultante de la remisión a la vía recursiva. Este requisito, al que no condicionamos la admisión de otros amparos, se impone por la necesidad de no subvertir, en desmedro del servicio de justicia, las reglas comunes establecidas para las diversas estructuras litigiosas.

El valladar de la *cosa juzgada*; cuando un pronunciamiento adquirió autoridad de cosa juzgada, no puede haber acción de amparo. Principiemos por decir que la autoridad de que gozan las sentencias jurisdiccionales no se funda ciertamente en una ficción, sino en valores.

Además, está la necesidad imperiosa de poner fin a los pleitos, dando certidumbre y estabilidad a los derechos básicos del litigio a través de la tutela del Estado, ejercida por medio de los jueces. Asimismo, la trascendencia de la cosa juzgada que importa la inmutabilidad de lo decidido está asimismo íntimamente ligada al valor seguridad jurídica, exigencia vital del orden público.

El énfasis que damos al soporte axiológico de la cosa juzgada puede recibir objeciones si se nos interpreta equivocadamente. Por eso, agregamos lo siguiente: por supuesto que lo anterior no significa de modo alguno sostener que la inmutabilidad de la cosa juzgada sea un concepto absoluto. La firmeza de la *res judicata* debe estar —y está— condicionada por otros valores preferentes, y por la inexistencia de vicios (sustanciales) en la voluntad tanto de las partes como del juzgador. Es así que cabe su revocación cuando ha sido producto del delito, del abuso del derecho o cuando circunstancias sobrevinientes verifican que es intolerablemente injusta. Mas es claro que para ello resulta preciso invocar y probar la ocurrencia de algunas de esas causales excepcionales por las que una cosa juzgada se desmorona.

Es por todo lo anterior que no existe factibilidad de acción de amparo para impugnar sentencias cubiertas por la cosa juzgada. Éstas son inmutables, a menos que se invoque y compruebe la concurrencia de algunos de los vicios sustanciales que autorizan su revocación. Con lo cual, si para destronar la cosa juzgada es menester probar, a todo intento amparista en contra de una sentencia ya inmutable le faltará un presupuesto de la situación de amparo: el derecho líquido del accionante, o sea, la existencia de un derecho que pueda ser verificado por el juez libre de toda controversia acerca de su realidad.

A su turno, razones de seguridad jurídica —y de la realidad latinoamericana—<sup>21</sup> justifican que *debe ser un tribunal competente para conocer del reclamo de*

---

<sup>21</sup> Porque no somos ingenuos, transcribimos —y hacemos nuestros— los dichos de Néstor P. Sagués: “la problemática constitucional latinoamericana... padece de epidemias co-

*amparo el de grado superior al del juez o el tribunal que dictó el pronunciamiento cuestionado.* Con este límite se evita el “caos” en el funcionamiento del servicio de justicia, al que refiere la tesis denegatoria.

Por último, es razonable —y recomendable— que *las decisiones de un tribunal supremo no admitan ser cuestionadas por vía de amparo.* Este límite es inherente a la lógica misma del sistema de tutela jurisdiccional de Estado. Si es supremo, cabeza del Poder Judicial del Estado, anidaría una contradicción insalvable con esa supremacía postular que un producto del más alto tribunal pueda ser revisado por un órgano de rango inferior. Equivaldría a pregonar que la Constitución de un Estado es suprema, pero susceptible de ser invalidada por una ley. Y no se purga el defecto si se acude al subterfugio de admitir la acción ante conjuces del tribunal supremo. Porque de lo que se trata es que el pronunciamiento del tribunal supremo sea inequívocamente definitivo, final en el orden nacional.

#### IV. PALABRAS FINALES

Hemos llegado al punto de cerrar nuestras reflexiones. Creemos que con sus razonables límites, el amparo contra los actos jurisdiccionales sale airoso, sin desnaturalizar valores ni principios basales de la organización de un Estado. “Ni tanto ni tan poco, para el juego del amparo”.<sup>22</sup> Por supuesto que en nuestra realidad latinoamericana, con las patologías comunes que padecen sus sociedades, lo que resta es bregar hasta lograr que el orden jurídico penetre y logre eficacia y efectividad en su dimensión sociológica, en las conductas de todas las personas, integrantes y no integrantes de la estructura de los poderes constituidos del Estado. Mientras no se consiga ese resultado, los procesalistas y constitucionalistas estaremos en el deber de seguir dando catequesis de tutela jurisdiccional efectiva, para que toda la apertura del acceso a la justicia, todas las vías procesales y todos los productos de los órganos judiciales exhiban efectividad para la protección y la realización de los derechos de las personas justiciables.

---

munes: inestabilidad sistémica, utopismo, gatopardismo y aplicación parcial de la Constitución, con enormes brechas entre el texto declamatorio y la realidad; desnaturalizaciones y perversiones constitucionales a granel, crisis de representatividad y del sistema de partidos, degradación del Poder Judicial y discutida eficacia del régimen de control de constitucional. La lista de estas frecuentes perversiones, lamentablemente, no está agotada” (en el Prólogo del libro del jurista citado, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001).

<sup>22</sup> La expresión pertenece a Morello, Augusto Mario y Vallefin, Carlos A., *El amparo*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 1992, p. 186.

## EL DEBER DE CONGRUENCIA EN MATERIA DE LOS HECHOS

Jorge L. KIELMANOVICH

Sabido es que el carácter dispositivo del proceso civil no es un rito caprichoso, sino que necesario y funcional reflejo de la disponibilidad del derecho material<sup>1</sup> que constituye su objeto, el cual se manifiesta por un conjunto de reglas, entre las cuales cobran esencial importancia las de la demanda privada y la de disposición de los hechos.

La regla de la demanda privada<sup>2</sup> implica que el juez no puede disponer de oficio la iniciación del proceso civil, sino que sólo puede hacerlo a instancia de parte debidamente legitimada para ello (artículo 2, Ley Argentina 27), deber que de manera tradicional se expresa bajo el brocardo del *nemo iudex sine actore*, sin duda, porque nada más el titular del derecho afectado es quien puede decidir si ante su inobservancia habrá de requerir la intervención de un tribunal judicial y, en su caso, la concreta medida en que la solicitará.

Es exacto, entonces que, como enseña Calamandrei, “el hacer valer un derecho en vía jurisdiccional es un modo de disponer del mismo, y, por consiguiente, el condicionar la tutela jurisdiccional a la petición del interesado es una lógica consecuencia de la autonomía negocial reconocida al particular sobre la propia esfera jurídica”.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Piénsese que si ante la falta de pago de uno o dos arrendamientos el juez (o el Ministerio Público) pudiera ordenar la iniciación de un proceso, y definir si el mismo tendrá por objeto una pretensión de desalojo o una de cobro ejecutivo del alquiler, el Estado sería entonces quien vendría a ser el verdadero titular de ese derecho material.

<sup>2</sup> Decimos, siguiendo en esto a Cappelletti, que se trata del principio de la demanda privada, pues en tanto la misma pudiera ser interpuesta por una parte pública en lugar de por el particular titular del derecho subjetivo discutido o afectado, la disponibilidad del derecho material se vería sustancial y críticamente alterada hasta el extremo que el mismo, en tal contexto, se habría convertido en público, y el proceso, por ende, en inquisitivo (*El proceso civil en el derecho comparado*, Buenos Aires, Ejea, p. 24).

<sup>3</sup> Calamandrei, P., *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ejea, t. I, p. 397.

En cambio, la regla de la disposición de los hechos supone que el aporte y la delimitación del material fáctico que habrá de conformar el objeto de la prueba (*thema probandum*) y, por tanto, el fundamento de la decisión (*thema decidendum*),<sup>4</sup> se habrá de atener a los hechos alegados y controvertidos por las partes (artículos 34, inciso 4; 163, incisos 5 y 6; y 364, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), pues el hecho no afirmado no existe para el proceso,<sup>5</sup> del mismo modo que el hecho expresamente admitido se encuentra, por lo general, exento ya de demostración o prueba.<sup>6</sup>

Es claro que el enunciado anterior se refiere a los hechos que constituyen los presupuestos de la norma jurídica cuya actuación se pretende en el proceso —o la que bajo un distinto *nomen iuris*, en definitiva, corresponde—, pues, como advierte Carnelutti,

toda norma jurídica representa un mandato hipotético: supone determinada situación (precisamente, determinado conflicto de intereses) y manda respecto de ella. Para individualizarla, hace falta comprobar una situación idéntica a la situación supuesta y mandar de idéntico modo respecto a ella; el mandato hipotético se convierte así en mandato real. La comprobación de la identidad (o de la diferencia) de la situación supuesta por la norma y de la situación supuesta en el pleito (“causa”) es el fin del proceso y el objeto del juicio.<sup>7</sup>

Por otra parte, lo establece el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando señala que cada parte deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocara como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

La mentada regla no se extiende, en cambio, a la alegación de hechos simples, secundarios o motivos comprendidos genéricamente en los principales a partir de los cuales puede argumentarse la existencia de éstos, los que en tales condiciones pueden ser objeto de la prueba y fundamento de la decisión del juez aun cuando no hubieran sido afirmados explícitamente por las

---

<sup>4</sup> “Iudex debet iudicare secundum allegata partium”: el juez debe resolver de acuerdo con lo alegado por las partes.

<sup>5</sup> Carnelutti, E., *La prueba civil*, Buenos Aires, Depalma, p. 13.

<sup>6</sup> No así el tácitamente admitido, pues a la luz de lo que dispone el artículo 356 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el silencio, las respuestas evasivas o a la negativa meramente general autorizan al juez a tenerlos por ciertos, a diferencia de lo que acontece con los documentos, que, sobre iguales bases, sujetan al juez al deber de tenerlos por auténticos o recibidos, según fuese el caso; ni por supuesto cuando se trata de una relación jurídica indisponible, así, *v.gr.* la admisión del adulterio no le quita a dicho hecho el carácter de controvertido bajo la óptica del derecho civil argentino (art. 232, Código Civil argentino).

<sup>7</sup> *Op. cit.*, p. 4.

partes en sus escritos constitutivos del proceso; así, por ejemplo, la negativa de una o ambas partes a someterse a una pericia genética, como tal hecho simple que debidamente probado permitiría presumir la filiación articulada naturalmente como hecho principal en la acción de reclamación de la filiación, puede y debe ser objeto de la prueba en tanto se pretenda construir a partir de esa negativa un indicio en contra del renuente.

Es así que los hechos para tornarse en objeto de la prueba y en ulterior fundamento de la sentencia han debido ser introducidos por las partes en el proceso a través de sus escritos de demanda, reconvencción, excepciones y sus contestaciones y al alegarse hechos nuevos en primera y segunda instancia, aunque excepcionalmente se admite que el juez pueda “hacer mérito” de hechos no alegados cuando se refieran a hechos “supervenientes”, constitutivos, modificativos o extintivos del mismo derecho que se discute en la litis acaecidos durante la sustanciación del juicio,<sup>8</sup> según lo establece el artículo 163, inciso 6) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,<sup>9</sup> agregamos que con ello no se violenta el derecho de defensa en juicio de alguna de las partes en el caso de que se trate.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> El vencimiento del término contractual en el juicio de desalojo tramitado por la causal de falta de pago. Si bien la norma establece el llamado *ius superveniens* con base en la doctrina procesal moderna, autoriza al sentenciante a meritar los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, acreditados durante el devenir del proceso aunque tales hechos no hubieran sido oportunamente invocados como fundamento de la pretensión, para que tal incorporación sea posible, resulta indispensable que el hecho sea sobreviniente, ya que de lo contrario se vulneraría el principio de congruencia (Comisión Nacional de Apelaciones, sala B, 29 de diciembre de 1992, *Caledonia Argentina Cía. de Seguros S. A. v. Aróz Norte Srl*).

<sup>9</sup> *Nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado*, 5a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, t. I, pp. 264 y 265.

<sup>10</sup> La admisión oficiosa de la causal objetiva de la interrupción de la vida en común verificada en un juicio de divorcio o separación personal tramitado por causales subjetivas, acaecida durante el transcurso del proceso, vedaría a una y otra parte la alegación y prueba de la inocencia que autoriza el artículo 214 del Código Civil con la virtualidad que ella aparea, extremo que por fuerza debe excluir, bajo nuestra óptica, la ponderación de la interrupción de la vida en común como un “hecho sobreviniente”. Agrégase a lo dicho que no porque se hubiera rechazado la demanda de divorcio o reconvencción por causales subjetivas, las partes se hallarían privadas de su derecho a alegar y probar su inocencia en la interrupción de la vida en común en un juicio ulterior sobre la base de la conjetural autoridad de una “cosa juzgada” que, en rigor, no aprehendería a tales hechos, más allá que, incluso si no hubiera de compartirse esta reflexión, la decisión oficiosa del juez o de la alzada supondría cancelar para siempre su derecho a plantear su divorcio por causales subjetivas sobrevinientes a la promoción de la demanda o reconvencción, para no hablar de su derecho a plantear ulteriormente su divorcio o separación personal por la causal objetiva dejando a salvo sus derechos de cónyuge inocente.

Sobre estas bases, entonces, el deber de congruencia de íntima vinculación con los principios precedentemente vistos<sup>11</sup> representa para el juez el deber de someter su pronunciamiento al contenido de las concretas peticiones, pretensiones y defensas esgrimidas por las partes (artículos. 34, inciso 4 y 163, inciso 6 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), no otorgando ni más ni menos, ni otra cosa, que lo pedido (*ne eat iudex ultra* —infra o extra— *petita partium*) ni pudiendo considerar para ello hechos principales no invocados por las partes como fundamento de ellas —salvo en el supuesto de los hechos sobrevinientes ya vistos y en tanto no se viole el derecho de defensa en juicio de las partes—, pues en su defecto el juez estaría decidiendo sin demanda o, lo que es lo mismo, sin actor.<sup>12</sup>

En este orden de ideas cabe destacar, como hemos dicho con anterioridad,<sup>13</sup> que el principio *iura novit curia* autoriza al juez a calificar autónomamente la acción o pretensión a la luz de los hechos articulados por las partes como fundamento de sus pretensiones o defensas, pero en absoluto lo habilita a considerar hechos principales no alegados,<sup>14</sup> hipótesis en la cual contrariamente la selección de una norma que supone una alteración de los hechos constitutivos de la pretensión aparejaría una modificación antes

---

<sup>11</sup> Se entiende por congruencia la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión y la defensa, de modo entonces que se exige una rigurosa adecuación de la sentencia a los sujetos, al objeto y la causa que individualizan a la pretensión y a la oposición (*Nuestro Código, cit.*, t. I, pp. 264 y 265).

<sup>12</sup> Así acontecería, *z. gr.* si reclamado el divorcio con causa en la interrupción de la vida en común (artículo 214, inciso 2, Código Civil), se lo dispusiera por la causal de adulterio no invocada. El juez tiene la facultad y el deber de interpretar la demanda y adecuarla a su saber y entender, siempre y cuando no altere sus hechos constitutivos y su *causa petendi* en franca violación al principio de congruencia y al derecho de defensa en juicio (artículos 34 inc. 4 y 163 inc. 6 Código Procesal Civil y Comercial y artículo 18 Constitución Nacional y 15 Constitución de la Provincia de Buenos Aires) (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Morón, sala 2a., 9 de marzo de 1995, Miranda, Pedro A. v. Transportes Automotores La Plata, *Jurisprudencia Argentina*, 1999-I-síntesis).

<sup>13</sup> Kielmanovich, Jorge L., “Divorcio por la causal objetiva no invocada por las partes”, *Compendio de Juris., doct. y legislación*, Errepar, núm. 6, abril de 2007, p. 209; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación *cit.*, t I, p. 286; Derecho procesal de familia, p. 342, Lexis Nexis; “La causal objetiva no invocada en el divorcio”, *La Ley*, 20 de julio de 2007, p. 1.

<sup>14</sup> Los jueces deben aplicar los preceptos pertinentes con base en los hechos expuestos por los litigantes, pero no están autorizados a cambiar la acción interpuesta ni a modificar los términos en que ha quedado trabada la litis; lo contrario implicaría conculcar lisa y llanamente la garantía de la defensa en juicio faltando a las reglas del debido proceso, que tiene raigambre constitucional, lo mismo que el principio de igualdad ante la ley, asegurado por el Código de Procedimientos al tratar sobre los deberes de los jueces (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, sala H, 22 de octubre de 1992, Nicosiano, Salvador v. Municipalidad de Buenos Aires, *Jurisprudencia Argentina*, 1993-IV-100).



que una calificación de la pretensión,<sup>15</sup> en clara violación del deber de congruencia ya visto (artículo 34, inciso 4, Código Procesal Civil y Comercial), más allá de que hubiera de admitirse o no que para la comprobación de los hechos alegados el juez pudiera suplir la negligencia de las partes o pudiera ordenar prueba de oficio, cuestión que para nosotros, anticipamos, violentaría en el primer caso el derecho de defensa en juicio y la garantía de la igualdad de la parte contraria a la que fue declarada negligente.

Agregase a lo dicho que aun cuando se interpretara que el artículo 36, inciso 4) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, luego de la reforma introducida por la Ley 25.488 que establece el deber de “ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos”,<sup>16</sup> lo cierto es que en el mejor caso la norma se refiere a los hechos “controvertidos”; esto es, a los hechos que fueron articulados por las partes en sus escritos constitutivos y no admitidos expresamente —o admitidos pero indisponibles—, y no a hechos no articulados que sobre tales bases jamás podrían ser así “controvertidos” —con las únicas salvedades anteriormente indicadas—, más allá que, para nosotros, tampoco la atribución o, si se prefiere deber de “esclarecer”, equivale a “probarlos”.<sup>17</sup>

En resumidas cuentas, entendemos que el principio dispositivo procesal obliga al juez a resolver de acuerdo con lo pedido y con los hechos principales que sirven como causa de la pretensión o defensa, límite que, de ser traspasado, implicaría la cancelación de la categoría de los derechos priva-

---

<sup>15</sup> *Nuestro Código...*, cit., t. I, p. 110. El principio *iura novit curia* debe aplicarse a los preceptos pertinentes con base en los hechos expuestos por los litigantes, mas ello no autoriza a cambiar la acción interpuesta, pues en caso contrario se conculcaría lisa y llanamente la garantía de defensa en juicio e igualdad entre las partes, principios éstos de reconocida raigambre constitucional, asegurados por el Código Procesal al tratar los deberes de los jueces (Cámara Nacional Especial Civil y Comercial, sala 6a., 30 de junio de 1988, Fucito Beatriz vs. Alemani Ernesto Ricardo).

<sup>16</sup> A cuyos efectos “podrán”: a) disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito; b) decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el artículo 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario; c) mandar, con las formalidades prescriptas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los términos de los artículos 387 a 389.

<sup>17</sup> El artículo 36, inciso 4, del Código Procesal habla de “ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad”, y el *Diccionario* de la Real Academia Española nos dirá que esclarecer (del latín *ex* y *clarescere*) significa “iluminar, poner claro”, “ilustrar, hacer claro” “ilustrar el entendimiento”, “poner en claro, dilucidar un asunto o doctrina”, lo que no significar ni equivale a probar: las partes siguen sujetas a la carga de probar, mas si a pesar de la prueba el juez no ha logrado formar su convicción, para “iluminar”, “poner en claro” o “dilucidar” los hechos, podrá echar mano de las medidas para mejor proveer.

dos, por lo menos como los conocemos, sin que, otra parte, la “eficacia” de la función jurisdiccional pueda esgrimirse como un valor que permita soslayar, no sólo la naturaleza de aquellos derechos, sino también la garantía del debido proceso legal que nuestra Constitución Nacional asegura, aun cuando para ello se invoque la conjetural “justicia” de un pronunciamiento alcanzado sobre tales bases.

## RECURSO COMO GARANTÍA DE JUZGAMIENTO

Ángela Ester LEDESMA\*

*SUMARIO: I. Introducción. II. Desafíos que plantea la garantía de acceso al recurso o doble conformidad judicial frente a una decisión adversa. III. Regulación normativa existente al momento de la incorporación del derecho al recurso. IV. ¿Cuáles son los estándares mínimos para acceder a un recurso eficaz? V. Estándares de admisibilidad de la vía. VI. Reglas mínimas que habrá de respetar el segundo juicio que se realice. VII. A modo de reflexión final.*

### I. INTRODUCCIÓN

Estas breves reflexiones intentan focalizar la interpretación normativa que con ribetes novedosos regula el derecho al recurso.<sup>1</sup> Desde la antigua y originaria concepción de los recursos como mecanismo de control del órgano superior, que había delegado funciones en el inferior, al reconocimiento del derecho al recurso como garantía de juzgamiento que integra el concepto de debido proceso, se ha recorrido un largo camino. Sin embargo, a pesar

---

\* Profesora regular de derecho procesal de la Facultad de Derecho de la UBA jueza de la Cámara Federal de Casación Penal, exsecretaria general del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

<sup>1</sup> Nuestras reflexiones no constituyen un desarrollo teórico de la casación, ni siquiera de lo que tradicionalmente se concibió como vías de impugnación, pero recuerdo que la primera vez que analicé el tema del “derecho al recurso” fue a pedido de insigne maestro Humberto Briseño Sierra, con motivo de la ponencia que a su pedido elaboré para el Encuentro Panamericano de Derecho Procesal que se realizó en la Ciudad de México, en la sede de la Universidad Panamericana en 2001. Razones vinculadas a la extensión de los trabajos que los compiladores de este libro establecieron y esencialmente mi limitación intelectual hacen que sea sólo un modestísimo aporte a tan merecido homenaje. Sin dejar de expresar la gratitud por las enseñanzas con las que fui privilegiada por aquel eminente doctrinario, profundo, creativo, trabajador incansable y cálido compañero de tantas jornadas dedicadas a la ciencia procesal como herramienta útil para una sociedad más justa.

de los avances aún no podemos afirmar que se haya arribado a destino, pues todavía hay una gran variedad de cuestiones por definir.<sup>2</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos "...considera que el derecho de recurrir del fallo es una *garantía primordial* que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto".<sup>3</sup>

Esta cuestión está vinculada con la idea que subyace de la legislación y de la jurisprudencia internacionales y del juicio oral como elemento central del debido proceso en cualquier sistema procesal moderno. Ello se proyecta en la propia dinámica de los recursos que a la par habrá que compatibilizar con el derecho del condenado a recurrir la sentencia condenatoria y las decisiones importantes del proceso (artículos 8.2 inciso h, de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14.5 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos, y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina).<sup>4</sup>

Esto significa que, al menos en el contexto cultural moderno en el que esas garantías se han desarrollado, resulta imposible imaginar cada uno de los derechos específicos consagrados en los instrumentos internacionales, sin referirlos a la *idea de una audiencia oral y pública*.<sup>5</sup> No cualquier forma de decidir en el proceso penal se va a corresponder con el "juicio" que satisfaga las exigencias del debido proceso, sino que debe cumplir con ciertos estándares mínimos que si no están presentes ponen en cuestionamiento su vigencia. "Por lo mismo, un sistema recursivo debe ser consistente con estas exigencias",<sup>6</sup> y éste es un elemento central en la nueva concepción de vías de impugnación.

Así, un sistema de doble instancia que respete el debido proceso está obligado a que en la segunda instancia existan iguales garantías que la primera. La Corte Interamericana considera que "...en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías

---

<sup>2</sup> Prueba de ello lo constituye la reciente condena a la República Argentina, dispuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Mohamed*, emitida el 23 de noviembre de 2012.

<sup>3</sup> Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004, lo resaltado nos pertenece.

<sup>4</sup> Cada vez que se consigne CN arg., nos estaremos refiriendo a la Constitución de la nación argentina.

<sup>5</sup> Riego, Cristián *et al.*, "Los regímenes recursivos en los sistemas procesales penales acusatorios en las Américas", Resumen Ejecutivo, Informe CEJA, [www.sistemasjudiciales.org/nota.mfv/71](http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfv/71).

<sup>6</sup> *Idem*.

procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente...”<sup>7</sup>

La moderna normativa que se viene sancionando en los códigos procesales más avanzados de los estados provinciales argentinos intenta enrolarse en esta doctrina al regular el recurso contra la sentencia condenatoria y las decisiones importantes del proceso de modo innominado,<sup>8</sup> ampliando los clásicos y restringidos supuestos de procedencia o simplemente asignándole el rótulo de apelación,<sup>9</sup> y en ambos casos autorizando la producción de prueba e informes en audiencia.

A ello se suma la regulación de una valiosa herramienta en términos de admisibilidad de la vía al autorizar la subsanación de errores en la interposición del recurso.<sup>10</sup> Sobre este tema, la CSJN<sup>11</sup> ha desarrollado una importante línea jurisprudencial para resguardar el derecho al recurso, evitar excesos de rituales y violación del principio *pro homine*. A ello nos referimos más adelante.

La normativa sancionada en los últimos años y la propia jurisprudencia regional y nacional<sup>12</sup> representan sin lugar a dudas un punto de inflexión en lo que hace a las vías de impugnación con la incorporación de la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular del artículo 8.2 h), a nuestra legislación.

La “impugnabilidad” de la sentencia y de otros fallos importantes se vinculan a las garantías judiciales mínimas, al tiempo que un proceso penal garantizador debe establecer el derecho o la facultad de recurrir del fallo.<sup>13</sup> A los alcances de este moderno derecho nos referiremos seguidamente.

---

<sup>7</sup> Corte IDH, caso *Mohamed vs. Argentina*, párrafo 101.

<sup>8</sup> Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut, Ley 5478; Código Procesal Penal de La Pampa, Ley 2287 y Ley de impugnación 2297.

<sup>9</sup> Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley 2303; Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, Ley 12.734.

<sup>10</sup> Así, los artículos 400 y 401 del nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia de Argentina, en adelante CSJN.

<sup>12</sup> Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004; CSJN, *Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa —causa nro 1681—*. Resuelta el 20 de septiembre de 2005 (*Fallos*: 328:3399); Corte IDH, caso *Mohamed vs. Argentina*, 23 de noviembre de 2012.

<sup>13</sup> Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 286.

## II. DESAFÍOS QUE PLANTEA LA GARANTÍA DE ACCESO AL RECURSO O DOBLE CONFORMIDAD JUDICIAL FRENTE A UNA DECISIÓN ADVERSA

Hoy no dudamos en afirmar que el derecho al recurso integra el derecho a la tutela judicial efectiva, que está vinculado directamente con el derecho de acción y con el derecho de acceso a la justicia, circunstancias que impiden minimizar sus alcances. El reconocimiento de un nuevo derecho sustancial que rige a lo largo y a lo ancho de nuestro continente para más de trescientos millones de habitantes así lo pregona,<sup>14</sup> toda vez que prevé al recurso del condenado como una garantía de justicia, según la normativa supranacional antes citada que conforma el bloque de constitucionalidad del artículo 75 inc. 22 de la carta magna argentina.<sup>15</sup>

Las resoluciones judiciales, como todas las decisiones humanas, especialmente las que se toman desde el poder público, son susceptibles de todo tipo de equivocaciones, pero “el error judicial que conduce a una condena penal, cualquiera que sea la naturaleza de ese error, es de mínima tolerancia en razón de las graves consecuencias que conlleva”.<sup>16</sup> De ahí la necesidad de garantizar la revisión amplia de la sentencia.

Por esta vía se “evita que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona”.<sup>17</sup>

Esta garantía, como todo derecho humano, tal lo explicita Pedro Nikken<sup>18</sup> —ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, avanza progresivamente en su reconocimiento.

Ese carácter expansivo se ha puesto de manifiesto con la evolución producida a nivel interamericano, en particular después del caso *Herrera Ulloa*<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad”, *La Ley*, 2008-E, 1169.

<sup>15</sup> El artículo 75 inc. 22 de la Constitución de la República Argentina, incorpora con jerarquía constitucional diversos pactos, declaraciones y convenciones, a los que adhirió el país, entre ellos la Declaración Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>16</sup> Dictamen del Procurador Esteban Righi en caso *Casal*, CSJN, *Fallos*: 328:3399

<sup>17</sup> Corte IDH, Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004, párrafo 158; caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, párrafo 88 y caso *Mohamed vs. Argentina*, párrafo 98.

<sup>18</sup> Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas, 1987, p. 84.

<sup>19</sup> Sin dejar de reconocer la riqueza del Informe 24/92 de la Comisión Interamericana, que cita expresamente el caso *Herrera Ulloa* y los Informes 22/97 y 55/55, entre otros tantos.

y en Argentina post *Casal*,<sup>20</sup> decisorio de la CSJN, al que referiremos más adelante, con su extensión al ámbito provincial.<sup>21</sup> Es interesante recordar que en el momento en que la Corte nacional se expidió (septiembre de 2005) existían alrededor de 22 denuncias contra el país ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación al derecho al recurso, ya sea por parte de la Cámara Nacional de Casación Penal, hoy federal, como de tribunales superiores de provincia que cumplen función revisora de las sentencias penales.

La misma evolución se advierte en otros ámbitos a partir de las decisiones del Comité de la ONU,<sup>22</sup> citadas por la Corte Interamericana en *Herrera Ulloa*, y que motivaron la reforma de la legislación española. En todas ellas se expresó

...que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación... limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

A pesar de todo, las decisiones adoptadas, a cuyos objetivos centrales nos referiremos seguidamente, no resultan suficientes, ya que hay varios temas que requieren aun de una adecuada regulación; de ello dan cuenta las presentaciones efectuadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos requiriendo la sanción de una ley uniforme que respete *estándares mínimos para garantizar eficazmente este derecho*. Así, la defensora general de la nación, doctora Stella Maris Martínez, en el Informe anual correspondiente a 2007,<sup>23</sup> refiere que en el ámbito del Programa para la Aplicación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos se han realizado nuevas presentaciones ante la Comisión con motivo de serias afectaciones a derechos fundamentales, y se han reactivado los procesos de solución amistosa. Por este motivo, “durante el segundo semestre de 2007, se han mantenido diversas reuniones de trabajo y audiencias especiales con miembros de la Comisión y del Estado argentino, y se ha logrado consensuar una agenda de trabajo cuyos objetivos deberían

<sup>20</sup> Fallos: 328:3399.

<sup>21</sup> Fallos: 329:530, caso *Rufino Salto*.

<sup>22</sup> ONU, Comité de Derechos Humanos, *M. Sineiro Fernández c. España* (1007/2001), dictamen de 7 de agosto de 2003, párrs. 7 y 8; y ONU, Comité de Derechos Humanos, *C. Gómez Vásquez c. España* (701/1996), dictamen de 20 de julio de 2000, párr. 11.1).

<sup>23</sup> Defensoría General de la Nación Argentina, Informe del 1o. marzo de 2008.

plasmarse en el presente año. Esta agenda prevé, entre otros puntos, presentación de un proyecto de ley marco estableciendo reglas mínimas para la regulación del derecho al recurso en el ámbito federal y en todas las provincias del país<sup>24</sup>. Lamentablemente, dicho proyecto no se sancionó; sin embargo, hubo señeras decisiones a nivel jurisprudencial y legislativo.

Esta problemática fue advertida por la CSJN a través de distintos pronunciamientos, en los que claramente abrió camino para hacer efectivo el acceso, ello mediante una laboriosa tarea, que se ha puesto de manifiesto desde 2004 en adelante, mediante la cual define los alcances del modelo de enjuiciamiento acusatorio que manda la Constitución Nacional argentina.<sup>25</sup> En esa línea se ocupó de diferentes aspectos vinculados con el alcance del derecho al recurso, siempre con un marcado criterio a favor de la accesibilidad de la vía.

### III. REGULACIÓN NORMATIVA EXISTENTE AL MOMENTO DE LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO AL RECURSO

Con carácter preliminar corresponde hacer una aclaración, y es que en el modelo de enjuiciamiento penal mixto, que aún impera en el orden nacional argentino y en las provincias que no han reformado sus códigos procesales, el único recurso que procede contra las sentencias condenatorias de los tribunales de juicio es el de casación. Este modelo era el vigente en América Latina como consecuencia de la herencia colonial. Dicho recurso, como es sabido, fue instituido para tutelar o custodiar la ley, preservando su cumplimiento.

Sin entrar a discutir cuánto recogió la casación francesa, regulada en nuestras tierras, de la evolución histórica anterior, no podemos olvidar que las ideas de la Ilustración inspiradas por Montesquieu y Rousseau elevaron el concepto de ley a la máxima jerarquía de los valores filosóficos de ese tiempo, de ahí la función que originariamente se confirió al tribunal de casación bajo el influjo de las nuevas ideologías revolucionarias sustentadas en la omnipotencia de la ley y la igualdad de todos los ciudadanos ante ella.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Informe del 1o. de marzo de 2008. En este sentido, tuvimos acceso a peticiones formuladas por organizaciones no gubernamentales en el caso *Posadas* ante la Comisión Interamericana.

<sup>25</sup> CSJN, *Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa 4302*, resuelta el 23 de diciembre de 2004 (*Fallos*: 327:5863) y *Llarena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones — artículos 104 y 89 del Código Penal — causa nro 3221*, resuelta el 17 de mayo de 2005 (*Fallos*: 328:1491), entre otros; en todos ellos acentúa la vigencia del modelo acusatorio, la imparcialidad del tribunal, el derecho defensa en juicio a partir de la necesaria separación entre acusador y juzgador.

<sup>26</sup> Ilustra al respecto Salvatore Satta: "...es cierto que, como resulta de los documentos de las discusiones, operaba en los legisladores revolucionarios, el recuerdo de las antiguas



El instituto fue concebido como un órgano de control, puesto al lado del Poder Legislativo para vigilar la actividad de los jueces. En 1837 se estableció la eficacia de la interpretación de la Corte de Casación, pasando a cumplir una nueva función: la de unificar la jurisprudencia. Pero su función esencial seguía siendo la de ejercer un control sobre los órganos inferiores del Poder Judicial. Para cumplir tal cometido fue regulada con excesivas cargas formales.

Lo dicho permite advertir que esa concepción no se corresponde con el fin político que exige hoy la Convención Americana de Derechos Humanos ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>27</sup>

La CSJN, en el fallo Casal,<sup>28</sup> ha señalado con toda claridad la diferencia entre la función de la casación, típico recurso propio de un Estado legal de derecho, y la vigencia de un Estado constitucional de derecho, donde la más fuerte preocupación que revela el texto constitucional “es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional”.<sup>29</sup>

#### IV. ¿CUÁLES SON LOS ESTÁNDARES MÍNIMOS PARA ACCEDER A UN RECURSO EFICAZ?

##### 1. *Los lineamientos generales dados por la CSJN en Casal*<sup>30</sup>

A nuestro entender, el fallo en análisis ha marcado un antes y un después en lo que hace a la regulación e interpretación del derecho al recurso en la República Argentina. En este sentido, reseñaremos los ejes esenciales delineados por el máximo tribunal, toda vez que la valía de este precedente se cimenta en una clara interpretación del alcance de la garantía en análisis.

---

luchas entre el soberano y los parlamentos, la preocupación de la rebelión del Poder Judicial al Legislativo: pero el factor político era poco actual y, por consiguiente, poco determinante. Como quiera que sea el problema de la casación a instituir se presentó inmediatamente como una alternativa entre órgano legislativo y órgano judicial, y los hombres de la revolución no vacilaron en resolverlo en el primer sentido. Se siente en los discursos que nos han sido transmitidos una especie de horror del juicio, el concurrente temor de crear un nuevo juez, hasta el punto de querer evitar que los miembros de esta futura casación tomasen el nombre mismo de jueces. De lo que se tenía necesidad era de la custodia de la ley, y por consiguiente «el custodio debía vigilar al Poder Judicial», «anular la sentencia, no juzgar»”, *Manual de derecho procesal civil*, vol. I, EJEJA, 1972, pp. 454 y 455.

<sup>27</sup> Artículo 8.2 h) de la CADH y artículo 14.5 del PIDCyP.

<sup>28</sup> *Fallos*: 328:3399.

<sup>29</sup> *Ibidem*, considerandos 11 y 13.

<sup>30</sup> *Fallos*: 328:3399.

Pero antes de entrar en lo que hace específicamente al alcance del derecho al recurso y volviendo a nuestra afirmación inicial en cuanto la oralidad juega un rol fundamental en la moderna regulación de las vías de impugnación, es relevante advertir que en las primeras consideraciones del fallo se explicita que “La Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular”.<sup>31</sup> En tanto no podemos hablar de juicio público ni con participación popular, sin reconocer la necesaria vigencia del método oral.<sup>32</sup>

En primer lugar, cabe destacar un eje referido a la amplitud del recurso “de casación”; así, el considerando 23 establece que “...el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por *revisar todo lo que pueda revisarse*, o sea por *agotar la revisión de lo revisable*”. De tal suerte, y a partir de esta premisa, indica que

En virtud de ello, para cumplir con una verdadera revisión, no debe atenderse a una distinción meramente formal en el *nomen iuris* de las cuestiones expresadas en los agravios, como así tampoco de los incisos del artículo 456 invocados para la procedencia del recurso. Por el contrario, se deben contemplar y analizar los motivos de manera complementaria, con independencia de su clasificación (considerando 27).

Es decir, habrá que superar el rigor formal para admitir cuestiones, al interpretar la letra del CPPN o en su caso de los códigos provinciales.<sup>33</sup>

Sobre el particular, distingue su labor de la de los tribunales del recurso —mayoritariamente de casación—, conforme la exigencia constitucional. Ello, con motivo de la consolidada doctrina de los tribunales superiores, mediante la cual admitían un recurso sólo cuando el máximo tribunal lo hubiera hecho en una cuestión equivalente, sin advertir el rol que debían

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, considerandos 7), 8) y 15) en los que se insiste al destacar que se optó por un proceso penal abiertamente acusatorio.

<sup>32</sup> Lo que hoy según Alberto Binder, podría denominarse una *lectura fuerte* del caso *Casal*, es decir que va más allá de un análisis del alcance interpretativo del recurso de casación para anclar el tema en la esencia misma del modelo de enjuiciamiento. Véase “Veinte años de la Cámara Federal de Casación: Balance y Perspectiva”, disertación del día 28 de septiembre de 2012, con motivo de los 20 años de la Cámara Federal de Casación Penal, que forma parte de una recopilación de la jornada celebrada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hoy en prensa.

<sup>33</sup> En tanto el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, establece que el recurso de casación procede por los siguientes motivos: “1) Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva. 2) Inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación”.

cumplir —de no existir otro órgano competente— a fin de hacer efectiva la instancia recursiva. En tal sentido, expresa:

En general, podría sintetizarse la diferencia afirmando que, en materia de prueba, la casación debe entender en todos los casos valorando tanto *si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente*, en tanto que incumbe a esta Corte entender sólo en los casos excepcionales en que *directamente no se haya aplicado la sana crítica*. No es la Convención Americana la que exige el recurso del que conoce esta Corte, sino la propia Constitución Nacional. Desde la perspectiva internacional, el conocimiento de la *arbitrariedad por parte de esta Corte es una garantía supletoria* que refuerza la garantía de revisión, más allá de la exigencia del propio texto de la Convención (considerando 28).

Deja de este modo claramente esclarecido que el derecho al recurso debe tutelarse y no es discrecional, a diferencia del recurso extraordinario federal, que como bien explicita conforma una garantía supletoria.<sup>34</sup>

En el mismo considerando 28 se acentúa:

Que en función de lo enunciado y debido a la inteligencia que corresponde asignar al art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación por imperio de su propia letra y de la Constitución Nacional (arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional en función del art. 75 inc., 22 de la Constitución Nacional), resulta claro que no pueden aplicarse al recurso de casación los criterios que esta Corte establece en materia de arbitrariedad, pues más allá de la relatividad de la clasificación de los recursos en ordinarios y extraordinarios —que en definitiva no tiene mayor relevancia—, es claro que, satisfecho el requisito de la revisión por un tribunal de instancia superior mediante el recurso de casación entendido en sentido amplio, esta Corte se reserva sólo la función de corregir los casos en que resulte una arbitrariedad intolerable al principio republicano de gobierno...

---

<sup>34</sup> Para mayor ilustración hay que señalar que el recurso extraordinario federal que tramita ante la CSJN, conforme la previsión del artículo 14 de la Ley 48, tutela estrictamente la interpretación y aplicación de la Constitución Nacional. Ello en razón de que el régimen federal de gobierno de la República Argentina y su relación con los gobiernos provinciales está previsto en la CN, que establece un orden de prelación en la aplicación de las leyes consagrando el principio de la primacía constitucional, artículo 31. A ello se suma que todo juicio tramitado en jurisdicción local (provincial o nacional), una vez agotados todos los recursos ordinarios, como lo sería el propio recurso de casación en cualquier materia, puede llegar a la CSJN por la vía de este recurso extraordinario mediante el cual se busca mantener la supremacía de los preceptos constitucionales y asegurar una uniforme interpretación de ellos, así la Corte tiene la última y única interpretación final de la carta magna.

Es decir, que lo insoslayable es el acceso a la segunda instancia o instancia de revisión para garantizar la doble conformidad judicial frente a una decisión adversa, y para ello habrá que superar dogmatismos como la tradicional clasificación de recursos, que ubicaba a la casación entre los denominados extraordinarios. Entiéndase en tanto se siga regulando con ese rótulo a la única vía que permita el acceso al recurso contra una decisión trascendente contra el imputado.

Más aún, reforzando los lineamientos marcados en el considerando 32, manda a superar la clásica distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, cuando expresa:

...exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que le sea posible revisar, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho... tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal penal vigente acorde con las exigencias de la Constitución Nacional y que, por otra parte, es la que impone la jurisprudencia internacional...

En definitiva, resulta contundente el corolario final:

Que en síntesis, cabe entender que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la intermediación, solo inevitables por imperio de la oralidad conforme la naturaleza de las cosas... (considerando 34).

Lo importante, entonces, pasa por distinguir qué cuestiones pueden ser revisables sin afectar el principio de intermediación de que goza el tribunal del juicio. La doctrina señala que

la cuestión no pasa tanto hoy por distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho, o de valoración de las pruebas y de derecho, sino por distinguir qué es lo que depende necesariamente del conocimiento exclusivo de los jueces del juicio y qué es lo que no, para establecer hasta dónde puede —y debe— avanzar la inspección casacional. Aquí es donde corresponde distinguir dos situaciones: la de los *vicios de juicio* y la de los *vicios de actividad*.

Y a ello se responde que

en lo que atañe a los vicios de juicio, no tiene demasiado sentido establecer distinciones en punto a “cuestión de hecho” o “cuestión de derecho”, pues todas las cuestiones son, en definitiva, cuestiones de derecho, sea porque la ley haya sido violada directamente (error de interpretación del texto legal o de subsunción del hecho en la norma) o indirectamente (la errónea determinación del hecho impide su correcta subsunción legal).<sup>35</sup>

Por lo demás, cuando se dice “sin magnificar las cuestiones reservadas a la intermediación”, el mandato parece ser doble: por un lado no escudarse en ella para dejar de revisar la motivación, y por el otro, motivar adecuadamente la interpretación de la percepción en lo que hace a la infraestructura racional de la formación de la convicción y lo que puede ser examinado en casación.

En este sentido, la Comisión Interamericana fue clara en el Informe 172, al señalar que oralidad e intermediación no implican exclusiones o limitaciones, ni la revisión significa desnaturalizar su vigencia.<sup>36</sup>

## 2. Estándares generales sentados en el sistema interamericano

Los criterios desarrollados por la CSJN tuvieron como principal antecedente el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>37</sup> En aquella oportunidad se interpretó que

De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos,<sup>38</sup> se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de las decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho.

Idea central de eficacia de la vía impugnativa, que se reitera de diversos párrafos al igual que en los casos *Barreto Leiva vs. Venezuela*<sup>39</sup> y *Mohamed vs. Argentina*.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Días Cantón, Fernando, *La casación penal en la provincia de Buenos Aires*, La Ley 2000, pp. 967 y 968.

<sup>36</sup> Informe 712/10, caso *Mendoza vs. Argentina*, párrs. 190/1.

<sup>37</sup> Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, del 2 de julio de 2004.

<sup>38</sup> Con cita de precedentes del propio tribunal, caso *Baena Ricardo y otros*; caso *Cantos y caso Constantine y otros*, caso *Herrera Ulloa* párrafos 161, 164, 165 y 167.

<sup>39</sup> Corte IDH, caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, sentencia del 17 de noviembre de 2009.

<sup>40</sup> Corte IDH, caso *Mohamed vs. Argentina*, sentencia del 23 de noviembre de 2012.

Esta idea de recurso ordinario eficaz subyace desde la primera interpretación hecha sobre el alcance de la garantía en análisis. Y en *Herrera Ulloa*, la Corte se encarga de hacer propios los conceptos vertidos con anterioridad por la Comisión. Así, en el Informe 24/92, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la primera consulta hecha por la República de Costa Rica, insistió en la necesidad de garantizar un recurso *que permitiera la revisión del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la legalidad de la producción de la prueba*. Para lo cual considero idóneo el recurso de casación,<sup>41</sup> siempre que “...no se regule, interprete o aplique con rigor formalista”, exigencia contrariada en forma sistemática por la mayoría de los tribunales que tradicionalmente cumplieron la función revisora de las sentencias dictadas como consecuencia de juicios orales.

A su vez, los informes 172/10 y 173/10 destacan la irrelevancia del nombre del recuso en tanto sea eficaz y accesible<sup>42</sup> y la necesidad de no limitar *a priori* la procedencia del recurso a determinados extremos de la actuación de la autoridad judicial.<sup>43</sup>

Las expresiones vertidas parecen elocuentes; sin embargo, aún no han sido debidamente internalizadas en los operadores del sistema. Como se dijo antes, es un camino progresivo, y como tal registra un avance paso a paso.

Veremos seguidamente qué se exige para hacer eficaz el derecho en cuestión.

### 3. Regulación del derecho al recurso

Los códigos procesales para adecuarse a la Convención tienen amplitud de criterio, con el único límite de no restringir el acceso a la instancia de revisión.

Así, en algunos estados argentinos se reguló la apelación para los casos en que los denominados códigos mixtos con debate oral instituían la casación. Ello implicó una clara decisión política por superar ese lastre y consagrar un recurso amplio. Este giro copernicano parece adecuado al menos simbólicamente, para dejar en claro que ahora la doble conformidad judicial frente a una decisión adversa debe ser real y no meramente formal. Toda vez que la apelación es un recurso que habilita una vía amplia de revi-

<sup>41</sup> Vía de impugnación que había motivado la consulta por parte de Costa Rica.

<sup>42</sup> Inf. 172/10 párr. 185, Inf. 173/10 párr. 75.

<sup>43</sup> Inf. 172/10 párrs. 185 y 189, Inf. 173/10 párrs. 75 y 80.

sión por otra instancia, de ese modo se compatibilizan “las particularidades del sistema procesal penal con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y, especialmente con las garantías mínimas del debido proceso”.<sup>44</sup> En este punto, cuando se dice “simbólicamente” nos referimos a la necesidad de garantizar la revisión integral, sin que ello signifique que debamos denominar de determinado modo al recurso, pues lo importante es que sea eficaz a los fines constitucionales y convencionales. En este sentido, la opción por la apelación fue hecha en el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Provincia de Santa Fe, en tanto que resulta innominada la vía en los códigos de Chubut y de La Pampa.<sup>45</sup>

La Corte Interamericana, en el caso *Herrera Ulloa*, señaló con claridad que

Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.<sup>46</sup>

En diversos precedentes se insistió en la necesidad de organizar el recurso que proceda contra decisiones que perjudiquen al imputado, no sólo definitivas, sino también en otras de trascendencia para la definición de su situación procesal. La CSJN fue muy clara en el fallo *Casal* al minimizar la distinción de la clásica clasificación entre recursos extraordinarios y ordinarios.<sup>47</sup> Allí dejó sentado el criterio de “conversión en ordinario” del recurso de casación, más aún de hacerlo con cualquier recurso que constituya la única vía de impugnación posible contra la sentencia definitiva; claro está, garantizando siempre la doble conformidad judicial; esto es, si se dictara una nueva condena en el segundo juicio que exista la posibilidad de ser revisada por otro tribunal, cuestión que claramente aborda la Corte Interamericana en el caso *Mohamed*.<sup>48</sup> Tal como señaló el profesor Maier al intervenir

---

<sup>44</sup> En términos similares se expidió la Comisión Interamericana en el Informe 172/10, Mendoza, caso de prisión perpetua a menores en Argentina, al referirse a la necesidad de respetar las garantías establecidas por la convención en materia de derecho al recurso.

<sup>45</sup> Todos ellos antes citados.

<sup>46</sup> Con cita de fallos del mismo tribunal: caso *Baena Ricardo y otros*; caso *Maritza Urrutia* y caso *Juan Humberto Sánchez*.

<sup>47</sup> Cuando expresó que “más allá de la relatividad de la clasificación de los recursos en ordinarios y extraordinarios”, considerando 28, *Fallos*: 328:3399.

<sup>48</sup> Corte IDH, Caso *Mohamed*, antes citado, condena a Argentina país por violar la doble conformidad judicial.

como perito en el proceso de dicho caso, garantizar al menos que el último recurso sea del imputado.<sup>49</sup>

El reconocimiento expreso al carácter amplio del recurso en la nueva legislación provincial también resulta superador de la antigua distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, como lo reconoció el máximo tribunal de la nación, al expresar: “la consiguiente exclusión de las llamadas cuestiones de hecho y prueba, no sólo resultaría contraria a la ley constitucional sino a la propia ley procesal”.<sup>50</sup>

Probablemente el corolario de la amplitud necesaria de la vía para garantizar la revisión integral y la máxima capacidad de rendimiento que exige el precedente *Casal* (extensivo a las provincias, como se explicitara antes)<sup>51</sup> lo sea lo expresado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la condena a Argentina en el caso Mohamed, al reiterar, entre otros precedentes, que

La Corte ha sostenido que el artículo 8.2h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz.<sup>52</sup> Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada.<sup>53</sup> La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido.<sup>54</sup>

## V. ESTÁNDARES DE ADMISIBILIDAD DE LA VÍA

Cabe aclarar que siempre que hablamos del derecho al recurso nos estamos refiriendo al imputado, pues el recurso contra la sentencia ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes, ya que se ha transformado “en un derecho exclusivo del condenado a requerir la *doble conformidad* con la condena, condición de la ejecución de una pena estatal”.<sup>55</sup>

---

<sup>49</sup> Véase sitio web, video del desarrollo de la audiencia ante la Corte IDH.

<sup>50</sup> CSJN, *Fallos*: 328:3399, considerando 22.

<sup>51</sup> Extensión del precedente *Casal*, *Fallos*: 328:3390, a las provincias conforme *Fallos*: 329:530, Rufino Salto de la CSJN, antes citado.

<sup>52</sup> Corte IDH, caso *Mohamed*, párrafo 99 con cita de caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* y caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*.

<sup>53</sup> Corte IDH, caso *Mohamed*, con cita de *Herrera Ulloa* y *Barreto*, casos antes referidos.

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> Maier, Julio B., *Derecho procesal penal*. Tomo I: *Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, p. 709.



La interpretación de los fallos citados *no puede* entenderse de otro modo. La jurisprudencia de la CSJN ha sido concordante en tal sentido a partir del caso *Giroldi*,<sup>56</sup> al declarar la inconstitucionalidad del impedimento para recurrir la condena en los casos que lo vedaba el artículo 459, incisos 1 y 2, por el *quantum* de la pena del CPPN; ello aconteció cuando además admitió la validez de límites legales para el acusador penal público en Arce,<sup>57</sup> doctrina que luego extendió al acusador particular en Juri,<sup>58</sup> aunque esta última cuestión no se puede dar aún por definitivamente resuelta, discusión que excede el límite de páginas impuesto para esta presentación.

En lo que hace a los estándares de admisibilidad, los informes 172/10 y 173/10 de la Comisión Interamericana fijan criterios que corresponde compatibilizar con las particularidades de cada sistema procesal penal a fin de cumplir con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, especialmente con las garantías mínimas del debido proceso.

Frente a una sentencia condenatoria, el texto del artículo 8.2 h) no establece una distinción expresa entre etapas procesales para el ejercicio del derecho a recurrir del fallo.<sup>59</sup>

### 1. Necesidad de superar el rito

Para ser coherentes con los alcances de la garantía, si de reglamentar el artículo 8. 2 h) se trata, el primer estándar a considerar es la necesidad de *reducir las exigencias formales* que hacen a la admisibilidad de la impugnación y condicionan su interposición con mengua del derecho al recurso.

Los considerandos del precedente *Casal*, antes reseñados, debieran ser suficientes a la hora de interpretar el plexo normativo; sin embargo, el rigor formal sigue siendo lo que prevalece en muchos tribunales argentinos. Pareciera que a los jueces nos cuesta abandonar el rito aun ante la contundencia del artículo 31, CN arg., en cuanto establece la supremacía de la carta magna y la jerarquía constitucional que hoy tiene “el derecho al recurso”, artículo 75, inciso 22.

En este aspecto hay una objeción básica: las exigencias formales que rodean al recurso del imputado contra decisiones que puedan provocarle un

---

<sup>56</sup> CSJN, *Fallos*: 318:514.

<sup>57</sup> CSJN, *Fallos*: 320:2145.

<sup>58</sup> CSJN, *Fallos*: 329:5994.

<sup>59</sup> Informe 173/10, párr. 70, con cita ONU, Observación General 32/07. Criterio consolidado por la propia Corte IDH en el caso *Mohamed vs. Argentina*.

gravamen irreparable o de tardía reparación posterior, sentencia definitiva y decisiones equiparables.

El recurso debe ser accesible; esto quiere decir que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.<sup>60</sup>

En tal sentido, la Corte Interamericana "...estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente".<sup>61</sup>

A continuación analizaremos algunos aspectos interesantes que pueden echar luz al momento de interpretar el alcance de preceptos legales que autorizan al tribunal competente a declarar inadmisibile la vía cuando no cumplieren ciertos requisitos formales.

El cimero tribunal argentino, en diversos precedentes, señaló que a la hora de resolver sobre la admisibilidad de un recurso deducido por el imputado, hay que flexibilizar el rito e interpretar la normativa procesal con pleno respeto del principio *pro homine*.

Así, el Código de Santa Fe (antes citado) tiene una norma ejemplar: el artículo 400: "Cuando se adviertan defectos formales en el escrito de interposición del recurso, el Tribunal deberá intimar al impugnante para que en el plazo de cinco días sean subsanados, bajo sanción de inadmisibilidad". Los fallos a que haremos seguidamente referencia se enmarcan en esta línea de subsanación, no siempre con intervención de parte, sino también oficiosa, cuando se trate de abrir la vía para la revisión de la condena o decisión importante del proceso.

El máximo tribunal de la nación,<sup>62</sup> frente a un recurso contra la condena, denegado por el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires por extemporáneo, que a su vez corrió la misma suerte al deducirse recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ante la Suprema Corte provincial, por interpretar esta última que el Código Procesal Penal local no contempla cuestiones de orden procesal en el ámbito material de esa vía recursiva, expresó que se

omitió —al amparo de un excesivo rigor formal— el control sobre la cuestión federal comprometida en la decisión del Tribunal de Casación Penal local al evitar un pronunciamiento acerca de si, frente a una situación no reglada expresamente por el ordenamiento procesal penal local —el cómputo del plazo para recurrir en casación en supuestos como el de autos— el juzgador optó

<sup>60</sup> Corte IDH, caso *Mohamed*, con cita de *Herrera Ulloa* y *Barreto*, casos antes referidos.

<sup>61</sup> Corte IDH, caso *Mohamed*, párrafo 99.

<sup>62</sup> C: 1787. XL. *Cardoso, Gustavo Fabián s/ recurso de casación*, del 20 de junio de 2006.

por aquella interpretación que fuera más respetuosa del principio *pro homine*. Ello en el marco del “deber de garantizar” el derecho al recurso que asiste a toda persona inculpada de delito...

## 2. Notificación personal al imputado

Entre otras cuestiones, la CSJN argentina ha insistido en la necesidad de notificar personalmente al encausado de la decisión que acarrea la firmeza de la condena. Los criterios sentados interesan a la hora de interpretar y aplicar la normativa prevista por nuestros códigos procesales.

En el caso *Cofré*,<sup>63</sup> la Cámara Nacional de Casación había rechazado los recursos extraordinarios federales deducidos *in forma pauperis*, por considerar que desde la notificación al señor defensor oficial del rechazo del recurso hasta dichas presentaciones había transcurrido el plazo establecido en el artículo 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.<sup>64</sup> Allí se interpretó que “...si en esa oportunidad la persona privada de su libertad manifiesta su voluntad de interponer los recursos de ley, ese reclamo debe recibir la debida asistencia letrada que permita ejercer la defensa sustancial”.<sup>65</sup> Que

sin embargo el *a quo* rechazó en forma liminar las apelaciones extraordinarias sin haber dado cumplimiento previamente con la notificación personal a los imputados de la decisión que rechazó el recurso de casación y la provisión de fundamento jurídico a esas presentaciones. Por ello, se deja sin efecto el auto denegatorio... debiéndose dictar nuevo pronunciamiento después de que se dé efectiva intervención a la defensa respecto de las apelaciones interpuestas.<sup>66</sup>

De tal guisa se desprende claramente que si el derecho a recurrir le pertenece al imputado, es éste quien debe expresar la voluntad de no ejercerlo; por lo tanto, no se puede presumir su desistimiento sin expresa manifesta-

<sup>63</sup> C. 605. XXXIX Recurso de hecho, *Cofré, Raúl Armando y otros s/ causa 3933*, 23 de diciembre de 2004. Con cita de *Fallos* 319:192.

<sup>64</sup> “El recurso extraordinario deberá ser interpuesto por escrito, fundado con arreglo a lo establecido en el art. 15 de ley 48, ante el juez, tribunal u organismo administrativo que dictó la resolución que lo motiva, dentro del plazo de diez días constados a partir de la notificación”, artículo 257, CPCCN, apartado primero.

<sup>65</sup> C. 605. XXXIX Recurso de hecho, *Cofré, Raúl Armando y otros s/ causa 3933*, 23 de diciembre de 2004. Con cita de *Fallos*: 319:192.

<sup>66</sup> *Idem*.

ción cuando la inactividad procesal sea del defensor técnico. Así adquiere relevancia que se le provea suficiente asistencia técnica a tal fin.

Los fallos reseñados citan el precedente Dubra,<sup>67</sup> donde expresamente se dijo que

carece de relevancia que dicha defensa hubiera sido notificada un mes antes del rechazo del recurso extraordinario... puesto que lo que debe tenerse en cuenta para el cómputo del plazo en la interposición de la queja es la notificación personal al encausado de la decisión que acarrea la firmeza de la condena —dado que la posibilidad de obtener un nuevo pronunciamiento judicial a través de los recursos procesales constituye una facultad del imputado y no una potestad técnica del defensor— y el eventual cumplimiento de recaudos que garanticen plenamente el derecho de defensa...<sup>68</sup>

De este modo, la forma exigida como garantía de juzgamiento radica en la *efectiva notificación al imputado*, y no en el vencimiento del plazo de emplazamiento incumplido por el defensor técnico.

### 3. Plazos para la interposición del recurso

Otra cuestión trascendente es que la CSJN ha *flexibilizado los plazos para la interposición del recurso* con fundamento en la falta de diligencia del abogado defensor. En el caso Garay,<sup>69</sup> conforme los antecedentes examinados, el imputado condenado por un tribunal oral se presentó *in pauperis* ante la Cámara Nacional de Casación y manifestó que en el momento del dictado de la sentencia definitiva su abogado particular había interpuesto un recurso erróneamente; el defensor oficial sustentó la vía. Cuando el tribunal revisó las actuaciones, advirtió que el imputado se había notificado en el momento de la audiencia de debate, que había estado presente en el acto de la lectura, no sólo del veredicto, sino también de los fundamentos de la sentencia, y que no se había interpuesto ningún recurso, habiendo excedido todos los plazos legales aun aplicando el precedente Dubrá, razón por la que se declaró inadmisibile el recurso deducido. Allí, la Corte se remitió al caso

<sup>67</sup> CSJN, *Dubra, David Daniel y otros/causa nro 348*, resuelta el 21 de septiembre de 2004 (*Fallos*, 327:3802).

<sup>68</sup> Con cita de *Fallos* 311:2502 y 322:1343, voto del juez Petracchi. Este criterio fue sostenido nuevamente para revocar el decisorio que declaró desierto el recurso por falta de mantenimiento en el caso *Computada*, C.432.XLV, del 15 de junio de 2010.

<sup>69</sup> *Fallos* G.198.XLV *Garay, Daniel Alejandro s/ recurso de revisión*, resuelta el 15 de diciembre de 2009.

Schenonne,<sup>70</sup> revocó la decisión y mandó abrir el recurso —de casación formalmente extemporáneo— y seguir adelante con su trámite. Ello permite deducir que la falta de interposición de la impugnación contra una sentencia de condena fue valorada por el máximo tribunal como un supuesto de indefensión, ya que quien evaluó la posibilidad de recurrir o no fue sólo el abogado defensor.

Interesa recordar que en el precedente Schenonne la defensa técnica no sustentó adecuadamente la presentación *in pauperis*, toda vez que lo hizo, “...sin cumplir con los requisitos mínimos y formales del recurso de queja, puesto que no hace mención ni a los hechos, ni al trámite de la causa, no justifica los requisitos del recurso, no dice nada en cuanto a la resolución que declaró inadmisibles el recurso extraordinario, etc...”.<sup>71</sup> Destaca:

Que la garantía de la defensa en juicio posee como una de sus manifestaciones más importantes el aseguramiento de una defensa técnica a todo justiciable, manifestación ésta que, para no desvirtuar el alcance de la garantía y transformarla en un elemento simbólico, no puede quedar resumida a un requisito puramente formal, pues no es suficiente en este aspecto con que se asegure la posibilidad de que el imputado cuente con asesoramiento legal, sino que este asesoramiento debe ser efectivo.<sup>72</sup>

También se valoró que el imputado se encontraba privado de su libertad. Corresponde señalar que en el considerando 10 expresa

Que si bien como principio no compete a los jueces subsanar deficiencias técnicas de los abogados en sus presentaciones, las irregularidades descritas precedentemente motivan que este Tribunal tome los recaudos necesarios al respecto a los efectos de salvaguardar, en esta instancia, la integridad del derecho de defensa y la voluntad recursiva del imputado, máxime cuando en el *sub judice* se trata de una condena de doce años de prisión.<sup>73</sup>

Es un llamado de atención importante en orden a la apertura del recurso, aun cuando ha sido presentado extemporáneamente, ya que tal actitud debería interpretarse como indefensión, al menos cuando exista una condena privativa de la libertad, ya que habrá que evaluar la equidad del proceso

<sup>70</sup> CSJN, *Schenone, Carlos s/ causa nro 1423*, resuelta el 3 de octubre de 2006 (*Fallos*: 329:4248)

<sup>71</sup> *Ibidem*, considerando 5). En éste sentido también cabe citar el fallo N.19. XXXIX PVA, *Núñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación y extraordinario*, del 16 de noviembre de 2004.

<sup>72</sup> *Ibidem*, considerando 6), CSJN, *Núñez (Fallos 327:5095)*.

<sup>73</sup> *Ibidem*, *Schenone*, considerando 10), el destacado nos pertenece.

sin perder de vista ninguno de los presupuestos mínimos de regularidad exigidos por el artículo 8 de la Convención Americana.

En definitiva, los principios aplicables<sup>74</sup> son los que iluminan cualquier decisión respetuosa de las garantías mínimas de juzgamiento.

#### 4. *Ampliación de agravios*

Entre los estándares, que parecen exigibles para garantizar el derecho en cuestión, está la posibilidad del imputado y su defensa de ampliar los agravios o motivos de casación desarrollados al interponer el recurso.

Los códigos clásicos fueron rígidos a la hora de definir el momento en que se introducen o expresan agravios. Pero la posibilidad de ampliar agravios reviste importancia en la medida en que se ejerce el derecho a la discusión en la audiencia; es decir, en forma oral y pública. Entonces ¿por qué limitarlos a los introducidos al momento de manifestar la voluntad de recurrir? Ello no impide resguardar el contradictorio, pues siempre podrá disponerse de un plazo para que la contraparte refute a los nuevos motivos, pero no restringir esta posibilidad.

En tal sentido, la CSJN, en el caso *Catrilaf*,<sup>75</sup> entre otros, admitió el tratamiento de los nuevos agravios introducidos en audiencia. Ello como consecuencia de la pretensión deducida como nuevo agravio en la audiencia de informes prevista por los artículos 465 y 468 del CPPN,<sup>76</sup> por parte de la defensora oficial. Es bastante común que en la instancia anterior se omita, por ejemplo, impugnar la declaración de reincidencia con fundamento en su inconstitucionalidad o introducir la prohibición de doble juzgamiento como consecuencia de haberse admitido un recurso fiscal.<sup>77</sup>

La posibilidad de mejorar los argumentos dados al interponer el recurso se complementa, a nuestro entender, con la introducción de otros, más aun cuando haya distintos defensores en las instancias, toda vez que pudo haber una omisión errónea inicial.

---

<sup>74</sup> Conforme la CSJN, *pro homine* y superación del rigor formal, entre otros.

<sup>75</sup> Fallos C.2979.XLII *Catrilaf, Ricardo o Fernández, Luis Miguel s/ causa 6799*, resuelta el 26 de junio de 2007 y C.1223.XLIII *Concha, Alejandro Daniel s/ causa 7585*, resuelta el 20 de agosto de 2008.

<sup>76</sup> Pretensión impugnativa ampliada en aquella oportunidad, como en tantas otras por la defensora oficial ante la Cámara Nacional de Casación Penal, doctora Eleonora Devoto.

<sup>77</sup> Es importante señalar que quien lea *Catrilaf* no encontrará los antecedentes del caso, pues en el fallo sólo se revoca el decisorio y cita *Casal*, pero lo cierto es que el agravio federal que motiva la apertura del recurso extraordinario federal es la falta de tratamiento de una cuestión introducida en audiencia. Hubo otras decisiones posteriores en igual sentido.

Además, también puede haber incidido el escaso tiempo que se dispone cuando se trata de casos con cierta complejidad. No hay que olvidar que está en juego el derecho de defensa en juicio *del imputado*.

Interpretar lo contrario también implicaría desoír lo expresado por la Corte Interamericana, cuando al referirse a la competencia del tribunal expresa que es ordinaria para conocer con amplitud los planteamientos del recurrente.<sup>78</sup> En igual sentido, cuando dicho organismo se refiere a la fiscalización exhaustiva y no limitada de “todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior”.<sup>79</sup>

#### *A. Ingreso de oficio a cuestiones no planteadas*

Otra posibilidad es el conocimiento oficioso de cuestiones no planteadas, siempre a favor del imputado, para posibilitar la revisión integral de la decisión conforme lo establece el fallo *Herrera Ulloa* de la Corte IDH, antes citado. Sin que ello implique superar el principio dispositivo que impera en materia de recursos, sino conforme las reglas que rigen el instituto de la invalidación de los actos procesales, y esencialmente la necesidad de resguardar el debido proceso.

En este punto es del caso recordar lo expresado por la Comisión Interamericana en el Informe 24/92, que fuera también receptado en *Herrera Ulloa*, cuando señala que el recurso debe permitir “...la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la legalidad de la producción de la prueba... examinar la validez de la sentencia recurrida en general y el respeto a los derechos fundamentales en especial los de defensa y debido proceso”.

De esas expresiones deducimos que el mandato de revisión integral de la legalidad del fallo incluye el de la regularidad del trámite o reglas mínimas de un proceso regular y legal. Sobre esta base es que ingresamos muchas veces a revisar considerandos de la sentencia condenatoria que la convierten en arbitraria en algún punto; como sucede con la motivación de la pena,<sup>80</sup> vicio muy común en los fallos que revisamos, y que se produce de

<sup>78</sup> Véase Corte IDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párr. 159.

<sup>79</sup> *Ibidem*, párr. 167.

<sup>80</sup> Es del caso recordar las lúcidas expresiones de Sergio García Ramírez en su voto concordante en el caso *Herrera Ulloa*, párr. 31: “...ese recurso... debe ser uno que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y la aplicación de ellas, inclusive en aspectos tales como la individualización de la pena o medida (que abarca la sustitución pertinente), como resulte justo en consideración de la gravedad del

algún modo también por la falta de una adecuada discusión ante la ausencia de cesura del juicio, en algunos códigos como el nacional. Así, entendemos que es posible expedirse de oficio sobre la arbitrariedad en la motivación de la pena sin que haya habido planteos en sentido concreto.

Esto mismo sucede cuando se advierten vicios absolutos del trámite que dan lugar a violación de las garantías mínimas del debido proceso.<sup>81</sup>

### B. *Producción de prueba ante el tribunal del recurso*

Otro estándar trascendente que fue rezeptado por algunos códigos de provincia es el de la producción de prueba en la instancia recursiva. Su destino no parece ser otro que demostrar la existencia de alguna irregularidad durante el juicio que no haya sido registrada ni se derive del soporte digital o papel.

En este punto conviene aclarar que el derecho al recurso tiene que ver con un juicio sobre el juicio; es decir, un juicio sobre la sentencia y la regularidad de los actos procesales mínimos que se deben cumplir para llegar a una decisión válida. No se trata de realizar un segundo juicio sobre el fondo; es decir, no se revaloran los hechos para llegar a una conclusión distinta.

La revisión integral de la decisión no implica "...una modificación prohibida de la base fáctica". En este sentido se manifestó nuestra Corte en el caso *Tarditi*.<sup>82</sup> Allí tampoco se pudo fundar la nueva decisión en "un juicio diferente acerca del modo en que sucedió el hecho". En otras palabras, en el mismo caso se dijo que es imposible modificar "...la base fáctica bajo la forma del tratamiento de un vicio en la calificación legal de los hechos y de la necesidad de realizar un nuevo juicio si se reconocen vicios en la apreciación de las reglas de la sana crítica ante lo límites que impone el principio de inmediación".<sup>83</sup>

---

hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización (atenuante y agravantes o elementos de referencia que guían el razonado arbitrio judicial)".

<sup>81</sup> Es probable que eminentes procesalistas rosarinos interpreten lo contrario a partir de una férrea posición "anti actuación oficiosa", que con excepción de estos casos compartimos, desde su posición ésta es violatoria del principio acusatorio, a pesar de ello insistimos dado que la experiencia diaria nos persuade para obrar de ese modo frente a la debilidad de algunas defensas y la necesidad de expedirnos dentro de un plazo razonable.

<sup>82</sup> CSJN, *Tarditi, Matías Esteban s/homicidio agravado por haber sido cometido abusando de su función o cargo como integrante de la fuerza policial causa 1822*, resuelta el 16 de septiembre de 2008 (*Fallos*: 331:2077). Conforme al dictamen del procurador a cuyos argumentos remite la Corte.

<sup>83</sup> CSJN, *Fallos*, 331:2077.



## VI. REGLAS MÍNIMAS QUE HABRÁ DE RESPETAR EL SEGUNDO JUICIO QUE SE REALICE

La realización de un segundo juicio puede ser analizada desde dos perspectivas: una, el propio juicio —del recurso— que habilita la impugnación ante el tribunal competente, y otra, el de renvío como consecuencia de la vía ejercida.

La primera cuestión que advierte la doctrina es que lo único que no puede hacer el tribunal del recurso es una renovación total del juicio desde la acusación, pues en ese caso sí se estaría ante la tan temida segunda primera instancia de la que habla Bilding, a la cual, por cierto, hasta podrían comparecer otras pruebas distintas de las discutidas en la “primera” instancia. No se trata tampoco, rescatando otro temor del mismo autor, de hacer prevalecer al juez peor informado sobre el mejor informado, sino de hacer prevalecer, en definitiva, al poder del juez de segunda instancia sobre el poder del de primera, pero en tanto ambos contribuyen en parte a la decisión y en cuanto ambos, acerca de sus apreciaciones y convicciones sobre los hechos y la prueba relevante para lo discutido en cada instancia, han recibido una información producida en condiciones de idéntica calidad.<sup>84</sup> De ahí que la decisión en el fallo *Tarditi* parece haber tenido en mira que la modificación de la base fáctica por parte de los jueces de casación lo fue sin estar en paridad de condiciones con los que intervinieron en el debate oral.<sup>85</sup>

Cabe destacar, también, que en los casos que procede un segundo juicio, solicitado por el mismo imputado, lo primero que habrá que cuidar es el debido respeto de la prohibición de *reformatio in pejus*.

Otra cuestión es la vinculada al juicio de renvío, tema que presenta serios problemas prácticos aún no resueltos, cuyo abordaje excede el límite de carillas que se ha fijado a este modesto aporte, y se vincula tanto al derecho al recurso del imputado como a la posibilidad del ejercicio de la vía recursiva por los acusadores.

No obstante, cabe recordar que siempre habrá que respetar todos los presupuestos del debido proceso. Así, por ejemplo, cuando se discuta mediante el juicio de renvío el *quantum* de la pena o la modalidad de cumpli-

<sup>84</sup> Pastor, Daniel, *La nueva imagen de la casación penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, p. 161.

<sup>85</sup> La profundización de los alcances y límites del juicio ante el tribunal del recurso, sea de casación, apelación o innominado, es una temática que todavía no ha sido claramente develada, máxime cuando del propio fallo *Herrera Ulloa* se desprende la procedencia de prueba en esa instancia. ¿Cuál es la prueba a producir?, es un desafío más que plantea el derecho al recurso, más allá del criterio que sentamos en el punto anterior en orden al objeto del recurso como limitado al “juicio” o decisión.

miento, habrá que garantizar la intervención de un tribunal diferente al que hubiera conocido con anterioridad. Esta medida es respetuosa del principio de imparcialidad consagrado expresamente por los artículos 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 10 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

## VII. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Resta aún en nuestro ámbito definir otras cuestiones sumamente complejas, como el recurso del acusador,<sup>86</sup> y en particular si la víctima tiene derecho al recurso,<sup>87</sup> en su caso la posibilidad de un doble juzgamiento como consecuencia del envío de las actuaciones para la realización de un nuevo juicio. Ello nos enfrenta con otro desafío: la prohibición del *ne bis in idem*. El profesor Maier<sup>88</sup> es entre nosotros quien más trabajó el tema, y llega a la conclusión de que el único que puede provocar esta persecución penal múltiple es el propio perseguido penalmente.

En esta dirección, las decisiones en los precedentes Kang,<sup>89</sup> Lagos Rodas,<sup>90</sup> Gilio<sup>91</sup> y Sandoval,<sup>92</sup> han convertido en unánime la posición del máximo tribunal al prohibir la realización de un segundo juicio como consecuencia de la impugnación de una sentencia absolutoria. Éstas son cuestiones en las que se está trabajando, y la última palabra no está dicha frente a la posibilidad del acusador de recurrir la sentencia absolutoria.

El caso *Mohamed* coloca a nuestro país en una encrucijada a la hora de dar cumplimiento a dicha sentencia. En el sistema nacional y federal no existe norma legal que prevea cómo recurrir de modo amplio la condena

---

<sup>86</sup> La Corte en el precedente *Arce*, explicitó que el acusador penal público no tenía derecho al recurso en los términos de la CADH, *Fallos* 3202145.

<sup>87</sup> El derecho al recurso de la víctima es un tema con escaso desarrollo, sin embargo, el máximo Tribunal en el caso *Juri*, dijo que se cercenaba "...el derecho a recurrir de la víctima del delito o de su representante a partir de las normas internacionales sobre garantías y protección judicial previstas en los artículos 8, ap. 1o. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

<sup>88</sup> Maier, Julio B., *Derecho procesal penal*, cit., pp. 632 ss.

<sup>89</sup> CSJN, *Fallos*: 330:2265. En este supuesto, la decisión receptó el voto en disidencia de los jueces Petracci y Bossert en Alvarado (*Fallos* 321:1173).

<sup>90</sup> CSJN, *Fallos*: 330:4928.

<sup>91</sup> CSJN, G.931.XLII, Gilio Juan y Montenegro, Susana Beatriz.

<sup>92</sup> CSJN, S.219.XLV, Sandoval, David Andrés.

motivada por el recurso del acusador. En cambio, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se estableció expresamente que la sentencia que revoque una absolución de primera instancia podrá ser recurrida por la defensa ante la Sala de la misma Cámara que siga en orden de turno.<sup>93</sup>

Quizá uno de los aspectos más trascendentes de las regulaciones normativas recientes sea el límite al recurso del acusador, toda vez que cuando el imputado obtiene una segunda absolución no procede recurso en su contra, el último recurso es entonces el del imputado es decir, que se impide el juzgamiento *ad infinitum*.<sup>94</sup>

Muchas son las preguntas que aún quedan flotando sobre esta garantía que concurre a integrar el debido proceso legal; sólo hemos pretendido con la relación que antecede, mostrar los avances que en materia de reconocimiento de la garantía “derecho al recurso” ha significado la jurisprudencia interamericana y su recepción en la República Argentina.

En todos los casos lo trascendente es el tránsito tutelar ensanchado que se advierte tanto en la legislación como en la propia doctrina de la CSJN. Hacemos votos para que esta amplitud siga el mismo curso en el futuro conforme con pleno respeto del principio *pro homine*.

En definitiva, aquella instancia progresiva que pregona la obra del maestro Humberto Briseño Sierra hoy claramente alcanza al derecho de acceso al recurso en el marco de la tutela judicial efectiva.

---

<sup>93</sup> Artículo 290 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley 2303.

<sup>94</sup> Código Procesal Penal de Neuquén, Ley 2784.

## EL ROL DEL JUEZ AMBIENTAL DESDE EL GARANTISMO PROCESAL

Pedro JAVIER ARANCIBIA

El objeto de estos comentarios pretende brindar algunas reflexiones de lo que implica en el ámbito del derecho procesal la efectivización de una de las especies de los derechos de incidencia colectiva, como resulta en determinados casos el acogimiento de un amparo ambiental, a la luz de los principios generales del proceso, en especial de aquellos que propugna la escuela del garantismo procesal.<sup>1</sup> En particular, lo que intentaremos reflexionar es acerca de si el proceso por el que se tramitan cuestiones vinculadas al ambiente,

---

<sup>1</sup> Podemos referir y es importante que sea desde un principio, a lo que en un lúcido y esclarecedor resumen se ha conceptualizado como garantismo procesal, el que defendemos como paradigma procesal. La escuela garantista concibe al proceso (*cualquier tipo de proceso o mejor dicho el proceso entendido unitariamente, puesto que así surge del mandato constitucional*) —*el énfasis me pertenece*— como derivación de la garantía de peticionar a las autoridades, constituyendo la única instancia bilateral, lo estamos alineando con los derechos fundamentales a la vez que lo direccionamos hacia el ser humano, que convive en una sociedad necesitada de paz y que crea al Estado en su beneficio. Por lo tanto, el proceso jurisdiccional debe ser considerado un método —no una meta— que permite al hombre mantener la paz social, ya que es el instrumento idóneo para hacer respetar su libertad y efectivizar sus derechos ante cualquier limitación, conculcación, impedimento o interferencia que emane de otras personas, cualquiera que sea su naturaleza, incluido el Estado. De tal suerte, destacamos tres parámetros o aspectos principales para concebir un proceso con la orientación apuntada: 1) que sus reglas de juego sean conocidas con anterioridad por los sujetos, 2) que las partes actúen en igualdad de condiciones y tengan a su cargo el impulso, y 3) que se desarrolle ante un tercero imparcial que obedezca el orden jurídico. Con lo expuesto podemos esbozar un concepto de *proceso jurisdiccional*: es un método de debate pacífico que sigue reglas preestablecidas y se desarrolla entre partes antagónicas que actúan en condición de perfecta igualdad ante un tercero imparcial con el objetivo de resolver heterocompositivamente un litigio (Calvinho, Gustavo, *La imparcialidad del juzgador, piedra angular para edificar un concepto de proceso respetuoso de los derechos fundamentales*, ponencia presentada al XXI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Cali, Colombia, 2008. Este autor evoca las ideas de los maestros más representativos de la escuela del garantismo procesal y cita sus obras; Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, México, Cárdenas, 1969, y Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992).

que son de interés público, general y común, puede estar exento por alguna razón de los principios que promueve y defiende el garantismo procesal, y si en contrapartida de alguna manera resulta justificado el activismo judicial que tanto se reclama desde una parte de la tribuna jurídica.

Quisiera señalar, desde un primer momento, que algunos problemas conceptuales e interpretativos que sin duda trascienden a la actuación judicial parecieran surgir porque forzosamente se intenta hacerle decir a las leyes algo que no quisieron nunca y forzar un sentido determinado al significante normativo.<sup>2</sup> Seguramente el debate consiste en ver quién pega primero en el combate ideológico y de esa manera lograr imponer el criterio o la falta de criterio, dependiendo de dónde se lo mire.

Pero lejos de ese debate, que no es tan solo ideológico y doctrinario, sino que tiene sus serias implicancias funcionales, aparece algo que resulta intolerable, lo cual consiste en confundir y camuflar los conceptos, construir falacias, como sostener que para lograr una justicia rápida, eficiente y cercana a la verdad de los hechos deberá otorgarse a los jueces un rol protagónico sobre el proceso en aras del descubrimiento de la verdad y del bien común. Sobre ello, que para mis convicciones constituye el eje del análisis y de la crítica hacia los jueces publicista, iré explayándome en el transcurso de mi análisis, pero quería dejarlo sentado desde un principio, puesto que esta molestia aparece agradablemente como motivadora en mi discurso y resulta recurrente cada vez que analizo un texto en el que se elogian y fomentan actitudes inquisitivas por parte de un juez a la altura de la complejidad de los casos.

Me interesa particularmente analizar uno de los procesos más paradigmáticos, que opera como matriz por encontrarse reconocido constitucionalmente, y que es el *amparo ambiental*, incorporado en la reforma de la Constitución de la Nación Argentina, como concreción de la garantía a un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano, previsto particularmente en los artículos 41 y 43.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Para Lacan, no sólo las palabras, sino también los objetos, las relaciones y los síntomas pueden ser vistos como significantes. Un significante es tal cosa cuando ha sido inscrito en el orden de lo simbólico. Es en este orden donde el significante puede adquirir un sentido, un significado que se va estableciendo a través de la relación con otros significantes y del contraste de sus diferencias y similitudes. Lacan quiere decir que el pensar está constituido básicamente por significantes que cambian continuamente de significado. Por ello creo que la lucha ideológica se trata de qué sector doctrinario impone sus ideas respecto a lo que debe ser el proceso judicial con todas sus circunstancias.

<sup>3</sup> También las provincias argentinas, en el marco de un sistema federal, han adoptado en sus Constituciones la acción de amparo, las cuales se conciben como una acción popular, puesto que no se le requiere al accionante, “toda o cualquier persona”, que titularice un

Resulta ineludible efectuar el tratamiento de cómo se institucionaliza este proceso reconocido constitucionalmente, al tratarse de un presupuesto necesario a partir del cual deberán sujetarse cualquier otra norma procesal que se dicte, en cuanto de menor jerarquía, conforme lo dispone el artículo 31 de la Constitución Nacional argentina.<sup>4</sup> Siendo además la garantía del amparo, complementaria de otras garantías constitucionalmente reconocidas, relacionadas con ella y más antiguas, como las vinculadas al debido proceso, imparcialidad e inviolabilidad de defensa en juicio (artículo 18), a las cuales se complementa y compatibiliza, por lo menos desde mi punto de vista. Lo que ocurre es que a través de la reforma constitucional de 1994 se incorpora una garantía de carácter procesal, un derecho plenamente operativo.<sup>5</sup> Pero hasta donde sabemos, el precepto legal fija presupuestos de legitimación activa, delimita las circunstancias del caso y el objeto de controversia, pero en ningún momento se arenga una actuación judicial

---

derecho subjetivo o interés legítimo, sino que excita la jurisdicción en defensa de los intereses difusos.

En México no se regula este instituto, a pesar de ser donde por primera vez se recibió el amparo en la Constitución de 1857 y donde mayor desarrollo adquirió, bajo el influjo de los *writs* estadounidenses y la Constitución española de 1812, tiene finalidades diversas a las que prevé el ordenamiento legal argentino, por ejemplo: a) el amparo como defensa de los derechos de libertad (similar a nuestro hábeas corpus); b) el amparo contra leyes; c) el amparo en materia judicial como medio impugnativo de sentencias que contengan errores *in procedendo* o *in iudicando* (a diferencia de nuestro amparo, que no procede contra medidas judiciales), con un alcance similar al que tiene el recurso de casación italiano, y d) el amparo administrativo (Fix-Zamudio, Héctor, *Juicio de amparo*, México, 1964, pp. 110-114). Otra diferencia que merece destacarse es que el amparo mexicano nunca procede contra actos de particulares (Fix-Zamudio, Héctor, “Mandato de seguridad y juicio de amparo”, *Boletín de Instituto de Derecho Comparado de México*, enero-abril de 1963).

<sup>4</sup> De la misma manera que como ocurre en México, el citado precepto de la Constitución argentina contempla el principio de supremacía constitucional, señalando el siguiente orden de prioridad: 1) Constitución y tratados internacionales con jerarquía constitucional (sobre derechos humanos); 2) tratados internacionales en otras materias; 3) leyes nacionales; 4) Constituciones y leyes provinciales. Respecto de la supremacía constitucional, ello está fuera de debate, pues, como se dijera, el principio supone no sólo la existencia de la ley fundamental por encima de cualquier tipo de norma, sino la subordinación a su texto de las que se encuentran por debajo de ella. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado que pese a la literalidad de la disposición constitucional, no hay duda que después de las normas constitucionales los tratados tienen rango superior a las leyes nacionales.

<sup>5</sup> Significó una clara adhesión al modelo del “acceso a la justicia”, al reconocer la directa operatividad de las garantías procesales y reforzar las mismas mediante —entre otras cosas— la constitucionalización del amparo en todas sus variantes, incluyendo el colectivo. Morello, Augusto M., “El impacto de las reformas constitucionales en el sistema de justicia”, *El Derecho*, 176-909.

determinada, y menos aun contraria a los mandatos constitucionales, como creemos lo postula el activismo judicial.

Cuando hablamos de juez ambiental, queremos en realidad hacer referencia a aquel que asume el tratamiento de un proceso judicial que tiene por objeto dilucidar un conflicto relacionado con el medio ambiente. En cierta manera, también expresamos un anhelo, puesto que al día de hoy en Argentina no existe una justicia ambiental propiamente dicha; es decir, con juzgados especializados en lo ambiental, con fiscalías ambientales y una sistematización adecuada de normas operativas para todos los conflictos que tengan por objeto al ambiente. Creo que con ello, sin duda se comenzarían a solucionar muchos inconvenientes, empezando por la especialización en el derecho sustentable, en su concepción holística de la materia objeto del proceso, que merece concebirse como un sistema complejo, cuyo análisis debería ser interdisciplinario, y contemplar a la par de lo jurídico lo social, económico y cultural, para luego terminar con una correcta y coherente aplicación del derecho de fondo y procesal, como se pide tan frecuentemente, de manera expedita, funcional y eficiente. Más adelante abundaré en consideraciones respecto a la importancia que tiene desde mi opinión la intervención “necesaria” en el proceso, del Ministerio Público principalmente y de otros actores legitimados, como el *ombudsman*, las ONG reconocidas y la ciudadanía en general, impulsándolo o participando activamente en el debate como parte interesada en la controversia.

Hoy, en nuestro ordenamiento jurídico cualquier juez es competente, al menos hasta la fecha en que escribo estas reflexiones, puesto que se encuentra debatiendo esta cuestión como parte de un paquete de reformas judiciales a nivel país, para recibir una acción de amparo y tramitarlo conforme a las normas correspondientes a su jurisdicción. Interpretando que el amparo ambiental funciona como un subsistema o especie del amparo común,<sup>6</sup> es que decidimos iniciar el tratamiento de aquel proceso, porque en el mismo sentido podemos decir que cualquier juez podría avocarse en un proceso ambiental que se plantee para tutelar la garantía prevista por el artículo 41 y proceder conforme al artículo 43, ambos de la Constitución de la Nación argentina.

Para mayor ilustración, procederé a transcribir las normas referidas anteriormente, sobre las que efectuaremos nuestro análisis, y que, como se

---

<sup>6</sup> Se ha sostenido que el amparo colectivo es una modalidad del amparo tradicional que exige el cumplimiento de sus mismos presupuestos de procedencia (XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mar del Plata, 2007). Para un análisis profundo y apropiado del Amparo colectivo en Argentina se recomienda Falcón, Enrique M., *Tratado de derecho procesal constitucional*, Rubinzal-Culzoni, t. II, pp. 205-383.

dijo, constituyen los presupuestos sobre los que, junto con garantías constitucionales concordantes, se evaluará la legalidad de las normas inferiores con las que se pretendieron reglamentar el amparo colectivo ambiental.

El artículo 41 de la Constitución de la Nación argentina expresa:

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

El artículo 43 viene a complementar la garantía constitucional, con una garantía al proceso de intereses colectivos expresando:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Es ineludible transcribir estas referencias normativas, a las que recurriremos constantemente para que no se nos escape ni más ni menos que el espíritu recogido por la carta magna. Lo resalto aunque parezca una obviedad, ya que al leer autores publicistas me asombra la ductilidad con que transfiguran la ley fundamental, buscando alegar e imponer sus posiciones



ideológicas, que falsamente podrían considerarse progresistas, sino que son todo lo contrario, más bien neoconservadoras.

Por ello es que sin pretender un obsesivo ánimo exegético, reitero acerca de la importancia de guiarse siempre por las normas fundamentales en la construcción del sistema jurídico, y más particularmente del que nos interesa: el sistema procesal, el cual siempre deberá cuidar celosamente los mandatos constitucionales, creemos nosotros conforme a los principios del garantismo que entiende al proceso como una

instancia necesariamente bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten en situación de igualdad jurídica, asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida, raíz de ello, el juez es sólo un funcionario –muy importante, por cierto– que el Estado coloca al servicio de los particulares con la magnífica misión de evitar que se hagan justicia por mano propia. ¡Que no es poca cosa!, no preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la verdad real sino que, mucho más modesta pero realistamente, procura lograr el mantenimiento de la paz social fijando hechos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley.<sup>7</sup>

Reitero lo antedicho. Como se verá, de ninguna parte de la norma constitucional surge, como pretende confundir una parte destacada de la doctrina jurídica, que el juez deba intervenir en el amparo ambiental, debiendo proteger los intereses difusos en juego con armas más poderosas.<sup>8</sup> Todavía más: no se observa de la literatura jurídica que ninguno reconozca expresamente, puesto que nada más lo plantean en abstracto, que la Constitución nacional mande a los jueces a intervenir en el amparo ambiental de otra manera que no sea respetando la inviolabilidad de defensa en juicio, la imparcialidad, es decir, el debido proceso.

Lo que ocurre es que luego ha devenido una normativa, que a mi criterio comienza generando el descalabro procesal con el cual se pretende confundir y teñir de activista hasta la misma Constitución. Se trata de la denominada Ley General del Ambiente, de orden nacional, destinada a

<sup>7</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, “El garantismo procesal”, *La Ley*, 15 de diciembre de 2010.

<sup>8</sup> González Zavala, Rodolfo, “Nuestro incipiente proceso ambiental”, *Revista de Derecho de Daños*, núm. 2011–1, Rubinzal Culzoni, p. 194; “Los jueces debemos abandonar el papel pasivo y tomar una actitud activa, con amplias facultades, flexibilizando las rígidas estructuras clásicas del procedimiento civil. Debemos disponer de medidas preventivas, eficaces, en orden a proteger el bien común. Y hay que hacerlo incluso, sin petición de parte. Müller, Enrique Carlos, “El perfil del juez ambiental”, *Revista de Derecho de Daños*, *cit.*, p. 168.

establecer los presupuestos mínimos, previstos en el artículo 41 de la Constitución Nacional.<sup>9</sup>

Me animo a decir que allí es donde se introduce y se celebra<sup>10</sup> el triunfo del germen inquisitivo, cuya cepa viene reforzada y con un nuevo ropaje, con un discurso ideológico y político persuasivo aunque incoherente, por el que se llama a los jueces a que actúen “con particular energía”, que a mí no se me ocurriría de otra manera que no sea con profunda contracción al trabajo en sus despachos, para hacer efectivos los mandatos constitucionales destinados a garantizar el dinamismo del ambiente, que por cierto resulta existencial. Digo esto porque con un claro decisionismo la Ley General del Ambiente (LGA) incorpora un precepto que nos interesa en particular. El artículo 32 expresa:

La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes.

En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.

Como se observa, este solo artículo en su soledad vino a introducir una batería de transgresiones a la garantía de la inviolabilidad de defensa en juicio, promoviendo que el juez pueda en un proceso cuya instancia es necesariamente bilateral, actuar a su gusto y placer. Lo único que falta es que también pueda denunciar o demandar la pretensión. A partir de allí podrá

---

<sup>9</sup> Ley núm. 25.675, artículo 6o.: Se entiende por *presupuesto mínimo*, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable.

<sup>10</sup> “Las normas procesales del proceso ambiental diseñado por la Ley 25.675 son algo así como el sueño de un procesalista, casi todas las ideas modernas que se postulan respecto del proceso civil están incorporadas al proceso ambiental diseñado por la Ley General del Ambiente”, Peyrano, Jorge W., “Comentarios procesales sobre la ley 25.675”, en Cossari y Luna (coords.), *Cuestiones actuales de derecho ambiental*, UCA, El Derecho, 2007, p. 121.

impulsarlo ordenando medidas precautorias autoconsideradas aunque nadie lo haya solicitado, conducirlo como prefiera probando de la manera que considere más deseable, sentenciando hasta los extremos que crea posible. Todo en aras de “proteger efectivamente el interés general”.<sup>11</sup>

En mi cuota de inocencia destaco que por lo menos el artículo 32 de la LGA, establece estas atribuciones como una facultad del juzgador; por ello se destaca el “podrá”, lo que en cierta manera me alivia, puesto que al no ser una exigencia o mandato legal, sino más bien una sugerencia, le deja la posibilidad a un juez prudente y respetuoso de las garantías constitucionales, a modo de libre espacio de coherencia, para omitir lo que insinúa temerariamente la norma, que a mi criterio resulta inconstitucional, por ser incompatible con lo que establecen las garantías constitucionales que hasta aquí nombramos y también los tratados internacionales con jerarquía constitucional.<sup>12</sup> Pero no será mi misión en este ensayo académico, tratar este último aspecto atinente a las notas de carencia de constitucionalidad, puesto que no lo creo ahora ni práctico ni útil, ya que me parece que existen elementos disponibles para resolver esta cuestión, con la lógica y los principios elementales del derecho y a sabiendas de cómo influye la pugna ideológica que mencionábamos en la introducción.

Además de sostener que este artículo 32 contraría las garantías previstas constitucionalmente, en especial la relativa a la inviolabilidad de defensa en juicio, aparece como otra grave objeción a la Ley General del Ambiente el hecho de que haya avanzado legislando con normas procesales o, mejor dicho, procedimentales, lo cual desde mi punto de vista también deviene en una falencia de constitucionalidad, porque en nuestro ordenamiento ju-

---

<sup>11</sup> El juez no es ni debe ser parte en el litigio. Obvia y lógica consecuencia de ello es que el juez no ha de hacer en el proceso lo que es tarea propia y específica de las partes litigantes: afirmar e introducir hechos y, llegado el caso, probarlos. Por eso es, precisamente, que en el sistema inquisitivo no se puede hablar con propiedad de una imparcialidad judicial en razón de que el juez es, al mismo tiempo, el acusador o el impulsor oficioso de la llamada acción penal, es decir: juez y parte. Idéntica reflexión cabe hacer respecto del juez de lo civil dentro del sistema, que le permite subrogar a la parte procesal en la tarea de probar hechos controvertidos y no probados adecuadamente por el interesado a quien le incumbía la carga de hacerlo. Véase Alvarado Velloso, Adolfo, *op. cit.* Propiamente se puede aplicar lo expresado por el maestro, a lo concerniente en el proceso colectivo ambiental.

<sup>12</sup> Principalmente, artículo 18 Constitución de la Nación argentina y artículo 8.1 del Pacto San José de Costa Rica, el cual dispone, entre las garantías judiciales de los derechos fundamentales, que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter.

rídico las provincias del Estado federal se han reservado expresa e intencionadamente, conforme lo prevén los artículos 5 y 121 de la Constitución Nacional, los derechos de dictarse sus códigos procesales por los que aplican el derecho sustancial que dicta el Congreso de la Nación.<sup>13</sup> En definitiva, estoy convencido de que al arrogarse atribuciones, legislando sobre cuestiones procesales, se apropian progresivamente de las potestades de los estados provinciales, que gozan de autonomía para dictarse sus propios reglamentos en la aplicación de la legislación sustancial, con lo cual, sin lugar a dudas, desde mi punto de vista, y sin desconocer que existe doctrina que opina en contrario, a mi juicio con argumentos no muy solventes, que con ello se ha quebrado el sistema republicano y federal de gobierno.<sup>14</sup> Sin embargo, el debate constitucional sobre poderes residuales de las provincias o implícitos de la nación requiere de un extenso tratamiento que aquí sería inapropiado, pero no por ello trasunta su consideración sintética en un elemento esencial en el cuestionamiento que vengo efectuando al precepto de la ley nacional.

---

<sup>13</sup> Artículo 5: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones, el Gobierno federal, garantizará a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

“Artículo 121. Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

<sup>14</sup> El establecimiento de la forma republicana refiere básicamente a un sistema político de división y control de poder. De acuerdo con la Constitución Nacional, la separación de poderes se expresa en función de tres modalidades: a) según la clásica división tripartita entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial; b) la división federal, que establece dos órbitas territoriales de poder, una representada por el central, federal o nacional, y otra por los poderes locales o provinciales; c) la división entre el poder constituyente y los poderes constituidos. La finalidad perseguida por este fraccionamiento de poder —que implica atribuciones propias y cooperación compartida— es la de sortear los riesgos de una excesiva centralización en la toma de decisiones públicas, y se plasma en un sistema de relaciones de “frenos y contrapesos” entre poderes. En tercer término, el concepto de federalismo remite a la existencia de un Estado integrado por más de un centro territorial con capacidad normativa, y en el que se equilibran la unidad de un solo Estado con la pluralidad y autonomía de muchos otros. En la Constitución argentina este sistema posee perfiles propios que lo diferencian del modelo estadounidense en que se inspira, y establece tres categorías de relaciones en la estructura federal: a) relaciones de subordinación de los estados locales —provincias— al Estado federal; b) relaciones de participación, cuyo ejemplo más preciso está dado por el desempeño del Senado en el gobierno legislativo de la nación (donde se equilibra la intervención de los estados pequeños y grandes); c) relaciones de coordinación, vinculadas a la distribución de competencias exclusivas, delegadas, reservadas y concurrentes. Secretaría de Coordinación Institucional de la Procuración General de la Nación, *Apuntes sobre el sistema judicial y el Ministerio Público Fiscal de la República Argentina*, 2004.

Recordemos, en el mismo sentido, que el artículo 43, párrafo tercero, manda a la nación a que dicte normas de presupuestos mínimos, pero “sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”. Y me parece que ello no ha sido respetado o resguardado. La Ley General del Ambiente resulta útil y válida respecto de todo lo que regula, y eso debo remarcarlo con ahínco, salvo la norma atacada, que es particularmente la única que introduce normas de carácter procedimental.

En síntesis, todo lo que se refiere al derecho sustancial de la Ley mencionada es válido y acertado, puesto que obedece a un mandato constitucional, pero el artículo 32 es el que no se ajusta a lo ordenado por el artículo 43 de la Constitución, porque sin lugar a dudas altera las jurisdicciones locales avanzando sobre los “poderes residuales”,<sup>15</sup> ni al espíritu de una garantía más antigua, como lo es el artículo 18, porque las atribuciones que se le ofrecen al juez ambiental son totalmente violatorias de la inviolabilidad de defensa en juicio.

Debe concederse que la Ley General del Ambiente sin embargo resulta aplicable, aunque no nos agrade mucho, en aquellos procesos en los que por competencia originaria intervengan los jueces federales, es decir, aquellos que por el objeto, causa o sujeto determine la intervención de la magistratura nacional. Y por ende resulta aplicable aún el precepto controvertido (artículo 32), aunque manteniéndose como una facultad del juez, como una posibilidad de que actúe en el sentido insinuado. Todavía más, el paradigma desde el que se promueve el activismo judicial se encuentra y se hace gala en la jurisprudencia, en los fallos de la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación, especialmente en los casos *Mendoza*, *Halabi*, *Salas* y otros.<sup>16</sup>

Quienes todavía tendrían oportunidad de no caer en el activismo judicial son los estados provinciales, pero por lo general todos vienen adhiriendo

---

<sup>15</sup> La expresión “presupuestos complementarios”, vinculada a presupuestos mínimos, no puede sino ser entendida como presupuestos mayores, de modo que el debate jurídico en torno al ejercicio de facultades normativas de las provincias para ampliar el nivel de protección medioambiental no es un debate sobre “competencia”, sino eventualmente un debate sobre “razonabilidad”, concomitante a todo ejercicio o función legislativa o reglamentaria. Rossatti, Horacio D., *Derecho ambiental constitucional*, Rubinzal-Culzoni 2007, p. 116.

<sup>16</sup> *Mendoza Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza -Riachuelo)*. CSJN-Competencia originaria. Daño Ambiental. Riachuelo. Derecho al goce de un ambiente sano. Alcance. Competencia Federal según Ley 25.675. Procedencia de la competencia originaria en las pretensiones de prevención, recomposición y resarcimiento del daño colectivo. Medidas instructorias. Declaración de incompetencia para conocer en instancia originaria en la demanda por el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales. Precedentes *Barreto* y *Zulema Galfetti*, 20 de junio de 2006; *Halabi Ernesto C/ Pen - Ley 25873 Dto1563/04 - S/ Amparo Ley 16.986*; *Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/Amparo*. Juicio Originario S.C., S.1144, L.Xliv.

íntegramente a la Ley General del Ambiente, con lo cual introducen a su ordenamiento local, consciente o inconscientemente el germen neoinquisitorial, por el que la judicatura comienza a viciar el sistema republicano de gobierno.

De todas maneras, parece posible que de advertir estas inconsistencias, las provincias que vayan desarrollando proyectos para incorporar en sus códigos procesales locales un espacio para los procesos colectivos, dentro de los cuales se encuentran los procesos ambientales, puedan legislar con razonabilidad y apego a los mandatos constitucionales respetando el debido proceso. Los mandatos fundamentales de hoy al parecer no nacen de lo que establece la Constitución, sino de aquellos lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que hoy promueve el activismo judicial en los procesos ambientales anhelando una imagen más política, buscando relegitimarse con discursos jurídico-políticos que impacten en la ciudadanía anómica.

Debo reconocer con sinceridad que alguna vez me sedujo la posibilidad de que los jueces podían ser los encargados de jerarquizar la justicia si se brindaba más herramientas para poder actuar con eficacia. Pero el sentido común no tarda en advertir dónde se encuentra la primera inconsistencia, sobre todo cuando a tal alternativa, que parecía justa, se le contraponen la pregunta de cuáles son las herramientas en cuestión. ¿Resulta necesario bastardear la misma Constitución para el logro de la pretendida eficacia judicial? ¿Vulnerar los derechos y garantías individuales que nos fueron tan caros en nuestra historia democrática? ¿Retornar a la concepción cuasiprovidencial de que una persona puede conocer toda la verdad y nada más que la verdad?

El presidente de la Corte Suprema, el doctor Lorenzetti, a mi parecer manteniendo su postura activista, aunque atajándose de fundadas críticas, se ha manifestado de la siguiente manera: “se hace necesario un nuevo activismo en defensa de los derechos fundamentales, cuyo contenido mínimo debe ser afianzado, reconociendo siempre que ello no implique de ningún modo establecer el gobierno de los jueces”.<sup>17</sup> Esta idea que pretende imponerse verticalmente, reclamando jueces comprometidos socialmente, equivoca la idea de eficacia judicial, y pasaré a explicar desde mi punto de vista las razones de esa falacia.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Véase también en Carnota, Walter, “Definiciones sobre el activismo de los jueces”, *La Ley*, suplemento de Actualidad, 16 de agosto de 2007.

<sup>18</sup> Una falacia (del latín *fallacia*) significa, conforme al *Diccionario* de la Real Academia Española, un engaño, fraude o mentira con el que se intenta afectar a alguien. Dentro de la lógica, dícese de razonamientos falaces en un argumento refiriéndose a la argumentación de

Por un lado, muchos estamos de acuerdo con que debemos trabajar por una democracia más igualitaria, en el sentido de que todos los ciudadanos cuenten con servicios públicos esenciales, y que en consecuencia tengan las mismas oportunidades, también coincidimos con cuidar al medio ambiente, nuestra casa, tanto para el presente como para las generaciones futuras, pero nadie dijo que ello implique desplazar a las autoridades legislativas y ejecutivas elegidas democráticamente, por una judicatura que se aleja de sus funciones originarias y rompe severamente el sistema democrático y republicano en cuanto se arroga funciones políticas que no le son inherentes.<sup>19</sup>

De tal manera que del único activismo que se puede hablar es del laboral, de la contracción intensa al trabajo. La única tarea ardua debiera ser aquella destinada a no demorar causas importantes. Para ello deviene necesario asignar partidas importantes de recursos económicos y humanos al ámbito judicial, y también a los auxiliares de la justicia, como ya se dijo también la especialización de la justicia con jueces idóneos y el fortalecimiento del Ministerio Público. Allí es donde debe aparecer el pretendido dinamismo judicial, la energía que se les reclama, y no en pretender que un juez garantice encontrar a la verdad “real” de los hechos ¿Para qué servirían, por ejemplo, las medidas denominadas “autosatisfactivas”, aun siendo inconstitucionales, si el juzgado tarda más de una semana en despachar cualquier escrito? No se necesitan más leyes ni creaciones pretorianas, simplemente respetar y actuar conforme al mandato constitucional, la voluntad y responsabilidad del juez en resolver el conflicto.

Una cuestión que se me presentaba, aun efectuando el análisis anterior, era la posibilidad de que se admitiera cierta excepcionalidad y, por ende, un margen, aunque sea mínimo, de activismo en el proceso ambiental, por tener éste por objeto intereses con incidencia colectiva. Pero inmediatamente advertí que no resultaba necesario, porque la circunstancia de que el amparo ambiental sea un proceso de incidencia colectiva no incluye al juez como parte afectada, puesto que actúa como poder jurisdiccional, imparcial

---

naturaleza inválida. Su uso no implica que la conclusión a la que se llega sea falsa. Lo que lo hace falaz es la incorrección del razonamiento en sí. Todo razonamiento falaz es inválido; es decir, que sus premisas no garantizan la verdad de su conclusión, pero en ocasiones pueden ser muy sutiles y persuasivas, y puede hacer falta mucha atención para detectarlas.

<sup>19</sup> Ser *solidario* es mostrar o prestar adhesión o apoyo a una causa ajena, idea de la cual surge el *solidarismo*, considerado una corriente destinada a ayudar altruistamente a los demás.

Reconozco que la idea y la bandera que ellos despliegan son realmente fascinantes: se trata —nada menos— que de ayudar al débil, al pobre, al que se halla mal o peor defendido, etcétera. Pero cuando un juez adopta esta postura en el proceso no advierte que, automáticamente, deja de lado lo que siempre ha de ser irrestricto cumplimiento de su propio deber de imparcialidad. Y, de esta forma, vulnera la igualdad procesal, Alvarado Velloso, Adolfo, *op. cit.*



e imparcial, y no como ciudadano común. Pero al mismo tiempo, tampoco le otorga un rol protagónico diferenciado, puesto que las características del proceso colectivo, en realidad atienden a condiciones particulares de legitimación tanto activa como pasiva, en tanto titulares para enervar la acción y en cuanto al bien tutelado, aquel cuya incidencia es difusa o colectiva por condiciones de indivisibilidad. Pero no le agrega nada en particular a los presupuestos constitucionales procesales que deben observarse para que se configure un debido proceso. Siguiendo los lineamientos que traza el garantismo procesal, la idea constitucional de debido proceso sólo puede concebirse dentro de un sistema acusatorio o dispositivo, por la clara concepción que allí se hace del principio de imparcialidad.<sup>20</sup>

El argumento de que la cuestión ambiental necesita romper los moldes tradicionales del proceso<sup>21</sup> es infundado y no explica plenamente por qué razones se sostiene tal apreciación.

---

<sup>20</sup> Si se trata de procesar, el poder primariamente debe recaer en las partes, porque de lo contrario se desmorona su igualdad y la imparcialidad del juzgador. Por tal razón no aceptamos el ofrecimiento y producción de prueba de oficio ni el impulso de oficio, pues esa actividad la deben llevar a cabo solamente los litigantes —nunca la autoridad, quien en el desarrollo del proceso debe limitarse a conectar instancias y resolver los incidentes o incidencias procedimentales que se susciten—. Esta visión del proceso como el medio de debate por excelencia para el resguardo pleno de los derechos fundamentales debe aplicarse siempre que éstos estén en litigio —alcanzando igualmente a los derechos de primera, segunda o tercera generación— porque es el método que necesariamente se debe respetar a fin de lograr una decisión que no desarтикуle el macrosistema. Por ello, no nos parece apropiado que se deje de lado la imparcialidad o la igualdad de las partes aduciendo casos especiales basados en la clase de derecho que se trate o en la debilidad de un contendiente frente a otro, porque en definitiva o no se estará discutiendo y oyendo adecuadamente o se terminará privilegiando la aplicación del criterio personal de justicia de quien resuelve, más allá de lo que mande el ordenamiento jurídico, Calvino, Gustavo, *op. cit.*

Se ha advertido sobre dos deformaciones comunes de la idea de independencia que son el resultado de ignorar que la posición del juzgador en el Estado de derecho viene dada tanto por sus poderes como por sus deberes. La primera, que tiende a asimilar la independencia a la autonomía, olvida la posición de poder institucional que el juez ocupa; la segunda, que tiende a asimilar la independencia a la soberanía, define la posición del juez dentro del orden jurídico a partir exclusivamente de sus poderes, ignorando sus deberes. Así, el deber de independencia de los jueces tiene su correlato en el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho, no desde relaciones de poder, juegos de intereses o sistemas de valores extraños al derecho. El principio de independencia protege no sólo la aplicación del derecho, sino que además exige al juez que falle por las razones que el derecho le suministra, Aguiló Regla, Josep, “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 6, abril de 1997, pp. 75-77, consultable en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=125296>.

<sup>21</sup> Los moldes procesales clásicos no resultan suficientes para contener estas nuevas modalidades de litigio que debe enfrentar la judicatura... Y ello nos permite comprender que acaso el exorbitante crecimiento del proceso, que parece andar en busca de cierta racionalidad



Si la cuestión tiene que ver con la complejidad del objeto, en razón de que el medioambiente constituye un sistema complejo, lo que se requiere por parte del proceso es un análisis holístico, interdisciplinario, especializado y profesionalizado. De ello se trata la racionalidad adecuada que tanto se pretende; de lo contrario, lo que conseguiremos con un juez metido a discreción por doquier será una subjetividad judicial concomitante, puesto que será él con todas sus circunstancias procesales y extraprocesales, íntimas y externas.

Encuentro útil pensarlo de la siguiente manera: lo complejo es el objeto, el sistema ambiental, con diversos sectores involucrados, humanos y naturales, con intereses diversos y a veces contrapuestos, no sólo entre particulares sino también entre éstos y el Estado, con conocimientos científicos fehacientes y otros dubitados, también por la complejidad de los hechos, las consecuencias y las responsabilidades o atribuciones en el plano jurídico, pero ello no implica de ninguna manera que debamos surtir de la suma del poder a un juez en honor a la complejidad señalada, no significa que debamos complejizar la actuación del juez más allá de lo que tiene previsto para él la Constitución nacional en el Estado democrático de derecho.

Como lo dije anteriormente, e insisto, ¿no parece más lógico y acertado acomodarse al objeto complejo, pero respetando las garantías constitucionales? Es decir, ¿profesionalizando a los actores con legitimación reconocida, promoviendo el acceso a la información pública, especializando los juzgados ambientales, con importantes partidas presupuestarias?

De existir alguna particularidad diferente en la conducta que debe asumir un juez atento a la complejidad del objeto, puede interpretarse en todo caso, en cuanto a la fijación de los plazos del proceso adecuándolo al caso, lo cual está permitido por la misma Constitución, al decir que le otorgará trámite de juicio sumarísimo y en la modalidad en que se realice la convocatoria de audiencia de partes y terceros requeridos, pero siempre resguardando la imparcialidad e inviolabilidad de defensa en juicio; es decir, el debate antagónico ante su persona como tercero imparcial. Se entiende en consecuencia que mi propuesta no admite en ningún momento que el juez pueda proponer y menos aún producir prueba de oficio. Para ello tenemos reservado especialmente el papel que debe desempeñar el Ministerio Público Fiscal, quien debe velar por el interés general de la sociedad, y en definitiva promover acciones en defensa del ambiente, impulsar el proceso,

---

dad que lo ordene, responda a la tan mentada inutilidad de los moldes clásicos, Ucín, María Carlota, "Procesos colectivos, ¿por qué el Ministerio Público?", *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, 2012, número extraordinario, pp. 221 y 222.

ofrecer y producir prueba, alegar y exigir el cumplimiento de la sentencia.<sup>22</sup> Reiteramos sobre la necesidad imperiosa que sea éste el órgano que se vuelva especializado y eficiente para la eficacia del proceso ambiental. Lo mismo debe aplicarse a la educación a información para el ciudadano respecto a su legitimación para actuar, la idoneidad del Defensor del Pueblo y de las asociaciones civiles reconocidas.

Aparece en mí como algo muy interesante la posibilidad de que el juez intente dar una dinámica oral y escrita a las audiencias, salvaguardando siempre el contradictorio, que es sólo de las partes. Que se nutra de toda la información posible respecto al caso ambiental, escuchando a quienes tienen intereses legítimos, que en el proceso colectivo ambiental generalmente son difusos y/o indivisibles. La figura del *amicus curiae* propuesta por las partes también será un instrumento útil en dilucidar el conflicto. Y luego que el juez, en el marco de la congruencia, traduzca en un lenguaje sencillo y técnico jurídico en caso de ser necesario, para que la sociedad comprenda los extremos de la sentencia que dicta.

Otro punto escabroso, que siempre aparece en debates, por cierto interesantes, trata sobre las medidas cautelares que se presentan en el proceso ambiental. Pero particularmente aquellas que invocan el denominado “principio precautorio”,<sup>23</sup> que pretende ser característico en la materia.

El artículo 4 de la Ley núm. 25.675 (Ley General del Ambiente), lo ha receptado de la siguiente manera: “Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”.

Coincido plenamente con la receptividad legal que merece el principio precautorio y además con que éste se constituye en un garante de la sustentabilidad.<sup>24</sup> En realidad lo que interesa de modo prioritario en el proceso

---

<sup>22</sup> Toda esta actividad está tipificada por el debate, y éste es la consecuencia natural de un comportamiento bilateral, que surgiendo en una serie graduada exige un dinamismo que sólo puede lograrse con la proyectividad del instar de una parte hasta el reaccionar de la otra. El debate es imposible ahí donde no hay instancia que excite la respuesta ajena. Un procedimiento sin debate podrá ser averiguación o ejecución, jurisdicción voluntaria o providencia cautelar pero no proceso, Briseño Sierra, Humberto, *El principio acusatorio en el proceso penal*, México, p. 74.

<sup>23</sup> El principio precautorio es el nuevo paradigma de la responsabilidad ambiental, en función de que el campo de derecho ambiental es propicio para las soluciones anticipatorias (*ex ante* y no *ex post*). Ello, por cuanto las agresiones al medioambiente son por regla de imposible, improbable o difícil reparación, Martínez, María Paulina, *Protección ambiental. El principio precautorio*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, p. 98.

<sup>24</sup> Sabsay, Daniel A., “El desarrollo sustentable en un fallo de la justicia federal”, *Diario de Jurisprudencia y Doctrina El Derecho*, año XXXV, núm. 9355, 1997, p. 1.

ambiental no es ya la prueba del daño en sí, sino el riesgo de que el daño se produzca; por ello no es tan importante quien tiene la carga de la prueba como lograr la evitación de un daño muchas veces grave e irreversible.<sup>25</sup> En consecuencia, considero plausible aceptar el principio precautorio, al no ser incompatible con el respeto del debido proceso, puesto que el objeto a flexibilizar es la certidumbre del peligro y no la carga de la prueba. Es decir, se amolda el criterio que normalmente se tiene para evaluar ciertos perjuicios a sujetos particulares que aunque graves no serían irreversibles.

Lo que ocurre es que se admite lo que nuevamente resulta intolerable, que sea el juez quien actúe de oficio disponiendo medidas precautorias y fundamentándolas conforme al principio precautorio. Es decir, para que quede claro, el problema no es el principio, que en virtud de una especial ponderación del objeto que tutela flexibiliza la verosimilitud del derecho exigible para las medidas preventivas, generalmente llamadas cautelares, para evitar daños irreversibles a bienes colectivos, sino la forma o el modo en que ello tendría lugar, en una clara afectación al debido proceso.

De nueva cuenta es el artículo 32 de la Ley General del Ambiente,<sup>26</sup> el que vuelve a introducir la cepa inquisitorial, autorizando al juez, si es que quiere, porque también aquí dice “podrá”, a disponer medidas de urgencia, aun sin petición de las partes del proceso, con lo cual negamos totalmente la constitucionalidad de la medida.

Insistimos en el papel protagónico que deben tener los legitimados para accionar en procesos colectivos, especialmente por parte del Ministerio Público Fiscal, que debe velar por el interés social, constituyéndose “necesaria y esencialmente” como el órgano especializado que impulse el proceso de manera continua y responsable.<sup>27</sup> También se habilita a un *ombudsman* o De-

---

<sup>25</sup> De esta forma observamos cómo el principio precautorio avanza aún más que el preventivo, ya que considera la necesidad de evitar el daño aun cuando no existe certeza respecto de su acaecimiento futuro, y se plantea frente al peligro que se produzca un daño grave o irreversible (fallo: *Salas, Dino y Otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/amparo*).

Véase también Esain, José, “De la prevención ambiental. Los estudios de impacto ambiental y las medidas autosatisfactivas en el derecho ambiental provincial, la suspensión cautelar de proyectos por carencia de trámites preventivo ambientales en la Provincia de Buenos Aires”, *La Ley*, Buenos Aires, año 10, núm. 2, marzo de 2003, pp. 148; o Esain, José, “El principio de prevención en la nueva Ley General del Ambiente 25.675”, suplemento de derecho administrativo de la revista jurídica *Lexis Nexis*, del 1 de septiembre de 2004.

<sup>26</sup> Ley núm. 25.675, artículo 32, párrafo segundo: “En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”.

<sup>27</sup> Con la reforma constitucional de 1994 se lo ubica como un órgano extrapoder, y consecuentemente independiente del Poder Judicial o del Ejecutivo. “Hay cuestiones que

fensor del Pueblo y la ciudadanía en general, así como la participación de los *amicus curiae*, que siendo ajenos a la disputa judicial, en el caso podrían brindar una rápida *información* o elementos para lograr una mayor *certeza científica* respecto al acaecimiento de un daño ambiental.

Por último, como si fuera poco, el precepto antes cuestionado expresa: “el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes”. De alguna manera, esta facultad discrecional viene a coronar el perfil neoinquisitivo que se promociona en la actuación procesal desde el inicio al final por parte del juez ambiental.<sup>28</sup>

Se vienen aplastando derechos y garantías constitucionales por aplicarse principios que pretenden ser novedosos cuando en realidad esconden un intento de recuperar protagonismo político por parte de la judicatura, de allí el planteo de la falacia que efectuábamos.

Aparece como motivación a escribir estas reflexiones el haber comprendido que ante la exigencia actual y demanda real que se le presenta a la justicia de que cumpla con plazos razonables<sup>29</sup> en la administración de justicia por parte de toda la sociedad, se aprovecha la conjetura para recuperar

---

justificarían la participación de un legitimado estatal que resguarde el interés general, frente a la preponderancia de intereses que de otro modo serían sólo parciales, por sectoriales.

Es evidente que el artículo 43 de la Constitución Nacional —al enumerar los legitimados activos para la tutela de los derechos de incidencia colectiva— no incluye al Ministerio Público entre ellos. Sin embargo si repasamos el artículo 120, veremos que se lo institucionaliza como un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, cuya función es promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República”, Ucín, María Carlota, “Procesos colectivos, ¿por qué el Ministerio Público?”, *cit.*, p. 225).

<sup>28</sup> El derecho ambiental requiere justamente de una participación activa de la judicatura, la que si bien de alguna manera puede afectar el *principio de congruencia*, en definitiva se traduce en un obrar preventivo, acorde con la naturaleza de los derechos afectados, caso *Copetro*, voto del doctor Hitters.

<sup>29</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos, dada en San José de Costa Rica en 1968 y en vigor desde 1978, en el artículo 7.5 se establece que “toda persona detenida o retenida... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable”. A su vez, y con más precisión, el artículo 8.1 dispone, entre las garantías judiciales de los derechos fundamentales, que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella”.

Para esto, lo más conveniente es asimilar que el derecho a un juicio dentro de un plazo razonable, a pesar de que constituye una derivación evidente e innegable del principio del Estado de derecho, se ha consolidado en el ámbito de los derechos fundamentales de las personas después de la Segunda Guerra Mundial, y que a partir de entonces lo encontramos expresamente contemplado en distintos catálogos del género. Sin duda fue así como esta garantía cobró un estatus de derecho fuerte: los procesos deben terminar lo más rápidamente

mayor poder político, cuando resulta indudable que bajo el ropaje discursivo de mayor celeridad, eficiencia y compromiso se reinstala un activismo judicial que pareciera cumplir la función del *ombudsman*, un gatopardismo que pretende imponer un neoinquisitivismo procesal.<sup>30</sup>

Por razones de lógica jurídica y de apego a los mandatos constitucionales, sostengo que el proceso jurisdiccional, cualquiera que sea,<sup>31</sup> inclusive el proceso ambiental, por ser también consustancial, sólo puede entenderse bajo los principios que propugna el garantismo procesal;<sup>32</sup> es decir, como proceso dispositivo o acusatorio, pues es el único que contiene la estructura triangular (actor o acusador, demandado o acusado y autoridad o juez) que surge del artículo 18 de la Constitución Nacional, con una definida distribución funcional respetuosa de la igualdad de las partes e imparcialidad del juzgador o lo que sería la síntesis de ello, la inviolabilidad de defensa en juicio.<sup>33</sup>

---

que sea posible en interés de todos, pero ante todo en resguardo de la dignidad de la persona Pastor, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Ad Hoc, 2002, p. 104.

<sup>30</sup> Los juicios ambientales están destinados a funcionar como “laboratorio” para testear novedades atípicas, que luego se irán trasladando a los procedimientos tradicionales (González Zavala, Rodolfo, “Nuestro incipiente proceso ambiental”, *Revista de Derecho de Daños*, 2011-1, Rubinzal-Culzoni, p. 191.

Por supuesto, el fenómeno excede la problemática ambiental. Los sistemas procesales civiles están mutando de manera generalizada: “nadie duda de que el proceso civil está en el tiempo presente en busca de su propia identidad y de la construcción de un modelo fiel a las nuevas realidades de la sociedad actual”, Dinamarco, Cándido Rangel, *Nova era do processo civil*, 3a. ed., Sao Paulo Malheiros, 2009, p. 11.

<sup>31</sup> El artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos sirve de sustento para fundamentar que las garantías procesales del derecho internacional de los derechos humanos alcanzan a todos los procesos, con prescindencia de la materia en debate, al establecer que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones”.

<sup>32</sup> Como movimiento filosófico que en definitiva es, lo que el garantismo pretende es el irrestricto respeto de la Constitución y de los pactos internacionales que se encuentran en su mismo rango jurídico. Los autores así enrolados no buscan a un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales, Alvarado Velloso, Adolfo, *op. cit.*

<sup>33</sup> Dice Alexy que el discurso jurídico es una especie del discurso práctico, del discurso para la acción. En el proceso de toma de decisiones jurídicas se concretan opciones que, para ser racionales, deben justificarse. Una de las reglas para garantizar la racionalidad del discurso es, precisamente, la de permitir la participación de todos los interesados. Las reglas de la simetría y de la libertad implican que todos puedan tomar parte en el discurso, que todos puedan problematizar cualquier aserción, que todos puedan expresar sus opiniones, y que a nadie se impida el ejercicio de estos derechos mediante coacción interna o externa.

Por el contrario, el sistema inquisitivo o inquisitorial no responde al modelo diseñado constitucionalmente, desde que la autoridad tiene poderes para acusar, probar y juzgar, generando una estructura bipolar, y a veces, como se pretende en el proceso ambiental, omnimoda, donde nunca se comprenderá al proceso como método de debate pacífico que sigue reglas preestablecidas y se desarrolla entre partes antagónicas que actúan en condición de perfecta igualdad ante un tercero imparcial con el objetivo de resolver heterocompositivamente un litigio.

Ya me expresé, haciendo notar las razones por las que no es de ninguna manera necesario y justificable romper el sistema republicano y violar garantías constitucionales para lograr cumplir con las entendibles demandas de justicia expedita y eficaz. El compromiso social, claro que debe estar, pero en todo caso no en la tribuna política, sino en el despacho del juez, administrando justicia conforme al mandato constitucional, buscando cotidianamente la especialización y profesionalización del Poder Judicial, quien debe en primera instancia demostrar con el ejemplo el significado de institucionalidad respetuosa del sistema democrático y republicano de gobierno. En ello también les cabe responsabilidad a los otros poderes del Estado, quienes en vez de auspiciar el publicismo o decisionismo judicial deberán delimitarlo conforme a los principios constitucionales y asignar recursos económicos y humanos importantes para poder reconducir el Poder Judicial hacia un óptimo funcionamiento.<sup>34</sup> Sepan con ello los jueces y operadores jurídicos que sin perjuicio de que se hayan instalado ex profeso vestigios inquisitoriales, nunca estarán perdidos, si en el andar siguen a la estrella que tanto costó encontrar; ella es sabia, sintetiza nuestras luchas, nuestra historia, el sentir de una nación y la dignidad de la persona.

---

La prédica por una aproximación progresiva a ese ideal nunca alcanzable de modo perfecto que es la imparcialidad, no obedece a una desviación ideológica de cierto procesalismo ni a un sueño atávico de racionalistas nostálgicos. Como diría Ciuro Caldani, “siempre, en alguna medida, la jurisdicción racionaliza... En la medida que los pronunciamientos jurisdiccionales tienen razonabilidad y consecuente fuerza de convicción para los interesados y para el resto de la comunidad poseen más posibilidades de hacerse efectivos. Uno de los problemas graves en países como el nuestro es la pérdida de razonabilidad social de los pronunciamientos jurisdiccionales”. La vigencia de la garantía de un juez imparcial —tan imparcial como sea posible— es un buen comienzo, Meroi, Andrea, *La imparcialidad judicial. Activismo y garantismo procesal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>34</sup> Es indudable que la justicia de América se encuentra en gravísima crisis: el número de jueces y de funcionarios existentes en las plantas de personal de los diversos poderes judiciales no se corresponde con la magnitud del trabajo que deben cumplir diariamente; la crisis es persistente por coexistencia de un cúmulo enorme de causales que nadie quiere enfrentar y, en su caso, revertir; ha crecido desmesuradamente el índice de litigiosidad, tanto en lo civil como en lo penal, Alvarado Velloso, Adolfo, *op. cit.*

## EL “JUEZ” DESDE EL PENSAMIENTO DEL DOCTOR BRISEÑO SIERRA Y LOS PROBLEMAS EN LA ACTUALIDAD

Ana Cecilia CALDERÓN SUMARRIVA\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La constitucionalización del proceso y del rol del juez.* III. *A manera de conclusión.*

### I. INTRODUCCIÓN

El proceso no ha dejado de ser el medio a través del cual se pueden solucionar controversias, pese a la existencia de otros mecanismos para ese fin. Sigue siendo la vía más concurrida y segura para el ciudadano, porque está revestida de la decisión por autoridad. Además, la justicia es un servicio público que el Estado tiene la obligación de optimizar en términos de acceso y plazos, pero también de calidad. En los avances que se han producido en nuestra cultura jurídica se han ido incorporando una serie de conceptos que deben hacernos pensar en una revisión en términos sustantivos y procedimentales. Desde nuestro punto de vista, esa incorporación se debe al desarrollo del derecho constitucional e internacional de los derechos humanos, así como a la globalización. Se advierte así una suerte de conceptos universales que rondan en las decisiones de los tribunales y que sirven como un estándar mínimo en cada Estado.

Consideramos que el maestro Briseño, al definir la razón de ser del proceso, también define la razón de ser del juez. Al respecto dice: “entre los hombres se presentan disputas jurídicas requeridas de solución imperiosa, es algo que no puede negarse”. Y añade: “la fijación de estos derechos no puede hacerse por el mismo que está interesado en ellos, por la sencilla razón de que entonces los juicios serían parciales, y de que cada resolución

---

\* E-mail: [acs@egacal.com](mailto:acs@egacal.com)



provocaría nuevas disputas”.<sup>1</sup> De aquí que el juez es el poder constituido esencialmente para resolver estas controversias con el derecho preestablecido, que puede tener, dependiendo de la naturaleza de la controversia, diversas fuentes. En esencia, el juez es un pacificador o componedor de conflictos particulares, y eventualmente, a través de su actuación, pueden establecerse reglas generales, sobre todo por razones de previsibilidad y resguardo de la igualdad en la aplicación de la ley (un mecanismo para ello es el uso del precedente judicial).

La resolución de conflictos por parte del juez congrega tres aspectos fundamentales: el poder de que sus decisiones resuelvan el asunto de modo definitivo (poder que es delegado) y la legitimidad de ese poder a partir del respeto de condiciones básicas como la imparcialidad; el respeto al método para la resolución del conflicto con sus propias reglas (debido proceso) y la justificación debida de su decisión que la dota de racionalidad y proscribela arbitrariedad.

Sin embargo, pese a que se han podido fijar algunos rasgos, la realidad es que existen importantes desafíos tanto para el derecho procesal como para definir el rol del juez, puesto que los paradigmas han ido modificándose, de manera que ya no se tiene un juez oculto “mero aplicador de la ley”, sino un juez protagonista y deliberativo, pues no sólo trabaja con reglas, sino también con principios.

En Latinoamérica estamos tomando conciencia de ciertos cambios, que ya han ido operando en la realidad, cambios a los que se ha denominado “la constitucionalización del ordenamiento jurídico”,<sup>2</sup> lo cual lleva a la idea de la “constitucionalización del proceso” y a la “constitucionalización de la labor del juez”.

Podemos extraer del pensamiento del maestro Briseño ideas fundamentales, como el de que las disputas requieren una solución imperiosa, lo que perfila el derecho a una tutela judicial efectiva como una obligación del Estado, lo cual no sólo significa el acceso a la justicia, sino también que el proceso se realice dentro de un marco de garantías y que la decisión adoptada pueda ejecutarse completa y oportunamente. Otra de sus ideas importantes

---

<sup>1</sup> Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, México, Cárdenas Editor, 1969, vol. II, p. 18.

<sup>2</sup> “Un proceso de transformación del ordenamiento jurídico al término del cual el ordenamiento jurídico en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”, Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano”, en Carbonel, Miguel, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2005, p. 49.



es aquella que hace referencia al juez como un tercero que no es parte de la controversia y sin ningún interés particular en ella, lo que perfila la garantía de la imparcialidad que conlleva el deber del juez de mantenerse férreamente en su labor de resolver con el derecho vigente y sin consideración de factores ajenos.<sup>3</sup> El maestro no desconoce la importancia de la Constitución y de los derechos fundamentales, porque afirma: “No se niega que la Constitución sienta normas de principio, y aun existen Constituciones que, como la mexicana, se encarguen de establecer ciertas y determinadas normas procesales, es decir, que eleven al plano de la Constitución alguna norma procesal concreta”.<sup>4</sup>

Uno de los desafíos actuales es limitar el poder de los jueces, que parece desbordarse a partir del propósito de dar eficacia a los derechos fundamentales (principalmente cuando nos referimos a los de carácter social). Se suman a esto sus facultades de controlar los actos públicos (no existe ninguna zona exenta de control) y de tener la última palabra en la interpretación de la Constitución, lo que lleva a distorsiones importantes, como asumir el rol de legisladores (desafío que no sólo es para los jueces propiamente constitucionales, sino también para los ordinarios, que en el Perú tienen no sólo el control difuso de constitucionalidad, sino también el de convencionalidad).

Refiriéndose al punto anterior, Briseño indicaba:

pero nada de ello viene a fundar la teoría de que el juez deba desentenderse de la Ley. Por el contrario, cuando el legislador quiere que el juez legisle, lo determina a través de la norma positiva. Si desea que invoque el precedente, hará obligatoria la jurisprudencia, y si prefiere que el conglomerado establezca el derecho, estipulará el valor de la costumbre.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> “El ideal del juez independiente e imparcial designa al juez que no tiene más motivos para decidir que el cumplimiento de su deber. El cumplimiento del deber son tanto la explicación como la justificación de las decisiones del juez independiente e imparcial, o dicho de otra forma, los motivos por los que el juez decide (la explicación de la decisión) coincide con la motivación (la justificación de la decisión). Así pues, la independencia (deber de independencia) y la imparcialidad (el deber de la imparcialidad) responden al mismo tipo de exigencias: trata de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho (legalidad de la decisión) y tratan de preservar la credibilidad de las decisiones y de las razones jurídicas. Y para ello pretender controlar los móviles (motivos) por los cuales el juez decide”. Aguiló Regla, Josep, “Los deberes inherentes a la práctica de la jurisdicción: aplicación del derecho”, *RIJB Estudios*, 10, ponencia con algunas modificaciones presentada en el IV Congreso Nacional de Jueces del Perú, “Desafíos de la Justicia del Siglo XXI”, Cusco, 24 al 27 de agosto de 2010.

<sup>4</sup> Briseño Sierra, Humberto, *op cit.*, p. 93.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 28.

Sin embargo, si bien el parámetro no ha dejado de ser legal, existe otra fuente normativa que sustenta su intervención, que es la Constitución, y que dentro del marco del control constitucional permite no sólo que haga de legislador negativo, sino también positivo. Parecería que los jueces tienen licencia para todo, pues pueden ordenar la construcción de una carretera, impedir la ejecución de un proyecto de inversión, la autorización para llevar adelante una medida de política criminal, etcétera.

Otro planteamiento que implica un desafío actual se encuentra en la necesidad de mantener como fuente del proceso a la ley, y con ello mantener la idea de seguridad jurídica como aquello que está determinado y, por lo tanto, es previsible; además, tener como fuente normativa última a la Constitución ya no hace posible considerar dicho valor. Se piensa que partiendo de la naturaleza abierta de las normas constitucionales se estaría ingresando a una zona de inseguridad o penumbra<sup>6</sup> por la errónea consideración de que al tratarse de una norma de esa naturaleza es imprecisa, lo que da la espalda a la posibilidad de derivar determinados contenidos sobre los cuales incluso existe consenso.

Al llegar a la primera conclusión, se afirma que estaríamos sujetos a un alto grado de discrecionalidad de los jueces. Queremos pensar lo contrario, pensar que la invocación de principios o garantías constitucionales de aplicación directa en el proceso establece más bien una garantía de seguridad, y que se mantienen como límites infranqueables incluso frente a los cambios coyunturales que puedan operar en la ley, ello si su contenido es racionalmente definido.

La razón fundamental del cambio de paradigmas se encuentra en que las Constituciones comienzan a tener valor normativo, y el catálogo de derechos que reconocen ya no es una mera declaración de aspiraciones, sino que tienen una eficacia frente al Estado y los particulares (eficacia vertical y horizontal), de modo que su observancia es exigible y judicializable, y cuan-

---

<sup>6</sup> En este punto tomamos, para referirnos a este riesgo, que el juez constitucional esté autorizado en pro de la eficacia de los derechos fundamentales y el resguardo de la Constitución a variar o modular las reglas de juego en el proceso. Muestra de ello es que en el Perú se ha definido “la autonomía procesal” en materia constitucional, y es la propia definición que otorga el Tribunal Constitucional peruano la que permite observar la relativización que afecta la seguridad jurídica. Así, el Tribunal ha señalado: “Según el principio de autonomía procesal, el Tribunal Constitucional detenta en la resolución de cada caso concreto la potestad de establecer, a través de su jurisprudencia, normas que regulen el proceso constitucional, a través del precedente vinculante del artículo VII del Código Procesal Constitucional, en aquellos aspectos donde la regulación procesal constitucional presenta vacíos normativos o donde ella debe ser perfeccionada o adecuada a los fines del proceso constitucional” (STC 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC).

do todas las normas del sistema deben guardar coherencia con los parámetros que establece la Constitución, se comienza a producir un cambio en la concepción del derecho: las Constituciones dejan el mundo de la política y se introducen como una fuerza invasiva en todas las áreas del derecho.<sup>7</sup> Este cambio se comienza a dar a partir de las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, las cuales consagraron el principio de constitucionalidad.<sup>8</sup>

Gambino sostiene que este cambio es consecuencia de la situación en la que se encontraban la mayor parte de Estados en donde los derechos y libertades no eran debidamente protegidos por la democracia parlamentaria, ya que se había dejado al ciudadano solo frente a las arbitrariedades del Poder Legislativo.<sup>9</sup>

La Constitución es una norma de textura abierta que es invocada en controversias particulares y tomada en consideración por cualquier funcionario o servidor del Estado para la justificación de decisiones y desarrollo de sus actividades, por lo que es indispensable que alguien tenga la responsabilidad de darle contenido y fijar sus alcances.

Esta nueva concepción del derecho tiene como uno de sus rasgos fundamentales la “garantía jurisdiccional”. Los jueces son los custodios de la eficacia normativa de la Constitución y también llamados a ser sus intérpretes legítimos, por lo que la voluntad del constituyente queda de lado. Se cumple aquí lo señalado por Hamilton en *El Federalista*:

---

<sup>7</sup> “Y es precisamente la imposición de este nuevo concepto de Constitución lo que comporta la reducción consiguiente de la ley, la cual consiste en el paso de la posición absolutamente privilegiada, que en el sistema anterior tenía, a una posición que continúa siendo preminente, es cierto, pero que queda subordinada a la Constitución y controlada en su ajuste o al menos susceptible de serlo, por un órgano específico, especialmente diseñado para ello, que es el Tribunal Constitucional”, Pérez Royo, Javier, *Las fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 1984.

<sup>8</sup> “El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o separar poderes públicos, sino que contiene altos niveles de normas (materiales) o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos”, Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Universidad de Externado de Colombia, 2010, p. 162.

<sup>9</sup> Gambino, Silvio, “La jurisdicción constitucional de las leyes. La experiencia italiana desde la óptica comparada”, en Ruiz-Rico, Gerardo (ed.), *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, CGPJ-Valencia, Universidad de Jaén-Tirant lo Blanch, 1997, p. 254.

Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos les pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como ante una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.<sup>10</sup>

En el sistema centroeuropeo se vislumbró al Poder Judicial con menor fuerza que los poderes Legislativo y Ejecutivo. Sin embargo, no se dejó de reconocer el rol fundamental del límite del poder y la defensa de los derechos fundamentales. Tan es así que Hamilton, refiriéndose a la obra de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, indicó lo siguiente:

Demuestra incontestablemente que el departamento judicial es, sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder; que nunca podrá atacar con éxito a ninguno de los otros dos, y que son precisas toda suerte de precauciones para capacitarlo a fin de que pueda defenderse de los ataques de aquéllos. Prueba igualmente que aun cuando en ocasiones sean los tribunales de justicia los que oprimen a los individuos, la libertad general del pueblo no ha de temer amenazas de esa dirección; quiero decir, mientras el departamento judicial se mantenga realmente aislado tanto de la legislatura como del Ejecutivo... La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes *ex post facto* y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta.<sup>11</sup>

En algún momento la discusión estuvo enfocada en quién debía ser el intérprete “oficial” o vocero del constituyente, siendo la posición predominante aquella que se encomienda a los jueces dicha labor. Como señala Haberle, se compara la Constitución con una carta de navegación, y con el constitucionalismo se pretende que la lectura que se haga de la Constitución esté en manos de expertos. Valiéndose de la autoridad judicial, se sitúa a ésta como un intérprete privilegiado del texto constitucional, cerrando las

---

<sup>10</sup> Hamilton, Alexander, *El Federalista*, núm. 78.

<sup>11</sup> *Idem*.

posibilidades de intelección o interpretación por una “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”.<sup>12</sup>

El momento en que vivimos parece plantearnos un modelo de confianza en el juez y desconfianza en el legislador, por el descrédito del debate político. Se sostiene que son los jueces los que tienen la mayor capacitación para concretizar el proyecto constitucional y racionalizar el derecho vigente en clave constitucional.

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que no existe ámbito que no esté sujeto al control constitucional,<sup>13</sup> de modo que se revisan los actos públicos y privados, los cuales no deben afectar ningún derecho fundamental ni parámetro de contenido o de procedimiento que establezca la Constitución. Los llamados a ejercer este control no sólo son los tribunales o cortes constitucionales, sino también los jueces en general, en virtud del denominado control difuso, abriéndose aún más el marco para el ejercicio de este control cuando se considera que los compromisos asumidos por el Estado en materia de derechos humanos y, en el caso nuestro, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también son un parámetro a considerar, lo cual genera el denominado “control de convencionalidad”.

Desde nuestro punto de vista, están operando cambios fundamentales a partir de esta nueva concepción del derecho. Los jueces de la Constitución trabajan con principios más que con reglas, con una facultad reforzada de control de todas las actividades públicas y privadas que permite la inaplicación de normas y la generación de medidas de carácter general a partir de casos concretos frente a la inactividad del legislador o del Ejecutivo, y tienen como fuente de legitimación a la argumentación.

El modelo del juez que parece imponerse es el de un juez activista que invade competencias, expide en más de una ocasión decisiones inejecutables, quiebra la igualdad procesal en aras de la “justicia”<sup>14</sup> y genera distorsiones en el sistema jurídico al relativizar las reglas de juego y modificar instituciones con una tradición jurídica importante. Se ataca el subjetivismo que puede existir para la resolución de casos atendiendo a valores, razón

---

<sup>12</sup> Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2003, p. 150.

<sup>13</sup> STC 05854-2005-AA/TC.

<sup>14</sup> Los derechos fundamentales son propiamente lo justo, aquello reconocido y/o atribuido a cada ciudadano mediante normas de rango constitucional, mientras que la dignidad es el título en que se funda dicho reconocimiento y/o atribución. Los derechos fundamentales se convierten en el criterio básico de justicia: aquellas acciones —tanto particulares como de poderes públicos— y normas que lo lesionan podrán calificarse de injustas, Domingo Pérez, Tomás de, “La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo”, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Lima, Editorial Palestra, 2010, p. 18.

por la cual Briseño anotó: “Ir a un proceso esperando que el juez dé la razón porque se tiene el sentimiento de poseerla, sería tan contrario al Estado de derecho, como pretender que el juez cambie la ley”.<sup>15</sup>

## II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO Y DEL ROL DEL JUEZ

Es innegable la existencia de principios que guían la actividad procesal, como la bilateralidad, la intermediación en obtención de la prueba, la motivación debida de las medidas que restringen derechos, entre otros. El profesor Briseño Sierra le reconocía a aquéllos una labor orientadora.<sup>16</sup> En estos tiempos se hace el esfuerzo de dotarlos de un contenido, sea por los tribunales internos (ordinarios o constitucionales) o por los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos, lo que tiene directa incidencia en el acontecer del proceso y son pasibles de ser exigidos en casos concretos.

La importancia de los principios y garantías fundamentales se advierte en el pensamiento de Briseño, quien señala que

los principios dan el sentido, la finalidad a la que deben adecuarse las leyes. Si por tal fenómeno se entiende una prelación normativa se habrá confundido contenido con valor. La ley común no puede establecer una norma que valga más que la constitucional, pero si hubiera de expresar lo mismo o simplemente desenvolver una orden, los preceptos constitucionales se convertirían en rubros de las leyes. Pero desde la perspectiva del valor, realmente un código procesal no puede implantar una categoría que contrarie otra constitucional, no puede la ley procesal regular un proceso en que no se deba oír al demandado o indiciado, porque se trata de un principio constitucional, un valor categorial que tiene preferencia.<sup>17</sup>

Consideramos que es pacífico aceptar la idea de constitucionalización del proceso ante la innegable existencia de principios de justicia consagra-

---

<sup>15</sup> Briseño Sierra, Humberto, *op. cit.*, p. 93.

<sup>16</sup> “Pero se ha hablado de principios y garantías constitucionales. Sin ahondar sobre nociones que son comunes a todo el derecho, y que más tarde tendrán que ampliarse, puede dejarse establecido que entre los principios y las reglamentaciones hay la misma diferencia que va de la orientación legislativa a la concreta normación de una situación”, Briseño Sierra, Humberto, *op. cit.*, p. 94.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 95.

dos en los instrumentos internacionales<sup>18</sup> de los que son parte los Estados,<sup>19</sup> en sus Constituciones y títulos preliminares de sus códigos procesales. Como advertimos en líneas anteriores, el desafío estará en definir los contenidos y alcances de cada uno de ellos y el rol del juez del constitucionalismo.

Como en el Estado constitucional de derecho existe una suerte de incorporación de lo moral (o cierta parte de ella) al derecho, y no como buscaba Kelsen en su *Teoría pura*, al proponer que sea un fenómeno meramente jurídico-normativo. De aquí que la justicia ya no es meramente aplicativa, sino deliberativa,<sup>20</sup> puesto que se tienen que efectuar juicios de valor para determinar ciertos contenidos. García Figueroa sostiene que no es posible hacer una estricta separación entre derecho y moral debido a la inserción de principios de contenido moral en el sistema jurídico y al hecho de que tanto el razonamiento moral como el jurídico pueden verse como partes de un mismo tipo de discurso práctico general.<sup>21</sup>

En este modelo nos apartamos de la misión acuñada por el autor de *El espíritu de las leyes*, que sostenía que el juez era “la boca muda que pronuncia las palabras de la ley”, en donde el Estado legislativo de derecho sucumbe ante el Estado constitucional de derecho.

También tiene que observarse la sociedad de nuestros días, a diferencia de la del siglo XIX, que era “monista”, presidida por los valores de la bur-

---

<sup>18</sup> Se establece en el artículo 8o. de la Convención Americana las denominadas “garantías judiciales” y en el artículo 14o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

<sup>19</sup> En el Perú, las garantías y principios de justicia se encuentran el artículo 139 de la Constitución, pero también se regulan principios y garantías en los títulos preliminares del Código Procesal Civil, Código Procesal Penal y Ley Procesal del Trabajo. Muchos de estos contenidos han sido incorporados, además, como derechos implícitos en el marco del debido proceso, como sucede con la prohibición de la reforma en peor, la congruencia procesal, la imputación necesaria, entre otros.

<sup>20</sup> A propósito de ello: “es mientras que no se demuestre que los jueces ostentan el monopolio de la racionalidad, la participación del Poder Ejecutivo, pero sobre todo del Legislativo, resulta indispensable. De lo contrario, hacemos del diálogo un monólogo en que los jueces son los que hablan y los demás actores son los que escuchan, sin pasar de la supremacía judicial. En segundo lugar, por una razón epistémica, pues una participación amplia en la deliberación aumenta las posibilidades de una mejor solución, que tenga una visión más de conjunto de la situación y no únicamente circunscrita al litigio concreto. Finalmente, por una razón pragmática, pues las resoluciones de los jueces requieren de la acción política, ya que por sí solos no pueden extinguir la injusticia estructural”, Alterio, Micaela, “El debate sobre el nuevo activismo y la justicia deliberativa”, *Asociación de Analistas de la Doctrina Constitucional*. En <http://analistasc.com/2012/02/23/el-debate-sobre-el-nuevo-activismo-y-la-justicia-deliberativa>. Revisada el 25 de mayo de 2013.

<sup>21</sup> García Figueroa, Alonso, “El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo”, en García Figueroa, Alonso (coord.), *Racionalidad y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 265-289.

guesía y en la omnipresencia de la ley. La sociedad de hoy es una sociedad pluralista, que reclama la coexistencia de valores. Zagrebelsky considera que esa exigencia quedó plasmada en las Constituciones de posguerra.

Como señala el autor citado:

las consecuencias que este fenómeno tiene para el modelo de Estado de derecho legislativo son de primera magnitud: la ley, un tiempo la medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de mediación. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esa instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras, divididas y concurrenciales.<sup>22</sup>

Zagrebelsky consideró que el asunto principal estaba dado por darle la espalda o no a un sistema en el que imperaban los principios. Y que el juez puede sostener sus decisiones en principios y no sólo en reglas. Al establecer una diferencia entre reglas y principios, Alexy sostiene que las reglas se aplican a través del método de “todo o nada”. Una regla es aplicable o no a un caso jurídico, y en caso de conflicto entre ellas debe recurrirse a criterios interpretativos como la especialidad, la jerarquía o el tiempo. Los principios, en cambio, son generales e indeterminados por definición: son mandatos de optimización de las situaciones fácticas y jurídicas en ellos previstas, y en caso de conflictos ostensibles entre ellos se utiliza la ponderación.<sup>23</sup> A nuestros ojos, ello llevaría a cierta relatividad en función de quién es el juez o los intereses que están en juego.

Veamos como ejemplo el siguiente caso. Mediante la STC 010-2002-PI/TC, el Tribunal Constitucional peruano determinó que la inexistencia de beneficios penitenciarios en los delitos de terrorismo era contraria al fin de resocialización que la Constitución asignaba a las penas, razón por la cual exhortó al legislador a establecer beneficios penitenciarios. Así, entró en vigor el Decreto legislativo 927, que reguló beneficios penitenciarios por terrorismo. Pasados algunos años, y luego de observar la salida de un número importante de condenados por este delito, nuevamente se impidió el otorgamiento de beneficios y se extendió esta medida a otros delitos, como, el lavado de activos. Ante una nueva decisión del Tribunal Constitucional, mediante la STC 00033-2007-PI/TC se estableció que era posible, como una medida de política criminal del Estado, restringir el otorgamiento de

<sup>22</sup> Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995, p. 63.

<sup>23</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 38.



beneficios penitenciarios, lo cual no vaciaba el contenido del fin resocializador, ya que ponía en relieve la prevención general, esto es, la protección de la población y hasta la autoconservación del Estado.

¿Cómo se explica un cambio tan radical en tan poco tiempo? Por un lado, la conformación del Tribunal Constitucional había variado para esa fecha y, por otro, la presión pública era mayor, puesto que la primera sentencia se dio en un contexto en el que se había vencido a las organizaciones terroristas, y la mayor parte de sus líderes estaban recluidos en establecimientos penales. Sin embargo, la segunda sentencia fue emitida en un contexto de resurgimiento de actividades terroristas.

Las posiciones que atribuyen indeterminación y ambigüedad a los principios y, por ende, el origen de los problemas de excesos y desbordamiento de los jueces, no niegan su carácter normativo. Es más, se afirma que en este punto se encuentra la invitación para el activismo judicial.

Ferrajoli sostiene que su uso amplía el poder de disposición de los jueces, lo que explica también el desarrollo de la argumentación.<sup>24</sup> Pietro Sanchís, refiriéndose a este mismo punto, indica:

Ni los jueces —ni tampoco la sociedad— comparten una moral objetiva y conocida ni son coherentes en sus decisiones, ni construyen un sistema consistente de derecho y moral para solucionar los casos, ni, en fin, argumentan racionalmente, y ello tal vez se agrave en la ponderación de las circunstancias del caso que han de ser tomadas en consideración, constituyendo una variable de difícil determinación. Y en donde el establecimiento de una jerarquía móvil reside irremediabilmente en juicios de valor.<sup>25</sup>

Schmitt sostuvo que los principios podían ser designados como normas.<sup>26</sup> Kelsen, al referirse a la justicia constitucional y a los principios, decía que eran muy peligrosos porque podían interpretarse las disposiciones de la Constitución como una invitación al legislador a someterse a la justicia,

---

<sup>24</sup> “Apunta al mismo tiempo a un problema que es común en todas las democracias avanzadas: la creciente anomia del Estado contemporáneo, generada, de una parte, por la masiva expansión de sus funciones —y de los correlativos espacios de discrecionalidad— en la vida social y económica, y, de otra, por la reducción de la capacidad regulativa del derecho, la inadecuación y la falta de efectividad de sus técnicas de garantía y por la tendencia de poder político a liberarse de los controles jurídicos y a desplazarse a sedes invisibles y extrainstitucionales”, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 10.

<sup>25</sup> Pietro Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales. Neconstitucionalismo y ponderación judicial.*, Lima, Palestra Editores, 2002, p. 148.

<sup>26</sup> Schmitt, C., *La defensa de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarlo, Madrid, Tecnos, 1931, p. 45.

la equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etcétera, como directivas relativas al contenido de las leyes.<sup>27</sup>

El desafío no sólo se presenta ante el juez constitucional en sentido estricto (tribunales y cortes constitucionales), sino también ante el juez ordinario que, como señalamos, en alguno de nuestros estados tiene a su cargo el control constitucional difuso y también el de convencionalidad, acudiendo a principios para realizar dicha función, pero que en el marco de la constitucionalización del derecho, para resolver asuntos de diversa índole, no se limita a realizar juicios de subsunción, sino que acude a principios y realiza ponderaciones.

Es así que, a manera de ejemplo, de acuerdo con el artículo 400 del Código Civil peruano, el plazo para impugnar la paternidad es de noventa días. Sin embargo, no se aplicó dicho dispositivo, al considerarse afectados los derechos sustanciales del menor, como es el derecho a la filiación y a gozar del estado de familia de acuerdo con su origen biológico. Estos derechos están contemplados en el inciso 1), artículo 2o. de la Constitución Política del Perú, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los Derechos del Niño.

La Sala Especializada de Familia que ejerció el control difuso (expediente 860-2002, Lima) consideró que a partir del interés superior del niño, y debido a que el menor cuenta con un año de edad, debían agotarse en el proceso las acciones necesarias para la obtención de los medios probatorios pertinentes, debiendo disponer el juez que se practique la prueba de ADN, por lo que se declaró nulo el auto que falló por la improcedencia de la demanda. Esta resolución fue elevada en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República (Consulta 2858-2002, Lima), con la finalidad de que se pronuncie sobre si el control difuso de la Constitución realizado por la Sala de Familia, respecto de la no aplicación del artículo 400 —por preferirse la norma constitucional, artículo 2, inciso 1)— era correcto. La referida Sala Suprema emitió su fallo y aprobó el auto en mención, que declaró inaplicable al caso el artículo 400, sin afectar su vigencia.

Los criterios argumentados por esta decisión jurisprudencial, en los que prima el vínculo genésico frente al vínculo formal, pueden ser perfectamente aplicados a las acciones de impugnación de paternidad matrimonial (artículo 364), impugnación de maternidad matrimonial (artículo 372),

---

<sup>27</sup> Kelsen, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, trad. de J. Ruiz Manero, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, p. 142.

impugnación de la adopción (artículo 385) y negación del reconocimiento por parte del hijo (artículo 401), en los que se establece un plazo de caducidad para accionar.<sup>28</sup> En este caso, se observa claramente cómo un clásico de justicia ordinaria tiene relevancia constitucional, y la decisión adoptada puede terminar trastocando algunas reglas similares a la que fue puesta en cuestión.

Modugno trata de explicar lo que está sucediendo, de la siguiente manera:

Esta tendencia a la jurisdiccionalidad constitucional se explica por la crisis de legitimidad del positivismo de la ley y de la presunción de racionalidad del sistema liberal y del Estado de derecho ante la creciente complejidad social. Es entonces en ese contexto en donde las decisiones de la Corte Constitucional, en lógica consecuencia con el modelo adoptado, se han ido apartando del modelo jurisdiccional garante y guardián de presuntos valores constitucionales estables y relativamente permanentes para convertirse en mediador y moderador de conflictos sociales y, principalmente, de aquellos que no encuentran solución en las sedes institucionales de la formación de la voluntad política, transformando así la función de control constitucional en la de legislador positivo, paralelo y complementario del Parlamento.<sup>29</sup>

Lo que acabamos de señalar tiene como ejemplo una de las sentencias de mayor controversia en el Perú, en la cual se advierte la labor del legislador positivo por sugerir la incorporación de algunos elementos en la definición del tipo penal de terrorismo. Se trata de la sentencia del Tribunal Constitucional 010-2002-PI/TC, cuyo cuestionamiento llegó hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde el voto disidente de la magistrada Cecilia Medina hizo notar el grave problema en el que estábamos inmersos.

En ese entonces, el titular de la Defensoría del Pueblo del Perú señaló que “esta sentencia delimitó y acotó interpretativamente la conducta prohibida en el tipo base de terrorismo”. Y agregó: “ese tribunal salvó la constitucionalidad de esta norma al delimitar los elementos objetivos y las cláusulas abiertas que contiene, y estableció precisiones que *se incorporan* en el texto de la norma mencionada” (cursivas nuestras), lo que significa dar “garantías suficientes a la luz de la legalidad”.

<sup>28</sup> Varsi Rospigliosi, Enrique, “Plazo para negar el reconocimiento”, *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. II, *Derecho de familia*, *Gaceta Jurídica*, 2003, p. 906.

<sup>29</sup> Mondugno F., “La Corte Costituzionale oggi”, en Lombardi, G. (coord.), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Italia, Rimini, 1985, pp. 33 y ss.

Al no trabajar con reglas, sino con principios, y considerando la necesidad de resolver casos concretos utilizando los valores y directrices que se desprenden de la Constitución, Pietro Sanchís afirma que existe una alta probabilidad de estimular el subjetivismo, y que éste sea desbocado, que sea un método vacío o que conduzca a cualquier consecuencia, pues no se garantiza una y sólo una respuesta para todo caso práctico, pero sí es necesario que se tenga que fundamentar para resolver un conflicto, es decir, que hay que moverse hacia la argumentación.<sup>30</sup>

Para el autor citado, en un Estado de derecho la legitimidad del intérprete reposa en su carácter “neutro” y pasivo. Todo parece indicar que en el Estado constitucional reposa el ejercicio de la racionalidad: lo que antes era una “caja negra” ahora se propone como un ejemplo de transparencia.<sup>31</sup>

Taruffo sostiene que el juez, para ser tal, debe garantizar que sus fallos se basen en argumentos en los que se demuestre que la opción asumida está fundada sobre derecho y razón.<sup>32</sup> Se hace referencia a una enorme responsabilidad de los jueces, quienes deben conducirse de tal manera razonable para ser la alternativa elegida. Como señala Gonzales Mantilla, la argumentación deberá estar sostenida en “buenas razones” para que el fallo sea aceptado.<sup>33</sup>

Un problema que plantea este mecanismo de legitimación es la confusión entre la justificación y los motivos que inspiran una determinada decisión, siendo posible encontrar voluminosas sentencias en las que no se expresan “las razones”, sino una motivación aparente.

### III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Sobre la base de lo hasta aquí expuesto, podemos dibujar el perfil de un juez activista, cuyos poderes se han incrementado notablemente.

Cepeda Espinoza advierte que generalmente las tesis a favor del activismo judicial tratan de eludir el fantasma antidemocrático que ronda al control constitucional. En primer término, dice que no se perjudican los principios democráticos si los tribunales intervienen en *pro* del pueblo y en

---

<sup>30</sup> Pietro Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 148.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 194.

<sup>32</sup> Taruffo, Michele, “La giustificazione delle decisioni fondate su standards”, en Bessone, Mario y Guastini, Ricardo (coords.), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padua, Cedam, 1995, pp. 269-270.

<sup>33</sup> Gonzales Mantilla, Gorki, *Los jueces. Carrera judicial y cultura jurídica*, Lima, Palestra, 2009, p. 87.

defensa de las libertades. Adicionalmente, afirma que los desperfectos del sistema político pueden llegar a hacer necesaria la intervención judicial en el proceso político, por las siguientes razones: primero, porque el libre juego democrático puede no ser tan libre, sobre todo si las reformas justamente merecidas por algunos sectores sociales están siendo entrabadas; segundo, porque los mecanismos de frenos y contrapesos entre agentes políticos tienen graves defectos, como la deferencia excesiva de la rama legislativa hacia el Ejecutivo; tercero, porque el pueblo, en ocasiones, necesita protección contra sus propios desafueros.<sup>34</sup>

Este incremento del poder de los jueces puede generar ciertos riesgos para el Estado constitucional y para la democracia. Tal posibilidad es advertida, por ejemplo, por Pietro Sanchís, quien afirma:

las críticas al subjetivismo judicial no pueden ser eliminadas, pero tal vez sí matizadas. En primer lugar, porque no nos movemos en el plano de cómo se comportan efectivamente los jueces, sino de cómo deberían hacerlo; que algunos jueces revistan sus fallos bajo el manto de la ponderación no es un terapia segura que evite aberraciones morales, tonterías o un decisionismo vacío de toda ponderación.<sup>35</sup>

La constitucionalización del rol del juez implicaría que él asuma el poder de resolver controversias con la Constitución, que establezca reglas de principios con una justificación suficiente; que sea garante no sólo de los derechos, sino también del mantenimiento de un sistema coherente donde existen asuntos que no son de su competencia, en los cuales no puede intervenir por carecer de legitimidad para ello.

La ampliación del poder de los jueces para hacer efectivos los derechos fundamentales no debe llevar a pensar en un control sobre el poder político, llegando a la suplantación incluso del Poder Constituyente, autodenominándose sus voceros, con una pretensión de tener la última palabra y gozar de infalibilidad. No se puede caer en la idea de un juez Hércules, “el señor del derecho”, que invade la esfera del legislador, cayendo en la soberbia de suponer que su repuesta es la única posible.<sup>36</sup>

También cabe hacerse la pregunta de si los jueces podrán asignar contenidos que sean aceptables en términos universales o que puedan utilizar el poder otorgado para traducir ciertos intereses, prejuicios o ideologías, más

---

<sup>34</sup> Cepeda Espinosa, Manuel José, *Derecho, política y control constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1986, p. 89.

<sup>35</sup> Pietro Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 149.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 196.

si su sistema de elección no ofrece mayores garantías, convirtiéndose en el brazo judicial del poder político.

Cabe citar aquí lo indicado por el profesor Dahl citado por Cappelletti, quien refiriéndose a la Corte Suprema estadounidense dice: “es un componente de alianza política dominante en el país... A falta de un consenso sustancial en el seno de dicha alianza, un intento de la Corte para determinar una dirección política está destinado, verosímilmente, a concluir en un desastre”.<sup>37</sup>

Las decisiones en diversos ámbitos asumiendo medidas que corresponden al Ejecutivo o al Legislativo, como por ejemplo en temas de salud (programas de atención gratuita integral a enfermos mentales o de sida) o la devolución de fondos, sin medir las consecuencias, pueden llegar a decisiones inejecutables debido a que no dependen de las buenas intenciones o razones del juez, sino de la existencia de un presupuesto y de mecanismos técnicos para su implementación.

Para Kelsen, el juez era como una especie de caja negra, en el sentido de que los procesos cognoscitivos y volitivos que ocurren en la mente del intérprete y que son el “puente” entre la norma y el fallo, resultan, en gran parte, misteriosos e inaccesibles para la teoría del derecho, por lo que cuanto más se acerca la norma al esquema de los principios, más imprevisible y arbitrarias serían sus decisiones.<sup>38</sup> No llegamos al extremo de pensar que el juez puede ser una fuente de arbitrariedad, puesto que no se pueden dejar de reconocer los avances que se han dado sobre la base de la jurisprudencia. Sin embargo, sí se tiene que mostrar la preocupación de que si continúa avanzando sin límites, por el activismo judicial, se puede minar la seguridad jurídica y el control mutuo entre los poderes del Estado, además de degenerar institutos con una importante tradición.

Para concluir, consideramos que no podemos asumir una posición de extrema libertad valorativa, y que los jueces decidan qué asignar a cada contenido constitucional, sin más. Tampoco asumimos una posición extrema de negación de significado y trascendencia del orden constitucional para la resolución de conflictos, pero sí creemos que el ejercicio del poder de los jueces debe ser limitado tanto en torno a las reglas del proceso como de aquello que puede decidir. Si tomamos las palabras de Ferrajoli para referirnos al poder de disposición o de valoración ético-política de los jueces, diremos que “el juez, aun en contraste con la naturaleza de su papel, no puede sustraerse de la responsabilidad política de las elecciones o decisiones”.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, p. 154.

<sup>38</sup> Kelsen, H., *op. cit.*, p. 143.

<sup>39</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 39.

## PARTE IV LAS PRUEBAS

## LA FINALIDAD DE LA PRUEBA DESDE UNA PERSPECTIVA EPISTEMOLÓGICA

Raúl CANELO RABANAL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La verdad como fin de la actividad probatoria*. III. *Bases teóricas de la gnoseología y epistemología*. IV. *Hacia una teorización del conocimiento y la búsqueda de la verdad en la filosofía*. V. *El positivismo filosófico y el positivismo jurídico*. VI. *Hans Kelsen: el derecho como norma*. VII. *Cossio: el derecho como interacción de conductas intersubjetivas*. VIII. *La teoría de la acción de Adolfo Alvarado Velloso*. IX. *La acción procesal*. X. *Teoría de la acción procesal según Humberto Briseño Sierra*.

### I. INTRODUCCIÓN

La prueba y la verdad se vinculan íntimamente en el lenguaje de los procesalistas; discernir entre estos conceptos nos permitirá determinar la utilidad y eficacia de los distintos modelos procesales que se nos presentan. Algunos dirán que la tarea del juez es como la del historiador: así como el historiador busca construir la verdad de los hechos del pasado, el juez busca reconstruir los hechos concretos que atañen al litigio; desde esta perspectiva, el juez es un buscador de verdad. Otro punto de vista diferente discrepa de esa tarea del juez respecto que a través de la prueba se busca la verdad. De modo realista y crudo se limita a decir que el juez, a través de los instrumentos como la prueba y el proceso, debe sólo resolver el conflicto. Desde esta perspectiva, el juez es un pacificador social, y no necesariamente busca la verdad de los hechos controvertidos.

El problema está en analizar cada uno de los conceptos. Si analizamos el concepto de verdad, encontramos discrepancia sobre su significado, y es que el concepto de verdad, al pertenecer al campo de la filosofía como valor, requiere toda una teoría para determinar cómo el ser humano llega a



conocer tal verdad.<sup>1</sup> Y este es el problema fundamental en la epistemología: teoría del conocimiento. Desde esta perspectiva, el concepto de verdad no concuerda con el concepto de prueba en el proceso, y menos con aquella legítima y noble aspiración de que la prueba sirve para establecer la verdad de los hechos. Algunos dirán que la prueba en el proceso es distinta a la prueba en la filosofía, incluso nos hablarán de la verdad material y la verdad formal. Entonces significa que hay varias verdades, subverdades o una verdad de acuerdo con cada materia del conocimiento: verdad filosófica, verdad científica, verdad sociológica o, lo que es peor, cada sujeto tiene su propia verdad, o se trata de un concepto altamente relativo. Si no hay un concepto de verdad claramente establecido, ¿como la prueba nos puede ayudar, seriamente, a establecer una “verdad” del hecho controvertido?

Por ello, otros estiman que la verdad es una sola. En efecto, la verdad es una sola, y esa es la correspondencia entre el hecho y el concepto que nos formamos del hecho.

Se trata de un acto profundamente intelectual. En estas líneas queremos, a partir de un concepto abstracto de verdad, encajar nuestro pensamiento en la idea de que el juez en el proceso, a través de la prueba, lo que busca es solucionar el conflicto, y se justifica nuestra propuesta a partir de un análisis filosófico y una versión procesal sobre la materia. Estas elucidaciones nos llevarán a insertar unos conceptos procesales aportados por Humberto Briseño Sierra y Adolfo Alvarado Velloso al estudio del proce-

---

<sup>1</sup> Sobre los modos de alcanzar la verdad, en la epistemología diversos filósofos plantearon infinidad de teorías.

Platón concebía que para encontrar la verdad se debía recurrir no al mundo visible, sino al mundo ideal, sólo a través de nuestra razón podemos captar esos conceptos y llegar a la verdad sin dejarnos engañar de las apariencias que habitan este mundo físico y sensorial. Al respecto, señala “En los límites del mundo inteligible está la idea del bien que se percibe con dificultad pero una vez percibida no se puede sacar la consecuencia del cual ella es causa de que ella es la que origina lo bello y lo bueno en este universo, que en el mundo invisible engendra la verdad y la inteligencia”.

Aristóteles señalaba que era más importante la realidad externa del hombre. De ella el hombre extrae la verdad, la capta a través de los sentidos. El estagirita griego plantea que las ideas no son lo primero —a diferencia de Platón, que planteó la teoría de las ideas—. Lo primero y fundamental es la realidad externa. Sólo de nuestra experiencia, de nuestro entorno podemos llegar a la verdad. Es gracias a nuestro intelecto quien se tiene que adecuar con la cosa; es decir, con la realidad. El intelecto (nuestra verdad también forma parte del intelecto) se forma con base en la información de la realidad externa. La verdad para este filósofo estaría en el mundo externo.

Descartes, en aras de encontrar la verdad, buscó un conocimiento seguro; para ello, rechaza como falso todo lo que no se presente a la conciencia con una certeza absoluta. Su verdad modélica es la afirmación “Pienso, luego existo” de Descartes, que no se apoya en un razonamiento, sino en una intuición clara y distinta que le otorga una evidencia inmediata.

so, desde una perspectiva epistemológica, analizando instituciones como la instancia, la queja, el denominado reacertamiento, la denuncia y la acción procesal. Así, hemos intentado descubrir la base filosófica del pensamiento de estos dos grandes maestros buscando establecer una conexión entre la filosofía moderna, el pensamiento jusfilosófico de Carlos Cossio y el pensamiento jurídico-procesal de Briseño Sierra y Alvarado Velloso.

## II. LA VERDAD COMO FIN DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

La doctrina procesal clásica considera que el fin de la prueba es la búsqueda de la verdad. Muchos juristas tradicionales consideran como finalidad máxima de la prueba el llegar a la verdad. Entre ellos tenemos al jurista Jeremías Bentham, que en su definición de la prueba sostenía que ésta “es un medio que se utiliza para establecer la verdad de un hecho, medio que puede ser bueno o malo, completo o incompleto”.<sup>2</sup> Es de la misma postura Eduardo Bonnier, que sostenía que “descubrimos la verdad cuando hay conformidad entre nuestras ideas y los hechos del orden físico o del orden moral que deseamos conocer. Probar es establecer la existencia de esta conformidad y las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad”.<sup>3</sup>

El jurista Francisco Ricci afirmaba que “la prueba en efecto no es un fin por sí mismo, sino un medio dirigido a un fin, que consiste en el descubrimiento de la verdad”.<sup>4</sup> Este jurista concibe a la prueba como instrumento que permite llegar a la verdad. Es de la misma concepción Rafael de Pina, quien sostiene que “la prueba es la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente de la verdad o falsedad de una cosa”.<sup>5</sup> De Pina sostiene que la prueba busca la verdad, pero concibe como su naturaleza a las razones o argumentos, es decir, los fundamentos que llevan al juez a encontrar la verdad.

Con la misma postura, pero refiriéndose a la prueba como instrumento, Brichetti calificaba a ésta como un “instrumento para la búsqueda de la verdad”.<sup>6</sup> Es decir, todo objeto físico que contribuya a encontrar la verdad

<sup>2</sup> Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. de Osorio Flori, Buenos Aires, 1959, t. I, p. 30.

<sup>3</sup> Bonnier, Eduardo, “Tratado teórico práctico de las pruebas en el derecho civil y penal”, trad. de Vicente Caravantes, *Revista Legislación*, 1869, t. I, pp. 5 y 6.

<sup>4</sup> Ricci, Francisco, *Tratado de las pruebas*, Porrúa, t. I, p. 22.

<sup>5</sup> Pina, Rafael de, *Tratado de las pruebas civiles*, México, Porrúa, 1942, p. 35.

<sup>6</sup> Brichetti, Giovanni, *La evidencia en el derecho procesal penal*, traducción Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa, 1973, p. 41.

es catalogado como prueba. Asimismo, el jurista Antonio Rocha Alvira sostenía que la prueba tiene el mismo fin, pero define a la prueba como actividad o conducta. Este sostiene que “probar consiste en poner de manifiesto la verdad la verdad de los hechos en su modo preciso de ser o de haber sido y en infundir sobre su existencia y modalidades una convicción llevada hasta el límite que en cada caso exija la ley”.<sup>7</sup>

El jurista Ruiz de Luna y Díez consideraba que “para que el juez pudiera aplicar una norma era premisa indeclinable el previo conocimiento de la verdad”.<sup>8</sup> Y según este autor, ello sólo se logra a través de la prueba. Del mismo punto de vista es Mario Florián, que sostiene:

exigencia de que la verdad material y efectiva, que debe actuar como criterio vivificador en el campo del proceso penal, tenga vía libre para imponerse y no encuentre obstáculos ni tropiezos en la ley. Frente a ella se levanta la llamada verdad formal, es decir, la que se presenta por disposición o atribución de la ley y que generalmente es propia del proceso civil.

Este jurista establece dos tipos de verdades: la formal y la material, pero consideramos que este argumento no tiene ninguna consistencia, pues si lo analizamos bajo los parámetros de la lógica se podrá entender que la verdad es una sola, ya que decir que algo es verdad descarta a todo los demás como una no verdad. Por lo tanto, si sostenemos que la verdad material es la verdad pura, entonces la verdad formal sería una no verdad; por ende, la prueba cuya finalidad sea certificar una verdad formal es una prueba que busque acreditar una no verdad. Es por ello que sostener que la prueba tiene como finalidad llegar a la verdad y que existen dos verdades es un absurdo lógico que traslada a la prueba del ámbito del derecho a un campo de abstracción, como es la filosofía de los conceptos.

Al plantear que la finalidad de la prueba es la verdad, esta institución jurídica procesal se traslada al ámbito de la epistemología y la gnoseología, lo cual implica que conozcamos:

- Los sujetos que intervienen en el acto de adquirir el conocimiento.
- Los diversos métodos y mecanismos utilizados por el hombre para encontrar la verdad.
- La validez de los conocimientos.

<sup>7</sup> Rocha Alvira, Antonio, *De la prueba en derecho*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1990, pp. 25 y 26.

<sup>8</sup> Ruiz de Luna y Díez, Joaquín, “El descubrimiento de la verdad en los procedimientos judiciales”, *Revista Jurídica de Cataluña*, España, 1970, pp. 173-176.

- Conocer las diferentes teorías sobre la definición de la verdad.
- Los juicios del conocimiento.
- Conocer las diferentes fuentes del conocimiento.
- Analizar si es posible llegar a establecer una verdad absoluta o si la verdad es un concepto relativo.

Es necesario conocer todos estos temas antes de afirmar que la finalidad de la prueba es la búsqueda de la verdad. Por ello, si sostenemos que el fin de la actividad probatoria es la verdad, entonces debemos preguntar qué es la verdad, lo cual nos lleva a determinar cómo es que llegamos a la verdad. Esa búsqueda de la verdad se hace a través del conocimiento. Es decir, debemos determinar cómo conoce el hombre, y este punto nos lleva a la teoría del conocimiento; la epistemología, fuente de partida para llegar a la “verdad”, y saber si esto es posible como fin de la prueba.

### III. BASES TEÓRICAS DE GNOSEOLOGÍA Y EPISTEMOLOGÍA

#### 1. *Definición de conocimiento y sus componentes*

Para hacer un estudio de cómo el hombre llega a conocer se necesitan bases teóricas que nos permitan conocer en dónde nos situamos y sobre qué estamos hablando. Nuestro tema en inicio es comprender el problema del conocimiento y si esta aprehensión del conocimiento nos puede llevar a encontrar la verdad.

El conocimiento como acto es la relación que se presenta entre un sujeto cognoscente y un objeto que es cognoscible; en este acto de conocimiento el sujeto dirige su voluntad a “captar”, “aprehender”, los elementos esenciales de lo que llamamos “objeto cognoscible”, para luego formarse una representación de ese objeto. En el proceso de adquirir el conocimiento se encuentran presentes tres componentes: un sujeto cognoscente, un objeto cognoscible y la representación de ese objeto. El sujeto cognoscente es el ser humano consciente que busca intencionalmente aprehender las cualidades del objeto: un biólogo tratando de descubrir las propiedades de un vegetal; el segundo componente es el objeto cognoscible, que sería todo hecho o fenómeno, elemento de la realidad existente cuyas propiedades son factibles de ser conocidas. Por último, producto del acto del sujeto cognoscente sobre el objeto surge en él la representación, que es la idea o concepto que éste se forma en su mente luego de analizar al objeto. Por ejemplo, cuando un científico social analiza las costumbres y reglas de conducta del pueblo nati-

vo asháninca y los compara con las reglas de conducta de los pobladores de Lima; el sujeto cognoscente es el científico social, el objeto de estudio serían las dos poblaciones: nativos y capitalinos; las diferencias que se extraen de su estudio sería la representación. En todo acto de conocimiento se producen estos tres componentes.

## 2. *Los juicios del conocimiento y su validez*

El conocimiento se manifiesta a través de oraciones que establecen la relación entre los conceptos a lo que los epistemólogos llaman “juicio”, que es la forma de existencia del conocimiento. El “juicio” es producto de la interacción entre la realidad, el entendimiento y la experiencia del sujeto cognoscente. De los actos de interacción de estos componentes se extraen los juicios. Emmanuel Kant en su libro *Crítica de la razón pura* nos indica que existen dos tipos de juicios:<sup>9</sup>

*Los juicios analíticos.* Son aquellos donde el predicado ya está contenido en el sujeto, de ahí que el predicado no dice nada nuevo del sujeto. Se puede afirmar que un juicio analítico no se dice nada nuevo de la realidad.

En el ejemplo anterior sobre el estudio del sociólogo al grupo social nativo, un juicio analítico sería si el científico social expresa: “Los nativos ashánincas habitan la región de la selva amazónica y se comunican en una lengua diferente al castellano”, éste es un juicio analítico; no se dice nada nuevo de la realidad. Ya se conoce ello de la realidad.

*Los juicios sintéticos.* Son aquellos en donde el predicado no está contenido en el sujeto, de ahí que el predicado diga algo novedoso del sujeto.<sup>10</sup> En un juicio sintético se dice algo nuevo de la realidad. Por ejemplo, si se expresa el juicio siguiente: “la población asháninca contrae matrimonio a muy temprana edad, porque sus creencias indican que a muy temprana edad el niño será un excelente cazador o guerrero y ello trae beneficios para su comunidad”. Esto es un juicio sintético, dice algo nuevo de la realidad.

Emmanuel Kant distingue dos tipos de validez de los juicios del conocimiento:<sup>11</sup>

*Validez a priori.* Un juicio es válido *a priori* cuando su verdad es demostrada antes de cualquier experiencia, es decir, recurriendo solamente a la razón, éstos son válidos, universales y necesarios.

<sup>9</sup> Bobbio Rosas, Fernando, *Teoría del conocimiento*, Lima, Jena Editores, 1988, p. 122.

<sup>10</sup> Hacemos al distinción pertinente en el tema de los juicios de conocimiento el término sujeto no se refiere al sujeto cognoscente, sino el “sujeto” es la parte gramatical de la oración que expresa el juicio sea analítico o sintético.

<sup>11</sup> Bobbio Rosas, Fernando, *Teoría del conocimiento*, *cit.*, p. 123.

Cuando el matemático indica que la suma de los ángulos de un triángulo es 180 grados, es un juicio *a priori* porque sólo se llega a través de la razón.

Validez *a posteriori*. Un juicio es *a posteriori* cuando la verdad de lo dicho ha sido comprobada después de la experiencia; es decir, a través de la observación y la experimentación. Las verdades de estos juicios se determinan a través de la observación y experimentación sobre el fenómeno.

De lo expuesto anteriormente se concluye que según el tipo de conocimiento se adoptan diferentes tipos de juicio; es lógico concluir que las ciencias de la razón estarán llenas de validez *a priori*, y las ciencias del espíritu tendrán una validez *a posteriori*. Esto nos lleva al tema de las fuentes de conocimiento.

### 3. Las fuentes del conocimiento

Si consideramos que el acto de conocer es posible, cabe distinguir de dónde surge toda esta gama de conocimientos. ¿Es la razón la que nos permite conocer o es la experiencia la fuente de todo nuestro conocimiento? Para dar respuesta a esta pregunta, la epistemología ha planteado tres enfoques que analizan este problema:

El *racionalismo*. Es la doctrina filosófica que predica que la razón es la única fuente del conocimiento, nuestras ideas nacen con nosotros y no son aprendidas, son anteriores a la experiencia: por ello, para conocer se aplica el método deductivo. Es René Descartes el principal exponente de esta corriente filosófica.

El *empirismo*. Es la doctrina filosófica que predica que la fuente del conocimiento se encuentra en la experiencia y la observación, “no hay nada en la inteligencia que no haya estado en los sentidos, su método es el inductivo”. Es John Locke el principal representante del empirismo.

El *criticismo*. Propone la existencia de formas *a priori* de la sensibilidad (como el espacio y el tiempo) y de conceptos puros del entendimiento (cantidad, modalidad). Se considera que la experiencia nos brinda datos que son ordenados por nuestra razón. Es Emmanuel Kant representante de esta filosofía.

Consideramos que el problema del conocimiento es tan amplio que no deben existir posturas dogmáticas y cerradas; el conocimiento se origina a través de nuestra razón y nuestra experiencia.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Rea Ravello, Bernardo, *Filosofía de la ciencia*, Lima, Amaru-Editores, 1993, p. 43.

#### 4. *La posibilidad del conocimiento*

Este tema lo considero importante para saber si existe la posibilidad de conocer la verdad, ¿es posible llegar a conocer? ¿Se puede conocer todo? ¿Podemos conocer la verdad? Sobre este tema la epistemología plantea tres posturas:

1. *Dogmatismo*. Considera que no hay ningún problema de conocer; ellos aceptan toda posibilidad de llegar a la esencia de objeto cognoscible; o sea que el sujeto puede aceptar las cualidades del objeto sin alterarlo. Es decir, bajo esta corriente filosófica sí sería posible llegar a la verdad.
2. *Escepticismo*. Esta postura niega toda posibilidad del conocimiento, no niega que exista un acto de conocer, niega que los resultados que podamos concluir de esos actos correspondan de manera objetiva a la realidad.
3. *Criticismo*. Considera que el conocimiento universal, necesario y objetivo sí es posible, pero solamente el fenómeno (es decir, de la representación de los objetos tal como se nos manifiestan o presentan), pero no es posible el conocimiento de la realidad misma del nómeno (la cosa en sí).<sup>13</sup>

Consideramos que el dogmatismo está errado, pues la verdad es un concepto difícil de definir y alcanzar. El dogmatismo yerra al negar que se pueda conocer. Si fuera así ¿cómo el hombre avanzaría en su tecnología y en su ciencia? El criticismo es lo más acertado, el hombre conoce, pero amolda esos conocimientos de acuerdo con los parámetros conceptuales que tiene. Es por ello que existen diferentes posturas sobre un mismo objeto del conocimiento. El conocimiento es una construcción a partir de los datos sensibles que son ordenados por nuestras formas *a priori*.

#### IV. HACIA UNA TEORIZACIÓN DEL CONOCIMIENTO Y LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD EN LA FILOSOFÍA

El problema del conocimiento y de cómo el hombre llega a conocer ha sido abordado desde dos ramas de la filosofía: la gnoseología y la epistemología. La primera abarca el estudio y la reflexión del conocer en general; se plantea preguntas como ¿qué significa conocer? ¿Cómo es que el hombre llega a

---

<sup>13</sup> Aduni, *Compendio académico humanidades*, Perú, Editorial Lumbreras, 2001, p. 377.

conocer? ¿Es posible para el hombre llegar a conocer la realidad de manera objetiva? Y si es posible esto, ¿cuál es la fuente o el origen del conocimiento: la razón o la experiencia? Mientras que la epistemología, como rama de la filosofía, se plantea el problema del estudio crítico del conocimiento científico, si bien desde una visión genérica, ambas ramas filosóficas parecen semejantes, cabe añadir la principal diferencia que media entre ellas: mientras la gnoseología sitúa su campo en la búsqueda del conocimiento en general, es la epistemología la que se sitúa en el estudio de un tipo de conocimiento específico, riguroso y metódico para alcanzarlo: “el conocimiento científico”. Es decir, el estudio de la ciencia y la búsqueda de los conocimientos verdaderos y probables obtenidos metódicamente y organizados en forma sistemática es el objeto de la epistemología. Aclarado ello, repasemos qué métodos proponían los principales filósofos en sus esfuerzos y aspiraciones de conocer la verdad y cuál era su concepto de verdad.

El primer filósofo que se ocupó del estudio de la verdad perteneció a la escuela de Elea, ciudad al sur de Italia. Los principales filósofos de esta escuela son Jenofonte, Parménides y Zenón de Elea.

Parménides<sup>14</sup> destaca por una célebre obra, *Sobre la naturaleza*,<sup>15</sup> de la cual poco se ha conservado; en ella se pretende definir la verdad; en la primera parte del poema se describe “el camino de la verdad. Lleva al ser”.

---

<sup>14</sup> Parménides de Elea, actual Italia (h. 540 a. C.-h. 470 a. C). Fue un filósofo griego. No existen datos confiables sobre su vida. Su pensamiento filosófico explica los caminos para llegar al conocimiento. Su doctrina, todavía objeto de múltiples debates, se ha reconstruido a partir de los escasos fragmentos que se conservan de su única obra, un extenso poema didáctico titulado *Sobre la naturaleza*.

<sup>15</sup> El filósofo Parménides señala en su interesante poema:  
...Y la Diosa me acogió con afecto; la mano derecha  
con la suya tomó y me dirigió la palabra diciéndome:  
“Oh joven, compañero de inmortales conductores...  
Es preciso que conozcas todo, tanto el corazón imperturbable de la verdad bien redonda,  
como las opiniones de los mortales, en las cuales no se halla la verdadera creencia...  
Pues bien, te contaré (tú escucha y recuerda el relato)  
cuáles son las únicas vías de investigación que son pensables:  
La primera, que Es y no es No-ser,  
es la vía de la creencia (pues sigue a la Verdad),  
La otra, que no es y es No-ser,  
ésta, te lo aseguro, es una vía impracticable.  
Pues no conocerás lo No-ente (ello es imposible)  
Ni lo expresarás.

Véase Parménides, *El poema de Parménides*, traducción y comentarios de Juan David García Bacca, México, Imprenta Universitaria, 1942, p. 12.



La segunda parte muestra el camino de la opinión; lleva a la apariencia, lo recorren los vulgares mortales.<sup>16</sup>

El filósofo Parménides señala que “Se ha de pensar y decir siempre que sólo el ser es, porque es ser, en cambio la nada no es”. El filósofo Hirschberger,<sup>17</sup> interpretando este pensamiento, señala que no es sólo un juego de palabras, sino que el “ser” ha de ser algo estático, con sentido de quietud y reposo. Esta es la concepción de verdad en Parménides, lo verdadero es lo que “es”, debido a que de lo que “no es”, nada se puede afirmar, ya que no es. El ser, lo verdadero, es lo que es y es necesario que sea.

Esta concepción de verdad es muy genérica, pues Parménides indica que la verdad solo es el ser, y lo que no es el ser no es verdad. Al decir el filósofo que la verdad es lo que es y lo que no es, no es la verdad, podemos preguntarle a Parménides, y ¿qué es lo que es? Y seguramente saldría expresando lo que es, es todo lo que no es, una sencilla salida para un problema tan complejo como es el definir a la verdad, comprobamos con este comentario que hasta los maestros de la filosofía antigua tienen problemas al definir la verdad.

El filósofo Platón<sup>18</sup> también reflexionó sobre el problema del conocimiento y de cómo alcanzar la verdad. El sabio griego concibe a la verdad como una propiedad de nuestro pensamiento y de nuestro lenguaje (verdad lógica). Indica que nuestros juicios se conforman en cuanto a su contenido con la realidad que quieren reflejar.

Platón, al expresar que la verdad es una propiedad de nuestro pensamiento, se refiere a la relatividad de la verdad; cada persona tiene un pensamiento distinto; por ende, cada persona tiene una verdad distinta; el pensamiento de cada humano es único, quizá influenciada por un mismo entorno social, hasta una misma familia, pero al fin y al cabo cada pensamiento es único diferenciado.

Platón nos ilustra sus ideas sobre la verdad a través de su famoso mito de la caverna ubicado en el libro séptimo de su obra *La República*.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Hirschberger, Johannes, *Historia de la filosofía*, Barcelona, Herder, 1981, t. I, p. 55.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>18</sup> Platón (476 a. C.-347 a. C.), filósofo griego, discípulo de Sócrates. Su pensamiento filosófico se plasma en sus famosos, *Diálogos*, entre los más destacados se encuentran: Fedro, Apología a favor de Sócrates, Critón, Teeteto. Su método para lograr el conocimiento es la *Mayéutica*, que consiste en una serie de preguntas y repreguntas hasta que el propio interrogado extraiga sus conocimientos interiores.

<sup>19</sup> El pensamiento platónico sobre el conocimiento de la verdad se sintetiza en este fragmento: “Ahora represéntate en el estado de naturaleza humana con relación a la ciencia y a la ignorancia, según el cuadro que te voy a trazar. Imagina un antro subterráneo que tenga toda la longitud una abertura que dé libre paso a la luz y en esta caverna hombres encadena-

Platón concebía que para encontrar la verdad se debía recurrir no al mundo visible, sino al mundo ideal solo a través de nuestra razón podemos captar esos conceptos y llegar a la verdad sin dejarnos engañara de las apariencias que habitan este mundo físico y sensorial. Al respecto, el filósofo William Keith Chambers en su libro *Platón. El hombre y sus diálogos: primera época*, explica esta alegoría:

El conocimiento adquirido por la contemplación de las sombras se identificaría con la fiabilidad del conocimiento que proporciona la imaginación, similar a tomar con una certeza más allá de lo deseable a imágenes reflejadas en espejos, o a imágenes pintadas o esculpidas, o incluso a la misma alegoría de la caverna. La visión de los hombres que caminan por la cueva mostrando objetos y la hoguera misma con la creencia, similar a tomar con una certeza más allá de lo deseable el conocimiento adquirido por la mera observación de la naturaleza en la que todo es mutable. La contemplación del mundo exterior a la cueva representa al pensamiento, el paso al conocimiento del mundo inteligible en el que se encuentran las esencias, un conocimiento que deja de ser una opinión con posibilidad de error, para ser un conocimiento cierto,

dos desde la infancia de suerte que no puedan mover la cabeza por las cadenas que les sujetan las piernas y el cuello... figúrate personas que pasan a lo largo del muro llevando objetos de toda clase, figuras de hombres, de animales, de madera o de piedra, de suerte que todo esto aparezca sobre el muro... si pudieran conversar unos con otros, ¿no convendrían en dar a las sombras que ven los nombres de las cosas mismas? —sin duda... en fin no creerían que exista otra realidad que estas mismas sombras. Mira ahora lo que naturalmente debe suceder a estos hombres, si se les libra de las cadenas... si después se le saca de la caverna y se le leva por el sendero áspero para encontrar la luz del sol... Necesitaría algún tiempo para acostumbrarse a ello. Lo que distinguiría más fácilmente sería, primero las sombras; después las imágenes de los hombres y demás objetos pintados sobre la superficie de las aguas y por último los objetos mismos. Luego dirigiría su mirada al cielo, al cual podría mirar más fácilmente durante la noche de luz... después de ello razonando, llegaría a la conclusión que el sol es quien crea las estaciones y los años, el que gobierna todo el mundo visible y el que en cierta manera causa todo lo que se veía en la caverna... fija tu atención en lo que voy a decirte. Si este hombre volviera de nuevo a la prisión para ocupar a su antiguo puesto en este tránsito repentino de plena luz a la oscuridad no se encontraría ciego. Y si cuando no distingue nada y antes de que sus ojos hayan recobrado su aptitud, lo que no podría suceder sin pasar mucho tiempo, tuviese necesidad de discutir con los otros prisioneros sobre estas sombras ¿no daría lugar a que éstos se rieran, diciendo que por haber salido de la caverna habrían perdido la vista?... y bien mi querido Glaucón ésta es precisamente la imagen de la condición humana. El antro subterráneo es este mundo visible; el fuego que ilumina es la luz del sol, este cautivo que sube a la región superior y que la contempla, es el alma que se eleva a la esfera inteligible. Sabe dios si es conforme a la verdad. En cuanto a mí escucha que te lo diga. En los límites del mundo inteligible está la idea del bien que se percibe con dificultad pero una vez percibida no se puede sacar la consecuencia del cual ella es causa, de que ella es la que origina lo bello y lo bueno en este universo, que en el mundo invisible engendra la verdad y la inteligencia. Platón, *La República*, 2a. ed., Lima, Ediciones Peisa, 1973, pp. 191 y 192.

acorde con la realidad ya que todas las cosas sensibles son imágenes de sus propias esencias. Y por fin, el conocimiento adquirido con la contemplación del Sol representa el conocimiento que se obtiene con la contemplación de la idea de Bien o razón. Se trata de un conocimiento que supera al mismo pensamiento tanto en cuanto que el que lo posee conoce todas las esencias del mundo inteligible porque se fundan en ella y, a través de ellas, todas las realidades del mundo sensible, mientras que el que sólo usa del pensamiento, sólo conoce las esencias que va descubriendo en su pensar.<sup>20</sup>

Consideramos que para Platón la verdad se encontraría en las ideas, en el mundo de las sombras, como lo expresaba, y sólo podemos llegar a la verdad a través de la “reminiscencia”; es decir, cuando el hombre se acuerda y trae al mundo las ideas que ya las ha adquirido cuando moraba en el mundo de las ideas. Platón escribió un ejemplo notable de esta concepción idealista de la verdad en uno de sus *Diálogos* cuando le dijo a un esclavo que trazara una figura geométrica, y este esclavo, sin tener conocimientos matemáticos, lo hizo. Según el filósofo, para lograr ese conocimiento experimentó la reminiscencia.

El filósofo Aristóteles<sup>21</sup> dio de ella su célebre definición: “Decir que lo que es, es y lo que no es, no es, esta es la verdad”. Por ello, para los antiguos, la verdad consistía en una correspondencia entre el pensamiento y la realidad. Lo que es verdadero es necesario que lo sea. Platón señala que no debemos confiar en nuestros sentidos, debido a que ellos nos dan una percepción restringida de las cosas. De esta forma, se debe pasar a la búsqueda de ideas apriorísticas que nos lleven a conocer la verdad, debido a que la verdad descansa en el mundo de las ideas, a las cuales sólo se puede llegar a través de la filosofía. Por lo anterior, Platón cree que la verdad es una develación, *a-lethia*, que consiste en destaparnos de nuestra percepción. Esta definición es esgrimida en el símil de la caverna cuando el filósofo logra salir de ella para encontrar la verdad.

Aristóteles también la trata, al referirse al concepto de sus “ideas innatas”, siendo una de ellas la verdad. Un enunciado es verdadero si lo que

---

<sup>20</sup> Guthrie, William Keith Chambers, *Platón. El hombre y sus diálogos: primera época*, Madrid, Gredos, 1990, pp. 102-112.

<sup>21</sup> Aristóteles (384 a. C.-322 a. C.) fue un filósofo griego. Fue discípulo de Platón y maestro de Alejandro Magno, fundador del Liceo de Atenas. Dominó diversas materias, como lógica, metafísica, ética, filosofía, estética, física, astronomía y retórica. En sus escritos se observa una aguda investigación sistemática. Su pensamiento filosófico tuvo un carácter realista y naturalista. Su tesis sobre el conocimiento es contraria a la de su maestro Platón. Defendió la posibilidad de aprehender la realidad a partir de la experiencia.

dice se corresponde con aquello de lo que se habla, si hay “adecuación del intelecto a la cosa”, entendida esta última de un modo realista, como la cosa en sí, existente más allá del sujeto e independiente de él.<sup>22</sup>

Para Aristóteles era más importante la realidad externa del hombre. De ella, el hombre extrae la verdad, la capta a través de los sentidos. El estagirita griego plantea que las ideas no son lo primero —a diferencia de Platón, que planteó la teoría de las ideas— lo primero y fundamental es la realidad externa, sólo de nuestra experiencia de nuestro entorno podemos llegar a la verdad. Es gracias a nuestro intelecto quien se tiene que adecuar con la cosa; es decir con la realidad. El intelecto (nuestra verdad también forma parte del intelecto) se forma con base en la información de la realidad externa. La verdad para este filósofo estaría en el mundo externo.

En la Edad Media destaca el pensamiento sobre la verdad de Guillermo de Ockham.<sup>23</sup> Él fue considerado por algunos estudiosos de la filosofía como el padre de la moderna epistemología y de la filosofía moderna en general, debido a su pensamiento sobre que “los individuos existen, más que los universales, esencias o formas supraindividuales, y que los universales son producto de la abstracción de individuos por parte de la mente humana y no tienen existencia fuera de ella”.<sup>24</sup>

Guillermo de Ockham coloca al individuo como centro de su pensamiento y como fuente del conocimiento. Éstos parten los conceptos de verdad y del conocer humano que él llama “los universales”. Todo lo producido por el hombre parte de su abstracción y de su pensamiento. Cabe preguntarnos si es cierto que de cada hombre según su abstracción nace la verdad y teniendo en cuenta que existen millones de hombres de diferentes culturas y costumbres. ¿Se podrá llegar a una verdad única —según Guillermo de Ockham— un universal único verdadero e irrefutable? Es poco probable, por no decir imposible, arribar a un universal indiscutible.

---

<sup>22</sup> En su libro *La metafísica*, Aristóteles menciona: “Todos los hombres tienen naturalmente el deseo de saber. El placer que nos causan las percepciones de nuestros sentidos son una prueba de esta verdad. Nos agradan por sí mismas, independientemente de su utilidad, sobre todo las de la vista. En efecto, no sólo cuando tenemos intención de obrar, sino hasta cuando ningún objeto práctico nos proponemos, preferimos, por decirlo así, el conocimiento visible a todos los demás conocimientos que nos dan los demás sentidos. Y la razón es que la vista, mejor que los otros sentidos, nos da a conocer los objetos, y nos descubre entre ellos gran número de diferencias”. Aristóteles, *Metafísica*, Gredos, 1997, p. 203.

<sup>23</sup> Guillermo de Ockham, también Occam, fue un fraile franciscano y representante de filosofía escolástica. Murió debido a la peste negra. Este filósofo plasma su concepto de verdad respetando los dogmas religiosos. Trata de identificar a la verdad como un concepto universal.

<sup>24</sup> Merino, J. A., *Historia de la filosofía franciscana*, Madrid, BAC, 1993, pp. 285-369.

El pensamiento de René Descartes<sup>25</sup> apareció entre los siglos XVI y XVII, y fue el hombre que inició la filosofía moderna. Su pensamiento fue una revolución en cuanto al modo de adquirir el conocimiento y llegar a la verdad. Por medio de “su duda metódica” busca una verdad indiscutible, una idea clara y distinta que le permita construir el conocimiento.

En aras de encontrar la verdad, Descartes buscó un conocimiento seguro;<sup>26</sup> para ello, rechaza como falso todo lo que no se presente a la conciencia con una certeza absoluta. Su verdad modélica es la afirmación “Pienso, luego

---

<sup>25</sup> René Descartes nació el 31 de marzo de 1596 en La Haya, en la Turena francesa. Es considerado el padre de la filosofía moderna, fue matemático, filósofo, implantó como método filosófico la duda metódica. Considera que sólo el uso de la razón nos llevará a encontrar la verdad.

<sup>26</sup> En su libro *Discurso del método*, Descartes plantea sobre la verdad:

Pues, en último término, despiertos o dormidos, no debemos dejarnos persuadir nunca sino por la evidencia de la razón. Y nótese bien que digo de la razón, no de la imaginación ni de los sentidos como asimismo, porque veamos el sol muy claramente, no debemos por ello juzgar que sea del tamaño que le vemos; y muy bien podemos imaginar distintamente una cabeza de león pegada al cuerpo de una cabra, sin que por eso haya que concluir que en el mundo existe la quimera, pues la razón no nos dice que lo que así vemos o imaginamos sea verdadero; pero nos dice que todas nuestras ideas o nociones deben tener algún fundamento de verdad; pues no fuera posible que Dios, que es todo perfecto y verdadero, las pusiera sin eso en nosotros; y puesto que nuestros razonamientos nunca son tan evidentes y tan enteros cuando soñamos que cuando estamos despiertos, si bien a veces nuestras imaginaciones son tan vivas y expresivas y hasta más en el sueño que en la vigilia, por eso nos dice la razón que, no pudiendo ser verdaderos todos nuestros pensamientos, porque no somos totalmente perfectos, deberá infaliblemente hallarse la verdad más bien en los que pensemos estando despiertos, que en los que tengamos estando dormidos”. Más adelante en su libro *El discurso del método* señala: “Finalmente, como no basta, antes de comenzar a redificar el alojamiento en que se habita, con derribarlo y proveerse de materiales y arquitectos o ejercitarse uno mismo en la arquitectura, y además, haber trazado cuidadosamente el plano, sino que es preciso también proveerse de algún otro en que uno pueda alojarse cómodamente mientras dura el trabajo, así, para no permanecer irresoluto en mis acciones tanto como la razón me obligara a serlo en mis juicios, y para no dejar de vivir desde entonces lo mejor que pudiese, me forjé una moral provisional, que no consistía más que en tres o cuatro máximas que quiero participaros. La primera era obedecer a las leyes y costumbres de mi país... Mi segunda máxima era de ser lo más firme y resuelto en mis acciones que pudiera, y no seguir menos constantemente las opiniones más dudosas... Mi tercera máxima era la de intentar siempre vencerme a mí más bien que a la fortuna y cambiar antes mis deseos que el orden del mundo, y generalmente, acostumbrarme a creer que no tenemos enteramente nada en nuestro poder excepto nuestros propios pensamientos... En fin, como conclusión de esta moral, me propuse emplear toda mi vida en cultivar mi razón y avanzar cuanto pudiera en el conocimiento de la verdad, siguiendo el método que me había prescrito... Me di cuenta de que mientras quería pensar de esta suerte que todo era falso, era preciso necesariamente que yo que lo pensaba fuese alguna cosa; y notando que esta verdad: *pienso, luego existo*, era tan firme y segura que las más extravagantes suposiciones de los escépticos no eran capaces de quebrantarla, juzgaba que podía recibirla sin escrúpulo”.

existo”, que no se apoya en un razonamiento, sino en una intuición clara y distinta que le otorga una evidencia inmediata. Descartes cree poder estudiar como regla universal, que es verdadero todo aquello que yo apreendo de un modo claro y neto. Define claro “a aquel conocimiento que está presente y manifiesto en un espíritu atento... y distinto a aquel que siendo claro, es de tal manera preciso y diferente de todos los demás, que no comprende en sí aquello que manifiestamente aparece a aquel que le considera como conveniente”.<sup>27</sup>

Descartes se propuso una tarea muy ambiciosa: “el de encontrar conocimientos verdaderos que sirvieran para la creación de otros conocimientos verdaderos que se deriven de los primeros”. Para lograr este propósito se tenía que ser radical y borrar todos los conocimientos que teníamos y que no fueran confiables —los aprehendidos por nuestros sentidos—. Los conocimientos base serían los aprendidos a través de nuestra razón, sólo la razón nos llevará a la verdad única e incontrovertible. Descartes en su teoría nos habla mayormente de los mecanismos de cómo llegar a la verdad, pero no da una explicación profunda sobre qué es la verdad

En los siglos XVII y XVIII surge en Europa el empirismo una nueva postura sobre la manera de cómo se llega a conocer. Esta doctrina filosófica considera a la experiencia como la única fuente de conocimiento, niega totalmente la existencia de ideas espontáneas del pensamiento. Para los filósofos empiristas, la única fuente de la verdad y el conocimiento de ésta es la experiencia. Es por ello que se propone como método de conocimiento a la observación científica.

Los empiristas tenían como conocimiento máximo a las ciencias, ya que éstas se basan en hechos observables. Entre los principales exponentes del empirismo tenemos a John Locke<sup>28</sup> y David Hume. El principal aporte del filósofo John Locke al conocimiento es considerar a la mente humana como una *tábula rasa*; es decir, cuando en el hombre nace su conciencia y su mente se encuentran en blanco, como un pizarrón vacío. Será con el transcurrir del tiempo y las experiencias obtenidas por medio de los sentidos mediante el cual el hombre adquirirá todos sus conocimientos. Nada esté en la mente del hombre si primero no existió en el mundo exterior. Sólo con la interacción hombre y entorno exterior y a través de la experimentación se formará en el hombre el conocimiento. Se descarta de este modo el innatismo: sólo

<sup>27</sup> Hirschberger, Johannes, *Historia de la filosofía*, Barcelona, Herder, 1981, t. I, p. 33.

<sup>28</sup> Pensador inglés (Wrighton, Somerset, 1632, Oaks, Essex, 1704). En su obra más trascendente, *Dos ensayos sobre el gobierno civil* (1690), sentó los principios básicos del constitucionalismo liberal, al postular que todo hombre nace dotado de unos derechos naturales que el Estado tiene como misión proteger: fundamentalmente la vida, la libertad y la propiedad.

hay conocimiento si el hombre se relaciona con los hechos. En su *Ensayo sobre el entendimiento humano* planteaba los fundamentos del conocimiento. Una de las ideas básicas de este autor es prescindir totalmente de las ideas innatas y los conocimientos apriorísticos. El conocimiento se fundamenta en la experiencia. Sólo con ella se formarán en el hombre las ideas simples, y éstas a su vez concatenadas unas con otras crearán las ideas complejas. El conocimiento humano es limitado, pues nada más se puede conocer lo que es aprendido a través de los sentidos.

Otro de los empiristas es David Hume.<sup>29</sup> Este filósofo sostenía que todo conocimiento deriva en última instancia de la experiencia sensible, siendo ésta la única fuente de conocimiento, y sin ella no se lograría saber alguno. Al parecer de este filósofo las percepciones humanas se dividen en ideas e impresiones. Las primeras son obtenidas con las experiencias mínimas y cotidianas cuando sentimos, vemos, observamos. Hasta cuando amamos y odiamos se crean en nosotros las impresiones; en cambio, las ideas nacen de las impresiones, ya que las ideas son impresiones reflexionadas. Debido a este fundamento, el filósofo David Hume señala que no podemos afirmar la existencia de elementos abstractos como Dios, el alma y el yo; porque éstas no pueden ser percibidas por nuestros sentidos, salvo que alguien pruebe de qué impresión se ha extraído la idea de Dios, del yo o del alma. Consideramos que tanto Locke como David Hume proponen que la manera de llegar a la verdad del conocimiento es sólo a través de los sentidos y la experiencia. Es por ello que la postura empirista descarta todo tipo de innatismo en su teoría del conocimiento.

Enmanuel Kant<sup>30</sup> considera que el objeto de conocimiento, el fenómeno, es construido por el sujeto a partir del caos de impresiones provenientes de la experiencia. El sujeto posee *a priori* (antes de la experiencia) formas puras de sensibilidad (espacio y tiempo) y categorías vacías del entendimiento (sustancia accidente, causa efecto, etcétera), y con ellas ordena los datos caóticos de los sentidos. La verdad es intramental y la cosa en sí (“la verdad metafísica”, referida al *nóumeno*) permanece incognoscible; además, reco-

---

<sup>29</sup> David Hume (1711-1776) filósofo y economista escocés. Hume cree que todo el conocimiento humano proviene de los sentidos. Nuestras percepciones, como él las llamaba, pueden dividirse en dos categorías: ideas e impresiones. Su concepción de la verdad parte de una doctrina empirista, es decir, la verdad sólo puede ser captada a través de los sentidos y la experiencia. El empirismo es la tendencia filosófica que considera la experiencia como criterio o norma de verdad en el conocimiento.

<sup>30</sup> Emmanuel Kant fue un filósofo prusiano representante del criticismo. Es uno de los pensadores más influyentes de la filosofía universal. Su mejor obra es *Crítica de la razón pura*. En ella se analiza la estructura de la razón y su relación con la verdad.



noce que no se puede negar que todos nuestros conocimientos comienzan con la experiencia. Esto significa que en el tiempo ninguno de nuestros conocimientos precede a la experiencia; sin embargo, para él eso no quiere decir que todos los conocimientos procedan de la experiencia sensorial, pues puede ser que nuestro conocimiento sea una composición de lo que recibimos de las impresiones y de lo que aplicamos por nuestra propia facultad de conocer.<sup>31</sup>

Este filósofo dice que cada ser humano posee instrumentos mentales llamados “conocimientos *a priori*”, como son la sensibilidad, la noción de espacio y tiempo, algunas categorías vacías. Lo que nos dice Kant es que estos instrumentos nos permitirán entender lo captado por nuestros sentidos. Kant admite que con el tiempo nuestra verdad se basará más con lo adquirido por nuestra experiencia, es decir, nuestras verdades estarían compuestas en mayor parte de todo aquello que recibimos de nuestras impresiones externas y en menor parte de nuestros conocimientos *a priori*.

El filósofo Georg Wilhelm Friedrich Hegel,<sup>32</sup> nacido en Stuttgart (Alemania) en su obra *Fenomenología del espíritu* postulaba como método de encontrar la verdad, la historia de la filosofía y su dialéctica: una progresión en la que cada movimiento sucesivo surge como solución de las contradicciones inherentes al movimiento anterior. La búsqueda de la verdad se debe realizar por medio de este método.

La búsqueda de la verdad —para Hegel— es el placer y la alegría que genera la exploración del saber; es la búsqueda de la verdad, mas no es el hallazgo de ella:

El puro conocerse a sí mismo en el absoluto ser otro, este éter en cuanto tal, es el fundamento y la base de la ciencia o el saber en general. El comienzo de la filosofía sienta como supuesto o exigencia el que la conciencia se halle en este elemento. Pero este elemento sólo obtiene su perfección y su transparencia a través del movimiento de su devenir<sup>33</sup>

La dialéctica de Hegel se divide en tres etapas: tesis, antítesis y síntesis. Es mediante estos estadios por los cuales se recorre en búsqueda de la ver-

---

<sup>31</sup> Chocano Nuñez, Percy, *Teoría de la prueba*, Lima, Idemsa, p. 28.

<sup>32</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770- 1831) filósofo alemán. Pensador que propone como método para entender la realidad a la dialéctica, que es una progresión en la que cada movimiento sucesivo surge como solución de las contradicciones inherentes al movimiento anterior.

<sup>33</sup> Hegel, G. W. F., *Fenomenología del espíritu*, trad. de Wenceslao Roces, España, Gráficas G. Abad, 1985, p. 19.



dad. La fenomenología del espíritu tiene como objetivo indicar la sucesión de las diferentes formas de la conciencia hasta llegar al saber absoluto. La fenomenología del espíritu no parte del saber absoluto, pero conduce necesariamente a él. El primer momento del saber es aquel en que la conciencia cree hallar el conocimiento verdadero en la certidumbre sensible. Todo lo que el conocimiento sensible puede enunciar de un objeto es decir qué es. Esta ciencia procede a su vez dialécticamente; el proceso de sucesivas afirmaciones y negaciones que condujo de la certidumbre sensible al saber absoluto es el mismo proceso que sirve a la filosofía para manifestar la idea.<sup>34</sup> Consideramos que para Hegel el fundamento de “el espíritu universal o llamado también razón universal” es todo cuanto ha existido, existe o existirá. La razón universal es el conjunto de todas las manifestaciones humanas que se producen a lo largo de la historia de la humanidad. En la teoría del conocimiento hegeliana el espíritu universal es una categoría absoluta, que son los principios de la naturaleza y la sociedad. No obstante, es de advertir el dinamismo y los continuos cambios que se dan. El dinamismo y continuo movimiento Hegel lo llama tesis-antítesis-síntesis, que se manifiesta a través de su “dialéctica”, que es la comprensión de las transformaciones o muta-

---

<sup>34</sup> Hegel lo indica de esta manera: “Este devenir de la ciencia en general o del saber es lo que expone esta *Fenomenología del espíritu*. El saber en su comienzo, o el espíritu inmediato, es lo carente de espíritu, la conciencia sensible. Para convertirse en auténtico saber o engendrar el elemento de la ciencia, que es su mismo concepto puro, tiene que seguir un largo y trabajoso camino. Este devenir, como habrá de revelarse en su contenido y en las figuras que en él se manifiestan, no será lo que a primera vista suele considerarse como una introducción de la conciencia acientífica a la ciencia, y será también algo distinto de la fundamentación de la ciencia —y nada tendrá que ver, desde luego, con el entusiasmo que arranca inmediatamente del saber absoluto como un pistoletazo y se desembaraza de los otros puntos de vista, sin más que declarar que no quiere saber nada de ellos—”. Uno de los conceptos importantes de la teoría de la verdad en Hegel es su concepto de “espíritu universal”. “La tarea de conducir al individuo desde su punto de vista informe hasta el saber, había que tomarla en su sentido general, considerando en su formación cultural al individuo universal, al espíritu autoconsciente mismo... También el individuo singular tiene que recorrer, en cuanto a su contenido, las fases de formación del espíritu universal, pero como figuras ya dominadas por el espíritu, como etapas de un camino ya trillado y allanado; vemos así cómo, en lo que se refiere a los conocimientos, lo que en épocas pasadas preocupaba al espíritu maduro de los hombres descendiendo ahora al plano de los conocimientos, ejercicios e incluso juegos propios de la infancia, y en las etapas progresivas pedagógicas reconoceremos la historia de la cultura proyectada como en contornos de sombras. Esta existencia pasada es ya patrimonio adquirido del espíritu universal, que forma la sustancia del individuo y que, manifestándose ante él en su exterior, constituye su naturaleza inorgánica. La formación, considerada bajo este aspecto y desde el punto de vista del individuo, consiste en que adquiere lo dado y consume y se apropia su naturaleza inorgánica. Pero esto, visto bajo el ángulo del espíritu universal como la sustancia, significa sencillamente que ésta se da su autoconciencia y hace brotar dentro de sí misma su devenir y su reflexión”. Hegel, G. W. F., *Fenomenología del espíritu*, cit., p. 18.

ciones que se han producido en el espíritu universal y han dado origen a la naturaleza y a la sociedad. Producto del dinamismo del espíritu universal es una toma de conciencia del individuo, al cual se le llama razón subjetiva; luego el dinamismo hace que esa conciencia se amplíe y se vincule a la familia. De este modo, la sociedad se transforma en razón objetiva, y sólo cuando el espíritu universal reflexiona hablamos ya de razón objetiva. Éste es el camino en búsqueda de la verdad de Hegel.

El filósofo norteamericano Charles Sanders Peirce,<sup>35</sup> representante del pragmatismo, habla sobre la posibilidad de llegar a conocer la verdad. Este filósofo menciona que el conocimiento no necesita lo que Descartes denominaba un fundamento absolutamente cierto o idea clara y precisa que resista toda duda y desde la cual se deducen otras ideas igualmente evidentes. En su teoría de la verdad, Peirce indica que existe un término llamado “abducción”. Ésta es una energía instintiva que capacita al hombre para investigar los secretos de la naturaleza durante todo el curso de su pensamiento científico; la mente humana tiene que haber estado armonizada con la verdad de las cosas para así descubrir las mismas. Es la fuente de toda verdad lógica.

Sostiene que es el instinto la primera fase del conocimiento, es donde se selecciona una hipótesis entre otras; luego se inicia un procedimiento de verificación de la hipótesis. Así es que el instinto estimula una investigación, que también incluye una reflexión crítica.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Charles Sanders Peirce es considerado el fundador del pragmatismo y padre de la semiótica moderna. Su obra aborda los problemas modernos de la ciencia, la verdad y la teoría del conocimiento. En semiótica, planteó que para comprender la realidad el conocimiento humano se presenta a través de representaciones, que son creadas por los hombres que él considera “signos”. Los signos eran representaciones creadas por el hombre para darle un nombre o relacionar una palabra con un significado. De esta manera, el conocimiento se fundamentaba con base en los signos.

<sup>36</sup> Al respecto, Lugo indica sobre la verdad en Peirce: “En el acto de afirmación o negación que constituye el juicio se encuentra un segundo factor de gran importancia para la cuestión de la verdad: voluntariedad. El juicio resulta ser un acto en referencia a uno mismo en cuanto que el sujeto del mismo asume responsabilidad por la verdad allí enunciada o meramente aproximada... “más que la aprehensión de un significado, el juicio, es la afirmación de una proposición como propia responsabilidad, no sólo ante uno mismo sino ante una comunidad indefinida de investigadores”. Peirce insiste en que el hombre es esencialmente un posible miembro de la sociedad en y a través de la cual logra su plenitud. No es por tanto mi experiencia sino nuestra (la de la comunidad de investigadores), experiencia la que constituye la verificación de un juicio. El objeto se conoce en virtud de la opinión final de un número ilimitado de investigadores. Dicho de otra manera, la determinación de la realidad es el resultado de la investigación de la comunidad finita que, ensayando por un tiempo indeterminado todos los métodos que la realidad (como posibilidad real) permita, llegarán a una formulación de la verdad. El método o métodos científicos representan, en Peirce, la antítesis

La fenomenología de Husserl<sup>37</sup> también discute el tema de la verdad. Ésta nació en las *Investigaciones lógicas* como una refutación del sicologismo. El sicologismo pretendía ser un modo de solucionar algunos problemas que planteaba la teoría del conocimiento y de la ciencia, sin salir de los estrechos márgenes de un positivismo de hechos. A fines del siglo XIX la psicología se había constituido como ciencia, al probarse que era posible aplicar el método experimental para el estudio de la vida anímica de seres humanos. Esta nueva ciencia pretendió convertirse en dominante, pues quiso postular el problema del conocimiento como tema psicológico; a ello se opuso Husserl.<sup>38</sup>

El filósofo Heidegger<sup>39</sup> también polemizó sobre el concepto de la verdad. Según él, el concepto de verdad de este pensador pierde las notas características de la verdad tradicional: la certeza, la verificabilidad y la exactitud. Heidegger<sup>40</sup> indica que para acceder a la verdad se debe conocer

del individualismo, y del filósofo intuitivo que descansa en principios evidentes *a priori* o en una percepción concebida como infalible. Más bien representa el espíritu de colaboración de unos investigadores que conciben su evidencia como un factor objetivo y como resultado esencialmente provisional y corregible. Este espíritu asegura el progreso hacia la verdad". Lugo, Elena, "La verdad según el pragmatismo de C. S. Peirce", *Nuestro Tiempo*, 191, 1970, pp. 122-134.

<sup>37</sup> Edmund Gustav Albrecht Husserl. Filósofo alemán fundador de la fenomenología trascendental. Esta fenomenología asume la tarea de describir el sentido que el mundo tiene para nosotros antes de todo filosofar.

<sup>38</sup> Según el pensamiento de Husserl, era totalmente absurda la supuesta fundamentación definitiva del conocimiento por parte de la psicología, alegándose que el conocimiento debía verse como un evento psicológico, y que su misterio será finalmente iluminado por la razón científica. Teniendo en cuenta que desde los tiempos de Descartes la teoría del conocimiento había sido el baluarte de la posibilidad y necesidad de la reflexión filosófica, al ser solucionados sus "problemas" por una ciencia como la psicología, la filosofía quedaba sin "trabajo" y, por tanto, sin "sentido". La teoría del conocimiento no podía solventarse con la investigación psicológica porque ésta era un conocimiento. El filósofo proponía una teoría nueva del conocimiento que se da a través de la epojé fenomenológica, en la que nuestra atención se desplaza a los objetos al modo de darse esos objetos en la conciencia, o sea, a los fenómenos en sentido fenomenológico. Entonces el fenomenólogo sólo aceptará como fenómenos válidos aquellos que estén originariamente, y que son la base para toda interpretación e intelectualización posterior. Para Husserl, la filosofía tiene que apoyarse en las intuiciones más primordiales de nuestra vida: "las intuiciones que únicamente pudieran ser vivificadas por impresiones remotas e imprecisas, inauténticas —y en el supuesto de nuevo se tratará realmente de unas intuiciones— no podrían satisfacerarnos. Nosotros queremos volver a las cosas mismas". Este volver a las cosas mismas se convirtió en un lema repetido de la fenomenología. Fernández, Sergio, *Fenomenología de Husserl: aprender a ver*, artículo publicado en <http://www.fyl.uva.es/~wfilosof/gargola/1997/sergio.htm>.

<sup>39</sup> Martin Heidegger (1889-1976). Fue un filósofo alemán y es una de las figuras protagónicas de la filosofía contemporánea: influyó en toda la filosofía del existencial del siglo XX.

<sup>40</sup> El pensamiento heideggeriano se logra a través de su concepción de la verdad como alétheia: Heidegger consideraba que para comprender qué es la verdad, era necesario volver

directamente el fenómeno; es decir sólo se puede conocer lo que se presenta ante nosotros mediante representaciones mentales que el hombre construye, pero cabe la pregunta: ¿y qué del conocimiento de aquellos fenómenos que existen, pero no se presentan ante nosotros? ¿Se debe renunciar a conocerlos? Todo este largo recorrido por las ideas epistemológicas nos sirve para fundamentar que si la verdad es imposible de alcanzarla por ser un concepto relativo, cambiante, mutable; en nuestra materia de derecho procesal —por razones ya expuestas— el proceso judicial no busca encontrar la verdad; atrás queda la creencia de que el rol del juez es buscar la verdad. El proceso sirve para resolver conflictos y así propiciar la paz social, ya que ello es el pilar básico de toda sociedad desarrollada.

## V. EL POSITIVISMO FILOSÓFICO Y EL POSITIVISMO JURIDICO

El positivismo jurídico se basa en la doctrina filosófica del positivismo filosófico, aquella corriente filosófica creada por Augusto Comte<sup>41</sup> años después de la Revolución francesa. Esta corriente filosófica que plantea que el cono-

a los inicios del camino occidental y volver a plantear la pregunta por el ser de la verdad, de la manera en que fue entendida en el momento en que se formuló por vez primera. Y en sus orígenes pre-filosóficos, la verdad fue definida privativamente como *alétheia*, como lo no oculto. Heidegger se dispone a hacer una fenomenología de la verdad, y es por ello que para hablar de la *alétheia*, nos conduce de manera previa a una explicación de lo que es la fenomenología, por medio de dos claves: las palabras griegas *phainómenon* (fenómeno) y *logos* (discurso, estudio, palabra): “Phainómenon, de donde viene nuestra palabra fenómeno, que significa ‘mostrarse’... sacar a la luz... ‘fenómeno’ quiere decir ‘lo que se muestra’, lo que se hace patente, visible en sí mismo. La fenomenología se ocupa de mostrar los fenómenos, que no son otra cosa que la totalidad de lo que se puede poner a luz; saca a la luz a los entes”. Tugendhat, Ernst, *La idea de Heidegger sobre la verdad*, trad. de Peter Storandt, del artículo “Heideggers Idee von Wahrheit”, en *Heidegger*, Neue Wissenschaftliche Bibliothek, Kiepenheuer und Witsch, p. 2.

<sup>41</sup> Augusto Comte, pensador francés, padre del positivismo (Montpellier, 1798-París, 1857). Comte afirma que únicamente la ciencia positiva o positivismo podrá hallar las leyes que gobiernan no sólo la naturaleza, sino también nuestra propia historia social, entendida como la sucesión y el progreso de determinados momentos históricos llamados estados sociales.

Augusto Comte sostiene que la historia de la humanidad atraviesa tres estadios:

El estadio *teológico*: es la infancia del conocimiento humano, ya que en las épocas antiguas los sujetos daban explicaciones mágicas y míticas a lo que observaban en su realidad. Los fenómenos naturales eran atribuidos a obra y gracia de seres divinos: dioses, guerreros, etcétera. Se usaban formas “mágicas” para comprender el mundo.

Estadio *metafísico* o *filosófico*: si bien en esta etapa las explicaciones son racionales, se divaga en abstracciones intangibles no observables e inaprehensible. Por ello el conocimiento obtenido no conduce a un desarrollo para el bienestar social.

Estadio *científico*: llamado también etapa positiva, es la definitiva y la madurez del conocimiento de la humanidad. El conocimiento se basa en la observación y la experiencia, y se

cimiento de la humanidad debe basarse en lo observable en los fenómenos considerados sensibles, además de criticar duramente a la metafísica tradicional y sus inacabables especulaciones.

Según el positivismo,<sup>42</sup> el conocimiento que ha ido generando el ser humano atraviesa un proceso de evolución que se puede dividir en tres estadios. Los tres estadios fueron concebidos por Augusto Comte en su obra *Curso de filosofía positiva*:

Después de cumplir los catorce años, experimenté la necesidad fundamental de una regeneración universal, política y filosófica al mismo tiempo, bajo el impulso activo de la saludable crisis revolucionaria cuya fase principal había precedido a mi nacimiento.

Más adelante menciona:

Estudiando el desarrollo de la inteligencia humana... creo haber descubierto una gran ley básica, a la que se halla sometida la inteligencia con una necesidad imposible de variar... cada una de nuestras principales concepciones, cada rama de nuestros conocimientos pasa necesariamente por tres estadios teóricos diferentes: el estadio teológico, o ficticio; el estadio metafísico, o abstracto; el estadio científico, o positivo... De aquí proceden tres tipos de filosofías, o de sistemas conceptuales generales, acerca del conjunto de los fenómenos; que se excluyen recíprocamente. El primero es un punto de partida necesario para la inteligencia humana; el tercero es su estado fijo y definitivo; el segundo está destinado únicamente a servir como etapa de transición.<sup>43</sup>

Augusto Comte considera que el acto de conocer desde los orígenes de la humanidad ha surgido primero con la etapa teológica o ficticia, que es aquella en donde se resuelve imaginativamente lo absoluto, por ficción de las voluntades arbitrarias de los seres sobrenaturales. Aquí domina la explicación mitológica y el pensamiento animista propio de las culturas antiguas. En la segunda etapa, llamada por los positivistas *metafísica*, se abandona la

expresa con el recurso de la matemática. Se busca el conocimiento de las leyes de la naturaleza para su dominio técnico.

<sup>42</sup> Positivismo en filosofía se usa para nombrar a un tipo de pensamiento filosófico que observa la realidad, lo objetivo y concreto. Por ello, esta corriente filosófica desecha todo lo abstracto y esencial. Rechaza totalmente todo tipo de conocimiento metafísico. Este pensamiento epistemológico fundamenta las bases del estudio científico naturalista del ser humano. Parte de la necesidad de estudiar al hombre y su entorno social de una manera científica. Es por ello que su creador Augusto Comte es considerado el padre de la sociología, ya que estructura las bases del estudio social y su efecto en el desarrollo del conocimiento universal.

<sup>43</sup> Comte, Augusto, *Curso de filosofía positiva*, Buenos Aires, 1984, p. 22.

explicación sobrenatural para empezar con abstracciones filosóficas sobre abstracciones metafísicas como la esencia; en el tercer estadio, llamado positivo, es el momento máximo del conocimiento humano, Aquí se renuncia a conocer lo absoluto, pues el conocimiento solamente puede derivarse de observación y de la descripción de lo existente: “Sólo es real lo concreto que se da en la experiencia”. El objetivo es establecer leyes universales que integren la multiplicidad de los hechos singulares.

Se define al positivismo jurídico como un “conjunto de normas puesta por los seres humanos, a través del Estado, mediante un procedimiento formalmente válido, con la intención o voluntad de someter la conducta humana al orden disciplinario por el acatamiento de esas normas”.<sup>44</sup> Entre sus representantes tenemos a Hans Kelsen, Norberto Bobbio y Herbert Hart, quienes basándose en el positivismo filosófico buscaron construir una teoría del derecho positivo.

## VI. HANS KELSEN: EL DERECHO COMO NORMA

El maestro vienés Hans Kelsen<sup>45</sup> tuvo un proyecto jurídico interesante para su época, al que llamó *Teoría pura del derecho*, ideas que plasmó en un libro del mismo nombre. La idea principal de su concepción sobre su teoría pura es que debe haber una separación tajante entre lo que es la moral y el derecho; Kelsen buscó una concepción científica del derecho haciendo una escisión

---

<sup>44</sup> Cisneros Farías, Germán, *Teoría del derecho*, 2a. ed., México, Trillas, 2000, p. 35.

<sup>45</sup> Hans Kelsen (1881-1973) jurista austriaco, creador de la teoría pura del derecho, donde sostiene que el derecho debe estar libre de cualquier subjetividad y elemento moral. Para Kelsen, el derecho es norma positiva. Según la teoría kelseniana, el sistema jurídico positivo se estructura con base en normas que se fundamentan en otras normas de mayor jerarquía y estas normas de mayor jerarquía se sustentan en otras normas de mayor jerarquía, así sucesivamente, hasta llegar a una norma originaria. Pese a que este proceso podía ser infinito, el maestro vienés postuló que debe existir una norma hipotética —que es de carácter ficticio— a la que llamó la norma fundamental que es sobre la que se sustenta todo el ordenamiento jurídico positivo. Otros de los planteamientos de la *Teoría pura del derecho* es la sistematicidad de sus normas, todas ellas forman parte de un sistema, en el cual cada una de ellas está concatenada unas con las otras. De esta manera, la interpretación de una norma se complementa con las otras (interpretación sistemática), por ello esta teoría sostiene que cualquier norma no puede estar aislada de la otra. Todo ello se vincula con la característica de la coherencia que debe tener todo ordenamiento jurídico positivo.

Otro de los rasgos resaltantes de la *Teoría pura del derecho* es el tratar de “separar” el contenido de lo que es el derecho de los demás conocimientos. De esta manera, este pensamiento propone un “saneamiento” del derecho de impurezas que provengan del mundo económico, moral, cultural o político. Este punto fue muy criticado a su teoría, porque no se puede negar la relación del derecho en toda actividad humana, es innegable la relación derecho y política, asimismo es observable el vínculo entre derecho y moral.

entre lo jurídico y toda concepción filosófica, ética, social o histórica. Sus postulados forman parte de lo que en doctrina se conoce como iuspositivismo, porque en las ideas kelsenianas se aparta del análisis científico todo rezago del derecho natural y de lo moral.

El propósito de este apartado es analizar las principales ideas de Kelsen y demostrar que la acción es derecho en su teoría. Para entender su pensamiento debemos tener en cuenta la principal idea que plasma en su *Teoría pura*:

La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho en particular.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse.

Como teoría “pura” indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños.<sup>46</sup>

El objeto de la teoría pura del derecho es el derecho, por ser aquel conjunto de normas creadas por el Estado bajo el procedimiento legal y que regula las conductas y los actos humanos. Luego de plantear que el método “es eliminar del derecho todos los elementos que le son extraños”, establece la ubicación de la ciencia del derecho positivo dentro de la amplia gama del conocimiento humano. Para ello nos plantea la existencia de dos tipos de ciencia (esboza una teoría epistemológica de las ciencias). Para Kelsen, las ciencias se dividen en dos: ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, y cada una de ellas con un principio rector que regula su método: el principio de causalidad y el principio de imputación:

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos a los otros por un principio llamado: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se aplica el calor establece una relación de causa a efecto entre el calor y la dilatación.

...La ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que intervienen en las leyes naturales, sino otro principio.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires-Eudeba, 1982, p. 15.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 16.

El derecho es un conocimiento que no se ubica en las ciencias naturales, pues en estas no se aplica la causalidad. Nuestra ciencia, según el maestro, se ubica dentro de las ciencias que estudian la sociedad, ya que el derecho regula los actos: las relaciones intersubjetivas entre los hombres. La sociedad es un orden que regula la conducta del hombre. Por ello no se aplica la causalidad, porque de esa manera se estaría encasillando al derecho dentro de las ciencias de la naturaleza; postulado que es imposible de ser cierto.

<i>TIPOS DE CIENCIAS</i>	
<i>Ciencias de la naturaleza</i>	<i>Ciencias del espíritu</i>
Estas ciencias son conocimientos que presentan el principio de causalidad, forma parte de la naturaleza; entre ellas tenemos la física, la biología, la botánica, etcétera.	Estas ciencias son conocimientos que presentan el principio de imputación. Su objeto de estudio es la cultura como producto de la creación humana. Entre ellas tenemos a la ciencia del derecho.

Una vez establecida la ubicación de la ciencia del derecho, la tesis positivista de Kelsen pasa a analizar el acto humano, para diferenciar los dos principios que rigen a estas dos ciencias. De esta manera, diferencia ambos principios: el de causalidad y el de imputación.

Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción. Al igual que la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada.

Esta norma es el sentido que se le da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal. El efecto no sigue la causa porque así esté prescrito o autorizado por la norma, el efecto (en la naturaleza) se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.<sup>48</sup>

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 17.



Luego de esta escisión el maestro alemán se da cuenta de que en el conocimiento nada puede ser absoluto. Por ello, hace la aclaración de que existen ciencias del espíritu que pueden aplicar el principio de causalidad:

Existen ciencias sociales que aplican el principio de causalidad: historia, sociología, sicología... El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza, de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia, o la sociología que buscan explicar.<sup>49</sup>

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza, de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia, o la sociología que buscan explicar las conductas estableciendo entre ellas relaciones de causa y efecto.

Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el principio de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en la relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son pues ciencias normativas entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

El derecho es una ciencia social normativa; no se interesa por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.<sup>50</sup>

Una vez clasificadas las ciencias, analiza los rasgos que tiene cada principio rector de cada una formulando una oposición entre ellas, para así destacar sus diferencias, pues Kelsen considera que de acuerdo con la esencia del principio rector se buscará la característica de la ciencia:

En el principio de causalidad la condición es causa y la consecuencia un efecto. Además no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos y sobre humanos. Por otra parte cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto es la causa de otro efecto... la causalidad no conoce punto final... la imputación no tiene más que dos actos, todas las condiciones y la consecuencia... la imputación tiene un punto final mientras que la causalidad no la tiene.<sup>51</sup>

Los dos tipos de ciencia que encuentra Kelsen establecen dos tipos de leyes que constituyen el marco científico de cada una de ellas. Estas reglas

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 27.

se presentan a manera de juicios, pero estos juicios muestran diferencias en su construcción gramatical:

Tanto el principio de casualidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Si la condición A se realiza, la consecuencia B se producirá “o para tomar un ejemplo concreto: si un metal es calentado se dilatará, el principio de imputación se formula de modo diferente: si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse”. He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada.<sup>52</sup>

El derecho positivo es una ciencia del espíritu; es producto del acto creador del hombre para regular su conducta, y se rige por el principio de imputación. Éste tiene características particulares. Para analizar la imputación, Kelsen presenta el vínculo que ésta crea entre el acto ilícito y la sanción que le corresponde; como se observa, en el principio de imputación están presentes los actos (en este caso los ilícitos); por eso sostenemos que el derecho es también acto humano. He aquí la tesis del maestro sobre la imputación:

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción debe seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de imputación, puesto que la sanción es imputable al acto ilícito.

La imputación considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción es así sobrentendida en la proposición que un individuo es o no jurídicamente responsable de su conducta.

La imputación vincula pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.<sup>53</sup>

Luego de ubicar al derecho dentro de una rama del conocimiento humano y distinguir qué principio lo regula, Kelsen menciona que el objeto del derecho es la norma positiva:

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 20.

A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido puestas, sino que han sido solamente supuestas por un acto puramente intelectual.

El origen de la norma es un acto intelectual creador del hombre (el derecho es acto), pero estos actos creadores se dan cumpliendo las formalidades que requiere el sistema jurídico; se considera a la norma jurídica como un juicio meramente hipotético que no contempla sino la trasgresión y la correspondiente sanción.

La estructura de la norma jurídica está compuesta por un supuesto de hecho (acto humano) y una sanción. Según Kelsen, define a la norma primaria como la que contiene la sanción, y la norma secundaria como la conducta opuesta al delito. La norma jurídica primaria se basa en el deber jurídico de comportarse de un modo diferente de aquel que constituye el supuesto para la sanción. Ahora, este deber jurídico, revestido con la fórmula de una norma, constituye lo que Kelsen denomina norma jurídica secundaria

Luego de haber analizado las principales ideas de Kelsen, sostenemos que el acto —como conducta humana— se encuentra presente en la teoría positivista, pues la conducta hipotética que será sancionada de darse en la realidad es una acción humana que ha de producirse en el espacio y en el tiempo.

## VII. COSSIO: EL DERECHO COMO INTERACCIÓN DE CONDUCTAS INTERSUBJETIVA

Carlos Cossio,<sup>54</sup> jusfilósofo argentino, en su libro titulado *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad* planteó concepciones muy interesantes

---

<sup>54</sup> Carlos Cossio nació en Tucumán el 3 de febrero de 1903. Estudió derecho y filosofía. Por ello, investigó los temas centrales de la filosofía del derecho. Se desempeñó como profesor de filosofía del derecho en la Universidad de La Plata y en la de Buenos Aires (1946-1956). Fundó el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social. Falleció en Buenos Aires el 24 de agosto de 1987, a causa de un accidente doméstico.

El pensamiento de Cossio parte de la concepción gnoseológica inspiradas en Kant, Husserl y Heidegger. Basándose en ideas epistemológicas, como la clasificación del conocimiento humano, el maestro argentino postula que los objetos culturales se dividen en objetos mundanales —es decir elaborados por la vida humana objetivada—; no obstante, la conducta humana del hombre es otro tipo de conocimiento, al cual designa como objetos “egológicos”, pues el término “ego” viene del “yo”. Todos los objetos ideales son captados por intelección; es decir, por la actividad racional del hombre que a través del pensamiento capta las

para el derecho. Esta concepción fue llamada la “teoría egológica del derecho”. El término “egológico”, según su autor, proviene de la voz compuesta de “fenómeno” y “logos”; por ello, “egológico” quiere decir “conocimiento de los fenómenos”. En la teoría egológica del derecho está significando la “egolización” del logos jurídico; es decir, la egolización del ser jurídico, el “yo actúo” de toda acción en vez del “yo pienso” de todo juicio, el “yo actúo” de la conducta en vez del “yo pienso” del intelecto, “con egología hemos podido significar la fenomenalización como conducta del ser jurídico”. Desde un inicio el término “egológico” vincula el derecho al acto (la conducta humana) en relación con las demás personas.

La teoría de Cossio se basó en la filosofía de la fenomenología y el positivismo de Kelsen, pero a diferencia de éste no consideraba que el derecho solo fuera la norma positiva; el maestro argentino consideraba que en la construcción de una teoría del derecho un elemento imprescindible sería la conducta en interferencia intersubjetiva. Analicemos en las mismas palabras de Cossio sus ideas principales, y comprobaremos que el derecho como acción o como acto ya se encontraba presente en su teoría egológica, y que años después los maestros procesalistas Briseño Sierra y Alvarado Velloso plantearán estos mismos actos en sus respectivas “teorías sobre la acción procesal”.

Al revisar la obra de Carlos Cossio comprobaremos que ésta empieza con una clasificación del conocimiento humano —Cossio pretende darle un sustento epistemológico a su teoría— planteando diferentes objetos de estudio según las esencias de estos: “En nuestro mundo encontramos los diferentes tipos de objetos: objetos ideales, objetos naturales, objetos culturales y objetos metafísicos”.<sup>55</sup>

Cada objeto tiene su propio método de aprehenderlo y sus propias características:

Si esta heterogeneidad de los objetos hace ver que no es posible ir a conocerlos con un método único, también hace ver al propio tiempo que debemos elucidar qué método utilizaremos para conocer estos objetos, porque es evidente que el conocimiento depende de una adecuación del método con el objeto. Si el método no es adecuado a la naturaleza del objeto, divagaríamos mucho pero no obtendríamos un conocimiento científico.

abstracciones ideales. Los objetos naturales, aquellos cuyo origen proviene de las leyes de la naturaleza, son captados por la percepción, y su método de análisis es el empírico. En cambio, los objetos culturales —donde se sitúa el derecho— se analizan bajo el método de la “comprensión”.

<sup>55</sup> Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de la libertad*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, p. 55.

Por ello tenemos:

*Objetos ideales.* Los objetos ideales son irreales, es decir que simplemente son de esta o aquella manera, consisten en esto o aquello, pero no tienen propiamente existencia, además no están en la experiencia, son ajenos al tiempo y por último son neutros al valor, su consistir no implica ninguna calificación axiológica

Un triángulo es ideal; es el espacio puro entre tres líneas, no hay valoración sobre este triángulo, si es bueno o es malo.

*Objetos naturales.* Son estudiados por las diversas ciencias de la naturaleza, tienen existencia, están en la experiencia, son en el tiempo; y son neutros al valor: en sí su ser no es bueno ni es malo, justo ni injusto, hermoso, ni feo. Una roca cumple estos rasgos.

*Objetos culturales.* Son creados de alguna manera por el hombre actuando según sus valoraciones, son a su vez reales: tienen existencia, están en la experiencia: son en el tiempo, pero son valiosas con signo positivo o negativo, justo o injusto, hermoso o feo, útil o inútil, tienen propiedades que pueden calificar su ser. Una sentencia verifica estas características, pues es un objeto cultural.

<i>O. Objetos</i>	<i>I. Carácter</i>	<i>II. Carácter</i>	<i>III. Carácter</i>
Ideales	Irreales: no tiene existencia	Están en la experiencia	Neutros al valor
Naturales	Reales: tienen existencia	Están en la experiencia	Neutros al valor
Culturales	Reales: tienen existencia	Están en la experiencia	Valiosos positiva o negativamente
Metafísicos	Reales: tienen existencia	No están en la experiencia	Valiosos positiva o negativamente

*Objetos metafísicos.* Los objetos metafísicos son reales: tienen existencia: no están en la experiencia y son valiosos. Así, Dios no está en la experiencia pues no se le puede ver en ninguna parte ni se puede acceder a él por el conducto de nuestros sentidos sensibles.<sup>56</sup>

En cuanto a los métodos para aprehender cada uno de los distintos objetos de conocimiento, tenemos:

El método ideal: racional-deductivo:

<sup>56</sup> Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de la libertad*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, pp. 56 y 57.

Las verdades referentes a los objetos ideales como lo comprueban la lógica y la matemática se obtienen por un método racional-deductivo. Deducir es partir de una o más verdades y sacar de ellas como conclusión una verdad particular. Este proceso vale porque se funda en la razón como una conformidad con la razón y por eso no puede ser que la conclusión contraríe a las premisas. De allí que cuando se ejercita sobre verdades de razón el método deductivo es plenamente válido para obtener verdades, hay pues que tener en cuenta las verdades de hecho y verdades de razón. Las verdades de razón son apodícticas, es decir que no solamente son así, siendo imposible que sean de otro modo sino que son imposibles que sean de otra manera. Por ejemplo  $1 + 1 = 2$  y no puede ser de otra manera. En la verdad de hecho habla la experiencia, si no interrogo la experiencia no puedo saber en qué consiste la verdad... el método deductivo es un pleno instrumento de la verdad cuando se lo ejercita sobre verdades de razón.<sup>57</sup>

### 1. *Crítica a las teorías anteriores a la egológica*

Una vez definidos los tipos de objeto, Cossio ve la necesidad de justificar la aparición de una teoría. Para ello criticó al historicismo, al racionalismo y al empirismo. Al historicismo le criticaba:

el análisis del derecho de un determinado momento se proyecta hacia atrás en la historia haciendo a ésta la medida del desarrollo jurídico de todo tiempo, de modo que lo que ahora ocurre sobre la base de lo que siempre ya así ha estado ocurriendo. Con ello el conocimiento jurídico se fundamentaría en el conocimiento de un hecho cuyo contenido se captaría a través de su historia.

Pero esto, según el maestro argentino es incorrecto, porque el derecho es conducta actual —acto humano— no se puede estudiar una ciencia viva que cambia constantemente con el devenir del tiempo con un método histórico que toma como objeto al pasado.

Sobre el racionalismo y el empirismo, señala:

El racionalismo cree que el objeto a conocer por el jurista son las normas y que al derecho positivo no se le intuye ni capta por los sentidos; con lo cual la ciencia dogmática sería una ciencia de objetos ideales, ya que a las normas se las conoce con el pensamiento, como a los objetos de la matemática, pero no se las ve ni se las palpa.

El empirismo se opone a la idealidad del derecho y acepta su realidad intersicológica, de modo que el conocimiento jurídico se fundamentaría en

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, pp. 56 y 57.

lo que la experiencia sicofísica revelara, pues el empirismo no reconoce otro contacto con la experiencia que la intuición sensible (externa o interna) que no sirve para conocer la naturaleza.<sup>58</sup>

Es por ello que formula sus principales críticas a estas dos corrientes del pensamiento:

En contra del racionalismo jurídico, la teoría egológica considera que el objeto a conocer por el jurista no son las normas, sino la conducta humana enfocada desde cierto ángulo particular.

De la misma manera que el objeto del conocimiento del astrónomo son los astros y no las leyes de Kepler y Newton, porque éstos son sólo conceptos con los que los astros son conocidos, así también en la ciencia dogmática el objeto del conocimiento del jurista no son las normas sino la conducta humana en su interferencia subjetiva, porque las normas jurídicas son sólo conceptos con los que aquella conducta es conocida como conducta. Las normas son simplemente los conceptos con los que pensamos esa conducta.

En contra del empirismo jurídico, la teoría egológica considera que la conducta humana *es un objeto de experiencia radicalmente diverso de los objetos naturales*, pues mientras éstos constituyen una experiencia de necesidad gobernada por la identidad de las causas con los efectos, *la conducta humana constituye una experiencia de libertad* donde la creación de algo axiológicamente original emerge a cada instante.

Por eso la teoría egológica acepta la lógica jurídica normativa de la teoría pura del derecho que nos ha mostrado que las normas son precisamente tales conceptos. Pero agrega la intuición específica del derecho, que es intuición de libertad como un plus del conocimiento que se añade a la estructura lógico-jurídica por cuenta de la experiencia humana.<sup>59</sup>

En la cita anterior, Cossio señala lo fundamental de su teoría, que es la señalización del objeto de estudio del derecho. Antes de él, la doctrina mayoritaria consideraba que el objeto del derecho era la norma. Esta idea era el pilar fundamental del positivismo jurídico. El maestro argentino señala que el derecho no puede ser sólo norma encerrada e idealizada bajo las cuatro paredes del formalismo. El derecho es conducta humana en interferencia intersubjetiva; cambia constantemente con el devenir del tiempo; por ello su método no puede ser el histórico; no puede aplicarse el método empirista —la observación y la experimentación— pues no son fenómenos naturales los que analiza la ciencia del derecho, sino son fenómenos cul-

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 51.

naturales, actos hechos por hombres cuyas consecuencias afectarán a otros hombres. Es pues, la conducta hecha en libertad lo que vendría ser el objeto del derecho según la teoría egológica y su método ideal “la comprensión” a través del intuicionismo.

## 2. *La teoría egológica: derecho e intuición*

Una vez analizados los tipos de conocimientos humanos y sus diversos objetos cabe ahora describir los rasgos del derecho según esta teoría egológica. Empecemos con bases sólidas y principios básicos que postula esta doctrina egológica:

- a) el derecho es conducta en interferencia intersubjetiva;
- b) el derecho considera todas las acciones humanas;
- c) el derecho se interesa por el acto humano en su unidad.

Al respecto, Cossio plasma lo que sostenemos:

La teoría egológica dice de la ciencia del derecho que es una ciencia de la realidad y no una ciencia de objetos ideales. Y si la norma no fuera esa significación o representación intelectual de una conducta resultaría imposible la conexión inmanente entre esa norma objeto ideal de una esfera intemporal y de los valores jurídicos positivos.

La verdad es que el conocimiento jurídico no es un conocimiento histórico, ni matemático, sino un conocimiento normativo. Pero éste no quiere decir, para la teoría egológica que el objeto del conocimiento jurídico sean normas, sino que mediante la conceptualización normativa se conoce el objeto de la ciencia jurídica, que es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva.<sup>60</sup>

Otro punto importante de la teoría egológica es la intuición para captar el fenómeno objeto del derecho:

Para nosotros el derecho es vida humana plenaria considerada desde cierto ángulo o como lo hemos dicho, es la conducta humana intersubjetiva. La norma es simplemente la representación intelectual de esta conducta como conducta.

Y porque hay en el derecho esa intuición, es decir, porque las conductas es el objeto pensado con las normas jurídicas, la teoría egológica dice de la cien-

---

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 56 y 57.



cia del derecho que es una ciencia de la realidad y no una ciencia de objetos ideales. Y si la norma no fuera esa significación o representación intelectual de una conducta, resultaría imposible la conexión inmanente entre esa norma objeto ideal de una esfera intemporal y de los valores jurídicos positivos.<sup>61</sup>

Mediante la intuición se establece la interconexión entre lo que está plasmado en la norma y la conducta. Es a través de un actividad mental llamada la intuición lo que permite al jurista interpretar la conducta humana en interferencia intersubjetiva; es decir, los actos humanos en relación con otros actos humanos no se captan por medio de la razón, ni la observación, y menos la experiencia, sino solamente a través de la intuición. Es ésta la que da significación y representación a los actos hechos por el hombre.

El conocimiento jurídico es distinto al conocimiento histórico y formal. El conocer jurídico es un conocimiento normativo, pero no por ello consideremos que el objeto de estudio del derecho sean las normas, sino que solo con el conceptuar de lo normativo se conoce el objeto de la ciencia del derecho que según el jurista argentino es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva.

Sobre esta intuición del objeto cultural que le corresponde al derecho. Cossio sostiene que la intuición de un objeto cultural es una intuición doble: hay la intuición del sustrato que es una intuición sensible y hay una intuición del sentido que es una intuición emocional. Esta dualidad corresponde a la doble visión óptica que tiene el hombre al ver las cosas, por fuera y por dentro.

### 3. *La concepción de la norma jurídica en la teoría ecológica*

La norma en la teoría ecológica es el resultado de la intuición, el pensamiento y la conducta hecha por el legislador. Este hecho generador de normas jurídicas es también un acto humano, acción creadora del legislador producto de la aprehensión del fenómeno a través de la intuición. Sobre lo afirmado, Cossio sostiene:

Las normas procesales son el pensamiento de la conducta de los jueces, también ha de notarse que las normas son expresiones del pensamiento de la comunidad en general integrantes de esa conducta.

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 202.

La concepción de la conducta, es decir de la mención conceptual que la norma hace de la conducta como conducta.<sup>62</sup>

El positivismo jurídico yerra cuando considera que las leyes son órdenes del legislador y, por ende, mandatos estatales que se tienen que cumplir sólo por el hecho de ser creadas por el Estado bajo el cumplimiento de las formalidades que indica la ley. La teoría egológica plantea que la obligatoriedad de una norma jurídica no radica en ello, sino en la funcionalidad de la norma; es decir, en el grado de eficacia que tiene para cumplir su objetivo, que es el de relacionar a los hombres mediante actos intersubjetivos. Al respecto, el maestro argentino señala:

La obligatoriedad del derecho (para la teoría egológica) se traduce en el comportamiento institucional de los hombres, radica en que cada cual hace lo que hace para entenderse con los demás; es decir, porque obrando así cada uno entiende a los demás y es entendido por ellos. Este entenderse con los demás es parte del fenómeno de convivir con ellos, que es dato constitutivo de la existencia de cada cual y en tal sentido esta necesidad de entenderse está en las circunstancias de todo derecho fundado en la obligatoriedad de las leyes en la ineludible necesidad de entenderse que implica la convivencia.<sup>63</sup>

Después de todo este comentario a la teoría egológica de Cossio sostenemos que ya este autor en la década de los cuarenta del siglo pasado consideraba al derecho como acción intersubjetiva; el derecho como acto humano en interferencia intersubjetiva; el derecho es la conducta humana, decía Cossio. Años más tarde, los maestros procesalistas Briseño Sierra y Alvarado Velloso sostendrían esa misma teoría del derecho como acto (conducta), pero aplicado al derecho procesal: la acción es acto o conducta intersubjetiva entre el actor y el juez. De esta manera ya estamos dando forma a nuestra idea que pretendemos señalar en este artículo: la de señalar la similitud entre la teoría de la acción procesal—sostenida por Alvarado Velloso y Briseño Sierra— Por ahora ya demostramos que Carlos Cossio indicó que la base fundamental del derecho es el acto humano —la conducta intersubjetiva—. Cabe ahora demostrar que esa misma idea del derecho como acto se presenta en la teoría de la acción procesal que sostienen dichos maestros procesalistas latinoamericanos.

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, pp. 56 y 57.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 247.

## VIII. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN DE ADOLFO ALVARADO VELLOSO

El derecho aparece cuando las personas se relacionan con sus semejantes, porque el hombre es un *zoom politicon*,<sup>64</sup> un animal político por naturaleza, como lo expresaba Aristóteles:<sup>65</sup> “El único animal capaz de relacionarse políticamente con los demás es el hombre”. Producto de la satisfacción de sus necesidades para sobrevivir, se fueron formando clanes, tribus, hasta llegar a las ciudades modernas que hoy conocemos.

Debido a ese intercambio comercial y cultural no tardaron en aparecer los conflictos entre las personas; más aún, conociendo que las necesidades son ilimitadas y los bienes que las satisfacen son escasos, los conflictos fueron, son y serán el pan de cada día en todas las sociedades humanas. Es allí donde surge el derecho, como sentencia el viejo aforismo romano *ubis ocietas ibi ius, ubi ius, ibi societas*, que expresa “Allí donde hay sociedad hay derecho y donde hay derecho, hay sociedad”. El derecho aparece como un sistema regulador de conductas que busca que los hombres convivan en paz social y justicia. El maestro y amigo Adolfo Alvarado Velloso indica: “Al hombre en soledad no sólo no le interesa ni le preocupa la existencia o inexistencia del derecho sino que, más aun, ni siquiera puede concebirlo racionalmente”.<sup>66</sup>

Después de encontrar la razón de la aparición del derecho como producto cultural comencemos a desarrollar las principales ideas de Adolfo Alvarado Velloso.<sup>67</sup> Sobre el derecho y la acción procesal encontraremos similitudes con lo señalado por su compatriota Carlos Cossio.

---

<sup>64</sup> Política, en la época de Aristóteles, venía de la voz griega *polis*, que significa “ciudad”. Al decir *zoom politikon* se indica que el hombre posee la capacidad natural de relacionarse políticamente, o sea, crear sociedades y organizar la vida en ciudades

<sup>65</sup> Aristóteles, *La política*, libro I, Madrid, Alba, 1999, p. 33.

<sup>66</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal. Primera parte*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1997, p. 29.

<sup>67</sup> Adolfo Alvarado Velloso. Profesor de derecho procesal en diversas universidades de América. Dirige las carreras de posgrado de maestría en derecho procesal de la Universidad del Rosario y de especialización en derecho procesal en la Universidad Católica de Santiago de Estero y de la Universidad de Lomas de Zamora. Presidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal y del Instituto Argentino de Derecho Procesal Garantista. Director de la Academia Virtual de Derecho. Director de las publicaciones periódicas contenidas en los clásicos jurídicos (*Juris*) temas procesales conflictivos (*Juris*) ensayos procesales (*Fundeciju*) temas jurídicos (*Fundeciju*) y codirector de derecho procesal (Ediar). Alvarado Velloso, Adolfo, *El garantismo procesal*, Perú, Adrus, 2010.

### 1. *La materia del conocimiento jurídico: la interacción humana*

El derecho es una ciencia muy curiosa, porque dentro de él los significados únicos (de hecho, algunas palabras usadas en el lenguaje común) adquieren otra connotación en el lenguaje jurídico; por ejemplo, si un abogado, luego de analizar un caso, expresa “¡ese juez no es competente!”, una persona que no conoce de la ciencia jurídica podrá refutar: “Pero si esa persona tiene una cultura vasta. ¿Cómo no va ser competente?”. En este ejemplo se muestra la dificultad del derecho en cuanto a sus términos. “Competente” en derecho procesal se vincula al concepto jurídico de competencia, que vendría a definirse como la atribución jurídica otorgada a ciertos órganos del Estado de una cantidad de jurisdicción respecto de determinadas pretensiones procesales con preferencia a los demás órganos de su clase. Alvarado Velloso nos indica un claro ejemplo del vocabulario multívoco del derecho:

Si en una reunión de juristas —no ya de personas con relativa cultura— se pregunta el significado de la palabra “acción”, habrán de obtenerse las siguientes respuestas:

Acción es el legítimo derecho que respalda a la pretensión del actor (así se hablaba de acción de alimentos, acción de deslinde, de acción de divorcio, de acción de filiación, etcétera (respuesta de civilista).

Acción es el título de crédito representativo de cada una de las partes en que se divide el capital de ciertas sociedades (respuesta del comercialista).

Acción es el elemento físico o de ejecución material y externo del delito (respuesta del penalista).

Acción es el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe (respuesta del procesalista).

Para mayor complejidad del problema también se utiliza la palabra “acción” como sinónimo de derecho, de demanda, de facultad, y además usualmente se la califica de acuerdo con el derecho: acción cambiaria, acción civil, acción penal, etcétera.<sup>68</sup>

Este rasgo cambiante del derecho fue base para que se refutara su carácter de ciencia; incluso Julius Hermann von Kirchmann<sup>69</sup> en 1847 pronunció una conferencia donde negó enfáticamente que el derecho sea ciencia esencialmente por su impedimento de concretarse y materializarse en conceptos definitivos, puesto que su objeto mutante lo impedía. Adolfo Alvarado Velloso también señala esa dificultad que presenta la ciencia jurídica. Es por

<sup>68</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, *op. cit.*, p. 31.

<sup>69</sup> Discurso titulado “Die Werthiosigkeit der jurisprudenzenzaiswissencgaf”, 1847.

ello que en aras de construir su teoría de la acción procesal busca fijar bases inmutables que no sean cambiantes, y para ello empieza señalando cuál es la materia propia del conocimiento jurídico:

Para mí resulta claro que es *la interacción humana*. Es decir la acción que se ejerce recíprocamente entre dos agentes que, por ello, se convierten en los extremos de la relación respectiva. Así concebida, puede advertirse que la interacción es una figura reversible pues se *presenta tanto de un lado para otro, manteniendo su vigencia y significación por la referencia recíproca*.<sup>70</sup>

Observemos que esta frase del maestro procesalista coincide con la concepción del derecho que postulaba Carlos Cossio sobre su definición del derecho:

La verdad es que el conocimiento jurídico no es un conocimiento histórico, ni matemático, sino un conocimiento normativo. Pero éste no quiere decir, para la teoría egológica que el objeto del conocimiento jurídico sean normas, sino que mediante la conceptualización normativa se conoce el objeto de la ciencia jurídica, *que es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva*.<sup>71</sup>

Tanto para Alvarado Velloso como para Carlos Cossio, el objeto del conocimiento jurídico es la conducta = interacción humana. Queda concluida así la primera tarea de este artículo, que fue demostrar la similitud entre los postulados de ambos juristas. Comencemos ahora a analizar la teoría de la acción como acto de interacción humana de nuestro amigo y maestro Alvarado Velloso.

## 2. Tipos de interacciones

Aceptada la tesis de que el hombre interacciona con sus semejantes y de que el derecho tiene por objeto esas interacciones, pasemos a analizar las diversas posibilidades de interacción que se pueden presentar:

- El estatus de la persona frente a la sociedad.
- La relación de un hombre con una mujer.
- La tercera posible interacción es consecuencia natural de la existencia del grupo.
- La cuarta interacción que es posible es la del hombre pactando con otro hombre.

<sup>70</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, *op. cit.*, p. 32.

<sup>71</sup> Cossio, Carlos, *op. cit.*, p. 213.

Cada interacción que señala el maestro argentino tiene sus características particulares:

*A. Estatus de la persona frente a la sociedad*

Es la interacción básica, el hombre frente a su sociedad origina las demás interacciones:

La de un hombre con la sociedad en la cual convive, donde requiere ser individualizado, identificado, capacitado, etcétera. Y es que el estado de una persona es el conjunto de cualidades que la ley tiene en cuenta para atribuirle efectos jurídicos.<sup>72</sup>

Esta interacción origina las reglas vinculadas al derecho al nombre, al derecho a la nacionalidad, al domicilio, a la capacidad civil, etcétera.

*B. Relación hombre con una mujer*

Esta interacción nace de la naturaleza humana, la necesidad psicológica y fisiológica de la unión de un hombre y una mujer. Es imposible negar que esta interacción sea fundamental para la continuidad de la raza humana:

La segunda interacción posible es la que se da entre un hombre y una mujer para y por el efecto de procrear. Esta interacción tiene como consecuencia lógica la familia, por lo que las normas que la regulan bien pueden constituir lo que podría llamarse estatuto familiar, en el cual ingresan todas las reglas referidas al matrimonio, filiación, alimentos, sucesiones, etcétera.

*C. La tercera posible interacción es consecuencia natural de la existencia del grupo*

Esta interacción nace de la necesidad de organizarse. El hombre para regular su convivencia y sobrevivir necesita un orden y un ente que sea quien regule y planifique las decisiones del grupo para poder desarrollarse. He allí el origen del Estado:

Que un hombre esté dispuesto, cuando otros también lo estén tanto como él, a renunciar a su derecho a toda cosa en pro de la paz y defensa propia que

---

<sup>72</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, *op. cit.*, p. 32.

considere necesaria, y se contente con tanta libertad contra otros hombres como consentiría a otros contra él mismo.<sup>73</sup>

Para que una sociedad se desarrolle se necesita de una clase dirigente y unas buenas normas. Esta es una interacción humana importante, porque permite el crecimiento social y económico de un país. Al referirse a esta interacción Velloso indica:

Alguien debe dirigirlo y el resto debe ser dirigido. También aquí se presenta una interacción de carácter vertical entre gobernantes y gobernados, por lo que las normas que la regulan bien podrían conocerse como estatuto gubernativo o del poder, en el cual ingresan todas las reglas del derecho constitucional, el administrativo, el registral, el penal, el real, etcétera.<sup>74</sup>

#### D. *El hombre pactando con otro hombre*

Esta interacción permite la función social y económica que permite el derecho. Las personas, con el fin de satisfacer sus necesidades de diversa índole, tienen necesariamente que pactar, por ejemplo, para adquirir lo necesario que les permita desayunar, adquirir unos libros y puedan estudiar. A todo ello Alvarado Velloso lo señala como

La cuarta interacción que es posible, es la del hombre pactando con otro hombre, que podría llamarse estatuto de los pactos o convencional y en el cual ingresan todas las reglas referidas a las obligaciones y sus diversas fuentes contractuales.

Cada una de estas hipótesis configura un fenómeno distinto de los demás y por ello recibe una designación diferente y precisa: compraventa cuando la relación se presenta como cosa a cambio de dinero, permuta cuando es cosa a cambio de cosa, donación cuando es a cambio de nada; comodato cuando es cosa para usar y devolver; depósito cuando es cosa para guardar y devolver en las mismas condiciones, etcétera.<sup>75</sup>

En estos tipos de interacciones el maestro argentino sostiene que son reguladas por normas estáticas, mientras que las normas dinámicas son reguladoras de una quinta y nueva forma de interacción llamada “instancia”.

---

<sup>73</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 24.

<sup>74</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, *op. cit.*, p. 33.

<sup>75</sup> *Ibidem*, pp. 33 y 34.

### 3. *La instancia y su clasificación*

El derecho a la instancia es una forma más de interacción. Esta facultad se encuentra regulada por normas dinámicas.<sup>76</sup> Según la Real Academia de la Lengua Española, “instar” viene del latín *instare*, que significa “urgir la pronta ejecución de algo”. En su sentido jurídico es un impulso a otro, para que a su vez impulse. De este modo, con el derecho de instancia se producen una serie de actos en cadena que son previstos en la norma. Adolfo Alvarado Velloso la define así:

Jurídicamente, el instar constituye un impulsar a otro para que a su vez impulse, formando en definitiva la cadena de actos que está prevista con anticipación en la norma.

Así es que se define a la instancia como el derecho que tiene toda persona (gente o ente) de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido no se puede precisar de antemano.

### 4. *Posibles tipos de instancias*

El derecho de instancia tiene diferentes vertientes, cada una con diferentes características y contenidos. La doctrina procesal las conoce como:

- A. Petición
- B. Denuncia
- C. Reacertamiento
- D. Queja
- E. Acción procesal

#### A. *Petición*

En un acto mediante el cual la persona ejerce su derecho de petición y se dirige a un organismo público para que éste le conceda un derecho. Alvarado Velloso lo define así:

Es la instancia dirigida a la autoridad tendente a que ésta resuelva por sí misma acerca de una pretensión de quien la presenta. Por ejemplo, Juan desea instalar en la vía pública un puesto de venta cierta mercadería, para lo cual

---

<sup>76</sup> Normas dinámicas son aquellas que producen un movimiento o actividad. Las normas procesales son dinámicas en razón de que su estructura no es disyuntiva, sino continuada consecencialmente.



es imprescindible contar con previa autorización del respectivo organismo municipal. A tal fin, insta ante el funcionario del ramo pretendiendo que se le otorgue el correspondiente permiso.<sup>77</sup>

En este acto humano el que pide puede estar seguro de que activará una serie de procedimientos en el organismo público; de lo que no puede estar seguro es del contenido de la decisión que emitirá el funcionario. La autoridad puede admitir o no el pedido. Es clásico el ejemplo de aquella persona que para instalar una tienda en su casa solicita al órgano público la licencia; se insta y se pone en movimiento todo el andamiaje administrativo, pero de lo que no se puede estar seguro es de que si se le concederá o no la licencia. Ante este acto humano es el organismo público quien evaluará si es pertinente o no acceder; para ello sigue un procedimiento formal, como lo indica el maestro argentino Alvarado Velloso:

Para cumplir tal tarea resolutive, la autoridad debe producir una comprobación, es decir la operación mental por la cual determina la existencia de los hechos tipificados en la norma y la asignación a ellos de las consecuencias jurídicas previas para el caso; en idioma italiano se utiliza el vocablo *accertamento* con dicho significado técnico. De allí que toda autoridad —administrativa o judicial— *accerta* cuando motiva y funde su resolución.

Por supuesto, para que la comprobación sea posible, dado el contenido pretensional de la petición, han de surgir de la misma formalidad de la presentación circunstancias claves, quién insta, ante quién se insta, por qué se insta, y para qué se insta.<sup>78</sup>

### B. *El reacertamiento*

Puede suceder que en determinadas situaciones la petición no sea aceptada. Ante ello, aparece otra manifestación de la instancia, llamada reacertamiento. Éste es definido como un acto por el cual se solicita ante el organismo superior una revisión de la decisión que emitió el organismo inferior. El que insta puede aducir que hubo un error solicitando al organismo superior la revocación del acto cumplido. En el pensamiento de Alvarado Velloso se señala esta idea como

...el reacertamiento es la instancia dirigida al superior de la autoridad que, a juicio del peticionante, no efectuó una comprobación correcta —*accerta-*

<sup>77</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, *op. cit.*, p. 38.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 39.

*mento*— al dictar resolución acerca de su petición para que emita una nueva decisión respecto al tema en cuestión.

De tal modo, el reacertamiento también tiene un contenido pretensional: la revocación del acto cumplido y quien insta reputa erróneo. La instancia de reacertamiento se conoce habitualmente como el nombre de recurso administrativo y de recurso jerárquico...<sup>79</sup>

El reacertamiento produce la revisión de que si el organismo público “comprobó” (*accertamento*) correctamente, pero hay situaciones en las cuales el funcionario no actúa conforme al procedimiento establecido en la ley que regula el caso; esto origina la tercera forma de instancia, llamada la queja.

### C. *La queja*

La instancia tiene como destinataria la autoridad superior; el particular busca el control de la inactividad que le causa un perjuicio, y logrado ello que se le imponga una sanción al inferior. La diferencia principal entre el reacertamiento y la queja se da en el contenido del reclamo; en el reacertamiento se señala una mala comprobación de la petición; es decir, si hubo actividad; en la queja se reclama la nueva revisión, por una inactividad del organismo público.

### D. *La denuncia*

Es una actividad mediante la cual una persona insta a un organismo público para que tome conocimiento de un hecho social con relevancia. Aquí no existe una pretensión, sino que el particular busca alertar, poner en aviso, comunicar algo de interés (puede tener relevancia jurídica) para los órganos públicos. Alvarado Velloso indica sobre estos cuatro tipos de instancia una característica general que nos permite identificar su esencia:

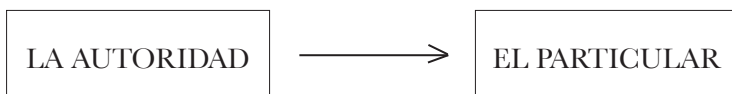
Las cuatro formas diferentes de instar ofrecen la particularidad de presentarse invariablemente entre dos personas. El particular que insta y la autoridad que recibe el instar. (Adviértase que aunque figuren varios funcionarios en las instancias de reacertamiento y de queja, la persona instada es jurídicamente la misma, la autoridad, aunque actuando por medio de distintos órganos).<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> *Idem.*

<sup>80</sup> *Idem.*

Se observa que en estas instancias existen dos sujetos: el particular que insta y la autoridad.

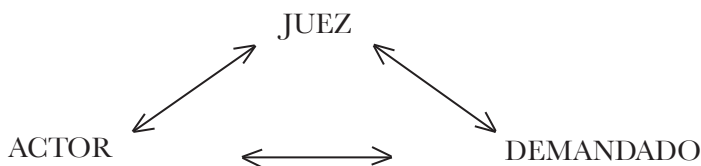


### E. *La acción procesal*

La principal diferencia entre este tipo de instancia y las explicadas anteriormente se da en la cantidad de sujetos que participan en los actos, mientras que en la queja, la denuncia, la petición y el reacertamiento, en cuanto relación intersubjetiva,<sup>81</sup> se presentan dos sujetos (aun cuando el organismo público actúe mediante diferentes instituciones); en la acción procesal en cambio los sujetos de la relación intersubjetiva son el particular y otros dos sujetos:

La acción procesal es la instancia por la cual toda persona puede ocurrir ante la autoridad para presentar una pretensión que no puede ser satisfecha directamente por ésta, sino por una tercera persona que por tanto deberá integrar necesariamente la relación dinámica que se origine con tal motivo. Resulta así que la relación procesal ostenta la singular particularidad de provenir de un sujeto (actor, y provocar la conducta de otros dos (juez y demandado) en tiempos normativamente sucesivos.<sup>82</sup>

Grafiquemos estos actos intersubjetivos que se manifiestan en la acción procesal y los sujetos que los elaboran. Esta relación se presenta entre sujetos.



<sup>81</sup> En su teoría egológica del derecho Carlos Cossio también planteaba que el derecho era una conducta humana en interferencia subjetiva; Alvarado Velloso adopta esta idea sobre el derecho de instancia y su teoría de la acción procesal. Queda ahora demostrado el objeto de este trabajo: sostener que el maestro y amigo Adolfo Alvarado Velloso es el Cossio del derecho procesal.

<sup>82</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, *op. cit.*, p. 40.

El cuadro anterior se explica mejor con el siguiente ejemplo: Primus celebra un contrato de mutuo con Secundus. Al término del plazo, el acreedor intima el pago, y el deudor no cumple su obligación. Ante ello, Primus, como no puede ejercer la autotutela, acude a los tribunales a instar que el órgano público le obligue a Secundus a que pague su deuda. Antes de ello, Primus tiene que probar que la deuda existe. Este ejemplo es muy común en la sociedad, donde constantemente se aprecia a deudores que desde que contraen su obligación se encuentran ideando la manera de no cumplirla; ante ello, el maestro Alvarado indica —al igual que Cossio en su época— que el derecho de acción está conformado por los actos (conducta en interferencia intersubjetiva) entre tres sujetos: el actor, el juez y el demandado. Son claras las palabras del maestro al respecto:

Recibida la instancia por el juez, como no depende exclusivamente de él mismo la solución del litigio sino de la prestación que habrá de cumplir otra persona, habrá de iniciar un procedimiento que no será ya sólo entre dos personas, sino entre tres, pues debe involucrarse necesariamente en él a aquella persona respecto de la cual se insta.

Es en esta cita donde podemos diferenciar a la acción de las demás instancias (petición, denuncia, reaceramiento, queja), porque en éstas la relación intersubjetiva se produce entre dos sujetos; en cambio, en la relación intersubjetiva que origina la acción se debe enlazar a un tercero; es decir, los actos se realizan entre dos partes, y en medio de ellas regulándolas el juez. Solo así podemos hablar de relación jurídico-procesal; sólo esta relación que cumple lo que hemos mencionadas es *proceso*. Este concepto se debe tener bien claro, y es sencillo de entender hasta para el más despistado de los mortales; un proceso judicial implica siempre una relación entre tres sujetos: actor, juez y demandado. Esta característica es la que diferencia a la acción de otras definiciones propuestas por algunos juristas.

## IX. LA ACCIÓN PROCESAL

### 1. Generalidades

Uno de los derechos consagrados en nuestra Constitución Política de 1993 y que incide en el derecho procesal civil, es el derecho a la tutela jurisdiccional, es decir, aquella facultad que tiene todo sujeto de derechos de acudir al Estado y exigirle que cumpla con el deber de imponer su jurisdicción. Este derecho se manifiesta “antes de un proceso” cuando la persona exige

al Estado que éste se encuentre preparado con una serie de sistemas que le permitan llevar a cabo un proceso para la solución de sus conflictos, o sea, “que el Estado se comporte como lo haría una empresa de seguros ante sus asegurados”.<sup>83</sup> La tutela jurisdiccional se presenta igualmente dentro de un proceso y se manifiesta a través del debido proceso<sup>84</sup> y sus respectivas garantías, como el de ser juzgado con imparcialidad, en iguales condiciones y con una aplicación correcta del derecho. Este derecho se concretiza a través del derecho de acción.

El derecho de acción es aquella institución jurídica procesal que dio inicio a la autonomía del derecho procesal como conocimiento científico. Recordemos que antes de los estudios científicos procesales sólo se consideraba al derecho procesal como el derecho material en pie de guerra. La evolución del estudio del derecho de acción ha sido el camino de la etapa precientífica a la científica del derecho procesal. Es por ello que diferentes juristas han tratado de encontrar la naturaleza y definir la esencia de este importante derecho subjetivo.

## 2. *El derecho de acción*

Definir al derecho de acción es muy complicado debido a su naturaleza, ya que no es sólo de carácter procesal, sino que su esencia trasciende hasta el derecho constitucional, incluso forma parte de uno de los derechos básicos del ser humano. En una definición muy simple se podría señalar que la acción es el derecho a la jurisdicción, es decir, es una facultad que nos brinda la ley para que todo sujeto pueda acudir a los juzgados a fin de reclamar que se satisfaga nuestra pretensión. Al decir del jurista Eduardo Couture, se podría definir el derecho de acción como

un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión. El hecho de que esta pretensión sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar, puede promover sus acciones en justicia aun en aquellos que erróneamente se consideran asistidos de razón.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> Monroy Gálvez, Juan, *Teoría general del proceso*, Lima, Communitas, 2009, p. 456.

<sup>84</sup> Según Ticona Postigo, el debido proceso es el derecho de toda persona de exigir al Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente. Ticona Postigo, Víctor, *Análisis y comentarios al Código Procesal Civil*, Lima, Grijley, 1995, t. I, p. 8.

<sup>85</sup> Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 60 y 61.

Mediante la acción hacemos valer nuestra pretensión procesal. Lo que a simple vista parece sencillo no fue así, pues hubo grandes debates por tratar de descubrir la naturaleza de este derecho.

Debido a las diferentes acepciones que se tienen del derecho de acción,<sup>86</sup> surgieron diferentes doctrinas que buscaron definir las con el objetivo de encontrar su esencia y ratificar su autonomía. Los romanos concebían a la acción como un conjunto de ritos de obligatorio cumplimiento para empezar o impulsar un proceso. En las *Institutas* de Gayo se muestra un claro ejemplo del formalismo romano:

Unde eum qui de vitibus succicis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succicis actio competeret, generaliter de arboribus succicis loqueteret. “Por lo que se hubiere respondido que quien hubiere accionado acerca de vides cortadas en forma que la acción hubiese dicho precisamente vides y no árboles habría perdido la causa, porque la Ley de las Doce Tablas que es donde le competería la acción por las vides cortadas, hablaba en general de árboles”.<sup>87</sup>

En el derecho romano a cada derecho sustantivo le correspondía una acción y una fórmula; es decir, la acción era sólo un añadido del derecho sustantivo. Años después, en el imperio de Justiniano, también la acción tenía el rango de dependencia. Así lo manifiesta el *Digesto* de Celso: “el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe”.

La polémica entre Bernard Windscheid y Teodor Muther en 1856 abrió una nueva etapa en el derecho procesal, pues por primera vez se analizó la posibilidad de darle autonomía al derecho adjetivo encontrando una institución jurídica autónoma de lo material; ésta era la “acción”. Windscheid sostenía la tesis romanista de la acción, mientras que Muther postulaba que la acción era autónoma del derecho subjetivo material y que este derecho estaba dirigido al Estado, a efectos de que éste le concediera tutela jurídica a través de una sentencia a su favor. Muther enfatizaba que sólo tiene acción quien tiene razón en el proceso; es decir, la acción era un derecho concreto.

---

<sup>86</sup> Se considera en el ámbito procesal a la acción como una palabra plurisignificativa. Se usa la palabra “acción” como sinónimo de pretensión. Esto se observa cuando en algunas resoluciones se usa el término “acción fundada, acción infundada, acción real, acción penal”. La acción algunas veces se le confunde como sinónimo de derecho cuando se indica “el autor carece de acción”. Nosotros consideramos errados estos usos del término “acción”, pues éste es un derecho autónomo.

<sup>87</sup> Gayo, *Institutas*, IV, NRO, 11.

En la etapa moderna del derecho procesal, la mayoría de juristas definen al derecho de acción como un derecho de naturaleza constitucional que tiene el ser humano de acudir al Estado para exigir tutela jurídica efectiva. Este derecho tiene diferentes características, como el de ser un derecho autónomo, ya que su estudio implica el conocimiento de teorías sobre su naturaleza procesal, es público porque el sujeto pasivo sobre el cual se ejerce es el Estado, subjetivo, pues es inherente a todo sujeto de derechos, y de carácter abstracto porque no requiere tener de su lado un derecho material; solo es un derecho a iniciar un proceso, si al final de éste se tiene o no tiene la razón, eso es independiente al derecho de acción.

### 3. *La teoría de la acción de Adolfo Alvarado Velloso*

Según este jurista, debemos situar a la acción dentro de uno de los tipos de instancias;<sup>88</sup> no obstante, la acción es un tipo de instancia distinta a las demás, debido a que forma una relación jurídica compuesta por tres sujetos: actor, demandado y órgano jurisdiccional.

En conclusión, este tipo de instancia llamada “acción” es necesariamente trilateral.<sup>89</sup>

La definición de la acción procesal de Alvarado Velloso no parte desde una perspectiva jurídica, sino desde la realidad, es decir, busca extraer su definición del fenómeno social mismo, que es lo que realmente sucede, por qué causas se produce la acción procesal. O sea, definirá la acción desde el punto de vista de la conducta o actividad del sujeto de derecho, sólo así se podrá diferenciar el concepto de acción de otros conceptos procesales, porque —según este autor— definir a la acción según sus características: autónoma, abstracta, subjetiva y pública, al decir que la acción es de carácter público porque interviene el Estado no la diferencia de otros derechos, ya que existen otros litigios que pueden autocomponerse o solucionarse por la vía del arbitraje, y allí no interviene el Estado pese a existir la necesidad del derecho de acción. Tal como lo señala el maestro argentino: es cierto que con la acción se requiere la intervención del Estado; pero ello no es remotamente necesario, ya se ha visto que litigios pueden autocomponerse y aún más, heterocomponerse por la vía del arbitraje privado.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> Adolfo Alvarado Velloso indica que las instancias en el proceso son: petición, reacertamiento, queja, denuncia y acción. Todas ellas se caracterizan por tener como sujeto pasivo a la autoridad estatal, aunque actuando desde diversos órganos.

<sup>89</sup> Véase *supra* nota 82.

<sup>90</sup> *Idem*.

Tampoco al decir que la acción es un derecho subjetivo no se diferencia de otros derechos, pues existen otros derechos subjetivos. Al respecto, Alvarado Velloso señala: “Es cierto que la acción es un derecho subjetivo (pero no el único) de carácter público (pero no el único y de naturaleza autónoma de otro derecho (pero no el único): el derecho de votar por ejemplo es subjetivo, público y autónomo y nada tiene que ver con la acción procesal”. En palabras de Alvarado Velloso, definir a la acción según estas características ya explicadas es sólo tomarle una fotografía a lo lejos y en forma genérica, mas no es llegar a la esencia del concepto de acción. Para lograr captar la esencia del derecho de acción es necesario definirlo desde la realidad concreta. ¿Cómo se presenta la acción en casos de conflicto? Sólo se puede lograr captar la esencia de la acción al encontrar sus elementos, como la causa y el objeto, además de los sujetos que la instan. Por ello, según el jurista argentino una definición correcta de la acción es donde aparezcan los sujetos de la acción, el objeto y la causa que genere la acción.

#### 4. *Los elementos de la acción según Adolfo Alvarado Velloso*

La doctrina planteada por Adolfo Alvarado Velloso<sup>91</sup> indica que toda definición de acción procesal engloba los siguientes elementos: los sujetos procesales, la causa y el objeto. Al respecto, el maestro argentino señala:

---

<sup>91</sup> Adolfo Alvarado Velloso es un jusfilósofo argentino partidario del garantismo procesal. En su libro *El garantismo procesal*, el maestro plantea su concepción sobre el proceso en su ensayo “Garantismo procesal”, sostiene: “La razón de ser del proceso es la erradicación de toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad dada para mantener un estado perpetuo de paz y de respeto a las normas de convivencia que todos debe acatar... Podría decirse que el debido proceso: supone el derecho a la jurisdicción que es imprescriptible, irrenunciable y no afectable por las causas extintivas de las obligaciones ni por las sentencias. Implica el libre acceso al tribunal, la determinación previa del lugar del juicio y el derecho del reo de explicarse en su propia lengua; comprende el derecho de que el proceso se efectúe con un procedimiento eficaz y sin dilaciones, adecuado a la naturaleza del justiciable y público, con asistencia letrada eficiente desde el momento mismo de la imputación o detención.

Específicamente en cuanto a la prueba se refiere: el derecho a probar con la utilización de todos los medios probatorios pertinentes y procedentes.

En cuanto atañe a la sentencia, comprende el derecho de que sea dictada por un juez objetivo, imparcial e independiente que emita su pronunciamiento en forma completa: referida a todos los hechos esenciales con eficacia decisiva y al derecho aplicable. Legítima: basada en pruebas válidas y sin omisión de las esenciales; lógica adecuada a las reglas del pensamiento lógico y la experiencia común. Motivada: debe ser una derivación razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida y en función de los hechos probados en el proceso y congruente.

Debe versar exclusivamente acerca de lo pretendido y resistido por las partes...



- Los sujetos (quién y ante quién) son toda persona jurídicamente capaz que desee instar y la autoridad que la recibe.
- La causa (por qué) del ejercicio de la acción es el mantenimiento de la paz social mediante la erradicación de la fuerza ilegítima de la sociedad.
- El objeto (para qué) del ejercicio de la acción es lograr la apertura y desarrollo de un proceso que, eventualmente, derivará hacia su propio objeto: la sentencia

Se puede afirmar que este jurista quiere definir el derecho de acción desde el punto de vista de la realidad concreta, dejando de lado toda definición teórica previa sobre la acción.<sup>92</sup> Para definir la acción, según Alvarado Velloso, tenemos que observar qué es lo que ocurre en la realidad; es decir, “poner atención a la actividad material que se realiza en el terreno de la realidad social”.<sup>93</sup> Bajo esa premisa, la acción se manifestaría concretamente

Y es que el proceso judicial es la gran y máxima garantía que otorga la Constitución para la defensa de los derechos individuales y desconocidos por cualquier persona y muy en particular por la autoridad, con el cual el individuo puede igualarse sólo jurídicamente en el proceso, ya que allí hay un tercero que le otorga un trato igualitario desde su propia imparcialidad. De ahí el nombre garantista o libertaria.

El maestro Adolfo Alvarado Velloso parte de la idea de que la causa que origina un proceso es el conflicto intersubjetivo de intereses, ya que la aparición de éstos es un obstáculo para el normal devenir de una sociedad. Plantea que la razón de ser del proceso es el erradicar toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad a fin de mantener la paz social. De esta manera, el proceso se origina como un instrumento para evitar que los particulares se hagan justicia por su propia mano. Sostiene que este instrumento que solucione los conflictos de intereses intersubjetivos se sustente en un debido proceso que presente:

- El respeto al derecho de jurisdicción
- El libre acceso al tribunal
- La posibilidad plena de audiencia
- La asistencia letrada
- El derecho de probar
- Una sentencia dictada por un juez objetivo, imparcial e independiente. Entre otros.

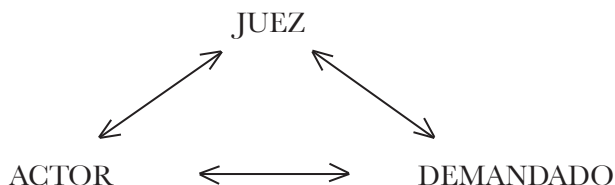
Su teoría del garantismo procesal propone una mayor participación del juez —pese a que diversos sectores del periodismo muestran una señal negativa de ellos—, ya que de ellos depende la verdadera impartición de justicia. La actividad del juez debe realizarse respetando las garantías que ofrece el debido proceso. Sólo en el proceso los sujetos que intervienen son iguales, y esta igualdad la otorga un tercero que es el juez. El garantismo procesal propone un rol activo del juez, pero que en su accionar se otorguen las debidas garantías al justiciable, respetando todos sus derechos consagrados en la Constitución

Alvarado Velloso, Adolfo, *El garantismo procesal*, Lima, ADRUS, 2010, pp. 23, 68, 69 y 77.

<sup>92</sup> Véase *supra* nota 82.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 76.

como un acto entre tres sujetos: las partes y el juez, según lo esquematizamos en el apartado anterior, en el punto E. “La acción procesal”.



Para el maestro Adolfo Alvarado Velloso, la acción sería el acto material que se realiza entre estos tres sujetos. Es por ello que sostenemos que su tesis tiene semejanza con lo que años atrás postuló sobre el derecho el maestro Carlos Cossio en su teoría egológica: “el derecho es conducta en interferencia intersubjetiva”, la acción como una institución del derecho concretiza esta idea, pues vemos claramente cómo la conducta del actor, al ejercer su derecho de acción influye en la esfera jurídica del juez, instándole a que realice actividades procesales; también influye en los actos del demandado, pues ante la interposición de la demanda el demandado tiene que realizar actos procesales

Y éstos son provocados por los actos (conducta según Cossio) del otro sujeto. Queda establecida y explicada de este modo nuestra tesis de encontrar semejanzas entre lo que propuso el autor de la teoría egológica y el maestro procesalista.

##### 5. *Presupuestos de la acción procesal*

La doctrina procesal ha definido a los presupuestos de la acción como “condiciones que permiten obtener la providencia favorable, requeridos para la validez del proceso y por tanto para obtener una sentencia cualquiera que sea”.<sup>94</sup> En sede nacional, la jurisprudencia se ha pronunciado respecto a los presupuestos de la acción como “que en todo proceso para que la relación jurídica procesal sea válida es necesario que cumpla los siguientes requisitos o presupuestos procesales y las condiciones de la acción”. Así, será necesario que en la etapa de calificación de la demanda se verifique la existencia de la capacidad procesal, la competencia y los requisitos de la

<sup>94</sup> Satta, Salvatore, *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, EJEJA, t. I, p. 128.

demanda, componentes de los presupuestos procesales, así como la legitimidad procesal activa y el interés para obrar, componentes de las condiciones de la acción, a efectos de un iter procedimental válido que lleve a una sentencia de mérito.<sup>95</sup>

El maestro Adolfo Alvarado Velloso define al término “presupuesto” como “el conjunto de condiciones y requisitos que deben cumplirse insoslayablemente para obtener la iniciación y el posterior desarrollo del proceso, así como la emisión de la sentencia que constituye su objeto”.<sup>96</sup> No obstante, el maestro argentino considera que los presupuestos se tienen que cumplir no sólo en la etapa postulatoria, sino que cada etapa del proceso tiene sus presupuestos, y éstos se tienen que cumplir ineludiblemente en aras de llevar adelante satisfactoriamente un proceso. Según la doctrina de Alvarado Velloso, el proceso tiene las siguientes etapas: afirmación, negación, confirmación, alegación y sentencia; todas estas etapas procesales tienen presupuestos que se deben cumplir si es que el interesado quiere lograr la solución de su conflicto de una forma favorable, porque muchas veces sucede en la praxis que quien tiene la razón no gana el proceso, debido a que no cumplió satisfactoriamente uno de los requisitos que le impone el sistema procesal.

Pero la experiencia jurídica demuestra hasta el hartazgo que muchísimos pleitos se gana o se pierden por motivos puramente procedimentales, desvinculados por completo de la razón o sin razón que tenga en cuanto al conflicto mismo... de nada vale que el actor —por ejemplo— tenga toda la razón de la realidad, si afirma mal su litigio o si no confirma oportunamente su afirmación, o si consiente un pronunciamiento adverso por no impugnarlo en el plazo correspondiente.<sup>97</sup>

Es por ello que sin los presupuestos el proceso no existe como tal, sino como un simple procedimiento.

Los presupuestos de la acción procesal son:<sup>98</sup>

<i>Presupuesto procesal</i>	<i>Definición</i>
Existencia de posibilidad de accionar	Cuando el Estado permita que el interesado accione en orden a la pretensión que intenta demandar.

<sup>95</sup> STC. NRO. 8108-2005-PA/TC. F.J.3.

<sup>96</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, *op. cit.*, p. 85.

<sup>97</sup> *Idem.*

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 88.

<i>Presupuesto procesal</i>	<i>Definición</i>
Ausencia de caducidad del derecho de acción	Que la presentación de la instancia ante la autoridad no esté sujeta por ley a un plazo de caducidad ya cumplido.
Capacidad jurídica del actor	Quien insta sea jurídicamente capaz para hacerlo.
Adecuada investidura de la autoridad	Que la autoridad que recibe la instancia ostente la investidura necesariamente para poder originar un proceso.

Para el ejercicio del derecho de acción se requiere que el actor cumpla con estos presupuestos: que al momento de ejercerlo, éste afirme una pretensión apta para ser procesada ante un tercero, que la acción tenga validez y vigencia; es decir, que este derecho se encuentre habilitado por el tiempo para instar un proceso; además, se requiere que el actor sea un sujeto de derecho que quiera constituirse como parte en el proceso sea capaz jurídicamente, y el último presupuesto se encuentra vinculado al destinatario de la acción, que éste se encuentre legitimado con la investidura correspondiente; o sea, que se encuentre apto para asumir el conocimiento de la pretensión debido al cargo que ocupa por encargo del Estado.

## X. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN PROCESAL SEGÚN HUMBERTO BRISEÑO SIERRA

### 1. *El derecho dinámico*

La acción en el derecho es una institución jurídica procesal muy controvertida. El maestro Humberto Briseño Sierra<sup>99</sup> parte su análisis de la acción

<sup>99</sup> Humberto Briseño Sierra (1914-2003) jurista mexicano, maestro del derecho hispanoamericano, fue uno de los grandes impulsores del derecho procesal americano. En las aulas de la Universidad Nacional Autónoma de México inaugura la primera generación los estudios de doctorado en derecho. Recibió a nivel internacional numerosas condecoraciones como la de la Universidad del Rosario en Santa Fe, Argentina, en 1978.

Una de las pasiones del maestro Humberto Briseño Sierra fue la labor académica debido a sus numerosas publicaciones en revistas, como: *Jurídica*; *Revista Fiscal Financiera*; *Revista Mexicana de la Construcción*; *La Justicia*; *de Revista Jurídica Veracruzana*; *Foro de México*; *El Foro. Órgano de la Barra Mexicana*; *Colegio de Abogados*; *Anales de Jurisprudencia*; *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*; *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*; *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*; *Revista*

desde un punto de vista objetivo, centrandó su atención en el dinamismo del derecho, plantea que la acción procesal se encuentra compuesta por normas dinámicas. Según Briseño Sierra una norma dinámica es<sup>100</sup>

aquella que a partir de una conducta dada, encadena una secuencia de conductas... Queda indicado que para elaborar una norma dinámica, es menester ligar relaciones consecuenciales. Esto sólo puede acontecer si el esquema general de la normatividad se compone de varias relaciones que son una consecuencia de la presencia de unas y otras.

Es decir, que el dinamismo de una norma se presenta debido a que el cumplimiento de esta genera una serie de actos (conductas) en cadena, en la cual unas son consecuencia de las otras. Las normas dinámicas producen una estructura secuencial. Es en el derecho procesal donde se presenta la

*Procesal Iberoamericana; Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa; Revista de Comercio; Jurídica. Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana; Revista Procesal.*

Entre sus principales libros destacan el tema del derecho procesal, donde analiza a los medios heterocompositivos de solución de conflictos. Los libros más destacados del maestro mexicano son: *Estudios de derecho procesal*, México, UNAM 1957; *El arbitraje en el derecho privado. Situación internacional*, México, Imprenta Universitaria, Instituto de Derecho Comparado, 1963; *Derecho procesal fiscal. El régimen federal mexicano*, México, Antigua Librería Robredo, 1964; *Teoría y técnica del amparo*, Puebla, José M. Cajica, 1967, 2 tomos; *El artículo 16 de la Constitución mexicana*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1967; *El proceso administrativo en Iberoamérica*, México, Imprenta Universitaria, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1968; *Tratado de derecho procesal mexicano*, México, Cárdenas Editor, 1969, 4 tomos; *Derecho procesal*, México, Cárdenas, 1970; *El amparo mexicano*, México, Cárdenas, 1971; *El impuesto al ingreso global de las personas físicas*, México, Cárdenas, 1974; *Los conflictos colectivos en el derecho mexicano*, México, Imprenta Universitaria Autónoma del Estado de México, 1974; *El enjuiciamiento penal mexicano*, México, Trillas, 1976; *Estudios de derecho procesal*, México, Cárdenas, 1980; *Compilación de derecho procesal*, México, Cárdenas, 1982; *Compendio de derecho procesal*, México, Humanitas, 1989; *Tratado de derecho procesal*, Buenos Aires, Rubinzal, 1989, 2 tomos; *El control constitucional de amparo*, México, Trillas, 1990; *Estudios sobre arbitraje*, México, Cárdenas, 1995; *Excepciones procesales*, México, Cárdenas, 2001; *El derecho procedimental*, México, Cárdenas Editores, 2002, y *Estudios de derecho constitucional*, México, 2003 inédita.

Briseño Sierra aportó grandes pensamientos doctrinarios para la teoría del derecho procesal; impulsó una novedosa concepción sobre el derecho de acción como un acto de proyección de la instancia procesal. A través de sus ensayos indica que la acción es un derecho que se debe analizar desde una perspectiva de la realidad; es decir, para dar una definición de acción se busca observar qué características presenta en su ejercicio por los sujetos de derecho. De esta manera, enmarca a la “acción” como un tipo de instancia con características particulares como el de ser la única que engloba una reilación trilateral entre el actor, el juez y el demandado.

<sup>100</sup> Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, 2a. ed., México, Harla, 1995, t. I, pp. 455 y 456.

mayor parte de las normas dinámicas; por ejemplo, en las normas vinculadas al derecho a la instancia y sus respectivas variantes.

## 2. *Clasificación de las instancias*

La eficacia de las normas dinámicas genera en los sujetos pasivos de éstas una serie de conductas. Esta serie de conductas derivadas unas como consecuencias de otras es lo que la doctrina conoce como procedimiento: “en el procedimiento cada conducta está enlazada a la anterior y a la posterior. No cabría hablar de procedimiento si los sujetos se comportan desordenadamente permitiendo que sus actos se manifiesten en conexiones indeterminadas y en cualquier momento”.<sup>101</sup> Entre estas conductas o efectos de las normas dinámicas tenemos a las instancias, y éstas se encuentran vinculadas al procedimiento. La instancia es un derecho que tiene todo sujeto de acudir a los órganos pertinentes. Al respecto, el maestro Briseño Sierra define así a la instancia:

es jurídicamente un acto que condiciona la realización dinámica para alcanzar una prestación resolutoria, de cuyo contenido no es necesariamente su causa. Es un derecho individual porque se trata de un título jurídico que porta el sujeto. (...) en el ejercicio de la instancia depende de la voluntad del particular, con independencia de que sus consecuencias sean determinadas por las normas.”<sup>102</sup>

Según el jurista Briseño Sierra, se presentan los siguientes tipos de instancias: petición, denuncia, querrela, queja, reacertamiento y acción.

### A. *La petición*

Esta instancia es un acto mediante el cual el sujeto insta un pedido ante la autoridad; el particular manifiesta su voluntad ante la autoridad a través de su pretensión, que debe ser escrita y correctamente formulada, clara y precisa. Sobre este acto, Briseño Sierra indica: “La petición de acuerdo con el artículo 8o. constitucional, cualquier mexicano puede provocar una respuesta de la autoridad, si expresa su pretensión por escrito. Sin esta declaración no es posible jurídicamente que se emita una respuesta”.<sup>103</sup> Ante la pe-

---

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 459.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 460.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 461.

tición, la autoridad está obligada a manifestar una respuesta, sea positiva o negativa. Si no se dice nada ante la petición, se está violando este precepto.

### B. *La denuncia*

Con esta instancia se busca dar a conocer un tema de interés a la autoridad. En palabras de Briseño Sierra, la denuncia “no es declaración de voluntad sino participación de conocimiento”.<sup>104</sup> La denuncia tiene características particulares, pues si bien esta obliga jurídicamente a la autoridad, el particular en la denuncia, no busca un beneficio particular, sino una respuesta de la autoridad. El maestro mexicano se refiere al objetivo de la denuncia de la siguiente manera: “Quien denuncia no pretende que se acceda a lo pedido, simplemente hace saber a la autoridad la realización de un hecho o de un acto, a los que la ley condiciona la emisión de una resolución”.<sup>105</sup> Comúnmente este tipo de instancia se presenta en el derecho penal, al imponer que todo ciudadano debe colaborar con la justicia e informar a las autoridades de la comisión de un delito. La denuncia consiste en el acto de información de un delito a la autoridad para que ésta, en ejercicio de su *ius imperium*, establezca el orden social ante cualquier violación de las normas imperativas.

### C. *La querrela*

Es un tipo de instancia mediante el cual se busca que la autoridad ejerza una función tuitiva y sancione al querrellado. Mediante ésta, el particular que ve afectados sus derechos se dirige a la autoridad estatal para que restablezca el orden e imponga una sanción al querrellado debido a su acto violatorio de la norma. El maestro Briseño Sierra indica sobre la querrela:

lo importante en la querrela es la índole y la posición de los sujetos. Quere llante y querrellado ante la ley, tiene igual calidad. La querrela viene generalmente contra un particular, pero también cabe enderezarla contra una autoridad. Para que no se convierta en queja es menester que los actos del querrellado sean ordinarios, es decir que no se trata de faltas de servicios públicos.<sup>106</sup> El sujeto pasivo de esta instancia no es el querrellado, sino la autoridad nacional que resolverá si es aceptable esta instancia o no.

---

<sup>104</sup> *Idem.*

<sup>105</sup> *Idem.*

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 462.

#### D. *La queja*

Esta instancia está dirigida contra una autoridad debido a un mal ejercicio de sus funciones. El sujeto activo de la misma es el particular que insta ante a la autoridad contra un funcionario público, es decir, la pretensión del sujeto pasivo va dirigida al superior del funcionario estatal. Se observa en este tipo de instancia una finalidad disciplinaria para que el funcionario estatal cumpla correctamente y conforme al derecho sus funciones, o sea: esta instancia presenta un carácter disciplinario. Briseño Sierra indica lo siguiente sobre la queja:

desde el momento en que la queja es una pretensión impugnativa, puesto que combate la conducta de una autoridad conviene intentar una reducción hacia la simplicidad y la uniformidad de las reglas, estableciendo de una manera precisa la correspondencia de la queja con el control que va de la medida disciplinaria a la casación o el amparo.

#### E. *El reacertamiento*

Esta instancia busca la revocación de un acto de autoridad. Mediante esta instancia se busca el acertamiento entendido como la subsunción que hace la autoridad entre el supuesto jurídico y los hechos para desencadenar el efecto o consecuencia jurídica de ésta. Busca una adecuación entre el acto y la norma. Se considera generalmente que esta instancia se aplica sólo para los actos administrativos; no obstante, se utiliza también en lo procesal en el ámbito de la jurisdicción voluntaria.

#### F. *La acción procesal como un tipo de instancia*

La acción, según la doctrina de Briseño Sierra, es un tipo de instancia que se regula mediante normas dinámicas. La acción contiene una pretensión, al igual que las anteriores instancias; no obstante, el elemento que la diferencia es el vínculo que genera esta instancia, ya que la acción enlaza tres sujetos: actor, juez y demandado.<sup>107</sup> Este derecho de acción es una institución jurídica importantísima para la ciencia procesal; fue el elemento que definió la autonomía de ésta sobre el derecho sustantivo; por ello, diferentes juristas trataron de descubrir su naturaleza jurídica. Al inicio, en Roma se le consideró como un arma del derecho sustantivo; pero se descubrió su

---

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 465.



existencia independientemente del derecho material. Al respecto, Briseño Sierra la define como una instancia que provee de dinamismo al proceso. La acción es el punto vital para la existencia de un proceso. El maestro mexicano indica sobre esta instancia:

la acción es el objeto del conocimiento elemental del proceso. Es el elemento *sine qua non* de la institución. Sin este peculiar derecho de instancia, no hay proceso ni jurisdicción, sin que importe el caso que por razones políticas sea de relevancia legislativa a la potestad del juez, porque o se conserva el significado del término o desaparece la institución. Buscar la composición del litigio puede ser el fundamento de la sentencia pero no de la acción, pues ésta responde a la directriz del dinamismo procesal sea cualquiera el resultado a que se llegue, inclusive el sobreseimiento en que ni siquiera se estudia el litigio.<sup>108</sup>

En la doctrina de este jurista se define a la acción bajo una concepción dinámica de la misma. Este dinamismo se presenta en la práctica judicial, pues el instar mediante el uso del derecho de acción desencadena una serie de actos o conductas que se suscitan en forma coherente, una como consecuencia de las otras, es decir, el dinamismo se inicia con la acción, que es la esencia de la concepción dinámica de esta institución jurídica procesal. El maestro Briseño Sierra lo define así:

El dinamismo sea en lo material o en lo conceptual, hace referencia al movimiento... si un precepto ordena que presentada la demanda sea estudiada por el juez y si llena los requisitos legales se admita para correr traslado al demandado emplazándole a contestar, en realidad está regulando una pluralidad de relaciones consecutivas.

...sea la primera relación a la presentación de la demanda: entonces si el actor promueve ante el juez, éste responderá desechando o admitiendo. Sea la segunda relación el traslado y el emplazamiento de la demanda, entonces el juez ordena notificar la admisión y conceder un plazo para contestar, el demandado reaccionará defendiéndose, sea la tercera relación la contestación de la demanda —si el demandado reacciona, presentará una contestación al juez quien deberá desecharla o admitirla—. <sup>109</sup>

Como se observa, he allí el carácter dinámico de esta instancia llamada acción. En conclusión, el maestro Briseño Sierra considera a la acción como un tipo de instancia especial, pues ésta tiene una configuración estructural diferente: la de crear un vínculo entre tres sujetos: actor, demandado y el

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 475.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 485.

juez. La proyectividad de la acción se materializa en que esta instancia es la causante de diversos actos entre los integrantes de este vínculo. Cabe agregar que para este jurista la acción no sólo se encuentra al inicio del proceso, sino que su extensión se proyecta en todo el proceso. La acción es proyectiva, pues desencadena actos o conductas entre los sujetos procesales. De esta manera, sostenemos que Briseño Sierra postula un concepto de acción desde el punto de vista de la realidad concreta. Al igual que su discípulo Adolfo Alvarado Velloso también cataloga a este derecho como un tipo de instancia que forma una relación procesal única entre tres sujetos. Así, ambos juristas proponen que la acción procesal es acto o conducta intersubjetiva. Como lo señalaba el maestro procesalista Carlos Cossio en su teoría egológica del derecho, éste es conducta en interferencia intersubjetiva; se encuentra una similitud entre los tres juristas, ya que en sus definiciones se hace énfasis a un aspecto importante del derecho, que son los actos humanos. El derecho nace de la realidad, regula conductas humanas vinculadas a otras conductas humanas. La acción procesal, al ser la institución más importante de esta rama, no puede ser ajena a este rasgo característico del derecho. Queda así demostrado el objetivo de este artículo: descubrir las semejanzas de las teorías de estos tres juristas: Cossio postulaba al derecho como conducta humana intersubjetiva. Humberto Briseño Sierra señalaba que la acción procesal es un acto. Años más tarde, Adolfo Alvarado Velloso remarcaba el acierto de esta doctrina procesal.

## LA DECLARACIÓN TESTIFICAL DEL MENOR EN EL PROCESO PENAL DE ADULTOS Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN

Lorenzo M. BUJOSA VADELL

Es un honor dedicar estas modestas páginas que siguen al maestro mexicano, profesor y abogado, Humberto Briseño Sierra, que contribuyó de manera decisiva con su obra a que, en la actualidad el derecho procesal iberoamericano esté en la vanguardia de la ciencia jurídica mundial.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La prioridad del interés superior del menor implicado en el proceso penal.* III. *El menor como víctima y como testigo.* IV. *Las dificultades intrínsecas de la declaración del menor en un proceso penal de adultos.* V. *Las nuevas tecnologías en las declaraciones de los menores y su influencia en las imprescindibles garantías procesales.*

### I. INTRODUCCIÓN

Cuando en el proceso penal nos referimos a la intervención de un menor de edad —dejando aparte ahora los discutidos límites de esta categoría jurídica—, de inmediato los cuidados aumentan y las preocupaciones son más difíciles de apaciguar. De manera intuitiva estamos considerando a personas especialmente vulnerables, y eso nos sitúa en una posición algo diversa del resto de procesos penales, por mucho que en todos ellos algunos de los derechos en juego sean esenciales, y los implicados, tanto impetradores de justicia como imputados o responsables civiles, merezcan los debidos miramientos.

Pero la posición del menor respecto a la aplicación de normas de naturaleza penal a través del proceso puede ser de naturaleza muy variada, como lo es su posible implicación con reales o supuestas infracciones cri-

minales. De este modo, como mínimo, podríamos encontrarnos con cuatro perspectivas distintas, aunque algunas de ellas tienen por su propia naturaleza una gran cercanía.

En primer lugar, un menor puede recibir la imputación por la comisión de alguna de las infracciones previstas en el Código Penal (CP) o en las normas penales especiales, y por tanto puede ser sujeto pasivo de un verdadero proceso penal,<sup>1</sup> por mucho que bastantes de las medidas aplicables a través de ese proceso —no todas, sobre todo tras las sucesivas reformas de la Ley Orgánica 5/2000— tengan una finalidad predominantemente educativa —no “reeducativa”, por el mero hecho de que no puede resocializarse a quien nunca ha sido socializado—.

En segundo lugar, si hacemos un repaso de los diversos tipos penales contemplados en el Código Penal vigente en España, veremos que, como no pudiera ser de otra manera, algunos de ellos contemplan específicos bienes jurídicos relacionados con los menores de edad, o consecuencias más gravosas cuando los derechos e intereses de éstos son los vulnerados.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Decimos “recibir la imputación por la comisión de alguna de las infracciones...”, y en esa expresión se entrevé uno de los problemas, que no es posible tratar aquí, pero que debieran inquietarnos a los estudiosos. Como en cualquier proceso penal en una sociedad democrática, la imputación supone simplemente la atribución de unos hechos con trascendencia criminal atendiendo a las normas aplicables al caso a una persona determinada; atribución que deberá, en primer lugar, estar fundamentada en datos concretos y, en segundo, deberá verse corroborada en fases posteriores del proceso, para poder permitir la irrevocable aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en la ley. El especial tratamiento, sin embargo, que se aplica a los menores imputados en el proceso penal de menores, siguiendo las abundantes normas internacionales al respecto y en especial la Convención de Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, con la aplicación de abundantes vías para “huir del proceso” desde los mismísimos trámites iniciales y, en consecuencia, aplicando consideraciones de amplia oportunidad, lleva en ocasiones a tener que recapacitar sobre si de verdad estamos respetando de manera adecuada las garantías procesales. Dicho de otro modo: sin existencia alguna de verdadera actividad probatoria y con la mera imputación —recuérdese que el proceso se ve como un mal a evitar—, en ciertos trámites se coloca al menor en una posición en la que pudiera ser dudosa la presunción de su inocencia y, al contrario, parece que se le considera directamente como culpable que obtiene un correctivo en el ámbito educativo y familiar (artículo 18 LO 5/2000) o incluso un premio por reconciliarse o reparar los daños causados (artículo 19 LO 5/2000). Nos encontramos, por tanto, ante la desasosegante paradoja de que la aplicación de medidas de oportunidad puede desconocer la presunción de inocencia del menor imputado justamente con la finalidad de evitarle el “mal mayor” de someterlo al enjuiciamiento. O si se quiere aun con otras palabras: el minucioso respeto a la presunción de inocencia operaría en contra del interés superior del menor.

<sup>2</sup> Sin ánimo exhaustivo alguno, podríamos recordar algunas formas de alevosía (artículo 23.1 CP), las lesiones a menores de doce años (art. 148.3), los abusos y agresiones sexuales, el acoso sexual, el exhibicionismo y la provocación sexual, la prostitución y corrupción de menores (artículos 182, 183, 183 bis, 184.3, 185, 186, 187-190 CP), la suposición de parto y

En directa relación con las conductas tipificadas a las que genéricamente acabamos de aludir, nos encontramos con la figura de la víctima menor de edad, a la que, como a todas las víctimas en general, se le ha dado una mayor presencia en el proceso penal, aunque no necesariamente comparezcan en él a través de la figura tradicional en nuestro ordenamiento del acusador particular.<sup>3</sup>

Las cuestiones que vamos a tratar en las páginas que siguen se refieren a los numerosos casos en que los menores de edad, a veces como víctimas y en algunos casos como verdaderos terceros,<sup>4</sup> deben suministrar la información

la alteración de la paternidad, estado o condición del menor (artículos 220 y 221 CP), el quebrantamiento de los deberes de custodia y la inducción de menores al abandono de domicilio (223-225 CP), la sustracción de menores (artículo 225 bis), el abandono de familia o de menores (artículos 226-233 CP), los delitos contra la salud pública (artículos 361 bis.2 y 369 CP).

<sup>3</sup> Es necesario recordar la Decisión marco del Consejo del 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI) (*Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)* L 82, del 22 de marzo de 2001, p. 1) y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 38/2002, del 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (artículos 765, 771, 773.1, 776.1, 777.2, 785.3, 791.2 y 797.2 LECrim). Debe completarse lo anterior señalando la aprobación en el espacio judicial europeo de una nueva norma que deberá ser traspuesta a los ordenamientos de los distintos Estados miembros de la Unión Europea: nos referimos a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (*DOUE* L 315, del 14 de noviembre de 2012, pp. 57 y ss).

<sup>4</sup> Una de las dificultades de nuestra legislación procesal penal es la ausencia de regulación específica relativa a las declaraciones de las víctimas. Por ello se han aplicado a tales medios de investigación y de prueba las normas propias de las declaraciones testificales, aunque con la adición de una serie de criterios de valoración particulares de creación jurisprudencial que pretenden asegurar la credibilidad del declarante. Véase Ferreiro Baamonde, X., *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, pp. 316 y ss. y, más recientemente, Armenta Déu, T. y Oromí Vall-Llovera, S. (coords.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Madrid, 2010. En especial, las aportaciones de Sanz Hermida, A., “La declaración de los menores víctimas y/o testigos de delitos: derecho de defensa, protección del interés del menor y eficacia de la justicia penal”, pp. 111-133; Ormazábal Sánchez, G., “El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo”, pp. 135-147; Díaz Pita, M. P., “La declaración del menor víctima de abusos y agresiones sexuales en el proceso penal a la luz de la Decisión marco del Consejo de 5 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal”, pp. 149-166; Chozas Alonso, J. M., “El empleo de la videoconferencia en la declaración de los testigos-víctimas en el proceso penal español”, pp. 167-174; Cubillo López, I. J., “La protección procesal del testigo menor de edad, es especial evitando su declaración en el juicio oral”, pp. 175-185; Pérez Morales, M. G., “La prueba preconstituída en el ámbito de la Decisión Marco 2001/220: necesidad de modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, pp. 187-195.

que poseen —a veces como únicos declarantes— sobre los hechos punibles y sobre los delincuentes a los que esos hechos se atribuyen, y para ello deben comparecer en el proceso penal de adultos.

Las características específicas de estos sujetos configuran unas necesidades propias que hasta hace poco han tratado de ser satisfechas con algunos métodos bastante rudimentarios, que no llegan a ser adecuados para el fin que persiguen. La aplicación de algunos medios tecnológicos, en especial las videograbaciones o las videoconferencias, con las debidas cautelas, han suplido en los últimos años algunas de esas dificultades, incluso en la propia legislación, aunque no sin suscitar polémicas y discusiones llamativas.

## II. LA PRIORIDAD DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR IMPLICADO EN EL PROCESO PENAL

El principio fundamental que se deduce tanto de las proclamaciones normativas internacionales como de las internas es el del interés superior del menor, que debe ser considerado prioritariamente, y ello implica siempre la evaluación de sus circunstancias personales, familiares y sociales en general, y atender, en consecuencia, sus específicas necesidades. Así, el artículo 3.1 de la Convención del 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (instrumento de ratificación por España del 30 de noviembre de 1990, *Boletín Oficial del Estado* núm. 313, del 31 de diciembre de 1990) dispone que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.<sup>5</sup>

Desde la perspectiva del proceso penal en que se exija su intervención hay varias finalidades que la aplicación de este principio general va a procurar: en primer lugar, se trata de proteger y promover los derechos del niño, en especial del que se encuentra en situaciones de especial vulnerabilidad (por ejemplo, por ser objeto de explotación sexual, trata de menores, malos tratos...) y, en segundo lugar, se trata de evitar al niño, en la medida de lo posible, las consecuencias negativas de la persecución penal, es decir, se trata de evitar una victimización secundaria del menor.

Es necesario que el proceso no agrave el posible trauma sufrido por el niño, y por ello se hace imprescindible acompañar la respuesta penal de la

<sup>5</sup> Sobre la concreción de este esencial concepto jurídico indeterminado véase Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, 2a. ed., Madrid, 2007.

necesaria asistencia, a través de medidas extraprocesales y, por supuesto, a través de las necesarias adaptaciones en el proceso en el momento de los interrogatorios; por ejemplo, evitando el contacto visual con los imputados o acusados.

La necesaria atención al niño en realidad comienza antes del proceso, incluso si nos limitamos, por nuestra especialidad, a la perspectiva procesal, pues en la práctica hay evidentes dificultades de las víctimas en general, y de los menores de edad en particular, para denunciar los abusos o, más ampliamente, las infracciones criminales que les afectan, sobre todo si se trata de delitos intrafamiliares. Evidente es también esa dificultad cuando la comisión de esos hechos procede de personas con alguna autoridad sobre esos menores (entrenadores, profesores...) o provienen del anonimato de los delincuentes en el ciberespacio.

Es evidente la necesidad de articular medios de investigación plenamente eficaces y adaptados a las circunstancias específicas, que se pongan en marcha sin necesidad de denuncia previa del ofendido ni de sus representantes legales. En este sentido, es fundamental la promoción de líneas telefónicas directas de denuncia, como la 116000 para menores desaparecidos, o la 116111 para menores en general; la denuncia obligatoria de profesionales que por su trabajo con menores conozcan casos de abusos sexuales o de explotación sexual; la aplicación de técnicas avanzadas de interceptaciones de comunicaciones, de vigilancia discreta —incluida la electrónica—, de control de cuentas...

Se hace conveniente en muchos de estos casos la aplicación de investigaciones secretas a través de ciberagentes encubiertos; es decir, con identidad oculta de investigador, aunque ello lleve implícito el problema de la casi siempre tenue línea de separación con los denominados “agentes provocadores”, cuya admisión en un Estado de derecho estimamos que no es posible.<sup>6</sup>

En la fase de investigación de estos procesos penales se debe posibilitar también la identificación de las víctimas mediante el análisis de material de pornografía infantil que se haya transmitido o hecho accesible recurriendo a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC); se deberá proceder, como medida inmediata, aunque con las necesarias exigencias de documentación a efectos probatorios, a la retirada de los contenidos de pornografía infantil y a la detención de los culpables de la difusión o descarga de imágenes de abusos a niños, en ocasiones con la ineludible coo-

<sup>6</sup> Bueno de Mata, F., “Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales: ¿deberían ampliarse las actuales funciones del agente encubierto en Internet?”, en Pérez Gil, J. (coord.), *El proceso penal en la sociedad de la información*, Barcelona, 2012, pp. 163-172.

peración internacional o adoptando medidas de bloqueo si no hay cooperación. Téngase en cuenta que cada vez es más habitual que el delincuente que cometa infracciones criminales a través de Internet se encuentre en un continente distinto de aquel en que se encuentra el servidor y, a su vez, de aquel otro donde se encuentra la víctima. Ello nos puede llevar también a problemas de conflictos de jurisdicciones, y en definitiva a tener que aplicar normas que eviten la vulneración de las exigencias del *ne bis in idem*.

En algunos de estos casos, en virtud del interés superior del menor, así como para fomentar la eficacia de la investigación penal, se propugna evitar el enjuiciamiento de menores víctimas de determinados delitos de explotación o de prostitución infantil que a su vez se han visto en mayor medida obligados a la comisión de otras infracciones criminales de este tipo. Se trata, una vez más, de la aplicación de consideraciones de oportunidad en beneficio del menor implicado en uno o incluso varios procesos penales.

### III. EL MENOR COMO VÍCTIMA Y COMO TESTIGO

En la estrategia amplia de aumentar la protección a las personas más vulnerables, la Unión Europea (EU) se planteó para el quinquenio en el que nos encontramos vías concretas para promover los derechos de los ciudadanos y, a ese fin, se habla de “Una Europa de los derechos”,<sup>7</sup> en la que de manera supranacional y expresa se refuerce la efectividad de los derechos fundamentales, también para las personas con menores posibilidades de defenderse.<sup>8</sup> Tal vez no esté de más recordar en este punto el principio de eficacia directa del derecho de la Unión en los ordenamientos internos de los Estados miembros y el de primacía de este mismo derecho, incluso sobre la propia Constitución de estos Estados.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Se trata del “Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”, publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* C 115, del 4 de mayo de 2010, pp. 1 y ss.

<sup>8</sup> En este sentido, no está de más hacer notar que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, adoptado el 13 de diciembre de 2007, se modifica el Tratado de la Unión Europea y el de la Comunidad Europea (a partir de ahora denominado Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y se reconoce a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 7 diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007, con el mismo valor jurídico que los tratados, conforme al artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (*DOUE* C 326, del 26 de octubre de 2012, pp. 1 y ss.)

<sup>9</sup> Véase una consideración extensa de las implicaciones de estos revolucionarios principios y de su desigual aplicación según la categoría de actos jurídicos ante los que nos encontremos en Mangas, Martín A. y Liñán Noguerras, D., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 7a. ed., Madrid, Tecnos, 2012, pp. 386-434.



Nos interesan especialmente los dos primeros apartados del artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales, que bajo el encabezamiento de “Derechos del niño” recogen prescripciones de gran interés para el tema que tenemos planteado: en primer lugar, se proclama el derecho de los niños a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, y además se establece como posibilidad la expresión de su opinión de manera libre, pero añadiendo que será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, según su edad y madurez (apartado 1) y, por otro lado, más centrado todavía en la problemática que nos ocupa, se resalta que el interés superior del niño constituirá una consideración primordial en todos los actos relativos a los niños que sean llevados a cabo por autoridades o instituciones privadas (apartado 2). Es obvio que de estas consideraciones generales se deben derivar consecuencias de peso respecto al tratamiento del niño en un proceso penal.

De manera más específica, aunque con un contenido programático, es preciso detenernos en algunos puntos del Programa de Estocolmo, que recoge algunos parámetros respecto a los derechos del niño, respecto a los de las víctimas de delitos en general, y también respecto a los derechos de las personas en los procesos penales. Es interesante conjugar esas referencias para, seguidamente, entrar más de lleno en la perspectiva que debemos tratar en concreto en este apartado.

Como no podía ser otra forma, el Programa de Estocolmo enlaza con las referencias normativas de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Convención de los Derechos del Niño, las cuales, como se proclama expresamente, “afectan a todas las políticas de la Unión” y “Deben tenerse en cuenta de forma sistemática y estratégica, con objeto de llegar a un planteamiento integrado”, por eso propone la elaboración de una “estrategia ambiciosa de la Unión sobre los derechos del niño”.<sup>10</sup> Asimismo, se insta a la Comisión a describir medidas destinadas a proteger y

<sup>10</sup> Desde principios del presente siglo se empezaron a fijar de manera integrada en la Unión Europea los objetivos para la protección de sujetos especialmente vulnerables, entre ellos las mujeres y los niños: por un lado, en el Programa de La Haya, de 2005, pero también desde varios años antes con diversas decisiones marco sobre ámbitos variados, pero complementarios: el tráfico de seres humanos, la explotación sexual y la pornografía infantil, las víctimas en los procesos penales, entre otros textos de *soft law* dirigidos a promover las reflexiones para el perfeccionamiento de toda esta compleja materia normativa. Más en concreto, podemos citar dos importantes textos: la comunicación de la Comisión “Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia” [COM (2006) 367 final, Bruselas, 4 de julio de 2006] y, más recientemente, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Una agenda de la UE para los derechos del niño” [COM (2011) 60 final, Bruselas, 15 de febrero de 2011].

promover los derechos del niño, prestando especial atención a los niños que son víctimas de la explotación sexual y del maltrato, así como a los que son víctima de la trata, entre algunos otros.<sup>11</sup>

Por otro lado, se trata de examinar, de manera integrada y coordinada, los modos de mejorar la legislación y las medidas prácticas de apoyo a la protección de las víctimas, mejorando asimismo la aplicación de los instrumentos existentes. Se trata también de dar mejor apoyo a las víctimas por otros medios, como las redes europeas existentes, y estudiar la posibilidad de crear un instrumento jurídico global para la protección de las víctimas.

Además, se preocupa naturalmente el Consejo Europeo de que estos avances no vayan en detrimento sustancial de los derechos de los sospechosos y acusados en los procesos penales, para asegurar la confianza mutua entre los Estados miembros y la confianza de los ciudadanos en la Unión. Para ello se planteó un plan de trabajo, que ya se viene implementando, con el fin de reforzar los derechos procesales de los sujetos pasivos del proceso penal, asegurando los derechos esenciales.

Una de las acciones concretas de la UE que nos interesa especialmente es la referida a la adaptación de la administración de la justicia a las peculiaridades del niño, para los casos en que éste deba intervenir en ella (“Child-friendly Justice”).<sup>12</sup> Con razón ha sido considerada como una de las acciones clave y de especial relevancia en la que es necesario avanzar de manera colectiva.<sup>13</sup> Se trata de facilitar que la información dirigida a los niños que

<sup>11</sup> Desde hace años las instituciones comunitarias han trabajado para la elaboración y la aplicación de programas de acción para combatir la violencia, los tratos inhumanos y degradantes contra los niños y algunos otros grupos vulnerables, como los jóvenes y las mujeres, buscando una comprensión amplia del concepto de víctima, pues se pretende, por ejemplo, que los niños “que presencien agresiones a parientes próximos deben ser considerados víctimas de la violencia a los efectos de la aplicación de un programa específico para los años 2007-2013 dirigido a la prevención y combate de los niños, los jóvenes y las mujeres y a la víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne III). Véase la Decisión 779/2007/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 del junio de 2007 (*DOUE* L 173, del 3 de julio de 2007, pp. 19 y ss.).

<sup>12</sup> Es importante tener en cuenta a este respecto las indicaciones contenidas en las llamadas “Council of Europe Guidelines on Child-Friendly Justice” o Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativas a una administración de la justicia adaptada a los niños, del 17 de noviembre de 2012, documento que puede ser consultado en [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Guidelines%20on%20child-friendly%20justice%20and%20their%20explanatory%20memorandum%20\\_4\\_.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Guidelines%20on%20child-friendly%20justice%20and%20their%20explanatory%20memorandum%20_4_.pdf)

<sup>13</sup> Otros aspectos de la Unión Europea que es importante subrayar en cuanto al ejercicio de sus competencias normativas son el principio de subsidiariedad y el de proporcionalidad. Conforme a estos principios, sólo en los casos en que sea imprescindible, y en la medida en que lo sea, se adoptarán medidas conjuntas en el seno de la Unión Europea, de modo que si por la cuestión a regular es suficiente una regulación nacional, no estarían legitimados

intervienen en un proceso de adultos pueda ser comprensible y que el trato a lo largo del proceso sea específico dadas sus características particulares; siempre teniendo en cuenta las exigencias básicas de asegurar un alto nivel de protección de los intereses del menor. Pero se manifiesta la preocupación por ofrecerles la oportunidad de adoptar un rol activo en tales procesos y que sus declaraciones puedan ser tenidas en cuenta. Para ello se insta a la utilización de medios tecnológicos de información y comunicación, como examinaremos más adelante.<sup>14</sup>

Debemos destacar, precisamente, que tienen un riesgo especial los interrogatorios a menores. De hecho, se exige que se dispongan cuantas menos declaraciones testificales sea posible y que se eviten, en general, las consecuencias de la experiencia negativa de verse implicado en un proceso penal, lo que suele ser conocido como “victimización secundaria”, que en el caso de los menores es por regla general todavía más traumática. De este modo se establece también que los interrogatorios se realicen sin demoras injustificadas, en locales adecuados, por profesionales con formación adecuada, por las mismas personas cada vez y, como decíamos, sólo con los interrogatorios que sean realmente imprescindibles...

Todavía de manera más específica nos interesan las declaraciones en audiencias públicas o vistas orales, que en estos casos —y en contra de lo que suelen ser las normas de aplicación general, algunas de ellas incluso de alcance general en abundantes ordenamientos— pueden verse excepcionadas con argumentos suficientes,<sup>15</sup> y así, pueden determinar que el juicio se celebre, bien a puerta cerrada y por tanto sin publicidad respecto a terceros, bien con el menor presente en la sala, pero oculto por algún biombo, mampara o similar, bien con la emisión de la declaración del menor a través de

los órganos supranacionales para acometer la elaboración, aprobación y aplicación de esa concreta normativa. Obviamente, como nos recuerda Mangas, Martín A. y Liñán Nogueiras, D., *Instituciones...*, *cit.*, pp. 78-83, opera el principio de subsidiariedad cuando se trata de ámbitos competenciales “que ni son del dominio reservado de la soberanía nacional ni la competencia exclusiva de la Unión”, mientras que el de subsidiariedad y el de suficiencia de medios “son de carácter general y afectan al ejercicio de toda clase de competencias”.

<sup>14</sup> Véase asimismo la Comunicación de la Comisión “Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia”, *cit.*, pp. 6-8.

<sup>15</sup> Así, la famosa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) del 16 de junio de 2005, en el conocido como caso *Pupino* (Asunto C-105/03), resolvió una cuestión prejudicial planteada por un juez del Tribunal de Florencia (Italia) y determinó que el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que, como alegación principal, afirman haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección; por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta.

una grabación audiovisual realizada en un momento anterior —evitándose así su presencia física en la sala de vistas—, bien de manera simultánea, pero a través de tecnologías de comunicación adecuadas, que además pueden permitir una variedad de matizaciones en la restricción de los derechos del acusado, según las circunstancias concretas y la aplicación del principio de proporcionalidad de manera atenta y minuciosa. En efecto, la protección al menor puede consistir simplemente en la aplicación de un circuito cerrado de televisión que permite la comunicación bilateral y prácticamente completa entre la sala donde el menor se encuentra y el lugar donde se lleva a cabo la audiencia pública, mientras que en otros casos pueden utilizarse medios informáticos, como las conocidas videoconferencias. Y obsérvese que los medios técnicos en la mayoría de los casos permitirían aplicar ulteriores prevenciones por la posibilidad de difuminar o pixelar la imagen del declarante y de distorsionar su voz si se considera necesario. Todo ello, por supuesto, para ser válido debería preverse en una ley formal y aplicarse por una decisión judicial cuidadosamente motivada, pues los derechos del acusado están en juego, principalmente los derechos de la defensa como están proclamados en el artículo 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos o en el artículo 14.3.d) y e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por otro lado, al margen de las consideraciones estrictamente procesales que acabamos de señalar a modo de ejemplo, hay otras más generales que son aplicables haya proceso o no, siempre con la misma finalidad de ofrecer una protección especial al menor: como la previsión de medidas de asistencia y apoyo al menor, que además no se supediten a la voluntad éste de cooperar o no en el proceso; la exigencia de evaluar por parte de equipos multidisciplinares especializados las circunstancias personales y familiares del menor, así como sus opiniones e intereses. De hecho, se constata que en algunos casos los niños pueden encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad y de grandes riesgos para su bienestar o sus vidas por factores sociales, económicos y/o políticos: por ejemplo, los casos de niños que han crecido en contextos de pobreza o exclusión social, con frecuencia cercanos a ámbitos de prostitución, explotación sexual y tráfico de drogas.<sup>16</sup> De ello, obviamente, se derivan también consecuencias procesales que deben tenerse en cuenta, pues en ocasiones será incluso imprescindible aplicar meca-

<sup>16</sup> Como se afirma en la citada comunicación de la Comisión de 2011, *cit.*, p. 8: “The well-being of children can only be achieved in a society which is free of violence, abuse and exploitation of children”. Pero, como es evidente, en la mayor parte de nuestros entornos sociales, incluso en clases económicamente poderosas y en apariencia pacíficas, no puede afirmarse que ello ocurra.

nismos como la protección de testigos a menores que han sufrido o simplemente han presenciado o tienen conocimiento de infracciones criminales cometidas por organizaciones criminales peligrosas.

Es importante que profesionales especializados puedan asistir a los niños y ayudarles a asumir la experiencia que les ha tocado pasar. Diversos documentos de la Unión Europea se preocupan de que los profesionales que trabajan con niños reciban una formación adecuada también sobre los derechos de los niños, atendiendo a sus diferentes edades, así como los procedimientos a los que están sometidos.<sup>17</sup>

Como concreción de estas consideraciones que hemos expuesto de forma general debemos referirnos a dos relativamente recientes actos normativos de la Unión Europea en los que se observa la aplicación de exigencias como las que acabamos de exponer. Se trata, por un lado, de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil<sup>18</sup> y, por otro, de la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.<sup>19</sup> Debe hacerse notar que ambos textos, por su propia naturaleza, se dirigen a los Estados miembros de la Unión Europea, para que a más tardar en unas fechas determinadas incorporen al derecho nacional las respectivas disposiciones contenidas en estas directivas.

Los dos textos contemplan medidas de protección de las víctimas con necesidad de protección especial y posibilitan la aplicación de instrumentos que permitan evitar el contacto visual entre la víctima y el acusado, incluido el uso de tecnologías de la comunicación, y serán por tanto examinados

<sup>17</sup> La reiterada comunicación de la Comisión Europea de 2011, p. 9, destaca expresamente en este sentido: “They should also be trained in communicating with children of all ages and stages of development, as well as with children in situations of particular vulnerability”.

<sup>18</sup> *DOUE* L 135, del 17 de diciembre de 2011, pp. 1 y ss. Esta norma completa el Protocolo facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, y de manera más específica para el ámbito europeo, en el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual, conocido como “Convenio de Lanzarote”.

<sup>19</sup> *DOUE* L 315, del 14 de noviembre de 2012, pp. 57 y ss. A su vez, esta norma sustituye y amplía considerablemente la regulación contenida en la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, del 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, a la que justamente se refería la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la ya mencionada sentencia del caso *Pupino*.

específicamente en el apartado quinto de este estudio. Ahora se trata simplemente de completar el cuadro general de medidas aplicables al menor como víctima que acude a testificar en un proceso penal, con estas referencias más concretas.

Respecto a los menores víctimas de abusos sexuales y de explotación sexual y prostitución infantil, es necesario resaltar la primacía de las medidas preventivas, que son por supuesto las más respetuosas con el interés del menor. Se impulsa por tanto a los Estados miembros a garantizar la aplicación de medidas de intervención eficaces destinadas a evaluar y prevenir el riesgo de comisión de tan graves infracciones criminales, entre ellas dar a conocer los efectos que estas conductas pueden producir en sus víctimas a través de campañas de información, concienciación y sensibilización, en particular a personas que mantienen un contacto habitual. En relación con estos procesos, se pretende evitar que en su inicio o continuación dependan de la denuncia de la víctima o de su representante legal.<sup>20</sup> Se prevé la necesaria especialización de las personas, unidades o servicios responsables de las investigaciones y la exigencia de una formación específica. Se exige la regulación de medidas de asistencia, apoyo y protección y se regulan las necesarias para garantizar la protección de los menores víctimas en los distintos actos procesales en lo que deban participar, tanto de la investigación como del juicio: así, la designación de un representante de la víctima cuando en los titulares de la patria potestad o de la tutela del menor concurren circunstancias que desaconsejen esa función; el asesoramiento jurídico sin demora; la rápida información de derechos y de los servicios a disposición de la víctima; el especial cuidado cuando se exija la presencia de la víctima en reconocimientos judiciales de lugar de los hechos o cuando se trate de emitir declaraciones sobre ellos.

Por lo que se refiere a las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas que se han aprobado en 2012, la perspectiva general con la que se ha elaborado esta directiva no impide que se contengan importantes preceptos de protección a los menores,<sup>21</sup> tanto de manera

<sup>20</sup> Realmente, como explica, Rosa Cortina, J. M. de la, “Delitos de pornografía infantil: otra vuelta de tuerca”, *La Ley*, 13 de marzo de 2012: “En las causas penales abiertas por este tipo de delitos no suele investigarse la identidad de las víctimas. Normalmente tal omisión puede estar justificada por la imposibilidad de obtener resultado positivos, pues puede ser material muy antiguo y procedente del extranjero, pero no debe asumirse sin más como pauta de actuación general”. Como recuerda el propio autor, tanto el artículo 30.5 del Convenio de Lanzarote como el artículo 15.4 promueven la necesaria identificación de las víctimas.

<sup>21</sup> En el artículo 2, dedicado a las definiciones, precisamente se explica que “menor”, a los efectos de esta Directiva es “cualquier persona menor de 18 años”, siguiendo además el criterio de la Convención de los Derechos del Niño. Ante la duda, la opción normativa es

transversal como de modo específico. Efectivamente, por un lado, se insta a la adopción de medidas adecuadas para que las víctimas entiendan y puedan ser entendidas desde el primer momento y durante toda actuación necesaria y a que garanticen un lenguaje sencillo y accesible, teniendo en cuenta las características personales de la víctima. Además, se exige velar por que las víctimas reciban una evaluación puntual e individual para determinar sus concretas necesidades de protección. Por otro lado, hay referencias específicas para las víctimas menores de edad, para las que se dan por supuestas “las necesidades especiales de protección en razón de su vulnerabilidad a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación o a las represalias” (artículo 22.4), y justamente en el artículo 24 se pormenoriza el contenido del “derecho a la protección de las víctimas menores de edad durante el proceso penal”, donde se establece que además de las medidas del artículo anterior, aplicables a todas las víctimas con necesidades especiales —muchas de ellas de imprescindible aplicación para el menor que actúa en un proceso penal de adultos—, deberán tenerse en cuenta otras, como la designación de un representante para la víctima menor de edad en caso de que, de conformidad con el derecho nacional, se imposibilite a los titulares de responsabilidad parental para la representación de la víctima por un conflicto de intereses, o cuando se trata de un menor no acompañado o separado de su familia; se proclama el derecho de la víctima menor de edad a la asistencia letrada y representación legal, en su propio nombre, en los procesos en los que exista o pueda existir tal conflicto de intereses.

#### IV. LAS DIFICULTADES INTRÍNECAS DE LA DECLARACIÓN DEL MENOR EN UN PROCESO PENAL DE ADULTOS

Cuando se trata de procesos en que deben participar como testigos los menores, víctimas o no de las infracciones criminales que se enjuician —incluso con frecuencia como únicos testigos—, se plantea una larga serie de cuestiones y problemas que agudizan la dificultad de ese ya de por sí delicado medio de prueba que es el testifical.<sup>22</sup> Son cuestiones referidas tanto a la for-

clara e indica en el artículo 24.2 de la Directiva: “Cuando no se conozca con certeza la edad de una víctima y haya motivos para pensar que es menor de edad, se presumirá, a efectos de la presente Directiva, que dicha víctima es menor de edad”.

<sup>22</sup> Puede ayudar a comprender mejor la complejidad en la que nos encontramos si, de una vez, ya desterramos la consideración de la prueba de las declaraciones testificales como prueba directa. Es, evidentemente, una prueba personal, con toda la labilidad que ello supone, pero en el mejor de los casos no supone más que una “re-construcción”, posiblemente parcial de los hechos, con toda la subjetividad que esto conlleva, con sus sesgos y prejuicios,



ma más adecuada de la declaración para los fines probatorios, a la imprescindible protección del declarante dadas sus particulares características, a la exigencia constitucional de respeto a las garantías procesales de las partes, y en particular del acusado, así como los no menos sensibles problemas de crítica y valoración del testimonio, para lo que es imprescindible la ayuda interdisciplinaria. Conviene ir por partes, para desembocar en los avances que las nuevas tecnologías ofrecen ante esta problemática y la incidencia que pueden tener en la práctica y en la valoración de la prueba testifical.

Con Moreno Catena, podemos recordar que

lo que verdaderamente llena la prueba testifical, su esencia misma, es la declaración o manifestaciones hechos por el testigo con independencia de sus aditamentos formales, pudiendo afirmarse por ello que sólo existiendo testigo que preste declaración nos hallamos ante una verdadera prueba testifical.<sup>23</sup>

Pero la amplitud de esta problemática hace imposible un tratamiento completo en estas páginas, y por eso nos limitaremos a esbozar algunos puntos clave que deben cuidarse cuando quien emite la declaración testifical es un menor. A ello se han dedicado los textos que antes hemos ido citando y que nos servirán de guía para las siguientes consideraciones.

Atendiendo a las “Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice”,<sup>24</sup> constatamos una serie de elementos generales que afectan a la declaración testifical del menor, algunos de implicación indirecta y otros de influencia inmediata.

voluntarios o inconscientes. El testigo no trae directamente la verdad de los hechos punibles objeto de prueba, sino que es simplemente un instrumento falible más —y por ello sometido a crítica y valoración cuidadosa— para “re-crear” esa verdad a través de los elementos disponibles y en la medida de lo posible. El drama está muchas veces en que no hay más elementos probatorios en el proceso penal para que el juez pueda llegar a un razonable grado de convicción sobre esos hechos. Véase Andrés Ibáñez, P., “Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)”, *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo, 2003, p. 66: “No existen fuentes *directas* de prueba, en el sentido de que ninguna prueba pone al juez en contacto directo *con los hechos*”. Sobre la “re-construcción” de la “verdad”, puede consultarse Sobral, J. y Gómez-Fraguela, “Los jueces y su decisiones: la re-construcción de la «verdad»”, en Garrido, E. *et al.* (coords.), *Psicología jurídica*, Madrid, 2006, pp. 199-219. En ese mismo volumen colectivo y más directamente en relación con lo que estamos analizando, véase Sporer, D. *et al.*, “Metamemoria de los testigos presenciales”, pp. 223-268 y Ibabe, I., “Memorias recobradas y falsas memorias”, pp. 269-295.

<sup>23</sup> Moreno Catena, V., *El secreto en la prueba de testigos en el proceso penal*, Madrid, Montecorvo, 1980, p. 54.

<sup>24</sup> Adoptadas en la 1098 reunión de Delegados el 17 de noviembre de 2010.



La información y asistencia que desde el primer momento y a lo largo de todo el proceso se debe proporcionar al niño declarante y a sus padres tiene consecuencias claras en su declaración, pues le hace consciente de sus derechos y de las posibilidades de garantizarlos. Es conveniente que se le haga comprensible lo que sucede en la dialéctica procesal, si tiene madurez suficiente para entenderlo, y al margen de su presencia o ausencia física de la sala de vistas. Su opinión acerca de su propia participación en los imprescindibles actos procesales puede ser importante y debe ser escuchada, así como sobre la forma y los momentos en que pueda serle solicitada su declaración. Es necesario informar de las medidas de protección aplicables, tanto intraprocesales como extraprocesales.<sup>25</sup> Pero también serán importantes las medidas de asistencia y apoyo en sus diversas vertientes: salud física, psicológica, servicios sociales, interpretación y traducción, etcétera. No descuidarse además el derecho a la intimidad del menor, cuya vulneración puede ser más dañosa dado que por definición todavía no goza de una personalidad madura.

Todo ello al margen de su posible participación como parte procesal acusadora a través de su abogado y representante procesal, en los ordenamientos en que ello se permita, como ocurre en el español a través de la figura de la acusación particular, que lo coloca en una posición funcional muy similar a la del propio Ministerio Fiscal. De este modo, el propio menor debe tener conocimiento de la posibilidad de ejercitar la pretensión punitiva y, asimismo, la pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios causados en su persona y bienes.

Más con concreto respeto a su declaración en el proceso, se resalta el derecho a ser oído y a expresar su opinión sobre todos los asuntos que pudieran afectarle, siempre con la matización de su madurez suficiente para que esta audiencia tenga algún sentido, aunque ya nos hemos referido a la exigencia de que el personal diverso que actúa en el proceso debe adaptar el lenguaje y su conducta en general a nivel de comprensión del niño y a su capacidad de comunicación, según su edad y uso de razón. A diferencia de los testigos mayores de edad, esa declaración debe ser entendida como un derecho y no como una obligación. Hay una reiterada insistencia tanto en las recomendaciones y directrices como en aquellos otros que tienen una

<sup>25</sup> Estas medidas cobran sentido si tienen un carácter preventivo y puedan adelantarse a consecuencias indeseables de amenazas, coacciones o en general de la conocida "victimización secundaria". Desde la perspectiva española y sobre la atención a las necesidades de la víctima como testigo, puede consultarse Ferreiro Baamonde, X., *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, pp. 336 y ss. Aunque referidas a la víctima en general, es obvia su aplicabilidad a los menores que se encuentren en las circunstancias previstas.

real fuerza normativa en evitar dilaciones indebidas, que son particularmente perniciosas para la declaración del menor, pues aquí podrían aparecer con mayor probabilidad elementos disfuncionales, como la mayor dificultad para retener lo percibido, la mayor facilidad para ser sugestionado, la dificultad para distinguir entre realidad y fantasía...<sup>26</sup>

La especialización es fundamental cuando se está tratando en el proceso con menores. Lo que se da por supuesto en los casos en que los menores son los sujetos pasivos del proceso no aparece tan claramente cuando ellos son las víctimas y testigos que actúen en un proceso de adultos en los cuales no es nada habitual que el personal jurisdicente ni el personal colaborador o auxiliar tenga esa preparación específica. Por ello, es importante otorgar un rol destacado a los profesionales que asisten a las declaraciones, sea en la fase de investigación o en la de juicio —dependiendo además de cómo se articule la manera de declarar del menor—.

El menor debe encontrarse en una situación cómoda, a la que deben contribuir los especialistas que le acompañen, pero también el lugar en el que se halle. A ello se refiere, por el ejemplo la Directiva 2012/29/UE en su artículo 23.2.a) y b), relativos a la fase de investigación: “Se tomará declaración a la víctima en dependencias concebidas o adaptadas a tal fin” y “la toma de declaración a la víctima será realizada por profesionales con formación adecuada a tal efecto o con su ayuda”. Se destaca además en las Directrices del Consejo de Europa la necesidad de que antes del inicio del proceso los niños estén familiarizados con la disposición del lugar y con las personas y funciones de quienes estén con ellos o estén actuando en el proceso.<sup>27</sup> También de manera más específica el artículo 20.3. b) y c) de la Directiva 2011/92/UE impone que “los interrogatorios del menor víctima tengan lugar, en caso necesario, en locales concebidos o adaptado a tal efecto” y “los interrogatorios del menor víctima sean realizados por o mediante profesionales con formación adecuada a tal efecto”.

Otro elemento importante es la identidad de la persona que va a tomar la declaración, lo cual va a afectar, como más adelante se verá, al principio de intermediación judicial, pero tal vez de manera suficientemente justificada.

<sup>26</sup> Para unas consideraciones completas sobre el estereotipo de los niños como testigos y sus excepciones, véase Garrido Martín, E. y Herrero Alonso, C., “El testimonio infantil”, *Psicología jurídica*, *cit.*, pp. 427-474. En este trabajo se resalta como conclusión la importancia de la entrevista al niño y la imprescindible formación específica previa para ello. Véase al respecto las interesantes conclusiones de Nieva Fenoll, J., “La declaración de niños en calidad de partes o testigos”, *Justicia*, núm. 1, 2012, pp. 125-128.

<sup>27</sup> “Council of Europe Guidelines...”, *cit.*, “5. Organization of the proceedings, child-friendly environment and child friendly language”, p. 10.

En concreto, el punto c) del apartado segundo del artículo 23 de la Directiva de 2012 se refiere a este aspecto, que adquiere una importancia mayor cuando se trate de menores declarantes: “todas las tomas de declaración a la víctima serán realizadas por las mismas personas a menos que sea contrario a la buena administración de la justicia”.<sup>28</sup> Y así, la Directiva de 2011, en su artículo 20.3.d), exige también que “las mismas personas, siempre que ello sea posible y conveniente, efectúen todos los interrogatorios del menor víctima”. Además, el apartado e) establece que “el número de interrogatorios sea el menor posible y sólo se celebren cuando sea estrictamente necesario para los fines de las investigaciones y procesos penales”, y el f): “el menor víctima esté acompañado por su representante legal o, en su caso, por un adulto elegido por él, salvo que por decisión motivada se haya excluido a esta persona”.

Por lo que se refiere a la declaración de las víctimas en general en juicio, la Directiva que se acaba de mencionar obliga a poner a su disposición una serie de medidas también aplicables a los menores (artículo 23.3 Directiva 2012/29/CE): por un lado, medidas para evitar el contacto visual entre la víctima y el infractor y medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de audiencia, medidas todas ellas que deberemos retomar en el apartado siguiente, al considerar la contribución de las nuevas tecnologías a esas finalidades legítimas.

Por otro lado, en el mismo artículo se exige arbitrar medidas para evitar la formulación de preguntas innecesarias en relación con la vida privada de la víctima sin relación con la infracción penal, así como medidas que permitan la celebración de una audiencia sin la presencia del público. La aplicación de éstas deberá ser cuidadosa, pues va ser inevitable su ponderación con los derechos y garantías del acusado: básicamente el derecho de defensa como manifestación del principio de contradicción y además el derecho a un proceso público, que son derechos fundamentales en nuestro ordenamiento constitucional, pero no absolutos, y por tanto susceptibles de delimitación, teniendo en cuenta las circunstancias concretas y las exigencias legítimas en una sociedad democrática —expresión usual en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuando se trata de restringir derechos humanos o libertades públicas en proclamadas en este texto internacional—.

<sup>28</sup> De manera complementaria, el artículo 23.2.d) de esta Directiva establece que “todas las tomas de declaración a las víctimas de la violencia sexual, violencia de género o violencia en el marco de las relaciones personales, a menos que sean realizadas por un fiscal o un juez, serán realizadas por una persona del mismo sexo que la víctima, siempre que la víctima así lo desee y si ello no va en detrimento del desarrollo del proceso”.

Sobre las sesiones en las que intervengan niños, las Directrices del Consejo de Europa se preocupan de que se adapte su ritmo a las necesidades del menor y en especial a su capacidad de atención. Así, pueden ser necesarios descansos más frecuentes de lo habitual y audiencias más cortas de lo ordinario, reforzando con ello la participación de los niños con plenitud de su capacidad cognitiva y estabilidad emocional en las interrupciones y distracciones, que deberán ser reducidas al mínimo.<sup>29</sup>

#### V. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LAS DECLARACIONES DE LOS MENORES Y SU INFLUENCIA EN LAS IMPRESCINDIBLES GARANTÍAS PROCESALES

La cada vez más sólida irrupción de medios de tecnologías de la comunicación y de la información (TIC) en el proceso permite superar algunas de las dificultades que acabamos de plantear, pero a la vez pone sobre la mesa nuevas cuestiones que deben ser consideradas desde la óptica de los diferentes intereses en juego: básicamente el interés superior del menor a su adecuada protección, el interés no menos fundamental del acusado a las exigencias constitucionales del proceso con todas las garantías y aquellos otros derechos fundamentales que le asisten y, además, el interés público de una buena administración de la justicia que concilie todos los intereses contrapuestos y permita alcanzar la finalidad última del proceso penal de ser un instrumento que sirva para la condena de los culpables, pero también para la absolución de los inocentes.

La Comunicación de la Comisión “Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia” de 2011, al referirse a las medidas necesarias para adaptar la administración de justicia a las particularidades de un menor, hemos visto que expresamente se refiere a la utilización de TIC o medios tecnológicos de información y comunicación, en especial la videoconferencia, para permitir que los niños víctimas de delitos puedan participar en el proceso de manera activa, sin ser confrontados directamente con los acusados. Las posibilidades que se ofrecen son variadas, y podría afirmarse que la elección de la más adecuada en cada caso dependerá de las circunstancias concretas.

Sin embargo, si queremos conjugar los diversos criterios que pretenden adaptar la administración de la justicia a las declaraciones de los niños, podríamos concordar en que el criterio general debiera ser obtener la de-

<sup>29</sup> “Council of Europe Guidelines...”, *cit.*, “5. Organization of the proceedings, child-friendly environment and child friendly language”, p. 10.

claración lo antes posible, evitar la reiteración de declaraciones, y por tanto aplicar en la primera de ellas las exigencias de la prueba anticipada, evitando así la comparecencia física del menor ante el tribunal en el juicio oral.

Efectivamente, si entendemos de manera amplia el criterio de la previsibilidad, podríamos afirmar que en la mayoría de estos casos es previsible el perjuicio que puede resultar para el declarante el participar de nuevo en el juicio oral, y por ello debe evitarse la declaración en el juicio oral.<sup>30</sup> Se trataría, siguiendo este razonamiento y por lo que se refiere a la legislación española, de aplicar de manera analógica el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), que ante casos de imposibilidad de concurrir de nuevo permite practicar la declaración ante el juez de instrucción, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes.

Tal criterio general es justamente contrario a lo que nuestro Tribunal Constitucional ha proclamado como ordinario para la práctica de la prueba en el proceso penal,<sup>31</sup> y así sucede también con aquellos ordenamientos que

<sup>30</sup> En este sentido, Nieva Fenoll, J., “La declaración...”, *cit.*, p. 134: “En conclusión, actualmente está comúnmente aceptado que un menor no debe declarar nunca en una sala de justicia, sino que debe ocuparse del análisis de sus recuerdos un especialista en la materia, es decir, un psicólogo del testimonio. Además, como ha quedado dicho, el interrogatorio no debe celebrarse en la sede de un órgano jurisdiccional, sino que a fin de evitar una victimización secundaria del menor, o simplemente una situación tensa, la declaración debe practicarse antes propiamente del inicio proceso (*sic*), en un momento lo más próximo posible al acaecimiento de los hechos y sin la presencia directa de las partes, que sólo podrán formular preguntas al menor a través del psicólogo. Y salvo casos absolutamente excepcionales, esa declaración no tiene por qué repetirse, precisamente, como ha quedado dicho, para evitar la victimización del menor”.

<sup>31</sup> Así, por todas, la STC 101/1985, del 4 de octubre: “El ordenamiento procesal penal español sitúa el momento de la prueba en el juicio oral (arts. 668 a 731 LECrím.)... En este sentido, las diligencias anteriores, encaminadas a la averiguación del delito y a la identificación de los delincuentes, no constituyen pruebas de cargo, sólo se convierten en prueba al practicarse o reproducirse en el juicio oral, y únicamente a lo alegado y probado en él queda vinculado el tribunal penal por ello, el atestado policial, aunque elemento importante tanto en la fase sumarial como en la interpretación y articulación lógica de las pruebas practicadas en el juicio oral, no puede en modo alguno sustituir a éstas. El artículo 297, LECrím, confiere al atestado el valor de denuncia y, si bien en él se establece —como recuerda el Ministerio Fiscal— que las declaraciones de los funcionarios de la policía judicial relativas a hechos de conocimiento propio tendrán el valor de declaraciones testificales, esta afirmación ha de situarse en su debido contexto: el de la fase de averiguación o instrucción sumarial. Sólo puede hablarse de prueba cuando tal actuación testifical se reitera y reproduce en el juicio oral, de modo que pueda realizarse la oportuna confrontación de la otra parte.

La restricción de la prueba testifical al juicio oral responde al principio de contradicción que inspira el procedimiento penal español y viene a formar parte del contenido de los derechos mínimos que las normas internacionales reconocen al acusado con el fin de garantizar un proceso penal adecuado (artículo 6.3 d) del Convenio para la Protección de los Derechos

han implementado el proceso penal oral, pues se considera en principio como verdadera prueba la que ha sido practicada en la fase plenaria bajo los principios de contradicción, intermediación, concentración y publicidad, pero sin que ello impida excepciones justificadas. De hecho, lo importante es la garantía de la contradicción, siendo de menor grado la intermediación, la concentración e incluso la publicidad, pues el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos dando validez y eficacia de la prueba testifical al margen del momento en que la declaración se haya emitido, siempre que se cumplan las garantías de defensa.<sup>32</sup> Conviene, sin embargo, no anticipar del todo la conclusión, pues como antes decíamos, las posibilidades son varias.

### 1. *Exigencias normativas europeas*

La Convención sobre los Derechos del Niño, al imponer a los Estados miembros la garantía de que el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tenga el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, en función de su edad y de su madurez (artículo 12.1), añade que se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. No hay alusión alguna a la utilización de nuevos medios para esta audiencia preceptiva.

Peo los distintos textos europeos a los que nos hemos referido en las páginas anteriores sí contienen recomendaciones o verdaderas reglas con fuerza normativa relativas a la expresa aplicación de estos nuevos medios.

Como adelantamos, la Directiva 2012/29/UE, en su artículo 23, aplicable a todas las víctimas con necesidades especiales de protección durante el proceso penal, al prever la necesidad de evitar el contacto visual entre la víctima y el infractor, para evitar influencias indeseadas en la declaración y, asimismo, el sometimiento de la víctima a nuevos traumas o, por lo menos,

Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre 1950, reproducido virtualmente en el artículo 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966”.

<sup>32</sup> “Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contre él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”.

al afloramiento de los antiguos, permite el uso “de los medios adecuados, incluido el uso de tecnologías de la comunicación”. También, cuando pretende garantizar, con los mismos fines, que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de audiencia, por supuesto se refiere, de manera especial, a la “utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas”.

Un mayor desarrollo de estas previsiones lo encontramos en el artículo siguiente, como ya sabemos, específicamente referido a la protección de las víctimas menores de edad durante el proceso penal. Aquí nos encontramos con preceptos de gran interés: se establece que en las investigaciones penales todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales, y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales. Se dispone también que las normas procesales de las grabaciones audiovisuales y su uso se determinarán en el derecho nacional.

Por lo que se refiere a la protección de los menores víctimas en las investigaciones y procesos penales por abusos sexuales, explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, la Directiva 2011/92/UE dispone que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que todos los interrogatorios del menor víctima o, en su caso, del testigo que sea menor, puedan ser grabados por medios audiovisuales, y que esas grabaciones puedan ser admitidas como prueba en el proceso penal, de conformidad con las normas de su derecho nacional. Contempla, a su vez, la adopción de medidas necesarias para que la audiencia se desarrolle a puerta cerrada, o para que el menor pueda ser oído sin estar presente en la sala de audiencia, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas.

Se obliga a los Estados miembros, por tanto, a prever en su normativa interna tales medidas, pero se deja a la elección de las autoridades competentes conforme a su propio derecho, la determinación de la más adecuada en cada caso, sin más valoraciones. Se incluye, no obstante, en el artículo 20.6 de la Directiva 2011/92/UE, la necesidad de adoptar las medidas necesarias para proteger la intimidad, la identidad y la imagen, así como para impedir la difusión pública de cualquier información que pudiera dar lugar a su identificación, cuando ello redunde en interés de los menores víctimas y teniendo en cuenta otros intereses primordiales. Estas exigencias suponen una manera indirecta de condicionar en el ámbito interno la medida más adecuada, pues de ello deducimos que no es posible una aplicación amplia del principio de publicidad del proceso a terceros que incluya la difusión de imágenes o datos que puedan dar lugar a la identificación del declarante. No afectaría tal prescripción a la publicidad relativa o respecto a las partes



procesales, pues de hacerlo nos confrontaría con la problemática de los testigos anónimos, cuyas declaraciones no bastarían por sí solas para desvirtuar la presunción de inocencia, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>33</sup>

## 2. *Exigencias normativas españolas*

En el ordenamiento español los avances han sido considerables en los últimos años acerca de la posibilidad de la utilización de nuevas tecnologías en el ámbito jurídico-procesal,<sup>34</sup> aunque la práctica deje todavía mucho que desear, entre otros motivos por la falta de inversión suficiente, por la incompleta formación del personal que debe aplicar las TIC o por las dificultades de interoperabilidad por la incompatibilidad de sistemas según los territorios. Bien es cierto que los planes de modernización e incluso algunas normas específicas, que justamente afectan a las cuestiones que estamos tratando en este artículo, tienen un más largo recorrido.

La reforma de 1994 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)<sup>35</sup> introdujo ya, en el artículo 230, la previsión de la utilización de medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de las funciones de los juzgados y tribunales.<sup>36</sup> Pero fueron algunas leyes bastante más recientes las que incluyeron en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal algunas disposiciones directamente relacionadas con la aplicación de este tipo de medios en las declaraciones de menores en procesos penales de adultos.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Entre otros, véanse los casos *Doorson* (STEDH del 26 de marzo de 1996), *Van Mechelen* (STEDH del 23 de abril de 1997) *Visser* (STEDH del 14 de febrero de 2002), todos ellos contra los Países Bajos, y el caso *Krasiniki contra la República Checa* (STEDH del 28 de febrero de 2006). Como se afirma en esta última sentencia, el artículo 6o. CEDH no concede al acusado un derecho ilimitado a la comparecencia de los testigos en el juicio. Pero normalmente la prueba debe practicarse en audiencia pública, en presencia del acusado, en una contienda adversarial y las excepciones no deben infringir los derechos de la defensa: en términos generales, al acusado se le debe ofrecer la oportunidad, adecuada y apropiada, de contradecir y cuestionar a un testigo que declara contra él.

<sup>34</sup> Téngase en cuenta, sobre todo, la Ley 18/2011, del 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia.

<sup>35</sup> Se trata de la Ley Orgánica 16/1994, del 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, del 1o. de julio, del Poder Judicial.

<sup>36</sup> Un temprano estudio crítico de esta reforma puede verse en Calvo Sánchez, M. C., “Los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 157, 7 de julio de 1994.

<sup>37</sup> Así, deben tenerse en cuenta en particular la disposición adicional única de la Ley Orgánica 13/2003, del 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en



De este modo, la vigente regulación en nuestro país sobre esta materia se resume de la siguiente manera: en primer lugar, en el artículo 433, LE-Crim, al regular las declaraciones testificales como diligencia de investigación, se expresa una interesante distinción entre las declaraciones de los mayores de edad y de los menores: los testigos mayores de edad deben prestar juramento o promesa de decir todo lo que supieran respecto a lo que les fuera preguntado, estando el juez obligado a informarles, en un lenguaje claro y comprensible, de la obligación que tienen de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal; mientras que las declaraciones de menores “podrán” realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Salvo que sean imputados por el juez o éste, de manera excepcional y motivada, “podrán” estar presentes quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor. Además, el juez “podrá” acordar la grabación de la declaración.

Con todo lo que llevamos dicho, es claro que nos parece criticable esta discrecionalidad judicial; entendemos que el legislador debía haber impuesto la necesidad de la presencia de expertos, de los padres, tutores o guardadores del menor —salvo contraposición de intereses— y la obligación de grabar la declaración para evitar tener que repetirla en contra del interés superior del menor.

Por su parte, los artículos 448 y 707 de la LECrim, tienen el mismo contenido, aunque el primero se refiere a las diligencias de investigación, y el segundo a los medios de prueba que se practiquen en el juicio oral, “La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”. Aquí sí se siguen las directrices europeas y se da cauce jurídico para la protección adecuada del menor. Se echan en falta si acaso criterios más concretos para la elección del medio más adecuado.

Pero nos ayuda a concretar el artículo 731 bis de la LECrim, al disponer que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición que resulte gravosa o perjudicial y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema simi-

materia de prisión provisional, y la disposición final primera de la Ley Orgánica 8/2006, del 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 del enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

lar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la LOPJ. Ello conlleva una valoración de las circunstancias concretas por parte del juez y una concreta motivación en la resolución que acuerde la práctica de la declaración, que entendemos deberá ser un auto.

La previsión general la tenemos en el artículo 229.3 de la LOPJ, que las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas se realicen por videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal. Es necesario que el secretario judicial acredite desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervienen a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo.<sup>38</sup>

Como vemos, en estas normas también se deja al juez la decisión que corresponda según las circunstancias concretas, siempre que se aseguren las garantías esenciales del proceso justo. En consonancia con este criterio, debe tenerse en cuenta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Eu-

<sup>38</sup> Los límites de este estudio nos lo impiden, pero no queremos dejar de citar la polémica que se suscitó en nuestro país en primer lugar por las consideraciones restrictivas que se derivan de la STS (Sala de lo Penal) 678/2005, del 16 de mayo, al no observar razones suficientes para que la declaración testifical —en este caso de adultos— se hiciera por videoconferencia. Las únicas esgrimidas en este caso, tal y como resume la propia Sala, son el ahorro de costes y la mayor seguridad y evitación de fugas al evitar el traslado de presos a efectos de la declaración. Si se ha admitido en otros casos, por ejemplo, en la STS (Sala de lo Penal) 779/2012, del 22 de octubre, en un caso de declaración por videoconferencia de la víctima realizado desde Rumania. A su vez, la propia Fiscalía General del Estado expresó sus propias dudas: en la Instrucción 1/2002, del 7 de febrero, acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia, destacó que “el derecho a un proceso con todas las garantías, proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución, se ve afectado por la utilización de nuevas tecnologías para la celebración del juicio oral”, mientras que la Instrucción 3/2002, del 1.º de marzo, sobre actos que pueden celebrarse a través de videoconferencia de manera más amplia y flexible permite la utilización procesal de la videoconferencia, entre otros casos en la declaración de testigos (“cuando, por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales del testigo o perito o por cualquier otra causa de análogas características, resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de dichas personas en la sede del órgano judicial”).

ropea del 21 de diciembre de 2011,<sup>39</sup> por la que se establece que no se deriva del derecho europeo ninguna imposición al Ministerio Fiscal de solicitar al órgano jurisdiccional competente la audiencia de la víctima especialmente vulnerable y que se la tome declaración como prueba anticipada en la fase de investigación.<sup>40</sup> Entendemos que tras la entrada en vigor de las normas a las que nos hemos referido, el reconocimiento de los intereses del menor deberían llevar a la conclusión opuesta, salvo la concurrencia de circunstancias determinadas —como la cercanía a la mayoría de edad y la especial madurez del menor— que hagan evidente que una nueva toma de declaración en el juicio oral no va a implicar en ningún caso una victimización secundaria.

### 3. *Las alteraciones en la aplicación de las garantías procesales y su valoración*

En estos casos debemos ser conscientes de que hay una colisión de derechos de alcance constitucional, que deben ser armonizados, aunque de este modo pueden verse limitadas algunas garantías procesales y restringida la aplicación general ordinaria de los principios procesales que rigen nuestro proceso penal.

Hemos constatado ya la evidente desfiguración del principio de inmediación cuando se aplican medios como la videoconferencia. Hay una innegable relación entre el órgano juzgador y el sujeto declarante, que será mayor o menor según las cautelas que se apliquen en el caso concreto, pero tampoco puede negarse que esa relación no es realmente directa, sino a través de un instrumento técnico determinado. Más clara es todavía la ausencia de intermediación cuando el declarante lo hace en una grabación que se emite durante las sesiones del juicio oral. Entendemos que todo ello no implica por sí mismo una vulneración de las garantías constitucionales, siem-

<sup>39</sup> Nos referimos al asunto C-507/10, sentencia del 21 de diciembre de 2011 (proceso penal contra X) en que se resuelve una cuestión prejudicial sobre la protección de personas vulnerables en el proceso penal, en concreto se trata del examen de testigos menores de edad.

<sup>40</sup> La importante Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado, sobre protección de los menores víctimas y testigos concluye, sin embargo, entre otras muchas reflexiones, que “Las Sras./Sres. Fiscales interesarán la grabación de la declaración como modo específico e documentación siempre que prevean que el menor no va a poder declarar en el acto de juicio oral o cuando de los datos recabados pueda sostenerse que el grado de victimización secundaria del menor podría ser especialmente intenso y perjudicial si se le impone la obligación de asistir al juicio como testigo”.

pre que la ponderación de los intereses encontrados y de las circunstancias implicadas se haya hecho correctamente.

En el caso en que la declaración haya sido grabada como prueba anticipada, el que se restringe también es el principio de concentración, por mucho que se oiga de nuevo la declaración y se inicie un debate contradictorio entre las partes en la fase plenaria o de juicio oral. Más complejas son las consideraciones en torno a la publicidad, pues por un lado debe recordarse que se configura en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental (artículo 24.2 de la Constitución Española), y no sólo como un principio del procedimiento, pero las particulares exigencias que hemos visto deben rodear la protección de los derechos del menor obligan a adoptar necesarias salvaguardias que limiten la aplicación del principio de publicidad absoluta.

El que debe permanecer incólume en su esencia es el principio de contradicción o, si se prefiere, el núcleo duro del derecho de defensa.<sup>41</sup> Las limitaciones que se impongan en la práctica de la prueba testifical del menor en ningún caso pueden suponer restricciones insuperables para la defensa del acusado, que debe poder combatir las declaraciones testificales en su contra, e incluso poner en duda la credibilidad del testigo, de modo que pueda introducir una duda razonable en la consideración del juzgador que le impida entender desvirtuada esa verdad interina que conocemos como presunción de inocencia.

<sup>41</sup> Importante en esta materia es la STEDH del 5 de octubre de 2006 (caso *Marcello Viola*), en la que viene a concluirse que la participación a través de videoconferencia no es en sí misma contraria al CEDH, si persigue un fin legítimo y su desarrollo respeta el derecho de defensa.

## ADN VS. COSA JUZGADA. PRODUCCIÓN DEL ADN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Héctor Eduardo LEGUISAMÓN

SUMARIO: I. *Efectos del examen genético del ADN en las pretensiones de la filiación.* II. *La revisión de la cosa juzgada irreal.* III. *La producción del examen genético del ADN.* IV. *La citación para la toma de las muestras de sangre.* V. *La toma de las muestras de sangre y el procedimiento posterior.*

### I. EFECTOS DEL EXAMEN GENÉTICO DEL ADN EN LAS PRETENSIONES DE FILIACIÓN

Cuando hace tiempo se contaba únicamente con la prueba hematológica, que permitía excluir la paternidad, pero no afirmarla positivamente, ya la doctrina y la jurisprudencia sostenían que la negativa a someterse a la prueba biológica creaba una presunción en contra de quien asume tal actitud procesal.<sup>1</sup>

Por la década de los años sesenta, sobrevino la prueba de histocompatibilidad (HLA —Human Lymphocyte Antigen—) que, dirigida originalmente a evitar los rechazos de trasplantes orgánicos en seres humanos, fue aplicada en las investigaciones de filiaciones, siendo más concluyente que la

---

<sup>1</sup> Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A., *Régimen legal de filiación y patria potestad—Ley 23.264*, Astrea, 1985, pp. 105 y 106, con citas de Belluscio, *Manual*, t. II, núm. 473; Borda, Guillermo A., *Tratado—Familia*, t. II, núm. 733; Díaz de Guijarro, “Valoración probatoria de la negativa a someterse a la investigación de los grupos sanguíneos”, *Jurisprudencia Argentina*, 1947-III-216; Zannoni, Eduardo A., *Derecho de familia*, t. II, núm. 842, p. 476, Grosman, *Acción de impugnación de paternidad del marido*, p. 183, § 56; Calarota, *Determinación de la paternidad por el sistema HLA*, La Ley 1985-A-472; Cámara Nacional Civil, sala D, 6 de septiembre de 1973, *El Derecho* 53-182; *id.*, sala C, 5 de marzo de 1977, La Ley 1977-C-70; *id.* sala F, 12 de febrero de 1975, *El Derecho* 67-639; y en contra de Mercader, Amílcar, *La jurisdicción y la prueba. Investigaciones en el cuerpo humano*, La Ley 23-120.

anterior, con lo que se robusteció la opinión imperante.<sup>2</sup> En un interesante trabajo, Verruno, Haas y Raimondi postularon que, en concordancia con lo dispuesto por la Ley Nacional 23.511 de la República Argentina, la negativa a la extracción de sangre a los efectos de la prueba de compatibilidad inmunogenética (PCI), debe ser considerada como presunción en contra.<sup>3</sup> Luego fue superada por la aparición del ADN.<sup>4</sup>

Los estudios para la identificación de la individualidad de las personas pueden ser resueltos investigando la variabilidad o polimorfismo de la molécula del ácido desoxirribonucleico, cuya sigla es ADN o DNA —según la literatura inglesa—. El ADN es el soporte molecular de la totalidad de la información genética o genoma. El genoma, constituido por ADN, se distribuye en el ser humano en forma mayoritaria en el núcleo celular, y se lo denomina genoma nuclear. En el ADN genómico se encuentran regiones que se caracterizan por la repetición en tándem de una misma secuencia de ADN. Estas regiones se denominan VNTR (Variable Number of Tandem Repeats) o “minisatélites”, y son secuencias de nucleótidos de distinta longitud. El número de repeticiones varía de una persona a otra, generándose así un multialelismo muy informativo. Los tándem repetitivos se encuentran localizados más frecuentemente en regiones no codificantes, pero también es posible hallarlos en regiones codificantes de un gen. Ciertos minisatélites están localizados en un solo lugar: “locus”, que es el sitio específico de un gen en un cromosoma. Otros minisatélites se hallan dispersos sobre muchos cromosomas; es decir, ocupan distintos “loci”. La herencia de estas regiones minisatélites es mendeliana, lo cual permite su utilización en estudios de filiación. El primero en aplicar estos estudios en cuanto a la variación de los VNTR fue Alec J. Jeffreys en Inglaterra, quien acuñó la expresión de “D.N.A.-fingerprinting” o “huellas dactilares de ADN”.<sup>5</sup>

El examen genético de ADN, correctamente realizado es, en la actualidad, el medio científico que alcanza el mayor grado de certeza en la in-

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1 de noviembre de 1987, “D., N. N. c/C., E. J.”, La Ley 1987-E-404; Cámara Nacional Civil, sala F, 7 de marzo de 1989, “G. A., R. N., c/D., A.”, La Ley 1989-E-112/3.

<sup>3</sup> Verruno, Luis *et al.*, *La filiación. El HLA. Los jueces, los abogados y la ciencia*, La Ley, 1990-A-799.

<sup>4</sup> “El F.B.I. informó al Comité de Tecnología de ADN en ciencias forenses por intermedio de J. W. Hicks que el 33% de las inclusiones de vínculo por HLA fueron excluidas por ADN”, Di Lella, Pedro, *Paternidad y pruebas biológicas*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 22.

<sup>5</sup> Jeffreys, Alec J. *et al.*, *Individual-Specific Fingerprints of Human DNA*, *Nature*, 1985, 314, pp. 67-73.

vestigación de filiaciones en tanto permite excluir la paternidad en 100% e incluirla en 99.99%.

Sin embargo,

a diferencia del procedimiento de individualización por huellas dactilares, los resultados generados por la aplicación de las técnicas de tipificación de ADN a la identificación de personas, presentan un margen de incertidumbre debido a la posibilidad de que en la población existan personas con perfiles genéticos iguales, si el estudio no ha registrado la suficiente cantidad de marcadores, circunstancia que ha hecho necesario generar un método estadístico capaz de medir el nivel de incertidumbre en las diversas situaciones que puede presentar la práctica forense. La posible repetición de perfiles genéticos en la población no afecta a los dictámenes de exclusión: cuando los perfiles genéticos que se comparan difieren, la exclusión es conclusiva. Por el contrario, la interpretación de las concordancias sí se ve afectada por esa posibilidad de encontrar perfiles iguales, y debe tenerse en cuenta la probabilidad de identificar falsamente a una persona como familiar biológico de otra o de señalar como fuente de la evidencia a un sospechoso cuando en realidad es otro el individuo al que pertenece el material. Es por ello que en toda concordancia debe medirse el grado de incertidumbre o grado de error implícito; es decir, apreciar la magnitud que tiene la posibilidad de que la concordancia se haya producido por azar y nos estemos equivocando al asignar identidad. Para expresar cuál es la posibilidad del error, los resultados son sometidos a un procedimiento estadístico en el que se emplean fórmulas ya establecidas y consensuadas por la comunidad científica internacional.<sup>6</sup>

De allí que se haya señalado que quien rehúsa someterse sin justa causa a una peritación genética, sin duda que lo hace guiado por el temor que le produce el resultado de la prueba y verse expuesto “públicamente” en sus mendacidades y dobleces,<sup>7</sup> máxime si lo que se debate es el estado de familia de una persona.

Sin embargo, ¿es suficiente la simple negativa injustificada o hace falta algo más? Tengo para mí que no basta la simple negativa a someterse al examen genético para conjeturar el vínculo biológico de quien rehúsa. Las razones que brinde para tal actitud pueden tener su origen en innumerables

---

<sup>6</sup> Sotelo Lago, Rosario Alicia *et al.*, “ADN y medicina forense. Diez años de experiencia (primera parte)”, *Cuadernos de Medicina Forense*, año 1, núm. 1, pp. 1-12, junio de 2002, publicación cuatrimestral del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (República Argentina), versión PDF disponible en [www.csjn.gov.ar/cmfc/cuadernos/1\\_1\\_1.html](http://www.csjn.gov.ar/cmfc/cuadernos/1_1_1.html).

<sup>7</sup> Kielmanovich, Jorge L., *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Abeledo-Perrot, 1996, p. 501.

motivos (morales, éticos, religiosos —*v. gr.*, testigos de Jehová—, síquicos, etcétera), que si bien pueden aparecer injustificados, no por ello se deben soslayar ni dejar de atender en todos los casos.<sup>8</sup>

En Brasil, se ha superestimado de tal manera la prueba de ADN —aun cuando su infalibilidad está en tela de juicio en el hermano país—, que se obliga al investigado a realizar la peritación genética so pena de que su negativa será tenida como infalible presunción de paternidad,<sup>9</sup> cuestionándose —con buen criterio— la sacralización de tal presunción sobre la base de que antes de ordenar la peritación genética se debiera demostrar la verosimilitud de la demanda por otros medios, como permitir al investigado producir prueba negativa de la alegada paternidad.<sup>10</sup>

En México, el artículo 325 del Código Civil para el Distrito Federal —sancionado en 2000—, referido a la filiación matrimonial, para destruir la presunción legal *iuris tantum* que establece el artículo 324 de ser hijos de los cónyuges respecto de los nacidos dentro del matrimonio y de los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, permite la producción de pruebas “que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer”; asimismo, para el supuesto de hijos extramatrimoniales, el artículo 382 del mismo texto legal prevé “la utilización de cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos”, en el entendido de que si el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre;<sup>11</sup> se afirma que

afortunadamente, cada día son más los jueces y magistrados de la República Mexicana, que ordenan oficiosamente la práctica de dicha prueba, con excelentes resultados, pues como bien dice el refrán “para qué tantos brincos

---

<sup>8</sup> En contra, Kielmanovich considera que según se ha resuelto (Cámara Nacional Civil, sala H, 4 de octubre de 1996, *El Derecho* 172-274), con inobjetable solvencia en su opinión, de la negativa a someterse a una pericia genética puede exclusivamente deducirse la convicción judicial, extremo que implica acordarle a la conducta, aisladamente o en conjunción con los restantes medios de prueba, un peso incluso concluyente para la decisión del conflicto. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado*, t. I, Lexis-Nexis-Abeledo-Perrot, 2003, p. 229).

<sup>9</sup> 7a. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Apelação Cível núm. 597.145.713, Rel. Des. Eliseu Gomes Torres, RJTJRS 187/290.

<sup>10</sup> Madaleno, Rolf, “A sacralização da presunção na investigação de paternidade”, en Couto, Sérgio (coord.), *Nova Realidade do Direito de Família*, t. 2, Río de Janeiro, COAD, SC Editora Jurídica, 1999, t. 2, pp. 73-86; y <http://www.gontijo-familia.adv.br/escritorio/outros44.html>.

<sup>11</sup> Godínez, Lázaro Tenorio, “Hacia un nuevo procedimiento en los juicios sobre paternidad ágil, sencillo y eficaz”, *Revista Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, México, Séptima Época, t. 246, pp. 199 y 200.



estando el piso tan parejo”. *En este tipo de juicios sólo hay una verdad: se es o no se es el padre o la madre*, y si su práctica es gratuita, no debe existir mayor temor en someterse [y se sostiene que] en los juicios sobre paternidad, salvo tratándose de aquellos relacionados con la fecundación asistida —donde sí se requerirán otros medios de prueba para demostrar la ausencia de consentimiento—, *resulta ocioso e innecesario ofrecer, admitir, preparar y desahogar otras probanzas ajenas a la pericial en genética molecular*.<sup>12</sup>

En los Estados Unidos de América, más que dirigido a determinar un vínculo biológico, pareciera ser que la prueba de ADN está enderezada a la cesación de las obligaciones alimentarias provenientes de la presunción de paternidad. En la página web del grupo “U.S. Citizens Against Paternity Fraud”<sup>13</sup> (Ciudadanos de los Estados Unidos contra el fraude de la paternidad) se compara el fraude de la paternidad a una violación y se incluye un “Hall of Paternity Fraud Victims” (Galería de las Víctimas del Fraude de la Paternidad). Los diseñadores de la Uniform Parentage Act (UPA 2000) hicieron más difícil desafiar la paternidad de un niño con un padre presumido. Para un niño con padre no presumido, desconocido o adjudicado, el procedimiento puede comenzar en cualquier momento, mientras que si se trata de un padre presumido debe ser iniciado dentro de los dos años del nacimiento y, además, la Corte está autorizada a denegar el examen genético cuando la conducta anterior de la madre o del padre presumido sea contraria al desconocimiento de la paternidad y cuando no resulte equitativo invalidar el parentesco.<sup>14</sup>

En la República Argentina, el artículo 253 del Código Civil —modificado por Ley 23.264— establece que en las acciones de filiación se admitirá toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las cuales podrán ser ordenadas de oficio o a petición de parte. Esto significa que aunque las partes no hubiesen ofrecido exámenes genéticos como medios de prueba o aun mediando desistimiento de los que hubiesen propuesto, los jueces pueden ordenarlos.

Por su lado, la Ley Nacional 23.511, creadora del Banco Nacional de Datos Genéticos, establece en su artículo 4, párrafo primero:

<sup>12</sup> Godínez, *Hacia un nuevo procedimiento...*, cit., pp. 203 y 204.

<sup>13</sup> <http://www.paternityfraud.com>.

<sup>14</sup> Anderlik, Mary R. y Rothstein, Mark A., “DNA-Based identity testing and the future of the family: A research agenda”, *American Journal of Law & Medicine*, vol. 28, núm. 2-3, American Society of Law, Medicine & Ethics, Boston University School of Law, 2002, pp. 215-232.

Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la *pretensión apareciese verosímil o razonable*, se practicará el examen genético, que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá *indicio* contrario a la posición sustentada por el renuente.

Esta norma considera la negativa a someterse al examen genético como un *indicio* en contra del reticente, no sólo porque así lo menciona expresamente su texto, sino porque requiriendo en su primera parte que la pretensión debe aparecer “verosímil o razonable”, para que tal indicio adquiera trascendencia, debe estar rodeado de otras pruebas o indicios demostrativos de que la pretensión ejercida goza de credibilidad, sensatez o seriedad. Vale decir que la negativa sola no basta, siendo necesaria la acreditación de otras circunstancias previas, *v. gr.* la convivencia, noviazgo, relación amorosa, etcétera, que indiquen el vínculo biológico reclamado y que, concatenadas a la negativa a someterse al examen genético, hagan presumirlo. Incluso, en mi parecer, las probanzas de dichas circunstancias se debieran producir con antelación a ser ordenada la muestra genética. En la práctica, se aprecian muchas demandas, en las cuales simplemente se invoca genéricamente el mantenimiento de una relación afectiva sin dar mayores precisiones a la espera de una negativa al sometimiento a realizar la prueba genética.<sup>15</sup>

Pongamos como ejemplo el caso del demandado que rehusó realizar el examen genético de ADN, pero durante la etapa probatoria muestra que durante el lapso de la posible concepción vivió en otro país: ¿podría ser considerado padre únicamente por haber rehusado —incluso expresamente— realizar tal prueba biológica? Entiendo que la respuesta debe ser negativa, pues de la misma manera habría que concluir si directamente nunca vino al país. De allí que la pretensión debe ser verosímil y razonable, lo cual no basta con el simple relato de los hechos de la relación habida, sino que éstos deben ser objeto de acreditación.

El Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina —en tratamiento legislativo actualmente— prevé en su artículo 578, que en las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte, agregando

---

<sup>15</sup> Leguisamón, Héctor Eduardo, *El valor probatorio del comportamiento de las partes antes y durante el proceso*, ponencia presentada al XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal de la República Argentina (Paraná, 2003), publicada en <http://www.ucaparana.com.ar/derecho/trabajos/leguisamon.htm>, y *elDial* DC2A2; así como *Las presunciones judiciales y los indicios*, 2a. ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 176 y 177.

que ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado, debiendo priorizarse a los más próximos, y si ninguna de esas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente. Asimismo, para el caso del fallecimiento del presunto padre, establece el artículo 580 del Proyecto que la prueba se puede realizar sobre material genético de los dos progenitores naturales de éste, y ante la negativa o imposibilidad de uno de ellos, se puede autorizar la exhumación del cadáver; el juez puede optar entre esas posibilidades según las circunstancias del caso.

## II. LA REVISIÓN DE LA COSA JUZGADA IRREAL

La doctrina y la jurisprudencia aceptan la posibilidad de promover un proceso mediante una acción (pretensión) revocatoria procesal autónoma, que puede ser denominada “pretensión autónoma de sentencia declarativa de la cosa juzgada *irrita*”<sup>16</sup> o “pretensión autónoma revisiva de la sentencia firme”,<sup>17</sup> cuyo objeto es la declaración de nulidad o invalidez de la sentencia con sustento, en general, en que el proceso ha sido fraudulento y simulado —cuando ha sido promovido en forma simulada, mediando colusión entre el actor y el demandado, con la finalidad de perjudicar derechos de terceros—; en tales casos se admite que la cosa juzgada nula pueda ser dejada sin efecto.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Morello, Augusto M., “Pretensión autónoma de sentencia declarativa de la cosa juzgada irrita”, *El Derecho* 36-288.

<sup>17</sup> Tierra, Raúl H., “Medios de revisión de la cosa juzgada en el derecho de familia”, en Peyrano, Jorge W. (dir.), *La impugnación de la sentencia firme*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, t. II, p.116.

<sup>18</sup> Falcón, Enrique M., *Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, t. I, pp. 271 y 272; Morello, “Pretensión autónoma de sentencia declarativa...”, *cit.*; Berizonce, Roberto O., “Cosa juzgada fraudulenta y acción de nulidad”, *Jus*, 10-75; “Medios de impugnación de la cosa juzgada”, *Rev. Col. Abog.*, La Plata, 26-259; Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, 3a. ed., Depalma, 1979; Hitters, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada*, 2a. ed., Platense, 2006; Colerio, Juan P., “La inmutabilidad de la cosa juzgada frente al proceso fraudulento”, *La Ley*, 1991-B-259; Eisner, Isidoro, “Contenido y límites de la cosa juzgada”, *La Ley*, 1981-A-35; Fenochietto, Carlos E., “Cuestiones litigiosas amparadas por la cosa juzgada”, *La Ley*, 1988-E-334; Peyrano, Jorge W., “Acerca del tribunal competente para conocer la acción de nulidad de sentencia firme”, *El Derecho*, 154-948; Godoy, Daniel, “Acción revocatoria por cosa juzgada irrita”, *Jurisprudencia Argentina*, núm. 6016, 18 de diciembre de 1996, p. 24; Cámara Civil Comercial, Trabajo y Familia Bell Ville, 6 de abril de 1984, “Romaldi de Stanchich, Delia c/Eandi de Peppino, Hilda M. y otro”, *La Ley Cba.* 1984-1132; Cámara Civil y Comercial Córdoba, 1a., 10 de

La revisión de la cosa juzgada fue materia de tratamiento en el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal de la República Argentina (San Martín de los Andes, 1999), habiendo la Comisión de Derecho Procesal Civil enunciado las siguientes conclusiones: 1) la revocabilidad de la cosa juzgada sólo procederá por vicios sustanciales que sean trascendentes y heterónomos al proceso; 2) la inexistencia de una regulación no es obstáculo para la aplicación del instituto. En este caso corresponderá la acción autónoma de nulidad; 3) el tipo de proceso a aplicar es el proceso de conocimiento más amplio previsto por la legislación local; 4) la vía puede articularse a través de un recurso de revisión o una acción autónoma de nulidad. En los ámbitos territoriales en que exista el recurso de revisión no quedará excluida la acción autónoma de nulidad, pero para los supuestos no previstos en el recurso; 5) sin perjuicio de lo anterior, se recomienda la regulación del instituto de modo uniforme a través de la acción autónoma de nulidad; 6) se aplican las reglas de la nulidad de los actos jurídicos sustanciales; 7) las condiciones de excepcionalidad deben ser enumeradas, sin perjuicio de hacerse respecto de ellas una interpretación extensiva; 8) el plazo para peticionarla será de 30 días desde que se conoció el vicio o fue posible el reclamo; 9) el plazo de prescripción debe ser el que corresponda, conforme con la ley de fondo al acto cuya impugnación se pretende; 10) el tribunal competente es el que corresponda conforme con la ley para la impugnación de actos jurídicos en cada competencia territorial, con excepción de que el mismo tribunal sea el que haya dado lugar al vicio; 11) están legitimados todos aquellos que tengan un interés legítimo, pero en los lugares en que exista un recurso de revisión no se permitirá por vía de la acción autónoma de nulidad, suplir la inacción prevista específicamente por el recurso.

Es indiscutible la importante repercusión que ha tenido la prueba biológica del ADN en las pretensiones de filiación, en virtud de la cual puede ser revisada una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, sea que hubiera determinado, o desestimado, la paternidad o la maternidad reclamada o impugnada.

Según vimos antes, la cosa juzgada material no es tan inmutable como se sostiene, pues cuando ella es nula, admite su revisión o anulación por vía de una pretensión autónoma.

Del mismo modo, la cosa juzgada en las pretensiones de filiación, al menos como excepción a la regla de inmutabilidad, debe tolerar su revisión, no

julio de 1984, “Domínguez, Olga y otra c/Tyta Financiera S.A.”, del voto del doctor Dendarys Crespo, La Ley Cba. 1985-130; Cámara Civil y Comercial Azul, 4 de noviembre de 1997, “Gil, Omar A. c/Capitania, Orlando O.”, La Ley, Buenos Aires, 1998-575.

ya por ser el producto de un proceso fraudulento o simulado u otras causales aceptadas por la doctrina —hipótesis en la cual cabe entenderla incluida dentro de la teoría de la cosa juzgada nula—, sino por haber variado las circunstancias que llevaron a la justicia a determinar o no un determinado estado filiatorio, lo cual se verifica con el advenimiento de las nuevas pruebas científicas.

En este sentido, acertadamente se ha dicho: “La inmutabilidad de los decisorios judiciales, o sea la vocación de eternidad que tiene toda sentencia firme, sólo puede ser quebrada en los casos en que opera a) *un cambio de las circunstancias que le dieron origen al fallo...*”, y, asimismo, que “Esta limitación (temporal) se opera si consideramos que la *res judicata* no puede mantenerse cuando han cambiado con el transcurso del tiempo las circunstancias fundamentales que dieron origen al decisorio sentencial”, también: “...que en este tipo de trámite nunca se juzga de nuevo lo ya fallado porque para modificar la *res judicata*, debe existir siempre un *novum*”.<sup>19</sup>

Si una sentencia determinó o desconoció la filiación reclamada o impugnada en su oportunidad, según los medios de prueba con los cuales se contaba a la época, el advenimiento de una prueba científica puede demostrar que el estado filiatorio determinado o no en la sentencia no responde a la realidad biológica y, por tanto, puede y debe ser revisada, incluso, aunque hubiera existido, tal prueba científica no se produjo, pues se trata de una cosa juzgada *irreal*, máxime teniendo en cuenta que comporta una cuestión que, a más de las partes involucradas, tiene interés la sociedad toda.

Aunque con la lógica demora del derecho con relación a los avances científicos y tecnológicos, y cuando la ciencia ya había dado a luz al ADN, el legislador se hizo eco de la prueba científica de HLA y, mediante la Ley 23.264 (sancionada el 25 de septiembre de 1985), modificó el Código Civil argentino, convirtiendo en presunciones legales sustanciales *iuris tantum* las normas de los artículos: 77, que se refiere a los tiempos máximos y mínimos del embarazo, 243 —luego modificado por la Ley 23.515 adecuando la redacción al divorcio vincular que se instauraba— y 244, que establece la presunción de paternidad matrimonial en distintos supuestos respecto del matrimonio en que fueron concebidos los hijos, ya que en la anterior redacción los artículos 240, 241, 242 y 243 establecían distintos supuestos respecto del matrimonio en que fueron concebidos los hijos, mientras que el número 244 disponía que las presunciones contenidas en los artículos anteriores no ad-

---

<sup>19</sup> Hitters, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual*, ponencia presentada al XX Congreso Nacional de Derecho Procesal (San Martín de los Andes, 1999), libro de ponencias, pp. 139, 146 y 148.

mitían prueba en contrario. De ello se sigue que el propio legislador consideró que situaciones en las cuales no se podía discutir la paternidad porque así era presumida por la ley de acuerdo con los conocimientos científicos del momento en que fue sancionado el Código Civil, con el avance científico se podría otorgar la posibilidad de impugnar la paternidad presumida. Luego, esta modificación fue complementada con la sanción de la Ley 23.511 (10 de septiembre de 1986).

Supongamos, por hipótesis, que una añeja sentencia en su momento rechazó la pretensión de reconocimiento de la paternidad por haber considerado acreditada la *exceptio plurium concubentium* (obviamente, por testigos), no puede existir titubeo alguno en que si la prueba genética de ADN demuestra su irrealidad, esto es, que el padre alegado, en realidad, es —o era— el padre biológico, la sentencia debe ser revisada y establecer la verdadera paternidad biológica. Del mismo modo, si aquella añeja sentencia, por el contrario, hubiera establecido la paternidad basada en testigos como único medio disponible a la época para probar la posesión de estado —por ejemplo—, también debe ser revisada si al hombre al cual se le adjudicó la paternidad en realidad no es —o era— el padre biológico. También cabe la misma conclusión en si se determinó o no la paternidad mediante el entonces reinante HLA, pues el examen genético del ADN es mucho más preciso.

Resulta interesante destacar que no es admisible la interposición por parte del demandado de la excepción de cosa juzgada, ya que justamente la acción principal trata de destruir lo resuelto y finiquitado; es decir, que a través del segundo proceso se persigue saber si determinada sentencia debe permanecer en pie o si debe ser derribada.<sup>20</sup>

La duda se genera en aquellos casos en los cuales, aun existiendo al tiempo de promoción del proceso —o de su tramitación—, no se produjo la prueba científica de ADN.

Esta situación ha tenido un buen principio de explicación:

Pero qué sucedería cuando las pruebas biológicas —ADN y/o HLA— ofrecidas por una parte, no se hubiesen podido llevar a cabo, pese a la disponibilidad de la contraparte a someterse a las extracciones respectivas, por alguna de las siguientes circunstancias: *a*) imposibilidad de cualquiera de las partes de afrontar los gastos derivados de la práctica pericial por el alto costo de los reactivos utilizados en su producción; o *b*) desistimientos admitidos por la contraparte, consentidos por el Ministerio Público y no observados por el Tribunal, y

<sup>20</sup> Peyrano, Jorge W., “Acción de nulidad de sentencia «firme»”; y Carbone, Carlos A., “Medios de revisión de la cosa juzgada en el derecho de familia”, ambos en *La impugnación de la sentencia firme*, cit., t. I, pp. 20 y 21, y pp. 100 101, respectivamente.

en cualquiera de dichos casos se hubiese dictado una sentencia que hubiese concluido con un pronunciamiento adverso a la pretensión de reclamación o impugnación filiatoria y ésta hubiese pasado en autoridad de cosa juzgada. Considero por lo pronto que en cualquiera de estos supuestos resulta admisible recurrir a la deducción de una pretensión declarativa revisiva de sentencia firme, habida cuenta de que en cualquiera de dichos supuestos se han desconocido garantías constitucionales y de tal manera vulnerado derechos de jerarquía constitucional inalienables... El derecho probatorio en materia filiatoria, en tales circunstancias, queda impregnado del derecho material indisponible que constituye el objeto de la prueba: la indagación de la verdad biológica y en su caso el efectivo respeto del derecho a la identidad.<sup>21</sup>

Además de los supuestos enunciados —los cuales comparto—, cabe considerar también los casos en los cuales la prueba genética del ADN no se produjo por no haberse, alguna de las partes, sometido al examen genético, por rehusarse expresamente o sólo por no comparecer a realizarlo. Claro está que se puede decir, en contra, que si el renuente estuvo en la posibilidad de efectuar la prueba del ADN y no lo hizo, por qué habría de brindársele una segunda oportunidad.

La respuesta a este argumento la encontramos en que la negativa a rendirse al examen genético pudo estar motivada, como dije antes, por innumerables motivos: razones éticas o morales, problemas síquicos, creencias religiosas (*v. gr.*, los testigos de Jehová), desconfianza en el método o en quién lo realizará, o cualquier otro, y hasta en la imposibilidad de cumplir con la prueba en el lugar del proceso donde se tramitaba la situación en la que es colocado el reclamado al ser demandado ante un juez distinto al de su domicilio, ya que para las pretensiones de reconocimiento de filiación se considera juez competente el del domicilio del menor.

Así, una madre, mudando su domicilio y el del menor a una ciudad distante, después de considerable tiempo, puede demandar ante el juez de su domicilio al supuesto padre y, eventualmente, lograr que éste no realice la prueba científica por la imposibilidad de trasladarse.<sup>22</sup> También podemos mencionar los casos de artistas, deportistas, hombres famosos, etcétera, que hubieran tenido alguna —o algunas— relación sexual con una mujer —o

<sup>21</sup> Tierra, *Medios de revisión de la cosa juzgada...*, *cit.*, t. II, pp. 125 y 126.

<sup>22</sup> Cámara Civil y Comercial Santiago del Estero, Primera Nominación, 6 de julio de 2005, expte. 262.095, “C., C. M. c/C., J. M. s/Filiación extramatrimonial”, inédito.

El proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina, prevé en el artículo 581 que cuando la acción de filiación sea ejercida por una persona menor de edad o con capacidad restringida, es competente el juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida o el del domicilio del demandado, a elección del actor.



más de una — conocida ocasionalmente — o no — en sus constantes viajes por el mundo debido a su actividad, incluso buscada por la mujer con la finalidad de engendrar un hijo para lograr luego todos los beneficios económicos que la paternidad alegada le deparará a ella y a su hijo, caeremos en la cuenta de que no se les puede exigir en estricta justicia que, para que no se los considere padres, se deban someter a exámenes genéticos alrededor del mundo en cada lugar donde le ha sido reclamada la paternidad de un menor por la madre a quien, incluso, pueden no conocer.

No interesa, pues, considerar si la causa aducida para negarse a realizar el examen genético era justificada o atendible, y aunque no se hubiera alegado ninguna causa, lo relevante, lo trascendente, lo que realmente importa, es que se estableció una filiación “irreal”.

¿Qué sucedería si después de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que estableció la filiación a partir de una negativa a someterse al examen genético apareciera el verdadero padre —o madre— biológico por haberse realizado una prueba de ADN voluntaria o, aun, accidentalmente? Es lógico que no se podrá argüir que la cosa juzgada en que pasó la sentencia debe ser mantenida, porque una persona solamente puede tener un padre —o madre—, y el derecho a tenerlo y conocerlo es un derecho humano inherente a la personalidad de cada sujeto, en tanto se trata de su propia identidad (artículos. 11, 17, 18 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, y artículos. 5, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que fueran incorporadas al artículo. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional de la República Argentina por la reforma de 1994, otorgándoles jerarquía superior a las leyes).<sup>23</sup>

Precisamente ese interrogante y la línea argumental, según comenta Cesario, fue seguida por el doctor Munagurria al emitir su voto como juez de la Cámara Civil, Comercial y Laboral de Goya (provincia de Corrientes, Argentina) en los autos “Benítez, María Elsa por su hija menor c/Torres, Lázaro Ramón s/Filiación, daños y perjuicios”, al confirmar por unanimidad la sentencia dictada en la primera instancia que rechazó la excepción de cosa juzgada, recordando también que esa misma Cámara tuvo oportunidad de señalar en otra causa que en este tipo de procesos la cosa juzgada tiene un alcance relativo.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Leguisamón, Héctor Eduardo, *Prueba científica de ADN vs. cosa juzgada en procesos de filiación*, ponencia presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal de la República Argentina (Mar del Plata, 2007), *cit.*, pp. 307 y 311, página web del Congreso <http://www.procesal2007mdp.com.ar/buscador.htm>, y *elDial* DCE2E.

<sup>24</sup> Cesario, Roberto, “Cosa juzgada y derecho a la identidad... ¿se asustan de verse juntas?”, en Esperanza, Silvia L. (coord.), *Reflexiones procesales*, Mave Editora, 2009, p.88.



Con otro giro, en tal supuesto habría un padre “biológico” determinado por la justicia y, a su vez, un padre biológico dado por la naturaleza. Esta situación no puede ser mantenida, no puede haber dos padres biológicos, correspondiendo que la sentencia que determinó judicialmente la paternidad sea revisada.

No se me escapa que si bien reconociendo la admisibilidad de la acción revisoría de la cosa juzgada en casos de reclamación de filiación, en contra de la posición que sustentó, se ha dicho que quien se negó a someterse a la prueba biológica disponible, como regla, la revisión de la cosa juzgada no podría encontrar sustento porque lo contrario podría alentar la incomparecencia generalizada a la práctica de la prueba biológica y la especulación subsecuente.<sup>25</sup>

Sin embargo, adelantándome a este argumento, le di respuesta en mi ponencia al XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal de la República Argentina (Mar del Plata, 2007), diciendo que quien no realizó la prueba genética en su momento por el temor a su resultado positivo, en verdad, no se le estaría brindando una segunda oportunidad, pues sabedor de su paternidad biológica, no intentará la revisión de la sentencia que así lo determinó.<sup>26</sup>

Agrego aquí que no sólo tal argumento en contra se esgrime únicamente “como regla”, lo cual implica que admitiría excepciones, sino que incluso la admisibilidad de la acción revisoría no producirá una incomparecencia generalizada a la realización de la prueba biológica, como se afirma, pues quien se sabe que es padre no requerirá de una pretensión de reclamación de filiación para efectuar el reconocimiento; si de todas formas la acción debió tener lugar por su falta de reconocimiento voluntario y no realizó la prueba genética en su momento por el temor a su resultado positivo, en verdad, sabedor de su paternidad, no intentará la revisión de la sentencia que así lo declaró, ya que ello implicaría someterse a la prueba biológica del ADN, de donde se sigue que no hará ninguna especulación sobre si la parte reclamante producirá prueba o no que tornen verosímil o razonable la pretensión y haga ponderable el indicio de la negativa a realizársela según el artículo 4, párrafo primero, de la citada Ley 23.511, puesto que sabe que la parte reclamante producirá tal prueba, y con seguridad no iniciará ninguna acción revisoría de la cosa juzgada.

Pero cuando la parte reclamante no produce prueba que haga aparecer verosímil o razonable la pretensión filiatoria y el padre alegado no realiza

---

<sup>25</sup> Berizonce, Roberto O., “La ‘relatividad’ de la cosa juzgada y sus nuevos confines”, *Revista de Derecho Procesal*, vol. 2008-1, *Sentencia II*, Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 179 y ss.

<sup>26</sup> Leguisamón, Eduardo, *op. cit.*, p. 311.

la prueba genética —aun en el supuesto de negativa expresa—, y de todas maneras es declarado progenitor en la sentencia, únicamente intentará la revisión si está seguro o con gran probabilidad de que el resultado de la prueba biológica de ADN será negativo. Evidentemente tiene el derecho a pretender la revisión de esa sentencia, pues se lo declaró progenitor por el simple hecho de no haberse producido la prueba del ADN.

Y aunque la parte pretendiente produjera la prueba que hiciera aparecer verosímil o razonable la pretensión filiatoria y el padre alegado no se prestara al examen genético, de todas maneras cabe admitir la pretensión autónoma revisoria de la sentencia que declaró la paternidad, puesto que lo que realmente interesa es determinar el vínculo biológico real de la persona y no mantener uno irreal.

La revisión de la cosa juzgada en casos de filiación fue objeto de debate en el mencionado XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal de la República Argentina (Mar del Plata, 2007), en cuyo seno, merced a interesantes trabajos presentados,<sup>27</sup> la Subcomisión 2: Prueba científica, de la Comisión de Proceso Civil y Concursal declaró las siguientes conclusiones:

4) La cosa juzgada frente a los avances de la prueba científica —*de lege ferenda*— debería merecer un tratamiento legislativo específico para que, frente a casos excepcionales, tal como ha sido receptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se habilite una revisión restringida que permita —merced a los avances científicos— superar una situación que se hubiera transformado en intolerablemente injusta por *irreal* o por *no haber sido juzgada adecuadamente*; 5) *De lege lata* en nuestra legislación resulta viable la revisión en las hipótesis aludidas por aplicación de los códigos procesales y normas concordantes a nivel provincial que contemplan dicha vía. Del mismo modo en el ámbito del proceso civil resultaría admisible, analógicamente, a los fines de resguardar derechos de similar entidad, como el derecho a la identidad, a la filiación, etcétera, mediante el carril de la acción autónoma de nulidad.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Citados a modo de ejemplo: Salgado, José María, “La prueba científica, su tiempo y la cosa juzgada. Cosa juzgada y nuevas pruebas científicas”; Midón, Marcelo S., “Cosa juzgada y nuevas pruebas científicas”; del suscrito, “Prueba científica de ADN vs. cosa juzgada en procesos de filiación” —ya citada—; Falcón, Enrique M., “Ponencia general”; y Giannini, Leandro, “La prueba científica” —Relato general—, libro de ponencias, pp. 277-287; 288-297; 298-311; 179-184; 186-210, respectivamente).

<sup>28</sup> *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal*, año II, núm. 2, abril de 2008, pp. 28 y 29, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni —los resaltados me pertenecen—.

Cabe decir que el derecho a la identidad tiene jerarquía constitucional en la República Argentina (artículos 33, 43 y 75, inciso 22, de la Constitución nacional; artículos 7 y 8 de la Convención sobre Derechos del Niño), habiendo sido desarrollado progresivamente en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>29</sup> y reconocido genéricamente como el derecho de toda persona a conocer su origen biológico, su pertenencia a determinada familia y el derecho a ser emplazado en el estado de familia que le corresponde de acuerdo con su realidad biológica.<sup>30</sup> Y, precisamente por la notoriamente operancia del orden y reforzados los poderes del juez, desde que en materia de investigación de la relación paterno o materno-filial debe prevalecer el principio de veracidad material en su vertiente de verdad biológica, de modo que se haga coincidir la filiación jurídica con la real.<sup>31</sup> Más aún: el balance de ponderación de los intereses en juego ha llevado a admitir la extensión de tales poderes instructorios para considerar pruebas decisivas más allá del ámbito del examen del vínculo biológico que enlaza a las partes contendientes, para remontarse a la escala biológica. En definitiva, como sostenía el maestro Bidart Campos: “qué verdad puede ser más importante que la que indica que la filiación legal debe coincidir —mientras sea viable— con la filiación biológica”.<sup>32</sup>

Resalta Berizonce que la Corte Europea de Derechos Humanos, en pronunciamiento recaído en la causa “M. A. J. c/Suiza” decidida el 13 de julio de 2006, reiteró por unanimidad que violaba los artículos 8 y 14 de la Convención Europea. La sentencia suiza rechazaba la realización de pruebas del ADN tendentes a determinar con certeza el vínculo paterno que se cuestionaba, lo que menoscaba el derecho a la identidad; sin que el argumento de la seguridad jurídica proveniente de la sentencia anterior pueda ser invocado para privar de ese derecho, ni el alegado estado de salud o la edad avanzada de quien debía quedar sometido a la prueba en cuestión. El caso presentaba ciertas particularidades de interés. El actor había nacido en 1939, fuera del matrimonio; en 1942 se promovió una acción de declara-

<sup>29</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13 de noviembre de 1990, caso *Muller*, voto en disidencia del doctor Petracchi; *cf.* Oteiza, Eduardo, “La doctrina de la CS sobre el derecho del niño a conocer su identidad”, *La Ley*, 1991-E-891.

<sup>30</sup> Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, 4a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2002, vol. II, p. 325.

<sup>31</sup> Cámara Nacional Civil, sala K, 23 de septiembre de 2003, La Ley 2004-B-969, con nota de Picasso, S., *La preeminencia del derecho a la identidad y la realidad biológica*; Cámara Nacional Civil, sala J, 11 de marzo de 1997, *D. J.* 1998-1-259, con nota de Méndez Costa, M. J.

<sup>32</sup> Bidart Campos, G. J., “La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿y los derechos del niño?”, *La Ley*, 2000-B-22. Véase Berizonce, “La ‘relatividad’ de la cosa juzgada y sus nuevos confines”, *cit.*, pp. 184 y 185.

ción de paternidad, que fue rechazada en 1948 y pasó a ser cosa juzgada. En 1958 se reencuentra con su madre, quien le revela la identidad de su padre biológico; a partir de entonces traba estrecha relación con éste, quien sin embargo se negó a someterse a la pericia biológica confirmatoria. Finalmente, se plantea en 1999 demanda de revisión de la sentencia de 1948, solicitando una prueba del ADN a practicarse sobre el cadáver del presunto progenitor, ya fallecido. El rechazo de la prueba por el tribunal suizo motivó entonces el reclamo ante la Corte Europea que, a la postre, privilegiando el derecho a determinar los lazos biológicos, acogió la demanda. Reiteró, en definitiva, el criterio fijado con anterioridad en casos similares.<sup>33</sup>

### III. LA PRODUCCIÓN DEL EXAMEN GENÉTICO DEL ADN

El tema de la producción del examen genético del ADN tiene dos aspectos o fases: una procesal y, la segunda, que es consecuencia de la primera, netamente médica o bioquímica, que comienza con la toma de las muestras del material genético (ya que existen técnicas especiales según sea la naturaleza y características precisamente del material genético), debiéndose tener sumo cuidado con su recolección, y termina en el laboratorio por especialistas, para luego ser volcadas las conclusiones en el dictamen que será presentado en el proceso.<sup>34</sup>

Lo que preocupa y constituye el objeto de este trabajo, es la primera fase, la netamente procesal en el ámbito civil, en las pretensiones de filiación por cuanto no existen normas que establezcan cuál es el procedimiento para la realización del examen genético del ADN, puesto que el artículo 253 del Código Civil —modificado en la Ley 23.264— en cuanto establece que en las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las cuales podrán ser ordenadas de oficio o a petición de partes, y constituye sólo una referencia genérica a su producción y posibilidad de

---

<sup>33</sup> Berizonce, “La ‘relatividad’ de la cosa juzgada y sus nuevos confines”, *cit.*, p. 182, con cita de Krasnow, A. N., “El derecho de acceso a la verdad biológica no tiene límites en el tiempo”, *La Ley*, 2007-A-443; Kiemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación”, *Revista de Derecho de Familia*, Lexis-Nexis, 2004, núm. 26, pp. 77 y ss.; Medina, Graciela, “Adopción y conocimiento de la verdad biológica. Jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa”, *La Ley*, 2003-E-1253.

<sup>34</sup> Se puede ver una excelente y entendible relación para abogados sobre el procedimiento técnico en Sotelo Lago, Rosario Alicia *et al.*, “ADN y medicina forense. Diez años de experiencia (primera parte)”, *Cuadernos de Medicina Forense*, *cit.*

ordenarla de oficio por el juez aun sin haber sido propuesta por las partes o, aun, desistida por quien la ofreció, mientras que el artículo 4, párrafo primero, de la Ley 23.511, sólo se refiere a la producción del examen genético, su valoración por el magistrado y la consecuencia de la negativa a someterse a él, sin disponer cómo se debe proceder para realizarlo.

Este problema no existe en el ámbito del derecho penal, de la criminalística, pues no sólo difieren la índole de los delitos que hacen que las investigaciones tengan rutas distintas unas de otras, sino que el material biológico es de cualquier tipo y presente en pequeñas cantidades en la evidencia,<sup>35</sup> sino que su finalidad también lo es, ya que lo que se busca es comparar el ADN de ese material genético encontrado en la escena del crimen (*v. gr.*, huellas de sangre, pelos, uñas, saliva, rastros de piel bajo uñas de la víctima, restos cadavéricos, etcétera) o en prendas íntimas (*v. gr.*, semen o materias femeninas) que pueden no estar en la escena del crimen, como sucede en los casos por delitos sexuales, logradas, por ejemplo, por aportación de la víctima o, en caso del sospechoso, mediante orden de allanamiento en el domicilio, club, etcétera con el ADN de la persona sospechada de haber cometido el delito, o directamente verificar si está incluido en una base de datos genética.

Con el ADN de este último se puede llegar a probar la autoría o participación en tanto coincida con el de los elementos hallados en la escena del crimen, para lo cual, con dudosa constitucionalidad en tanto vulnera la garantía constitucional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (artículo 18 de la carta magna), y más cuando se trata de un tercero ajeno a la causa, el artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación de la República Argentina, introducido por la Ley 26.549, establece que

El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN), del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por auto fundado donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto. Para tales fines, serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención. La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 5-7.

género y otras circunstancias particulares. El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización. Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisita personal. Asimismo, cuando en un delito de acción pública se deba obtener ácido desoxirribonucleico (ADN) de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que tiene. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el juez procederá del modo indicado en el cuarto párrafo. En ningún caso regirán las prohibiciones del artículo 242 y la facultad de abstención del artículo 243.

Y ello es una cuestión lógica, por cuanto se tiene que trabajar científicamente con los materiales genéticos que hay y en las condiciones en que están (muchas veces habiendo sufrido un importante nivel de degradación), debiéndose adoptar un extremo cuidado en su recolección y conservación porque esas muestras biológicas son irrepetibles.<sup>36</sup> Algo similar a lo que ocurre con la búsqueda de huellas dactilares en la escena del crimen, que también es realizada por expertos y técnicas especiales, debiéndose adoptar el mayor de los cuidados.

En cambio, en las pretensiones de filiación, por estar dentro de la órbita civil, más concretamente del proceso civil, precisamente por su finalidad, de lo que se trata es de comparar el ADN de quien reclama —hijo— con el padre —o madre— alegado; si están en vida, por la toma de material genético que consiste, en general, en muestras de sangre venosa en cantidad suficiente y abundante (aproximadamente de 5 a 10 ml, que se puede reducir en niños pequeños), y en excelente estado de conservación para lograr un resultado prácticamente seguro,<sup>37</sup> y que posibilite, incluso, una contraprueba sobre la base de la importancia superlativa de los intereses en juego: la identidad de una persona y la calidad de progenitor de la otra.

De haber fallecido el padre alegado, entonces por los restos cadavéricos, si es que los deudos permiten la exhumación, ya que si no lo hacen

<sup>36</sup> Sotelo Lago, Rosario Alicia *et al.*, “ADN y medicina forense. Diez años de experiencia (primera parte)”, *cit.*, p. 7.

<sup>37</sup> Patitó, José Á., *Medicina legal*, Buenos Aires, Ediciones Centro Norte, pp. 280 y 281; Sotelo Lago, Rosario Alicia *et al.*, “ADN y medicina forense. Diez años de experiencia (primera parte)”, *cit.*, pp. 5-7.

estarían comprendidos en el artículo 4, párrafo primero, de la Ley Nacional 23.511,<sup>38</sup> o de estar ausente con presunción de fallecimiento, se puede realizar con los familiares más alejados como abuelos, hermanos o tíos, aunque en estos supuestos decrecen considerablemente las probabilidades de certeza en el resultado, siendo aún menor con familiares distantes (primos o medios hermanos).<sup>39</sup>

Las muestras de sangre del progenitor indubitado —generalmente la madre del niño—, también son necesarias, pues dado que el material genético es recibido mitad del padre y mitad de la madre, la parte que no corresponde al progenitor indubitado —la madre— necesariamente le corresponde al progenitor alegado —el padre—, que es la que se debe comparar con el perfil genético del progenitor alegado. Así que

las fórmulas que emplean, además del hijo y el padre alegado, al progenitor no alegado (generalmente la madre), son las que generan índices con valores elevados donde la probabilidad de adjudicar paternidad errónea se reduce a un mínimo; la ausencia del progenitor no alegado hace que el índice de parentesco presente valores menores.<sup>40</sup>

La prueba genética del ADN se debe producir durante la etapa probatoria; excepcionalmente es factible realizarla de manera anticipada de darse los supuestos establecidos en el artículos 326 del CPCCN, es decir, cuando su producción fuera imposible (*v. gr.*, que se presuma o sospeche que una vez fallecida la persona, su cuerpo será cremado) o muy dificultosa (*v. gr.*, que se encuentre gravemente enferma una de las partes, puesto que aunque es factible realizar el estudio del ADN en los restos del cadáver es conveniente la toma de muestras de sangre mientras la persona está con vida, o vaya a ausentarse del país) en el periodo de prueba.

---

<sup>38</sup> En un interesante caso resuelto hace algunos años en el cual se reclamó la filiación extramatrimonial contra los herederos del padre alegado fallecido, se consideró como negativa de acuerdo con el artículo 4, párrafo primero, de la Ley 23.511, la actitud de los demandados, que, si bien no se opusieron formalmente a cooperar en las pruebas biológicas, al conocer el resultado de otros estudios genéticos, no reiteraron ni reformularon su modo de prestar colaboración en su producción, siendo que la ofrecida no resultaba suficiente ni concluyente en la forma en que había sido brindada (Cámara Nacional Civil, sala J, 1 de febrero de 2000, “M., N. C. c/M., N. A., succ.”, por mayoría compuesta por los doctores Zaccheo y Brilla de Serrat, *Doctrina Judicial* 2000-2-1195; Sup. *La Ley. Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, núm. 4, mayo de 2001).

<sup>39</sup> Sotelo Lago, Rosario Alicia *et al.*, “ADN y medicina forense. Diez años de experiencia (primera parte)”, *cit.*, p. 9.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 8 y 9.



Frecuentemente en la práctica se solicita la producción *ante tempus* del examen genético del ADN, como si esta prueba fuera la única a evacuar en este tipo de procesos, olvidándose que el artículo 4, párrafo primero, de la Ley Nacional 23.511, en su primera parte, requiere que la pretensión debe aparecer “verosímil o razonable” para que se practique el examen genético, de donde se sigue que para que el indicio de la negativa a realizarlo adquiera trascendencia, debe estar rodeado de otras pruebas o indicios demostrativos de que la pretensión ejercida goza de credibilidad, sensatez o seriedad. Ello significa que la negativa sola no basta, siendo necesaria la acreditación de otras circunstancias previas —*v. gr.*, la convivencia, el noviazgo, la relación amorosa, etcétera— que indiquen el vínculo biológico reclamado y que, concatenadas a la negativa a someterse al examen genético, lo hagan presumir. Incluso, en mi parecer, las probanzas de dichas circunstancias se debieran producir con antelación a ser ordenada la prueba genética. En la práctica se aprecian muchas demandas en las cuales simplemente se invoca genéricamente el mantenimiento de una relación afectiva sin dar mayores precisiones a la espera de una negativa al sometimiento a realizar la prueba genética.<sup>41</sup>

En ocasiones se ha requerido intimar al demandado a manifestar si se realizará el examen genético del ADN a los efectos del indicio del artículo 4, párrafo primero, de la Ley Nacional 23.511. Sin embargo, esta intimación es improcedente (del mismo modo que también lo sería intimar a la parte contraria a manifestar si absolverá posiciones o si procederá a formar cuerpo de escritura para el supuesto de desconocer un instrumento con su firma). El indicio de la parte final del artículo citado, comenzará a tener efecto de no concurrir injustificadamente la parte debidamente citada a realizar la toma de muestras de sangre, y tendrá pleno efecto una vez probada la verosimilitud o razonabilidad de los hechos fundantes de la pretensión.

#### IV. LA CITACIÓN PARA LA TOMA DE LAS MUESTRAS DE SANGRE

Más allá de la discusión sobre si el examen genético del ADN es una prueba científica o no,<sup>42</sup> dado que, como se dijo, no existe norma procesal que lo

---

<sup>41</sup> Leguisamón, Eduardo, *El valor probatorio del comportamiento de las partes antes y durante el proceso*, cit.; *Las presunciones judiciales y los indicios*, cit., pp. 176 y 177; y *Prueba científica de ADN vs. cosa juzgada en procesos de filiación*, cit., pp. 302-306, página web del Congreso <http://www.procesal2007mdp.com.ar/buscador.htm>, y *elDial* DCE2E; y *Derecho procesal civil*, Rubinzal-Culzoni, 2009, t. II, pp. 85 y 86.

<sup>42</sup> En el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal de la República Argentina (Mar del Plata, 2007), fueron conclusiones de la Comisión núm. 1: Proceso Civil y Comercial, Subcomisión núm. 2: Prueba Científica: “1. La prueba denominada científica, no constituye



prevea, el problema radica en cómo se llega a la toma de las muestras de sangre para realizar el examen genético del ADN o, eventualmente, considerar la negativa a realizarlo como indicio en contra de quien rehúsa.

La primera fase en la producción del examen genético del ADN en los procesos por filiación es, como se dijo, netamente jurídica, y consiste en la citación de las partes a realizar la toma de muestras de sangre.

Por una esencial cuestión de seguridad jurídica, además de la economía y celeridad procesales, es conveniente que la toma de las muestras de sangre se efectúe en el mismo lugar, día y hora a todos los involucrados, para evitar que se produzcan confusiones, traspapelamientos o pérdidas de las muestras, y lleguen todas juntas al laboratorio donde finalmente se realizará el examen de polimorfismo del ADN.

Sin embargo, excepcionalmente se puede realizar la toma de las muestras de sangre en momentos y lugares distintos, por ejemplo, si el demandado se domicilia a más de 300 km. del lugar donde tramita el proceso (artículo 420 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de la República Argentina —CPCCN—). Sin embargo, en tales supuestos, para que el resultado del examen genético sea certero, se deben extremar los recaudos, no solo fácticos, para impedir traspapelamientos o extravíos de manera que lleguen las muestras de sangre correctas, sino también los que aconsejen las reglas de la ciencia para evitar que las muestras sufran algún deterioro o degradación (por ejemplo, mantenimiento a determinada temperatura).

Es conveniente, entonces, que una vez que el ente o instituto científico designado para practicar el examen genético fije el lugar, la fecha y la hora para la toma de las muestras de sangre, si es que le fue remitido, el expediente vuelva al juzgado para que se efectúen las pertinentes notificaciones a las partes.

Lógica, aunque no necesariamente, será la parte reclamante quien tiene el mayor interés en que se proceda a la toma de las muestras de sangre, máxime *su onus probandi*, sin perjuicio de la facultad del juez de ordenar de oficio la prueba (artículo 253 del Código Civil argentino —modificado por la Ley 23.264—), de manera que no hay grandes inconvenientes en la notifi-

un medio de prueba novedoso, sino que por el contrario existe desde antiguo, siendo característica distintiva de su especie entre otros aspectos: su método, su elaboración y la especialidad del experto que la lleve a cabo. 2. Es importante tener en cuenta cómo se incorporan al proceso los avances que se producen a nivel científico y advertir la crisis de gestión dentro del sistema actual a los fines de la designación de los expertos, de modo de crear los mecanismos adecuados para regularizar estas situaciones y supervisarlas en el futuro de un modo apropiado por vía del control que debería depender de oficinas específicas a esos fines”, *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal*, cit., pp. 28 y 29.

cación de su citación, pues se notificará personalmente o, incluso, notificado por su asesor jurídico, comparecerá espontáneamente en compañía de su hijo. El problema existe respecto del demandado.

Resulta útil señalar que la toma de muestras de sangre para efectuar el examen genético de ADN es obviamente un acto personalísimo, de la misma manera que lo es la absolución de posiciones de personas físicas en la prueba de confesión, o la formación del cuerpo de escritura para la producción de la prueba pericial caligráfica.

En tales condiciones y de la misma manera que ocurre con los mencionados medios probatorios, principalmente de la audiencia confesional, cuyas reglas cabe aplicar por analogía, la citación dependerá de cómo actúa la parte en el proceso —el demandado particularmente—.

Si la parte lo hace por derecho propio, toda vez que es ella misma la que constituye domicilio a todos los efectos del proceso, es decir, que en ese domicilio procesal deben serle notificadas todas las resoluciones. En cambio, si litiga por medio de mandatario —representante convencional—, como se desentiende entonces de su tramitación, y siendo que es el apoderado quien constituye domicilio procesal a los efectos del pleito, y se entiende con el contrario y con el tribunal, resulta acertado que el medio de notificación se deba diligenciar en el domicilio real del citado a fin de garantizar que sea efectivamente notificado del lugar, fecha y hora para realizar la toma de la muestra de sangre.

En este sentido, dable es recordar que la Ley Nacional 22.434, recogiendo la opinión jurisprudencial y doctrinal, aclaró que la parte que actúa por su propio derecho debe ser notificada en el domicilio constituido (artículo 409, párrafo tercero, del CPCCN), de lo cual se sigue, *a contrario sensu*, que la parte que actúa por apoderado debe ser notificada en su domicilio real (denunciado).<sup>43</sup>

Así, la citación al demandado debe ser notificada por cédula (artículo 409, párrafo primero, del CPCCN, por analogía), aunque también lo puede ser por acta notarial y, asimismo, por telegrama o carta documento en tanto el artículo 136, párrafo segundo, del CPCCN —modificado por la Ley Na-

---

<sup>43</sup> Cámara Nacional Civil, sala F, 30/5/1980, “Rubinetti, María J. c/Espouey, Daniel, suc.”, *J. A.* 1981-I-135: “La notificación de la audiencia señalada para la absolución de posiciones debe notificarse en el domicilio procesal constituido, si la parte citada actúa personalmente y en el domicilio real de la absolvente, cuando actúe por medio de apoderado, aun cuando hubiese actuado por derecho propio con anterioridad”. En el ámbito bonaerense, aunque el artículo 407 del CPCC de Buenos Aires, no contiene esta aclaración, se sigue la misma regla.

cional 25.488—, no excluye la citación para absolver posiciones, como sí lo hacía el anterior artículo 143 del CPCCN.<sup>44</sup>

Se sigue, pues, que la citación efectuada al letrado apoderado de quien debe realizar el examen genético para la extracción de la muestra de sangre (o el retiro de la orden para hacerlo efectuada por el letrado patrocinante o apoderado) carece de efecto alguno, pues sería lo mismo que citar al abogado apoderado para la absolución de posiciones de su representado, o considerar notificado a su propio cliente con la cédula librada por el abogado —patrocinante o apoderado— para que absuelva posiciones la parte adversaria.

#### V. LA TOMA DE LAS MUESTRAS DE SANGRE Y EL PROCEDIMIENTO POSTERIOR

Si bien el artículo 2 del Reglamento General del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional de la República Argentina aprobado por la acordada 47/2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, establece la excepcionalidad de su intervención en casos que no sean del fuero criminal, cabe entender que por la especialidad científica del examen genético del ADN será conveniente que continúe siendo designado ese Cuerpo Médico en los procesos civiles en los cuales se reclame la filiación mediante el procedimiento que en él se establece.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Leguisamón, Héctor Eduardo, “Reflexiones sobre las reformas de la ley 25.488 al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley*, 2002-B-1074, sec. Doctrina; “Comentario a las reformas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y otras normas complementarias”, p. 81, *La Ley*, 2005, y *Derecho procesal civil*, cit., pp. 708 y 709.

<sup>45</sup> Artículo 2 del Reglamento General del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional— aprobado por la acordada 47/2009 de la Corte Suprema—: “El Cuerpo Médico Forense dará cumplimiento a los requerimientos periciales dispuestos por magistrados/os judiciales y del Ministerio Público del fuero criminal.

Las/os juezas/es de los restantes fueros procederán de conformidad a lo previsto por los artículos 457 a 478 del CPCCN. Excepcionalmente, podrán requerir la intervención pericial del Cuerpo Médico Forense cuando medien notorias razones de urgencia, pobreza o interés público debidamente acreditadas o cuando las circunstancias particulares del caso hicieran necesario su asesoramiento (artículo 63, inciso “c”, del Decreto Ley 1285/58 —Organización de la Justicia Nacional—).

En los casos previstos en el párrafo anterior, la/el magistrada/o elevará el pedido a la Cámara de Apelaciones del fuero respectivo mediante resolución fundada. El Tribunal de Alzada resolverá acerca de la procedencia de la excepcionalidad invocada; si hiciera lugar al requerimiento remitirá al Cuerpo Médico Forense sin más trámite. Asimismo, las cámaras de apelaciones deberán informar mensualmente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre los pedidos de intervención excepcional del Cuerpo Médico Forense y la decisión que se tomó al respecto”.

En el Cuerpo Médico Forense, dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la toma de las muestras de sangre y procedimiento posterior se sigue un protocolo que, aunque no escrito, se modifica de acuerdo con la experiencia y avances científicos.

En primer lugar, en dependencias del Cuerpo Médico Forense se procede a la identificación de las personas con sus documentos de identidad, se obtienen sus huellas dactilares (impresión plantal cuando se trata de niños muy pequeños) y se las registra fotográficamente. Luego, en la sede de la morgue judicial —laboratorio de análisis clínicos— se realiza la extracción de las muestras de sangre a cada persona.

La muestra de sangre obtenida de cada persona se embebe en dos fichas (con un doblez en medio —tipo libro—) de papel de filtro adecuado (soporte FTA), se deja secar, y luego se cubre con la otra parte de la misma ficha. Cada una de las muestras se introduce en sendos sobres, que son rotulados con un código para evitar que se conozca a quién pertenece la muestra de sangre y así asegurar la absoluta imparcialidad al momento de efectuar el examen genético, que son firmados en las solapas por las partes, los abogados y consultores técnicos —si los hubiera— y por quien realizó la extracción, sellándose con una cinta adhesiva ancha sobre la firmas y todos los lados de los sobres. Este mismo procedimiento se realiza con cada una de las personas. Un sobre de cada persona se introduce a su vez en otro sobre de mayor tamaño, el cual es también firmado y sellado de la misma manera. Quedan así dos juegos de muestras de sangre de cada persona, uno para la realización del examen genético del ADN y el otro para efectuar eventualmente una contraprueba. De requerirlo los consultores técnicos de las partes, también se extrae un juego de muestras de sangre para cada uno de ellos a los efectos de realizar sus propios análisis.<sup>46</sup>

Uno de los sobres es enviado —actualmente con custodia policial— al laboratorio de la Facultad de Farmacia y Bioquímica de la Universidad de Buenos Aires —único proveedor del servicio de exámenes genéticos hoy día— en donde se concreta el procedimiento de extracción, cuantificación, amplificación y tipificación de ADN, obteniéndose el resultado en aproxi-

---

<sup>46</sup> Artículo 29 del Reglamento General del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional —aprobado por la acordada 47/2009—: “La intervención de peritos de parte y consultoras/es técnicas/os será admitida cuando su designación conste en las actuaciones remitidas al Cuerpo Médico Forense o se acredite su calidad procesal mediante escrito emitido por la sede judicial correspondiente.

Toda incomparecencia de peritos de parte o consultoras/es técnicas/os se informará a la autoridad judicial requirente, a los fines que estime corresponder, con el objeto de evitar dilaciones por causas ajenas a la actuación del Cuerpo Médico Forense”.

madamente 72 horas; el sobre restante queda en custodia en la morgue judicial.

De cada uno de los mencionados pasos se labra un acta firmada también por quienes intervinieron en cada uno de ellos.

Una vez presentado el dictamen pericial en el expediente, se sigue el procedimiento que regula el artículo 473 del CPCCN —traslado a las partes a notificar por cédula, posibilidad de éstas de pedir explicaciones o impugnar el dictamen pericial, etcétera—.

## LA PRUEBA DIGITAL EN LA AUTOMATIZACIÓN DE LOS PROCESOS JURISDICCIONALES

Anselma VICENTE MARTÍNEZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho procesal informático.* III. *Documento digital.* IV. *Prueba digital.* V. *La equivalencia funcional en la valoración de la prueba.* VI. *Automatización de los procesos jurisdiccionales.* VII. *Conclusión.*

### I. INTRODUCCIÓN

Me es particularmente grato participar, así sea de manera modesta, pero con gran entusiasmo y profundo respeto y admiración, en el merecido homenaje al distinguido maestro don Humberto Briseño Sierra, por su fructífera e íntegra trayectoria en la Universidad Nacional Autónoma de México.

Jurista, abogado destacado, Briseño Sierra ha representado y sigue representando al derecho procesal mexicano tanto en el ámbito nacional como internacional, en su fructífera obra e íntegra trayectoria, es el paradigma del maestro mexicano forjador de generaciones.

En el ámbito jurídico de México se regulan dos realidades: una material o física, mediante la cual se expresa el consentimiento de forma verbal o mediante una firma autógrafa a fin de manifestar su voluntad y celebrar gran número de actos jurídicos, y la expresión del consentimiento por medios electrónicos en una realidad virtual.

La sociedad se ha transformado, en donde la generación, el procesamiento, la distribución de conocimiento, de bienes, servicios e información, constituyen la fuente fundamental de la productividad, del bienestar, de la riqueza y del poder; se actúa en una realidad simulada por un conjunto de computadoras, pero los efectos jurídicos tienen impacto real sobre las personas.

Actualmente, mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación se pueden realizar operaciones bancarias, pago de impuestos al IMSS, al Infonavit; hacer o recibir pago de salarios mediante nóminas digi-

tales; sistemas biométricos de reconocimiento de voz, iris, huella dactilar, o bien mediante tarjetas con banda magnética, microchip, código de barras; se pueden realizar compras de bienes y servicios: autos, ropa, electrodomésticos, casas; participar en licitaciones públicas, realizar trabajo a distancia, y también podemos ser víctimas de robo de dinero digital, identidad, propiedad industrial o secretos industriales.

En estos casos las pruebas ya no serán documentales públicas o privadas de papel y firma autógrafa, sino documentos electrónicos y firmas electrónicas; para obtener estos documentos se requiere autenticar los correos electrónicos, correos de voz fotográficos, videoconferencias, videograbaciones; llamadas realizadas a través de teléfono celular o análisis de asistentes electrónicos personalizados, PDA'S (por sus siglas en inglés), es el caso de las agendas electrónicas; lo mismo ante una controversia sobre facturas electrónicas, con folios digitales y sellos de tiempo.

## II. EL DERECHO PROCESAL INFORMÁTICO

Como se puede apreciar, el dinamismo de las relaciones comerciales, internas y transnacionales, han impuesto la necesidad de facilitar las formas de los convenios, contratos y de los medios de su acreditamiento. Ello, aunado a los avances tecnológicos, ha resultado en las reformas y adiciones del Código Civil Federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles y del Código de Comercio, las cuales fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 29 de mayo de 2000.

Conforme a las nuevas disposiciones, el consentimiento puede presentarse por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, y la comunicación generada, enviada, recibida, archivada o comunicada —a la que se llama mensaje de datos— se reconoce como prueba. La forma escrita y la firma se tendrán por otorgadas con el “mensaje de datos... siempre que éste sea atribuible a las personas obligadas y accesible para ulterior consulta”.

Cuando se exija la escritura pública, las partes y el fedatario podrán, a través de mensajes de datos, expresar los términos en que aquéllas desean obligarse, y éste deberá hacer constar, en el instrumento relativo, los elementos por los cuales “se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta”.

El universo jurídico se está transformando por las tecnologías de la información y comunicación y ha impactado en la economía del conocimiento.

Ante esta compleja realidad, le corresponde al derecho generar nuevos conceptos interdisciplinarios, que sean el cauce por el cual deben transitar y quedar reguladas todas las transformaciones de la sociedad.

Propongo que de la fusión del derecho procesal, las telecomunicaciones, computación, la economía del conocimiento y la automatización de los procesos jurisdiccionales, surja una nueva parcela jurídica: el derecho procesal informático, que se ocupa de la interrelación entre el ciberespacio y las relaciones humanas, así como los conflictos que se generen con motivo de ellas.

El ciberespacio está conformado por tres pilares: la digitalización de las relaciones sociales, hechos o actos jurídicos informáticos; las redes de comunicación, Internet, Intranet, Extranet, telefonía, mensajería, agendas electrónicas; la convergencia tecnológica, que es la fusión de la radio, la televisión, la telefonía e Internet.

Asimismo, propongo una discutible definición de derecho procesal informático: conjunto de actos provenientes del Estado que regulan las pruebas digitales que aportan las partes y terceros ajenos a juicio, a fin de demostrar los hechos controvertidos en el mismo y la verdad material.

Puedo avizorar como conceptos categoriales el documento digital, la prueba digital y el acto procesal informático.

### III. DOCUMENTO DIGITAL

Documentos digitales son aquellos en los cuales la información está registrada en formato electrónico, sobre un soporte electrónico, y que requiere de dispositivos informáticos para la consulta. El documento digital se concibe entonces como un medio de expresión de la voluntad con efectos de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones por medio de la electrónica, informática y telemática.

Si analizamos la noción tradicional de documento referida al instrumento en el que queda plasmado un hecho que se exterioriza mediante signos materiales y permanentes del lenguaje, vemos cómo el documento electrónico cumple con los requisitos del documento en soporte de papel en el sentido de que contiene un mensaje (texto alfanumérico o diseño gráfico) en lenguaje convencional (el de los bits) sobre soporte (cinta o disco), destinado a durar en el tiempo.

Conforme aumenta el uso de Internet para celebrar contratos, van surgiendo litigios y controversias, que en muchas ocasiones requieren de una intervención judicial para llegar a un acuerdo entre las partes.

Generalmente se trata de los mismos problemas que se presentan en el comercio tradicional, pero ahora aplicados a situaciones relacionadas con el ciberespacio, donde la comunicación se realiza por medio de mensajes electrónicos.



El comercio electrónico y en general la economía del conocimiento ha generado documentos digitales. Tal es el caso de la facturación electrónica. En México es una nueva modalidad aprobada e impulsada por el Sistema de Administración Tributaria para emitir y recibir comprobantes fiscales, como lo son facturas, recibos de honorarios, notas de débito, notas de crédito, entre otros. Estos documentos se generan con folios digitales, que tienen todas las características para que las personas puedan cumplir con sus obligaciones fiscales. Con los folios digitales podrán imprimir sus facturas en cualquier impresora y podrán enviarlas por correo electrónico.

La facturación electrónica funciona por medio de una cadena original, esto es, un código inviolable de identificación, que garantiza que cada factura sea auténtica, íntegra y única. La diferencia entre la facturación electrónica y las facturas tradicionales en papel es que la primera es válida tanto en papel como en un archivo de computadora. Esta facturación se realiza a través de una página de Internet, para que el comerciante sea emisor de sus facturas electrónicas; esta herramienta permite generar y enviar la facturación electrónica en formato PDF y XML a sus clientes, imprimir la factura en papel, o bien proporcionar una clave de acceso a sus clientes para que ellos descarguen sus propias facturas electrónicas cuando el comerciante las genere a través del sistema.

#### IV. PRUEBA DIGITAL

Los avances científicos y tecnológicos, así como el desarrollo de la economía digital, han dado lugar a la creación por el derecho de un nuevo medio probatorio: los documentos digitales.

Los documentos digitales generados en ocasión de los actos jurídicos, igualmente, digitales o no, así como los conflictos que se generen con ese motivo, serán resueltos por el derecho procesal informático, con las pruebas de este carácter.

Este nuevo medio probatorio puede ser definido como todo mensaje de datos que contiene información o escritura generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos, láser o de cualquier otra tecnología, y la firma electrónica, simple o avanzada, que es cualquier símbolo o conjunto de símbolos que utilizamos como identificador de una persona en un determinado documento digital.

La firma electrónica está vinculada al firmante de manera única; se crea utilizando medios que aquél puede mantener bajo su control exclusivo. La firma digital garantiza la autenticidad e integridad del documento, así

como la posibilidad de detectar cualquier cambio o alteración del documento digital.

Sellos de tiempo es otra actividad relacionada con la prueba, en el caso de emisión del documento digital. La legislación mexicana, en concreto, en las “Reglas Generales a las que deberán sujetarse los Prestadores de Servicios de Certificación” publicadas en el *DOF* el 10 de agosto de 2004, recoge la emisión de sellos de tiempos indicando lo siguiente en su regla 7.2, reformada 5 de marzo de 2007:

El sistema de sellos digitales de tiempo deberá cumplir, en todo momento, por lo menos, con el estándar internacional Internet X.509 “Public Key Infrastructure Time Stamp” y considerar los RFC,<sup>1</sup> 3161 y 3628 o los que lo suplan, previo aviso que la Secretaría haga por escrito a los Prestadores de Servicios de Certificación.

El sellado de tiempo *timestamping* es un mecanismo *on-line* que permite demostrar que una serie de datos han existido y no han sido alterados desde un instante específico en el tiempo. Un sello de tiempo es una información relativa al momento de la acción de firma electrónica, obteniendo el dato de tiempo de una fuente fiable y objetiva. Con esta función estaremos evidenciando el momento en que la obra o su representación fueron creadas. Esto representa una prueba irrefutable que nos serviría en caso de litigio.

## V. LA EQUIVALENCIA FUNCIONAL EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Se ha establecido lo que se denomina la equivalencia funcional, que instaure que los documentos digitales y firma electrónica que garanticen la integridad del documento producirán los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos de papel y firma autógrafa que no fueron objetos, teniendo el mismo valor probatorio.

Cuando se objeta o duda de la información y autoría de los documentos digitales y firmas electrónicas surge la necesidad de autenticar y perfeccionar estas pruebas para que tengan pleno valor probatorio; independientemente del tipo de litigio de que se trate (derecho civil, fiscal, penal, mercantil, aduanal, laboral o derechos de autor) pues el proceso es la ciencia de la prueba; por eso, para alcanzar la verdad material debe estar libre de toda sospecha o imperfección. Por ello se hace necesario que se comprenda la nueva naturaleza jurídico-tecnológica de las pruebas digitales.

<sup>1</sup> RFC-Request for Comments.

El siguiente cuadro compara los documentos de papel y firma autógrafa con los documentos digitales y firmas electrónicas, ello nos permite explicar esta nueva naturaleza de los documentos digitales.<sup>2</sup>

<i>Documentos de papel y firma autógrafa</i>	<i>Documentos digitales y firmas electrónicas</i>
<p>Medios de perfeccionamiento:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Ratificación de contenido y firma es la acción de comprobar o confirmar una cosa que se ha dicho o hecho sentándola como cosa cierta y de efectos jurídicos plenos.</li> <li>— En caso de que se desconozca la firma y el contenido de un documento, se ofrecen las pruebas periciales, en documentoscopia, grafoscopia y dactiloscopia a fin de establecer la autenticidad o falsedad de los mismos.</li> <li>— Atributos de la firma: identificativa, declarativa, <i>animus</i> signando, y es un medio de autenticación.</li> <li>— Cuando los documentos se ofrecen en copias, se debe señalar dónde se encuentran los originales a efecto de realizar el cotejo o compulsas con los originales.</li> <li>— Y también es posible realizar inspecciones oculares sobre los originales, y en la diligencia de inspección las partes podrán realizar las objeciones pertinentes y ofrecer pruebas periciales.</li> </ul>	<p>Medios de perfeccionamiento:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— El método de remisión, que es acudir a donde se encuentra el documento en su forma original, tal y como se generó por primera vez; es decir, al disco duro de la computadora o al sistema de respaldo donde se guarda la información.</li> <li>— La firma digital se crea aplicando a la información un algoritmo de digestión o <i>hashing</i>, que genera un mensaje comprimido. Es algo así como la huella digital de la información, como el ADN del mensaje. De dicho mensaje comprimido o <i>hash</i> no se puede obtener la información, y si se modifica de cualquier forma la información, el mensaje comprimido varía. Este mensaje comprimido es encriptado utilizando la clave privada del usuario que está generando el mensaje. El mensaje comprimido encriptado con clave privada del emisor constituye la firma digital. Esto quiere decir que cada vez que firmamos digitalmente un documento electrónico firmamos diferente, pues la esencia del propio documento es la firma.</li> <li>— Atributos de la firma electrónica: fiabilidad, integridad, inalterabilidad, accesibilidad, autoría, rastreabilidad, seguridad, confidencialidad.</li> </ul>

<sup>2</sup> Reyes Krafft, Alfredo Alejandro, “El derecho como impulsor del comercio electrónico”, *Tecnologías de la información y de las comunicaciones, aspectos legales*, México, Porrúa-ITAM, 2005.

### 1. *Problemática jurídica del valor probatorio de los documentos digitales*

Este es probablemente uno de los temas que pudieran tener la mayor trascendencia en las transacciones electrónicas. Hoy en día muchos dudan sobre la validez de utilizar documentos digitales como medio de prueba y, lo que es más grave, en ocasiones son los mismos jueces quienes se cuestionan la validez probatoria de los acuerdos y demás documentos que no constan en papel, o documentos digitales.

¿Cómo verificar si el documento electrónico es verdadero o no lo es? En México, la Secretaría de Economía tiene certificadores de servicios, que son los que brindan la emisión de certificados digitales, que es el elemento con el que se firma prácticamente en todo el mundo. Por otra parte, la norma oficial mexicana NOM151 dispone perfeccionar el método de almacenamiento y establece requisitos para la conservación de mensajes de datos.

Las reformas al Código de Comercio de mayo de 2000 le dan fuerza probatoria cuando el documento es firmado con la firma electrónica avanzada.

También, por criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha determinado que estos documentos electrónicos generan solamente indicios de que puedan ser catalogados como pruebas; en estos mismos casos se pueden utilizar otros medios para determinarlos como prueba.

El caso de la prueba pericial en informática es el equivalente a tener a los peritos en grafología; es decir, se pone en duda una firma electrónica se tendrá que recurrir a los especialistas en informática para su perfeccionamiento.

El problema se acrecienta al recordar el retraso tecnológico en el Poder Judicial de nuestro país. Así, se dificulta enormemente la utilización de los documentos digitales como medio de prueba, debido a que los funcionarios no tienen, en la mayoría de las ocasiones, la preparación técnica para operar computadoras y, consiguientemente, trabajar con este tipo de documentos.

En la valorización de las pruebas es justo considerar que los jueces recurrirán necesariamente a apreciaciones y opiniones que hasta cierto punto pudieran calificarse como subjetivas, siempre y cuando lo hagan basando su criterio en la razón y en su experiencia. Así, entrarán a analizar ciertos elementos de la prueba, como su integridad, inalterabilidad, veracidad y exactitud.

Es innegable que los documentos digitales pueden cumplir con los requisitos de las pruebas que analizarán los jueces. Más aún, las superan en integridad e inalterabilidad. Es por eso que en esa valorización subjetiva el juez deberá considerar estas características de los documentos digitales.

El impacto que está teniendo el conocimiento económico en el funcionamiento de la sociedad hace indispensable el adecuado reconocimiento legal de los acuerdos y contratos celebrados en forma electrónica, de manera que sea posible utilizar los documentos digitales, o aquellos que no constan en el papel tradicional, como medio probatorio, perfectamente válido, en cualquier procedimiento judicial.

La evolución de los mercados electrónicos y su regulación deberán adaptarse de tal manera que puedan considerarse en todo momento como vías seguras de contratación, y protegiendo la obligatoriedad jurídica de los acuerdos alcanzados en el ciberespacio.

Sin embargo, en la realidad muchas veces esta regulación no será suficiente, ya que los jueces, al aplicar la ley, necesariamente deben conocer los límites y las capacidades de las tecnologías de la informática, para lograr una adecuada valorización de los documentos electrónicos. Asimismo, será indispensable contar con la infraestructura física de herramientas, como computadoras actualizadas, que permitan recibir las pruebas que consten en documentos digitales.

Lamentablemente, las autoridades pretenden perfeccionar las pruebas electrónicas mediante cotejos, informes de autoridad, inspecciones oculares sobre las pantallas de la computadora, lo cual está fuera de toda lógica jurídica, ya que existe un medio correcto para su perfeccionamiento, como son las pruebas en informática forense que autentifican la información en formato digital.

## *2. Pruebas que pueden ser autentificadas por medio de la pericial en informática forense*

Algunas pruebas que pueden ser autentificadas con ayuda de la informática forense son: *a)* correos electrónicos; *b)* agendas electrónicas; *c)* teléfonos celulares; *d)* computadoras portátiles; *e)* grabaciones de voz con análisis de sonografía y espectrografía; *f)* correo fotográfico; *g)* nóminas digitales; *h)* pago por medios electrónicos, entre otros.

En opinión del perito en informática forense Andrés Velázquez,<sup>3</sup> los examinadores forenses digitales son profesionales que cuentan con conocimientos de los fenómenos técnicos en informática; se encuentran preparados para aplicar procedimientos técnicamente válidos, conocimiento del

<sup>3</sup> Andrés Velázquez, examinador forense digital, profesor de informática forense del ITAM, campus Santa Teresa, diplomado “El marco legal de las tecnologías de la información”, <http://www.ir-dweb.com/blog/andres-velazquez-ciberguerra-computo-forense-y-delitos-informaticos/>.

proceso de inteligencia y entendimiento del marco legal para obtener la evidencia en situaciones donde se vulneran los sistemas informáticos. Comenta que en algunos casos esta investigación será para uso interno; en otras, como elemento de prueba, donde la computadora se haya usado como medio para cometer algún delito. Una de las tareas del perito en informática forense inicialmente es congelar la evidencia y asegurarla, para posteriormente presentarla en su análisis.

El aseguramiento se hace única y exclusivamente mediante la utilización de herramientas de *software* y *hardware*, que a su vez utilizan métodos matemáticos complejos para copiar cada medio magnético en forma idéntica; es decir, que les permita obtener copias digitales idénticas al original.

El perito define a la informática forense como la aplicación de técnicas científicas y analíticas especializadas a la infraestructura tecnológica que permiten identificar, preservar, analizar y presentar datos que sean válidos dentro de un proceso. Dichas técnicas incluyen al reconstruir el bien informático, examinar datos residuales, autenticar datos y bienes informáticos.

El perito ejemplifica un ejercicio pericial: antes de analizar de hecho, el investigador debe inmediatamente generar una imagen forense de todo el contenido del dispositivo, incluyendo el espacio libre. Lo anterior es el primer tipo de análisis forense.

Señala que si la computadora es un servidor o está alineada a algún proceso crítico de la organización de tal forma que no pueda ser apagada, se deberá llamar a los especialistas forenses para la toma de imágenes en línea a la brevedad posible después del incidente; esto se conoce como análisis forense en vivo.

El especialista también se refiere al aseguramiento de la evidencia. Al respecto, señala que una vez que se ha cumplido apropiadamente, y el congelar la evidencia y generar la imagen digital, se deberá asegurar la evidencia, según sea el caso, para que la información no pueda ser manipulada.

## VI. AUTOMATIZACIÓN DE LOS PROCESOS JURISDICCIONALES

### 1. *Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*

Un primer antecedente para la automatización de los procesos jurisdiccionales en el Distrito Federal fue la emisión por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de la Ley de Firma Electrónica del Distrito Federal,<sup>4</sup> que

<sup>4</sup> Disponible en <http://www.iedf.org.mx/transparencia/art.14/14.f.01/marco.legal/LFEDF.pdf>

tiene por objeto regular y promover el uso de la firma electrónica por parte de los órganos de gobierno y de particulares, para así agilizar y simplificar los actos y trámites en que intervengan.

Siguiendo esta línea, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (TSJDF), con apoyo del Banco Mundial, ha adquirido tecnología para instalar un sistema de consulta de expedientes en línea.<sup>5</sup>

El sistema integral para la consulta de expedientes SICOR<sup>6</sup> actualmente cuenta en su red con alrededor de 12 mil expedientes pertenecientes a las salas de lo civil, y tiene como finalidad reducir a la mitad las 30 mil visitas que reciben a diario en dicha dependencia. Asimismo, se pretende fortalecer el nuevo sistema de oralidad mediante el uso de tecnologías de telepresencia; la creación de un monedero electrónico; consolidar un centro de atención telefónica que oriente a los usuarios y al público en general.

Se ha integrado la firma electrónica avanzada a todos los aplicativos digitales institucionales del Tribunal; se han incorporado, previos los ajustes legales necesarios, la notificación electrónica al sistema integral para la consulta de resoluciones por Internet. Sin omitir la actualización física de los centros de cómputo, de acuerdo con la normatividad de seguridad institucional y las mejores prácticas de tecnología. El proceso de adaptación se avizora lento, y seguramente seguirá habiendo largas filas por las múltiples visitas, debido a la resistencia que priva entre ese ámbito para modernizarse.

Los usuarios de este nuevo servicio podrán utilizar gratuitamente el servicio del 1o. de julio al 30 de septiembre 2012. Y en etapa de venta, a partir del 1o. de octubre de 2012; desde luego, será para los que cubran los requisitos de registro.

De acuerdo con el paquete que contrate con el SICOR, se puede, además de recibir avisos, visualizar en pantalla e imprimir el contenido total del acuerdo, audiencia o sentencia.

El alcance jurídico de las resoluciones que imprima a través del SICOR tiene efectos meramente publicitarios y de difusión, y no serán validadas por el TSJDF para ser utilizadas en ningún tipo de proceso jurídico. Si se requiere una certificación con pleno valor probatorio deberá acudir al juzgado, a realizar la solicitud correspondiente.

<sup>5</sup> Garza Cantú, Mariano, “Tribunal Superior de Justicia del DF invertirá millones en tecnología”, *Política Digital*, julio de 2010, en <http://www.politica digital.com.mx/?P=leternoticia&Article=20462>-

<sup>6</sup> Valadez, Blanca, “Pone Tribunal Superior del DF en línea 12 mil expedientes”, *Milenio Diario*, México, junio de 2012, en <http://www.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/9bdd0e4f0cc564fc00d5f178ca5e9b61>.

## 2. *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*

El sistema de justicia en línea es la plataforma informática establecida en la ley adjetiva del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA), que permitirá registrar y controlar los actos de juicio contencioso administrativo, así como la sustanciación y resolución del mismo juicio a través de Internet.

En los procedimientos tradicionales se introduce el elemento de código de barras para hacer más ágil el flujo de expediente de un área del Tribunal a otra.

Por otro lado, se crea el subsistema de información estadística, con dos grados módulos, que permiten el almacenamiento, la organización y la explotación de información estadística del TFJFA, no sólo la jurisdiccional, sino también la administrativa que utilizan los órganos de apoyo de la organización administrativa del Tribunal:

1. Módulo del tablero de indicadores de gestión y reportes de operación: que la información no sirva únicamente al presidente del Tribunal, a la junta de gobierno y a la administración, a los presidentes de las salas, sino incluso a todos aquellos funcionarios que realizan una tarea.
2. Módulo de las sentencias dictadas: que se notifiquen a las partes, que se puedan consultar y enriquecer por los secretarios de acuerdos.<sup>7</sup>

Conforme a nuestra legislación, la firma electrónica avanzada con certificado está resuelta en los siguientes numerales:

1. El Código Fiscal de la Federación (CFF), en el artículo 17-d, y en referencia los documentos digitales establece que...“una firma electrónica avanzada amparada por un certificado vigente sustituirá a la firma electrónica autógrafa del firmante, garantizará la integridad del documento y producirá los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos con firma autógrafa, teniendo el mismo valor probatorio”.
2. El artículo 38 de la Ley Aduanera señala que el empleo de la firma electrónica avanzada que corresponda a cada uno de los agentes

<sup>7</sup> Gómez Rosales, José Francisco, “El control del portal y el rastreo de la huella informática durante el proceso jurisdiccional automatizado”, *Primeras Jornadas sobre la Automatización de Procesos Jurisdiccionales*, TFJFA, en <http://www.juridicas.una.mx/>.



aduanales, mandatarios autorizados y apoderados aduanales, equivaldrá a la firma autógrafa de éstos.

3. El artículo 58-F de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA) dispone que la firma electrónica avanzada producirá los mismos efectos legales que la firma autógrafa y garantizará la integridad del documento, teniendo el mismo valor probatorio.

Un documento con sello digital lo define el CFF en el artículo 17-e: cuando los contribuyentes remitan un documento digital a las autoridades fiscales, recibirán el acuse de recibo que contenga el sello digital, que “es el mensaje electrónico que acredita que un documento digital fue recibido por la autoridad correspondiente”; además, es expedido por la autoridad que recibe el documento, y se presumirá que el documento fue recibido en la hora y la fecha que se consigne, salvo prueba en contrario.

Los comprobantes expedidos por los contribuyentes se expiden en documentos digitales a través de la página de Internet. Las facturas que expiden los estados de cuentas bancarias ya no tienen la calca o copia de la cédula fiscal del SAT; ahora contienen un sello digital con una serie de caracteres, y si el contribuyente quiere que este documento le sirva de documento probatorio, tiene que realizar una serie de actos, mismos que encuentran en el artículo 29 del CFF.

En esta clase de juicio es de atender el valor probatorio de los documentos digitalizados, que son documentos escaneados y que se guardan en una memoria electrónica.

El artículo 58-E de la LFPCA dispone que los documentos digitalizados que se formen con motivo del procedimiento en línea tengan el mismo valor probatorio que su constancia física. Además, la clave de acceso y contraseña implica el consentimiento expreso de dicho sistema que registrará la fecha y la hora en que se abran los archivos electrónicos.

Por su parte, el artículo 6 de la Ley Aduanera se refiere a las copias o reproducciones de documentos que deriven de microfilme, disco óptico o de cualquier otro medio, y “...tendrán el mismo valor probatorio que los originales, siempre que para su microfilmación o grabación se cumpla con los requisitos del Reglamento de la Ley Aduanera”.

En términos del artículo 1298-A del Código de Comercio (CCo), se reconoce como prueba los mensajes de datos. Para valorar la fuerza probatoria de dichos mensajes de datos se estimará la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada.

Autoridad del documento, o autoría del documento expedido por el contribuyente, con sello digital, con clave pública del autor (artículo 17-d, del CFF).

El artículo 29 del CFF establece la obligación de los contribuyentes de expedir comprobantes fiscales por actos o actividades que realicen o por los ingresos que perciba; también se refiere a los documentos emitidos por empresas comercializadoras, caso en el cual exige el sello digital del contribuyente que lo expide.

Estos son algunos de los papeles o documentos que estamos acostumbrados a observar en un expediente, pero desde el 7 de agosto de 2011, el TFJFA ya ofrece a los justiciables un juicio en línea.

La LFPCA, en el artículo 14, y tratándose de las pruebas que ofrezca el actor sobre la prueba documental, incluye el expediente administrativo en que se haya dictado la resolución impugnada. El valor probatorio es idéntico cuando se trata de un documento digital.

Planteamos también la valoración de la prueba en el juicio en línea. El TFJFA atiende al artículo 46-III de la LFPCA, que señala que hará prueba plena la confesión expresa de las partes, las presunciones legales que no admitan prueba en contrario, así como los hechos legalmente afirmados por autoridad en documentos públicos, incluyendo los digitales.

Sobre la valoración de documentos digitales con firma electrónica distinta a una firma electrónica avanzada o sello digital, para su valoración, se estará a lo dispuesto en el artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC).

En este juicio y sobre las pruebas documentales que las partes ofrezcan como pruebas —incluido el expediente administrativo a que se refiere el artículo 14, fracción V, de la LFPCA— el artículo 58-K del mismo ordenamiento dispone que estos documentos deberán ser exhibidos a través del sistema de justicia en línea del Tribunal. Agrega que las pruebas documentales que ofrezcan y exhiban las partes tendrán el mismo valor probatorio que su constancia física.

El 4 de mayo de 2011 se publicó el Acuerdo<sup>8</sup> que establece los lineamientos técnicos y formales para la sustanciación del juicio en línea ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa; el artículo 36, sobre el registro y envío de promociones electrónicas, explica que cualquier documento electrónico o digitalizado que obre en el expediente electrónico, o sea ofrecido por las partes en el juicio, deberá cumplir con las caracterís-

<sup>8</sup> Consultable en <http://www.idconline.com.mx/media/2011/05/04/acuerdo-ejga162011-que-establece-los-lineamientos-tecnicos-y-formales-para-la-sustanciacion-del-juicio-en-linea.pdf>.

ticas de ser accesible, fácil manejo, inalterable y sin restricciones de copiado del texto o de cualquier contenido, impresión y consulta, idénticas a las otras. Asimismo se desmaterializan los documentos y el expediente.

Los documentos públicos, como lo señala el CFPC en el artículo 202, hacen prueba plena de los hechos legalmente afirmados por la autoridad de que aquéllos proceden. También el artículo 203 del CFPC, y frente a un documento público, un documento privado tiene menos fuerza; a su vez, una testimonial tampoco es bastante afortunada.

El artículo 46 de la LFPCS dispone que hagan prueba plena la confesión expresa de las partes. Las presunciones legales que no admitan prueba en contrario, así como los hechos legales que se consignen en documentos públicos, incluyendo los digitales. Las demás pruebas quedan al prudente arbitrio de la sala.

También el documento privado que el particular genere, hace prueba en contra del particular aunque no en su beneficio.

La confesión hace prueba plena si se encuentra con un escrito del promovente; la confesión en su contra hace prueba plena.

El 7 agosto de 2011 se dio la desmaterialización del procedimiento contencioso administrativo, los documentos están en una memoria, y la idea es no querer ver esos documentos en papel; es decir, no llegar al extremo de dudar de todos los documentos, pues nos llevaría a materializar algo que ya se está desmaterializando.

Para que el juzgador valore las pruebas, únicamente requiere cambiar la mentalidad, así como todos los que integramos la sociedad tenemos que acostumbrarnos y aceptar que los documentos se han desmaterializado.

Damos por sentado que siempre existe la duda, al tener un documento impreso, razón de más para dudar de los que son digitales.

### 3. *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*

En este apartado nos referimos a las características de la conformación del sistema de administración de comunicaciones procesales en materia electoral.

En las comunicaciones procesales del TEPJF se usa la firma electrónica para el correo electrónico, las notificaciones electrónicas y los estrados electrónicos.

Las notificaciones por correo electrónico tienen los mismos efectos que las notificaciones por otros medios. Las razones que elaboran los actuarios se generan a partir de las evidencias electrónicas.

Los estrados electrónicos tienen por objeto transparentar la actividad jurisdiccional. Estos estrados son con fines informativos únicamente, y son un espejo de los estrados físicos, no los sustituyen. Las razones de incorporación y retiro de documentos de los estrados se hacen únicamente para los estrados físicos. Nunca se borran y se pueden consultar como en cualquier biblioteca digital.

A partir del 1o. de julio de 2008 se permite la notificación electrónica. Y desde octubre de 2009, se emite el reglamento según el cual es necesario contar con una firma electrónica avanzada, por lo que el Tribunal cuenta con un servidor de correo electrónico controlado, en el que el usuario solicita una cuenta de correo electrónico, y ahí se le notifica.

El 5 de abril de 2010, el Tribunal puso en marcha las notificaciones por correo electrónico, y creó una unidad de certificación electrónica, con la participación de la contraloría y el área jurídica, entre sus funciones se pueden señalar:

- Expedir, revocar y dar de baja los certificados y cuentas de correo.
- Autenticar documentos digitales.
- Llevar el registro de todas las operaciones de la Dirección General de Sistemas y las secretarías general de acuerdos y administrativa.

A futuro la unidad podrá resolver y determinar si alguna firma electrónica es válida.<sup>9</sup> Por el momento, el uso de la firma electrónica es interno; se usa para que el magistrado firme, la sala o el pleno firme el acuerdo, y eso se le pasa al actuario, y el actuario lo manda al servidor. Con ello se garantiza que el paso del papel al formato electrónico esté plenamente autenticado, con todas las reglas de la firma electrónica, firmas que tienen que ser actualizadas cada dos años.

Los beneficios son enormes, ya que el Tribunal no tiene que estar mandando actuarios por toda la República mexicana a entregar documentos.

El usuario principal es el IFE, que instantáneamente recibe sus notificaciones; de igual manera, puede empezar a trabajar con ellas.

## VII. CONCLUSIÓN

Las nuevas disposiciones han dado lugar a que el consentimiento puede presentarse por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, y

<sup>9</sup> Guerra Ortiz, Víctor Manuel, “Características de la conformación del sistema de administración de comunicaciones procesales”, *Primeras Jornadas sobre la Automatización de Procesos Jurisdiccionales*, TEPJF, en <http://www.juridicas.unam.mx/>.

la comunicación generada, enviada, recibida, archivada o comunicada, se reconoce como prueba.

La naturaleza jurídica de la prueba documental generada por un documento digital y su valoración, ha cambiado para bien, dando mayor certeza jurídica a los justiciables.

La fusión del derecho procesal, las telecomunicaciones, la computación, la economía del conocimiento y la automatización de los procesos jurisdiccionales, han dado lugar a una nueva parcela jurídica: el derecho procesal informático, que se ocupa de la interrelación entre el ciberespacio y las relaciones humanas, así como los conflictos que se generen con motivo de ellas.

## PROCESO E IMPARCIALIDAD SICOLÓGICA

Hugo BOTTO OAKLEY

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamado “Pacto de San José de Costa Rica”*. III. *¿Qué pasa con la llamada prueba de oficio desde un punto de vista real o práctico?* IV. *Un ejemplo paradigmático ignorado: el caso de España*. V. *Imparcialidad sicológica*. VI. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

Escribir el presente artículo en homenaje al maestro mexicano Humberto Briseño Sierra no solamente me honra inmerecidamente, sino que me da la posibilidad de agradecerle, aunque no en forma personal, como hubiera querido, ya que a él debo parte importante de mis conocimientos y convicciones procesales y, ni más ni menos, el origen del tema de mi tesis doctoral. Cuando la tesis se transformó en un libro, en su presentación y al inicio escribí:

Con ocasión del XV Congreso Panamericano de Derecho Procesal, realizado en Rosario, Argentina, del 1o. al 4 de mayo de 2001, organizado por el Instituto Panamericano de Derecho Procesal y la Fundación Juris, en esa hermosa y para mí ya familiar ciudad, tuve la ocasión y suerte de asistir a la conferencia que dictó el maestro de mi maestro, Humberto Briseño Sierra, y que tituló “Esbozo del procedimiento jurídico”. Al término de la misma, breve pero precisa, como corresponde a cosas trascendentes que dicen personas autorizadas, concluyó que con ese trabajo (publicado en el libro *Teoría unitaria del proceso*, Editorial Juris, mayo de 2001, páginas 451 a 514) llamaba a las puertas de una posible y futura teoría general del procedimiento, afirmando, y con toda razón, que la doctrina procesal se ha dedicado históricamente en forma preferente, y yo agregaría en forma excluyente, a la teoría general del proceso y que sobre ésta, ya había bastante.

A partir de esos tiempos, ya más de una década, son innumerables las horas y encuentros académicos, como seminarios, congresos, clases, etcétera, dedicados al estudio, desarrollo y discusión del tema proceso e imparcialidad, éste, como principio fundamental de aquél, desde diferentes ópticas, antecedentes, doctrinas, jurisprudencias, realidad práctica, valores, filosofía, solamente por mencionar algunos aspectos para, ahora, intentar hacerlo desde una perspectiva diferente, pero que me parece muy relevante y, de paso, lo adelantamos, confirmatoria de lo que postulamos en esta materia.

Hoy, y como presidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, dejo constancia de nuestro eterno reconocimiento y agradecimiento a quien fuera su principal fundador y presidente por largos años, a cuyas enseñanzas debo en gran medida la participación que he tenido en las actividades académicas referidas precedentemente.

Para ningún procesalista escapa que uno de los grandes temas que divide a los autores contemporáneos es el rol del juez en el proceso en general, y en particular en el civil, con relación a la iniciativa probatoria. Así, mientras en el proceso penal acusatorio o adversarial existe consenso (conocemos pocas excepciones) sobre que el juez no debe tener iniciativa probatoria, en el proceso civil, basado en el principio dispositivo, una parte importante de la doctrina sostiene que el juez debe tener iniciativa probatoria, y otra, de la que formo parte, sostiene que ello, por elementales razones demostrables, atropella el principio de imparcialidad del juez, debiendo por tanto ser descartadas legislativamente.

Aclaro que ninguno de los fundamentos dados y conocidos para sustentar una u otra postura se encontrarán en las líneas que siguen, ya que las mismas pretenden entregar un aporte que entiendo debiera ser novedoso para, si no todos, la mayoría de quienes lean este artículo.

## II. EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS LLAMADO “PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA”

Los países signatarios de estos dos cuerpos normativos internacionales se encuentran obligados a considerar y respetar sus disposiciones obligatorias, dentro de las cuales señalamos las siguientes:

El artículo 14, parrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dice:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías

por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

Y el artículo 8o. del segundo, sobre garantías judiciales, dice:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elevado a la categoría de presupuesto y no solamente de elemento del debido proceso, a la exigencia contenida en el artículo 8.1 de la Convención, dentro de la cual está la del juez imparcial,<sup>1</sup> lo cual ha sido recogido ya de manera reiterada en varias sentencias, como en el caso *Apitz Barbera y otros*, párr. 56; en el caso *Barreto Leiva*, párr. 98 (17 de noviembre de 2009), y en el caso *Usón Ramírez*, párr. 117 (20 de noviembre de 2009), expresándose en este último:

La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes *no tengan un interés directo, una posición tomada*, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia. La imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona.

Por su parte, Sergio García Ramírez, ex juez y ex presidente de la indicada Corte, señala en la obra antes indicada:

La imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, *de todo prejuicio* y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.

<sup>1</sup> García Ramírez, Sergio, “El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Derecho procesal contemporáneo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, t. I, p. 19.



De las transcripciones anteriores nos hemos permitido destacar las palabras “no tengan... una posición tomada” y “de todo prejuicio”, ya que, como veremos, tales exigencias de la imparcialidad del juez se relacionan de manera significativa en los llamados “sesgos cognitivos”, que no se pueden analizar si no se relaciona a la imparcialidad con la psicología.

Antes de entrar a lo último anunciado, volvamos a recordar el famoso brocardico que significa “Entre los profesores de derecho, sentencia, axioma legal o refrán”, del cual arranca la congruencia procesal: “Sententia debet esse conformis, libello; ne eat iudex, ultra, extra aut citra petita partium; tantum legatum quantum iudicatum; iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium”, que en una traducción libre significa “La sentencia debe estar conforme con la reclamación escrita, para que el juez no vaya más allá, fuera o más acá de las demandas de las partes; tanto lo imputado como lo sentenciado; el juez debe juzgar de acuerdo con las razones alegadas y probadas por las partes”.

He querido dejar testimonio de este antecedente histórico, para resaltar que el tema de la prueba de oficio es de antigua data, y aquí hay una demostración clara, de centurias, a propósito de la congruencia procesal, en orden a que la prueba es un tema de las partes, no del juez. De allí que postulamos que la prueba de oficio anula la sentencia por vicio de incongruencia, que he llamado “ultraprueba”.<sup>2</sup>

### III. ¿QUÉ PASA CON LA LLAMADA PRUEBA DE OFICIO DESDE UN PUNTO DE VISTA REAL O PRÁCTICO?

En Chile, su origen está en las llamadas medidas para mejor resolver, procedentes una vez que el proceso está en estado de sentencia. Su diferencia con la prueba de oficio está en que ella se decreta también en otros estados procesales, pero en esencia son lo mismo. Veamos.

Si los fundamentos fácticos de la acción se encuentran debidamente probados, el juez debe dar lugar a la demanda y, si no lo están, debe rechazarla. Aquí, la imparcialidad del juez no se ve afectada. En cambio, si decreta medidas para mejor resolver, puede ocurrir que:

a. No se cumpla dentro del plazo legal, en cuyo caso el resultado del juicio no se alterará: al decretarla no podía dar lugar a la demanda o debía rechazarla, según quien haya tenido de su cargo el deber del llamado *onus probandi*, que no cumplió, y ahora, una vez decretada, no se rindió, por lo que el resultado del juicio será el mismo que debía ser antes de decretarla. Aquí, tampoco la imparcialidad del juez se ve afectada.

<sup>2</sup> Botto Oakley, Hugo, *La congruencia procesal*, Editorial de Derecho de Chile, 2007.

b. El resultado es inocuo, como ocurre si la testimonial, peritaje o instrumental, etcétera, decretados, nada aportaron probatoriamente al tenor de lo que pretendía el juez que se acreditara con ellas. En este caso, el resultado del juicio será también el mismo, y tampoco la imparcialidad del juez se ve afectada.

c. El resultado es más favorable con la parte que cumplió con su carga probatoria dentro del juicio, en cuyo caso, obviamente, el resultado del juicio no se alterará. Aquí, de nuevo, tampoco la imparcialidad del juez se ve afectada.

d. El resultado favorece a la parte que tenía de su cargo el deber de la “carga de la prueba” y no probó; en cuyo caso, con esta prueba de oficio, se completa la prueba como consecuencia de la iniciativa y actividad probatoria del juez que, necesariamente, favorecerá a quien no cumplió con la carga de la prueba y perjudicará a su contraparte. En este caso, es evidente que esa actividad probatoria de oficio del juez favorece a una parte (nótese que a la parte negligente) y perjudica a la otra, lo que afecta su imparcialidad y el trato igualitario que la ley debe dar a las partes, por mandato constitucional.

Si bien nos fijamos, no se debe pensar que con la prueba de oficio siempre se beneficia a la parte demandante, ya que, en rigor, ello dependerá de quién tenía a su cargo el *onus probandi* o peso de la prueba y no lo cumplió, de modo que perfectamente puede favorecer al demandado cuando debiendo probar su excepción perentoria de extinción de la obligación demandada en su contra, que no negó que existió, sino que no logró probar, por mencionar tan solo un ejemplo.

#### IV. UN EJEMPLO PARADIGMÁTICO IGNORADO: EL CASO DE ESPAÑA

Para nadie es desconocido que el sistema de enjuiciamiento civil español, heredado por muchos países latinoamericanos hasta nuestros días, consagró el llamado sistema inquisitivo, donde campea, al menos legislativamente, la prueba de oficio a través de las llamadas “medidas para mejor proveer” (o resolver, como se llaman en Chile). Y digo “al menos legislativamente”, por cuanto estimo que ha sido la propia jurisprudencia la que, consciente del problema en análisis, ha ido moderando en el tiempo el uso de esta facultad probatoria, en cuanto a su intensidad o frecuencia, lo que, si bien resulta destacable, no justifica su mantención, ya que en aquellos casos en que sí se la usa, el problema se manifiesta en toda su gravedad: la pérdida objetiva de la imparcialidad que le es exigible al juez.

Recuerdo que en una conferencia, no hace tanto tiempo alguien me dijo que el problema era que yo desconfiaba de los jueces, ya que si confiara, no vería como problema la prueba de oficio. Recuerdo este episodio, el que agradecí a su autor, ya que me dio la posibilidad de aclarar mi posición al respecto, para volver a señalar que este autor piensa que la labor del juez (tuve el inmerecido honor de ejercer esa función como abogado integrante de una corte de apelaciones en mi país) es de una complejidad y responsabilidad inconmensurable, y mi planteamiento sobre la prueba de oficio, lejos de ser una suerte de manifestación de desconfianza, pretende que esa necesaria confianza que se debe tener en los jueces, no se pueda ver empañada con una institución obsoleta y agresora de su imparcialidad.

El tema es otro, y esto no se dice: con la prueba de oficio se subsana la negligencia de la asesoría letrada de la parte y, por ende, nada tiene que ver el tema con una desconfianza hacia los jueces, sino que tiene que ver con defender, con argumentos objetivos, la importancia suprema que tiene la función jurisdiccional, que no debe verse interferida con funciones que no le corresponden ni le son exigibles, por razones de conveniencia ajenas a su potestad.

Finalmente, antes de entrar al análisis de la situación actual de España, en esta materia, pedimos que el lector considere el siguiente aspecto de coherencia:

En el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio o adversarial vigente en Chile (el lector verá si es lo mismo en su propio país), la ley no le permite al juez producir prueba de oficio ni de ninguna otra forma (eventual sugerencia de prueba a las partes). En consecuencia, si en el sistema de enjuiciamiento donde se discuten y están en juego los valores más caros de nuestra sociedad, como son la vida, la libertad y la honra de las personas, no se le permite al juez probar de oficio, la lógica y la coherencia indican de manera simple que ello también debería ser así, con mayor razón en el sistema de enjuiciamiento civil, que es aquel donde están en juego solamente valores patrimoniales.

Algunos responden señalando que la materia es distinta, y ello lo justifica, pero siendo indiscutible que la materia del conflicto es distinta, ello no responde la denunciada falta de coherencia, más aún si en el proceso civil reina el principio dispositivo.

Otros dicen que se justifica porque así ocurre en otras materias, como en las de familia o laboral, en que se faculta expresamente al juez para probar de oficio. A ello respondo que es mal argumento el de que es bueno hacer o poder hacer algo en un determinado ámbito o materia, porque en algún otro u otra sí se lo considera posible, ya que ello no responde si está

bien que se haga o se pueda hacer allí donde está permitido. Además, y como enseña Juan Montero Aroca, con toda razón, esos procesos no son dispositivos, como sí lo es el civil, por lo que no resultan comparables.

También agregan o argumentan que el proceso lo administra y financia el Estado, y a éste no le resulta indiferente quién gane el juicio, sino que quiere que lo gane aquel a quien se le debe hacer justicia. Esa línea argumental es muy peligrosa, por ser atrayente, pero que se aleja insalvablemente del debido proceso. La función pública jurisdiccional se satisface con entregar un medio pacífico de solución de controversias eficiente y eficaz, con respeto a los principios de igualdad de las partes y de imparcialidad del juez, sin que le deba importar al Estado quién gane o quién pierda el juicio, ya que si ello es parte de su objetivo, siempre lo llevará a preguntarse a quién le corresponde la justicia, y con ello la buscará prejuiciada y subjetivamente. Nunca los defensores de este atractivo argumento han podido contestar a qué justicia se refieren y cuál “es” esa justicia: la del demandante, la del demandado, la del juez, la de la Corte que revoca el fallo en un voto dividido, el sentir popular, etcétera.

Al menos en mi país, los jueces juran hacer respetar la Constitución y las leyes; no juran hacer justicia, y no es que no sea deseable hacer justicia, sino que respecto de ella, el acuerdo social para poder alcanzarla consiste en la aplicación, con igualdad, de la ley. Entenderlo de manera diferente conlleva inseguridad jurídica y precedentes no uniformes; ambas cosas no deseables.

Piense el lector que la cosa juzgada, que es lo máximo en seguridad que puede ofrecer el Estado a las partes, puede ser transigida por ellas, incluso alterándola. Entonces, esa justicia que en un momento consideró el juez no tiene la relevancia que le asignan algunos autores, y que sí tiene el principio dispositivo.

### *El caso de España*

La Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000, del 7 de enero del indicado año, en su exposición de motivos, sin posibilidades de interpretaciones equívocas, se pronuncia sobre esta materia de las facultades probatorias del juez.

Para facilitar el juzgamiento del lector, hemos decidido transcribir literalmente todo aquello que nos parece se refiere al punto que nos interesa, permitiendo una revisión directa de su desarrollo argumental sin interferencias. Lo anterior, sin perjuicio de recomendar la lectura completa de esta verdadera “pieza jurídica” coherente con el principio dispositivo propio del

sistema de enjuiciamiento civil (equivalente al acusatorio en materia penal) acorde con las exigencias actuales del debido proceso constitucional.

Dice la indicada exposición de motivos en lo pertinente:

El derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución, coincide con el anhelo y la necesidad social de una justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad.

Justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de justicia, plenitud de garantías procesales.

Con todas sus disposiciones encaminadas a estas finalidades, esta nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se alinea con las tendencias de reforma universalmente consideradas más razonables y con las experiencias de más éxito real en la consecución de una tutela judicial que se demore sólo lo justo, es decir, lo necesario para la insoslayable confrontación procesal, con las actuaciones precisas para preparar la sentencia, garantizando su acierto.

Son conocidos, por otra parte, los malos resultados de las reformas miméticas, basadas en el trasplante de institutos procesales pertenecientes a modelos jurídicos diferentes.

Esta Ley de Enjuiciamiento Civil se ha elaborado rechazando, como método para el cambio, la importación e implantación inconexa de piezas aisladas, que inexorablemente conduce a la ausencia de modelo o de sistema coherente, mezclando perturbadoramente modelos opuestos o contradictorios.

Porque es necesaria una pronta tutela judicial en verdad efectiva y porque es posible lograrla sin merma de las garantías...

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos.

De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a derecho. Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, ale-

gar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela. Justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se impone a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidas de abogado.

Esta inspiración fundamental del proceso —excepto en los casos en que predomina un interés público que exige satisfacción— no constituye, en absoluto, un obstáculo para que, como se hace en esta Ley, el tribunal aplique el derecho que conoce dentro de los límites marcados por la faceta jurídica de la causa de pedir. Y menos aún constituye el repetido principio ningún inconveniente para que la Ley refuerce notablemente las facultades coercitivas de los tribunales respecto del cumplimiento de sus resoluciones o para sancionar comportamientos procesales manifiestamente contrarios al logro de una tutela efectiva. Se trata, por el contrario, de disposiciones armónicas con el papel que se confía a las partes, a las que resulta exigible asumir con seriedad las cargas y responsabilidades inherentes al proceso, sin perjudicar a los demás sujetos de éste y al funcionamiento de la administración de justicia.

El objeto del proceso civil es asunto con diversas facetas, todas ellas de gran importancia.

Son conocidas las polémicas doctrinales y las distintas teorías y posiciones acogidas en la jurisprudencia y en los trabajos científicos. En esta Ley, la materia es regulada en diversos lugares, pero el exclusivo propósito de las nuevas reglas es resolver problemas reales, que la Ley de 1881 no resolvía ni facilitaba resolver.

Se parte aquí de dos criterios inspiradores: por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo.

Con estos criterios, que han de armonizarse con la plenitud de las garantías procesales, la presente Ley, entre otras disposiciones, establece una regla de preclusión de alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos, ya conocida en nuestro derecho y en otros ordenamientos jurídicos.

Las normas de carga de la prueba, aunque sólo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso, constituyen reglas de decisiva orientación para la actividad de las partes. Y son, asimismo, reglas, que, bien aplicadas, permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico, cuando no se trate de casos en que, por estar implicado un interés público, resulte exigible que se agoten, de oficio, las posibilidades de esclarecer los hechos. Por todo esto, ha de considerarse de importancia este esfuerzo legislativo.

Por un lado, se determina el objeto de la prueba, las reglas sobre la iniciativa de la actividad probatoria y sobre su admisibilidad, conforme a los

criterios de pertinencia y utilidad, al que ha de añadirse la licitud, a cuyo tratamiento procesal, hasta ahora inexistente, se provee con sencillos preceptos.

Con las excepciones obligadas respecto de los procesos civiles en que ha de satisfacerse un interés público, esta Ley se inclina coherentemente por entender el dictamen de peritos como medio de prueba en el marco de un proceso, en el que, salvo las excepciones aludidas, no se impone y se responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes en que se fundamentan las pretensiones de tutela formuladas por las partes, sino que es sobre éstas sobre las que recae la carga de alegar y probar.

La Ley suprime las denominadas “diligencias para mejor proveer”, sustituyéndolas por unas diligencias finales, con presupuestos distintos de los de aquéllas. La razón principal para este cambio es la coherencia con la ya referida inspiración fundamental que, como regla, debe presidir el inicio, desarrollo y desenlace de los procesos civiles. Además, es conveniente cuanto refuerce la importancia del acto del juicio, restringiendo la actividad previa a la sentencia a aquello que sea estrictamente necesario. Por tanto, como diligencias finales sólo serán admisibles las diligencias de pruebas, debidamente propuestas y admitidas, que no se hubieren podido practicar por causas ajenas a la parte que las hubiera interesado.

La Ley considera improcedente llevar a cabo nada de cuanto se hubiera podido proponer y no se hubiere propuesto, así como cualquier actividad del tribunal que, con merma de la igualitaria contienda entre las partes, supla su falta de diligencia y cuidado. Las excepciones a esta regla han sido meditadas detenidamente y responden a criterios de equidad, sin que supongan ocasión injustificada para desordenar la estructura procesal o menoscabar la igualdad de la contradicción.

Por lo que respecta a los procesos en que no rige el principio dispositivo o debe ser matizada su influencia en razón de un indiscutible interés público inherente al objeto procesal, la Ley no se limita a codificar, sino que, con pleno respeto a las reglas sustantivas, de las que el proceso ha de ser instrumental, diseña procedimientos sencillos y presta singular atención a los problemas reales mostrados por la experiencia.

Por su parte, el texto del artículo 435 del indicado Código español es el siguiente:

Artículo 435. Diligencias finales. Procedencia.

1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas:

No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran

podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429.

Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.

También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286.

2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.

Este artículo se relaciona con el artículo 429.1, que señala:

Artículo 429. Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio.

1. Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba.

Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.

Y con el artículo 286, que expresa:

Artículo 286. Hechos nuevos o de nueva noticia. Prueba.

1. Si precluidos los actos de alegación previstos en esta Ley y antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito, las partes podrán hacer valer ese hecho, alegándolo de inmediato por medio de escrito, que se llamará de ampliación de hechos, salvo que la alegación pudiera hacerse en el acto del juicio o vista. En tal caso, se llevará a cabo en dichos actos cuanto se prevé en los apartados siguientes.

2. Del escrito de ampliación de hechos el Secretario judicial dará traslado a la parte contraria, para que, dentro del quinto día, manifieste si reconoce



como cierto el hecho alegado o lo niega. En este caso, podrá aducir cuanto aclare o desvirtúe el hecho que se afirme en el escrito de ampliación.

3. Si el hecho nuevo o de nueva noticia no fuese reconocido como cierto, se propondrá y se practicará la prueba pertinente y útil del modo previsto en esta Ley según la clase de procedimiento cuando fuere posible por el estado de las actuaciones. En otro caso, en el juicio ordinario, se estará a lo dispuesto sobre las diligencias finales.

4. El tribunal rechazará, mediante providencia, la alegación de hecho acaecido con posterioridad a los actos de alegación si esta circunstancia no se acreditase cumplidamente al tiempo de formular la alegación. Y cuando se alegase un hecho una vez precluidos aquellos actos pretendiendo haberlo conocido con posterioridad, el tribunal podrá acordar, mediante providencia, la improcedencia de tomarlo en consideración si, a la vista de las circunstancias y de las alegaciones de las demás partes, no apareciese justificado que el hecho no se pudo alegar en los momentos procesales ordinariamente previstos.

En este último caso, si el tribunal apreciare ánimo dilatorio o mala fe procesal en la alegación, podrá imponer al responsable una multa de veinte mil a cien mil pesetas.

De la lectura de la parte de la exposición de motivos y artículos transcritos precedentemente, se puede comprobar que en una reforma legislativa integral, el país de donde emanan las medidas para mejor proveer decidió dar un paso al frente y derogarlas, para reconocer que en el proceso civil la prueba es un asunto de partes y no de interés de la judicatura. En efecto, la incorporación de las diligencias finales, con sus respectivas limitaciones, demuestra que no responden a una iniciativa de oficio por parte del juez, y menos cuando el proceso ya ha finalizado en su fase probatoria, como ocurre con las medidas que deroga.

Reconoce excepciones en el ámbito de los procesos donde hay intereses públicos involucrados y en la posibilidad de sugerencias de prueba, no de imposiciones, y menos decisiones de oficio, en la audiencia preliminar o preparatoria, como también en caso de insuficiencia probatoria, pero "...a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes...", con lo cual se pretende resguardar el debido respeto al principio dispositivo.

No tenemos cuestionamiento alguno, en esta materia, cuando hay intereses públicos comprometidos en el litigio, ya que ahí no hay un proceso regido solamente por el principio dispositivo. La sugerencia de prueba nos parece más discutible, salvo que el juez de juicio propiamente tal no sea el que participó en la audiencia preparatoria y que realizó sugerencias probatorias. Respecto de la tercera excepción, nos parece que la exigencia de

que se trate "... de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes...", es de difícil aplicación práctica, y nos cuesta imaginarnos casos en que ello pueda ocurrir. Quizá la posibilidad de que un testigo demente al tiempo que debe declarar, luego recobra su capacidad mental para declarar, podría justificar esa excepción, o que el testigo haya estado de viaje a ese tiempo, pero este caso, en nuestra opinión, se salva como diligencia final propiamente tal.

En todo caso, Juan Montero Aroca enseña que estas excepciones fueron transacciones políticas de los legisladores de la época, lo que él llama "la solución de compromiso", antecedente trascendente para que el lector saque sus propias conclusiones.<sup>3</sup>

## V. IMPARCIALIDAD SICOLÓGICA

Esta parte la abordaremos con base en las enseñanzas de Arturo Muñoz Aranguren.<sup>4</sup> Este autor, siguiendo las enseñanzas de los sicólogos israelíes Amos Tversky y Daniel Kahneman,<sup>5</sup> nos explica que, entre otros, existen los siguientes procedimientos y sesgos cognitivos en los procesos o mecánicas:

1. Procedimiento heurístico de la representatividad (*representativeness*). Este procedimiento conduce a errores estadísticos y matemáticos en el cálculo de la probabilidad, derivados de la insensibilidad a la probabilidad previa de resultados y al tamaño de la muestra, así como de errores relativos a la aleatoriedad y en relación a la denominada "regresión a la media".
2. Procedimiento heurístico de la disponibilidad (*availability*). Con arreglo a este procedimiento mental, el sujeto procede a valorar la probabilidad de que acaezca un suceso, tomando en consideración la facilidad con la que el propio sujeto puede recordar o imaginar ejemplos de sucesos similares.
3. Procedimiento heurístico de anclaje y ajuste (*anchoring*). Este proceso mental se fundamenta en la realización de una estimación, por parte del sujeto, a partir de un valor inicial (anclaje), que progresivamen-

<sup>3</sup> *La prueba en el proceso civil*, 4a. ed., Madrid, Thomson Civitas, 2005, p. 491.

<sup>4</sup> En su artículo titulado "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación" (*Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1/2011)

<sup>5</sup> En "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases" de recomendable lectura para quienes quieran introducirse en este trascendental tema (*Science, New Series*, vol. 185, núm. 4157 (27 de septiembre de 1974), pp. 1124-1131).

te ajusta a medida que obtiene información adicional. Los múltiples estudios realizados acreditan cómo este procedimiento mental da lugar a resultados diferentes, simplemente por el hecho de que se haya empezado por un valor distinto. De lo anterior se deriva que, con frecuencia, la valoración inicial ejerce una influencia indebida y desproporcionada sobre el análisis del sujeto, y provoca errores que pasan inadvertidos para el propio interesado.

4. Sesgo retrospectivo (*hindsight bias*). Con arreglo a este mecanismo mental, al valorar determinados hechos pasados, el sujeto no puede abstraerse de las consecuencias de los mismos, de manera que incurre en una tendencia a considerar, a partir del conocimiento de las consecuencias de la acción, que las mismas eran previsibles desde el principio.
5. Sesgo de confirmación (*confirmation bias*). Este proceso mental se caracteriza por la tendencia del sujeto a filtrar una información que recibe, de manera que, de forma inconsciente, busca y sobrevalora las pruebas y argumentos que confirman su propia posición inicial, e ignora y no valora las pruebas y argumentos que no respaldan la misma. El sesgo de confirmación es una tendencia irracional a buscar, interpretar o recordar información de una manera tal que confirme alguna de nuestras concepciones iniciales o hipótesis. Es un tipo de sesgo cognitivo, es decir, un error sistemático del razonamiento inductivo.

Los sesgos pueden ocurrir en la reunión, interpretación o recuperación de información. Algunos psicólogos utilizan la denominación sesgo de confirmación para las desviaciones sistemáticas en cualquiera de estos tres procesos, mientras que otros la restringen a los pasos para la recolección selectiva de la evidencia, utilizando el término sesgo de asimilación para las interpretaciones sesgadas.

6. Sesgo de grupo (*in group bias*). Esta técnica cognitiva provoca el error de valorar de forma injustificadamente homogénea las actitudes, actos y opiniones de las personas que pertenecen al mismo grupo, y por la sola razón de pertenencia a ese grupo. Esos prejuicios pueden ser tanto positivos como negativos, y pueden darse por la pertenencia o no del propio sujeto a uno de esos grupos. El modelo económico tradicional asume que la gente únicamente se preocupa de su propio interés. Sin embargo, las personas pueden mostrar también una actitud favorable a los grupos a los que pertenecen. En la ciencia psicológica este fenómeno se conoce como identificación social. Una de

las manifestaciones más estudiadas de esta identificación social es el sesgo de grupo: el tratamiento preferente a los miembros del grupo al que el sujeto pertenece.

Si bien, en mi opinión, todos los procedimientos y sesgos mencionados se interrelacionan o pueden interrelacionarse en un momento dado, en el análisis que se realice, me parece que el llamado procedimiento heurístico de anclaje y ajuste (*anchoring*) y el sesgo de confirmación (*confirmation bias*) son los que de manera más directa se vinculan con el tema de la imparcialidad con relación a la prueba que decreta un juez.

En efecto, en cuanto al procedimiento mental señalado y denominado heurístico de anclaje y ajuste, la decisión del juez al decretar la prueba de oficio estará sustentada en una estimación a partir del llamado valor inicial (*anclaje*), compuesto por las razones que haya tenido para decidir al decretar determinada prueba, que puede llevarlo a resultados diferentes, derivándose “que, con frecuencia, la valoración inicial ejerce una influencia indebida y desproporcionada sobre el análisis del sujeto, y provoca errores que pasan inadvertidos para el propio interesado”.

Por su parte, en cuanto al sesgo de confirmación, la prueba de oficio que decreta el juez puede traer por consecuencia que filtre “una información que recibe, de manera que, de forma inconsciente, busca y sobrevalora las pruebas y argumentos que confirman su propia posición inicial, e ignora y no valora las pruebas y argumentos que no respaldan la misma”.

Con lo señalado, parece posible afirmar que la ciencia de la psicología debiera pronunciarse acerca de si con la prueba de oficio se puede afectar o no la imparcialidad subjetiva y objetiva que se le exige a los jueces. Y, por de pronto, enseñar cómo ellos pueden ser, si no eliminados, al menos controlados de la mejor manera que sea posible, en resguardo del principio de la imparcialidad.

## VI. CONCLUSIONES

La imparcialidad procesal es un principio y presupuesto del proceso, que debe delimitarse legislativamente, no sólo desde una perspectiva netamente jurídica, sino que debe considerar también su enfoque psicológico.

Es un derecho de las partes que el juez a cargo de sustanciar y sentenciar su proceso sea imparcial tanto objetiva como subjetivamente, y ello no sólo respecto de quienes son las partes del proceso (aspecto subjetivo), sino también respecto de la materia de la litis (aspecto objetivo).

La prueba de oficio, si no con seguridad, al menos con una alta probabilidad, permite que la decisión jurisdiccional se vea influenciada por los llamados sesgos cognitivos (incluso sin conciencia de ello por parte del juez), y ello es más que suficiente para abolir esas facultades en los procesos dispositivos.

PARTE V  
REFLEXIONES ACTUALES  
EN TORNO AL PROCESO

## EL LENGUAJE PROCESAL EN EL SIGLO XXI

William Esteban GRISALES CARDONA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho y derecho procesal*. III. *Lenguaje*.  
IV. *Lenguaje vulgar y lenguaje científico*. V. *Lenguaje jurídico*.

### I. INTRODUCCIÓN

El derecho procesal requiere una relectura, conforme a los distintos principios que lo componen y de cada una de las cartas políticas de los Estados. Además de lo anterior, es importante tener presente las normas de rango supranacional existentes. Todo ello permite determinar un lenguaje actual del derecho en general y del derecho procesal en particular conforme a las exigencias del siglo XXI.

En la obra del insigne profesor Humberto Briseño Sierra se vislumbra una construcción, propia para el derecho procesal acorde a los planteamientos actuales, a las necesidades de construcción requeridas legales y constitucionales según el principio del debido proceso.

La importancia de definir al derecho radica en determinar el tipo de lenguaje necesario para una adecuada relación entre quienes son sujetos de él, además de aquellos que hacen uso de él a través del proceso. Es así, que en el *Compendio de derecho procesal*, realiza en el primer capítulo una aproximación o acercamiento al tema del lenguaje.

De éste se partirá para el desarrollo del presente artículo, dado que se considera que abre ruta en la propuesta del lenguaje en el derecho procesal del siglo XXI, un lenguaje basado en la Constitución, y en la ciencia del derecho procesal, como una corriente que se afianza con el paso de los años.

## II. DERECHO Y DERECHO PROCESAL

En este acápite se buscará un acercamiento a lo que se entiende por derecho y derecho procesal, pero acercándose a ellos desde una postura constitucional. El bloque de constitucionalidad hoy por hoy marca el derrotero a seguir por los legisladores en la formación de las leyes; por ello se hace importante acercar la conceptualización de los elementos estructurantes de este numeral.

El derecho es una de las palabras más difíciles de definir, en primer lugar por los múltiples usos que se le dan. Para este artículo, se tomará en su acepción jurídica procesal. Esto es, se toman las definiciones o, si se quiere, las aproximaciones a este concepto, mismas que se construyen desde el lenguaje, con una amplia significación para quien recibe finalmente el mensaje.

El derecho es una ciencia enmarcada en el lenguaje, depende de él para vivir y ser vivido para la comunidad y los conocedores y aplicadores del derecho. “La ciencia construye sus propios esquemas sobre las coordenadas de su sentido teórico y sus valores demostrados en conexión congruente y completa”.<sup>1</sup>

Pero el derecho sólo puede comprenderse desde sus núcleos formantes, los cuales no son nada distintos a los principios jurídicos, y para este caso deben tenerse en cuenta los principios de carácter procesal; de manera muy especial aquellos de rango constitucional, como los que formen el bloque de constitucionalidad.

El derecho está compuesto por imperativos o mandatos que son dados a través del lenguaje, una vez que se cumpla una tarea del legislador, que termina siendo la ley, ésta finalmente está dirigida a cada uno de los súbditos de un Estado. Son ellos los destinatarios de la tarea legislativa, razón por la cual la ley se crea con el fin de regular las conductas de los asociados, estableciendo de esta manera pautas o reglas para el comportamiento de ellos.

Pero la tarea legislativa va mucho más allá de la simple regulación de la conducta; debe estudiar el entorno social, político, cultural, religioso, de cada sociedad, para entrar a determinar cuál es la mejor norma para ese grupo social. Todo esto implica, además, un estudio de los valores que se encierran en dicha sociedad, de los cuales parten los principios que se convierten en el eje central de la formación jurídica. Los principios jurídicos son el núcleo esencial del orden jurídico.

---

<sup>1</sup> Briseño Sierra, Humberto, *Compendio de derecho procesal*, México, edición electrónica, 1989, p. 22.



Se observa entonces que si todo el derecho positivo está engarzado en la línea fundamental, porque la ordenación social contemplada en su totalidad o conjunto representa la previsión estatal del tipo de conducta general que se persigue, entre los incontables preceptos vigentes aparece una inmanente congruencia, una constante selección de soluciones y una necesaria facilitación del cambio. Éstos son los tres motivos de otros tantos principios.<sup>2</sup>

Desde el punto de vista procesal, se pretende ser la solución de un conflicto, con la intervención del juez como tercero imparcial dentro de la disputa de dos partes en igualdad de condiciones.

Al hablar de la norma jurídica se considera que en un primer momento se debe abordar su estudio desde el contenido de la ontología jurídica; esto es, preguntarse por el ser mismo de la norma, en cuanto fenómeno físico e ideal. Lo físico, porque a través de ella se recogen una serie de hechos, los cuales sirven como soporte para el supuesto de hecho de la norma, pero a su vez es también ideal, dado que su aplicación es para un futuro, algunas veces ocurriendo su aplicación por analogía; esto es, por remisión, por tratarse de un hecho similar, mas no igual.

La cadena de palabras que conforman la norma es una proposición,<sup>3</sup> pero no podrá tomarse bajo los parámetros aristotélicos, porque la proposición normativa no admite el calificativo de verdadero o falso. Para el filósofo estagirita, la proposición es algo que admite la calificación de falso o verdadero, llevando sobre sí el calificativo de juicio. La proposición normativa o jurídica es trabajo de la lógica jurídica utilizada por el creador de la norma.

La construcción de la norma parte de un sentido que puede ser totalmente distinto al concebido en el mundo jurídico práctico, si se me permite llamarlo así. El legislador recoge las experiencias de la sociedad y a partir de ellas se construye un mundo fáctico (supuesto de hecho), el cual regulará la vida en sociedad, éste se vuelve coercitivo cuando a ese recoger fáctico se le suma una sanción.

Sin embargo, al momento de redactarse una norma ésta puede ser hecha de una forma prohibitiva, permisiva, descriptiva; una definición, etcétera, sin configurar de manera exacta su sentido, ya que el sentido de la norma, de una expresión, es diferente a la propia norma. Un ejemplo de ello es la palabra “acción”, que tiene múltiples aplicaciones según la rama del derecho en la cual se esté utilizando, pero se espera que la ley sea lo su-

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>3</sup> “Es un producto lógico del pensamiento que se expresa mediante el lenguaje, sea éste un lenguaje común, cuando adopta la forma de oración gramatical, o simbólico, cuando se expresa por medio de signos o símbolos”, *Wikipedia, Enciclopedia libre*.

ficientemente clara para determinar en una forma más o menos adecuada su utilización.

El intérprete debe buscar el sentido de la norma o enunciado jurídico, y para ello es importante recordar lo propuesto por el profesor Hernández Marín: "...El sentido de una expresión parece ser algo objetivo, algo que está fuera de los sujetos; en cambio, las ideas subjetivas, imágenes mentales, que tienen lugar en las mentes de quienes intervienen en un acto de comunicación, son fenómenos internos de los sujetos".<sup>4</sup> La interpretación tiene una alta carga subjetiva, tanto desde el funcionario judicial, quien finalmente la aplica, como del abogado, quien la invoca en un primer momento, y la sociedad quien cree que ha sido vulnerada teniendo la forma en que se lea ésta.

Pero esta carga tiende a volverse subjetiva cuando se expresan los argumentos, las razones para ser aplicada de una determinada manera. La visión que se tiene sobre ciertos objetos no es la misma, y su comprensión en el acto del habla puede variar; la imagen que se tiene sobre un objeto no es factual, sino de carácter ideal; de la imagen que cada uno de los intervinientes en el diálogo tenga en su mente.

Estas entidades ideales es lo que suele llamarse "entidades semánticas", y dentro de ellas se encuentran los conceptos y las proposiciones. Por el primero ha de entenderse, según la Real Academia Española de la Lengua: es el pensamiento expresado con palabras. En otro sentido, es el sentido que se le da a una palabra, a un término. Por el segundo: es la unidad lingüística de una estructura oracional; esto es, constituida por sujeto y predicado, que se une mediante coordinación o subordinación de otra u otras proposiciones para formar una oración compuesta,<sup>5</sup> esto es, el sentido que se le da a un enunciado, que para el caso de esta investigación es de tipo jurídico, cual es el sentido de un enunciado jurídico.

La Corte Constitucional ha definido la proposición jurídica completa de la siguiente forma:

Cuando los apartes demandados de un precepto legal se hallan íntima e inescindiblemente unidos a fragmentos o partes no acusados, de tal manera que entre sí todos configuran una proposición jurídica cuya integridad produce unos determinados efectos y sólo es susceptible de comparar con la Constitución en cuanto tal, puede el juez constitucional extender el alcance de su fallo

<sup>4</sup> Hernández Marín, Rafael, *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, PPU, 1989, p. 53.

<sup>5</sup> Real Academia Española de la Lengua, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 2001.

a las partes no señaladas por el actor, con el propósito de evitar que, proferido aquél apenas parcialmente, se genere incertidumbre colectiva acerca del contenido armónico e integrado de la norma legal materia de análisis. Eso implica que la Corte Constitucional, en el ejercicio de su función, confronte normas completas, con alcances definidos, impidiendo que la acción ciudadana, ejercida selectivamente sobre ciertos textos desvirtúe el sentido exacto de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, bajo un cierto designio del actor o, por inadvertencia de éste, con el resultado de hacer que el precepto, según el sentido del fallo, presente un contenido incoherente o inaplicable.<sup>6</sup>

Para el alto tribunal, la proposición jurídica está compuesta por todas las normas que permiten una concatenación del sistema jurídico como un todo, y de este todo poder construir el sentido de un enunciado jurídico. Para la Corte, una indebida formación de la proposición jurídica impediría un fallo integral de constitucionalidad. “Una expresión de un lenguaje es una cadena finita de símbolos de ese lenguaje, o sea, una cadena finita de elementos últimos... de ese lenguaje”.<sup>7</sup>

### III. LENGUAJE

El lenguaje puede ser definido como “el conjunto de sonidos articulados con que el hombre manifiesta lo que piensa o siente”.<sup>8</sup> También puede entenderse como un sistema de comunicación, en el cual se encuentra la palabra escrita o hablada; en otras palabras, un sistema de expresiones o de signos.<sup>9</sup>

Otra definición se encuentra en Sapir: “El lenguaje es un método exclusivamente humano, y no instintivo, de comunicar ideas, emociones y deseos por medio de un sistema de símbolos producidos de manera deliberada.

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia C-560 de 1997. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>7</sup> Hernández Marín, *op. cit.*, p. 47.

<sup>8</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, *cit.*

<sup>9</sup> Hay una inmensidad de definiciones sobre qué es el lenguaje humano, dependiendo de cada autor en cada época y en cada circunstancia. Una selección de varias de las definiciones que se le ha dado al lenguaje: Por el lenguaje entendemos un sistema de códigos con cuya ayuda se designan los objetos del mundo exterior, sus acciones, cualidades y relaciones entre los mismos (A. R. Luria, 1977). El lenguaje es un hábito manipulador (J. B. Watson, 1924). El lenguaje es un conjunto finito o infinito de oraciones, cada una de las cuales posee una extensión finita y construida a partir de un conjunto finito de elementos (Noam Chomsky, 1957). El lenguaje es una instancia o facultad que se invoca para explicar que todos los hombres hablan entre sí (J. P. Bornchart, 1957). *Wikipedia, Enciclopedia libre.*

Estos símbolos son ante todo auditivos, y producidos por los llamados “órganos del habla”.<sup>10</sup>

Sobre esta definición sobra señalar que toma una parte del lenguaje olvidando de forma inicial el lenguaje escrito, el cual es la esencia del derecho. El derecho utiliza por regla general un lenguaje escrito (derecho positivo).

El lenguaje, entre las múltiples funciones que puede tener (motivadora, informativa, etcétera) la más importante para el campo jurídico es la descriptiva, y realmente es la más trascendente para las disciplinas que pretenden tener un carácter de cientificidad. El lenguaje propio de cada ciencia o disciplina científica emite enunciados con pretensión de verdad.

El lenguaje pertenece a cada grupo cultural o científico, dado que la forma en la cual es usado es diferente. Dentro de cada grupo, éste adquiere un papel importante para el desarrollo mismo. El cambio cultural se va dando con el uso mismo de las palabras; a medida que cambian las necesidades de la comunidad varía el uso de las palabras; a medida que nacen nuevas expectativas en las ciencias o disciplinas científicas, el lenguaje genera nuevos conceptos, con los cuales nacen nuevos enunciados con pretensión de verdad.

Dentro del lenguaje puede hablarse del lenguaje natural, el cual se entiende como el de uso cotidiano, *verbi gracia* el español, el inglés. Pero existen otros, que son contruidos, lenguajes artificiales. Este lenguaje artificial parte de signos: “se dice que algo constituye un signo cuando nuestra mente lo relaciona con otra cosa o acontecimiento”.<sup>11</sup>

#### IV. LENGUAJE VULGAR Y LENGUAJE CIENTÍFICO

En este orden de ideas, puede recordarse la diferencia entre lenguaje común y lenguaje científico, siendo este último un lenguaje artificial, el cual parte del lenguaje común. A través de este lenguaje científico se pretende dar a conocer proposiciones con carácter de verdad; esto es, un conocimiento construido sobre pruebas. Pero esta construcción es la que rompe el discurso con otros sectores de la comunidad, impidiendo la conformación de una comunidad lingüística.

Puede sostenerse que la comunidad lingüística no es generalizable dentro de una comunidad, porque a ella sólo corresponden aquellas personas

<sup>10</sup> Sapir, Edward, *El lenguaje*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 14.

<sup>11</sup> Aftalion, Enrique R., *Introducción al derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 74

que manejan un lenguaje común; pero si el derecho es una forma de control social, una herramienta para permitir la vida en sociedad, ¿no debe ser construido de tal manera que toda persona que conforma esa sociedad pueda entender ese instrumento de control social?

Como se anotó anteriormente, el derecho está dirigido a la comunidad; por tanto, se considera que el lenguaje debe ser comprensible para sus miembros. El lenguaje, como juego de signos, debe ser común a la colectividad, o ser adecuado a la necesidad de cada comunidad, de tal manera que pueda ser eficaz.

...En efecto, se trata de afirmar que el derecho es eficaz cuando es contemplado como algo valioso por la sociedad, cuando es respetado y aceptado en general, tanto, en primer lugar por los operadores jurídicos básicos (centros de producción normativa) como, en segundo lugar, por la comunidad jurídica.<sup>12</sup>

El derecho como tal debe regular conductas valiosas para la sociedad, y así conseguirse una realización del derecho; esto es, un derecho viviente.

La pregunta que surge es: ¿cuál es el contenido representante de un enunciado normativo para un particular? En un primer momento puede señalarse que representa una prohibición, un límite, algo distinto a lo que realmente puede establecer la norma jurídica. Por ejemplo: si en determinado texto aparece la palabra “representación”, el particular puede vislumbrar a una persona que actúa en nombre de otro, una obra de teatro, una puesta en escena. Mientras que un abogado se ubicará dependiendo de la rama del derecho que se esté abordando, ya que no es lo mismo el concepto “representación” en el ámbito civil, sucesiones, comercial, penal, etcétera.

Cada área del derecho contiene un significado distinto para un mismo significante, y esto es lo que torna al lenguaje jurídico en incomprensible para un ciudadano al cual se le dirige el derecho como herramienta de control social. Incluso dentro del derecho comparado existen algunas figuras que tienen tratamiento distinto, haciendo su interpretación más compleja a la que se presenta en una determinada comunidad.

La forma en que se utiliza el lenguaje da lugar a la aparición de una palabra vacía, la cual no es una palabra que el sujeto aprenda por sí mismo. La palabra se convierte en un juego, en el cual ésta no pone en juego nada de sí, como tampoco compromete la verdad. La palabra vacía nunca se llama a sí misma.

La esencia de la palabra se pierde. Esto podría observarse en la ciencia: ésta deja por fuera de la palabra aquello que la constituye. La ciencia

<sup>12</sup> De Asís, Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 132.

o una disciplina científica tienen un discurso con sentido, dejando de lado al sujeto.

Pero cabe preguntarse en este momento: ¿acaso este tipo de palabra al interior del derecho no constituye una palabra plena? Esta pregunta amerita dos respuestas. En primer lugar, admitiría un sí, al interior de cada disciplina científica y de quienes la conforman; las palabras tienen plena validez porque éstas convocan su esencia, tienen una significación que todos comprenden y que pueden transitar por la verdad, entendiendo que ésta se dirige a un grupo especial, como son los jueces, los abogados, los estudiosos del derecho. La segunda respuesta es un no, si se parte de ese grupo primario al cual se dirige el derecho, ya que para éstos las normas son palabras vacías que carecen de comprensión en la generalidad de los casos.

Foucault dice: “En el interior de sus límites, cada disciplina reconoce proposiciones verdaderas y falsas... la disciplina es un principio de control de la producción del discurso. Ella le fija sus límites por el juego de una identidad que tiene la forma de una reactualización permanente de las reglas”.<sup>13</sup>

Entonces, dentro del discurso jurídico para los aplicadores del derecho nace la palabra plena; esto es, una palabra llena de sentido. Por tanto, el discurso jurídico bajo esta óptica es objetivo, está constituido por palabras con sentido, las cuales brotan del mundo jurídico, alcanzando un alto grado de universalidad, y al ser parte de un discurso lingüístico jurídico abandona su temporalidad.

Sobre este tema cabe recordar el texto *Lenguaje de la moral* del profesor Hare, en el cual se expresa que una tribu indígena denominada Aisat-naf está en la creencia de que en caso de que se viole un determinado tabú, surge lo que se denomina “tu-tu”. Los miembros de la tribu dicen, además, que quien comete infracción se pone “tu-tu”. No se encuentra rastro de significación de esta palabra. Quizá lo más cercano a una explicación sea decir que “tu-tu” es concebido como una especie de fuerza o lacra peligrosa que recae sobre el culpable y amenaza a toda la comunidad con el desastre. Por esta razón, una persona con “tu-tu” tiene que ser sometida a una ceremonia especial de purificación.

Se observa aquí que la expresión anotada no tiene ninguna significación especial en otro contexto por fuera de esa comunidad, de ahí que la función que pueda tener la palabra dentro del discurso debe estar profundamente ligada con la regulación normativa para una comunidad. Sin embargo, parece que la palabra usada por esta tribu indígena, a pesar de carecer de significado, cumple una función en el lenguaje cotidiano de esas personas.

---

<sup>13</sup> Foucault, M., *Las palabras y las cosas*, México, Siglo XXI, 1997, p. 38.

Las frases en las que se incorpora la palabra “tu-tu” son aptas para cumplir las dos principales funciones de todo lenguaje: prescribir y describir; o, para ser más claro, expresar órdenes o reglas, y hacer juicios sobre hechos.

De ahí que se pueda decir que

El lenguaje es la condición de posibilidad de todo razonamiento. ¡Ya estoy hablando en términos kantianos! La producción del conocimiento racional se hace empleando palabras a partir de la experiencia. “El uso general del lenguaje consiste en trasponer nuestros discursos mentales en verbales: o la serie de nuestros pensamientos en una serie de palabras”. Así, el lenguaje sirve, primero para registrar las relaciones entre cosas y nombres a través de la función significativa; segundo, para posibilitar el entendimiento; tercero, para dar a conocer nuestras voluntades y propósitos, y para que podamos prestarnos ayuda mutua; finalmente, para deleitarnos jugando con nuestras palabras inocentemente. La manera como en lenguaje se utiliza para recordar la relación causal entre las cosas, consiste en la aplicación de nombres y en la conexión de ellos. Por esto es necesario que todos los hombres que aspiren al verdadero conocimiento desarrollen un método que les permita precisar de qué forma se dan aplicación y esa conexión. Sin “un uso apropiado de nombres en el lenguaje” no puede darse una adquisición metódica y científica del conocimiento. “Así en la correcta definición de los nombres radica el primer uso del lenguaje, que es la adquisición de la ciencia. Y en las definiciones falsas, es decir, en la falta de definición finca el primer abuso del cual proceden todas las hipótesis falsas e insensatas”.

Los discursos científicos son, por lo tanto, un tipo de aritmética conceptual. El razonamiento no es más que la suma y resta de nombres. El fin y utilidad de la razón estriba en deducir en forma correcta desde las primeras definiciones hasta las conclusiones, por lo que la razón y la ciencia se apoyan recíprocamente. No puede haber certeza sobre una determinada conclusión obtenida de un razonamiento, si no hay una rigurosa comprobación desde los primeros elementos de cada cómputo hasta los últimos en la cadena de inferencias. El resultado obtenido es la verdad, la cual nos proporciona conclusiones acerca de los nombres de las cosas. “Verdad y falsedad —apreciado Maquiavelo—, son atributos del lenguaje, no de las cosas. Y donde no hay lenguaje no existe ni verdad ni falsedad”.<sup>14</sup>

Partiendo de las ideas esbozadas, cabe decir que la pregunta por el lenguaje no es reciente, ya que existen muchas teorías al respecto (entre éstas pueden recordarse las propuestas por Hart, Dworkin, Bix, Finnis, entre algunos). Sin que éstas entren de una forma u otra a llenar la vaguedad propia

<sup>14</sup> Cortes Rodas, Francisco, *La verdad en el infierno*, Bogotá, Siglo del Hombre, pp. 42 y 43.

del lenguaje, lo cual es propio de un idioma original. “La vaguedad de las palabras constituye un obstáculo para el avance de la ciencia cuando una mayor precisión es requerida para la contrastación empírica de enunciados que se deducen de alguna hipótesis o teoría”.<sup>15</sup>

Esta vaguedad se reduce con la construcción del lenguaje de la ciencia, en la cual se determina el sentido en que debe entenderse una palabra, y es esto lo que genera la incertidumbre en la comunidad. Frente a lo anterior, puede señalarse que los usos del lenguaje pueden generar que una misma expresión tenga distintos significados, quebrantándose así los parámetros mínimos en una teoría de la argumentación.

Desde la propuesta de Robert Alexy las reglas que definen el discurso práctico son de distinta clase, pero entre las reglas fundamentales que debe cumplir cualquier acto de comunicación, este autor señala: “(1.1) ningún hablante puede contradecirse; (1.2) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree; (1.3) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes; (1.4) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados”.<sup>16</sup>

Con ello se quiere mostrar cómo para una adecuada comunicación es importante un alto grado de unificación en el lenguaje utilizado, y la utilización de un mismo predicado F, situación dificultosa tratándose de un derecho tan cambiante como el colombiano, derecho cambiante no sólo desde lo legislativo, sino también desde lo jurisprudencial.

El predicado F a una situación A no siempre continúa aplicándose ante eventos A; por el contrario, esto puede variar ante situaciones A. En este caso surge sobre la persona que varía el predicado F sobre una situación la regla de la carga de la argumentación.

Estas reglas, desde la propuesta de Alexy, son:

Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo; quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello; quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en casos de contrargumentos; quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Aftalión, Enrique, *Introducción al derecho*, cit., p. 93.

<sup>16</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 185.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 191-193.



Conforme a la primera de estas reglas, quien crea la diferencia entre el predicado F a una situación A frente a otra similar, debe argumentar por qué varió las razones del predicado F. Lo anterior corresponde a dar las razones para el cambio, por ejemplo de jurisprudencia. Aquel que cambia de argumento debe expresar en forma clara y contundente el porqué, dando mejores argumentos que los existentes.

Las normas, desde su uso común y cotidiano, tienen interpretaciones disímiles, lo cual ha generado un alto grado de incertidumbre al particular, quien en última instancia cree en lo establecido en la ley, siendo esto un mero sofisma, dado que cada abogado tiene una lectura distinta de ella.

Una sola lectura de una norma sería un caso ideal para el cumplimiento de la llamada seguridad jurídica, la cual implicaría certeza<sup>18</sup> y justicia; pero esto es una mera situación ideal.

Hay certeza jurídica cuando cada ciudadano puede conocer las normas jurídicas que se aplican en los casos particulares y cuál es su significado exacto. En tal situación cada ciudadano está en situación de prever cuáles serán las consecuencias jurídicas de sus propias acciones y cuáles serán las decisiones de los órganos de aplicación en el caso en que su comportamiento deba ser juzgado conforme al derecho. Como parece intuitivamente claro, “certeza jurídica” no designa una situación existente de hecho en ningún país del mundo, ni tampoco, probablemente, ninguna situación que alguna vez llegue a presentarse en algún lugar. Esta expresión designa un estado ideal; un objetivo al cual tender; un criterio valorativo que permite criticar e intentar cambiar las situaciones de hecho existentes.<sup>19</sup>

El lenguaje utilizado dependerá en última instancia de la lectura de los especialistas en la materia, pero esta lectura no llega al particular desvir-

---

<sup>18</sup> La Corte Constitucional, en sentencia del 17 de junio de 1993, habla del principio de certeza jurídica: “El servicio es algo tan evidente que no exige ser demostrado, sino solamente señalado, ya que se entiende directamente, sin necesidad de discurrir sobre ello, su naturaleza de apertura solidaria de las partes entre sí y de éstas hacia el todo; pues el servicio siempre se ha entendido como un acto de colaboración, es decir, como acto de servir: aquello que reporta utilidad al destinatario. La norma acusada no infringe los requisitos de certeza jurídica de que trata el artículo 338 constitucional, ya que establece los elementos de la obligación tributaria y fija los criterios generales propios de toda norma jurídica, los cuales deben ser desarrollados posteriormente por el presidente de la República en ejercicio de sus atribuciones como jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa”. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. C-228 de 1993. Este principio es tomado para efectos tributarios, pero debe ampliarse su aplicación a toda actividad judicial.

<sup>19</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico, elementos para un modelo*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2004, p. 98.

tuándose, sino que se repiten los códigos del lenguaje, de la comunicación o, en palabras de Habermas, de un Estado ideal de habla.

## V. LENGUAJE JURÍDICO

Las cartas políticas modernas han estructurado un grupo de normas, desde las cuales se ha implementado la línea de aplicación del resto del ordenamiento jurídico. “La idea fundamental que une las constelaciones de conocimientos humanos en general y conocimientos jurídicos en particular cumple su rectoría de principio cuando unifica el sentido, en este caso el sentido normativo encaminado a la consecuencia de un objetivo”.<sup>20</sup>

El objetivo de los principios no es nada distinto a la unificación de criterios que permitan la aplicación de una norma acorde con los derechos fundamentales, y de manera especial en el campo procesal con el debido proceso, y siguiendo los criterios del profesor Briseño Sierra, la imparcialidad del tercero a la hora de decidir.

Pero el texto constitucional debe ser un texto comprensible para sus destinatarios. “La palabra ha de ser palabra pertinente, pero esto no significa sólo que yo me represente a mí mismo lo dicho, sino que se lo haga ver al interlocutor”.<sup>21</sup>

Esta tarea está en manos de los jueces, a través de sus sentencias.

Esta variedad de niveles de lenguaje no significa que exista una gramática especial para cada uno, ni siquiera que se utilicen vocablos diferentes y por el contrario la dificultad está en que los mismos términos se emplean de manera indiferenciada y ello origina las confusiones de apreciación y juicio.<sup>22</sup>

El orden lleva a proponer en primer lugar el reconocimiento de creación de la norma jurídica por parte del legislador, y es a quien corresponde hacer una primera “traducción”, pasar algo del plano de la realidad al plano normativo. Pero esta tarea debe coincidir con las conductas desplegadas en una comunidad y las normas que la regulan; las normas no pueden ser extranjeras en su propia tierra. El contenido normativo debe ser propio conforme a su experiencia, pero en caso de ser tomado de otros ordenamientos jurídicos es el Poder Judicial quien se encarga de darle los contenidos propios de esa comunidad.

---

<sup>20</sup> Briseño Sierra, Humberto, *Compendio de derecho procesal*, Cali, Biblioteca Jurídica Equidad, 1980, p. 31.

<sup>21</sup> Gadamer, H. G., en <http://www.uma.es/gadamer/page4/index.html#TEXTO> 10

<sup>22</sup> Briseño Sierra, H., *op. cit.*, p. 40.

Pero esta tarea parece en ocasiones desbordar el sentido propio de la norma. Derrida expresa con acierto:

...sino también porque simultáneamente el lenguaje se halla amenazado por no tener ya límites, remitido a su propia finitud en el preciso momento en que sus límites parecen borrarse, en el momento en que deja de estar afirmado sobre sí mismo, contenido y delimitado por el significado infinito que parecía excederlo.<sup>23</sup>

El lenguaje jurídico debe tener ciertos límites, estar delimitado en forma clara, y esto se logra con una redacción clara de la norma. Aunque pueda ser un retroceso lo que se afirmara, el legislador debe expresar en la forma más clara posible la conducta que se consagra y su consecuencia jurídica, ya que la amplitud en la interpretación puede generar que se rompa el principio de igualdad, porque frente a hechos similares se darían respuestas distintas.

Sin embargo, el lenguaje jurídico, como creación del legislador, no contiene una pretensión de validez, como sí lo exigen para la norma jurisdiccional, la cual debe partir de un argumento cuyo contenido sea de validez general; es decir, ser aceptado por un conglomerado social como válido. La norma jurisdiccional requiere una fuerte carga argumentativa que cumpla con los parámetros de la argumentación jurídica propuestos por autores como Alexy,<sup>24</sup> Habermas, Atienza, entre otros. Pero esta carga argumentativa debe estar basada en reglas de entendimiento entre el hablante y el oyente; esto es, aquello que propone el hablante es lo mismo que entiende el oyente: existe una unidad de significantes y significados.

Si bien es cierto que la norma como tal no requiere pretensiones de validez para ser aceptada por una comunidad, el camino anterior sí requiere de argumentos con pretensiones de validez para ser aceptada y creada la norma, pretensiones que surgen del mismo comportamiento social y de las necesidades sociales.

Tomando algunas ideas sobre Habermas, puede señalarse que "...admite genéricamente la potencialidad del lenguaje para la expresión de inten-

---

<sup>23</sup> Derrida, Jacques, *De la gramatología*, trad. de Óscar del Barco y Conrado Ceretti, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2003, p. 10.

<sup>24</sup> Su teoría de la argumentación jurídica muestra la necesidad de plantear los enunciados doctrinales de manera lógica, de acuerdo con las normas vigentes y con los enunciados empíricos, para lograr una argumentación práctica, de tipo general, para que la argumentación dogmática tenga sentido en la práctica general. [http://es.wikipedia.org/wiki/Robert\\_Alexy](http://es.wikipedia.org/wiki/Robert_Alexy).

ciones, la exposición de estados de cosas y el establecimiento de relaciones interpersonales entre el hablante y el destinatario de las comunicaciones”.<sup>25</sup>

El lenguaje es único para una teoría científica del derecho procesal que pretenda sobrepasar los límites territoriales y el tiempo, tal como lo propuso el insigne profesor Briseño Sierra.

---

<sup>25</sup> Prieto Navarro, Evaristo, *Jürgen Habermas: acción comunicativa e identidad política*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 19.

## REFLEXIONES SOBRE EL TIEMPO Y EL DERECHO PROCESAL CIVIL

Arturo Felipe ONFRAY VIVANCO\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El tiempo preprocesal de la incertidumbre.* III. *El tiempo procesal de la discusión.* IV. *El tiempo posprocesal de la certeza.* V. *Palabras finales.*

### I. INTRODUCCIÓN

El ilustre maestro mexicano Humberto Briseño Sierra, además de una notable vocación por la enseñanza y difusión del derecho procesal, demostró ser un investigador acucioso, destacable por lo acabado de sus trabajos, plenos de antecedentes, datos y reflexiones.

Entre sus múltiples estudios procesales no olvidó considerar un tema que normalmente es relegado a los límites de la dogmática, cual es el tiempo que debiera, sin embargo, ocupar un rol destacado, ajeno a la periferia, dentro de las reflexiones jurídicas.

En el ámbito del proceso, el cual supone un camino que va desde los antecedentes del conflicto jurídico hasta su solución definitiva, es posible distinguir tres tiempos, a saber: el de la incertidumbre (tiempo preprocesal), el de la discusión (tiempo procesal) y el de la certeza (tiempo posprocesal).

---

\* Abogado, jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado y profesor de derecho procesal de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. 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 (Katholieke Universiteit Leuven). Miembro de los institutos Chileno de Derecho Procesal e Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

## II. EL TIEMPO PREPROCESAL DE LA INCERTIDUMBRE

### 1. *Primera incertidumbre del tiempo preprocesal*

El derecho es dinámico, y está expuesto a cambios, en los cuales el paso del tiempo juega un rol central.

El ordenamiento jurídico admite, como lo recuerda Humberto Briseño Sierra, que por el transcurso del tiempo un derecho se transforme o incluso se extinga. Así, por ejemplo, la posesión continua de un bien raíz por un cierto número de años permite la adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre él. A su vez, la inacción del acreedor durante el tiempo señalado por la ley libera al deudor, a través de la prescripción extintiva, de toda obligación.<sup>1</sup>

Junto con tales cambios, expresamente reconocidos por el legislador,<sup>2</sup> existen otros, asociados a factores culturales, económicos, políticos y sociales, en los cuales el tiempo juega un rol relevante.<sup>3</sup> Ordinariamente este tipo de cambios se traducen en la derogación de una norma y en su remplazo por otra.

Sin embargo, en no pocas ocasiones el tiempo nos plantea la cuestión del desuetudo normativo (costumbre negativa), que exige recurrir al contexto de la interpretación para determinar la vigencia o no de una ley, en particular si hablamos de normas de textura abierta.

En cuanto a la textura abierta de las normas, recordemos un famoso debate acerca de la interpretación de la ley que tuvo lugar entre el profesor de Oxford, Herbert Lionel Hart, y el profesor de Harvard, Lon Fuller, hacia fines de los años cincuenta, del siglo pasado. En tal controversia

el profesor Hart ponía como ejemplo un reglamento que prohibiera a los vehículos penetrar en un parque público. Indicaba que en algunos casos-límite (*limiting cases*) podríamos dudar y preguntarnos si un coche de niño o un patinete, por ejemplo, deben ser calificados como vehículos, en el sentido del reglamento. A lo cual replicaba Fuller que si una asociación de antiguos combatientes hubiera querido erigir un monumento como recuerdo de la última guerra, colocando en medio del césped un carro de combate tomado al ene-

<sup>1</sup> Briseño Sierra, *Derecho procesal*, México, Oxford University Press, 1999, p. 787.

<sup>2</sup> Código Civil, libro IV, título XLII “La prescripción”, artículos 2492 a 2524.

<sup>3</sup> Cerda Fernández, Carlos, “Razonamiento judicial”, *Cuadernos de análisis jurídico*, Santiago, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 1995.

migo ¿habría que prohibir la introducción de este carro en el parque a pretexto de que es un vehículo y que el reglamento no puede dejar de aplicarse?<sup>4</sup>

En busca de una respuesta a tal cuestión el profesor Hart, a propósito de la naturaleza de la norma, menciona que existe un *core of settled meaning* y una “penumbra of doubt or uncertainty”. En el primer caso es posible encontrar los casos típicos, referidos, en la especie, por ejemplo, a un camión, un *station wagon*, etcétera. En la segunda figura, en cambio, aparecen algunos casos extremos, como los mencionados en el párrafo anterior, cuya inclusión en la premisa fáctica de la norma debe ser resuelta por el juez usando criterios distintos al gramatical.

A modo de ilustración, cabe considerar algunos ejemplos provenientes de dos culturas diferentes, a saber: la belga y la japonesa.

En el caso de Bélgica, vaya un caso tomado del Código Civil belga.

Los artículos 653 a 665 del Código Civil belga regulan los derechos y deberes de los vecinos (en los pueblos) en relación a la construcción de muros divisorios. En la práctica ha surgido el problema de hasta qué punto las losas de concreto (*betonplaten*) pueden ser consideradas como “muros”, o el equivalente a paredes construidas con piedras. Las losas de concreto eran desconocidas en 1804, en consecuencia la única forma de resolver el problema es mirar a la intención del legislador. Si este objetivo es garantizar que una pared, construida por un vecino, sea lo suficientemente fuerte para permitir al otro vecino construir en ella, entonces es obvio que las losas de concreto no resultan suficientes. Pero en realidad, las cortes han establecido que el propósito era sólo garantizar la privacidad de los vecinos, cuando por ejemplo están sentados en sus jardines. En este entendido, las cortes consideraron las losas de concreto incluidas en el concepto de ‘muro’ y así bajo la normativa en referencia.<sup>5</sup>

En similar sentido, la jurisprudencia belga considera otro caso en el que se aplica análogo razonamiento.

Según la legislación antiguamente en vigor, el delito de caza era penado más severamente si era cometido con la ayuda de un ‘aparato prohibido’. Se presentó la cuestión, entonces, en orden a determinar si la utilización por los cazadores de un faro de bicicleta para enceguecer los animales en la caza de noche entraba dentro de la figura legal. La Corte de Casación dio a tal cuestión una respuesta afirmativa.

<sup>4</sup> Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, p. 76.

<sup>5</sup> Van Hoecke, Mark y Ost, François, *General Course on Jurisprudence*, European Academy of Legal Theory, 1996, p. 113.

En ese caso la premisa fáctica de la norma fue adaptada a las particulares circunstancias de la especie, lo que permitió aplicar una pena más severa a quienes se valían del referido instrumento para sus expediciones de caza.<sup>6</sup>

En el caso de Japón, cabe recordar que durante el siglo XIX prevaleció en tal país la denominada jurisprudencia conceptual, la cual denegó la creatividad judicial en armonía con el deseo del gobierno Meiji en orden “a mantener las actividades judiciales en un nivel mínimo, subordinadas a él y limitadas estrictamente por la norma legal”. En consecuencia, “la racionalidad subyacente a la jurisprudencia conceptual era que siempre había un único significado correcto de un concepto judicial, el cual podía ser extraído por el tradicional método de la lógica deductiva, en particular el silogismo”.<sup>7</sup>

Sin embargo, la fuerza estabilizadora de la jurisprudencia conceptual comenzó a ser cuestionada con el tiempo. Así, “la creatividad judicial se propuso disminuir el desfase resultante de los cambios sociales y las antiguas normas legales”. Resultado de ello surgieron juristas críticos de la jurisprudencia conceptual. El primero fue Eiichi Makino, quien expuso su propia teoría del derecho libre (*jyūho*). Más tarde le siguió Izutaro Suehiro, quien contribuyó al desarrollo del razonamiento judicial a través de una nueva teoría basada en las enseñanzas del llamado realismo americano.<sup>8</sup>

Reflejos de esta evolución se manifiestan en la jurisprudencia de los tribunales durante los primeros lustros del siglo XX. Así, por ejemplo,

de acuerdo al Código Penal de la época, cualquiera que robara “posesiones” (*shoyubutsu*) era considerado responsable de robo. Un punto a resolver en este tipo de casos fue si la electricidad era o no una “posesión”, considerando que el término “posesión” era usado en el código criminal. La interpretación que prevaleció a esa época fue que “posesión” sólo se refería a cosas tangibles. Sin embargo, la Corte de Casación interpretó el término en una forma extensiva (*kakuchokaishaku*) de modo tal que incluyó a la electricidad.<sup>9</sup>

En 1910, en otro caso, la misma Corte absolvió a un campesino acusado de haber consumido una pequeña cantidad de hojas de tabaco tomadas de su huerto. A la época, los productores de tabaco estaban obligados a vender toda su producción al Estado. La Corte, en la especie, sostuvo que no

<sup>6</sup> Rigaux, François, *La loi des juges*, París, Éditions Odile Jacob, 1997, 51.

<sup>7</sup> Itoh, Hiroshi, “How judges think in Japan”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 18, p. 778.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 779.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 779 y 780.



era la intención del legislador castigar ofensas tan menores como las de la especie.<sup>10</sup>

Sabemos que existe un contexto en el cual la norma ha sido creada y un contexto en el cual ésta es aplicada. Así, por ejemplo, si una Constitución de la primera mitad del siglo XIX estableció la libertad de prensa a la época referida solamente a la información escrita, hoy día, pasados más de 150 años de su publicación, cabe considerar, en el análisis del alcance de dicha libertad a otros medios de comunicación, como el cine, la radio y la televisión.

La integración contextual del derecho revela la dimensión dinámica del mismo y exige un intento de armonización entre la norma y la realidad, si no por el legislador, sí, al menos, por parte de la doctrina y de los jueces. De no intentarse tal encuentro, se produce un desfase entre los hechos y el derecho.<sup>11</sup>

Evidentemente, en tanto el tiempo no ha permitido decantar una doctrina y una jurisprudencia uniforme y categórica en orden a qué debemos entender por los presupuestos fácticos de las normas de textura abierta, tales como las “buenas costumbres”, la “buena fe”, la “inhabilidad física o moral”, el “interés general”, la “libertad de prensa”, el “orden público”, etcétera,<sup>12</sup> existe una primera incertidumbre preprocesal que demanda su resolución.

## 2. Segunda incertidumbre del tiempo preprocesal

Aun cuando exista una certeza compartida sobre el alcance de la norma sustantiva a aplicar en la decisión de un caso concreto, mientras ésta no sea alcanzada y se haya producido el efecto de cosa juzgada, subsiste una segunda incerteza que el derecho no desea.

Si un conflicto jurídico no es resuelto por la vía autotutelar o la auto-compositiva, en los casos en que tales mecanismos son legalmente admi-

<sup>10</sup> *Ibidem, op. cit.*, p. 780.

<sup>11</sup> En efecto, “en tanto que la sociedad no ha tomado una posición respecto de los hechos nuevos, se puede hablar de la existencia de un desfase entre los hechos y el derecho; tal desfase se transforma en oposición, cuando la sociedad se levanta en contra de los hechos nuevos; él disminuye o desaparece, en la medida en que la sociedad los acepta; pero también el paso del tiempo sin que ella adapte su legislación a los hechos nuevos, crea otro desfase; entre el derecho formal y el derecho vivo”, Dekkers, René, *Le fait et le droit. Problèmes qu'ils posent*, travaux du Centre National de Recherches de Logique. Le Fait et le Droit. Établissements Émile Bruylant, Bruselas, 1961, p. 14.

<sup>12</sup> Véase Fueyo Laneri, Fernando, *Interpretación y juez*, Santiago, Universidad de Chile y Centro de Estudios “Ratio Iuris”, 1976.

bles, debemos considerar que su solución debe ser dada por la heterocomposición, la que ordinariamente asociamos con el proceso, ya sea privado (el arbitraje) o público (el proceso jurisdiccional público).<sup>13</sup>

Sin embargo, el tiempo no siempre admite el ejercicio efectivo de la opción heterocompositiva. Para que ella tenga éxito debemos interponer una acción que no esté prescrita.

Normalmente, en el ámbito de las acciones civiles, se considera la existencia de un plazo limitado para permitir su ejercicio.<sup>14</sup> Excepcionalmente, y en forma reciente y no unánime, se ha reconocido la existencia de acciones imprescriptibles en el ámbito civil, como lo son las que persiguen la responsabilidad extracontractual del Estado en el caso de graves violaciones a los derechos humanos.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Para mayores detalles sobre la autodefensa, la auto composición y el proceso como formas legítimas de solución de los conflictos jurídicos, Alcalá-Zamora, Niceto, *Proceso, auto-composición y autodefensa*, México, UNAM, 1970.

<sup>14</sup> En el caso de Chile, en el artículo 94 del Código Penal se contemplan también plazos de prescripción de la acción penal, los cuales van desde los seis meses, en el caso de las faltas, hasta quince años, en el caso de los crímenes a que la ley impone la pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos.

<sup>15</sup> A favor de la prescripción de la acción civil en causas por violaciones a los derechos humanos, la jurisprudencia ha señalado que: “La prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones. Y no existiendo norma alguna, ni siquiera en el ámbito del derecho internacional, en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado, corresponde estarse a las reglas del derecho común referidas específicamente a la materia. La imprescriptibilidad establecida por los Convenios de Ginebra sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra debe entenderse referida a las infracciones del orden penal. Por tanto, ejercida una acción de contenido patrimonial cuya finalidad es hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado por violaciones a los derechos humanos, no cabe sino aplicar en materia de prescripción las normas del Código Civil, entre ellas, los artículos 2332 y 2497... En consecuencia, habiendo transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años establecido en el artículo 2332 del Código Civil entre la fecha en que la víctima fue detenida por agentes del Estado, época desde la cual permanece desaparecida, y aquélla en que fue notificada la demanda, corresponde acoger la excepción de prescripción”.

En contra de la prescripción de la acción civil por violaciones a los derechos humanos, la jurisprudencia ha señalado que “A la época de ocurrencia de los hechos —07.01.1975—, el país se encontraba en situación de conmoción interna, lo que importa un estado o tiempo de guerra. Esta situación hace aplicable la normativa penal sustantiva y procesal orgánica contemplada para ese estado, normativa entre la cual se encuentran los Convenios de Ginebra, quedando obligado el Estado a garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados al interior de su territorio, como también respecto de quienes no toman parte en actuaciones beligerantes, quedando vedado disponer medi-

Dada la importancia, de la dimensión temporal del derecho en la vigencia de una acción que permita su ejercicio, algunos autores, como François Ost, han considerado a la misma como la cuarta dimensión de los derechos humanos.<sup>16</sup>

Mientras no exista una solución alternativa al proceso para el conflicto jurídico y en tanto la acción judicial no se encuentre prescrita, estamos ante una segunda incertidumbre preprocesal, en la cual muchos conflictos permanecen por años, ya sea por pasividad, desinformación, desinterés o por infinidad de otras razones.<sup>17</sup>

---

das que tiendan a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores. En estas condiciones, se ajusta a derecho no dar aplicación a las normas del Código Civil sobre prescripción, sino a las normas constitucionales y a los tratados internacionales ratificados por Chile que regulan la responsabilidad estatal. Afirmar que las únicas reglas que existen en el país para regular la responsabilidad del Estado son las contenidas en el Código Civil importa negar validez y eficacia a normas jurídicas de carácter constitucional, administrativo e internacional que ya han sido aplicadas por los tribunales en materia de violación a los derechos humanos (considerandos 5 y 13 de la disidencia de la sentencia de casación) también conduce a rechazar la prescripción la circunstancia de ser ésta una sanción y, por ende, no ser susceptible de aplicación por analogía, y el principio de coherencia, puesto que no se observan razones para decidir de manera diversa las excepciones de prescripción extintiva de las acciones que tienen por objeto imponer sanciones penales a los responsables y aquellas que reclaman la reparación integral del daño a todos los responsables, desde que, con esto, se afectan las garantías de igualdad y no discriminación. En otros términos, no se justifica que cuando quien persigue la responsabilidad es el Estado la acción es imprescriptible y al dirigir la acción en contra del Estado, derivado de los mismos hechos, ésta se torna en prescriptible”.

Para mayores detalles véase sentencia de la Corte Suprema, del 17 de diciembre de 2012, pronunciada con fecha en los autos caratulados “Lidio Catanni Ortega con Fisco de Chile”, rol ingreso Corte 12.357-2011.

<sup>16</sup> Señala François Ost: “El tiempo, cuarta dimensión a menudo ignorada, es consustancial a los derechos fundamentales. Es en su seno en el que se desenvuelven; es contra la amenaza, siempre recurrente, del no-tiempo donde se hacen valer... En el fondo se trata siempre de alejarse del estado de naturaleza, cuyo retorno no cesa nunca de amenazar. Los grandes pensadores modernos han señalado bien la parte que desempeñan los derechos fundamentales en esta historia. Queda por destacar en qué medida la salida del estado de naturaleza es también una conquista del tiempo humano –civil, civilizado, ciudadano– sobre el no-tiempo de la violencia primitiva”. Para mayores detalles, véase Ost, François, “El tiempo, cuarta dimensión de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, nueva época, vol. 1, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid, 2000.

<sup>17</sup> Véase Felstiner, William *et al.*, “The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming and Claming”, *Law and Society Review*, vol. 15, núm. 3-4, 1980-81; y Galanter, Marc, “Litigation in America”, *UCLA Law Review*, 31, 1983/1.

### 3. *Tercera incertidumbre del tiempo preprocesal*

Desechada la vía autotutelar y fracasada la autocomposición, una vez establecido el contenido de la norma sustantiva, y descartada la prescripción de la acción, para arribar a la solución de un conflicto jurídico, en el caso que efectivamente la busquemos, deberemos seguir un proceso.

Sin embargo, para admitir el uso de tal instrumento debemos verificar la dimensión temporal de las normas procesales aplicables en la especie, para así eliminar una tercera incertidumbre preprocesal vinculada con dicho aspecto del derecho.

Así, la jurisdicción, en cuanto se ejerce en el tiempo, debe estar vigente, lo que ordinariamente no genera mayores dificultades, ya que ella, ordinariamente, es perpetua y, excepcionalmente, temporal.

También es necesario determinar cuáles son los tribunales competentes y los procedimientos específicos aplicables para la solución de un determinado caso; lo que importa es revisar los efectos de las leyes procesales en el tiempo.

Normalmente, como lo recuerda Humberto Briseño Sierra, “en caso de sucesión de leyes procesales, de ordinario se dictan normas particulares encaminadas a evitar los perjuicios y las incongruencias de un brusco cambio”.<sup>18</sup>

Sin embargo, aquello no siempre acontece, y para salvar las posibles incertezas a tal omisión asociadas debemos recurrir a las normas generales que tratan el tema,<sup>19</sup> a partir de las cuales es posible afirmar, en el caso chileno, que si la nueva ley procesal se refiere a la organización de los tribunales, entrará a regir de inmediato, lo que también se aplicará a las leyes procesales funcionales, a menos que estemos ante un plazo que hubiera empezado a correr o a actuaciones o diligencias ya iniciadas, las cuales se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Briseño Sierra, *Derecho procesal*, cit., p. 797.

<sup>19</sup> Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, artículo 23: “Los actos o contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra, por los medios que aquélla establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere”.

Artículo 24: “Las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

<sup>20</sup> Véase Casarino Viterbo, *Manual de derecho procesal. Derecho procesal orgánico*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, t. I, pp. 19-23.

### III. EL TIEMPO PROCESAL DE LA DISCUSIÓN

#### 1. *Primera vinculación de la discusión procesal con el tiempo*

El término “proceso” viene del latín *procedere*, que significa avanzar. Se trata de una serie de actos procesales organizados en torno a un *telos* o fin, cual es la solución del conflicto jurídico sometido a la decisión del tribunal a través del pronunciamiento del correspondiente juicio jurisdiccional.

Tal avanzar está indisolublemente ligado al paso del tiempo, elemento fundamental para evaluar la eficacia y eficiencia del proceso civil, tanto por los intervinientes del mismo como por la opinión pública.

El proceso civil actualmente vigente en Chile, predominantemente escrito, se estructura sobre múltiples y sucesivas fases o tiempos.<sup>21</sup> La ley regula su desarrollo con un mecanismo articular de avance desde la demanda hasta el juicio jurisdiccional, cual es la preclusión legal, en el contexto de una dispersión de actos. Se trata, como lo recuerda Humberto Briseño Sierra, de un enlace, el que permite la eficacia de la actividad procedimental, la que “se realiza necesariamente a través de las instancias que llevan el significado de la conexión temporal”.<sup>22</sup>

En los procesos civiles en actual discusión en Chile, en el marco de la reforma procesal civil, los cuales son predominantemente orales, los actos procesales se desarrollan en forma agrupada en el tiempo; esto es, fundamentalmente en audiencias, siendo dos las principales, a saber, la audiencia preliminar y la audiencia de prueba, las cuales reconocen como mecanismo articulador la concentración, en cuya virtud se desarrollan en una audiencia, o en la menor cantidad de audiencias posibles, la mayor cantidad de actuaciones posibles, evitando su separación y favoreciendo así la oportunidad procesal.

Los procesos civiles, tanto los vigentes como los actualmente en discusión, se estructuran sobre fases sucesivas y el reconocimiento del principio de la preclusión,<sup>23</sup> el cual busca favorecer el avance del proceso impidiendo

---

<sup>21</sup> Montero Aroca, Juan, “Síntesis de derecho procesal civil español”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 89, 1997, p. 668.

<sup>22</sup> Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, México, Cárdenas Editor, 1969, vol. III, p. 453.

<sup>23</sup> La preclusión, la cual la legislación chilena consagra plenamente, es la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal. Según indica Chiovenda, “el principio de preclusión consiste en que para cada actividad procesal destinada a un determinado objeto, se establece un periodo en el proceso, transcurrido el cual, la actividad ya no puede realizarse”. Precisando lo anterior, Redentí indica que la preclusión es la “prohibición de llevar a cabo

su retroceso, a cuyo respecto se sanciona la inactividad de las partes por el no ejercicio de las facultades que la ley les otorga dentro de los correspondientes términos legales, pasividad que no puede ser salvada por el juez, ya que, como lo indica Raúl Tavolari Oliveros, una vez precluida para las partes, por ejemplo, la facultad de impugnar una resolución judicial, el juez también queda vedado de hacerlo, con lo cual se da fijeza al proceso.<sup>24</sup>

El juez podrá, eso sí, de manera excepcional, salvar los tiempos de la preclusión en el caso de vicios que afecten la existencia del proceso, los cuales no pueden ser convalidados por el paso del tiempo, como acontece con la falta de los presupuestos procesales de existencia del proceso.

Si bien la preclusión reconoce diversas dimensiones, en cuanto se vincula con el paso del tiempo, cual es el caso señalado precedentemente, se denomina preclusión por falta de oportunidad, ya sea por ausencia de realización del acto procesal dentro de un cierto plazo o término. Con dicha preclusión, entonces, se produce la “conclusión del momento procesal”,<sup>25</sup> permitiendo la sucesión en la relación procesal.

---

ciertos actos después de realizarse determinados otros”, Guzmán Santa Cruz, Roberto, *Repertorio de conceptos de derecho procesal civil*, Santiago, Carlos E. Gibbs A., Editor, 1966, t. II, p. 138.

La preclusión, como principio procesal, se opone al de la unidad de la vista. En el primer caso la relación procesal se desarrolla a través de etapas sucesivas, las que deben ser respetadas; de lo contrario, son ineficaces. En el segundo caso, la relación procesal no se desarrolla por etapas y, por lo tanto, pueden alegarse hechos nuevos y producirse pruebas nuevas hasta que el tribunal cite a las partes a oír sentencia.

Los fundamentos de la preclusión son los siguientes: la preclusión permite el cumplimiento de las leyes de procedimiento; permite el avance del proceso, cumpliendo así con su finalidad, y da como resultado la irrevocabilidad de los actos jurídicos procesales.

Los requisitos de la preclusión, a su vez, son que la ley reglamente mediante reglamento de procedimiento el curso del proceso, y que alguno de los sujetos no haga uso o agote la facultad de hacer uso del periodo o etapa respectiva para la realización de un acto procesal.

Son varias las situaciones que producen la preclusión, a saber: el vencimiento del plazo, en la medida en que la facultad no se ejerció dentro de él. Si el plazo es fatal, tal pérdida de la facultad procesal opera *ipso iure*; en caso contrario, requiere una declaración del tribunal. Los plazos establecidos por el CPC actualmente son fatales. Por lo tanto, si la demanda no es contestada dentro del término de emplazamiento, no puede ello realizarse con posterioridad. La realización de un acto incompatible produce la preclusión de la actividad no realizada. Así, por ejemplo, si se contesta la demanda precluye la facultad de oponer excepciones dilatorias. Finalmente, la consumación procesal; esto es, el ejercicio efectivo de un derecho importa la preclusión de su ejercicio futuro. Así la oposición de excepciones dilatorias impide que se pueda con posterioridad presentar un nuevo escrito de oposición de excepciones dilatorias.

La preclusión es una sanción a los actos jurídicos procesales que opera en los casos analizados, ya sea por el ejercicio o no de una facultad procesal. Ella sólo produce efectos dentro del proceso a diferencia de la cosa juzgada que también los produce fuera del mismo.

<sup>24</sup> Tavolari Oliveros, Raúl, “Reflexiones actuales sobre la nulidad procesal”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago, t. 91, núm. 1, primera parte, 1991, pp. 6 y 7.

<sup>25</sup> Briseño Sierra, Humberto, *op. cit.*, nota 22, p. 454.

## 2. Segunda vinculación de la discusión procesal con el tiempo

Recientes encuestas coinciden en que uno de los principales defectos de la administración de justicia es su lentitud, lo cual no es una crítica menor en cuanto el tiempo de duración de los procesos, transitoriedad de la serie consecucional u oportunidad procesal es un elemento central del debido proceso. Así lo reconocen, por lo demás, numerosos instrumentos internacionales destinados a proteger los derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 7.5), de la Convención Europea de Derechos del Hombre (artículo 6.1) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9o.), instrumentos cuyos antecedentes se remontan a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1776 (artículo 7o.) y a la Constitución de los Estados Unidos de América (VI y XIV enmiendas). A lo anterior se suman los pronunciamientos de ilustres juristas, entre ellos el fundador de la Escuela del Río de La Plata, Eduardo Couture, quien afirmaba que “en el procedimiento el tiempo es algo más que oro: es justicia. Quien dispone de él tiene en la mano las cartas del triunfo. Quien no puede esperar, se sabe de antemano derrotado”.<sup>26</sup>

Entre los señalados estudios es importante destacar el realizado por Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio De Silano y Andrei Shleifer, en 2002, para el Informe sobre Desarrollo Mundial del Banco Mundial, titulado “Tribunales: el Proyecto Lex Mundi”. El mencionado trabajo concluyó que la duración de los procedimientos en Chile —en el caso de desalojo de un inquilino que no paga la renta (200 días) y en el caso de un protesto de un cheque (234 días)— está próxima a la media mundial. Sin embargo, la cifra es lejana a los promedios de duración de los procedimientos en los países más desarrollados, como es el caso de Estados Unidos (54 días), Japón (60 días), Nueva Zelanda (60 días) y los Países Bajos (39 días).<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Couture, Eduardo, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Buenos Aires, 1954, p. 37.

<sup>27</sup> Djankov, Simeon *et al.*, “Courts: The Lex Mundi Project”, NBER Working Paper 8890 (2002) disponible en <http://www.nber.org/papers/w8890>. El estudio “La realidad del proceso”, conducido en 1976, reveló que la duración de ambas instancias en un juicio ordinario de mayor cuantía en Santiago era de 806 días. En 1992, los resultados del estudio “Duración del procedimiento civil ordinario en los juzgados de Santiago”, concluyó que el promedio de duración para tales causas había aumentado a 1,009 días. En un estudio más reciente conducido en trece juzgados civiles de Santiago, el cual consideró expedientes archivados en los años 1998-2000, la duración promedio subió a 2,009 días. García, José Francisco y Leturia, Francisco J., “La justicia civil y comercial chilena en crisis: bases para el diseño de la reforma procesal civil”, en Silva P., José Pedro *et al.* (eds.), *Justicia civil y comercial: una reforma pendiente*.



Un proceso civil con una duración excesiva no solamente se asocia a un dato objetivo, que es el número de años y días por los cuales se extiende, sino también con un elemento subjetivo, el cual tiene relación con los significativos costos humanos de la dilación procesal para quien espera justicia.<sup>28</sup> No es extraño, entonces, que, en tal contexto, Humberto Briseño Sierra nos recuerde la importancia de “los ritmos propios de cada ser viviente y... la duración de sus ciclos biológicos y psicológicos”.<sup>29</sup>

La tentación de apurar o dilatar indebidamente el proceso son maniobras frecuentes en los abogados, entre otras razones por resultado de las presiones de las partes, de la falta de controles éticos de la profesión<sup>30</sup> y del difuso límite entre la instrumentalización del proceso y el legítimo ejercicio de facultades procesales.

Sin embargo, el legislador, a pesar de tales dificultades, admite una serie de sanciones al mal uso del tiempo en el proceso, como acontece con los retardos de mala fe o incidentes dilatorios<sup>31</sup> y el abandono del procedimiento.<sup>32</sup>

No debemos olvidar, eso sí, que no solamente las partes afectan la duración de los procesos. Las leyes y los jueces son elementos decisivos en ella.

Las primeras tienen una influencia directa en la referida oportunidad, como aparece del siguiente gráfico, el cual analiza el impacto de la Ley 18.705, la cual incorporó los plazos fatales en el Código de Procedimiento Civil chileno. Un análisis general del gráfico es categórico en cuanto permite afirmar que la incorporación de los referidos plazos en la legislación pro-

---

*Bases para el diseño de la reforma procesal civil*, Santiago, Instituto Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile Zand Universidad Autónoma de Madrid, 2006, p. 38).

<sup>28</sup> Así, por ejemplo, lo grafica el caso de Mayala Gwezo, quien, como resultado de la excesiva duración de un proceso de cobro de deuda, no pudo contar a tiempo con el capital necesario para continuar con la pequeña empresa que llevaba desarrollando por éxito durante varios años, lo que afectó, además, su vida familiar, la cual terminó en un divorcio, y su salud física y mental, manifestaciones de lo cual fueron sus numerosas úlceras y una compleja neurosis (*Mayala Gwezo v. Haji S.A. Karim t/a Karim Transport*, caso civil núm. 218, 1979 Dsm HC, Tanzania).

<sup>29</sup> Briseño Sierra, Humberto, *Compendio de derecho procesal*, Cali, Biblioteca Jurídica Equidad, p. 266. Así, las consecuencias del tiempo procesal en *Mayala Gwezo*, mencionado en la nota anterior, o en una abuelita que necesita costear una operación a la cadera que la mantiene postrada en cama, pueden tener efectos mucho más graves que el paso del tiempo respecto de una gran empresa o del fisco.

<sup>30</sup> Odent, B., “L’avocat, le juge et les délais”, *Mélanges René Chapus*, París, 1992, p. 483.

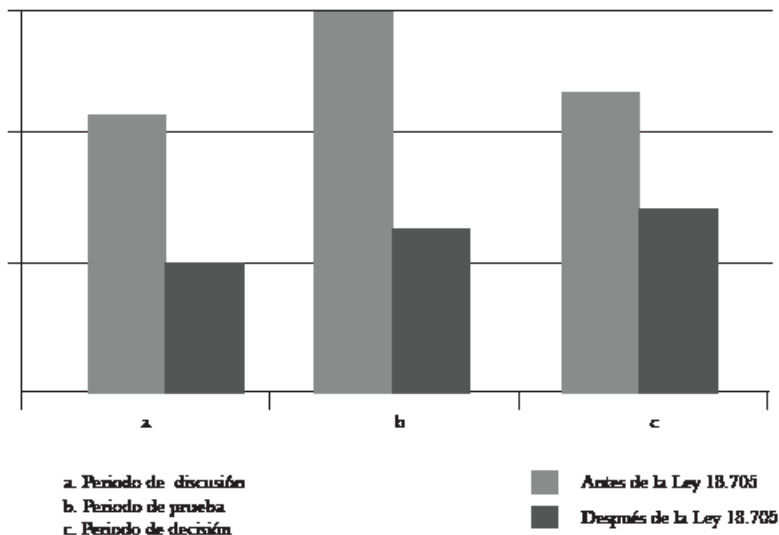
<sup>31</sup> Código de Procedimiento Civil, artículo 88: “La parte que haya promovido y perdido dos o más incidentes en un mismo juicio, no podrá promover ningún otro sin que previamente deposite en la cuenta corriente del Tribunal la cantidad que éste fije...”.

<sup>32</sup> Véase libro I, título XVI del Código de Procedimiento Civil (artículos 152-157).



cesal, lo cual supuso la eliminación de la etapa de acusación de rebeldías, incidió significativamente en la disminución de la duración de los procesos.

Gráfico 1. Duración de los procedimientos civiles:  
influencia de la Ley 18.705



FUENTE: Cerda Fernández, Carlos, *La duración de los procedimientos ordinarios en los juzgados de la región metropolitana*, Fondecyt, Santiago, 1992, p. 10.

La importancia de las normas en la duración de los procesos resulta, a su vez, manifiesta, al comprobar, por ejemplo, que en Uruguay, el país de la región que ha realizado la reforma más importante para el sistema de administración de justicia civil a través de la incorporación en su legislación del Código Procesal Civil Modelo, basado, a su vez, en el Anteproyecto de Código Procesal Civil para Iberoamérica, la duración de los procesos disminuyó claramente, luego de su implementación, con relación a los demás países de la región, como se indica en la siguiente tabla, la cual reafirma la importancia del cambio legislativo, el que, en Uruguay, además, fue acompañado por un cambio cultural y por un compromiso general con el éxito de la reforma de la justicia civil.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Véase Vargas Pavez, Macarena, “La reforma procesal civil en el Uruguay”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 1994, pp. 109-139.

Tabla 1. Duración de los procedimientos civiles en América Latina

<i>País</i>	<i>Promedio</i>
Argentina	+ 2 años (45% de los casos)
Colombia	2 años y 9 meses
Costa Rica	10 meses y 1 semana
Paraguay	+ 2 años
Perú	4 años y 6 meses
Uruguay	8 meses

La importancia de los jueces en la duración de los procesos, a su vez, aparece de manifiesto en el análisis de los resultados de la investigación sobre la duración del procedimiento sumario en los juzgados de Santiago,<sup>34</sup> el cual revisa la dispersión de los tiempos de dictación de los fallos; esto es, desde la fecha de la resolución que cita a las partes a oír sentencia hasta la del fallo, el cual varía significativamente dependiendo del tribunal objeto de la medición, desde solamente siete días hasta 106 días.

### 3. *Tercera vinculación de la discusión procesal con el tiempo*

Aun cuando sabemos que en la duración de los procesos, además del sistema normativo, influyen los sujetos de la relación procesal; esto es, los jueces y las partes, resulta difícil determinar con precisión quién posee mayor control en el avance del proceso civil. Una respuesta a tal interrogante importa definir quién tiene el impulso procesal, lo cual incide directamente en el control del tiempo del proceso.

En materia penal, el tema pareciera más claro, ya que en los procesos de corte inquisitivo los jueces tienen un rol central en el avance del proceso, en tanto que en los procesos de corte acusatorio los fiscales tienen un rol principal en tal avance.

En el ámbito de lo civil el proceso es normalmente concebido como perteneciente a las partes, en cuanto ellas tienen a su cargo su inicio y desa-

<sup>34</sup> Cerda Fernández, Carlos, *La duración del procedimientos sumario en los juzgados de Santiago*, Santiago, Fondecyt, 1993, pp. 12 y 13.

rollo en virtud de la primacía del principio dispositivo, dada la naturaleza privada de los derechos en él involucrados.

Sin embargo, en los nuevos procesos civiles, como es precisamente el que se discute en el marco de la reforma procesal civil en Chile, se ha estimado conveniente redefinir el rol del juez en el proceso, desde el papel de espectador al de director, como lo sugirió Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.<sup>35</sup>

En todo caso, pareciera que en la realidad existen una serie de entrecruces que afectan la duración del proceso, según lo afirma la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual señala que en ella hay que considerar elementos ciertamente vinculados con la actividad del juez, pero también asociados a la conducta de las partes y a la complejidad del litigio; es decir, no parece posible afirmar que la excesiva duración del proceso esté asociada a solamente una variable.<sup>36</sup>

#### 4. Cuarta vinculación de la discusión procesal con el tiempo

En el instrumento, que es el proceso, podemos a veces emprender un regreso al pasado, como acontece en relación con los actos procesales, merced a la retroactividad, la revocación, la rescisión o la nulidad. Se trata de un volver al pretérito que refleja, como lo destaca Humberto Briseño Sierra, la “ductilidad de la regulación del tiempo” en materia procesal.<sup>37</sup>

Para que el proceso logre sus fines, a través de su instrumento el procedimiento, es imprescindible que los actos que lo integran se realicen de la manera como lo determina la ley. Si no es así, los actos serán viciados y, por lo tanto, se producirá una nulidad procesal.

La nulidad procesal es la principal sanción de los actos procesales. Mediante ella se priva a un acto o actuación del proceso, o a todo él, de los efectos normales previstos por la ley, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritos por aquélla.

La Corte Suprema ha señalado que la nulidad procesal es “la sanción de ineficacia con que la ley castiga los actos de procedimiento cuando se ha faltado a trámites esenciales o para cuyo defecto las leyes dispongan expresamente la nulidad”.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, “Autoritarismo y liberalismo en el proceso”, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, 1974, pp. 286 y 287.

<sup>36</sup> “El debido proceso en las decisiones de los órganos de control constitucional de Colombia, Perú y Bolivia”, en <http://190.41.250.173/guia/debi.htm>.

<sup>37</sup> Briseño Sierra, Humberto, *op. cit.*, nota 29, p. 268.

<sup>38</sup> Corte Suprema, 21 de septiembre de 1981, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 78, sección 1a., p. 104; y Corte Suprema, 4 de mayo de 1990, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 87, sección 1a., p. 21.

Para que el proceso logre sus fines a través del procedimiento es imprescindible que los actos que lo integran se realicen en la forma determinada por la ley. Si no es así, los actos serán viciados, produciéndose la nulidad procesal.

La nulidad procesal tiene su fundamento en el debido proceso, consagrado en el artículo 19, núm. 3, de la Constitución Política de la República, el que indica, en su inciso 5o., que: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”.

La nulidad procesal civil no se regula en un título especial del Código de Procedimiento Civil, sino que está diseminada en distintas disposiciones aisladas, siendo las más importantes las consideradas en los artículos 83 y siguientes.<sup>39</sup>

El viaje manifestación de la ductilidad de la regulación del tiempo procesal a veces puede también orientarse hacia el futuro, como acontece, por ejemplo, con las medidas cautelares innovativas o con las órdenes de no innovar, en especial en el ámbito de los recursos de protección.<sup>40</sup>

##### 5. *Otras vinculaciones de la discusión procesal con el tiempo*

En el tiempo de la discusión existen una serie de otras posibles vinculaciones con el tiempo a considerar.

En el ámbito de las disposiciones comunes a todo procedimiento existen artículos que establecen normas relativas a la oportunidad en que deben practicarse las actuaciones judiciales, las cuales deben realizarse en días y horas hábiles.<sup>41</sup>

A su vez, existen normas especiales destinadas al cómputo de los plazos,<sup>42</sup> los cuales son elementos centrales en la estructura de los procedi-

---

<sup>39</sup> La nulidad procesal penal, en cambio, aparece regulada, en forma especial, por el título VII del libro II del Código Procesal Penal (artículos 159-165).

<sup>40</sup> Véase Marín González, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 8, Facultad de Derecho, Santiago, Universidad de Chile, 2006, pp. 13-37.

<sup>41</sup> Las actuaciones judiciales deben realizarse en días y horas hábiles: son días hábiles los no feriados, y son horas hábiles las que median entre las 8:00 y las 20:00 horas, salvo que el Tribunal decreta habilitación de día u horas siempre que se trate de actuaciones cuya dilación pueda causar grave perjuicio a los interesados, o a la buena administración de justicia, o cuya dilación pueda hacer ilusoria una actuación judicial.

<sup>42</sup> El plazo o término procesal es el tiempo fijado por la ley, por el juez o por las partes para el ejercicio de una facultad o la realización de un acto jurídico procesal dentro del proceso.

mientos civiles.<sup>43</sup> El cómputo generalmente no genera mayores dificultades, en cuanto tenemos un inicio y un fin del mismo. Sin embargo, hay ocasiones en las cuales el legislador opta por utilizar palabras como “tan pronto”<sup>44</sup> o

---

Los plazos están reglamentados en el artículo 48 del Código Civil, que establece las siguientes reglas: Los plazos de días, meses o años se entenderá que han de ser completos y correrán además hasta la media noche del último día del plazo. El último y primer día de un plazo de meses o años deben tener el mismo número en el respectivo mes, o en el inmediatamente anterior si no existiere tal número en el mes del vencimiento. Si un plazo de meses o años principia en un día que no existe en el mes de vencimiento, porque el primero era más largo que el segundo, el plazo expira el último día del referido mes.

<sup>43</sup> Clasificación de los plazos judiciales: según el sujeto que los establece, pueden ser legales (cada vez que la ley dice que una actuación debe realizarse dentro de un determinado plazo; por lo tanto también es fatal), judiciales (generalmente dentro del orden consecutivo convencional), y convencionales (por ejemplo en el procedimiento ante los árbitros arbitradores).

Según su extensión: se trate de horas (24 horas para que el juez tome declaración indagatoria, 24 horas para interponer el recurso de apelación en contra de la resolución que falla el recurso de amparo), días, meses, años.

Según si extinguen una facultad: plazos fatales y no fatales. Cuando se dice que un derecho o una oportunidad debe cumplirse “dentro de” un determinado plazo, significa que de no hacerse en este plazo, precluye el derecho. Excepcionalmente existen los plazos no fatales, que son aquellos establecidos para las actuaciones propias del tribunal, salvo las medidas para mejor resolver, las cuales deben ser decretadas dentro del plazo que tiene el tribunal para dictar sentencia.

Según la posibilidad de extender su vigencia: plazos improrrogables, que son aquellos que no pueden extenderse más allá de su vencimiento natural o primitivo (por ejemplo, plazo para contestar la demanda, o excepciones); y plazos prorrogables, que son aquellos que sí se pueden extender más allá de su vencimiento natural o primitivo; como los plazos judiciales, que se pida la prórroga antes de su vencimiento y que se alegue justa causa, la que será apreciada prudencialmente por el tribunal.

Dependiendo de cuando empiezan a correr: plazos individuales, que son aquellos que empiezan a correr separadamente respecto de cada parte desde el día de la notificación efectuada a cada una de ellas, lo que constituye la regla general dentro de nuestra legislación; y los plazos comunes, que son aquellos que corren conjuntamente para todas las partes a contar de la última notificación, como por ejemplo el término probatorio, la realización del comparendo de discusión dentro del juicio sumario.

Si se suspenden o no durante los feriados: los plazos continuos son la regla general en el derecho chileno, los plazos discontinuos son regla general en los plazos de días en materia procesal civil (artículo 66 del Código de Procedimiento Civil).

<sup>44</sup> Artículos del Código de Procedimiento Civil: Artículo 26. Los derechos de cada diligencia se pagarán tan pronto como ésta se evacue; pero la falta de pago no podrá entorpecer en ningún caso la marcha del juicio.

Artículo 85. Todo incidente originado de un hecho que acontezca durante el juicio, deberá promoverse tan pronto como el hecho llegue a conocimiento de la parte respectiva.

Artículo 114 (119). La declaración de implicancia o de recusación cuando haya de fundarse en causa legal, deberá pedirse antes de toda gestión que atañe al fondo del negocio, o antes de que comience a actuar la persona contra quien se dirige, siempre que la causa alegada exista ya y sea conocida de la parte. Si la causa es posterior o no ha llegado a conocimiento de la parte, deberá proponerla tan pronto como tenga noticia de ella. No justifi-

“inmediatamente”,<sup>45</sup> las que, según indica Humberto Briseño Sierra, co-

cándose esta última circunstancia, será desechada la solicitud, a menos que se trate de una implicancia. En este caso, podrá el Tribunal imponer a la parte que maliciosamente haya retardado el reclamo de la implicancia una multa que no exceda de un sueldo vital.

Artículo 162. Las causas se fallarán en los tribunales unipersonales tan pronto como estén en estado y por el orden de su conclusión. El mismo orden se observará para designar las causas en los tribunales colegiados para su vista y decisión.

Artículo 236. Si la sentencia ordena el pago de prestaciones periódicas y el deudor retarda el pago de dos o más, podrá el juez compelerlo a prestar seguridades para el pago, tal como la de convertir las prestaciones en los intereses de un capital que se consigna al efecto, en un banco, caja de ahorros y otros establecimientos análogos. Este capital se restituirá al deudor tan pronto como cese la obligación.

Artículo 515. El depositario deberá consignar a la orden del Tribunal, en la forma expresada en el artículo 509, los fondos líquidos que obtenga correspondientes al depósito, tan pronto como lleguen a su poder, y abonará intereses corrientes por los que no haya consignado oportunamente.

<sup>45</sup> Artículos del Código de Procedimiento Civil: Artículo 41 inciso 3, Si la notificación se realizare en día inhábil, los plazos comenzarán a correr desde las cero horas del día hábil inmediatamente siguiente, y si se hubiere practicado fuera de la comuna donde funciona el Tribunal, los plazos se aumentarán en la forma establecida en los artículos 258 y 259.

Artículo 91. Vencido el término de prueba, háyanla o no rendido las partes, y aun cuando éstas no lo pidan, fallará el Tribunal inmediatamente o, a más tardar, dentro del tercero día, la cuestión que haya dado origen al incidente.

Artículo 166. Cuando haya de integrarse una sala con miembros que no pertenezcan a su personal ordinario, antes de comenzar la vista, se pondrá por conducto del relator o secretario en conocimiento de las partes o de sus abogados el nombre de los integrantes, y se procederá a ver la causa inmediatamente, a menos que en el acto se reclame, de palabra o por escrito, implicancia o recusación contra alguno de ellos.

Artículo 391. La declaración deberá prestarse inmediatamente, de palabra y en términos claros y precisos. Si el confesante es sordo o sordomudo, podrá escribir su confesión delante del tribunal o ministro de fe encargado de recibirla o, en su caso, se aplicará lo dispuesto en el artículo 382.

Artículo 443 numeral 1. El mandamiento de ejecución contendrá: La orden de requerir de pago al deudor. Este requerimiento debe hacerse personalmente; pero si no es habido, se procederá en conformidad al artículo 44, expresándose en la copia a que dicho artículo se refiere, a más del mandamiento, la designación del día, hora y lugar que fije el ministro de fe para practicar el requerimiento. No concurriendo a esta citación el deudor, se hará inmediatamente y sin más trámite el embargo.

Artículo 453. Si el embargo recae sobre bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, no producirá efecto alguno legal respecto de terceros, sino desde la fecha en que se inscriba en el respectivo registro conservatorio en donde estén situados los inmuebles. El ministro de fe que practique el embargo, requerirá inmediatamente su inscripción y firmará con el conservador respectivo y retirará la diligencia en el plazo de veinticuatro horas.

Artículo 455. Verificado el embargo, el ministro de fe ejecutor entregará inmediatamente la diligencia en la secretaría, y el secretario pondrá testimonio del día en que la recibe. En el caso del artículo 453, esta entrega se verificará inmediatamente después de practicada la inscripción de que dicho artículo trata. El retiro de las especies no podrá decretarse sino hasta transcurridos que sean diez días desde la fecha de la traba de embargo, a menos que el juez, por resolución fundada, ordene otra cosa.

rresponden a conexiones indeterminadas, “en las cuales se establece apenas un punto de referencia”.<sup>46</sup>

Debemos destacar también la existencia de una serie de disposiciones destinadas a flexibilizar los tiempos procesales, los cuales pueden acortarse, como es el caso con la reducción del término de prueba;<sup>47</sup> detenerse, como

---

Artículo 593. En el acta que se levante, a más de las pruebas acompañadas, se mencionarán con brevedad las alegaciones de las partes. Sin otro trámite el tribunal citará a las partes para oír sentencia la que dictará inmediatamente o, a más tardar, dentro de tercero día.

Artículo 701 inciso final. Inmediatamente deberá entregarse al demandante copia autorizada del acta y de su proveído, con lo cual se entenderá notificado de las resoluciones que contenga.

Artículo 714. La práctica de toda diligencia probatoria deberá solicitarse en la audiencia de contestación so pena de no ser admitida después, sin perjuicio de que el Tribunal pueda de oficio, para mejor resolver, en cualquier estado de la causa, decretar todas las diligencias y actuaciones conducentes a la comprobación de los hechos discutidos, debiendo emplear para ello el mayor celo posible. Los instrumentos sólo podrán presentarse conjuntamente con la demanda o en las audiencias de contestación o de prueba y las partes deberán formular las observaciones y las impugnaciones que procedan en la audiencia en que se acompañen o en la inmediatamente siguiente. Los incidentes a que den lugar las observaciones e impugnaciones deberán tramitarse y probarse al mismo tiempo que la cuestión principal. Los que se formulen en la audiencia de prueba se deberán probar en esa misma audiencia, salvo que el Tribunal por motivos fundados fije una nueva audiencia para ello.

Artículo 811. El recurso de revisión sólo podrá interponerse dentro de un año, contado desde la fecha de la última notificación de la sentencia objeto del recurso. Si se presenta pasado este plazo, se rechazará de plano. Sin embargo, si al terminar el año no se ha aún fallado el juicio dirigido a comprobar la falsedad de los documentos, el perjurio de los testigos o el cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta a que se refiere el artículo anterior, bastará que el recurso se interponga dentro de aquel plazo, haciéndose presente en él esta circunstancia, y debiendo proseguirse inmediatamente después de obtenerse sentencia firme en dicho juicio.

Artículo 849. Declarada yacente la herencia en conformidad a lo prevenido en el párrafo respectivo de este libro, se procederá inmediatamente al nombramiento de curador de la misma cumplidas en su caso las disposiciones de los artículos 482 y 483 del Código Civil.

Artículo 919. Declarado por el tribunal el valor de los bienes y perjuicios con arreglo al artículo anterior, se mandará publicar esta declaración por medio de cinco avisos que se insertarán de tres en tres días, a lo menos, en un periódico del departamento, si lo hay, o de la cabecera de la provincia, en caso contrario, a fin de que los terceros a que se refieren los artículos 923 y 924 puedan solicitar las medidas precautorias que en dichos artículos se mencionan. Transcurridos tres días después del último aviso y no habiendo oposición de terceros, el Tribunal ordenará que el precio de la expropiación se entregue al propietario, o si está él ausente del departamento o se niega a recibir que se consigne dicho valor en un establecimiento de crédito. Verificado el pago o la consignación, se mandará poner inmediatamente al interesado en posesión de los bienes expropiados, si son muebles, y si son raíces, se ordenará el otorgamiento dentro del segundo día de la respectiva escritura, la cual será firmada por el juez a nombre del vendedor, si éste se niega a hacerlo o está ausente del departamento.

<sup>46</sup> Briseño Sierra, Humberto, *op. cit.*, nota 29, p. 277.

<sup>47</sup> Artículo 328 del Código de Procedimiento Civil. “Para rendir prueba dentro del territorio jurisdiccional del tribunal en que se sigue el juicio tendrán las partes el término de veinte días. Podrá, sin embargo, reducirse este término por acuerdo unánime de las partes”.

acontece con la suspensión de común acuerdo;<sup>48</sup> o ampliarse, como ocurre con la habilitación del día feriado.<sup>49</sup> Se trata de manifestaciones de la regulación del tiempo por parte de los juristas, el cual admite dosis significativas de ductilidad en el ámbito procesal, en la terminología de Humberto Briseño Sierra, en la medida en que se trata de temporalidades convencionales.<sup>50</sup>

#### IV. EL TIEMPO POSPROCESAL DE LA CERTEZA

En el caso que procedan recursos en contra de una sentencia, ésta se entenderá firme desde que se notifique el decreto que la mande cumplir, una vez que terminen los recursos deducidos, o desde que transcurran todos los plazos que la ley concede para la interposición de dichos recursos, sin que se hayan hecho valer por las partes.<sup>51</sup>

Como se advierte, el carácter firme de una sentencia, base, a su vez, para la acción y excepción de cosa juzgada, se asocia con el tiempo de la interposición y fallo de los recursos o el del transcurso del plazo para interponerlos y la pasividad de las partes.

---

<sup>48</sup> Artículo 64 del Código de Procedimiento Civil: “Los plazos que señala este Código son fatales cualquiera sea la forma en que se exprese, salvo aquellos establecidos para la realización de actuaciones propias del Tribunal. En consecuencia, la posibilidad de ejercer un derecho o la oportunidad para ejecutar el acto se extingue al vencimiento del plazo. En estos casos el Tribunal, de oficio o a petición de parte, proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio, sin necesidad de certificado previo. Las partes, en cualquier estado del juicio, podrán acordar la suspensión del procedimiento hasta por un plazo máximo de noventa días. Este derecho sólo podrá ejercerse por una vez en cada instancia, sin perjuicio de hacerlo valer, además, ante la Corte Suprema en caso que, ante dicho Tribunal, estuviesen pendientes recursos de casación o de queja en contra de sentencia definitiva. Los plazos que estuvieren corriendo se suspenderán al presentarse el escrito respectivo y continuarán corriendo vencido el plazo de suspensión acordado”.

<sup>49</sup> Artículo 66 del Código de Procedimiento Civil: “Los términos de días que establece el presente Código, se entenderán suspendidos durante los feriados, salvo que el tribunal, por motivos justificados, haya dispuesto expresamente lo contrario. Lo anterior no regirá con los asuntos indicados en el inciso segundo del artículo 314 del Código Orgánico de Tribunales respecto del feriado de vacaciones”.

<sup>50</sup> Briseño Sierra, Humberto, *op. cit.*, nota 29, pp. 267 y 268.

<sup>51</sup> Artículo 174 del Código de Procedimiento Civil: “Se entenderá firme o ejecutoriada una resolución desde que se haya notificado a las partes, si no procede recurso alguno en contra de ella; y, en caso contrario, desde que se notifique el decreto que la mande cumplir, una vez que terminen los recursos deducidos, o desde que transcurran todos los plazos que la ley concede para la interposición de dichos recursos, sin que se hayan hecho valer por las partes. En este último caso, tratándose de sentencias definitivas, certificará el hecho el secretario del Tribunal a continuación del fallo, el cual se considerará firme desde este momento, sin más trámites”.



Una vez firme la sentencia, el tiempo aparece nuevamente determinando la oportunidad en que se solicita la ejecución el procedimiento a ella aplicable.

Cosa juzgada y ejecución nos hablan de tiempos de certeza en el tránsito al juicio jurisdiccional. Se trata de la solución del conflicto jurídico y del triunfo del derecho.

La cosa juzgada se constituye así en una manifestación de la seguridad jurídica como uno de los fines del derecho, resultado de la firmeza de la resolución y antecedente de su ejecución, la cual supone un tiempo de clausura de la discusión.

En ocasiones, sin embargo, la cosa juzgada cede frente a la existencia de injusticias manifiestas, lo cual opera, precluidas las opciones de modificación de la sentencia final, a través de la acción de revisión, la que supone un regreso al tiempo de la discusión en pos de una nueva certeza.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> El recurso de revisión constituye una excepción al alcance de la cosa juzgada en cuanto viene a indicar que, en definitiva, el valor que prima en el ordenamiento procesal es el de la justicia en la medida que es posible invalidar una sentencia firme o ejecutoriada si ella ha sido obtenida con fraude procesal, lo cual, en definitiva, es una excepción a la no posibilidad de recurrir en contra de una resolución firme o ejecutoriada.

Los mecanismos procesales diseñados para revisar una resolución, no obstante tener el carácter de firme o ejecutoriada, han recibido diferentes nombres. Así, el Código Procesal Civil de Brasil utiliza la expresión “acción rescisoria”, la cual parece alejada al sistema procesal nacional en cuanto tal expresión suele asociarse al ámbito del derecho civil. En la *Zivilprozessordnung* (ZPO) alemana se utiliza la expresión “demanda de nulidad” o de “restitución”. Lo propio hace la legislación austriaca. En tales legislaciones se habla de *Restitutionsklage*, basada en la *restitutio in integrum* del derecho romano, en oposición a los recursos propiamente tales: *Rechtsmittel*. Si bien la expresión nulidad indica el efecto del ejercicio de este acto, ella se asocia más bien a incumplimiento de formalidades que conllevan la referida sanción de nulidad. La Ley de Enjuiciamiento Civil española utiliza la expresión “recurso de revisión”, al igual que el Código de Procedimiento Civil chileno.

Sus orígenes son sin embargo remotos, como lo señalan las leyes de las Partidas, las cuales lo establecían, considerando para su interposición un plazo de veinte años.

En el análisis del recurso de revisión es necesario tener presente que estamos ante lo que se denomina procesalmente vicios extrínsecos o transcendentales de tipo fondal, en oposición a los llamados “vicios intrínsecos”, sea que se trate de vicios *in procedendo* o de vicios *in iudicando*. Los vicios *in procedendo*, así como los vicios *in iudicando*, deben ser reclamados por la vía incidental o recursal antes de obtener el fallo el carácter de firme o ejecutoriado.

Aquí, en cambio, estamos, tal como lo señala Piero Calamandrei, ante “el caso de una sentencia que siendo el resultado de un proceso regular en sí, y estando inmune de cualquier defecto de construcción, haya decidido con base en un material alterado, es decir no reunido de acuerdo a la libre disposición de las partes, sino modificado por algunos influjos perturbadores que han actuado fuera del proceso”. En tal sentido, el recurso de revisión, a diferencia del recurso de apelación, no persigue la enmienda de la resolución recurrida, sino que, como en el caso del recurso de casación, su anulación o invalidación, aun cuando por causales

A su vez, en el ámbito de lo penal, como lo reconoce el artículo 18 del Código Penal, aun ejecutoriada la sentencia de término condenatoria, se admite su modificación, de oficio o a petición de parte, si se promulga una ley de atenuación o eximición de responsabilidad penal, con lo cual se atenúa la teoría de la intangibilidad de la sentencia firme. Ya no se trata de un fraude procesal que nos regresa a la zona de incerteza, sino de un elemento humanitario del derecho, que nos lleva a modificar la certeza primera a favor del condenado.

## V. PALABRAS FINALES

Como Humberto Briseño Sierra lo recalca, el tiempo jurídico y el tiempo astronómico son diversos.<sup>53</sup> El primero es una construcción que permite el

---

diferentes a las que sirven de fundamento a la casación. Calamandrei, Piero, *La casación civil*, t. II, vol. 12, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 188.

Estamos aquí, entonces, en la terminología de Jaime Guasp, en el ámbito de los actos procesales en un sentido amplio, definidos no por su origen, sino por sus efectos. Se trata, así, de actos procesales heterónomos o trascendentes, lo que lleva a la distinción entre la nulidad procesal por vicios de forma y la nulidad procesal por vicios sustanciales o de contenido del acto. Y más específicamente, aquí hablamos de vicios “de tipo sustancial que se cuelan en el pleito, y que se descubren —por regla— luego que el fallo quedó firme; pues si se advierten antes deben ser atacados por las vías normales”, Hitters, Juan Carlos, “Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, núm. 1, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 12.

Aquí, entonces, se enfrentan dos fines del derecho: el de la seguridad, íntimamente asociado a la institución de la cosa juzgada, y el de la justicia o equidad, cual es el que se privilegia al permitirse, eso sí, excepcionalmente, la revisión de una sentencia firme o ejecutoriada; es decir, una sentencia que produce cosa juzgada, la cual puede ser revisada en atención a la comisión de “un error notorio que causa una injusticia manifiesta que debe repararse”. La ficción de verdad de la cosa juzgada, entonces, se desvanece en la medida en que los fundamentos del fallo que la produce son de una injusticia tal, que su mantención atentaría contra las bases del derecho.

Bien podría argumentarse la inconstitucionalidad del recurso de revisión en cuanto que la cosa juzgada tiene un reconocimiento constitucional en el artículo 76 de la Constitución Política en cuanto establece la imposibilidad de hacer “revivir procesos fenecidos”. Sin embargo, la Corte Suprema ha entendido que no es dable tal argumentación, ya que lo que se prohíbe es el acto posterior al proceso que autorice su reapertura. En el caso de la revisión, en cambio, estamos frente a un acto que “se efectúa con arreglo a la ley anterior al fallo; es un recurso más dentro del procedimiento, como la apelación o la casación. El proceso no perece para este efecto mientras haya plazo pendiente para interponer el recurso, porque la revisión forma parte del estatuto jurídico con arreglo al cual se pronunció la sentencia”. Véase los fallos pronunciados por la Corte Suprema, del 14 de mayo de 1955 y 9 de mayo de 1958, publicados en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 52, sección 1a., p. 99, y la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 55, sección 1a., p. 71, respectivamente.

<sup>53</sup> Véase Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, cit., pp. 786-818.

tránsito desde la incerteza a la certeza, con ritmos similares a los de la música, que, tal como ella, según nos sugiere el maestro mexicano, podrán ser objeto de aceleración o ralentización.

En las líneas que anteceden hemos propuesto una aproximación a la vinculación entre el tiempo y el derecho procesal civil, a cuyos efectos se ha distinguido entre el tiempo preprocesal de la incertidumbre, el tiempo procesal de la discusión y el tiempo postprocesal de la certeza.

En el tiempo *preprocesal* de la incertidumbre el conflicto jurídico no ha sido resuelto, y por ello se generan una serie de dudas vinculadas con el factor tiempo asociadas al impacto que el mismo produce en la existencia de las normas sustantivas, en la pervivencia de la acción y en la determinación de las normas procesales aplicables a la resolución del caso.

En el tiempo *procesal* de la discusión resulta fácil advertir una serie de vinculaciones entre el tiempo y la discusión procesal, la cual se organiza sobre la base de una serie de actos concatenados, orientados hacia un fin, que es el juicio jurisdiccional, los cuales, si presentan una duración excesiva atentan contra el debido proceso. La preclusión, la oportunidad procesal como un elemento del debido proceso, la ductilidad del tiempo que admite viajes hacia el pasado y al futuro al interior del proceso, la estructura del proceso y el control del tiempo procesal, así como una serie de normas relativas a las actuaciones judiciales y al cómputo de los plazos, son testimonio de tales vinculaciones.

En el tiempo *postprocesal* de la certeza, el cual opera transcurridos los tiempos procesales establecidos por el legislador, se advierten, excepcionalmente, posibles retornos al juicio jurisdiccional, asociados a fraudes procesales o elementos humanitarios que admiten recapitular la certeza que genera la cosa juzgada a favor de la justicia de su permanencia.

El tiempo es un elemento central en nuestras vidas, y el proceso, como hemos visto, no es ajeno a su influencia. Estas líneas han buscado facilitar una discusión sobre tan importante elemento, con frecuencia relegado a los márgenes de los estudios procesales, y que, sin embargo, según hemos intentado destacarlo, constituye un antecedente central para la comprensión del derecho procesal, como bien lo entendió Humberto Briseño Sierra.

## SOBRE CAPACIDADES Y LEGITIMACIONES DE LAS PARTES Y GESTORES

Alejandro ABAL OLIÚ

SUMARIO: I. *Introducción. Humberto Briseño Sierra.* II. *Capacidades y legitimaciones según Barrios de Angelis.* III. *De la necesidad de considerar las capacidades y legitimaciones respecto a todos los sujetos del proceso.* IV. *Conceptuación de cada una de las capacidades y legitimaciones (en general).* V. *De las capacidades y legitimaciones de las partes y gestores (interesados principales).*

### I. INTRODUCCIÓN. HUMBERTO BRISEÑO SIERRA

En su extensa y particularmente completa obra *Derecho procesal*,<sup>1</sup> el profesor Humberto Briseño Sierra presenta un muy erudito recorrido de una buena parte de las manifestaciones doctrinarias más recibidas hacia fines de la década de 1960, respecto a los conceptos propios de parte y, en especial, de las capacidades y legitimaciones atendidas por el derecho procesal.

Luego de considerar a las partes y lo que sobre ellas se ha dicho y él mismo termina entendiendo, destaca Briseño Sierra, con singular capacidad de síntesis y crítica, las ideas respecto a la capacidad para ser parte y a la concreta capacidad procesal de Carnelutti, Carlos, Devis Echandía, Della Rocca, etcétera, distinguiendo por su parte ambos institutos y empleando en su discurso para precisarlos los conceptos de “apitud” y “actitud”.

A continuación encara la legitimación, en sus variedades de *legitimatío ad causam* y *legitimatío ad processum*, resumiendo las ideas que sobre ellas expusieran Carlos, Della Rocca, Calamandrei, Rosenberg, Carnelutti, Leone, Alcalá Zamora, Levene (H.), Devis Echandía, Loreto. Y luego, con lucidez de académico e inteligencia de práctico a la vez, señala sobre todo lo expuesto (sobre legitimación) que: “Asombra el esfuerzo realizado en todas las

---

<sup>1</sup> Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, México, Cárdenas Editor, 1970, vol. IV.

escuelas, pero más que nada que no se hayan considerado las consecuencias prácticas que, una veces, hacen inútil el concepto, y otras lo convierten en algo tan complejo y de tan difícil inteligencia, que poco ayuda a las resoluciones”.<sup>2</sup>

Sin embargo, al finalizar el análisis personal que de las legitimaciones realiza, en conclusión que, como se verá actualmente —por cierto que muchas décadas más tarde— me atrevo a no compartir, Briseño Sierra señala que

Sin embargo, la doctrina ha llegado ya a un punto aceptable, cuando con Carnelutti niega la separación entre *legitimatío ad causam* y *legitimatío ad procesum*. No es, desde luego, que las razones que exponga este autor sean convincentes, porque su intención es eliminar el vocablo interés procesal. Pero si hay certeza en la afirmación, con la cual Loreto coincide, en el sentido de que se ha de hablar de legitimación sin más calificativos.<sup>3</sup>

La presente ponencia que se presenta al XXV Encuentro Internacional del Instituto Panamericano de Derecho Procesal pretende contribuir a homenajear al insigne profesor y fundador de nuestro Instituto, Humberto Briseño Sierra, en cuyo pensamiento tienen en definitiva origen mediato muchas de las reflexiones que se exponen a continuación.

## II. CAPACIDADES Y LEGITIMACIONES SEGÚN BARRIOS DE ANGELIS

Una década más delante de publicada la obra de Briseño Sierra, a la cual he hecho referencia, otro insigne maestro del derecho procesal y también compañero del anterior en cuanto integrante del cuerpo de académicos fundadores del Instituto Panamericano de Derecho procesal —el profesor uruguayo Dante Barrios De Angelis— incluyó en su *Teoría del proceso* un capítulo destinado a considerar la “teoría de los sujetos del proceso”.<sup>4</sup>

En esta *Teoría*, que por obvias razones temporales no pudo ser tenida en cuenta por Briseño Sierra en su precitada obra, con notable lucidez Barrios De Angelis expone todos los avances que a esa altura su pensamiento ha logrado respecto a las nociones claves de sujetos del proceso, tribunal y partes, para abocarse luego a la consideración de los conceptos de capacidad y legitimación.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>4</sup> Barrios de Angelis, Dante, *Teoría del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1979, pp. 115 y ss.

Dirá respecto a estos últimos, en pasajes que en algunos puntos coinciden con lo expuesto por Briseño Sierra, pero que en otros claramente innova, que deben distinguirse la “capacidad para ser parte”, la “capacidad para estar en juicio” (capacidad procesal), la “capacidad de postulación”, la “legitimación causal”, la “legitimación sustancial” y la “legitimación procesal”.

Sintetizando, sobre la capacidad para ser parte, expresa Barrios De Angelis que “corresponde a todo sujeto jurídico; persona física o jurídica; significa que ella, y por ella sus representantes o sustitutos pueden demandar o gestionar; también que puede ser demandada”.<sup>5</sup>

De la capacidad para estar en juicio o capacidad procesal, señala que

requiere un grado mayor de excelencia. No basta ya, como en el caso anterior, con haber nacido viable y haber vivido 24 horas. Importa un conocimiento de los propios actos y negocios, una capacidad para discurrir y resolver que excluye a los sometidos a patria potestad, a tutela, a concurso, etcétera. Equivale a la capacidad de ejercicio del derecho civil —no es idéntica— y se la califica, generalmente, como capacidad procesal.<sup>6</sup>

A su turno, la capacidad de postulación sería la especial aptitud para desempeñar las profesiones legales —abogacía, procuración, etcétera—. <sup>7</sup>

En cuanto a la legitimación causal, Barrios De Angelis la define como “la razonable posibilidad de que quienes se atribuyen, o a quienes se atribuye, la implicación en los intereses específicos del objeto sean sus efectivos titulares. Dicho de otro modo, la razonable posibilidad de que sean partes materiales”.<sup>8</sup>

De la legitimación sustancial, a la cual la doctrina procesal no refiere hasta Barrios De Angelis —aunque en realidad sin denominarla así la reconoce con frecuencia la jurisprudencia— expresa que

Consiste en la efectiva pertenencia de la situación sustancial (o relación jurídica sustancial, en el lenguaje corriente) al sujeto al que se la atribuye, o a quien se asume como titular. Su noción es paralela a la de la efectiva existencia del derecho sustancial (o procesal) pretendido o asumido como objeto. Pero, obviamente, difiere de aquélla; una cosa es que exista el préstamo y no se haya efectuado el pago (fundamento de la acción), y muy otra que quien reclama

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 129 y 130.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>8</sup> *Idem*.

sea el efectivo acreedor (legitimación sustancial); un hecho es el cuerpo del delito; otro, que el imputado sea su autor... según hemos expresado antes, puede haber legitimación causal y no ser los legitimados los titulares de las relaciones cuestionadas. Existió razonable posibilidad de la titularidad, pero en definitiva resultó la inexistencia de la titularidad.<sup>9</sup>

Finalmente, define Barrios De Angelis la legitimación procesal: “es la aptitud que permite el ejercicio de las funciones correspondientes a los estatutos de parte y de tercero. Se presupone, como en todas las legitimaciones, la condición (de que sea) en un proceso determinado”.<sup>10</sup>

### III. DE LA NECESIDAD DE CONSIDERAR LAS CAPACIDADES Y LEGITIMACIONES RESPECTO A TODOS LOS SUJETOS DEL PROCESO

Sobre todos estos desarrollos de Barrios De Angelis, que en forma muy resumida he expuesto, continué en lo personal trabajando durante los últimos años, al comienzo —mientras aún físicamente no nos había dejado— en permanente diálogo con el propio profesor.

En tal sentido he entendido —en valoración compartida con Barrios De Angelis— que era razonable y altamente conveniente plantear el tema de las capacidades y legitimaciones no solamente con relación a las partes, sino en un marco comprensivo de todos los sujetos que participan en el proceso jurisdiccional; esto es, los dos sujetos principales o necesarios: el tribunal y los interesados principales (concepto el segundo que comprende a las partes del proceso contencioso y a los gestores o simples interesados del proceso voluntario), y los dos sujetos auxiliares o eventuales: auxiliares del tribunal (testigos, peritos, informantes, tasadores, rematadores, depositarios, etcétera) y auxiliares de los interesados principales (asistentes técnicos, vale decir abogados y, para algunos procesos, escribanos públicos e inclusive contadores públicos).

Dicho planteo obedeció a la observación de que el derecho procesal requiere capacidades y legitimaciones no sólo de los interesados principales (nuevamente partes y gestores), sino también de todos los otros sujetos del proceso, de las otras tres clases de sujetos, y que a esta altura las exigencias académicas indicaban que debía abordarse una teoría unitaria sobre dichas capacidades y legitimaciones.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 131 y 132.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 132.

Por otro lado, de la consideración ya preanunciada por Barrios De Angelis, resulta que la llamada capacidad para ser cada clase de sujeto (tribunal, interesado principal, auxiliar del tribunal —como testigo, perito, etcétera— o auxiliar de los interesados principales —abogado, escribano, contador público—), así como la llamada legitimación en la causa, se requiere por el derecho procesal de los sujetos a los que se imputan los efectos de los distintos actos procesales que a ellos corresponden; en tanto que las denominadas capacidad procesal y legitimación procesal se requiere por el derecho procesal de los sujetos que efectivamente realizan tales actos procesales (eventualmente los mismos a los que se les imputan, pero en ocasiones otros sujetos diferentes, como los padres o tutores del menor, los representantes de las personas jurídicas, los apoderados, etcétera).

Resumiendo: todo ello conduce a la razonabilidad de proceder a analizar por separado a cada una de las cuatro categorías de sujetos (tribunal, interesados principales, auxiliares del tribunal y auxiliares de los interesados principales), y dentro de cada una de dichas categorías examinar por un lado al sujeto al que se le imputan efectivamente los actos (por ejemplo, tratándose de actos correspondientes al Tribunal el sujeto al que se imputan los actos es —al menos en el derecho uruguayo— el Estado o un tribunal arbitral), y por otro lado al sujeto que efectivamente los realiza (que en el caso del Tribunal será un juez si el sujeto de imputación es el Estado, o un árbitro o quien se designe para representarlo, si el sujeto de imputación es un tribunal arbitral).<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Abal Oliú, Alejandro, *Derecho procesal*, 3a. ed., Montevideo, FCU, 2008, t. I, pp. 204 y 205: “Cualquier experiencia procesal pone inmediatamente en evidencia que en un proceso (como en toda actuación jurídica en general) es posible distinguir entre, por una parte, los sujetos a los que se imputan (o sobre quienes recaen) los efectos de los actos procesales propios o ajenos (que en realidad son los únicos sujetos a quienes debemos denominar, con propiedad, ‘tribunal’, ‘actor’, ‘demandado’, ‘gestor’, ‘perito’, ‘testigo’, ‘abogado’, etcétera), y, por otra parte, los sujetos que efectivamente realizan los actos procesales que se imputan a los anteriores (se trata de la habitual distinción entre ‘parte en sentido material’ y ‘parte en sentido formal’, pero extendida más allá de las partes, hasta alcanzar a todos los sujetos del proceso). Así, por ejemplo, encontramos que cierta persona física presenta una demanda y que, sin embargo, los efectos de esa presentación de la demanda no se le imputan a la misma sino a otro sujeto (como su hijo menor de edad o una sociedad anónima); o que un juez dicta una sentencia y, no obstante, los efectos de la misma se imputan a otra persona distinta de ese juez (el Estado, que es el tribunal del proceso); o que una persona física responde a una solicitud de informes requerida en etapa probatoria por el juez y que, pese a ello, los efectos del acto de informar son imputados a la persona jurídica a la que el Tribunal requirió tal informe y no a aquella persona física que lo realizó y lo suscribió, etcétera. Empero, esta distinción entre los sujetos que realizan los actos procesales y los sujetos a los que se le imputan los efectos de los mismos —distinción que pareciera tan clara— se torna francamente dificultosa cuando, como a menudo ocurre, el sujeto que realiza el acto es el mismo al cual le



De esta manera, y como se verá, considero —a esta altura con buena parte de la doctrina que así lo comparte— que los requisitos (o bien presupuestos, si así se prefiere denominarlos) de capacidad para ser sujeto y legitimación en la causa pueden definirse con una comprensión que abarque a todos las clases de sujetos a los que se imputan (los efectos de) actos procesales, aunque luego deberá concretarse lo exigible para una de las clases de tales sujetos, que siempre será diferente; en tanto los requisitos de capacidad procesal y legitimación procesal igualmente pueden definirse con una comprensión que abarque a todas las clases de sujetos que efectivamente realizan tales actos procesales, bien que también en su caso luego deberá concretarse lo exigible para cada clase de sujetos que realiza tales actos procesales.

#### IV. CONCEPTUACIÓN DE CADA UNA DE LAS CAPACIDADES Y LEGITIMACIONES (EN GENERAL)

En este sendero señalado en el apartado anterior he propuesto que la capacidad para ser un sujeto al que se le imputen actos procesales es una aptitud que debe tener ese sujeto a quien se imputan los efectos de los actos procesales (los actos correspondientes a la clase de sujetos a la que él pertenece: tribunal, actor, testigo, etcétera), y que ella existe cuando se presentan ciertas circunstancias intrínsecas a su persona, y que varían según cuál sea el derecho procesal positivo que se está examinando y cual sea la clase de sujeto de que se trate.

Estas circunstancias a las que ahora hacemos referencia son siempre “intrínsecas”; esto es, se trata de circunstancias que forman parte de la naturaleza íntima del sujeto (como lo son, por ejemplo, la pertenencia al género

---

son imputados los efectos de ese acto procesal. Sin embargo esta última observación no es un obstáculo para distinguir siempre a las dos clases de sujetos (aquellos que realizan los actos procesales y aquellos a los que se les imputan los efectos de los actos procesales), puesto que en los casos mencionados en último término simplemente ocurre que los dos sujetos —que técnicamente son diferenciables y que podrían ser distintos— coinciden. Y, según veremos, esta distinción entre los sujetos a los que se imputan los efectos de los actos procesales y los sujetos que los realizan —distinción que, nuevamente, abarca absolutamente a todos los sujetos del proceso y no sólo a las partes como habitualmente se plantea (vale decir, que abarca al Tribunal, a los interesados principales, a los auxiliares del Tribunal y a los auxiliares de los interesados principales), no carece de importancia—. Bien por el contrario, ella es fundamental para comprender el proceso jurisdiccional, pues para que los actos procesales de cualquier clase de sujeto sean admisibles es preciso —entre otras cosas que veremos al estudiar los actos procesales en la quinta parte de esta obra (tomo III)— que cumplan con cuatro requisitos subjetivos, y ocurre que estrictamente dos de ellos refieren a los sujetos a los que se les imputan los efectos de los actos procesales (capacidad para ser sujeto y legitimación en la causa), en tanto los otros dos corresponden a los sujetos que realizan los actos procesales (capacidad procesal y legitimación procesal)”.

humano, el sexo masculino, el tener dieciocho años de edad, la nacionalidad uruguaya, la calificación como abogado, etcétera), que por ello siempre le acompañan y que, por lo mismo, se tendrán por ese sujeto sin que sea necesaria para su existencia ninguna relación del mismo con entidades exteriores a su persona (como en cambio sí ocurre cuando, por ejemplo, se exige la existencia de un vínculo de amistad o de parentesco con otra persona, o de un vínculo de interés respecto a la requisitoria comprendida en el objeto de un proceso, etcétera).

Asimismo, debe tenerse presente que estas circunstancias intrínsecas varían según el derecho procesal positivo y según la clase de sujeto de que se trate, por lo que es imposible incorporar a un concepto global como el que ahora se analiza el detalle de esas circunstancias.<sup>12</sup>

A su turno he entendido que la legitimación en la causa (expresión habitualmente empleada por la doctrina y la jurisprudencia para referirse a este requisito, pero sólo en relación con las partes, y que es exigible para todo sujeto del proceso), consiste en una aptitud que debe tener el sujeto para que se le puedan imputar los efectos de los actos procesales (los actos correspondientes a la clase de sujetos a la que el mismo pertenece: Tribunal, actor, testigo, etcétera), y que existe cuando se presenta cierta circunstancia extrínseca a su persona, consistente en un vínculo entre ella y el objeto del concreto proceso al que corresponde el acto procesal.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Para dejar en evidencia esta variabilidad puede señalarse a título de ejemplo que muy distintos eran los requisitos intrínsecos que configuraban la aptitud para ser parte en ciertos derechos positivos del medievo, donde a menudo no se exigía ni siquiera que el sujeto perteneciera al género humano o que fuera una persona no fallecida (y así en algunos lugares era posible iniciar un proceso contra un animal —no contra su propietario, sino contra el animal mismo, como sujeto del proceso al que incluso se le designaba un defensor para que lo representase— y era también posible seguir un proceso contra una persona fallecida, a la que —también como sujeto del proceso— igualmente se le nombraba un representante, y luego eventualmente se le podía aplicar una pena, como el desenterrar su cadáver y decapitarlo), y que otros muy distintos son los requisitos intrínsecos que configuran esa aptitud para ser parte en el actual derecho procesal uruguayo, donde —entre otras cosas— se exige que el sujeto pertenezca al género humano y que no haya fallecido.

Por otro lado, aun dentro de un mismo derecho procesal positivo como el uruguayo, son muy diferentes los requisitos intrínsecos que configuran la aptitud para ser parte o gestor (concretamente, ser un sujeto concebido perteneciente al género humano y no haber fallecido, o ser una persona jurídica reconocida y no extinguida), de los requisitos intrínsecos que configuran la aptitud para ser tribunal (concretamente, ser la persona jurídica mayor de derecho público llamada Estado uruguayo, o —en el caso de tratarse de un tribunal arbitral— pertenecer al género humano, tener veinticinco años de edad, hallarse en el pleno goce de los derechos civiles, etcétera).

<sup>13</sup> Se trata, pues, de un requisito que “legítima” (hace legítima) la intervención de un sujeto en una “causa” (en un proceso jurisdiccional) concreta; si bien puede decirse que la

A diferencia de lo que ocurre en el caso de la capacidad antes estudiada, esta circunstancia a la que se hace referencia (consistente, como he señalado, en un vínculo entre el sujeto y el objeto del proceso al que corresponde el acto concreto), es en este caso siempre “extrínseca”. Ello significa que se trata de una circunstancia que no forma parte de la naturaleza íntima del individuo, y que, por tal razón, para un mismo sujeto puede darse en algunos casos y en otros no (como ejemplo, el mismo sujeto siempre tendrá —o no— capacidad para ser actor en procesos judiciales, pero en cambio a veces tendrá y a veces no tendrá legitimación en la causa para intervenir en procesos concretos: es que, como se ha dicho, el vínculo entre su persona y el objeto de un proceso concreto —ese vínculo que crea la legitimación en la causa— a veces existirá y a veces no).

Por otro lado, y al igual que sucede con la capacidad antes considerada, las características de ese vínculo que genera la legitimación en la causa varían según de qué derecho procesal positivo y de qué clase de sujeto se trate.<sup>14</sup>

---

capacidad antes estudiada y la capacidad y la legitimación procesal (procesales) que a continuación veremos, también son requisitos necesarios para que sea “legítima” la participación de un sujeto en un proceso o causa, lo cierto es que, como Briseño Sierra destacara, para no modificar una denominación ya tradicional el término “legitimación” lo continuamos empleando solamente para identificar a los requisitos extrínsecos al sujeto (es decir, esta legitimación en la causa, la legitimación procesal propiamente dicha y la legitimación sustancial).

<sup>14</sup> Así, en Uruguay, y a fin de que un sujeto tenga legitimación en la causa para que se le puedan imputar los efectos que correspondan al Tribunal de los actos procesales (esto es, para que pueda “ser tribunal” en un proceso concreto), es preciso que entre ese sujeto y el objeto del proceso concreto exista un vínculo que determine que ese objeto lo juzgará tal sujeto; y ese vínculo o bien deberá surgir de una cláusula compromisoria (o de un compromiso arbitral) o de una norma legal que establezca el arbitraje necesario (en este caso último caso más un compromiso arbitral o de la designación del árbitro por terceros previstos o por un tribunal estatal: artículo 480.4 CGP); o bien deberá surgir de las normas subsidiarias de la Constitución Nacional (generalmente implícitas), que indican que cuando no hay para ese proceso concreto ni cláusula compromisoria ni una norma legal de arbitraje necesario, tal vínculo entre el Estado y el objeto de un proceso concreto existe automáticamente. En cambio, en otro hipotético derecho procesal positivo el nacimiento del vínculo a través de una cláusula compromisoria podría no ser admisible (de donde un sujeto solamente podría estar vinculado como tribunal a un proceso si para ese proceso concreto existe arbitraje legal necesario o, de no existir el mismo, si se trata del Estado como persona jurídica mayor de derecho público).

Por otra parte y siguiendo siempre con ejemplos, a fin de que un sujeto tenga legitimación en la causa para que se le puedan imputar los efectos de los actos que se realicen en un proceso concreto y que correspondan al Tribunal, el derecho procesal uruguayo establece que el vínculo entre ese sujeto y el objeto del proceso debe existir a través de alguno de los medios que se indicaron en el párrafo anterior. En cambio, como más adelante veremos, cuando se trata de analizar cómo debe ser el vínculo entre el sujeto y el objeto del proceso concreto,

En cuanto a la capacidad procesal requerida para poder no ya ser sujeto de imputación de los efectos de los actos procesales, sino para poder efectivamente realizarlos, es una aptitud que debe tener el sujeto que realiza un acto procesal correspondiente a una clase de sujeto (como Tribunal, actor, demandado, testigo, etcétera), y que existe cuando se presentan ciertas circunstancias intrínsecas a su persona, que también varían según de qué derecho positivo se trate y de qué clase de sujeto sea al que se le imputa el acto procesal en cuestión.

Al igual que cuando analizábamos la capacidad para ser un sujeto al que se le puedan atribuir o imputar los efectos de los actos procesales, debemos ahora preguntarnos cuáles son las circunstancias intrínsecas con las cuales se conforma la aptitud estudiada, y que varían según de qué derecho positivo y de qué clase de sujeto se trate. Y de la misma forma que anotábamos al analizar aquella capacidad, debemos también ahora tomar nota de que tales circunstancias son siempre “intrínsecas” al sujeto. Ello significa, una vez más, que se trata de circunstancias que forman parte de su naturaleza íntima, y que, por tanto, siempre le acompañan y son independientes de cualquier conexión entre el sujeto y una entidad extraña a él. Mas, ¿no serán las circunstancias intrínsecas que conforman esta capacidad exactamente las mismas que conformaban aquella otra capacidad que hace poco hemos estudiado? Es claro que en algunos casos así es, pero en otros, particularmente cuando se trata de los interesados principales, la observación demuestra que no.<sup>15</sup>

---

para que ese sujeto tenga legitimación en la causa a fin de que se le puedan imputar los efectos que correspondan al demandado de los actos que se realicen, según el derecho procesal uruguayo ese vínculo existirá cuando el sujeto haya sido individualizado (por el actor) como demandado y, además, de la demanda surja que probablemente él es el titular del perjuicio que derivaría si el Tribunal satisface injustamente (vale decir, sin que esa satisfacción realmente correspondiera según el derecho) la pretensión del actor.

<sup>15</sup> Constituye un ejemplo de lo primero el supuesto de la capacidad que se exige a los sujetos a los que se les pueden imputar los efectos —correspondientes a un tribunal arbitral—, de los actos procesales, y de la capacidad que se exige a los sujetos que efectivamente realizan los actos correspondientes a un tribunal arbitral (pues para tener ambas capacidades se exige en nuestro derecho la existencia de idénticas circunstancias intrínsecas: ser un individuo del género humano, mayor de veinticinco años de edad, etcétera).

En cambio, además del obvio y conocido que se presenta en el caso de, por un lado, los sujetos a los que se atribuyen los efectos de los actos procesales correspondientes a las partes y, por otro lado, los sujetos que realizan los actos correspondientes a las partes, un ejemplo de falta de coincidencia existe en el caso de, por un lado, el Estado uruguayo como sujeto al que se imputan los efectos de los actos procesales correspondientes a ese Tribunal y, por otro lado, los sujetos que realizan los actos correspondientes al Tribunal (ejemplo en el que la capacidad del primero se conforma por su existencia como persona jurídica de derecho

En cualquier caso lo que importa ahora destacar es que también estas circunstancias que se exigen para que exista capacidad procesal varían según de qué derecho positivo y de qué clase de sujeto se trate.<sup>16</sup>

Finalmente, en lo que guarda relación con la legitimación procesal (no ya la legitimación causal), por una cierta dificultad en distinguirla de la capacidad procesal, una buena parte de la doctrina ha terminado negando su existencia independiente (o al menos la ha puesto en duda), absorbiendo en todo caso su consideración dentro de la propia de la capacidad procesal.

No obstante, siguiendo especialmente el surco abierto por Barrios De Angelis (y aun cuando me permita disentir con este profesor en algún aspecto menor), considero que no sólo es posible sino que resulta necesario estudiar a la legitimación procesal como un requisito independiente de la capacidad procesal.

En tal sentido, puedo expresar que la legitimación procesal es una aptitud que debe tener el sujeto que realiza un acto procesal correspondiente a una clase de sujeto (como Tribunal, actor, demandado, testigo, etcétera), y que existe cuando se presenta cierta circunstancia extrínseca a su persona, consistente en un vínculo, un vínculo entre ella y el sujeto al que corresponde y se le imputa ese acto (es decir, aquel Tribunal, actor, demandado, testigo, etcétera); vínculo cuyas características también varían según de qué derecho positivo y de qué clase de sujeto se trate.

¿Cuál es, en este caso, la circunstancia extrínseca con la que se conforma la aptitud analizada? No volveremos sobre el concepto de “circunstancia extrínseca”, ya desarrollado al analizar la legitimación en la causa, pero resulta en cambio preciso determinar en qué consiste esta circunstancia que

---

público, y en cambio la capacidad de los segundos se conforma con su calidad de titulares de un órgano jurisdiccional del Estado, lo que además implica un acto de designación que supone la pertenencia de dicho sujeto al género humano, cierta edad variable según de qué órgano sea titular, en ciertos casos el haber obtenido el título de abogado, etcétera).

<sup>16</sup> Efectivamente, unas serán en el derecho positivo uruguayo, como ejemplo, las circunstancias que deben existir para que se posea la capacidad para realizar los actos correspondientes a las partes y otras, también como ejemplo, las circunstancias que al mismo efecto deben existir según otro derecho positivo (así respecto a la edad: 18 años en Uruguay y quizá 20 o 21 en otro país).

Y en cuanto a la clase de sujeto de que se trata, unas son en Uruguay las circunstancias que se exigen para realizar los actos procesales correspondientes a las partes y gestores (genéricamente, pertenecer al género humano, tener 18 años de edad —artículos 1278 y numeral 2o. del artículo 280 del Código Civil, conforme redacción dada por la Ley 16.719— y no haber sido declarado incapaz, etcétera), y otras son, en cambio, las circunstancias que se exigen en general y en nuestro mismo derecho para realizar los actos procesales correspondientes a los testigos (también pertenecer al género humano, pero tener 14 y no 18 años de edad, etcétera).

nos ocupa (que es totalmente diferente de la que conforma aquella otra legitimación). Y bien, como expresara al brindar el precedente concepto, esta circunstancia siempre consiste en la existencia de un vínculo entre el sujeto que realiza el acto y aquel sujeto al que corresponde y se le imputa esa clase de acto (así, por ejemplo, un vínculo entre el sujeto que presenta la contestación de la demanda y el sujeto al que corresponde contestar la demanda).

Pero el vínculo que se exige que exista entre los dos sujetos no siempre es el mismo.

En efecto, a modo de ejemplo, si bien en el derecho procesal uruguayo el vínculo entre el sujeto que realiza un acto propio de un árbitro y el sujeto al que tal acto corresponde (el árbitro) debe ser siempre un vínculo de identidad (debe ser el mismo sujeto aquel que realiza el acto y aquel al cual se le imputa el mismo), en otro derecho positivo (como suele darse en el ámbito del derecho internacional público) podría también admitirse que ese vínculo sea de representación (es decir, que quien realiza el acto propio de un árbitro sea un sujeto diferente del árbitro, actuando en virtud de un poder que lo habilita para representar al último).<sup>17</sup>

Una última consideración antes de proseguir con el análisis concreto de estos requisitos o presupuestos en relación con los interesados principales (partes y gestores).<sup>18</sup>

Se trata de que para mejor explicar todo lo expuesto me parece oportuno detenerme en analizar si entre estos cuatro requisitos merece que nos detengamos a fin de considerar si entre ellos existen relaciones de dependencia o si, por el contrario, son requisitos independientes entre sí (esto es, si pueden existir o no con independencia de que se presenten los demás requisitos).

Y la respuesta será que se trata de requisitos totalmente independientes.

Para ratificar tal conclusión, y sin perjuicio de que la cabal comprensión del ejemplo que se dará solamente se podrá obtener una vez estudiados los

---

<sup>17</sup> Por otra parte, aun dentro de un mismo derecho el vínculo varía según cual sea el sujeto considerado, y así dentro del derecho procesal uruguayo el vínculo que debe existir entre el Estado actuando como tribunal y el sujeto que realiza el acto procesal correspondiente (es decir el juez, titular del órgano judicial con competencia), debe ser necesariamente un vínculo de representación orgánica; en tanto el vínculo que debe existir entre el abogado y el sujeto que realice los actos de asistencia letrada correspondientes a ese abogado, debe ser necesariamente un vínculo de identidad (no admitiéndose en nuestro derecho, aunque sí en otros, un vínculo de representación).

<sup>18</sup> En oportunidad de lo cual también trataré de identificar a la legitimación sustancial, que como su propio nombre lo indica no es ya un requisito para que pueda prosperar el proceso, sino un requisito para que pueda satisfacerse la pretensión obteniendo una sentencia favorable.

denominados “interesados principales”, veamos el caso de un acto procesal de un demandado: la contestación de la demanda.

Supongamos que la contestación de una demanda de cobro de pesos es imputada a un demandado que es en realidad una institución deportiva amateur que carece de personería jurídica pero que —según los términos de la demanda (equivocados, pues no es persona jurídica, y por lo tanto no puede contratar)— sería la que habría contratado al actor. En tal caso el sujeto al que se imputa la contestación de la demanda (la referida institución sin personería jurídica) tendría legitimación en la causa, pero carecería de capacidad para ser un sujeto al que se le pueden imputar los efectos de un acto procesal correspondientes a un demandado (como el tener por contestada la demanda).

De manera que es posible que un sujeto no tenga capacidad para que se le imputen los efectos de un acto procesal correspondientes al demandado, y que sin embargo posea legitimación en la causa para ello (y la distinción, como veremos, importa, puesto que —entre otras cosas que se regulan de distinta forma para uno y otro requisito— a efectos de analizar la existencia de esa capacidad para ser demandado en el derecho uruguayo debe tomarse en cuenta una presunción simple que ni siquiera es necesario mencionar, en tanto la existencia de la legitimación en la causa debe resultar directamente de lo que se diga en el texto de la demanda).

Imaginemos ahora que la contestación de la demanda es atribuida a una institución que sí tiene personería jurídica, pero que manifiestamente no es quien —según los términos de la demanda— debió ser demandada en el caso concreto (o sea que no tiene legitimación en la causa para ser demandada en ese proceso), y que el acto correspondiente (de presentar esa contestación) es realizado por un sujeto que es mayor de edad (y que no está afectado por demencia o sordomudez que le impida expresarse por escrito, como exige el derecho uruguayo para tener capacidad procesal), y que además ha sido designado apoderado de la institución demandada (por lo que también tiene legitimación procesal). En este caso, encontraremos que el sujeto al que se imputan los efectos del acto de contestar la demanda correspondientes al demandado (o sea esa institución con personería jurídica), tiene capacidad para ser demandado, así como que quien presentó la contestación (su apoderado) tiene tanto capacidad procesal como legitimación procesal. Sin embargo, al primero —al sujeto al que se le imputan los efectos del acto (la institución demandada)— le falta legitimación en la causa para ser demandado.

Veamos final y naturalmente que sin agotar todos los casos posibles que podrían imaginarse, el supuesto de una contestación de la demanda imputada a una institución con personería jurídica (es decir, con capacidad para



ser demandada), que además es quien —según los términos de la demanda— debió ser demandada (o sea, con legitimación en la causa para ser la demandada en proceso concreto), pero en el que esa contestación de la demanda es presentada por un menor, aun cuando con un poder en forma al efecto (debe señalarse que —al menos en Uruguay— el negocio jurídico de apoderamiento procesal no exige para su validez la mayoría de edad del apoderado, sin perjuicio de que ese apoderado no pueda actuar hasta tener la mayoría de edad). En este caso estaremos ante un ejemplo donde el sujeto al que se imputan los efectos del acto de contestar la demanda correspondientes al demandado tiene capacidad para ser demandado y legitimación en la causa como tal, no obstante lo cual el sujeto que realiza el acto (en el caso el apoderado), aun cuando tiene legitimación procesal, carece sin embargo de capacidad procesal.

En definitiva, y según se advertirá con los ejemplos propuestos, es posible que un individuo no tenga capacidad para ser sujeto, pero que igual tenga legitimación en la causa; es posible que ese individuo posea capacidad para ser sujeto, pero que le falte legitimación en la causa; es posible que el sujeto que realiza efectivamente el acto procesal tenga capacidad procesal y legitimación procesal aun cuando el sujeto al que se imputa el acto carezca de legitimación en la causa; es posible que se presenten todos los otros requisitos y el sujeto que realiza el acto carezca de capacidad procesal; es posible que estén todos los otros requisitos y el sujeto que realiza el acto carezca de legitimación procesal, etcétera. Se trata entonces de requisitos independientes entre sí (requisitos que no sólo exigen circunstancias distintas para su configuración, sino que su contralor y las consecuencias de su ausencia también están a menudo reguladas de diferente forma).

## V. DE LAS CAPACIDADES Y LEGITIMACIONES DE LAS PARTES Y GESTORES (INTERESADOS PRINCIPALES)

1. *De los sujetos a los que en un proceso concreto se les imputan los efectos de los actos procesales correspondientes a los interesados principales (partes y gestores)*

### A. Introducción

Conforme entiendo a Barrios De Angelis, los interesados principales son aquellos sujetos que propiamente están colocados, en un proceso concreto, en la situación jurídica procesal que les otorga el derecho de acción o el derecho



de contradicción (y para algunos autores, como un derecho diferente del de acción, el derecho de gestión, que les permite iniciar y proseguir un proceso voluntario), y a los que, en consecuencia, se imputan los efectos, correspondientes a los interesados principales, de los actos procesales.

Según lo expresado, para la doctrina tradicional que el mismo Briseño Sierra menciona, estos sujetos serían los “integrantes de las partes (o interesados principales) en sentido material”, distinguiéndolos así de los que la misma doctrina tradicional califica como sujetos “integrantes de las partes (o interesados principales) en sentido formal”.

Mas ¿cualquier sujeto puede ser interesado principal (actor, demandado, gestor) en un concreto proceso jurisdiccional?

Esto es, ¿qué presupuestos o requisitos debe reunir un sujeto para poder ser interesado principal; vale decir, para que se le puedan imputar los efectos (correspondientes a los interesados principales) de los actos procesales en un concreto proceso jurisdiccional?

Dichos requisitos son, como sucede respecto a cualquier sujeto del proceso y volveremos a ver más detenidamente a continuación, la capacidad para ser interesado principal y la legitimación en la causa al mismo efecto.

*B. La capacidad para que se les puedan imputar los efectos de los actos procesales correspondientes a los interesados principales (capacidad para “ser interesado principal”)*

Retomando ahora el concepto genérico sobre capacidad para ser un sujeto al que se le pueden atribuir los efectos de los actos procesales (es decir, para ser un sujeto del proceso), y concretándolo ahora en los interesados principales, entiendo que esta capacidad puede definirse como una aptitud que deben tener los sujetos (que denominamos interesados principales) a quienes se imputan los efectos de los actos procesales correspondientes precisamente a su calidad de interesados principales, y que ella (esa aptitud) existe cuando se presentan ciertas circunstancias “intrínsecas” a tales sujetos.

Estrictamente esta capacidad es independiente de la legitimación en la causa que puedan tener esos mismos sujetos (por lo cual, además de poder reunir las dos o no tener ninguna, un sujeto puede tener, indistintamente, una de estas dos aptitudes y no poseer la otra).

¿Cuáles son esas circunstancias “intrínsecas” que para poseer tal capacidad exige actualmente el derecho procesal uruguayo?

Partiendo de que ya conocemos el significado de la expresión “circunstancias intrínsecas” (que nos permite diferenciar la naturaleza de las mismas

de la naturaleza de las “circunstancias extrínsecas” que requiere la legitimación en la causa), vemos que en el caso de los interesados principales (sean los actores, los demandados, el Estado cuando participa a través de la intervención del Ministerio Público actuando como tercero, o los gestores) dichas circunstancias coinciden con las que se exigen, en general, para que un individuo pueda ser sujeto de derecho.

En efecto, nuestro derecho procesal uruguayo, por ejemplo, nada indica respecto a las circunstancias o requisitos que configuran esta capacidad (si lo hace, en cambio, con relación a otros sujetos como el Tribunal o los sujetos auxiliares), limitándose, en disposiciones como las del artículo 11.1 del CGP, a señalar que debe tratarse de “personas”; por lo cual, a efectos de determinar cuáles son esas circunstancias (que otorgan la calidad de persona), debemos remitirnos a las reglas generales que establece el derecho positivo para ser personas, es decir, para que a un individuo se le puedan atribuir actos jurídicos (incluidos naturalmente los actos procesales).

Y tales reglas nos indican que son sujetos de derecho las “personas físicas” y las “personas jurídicas”, no correspondiendo extenderme en este momento respecto a cuándo según el derecho uruguayo se es persona física o jurídica dado el objeto de esta ponencia.

¿Qué clase de defecto tiene un acto procesal que se pretende imputar a un individuo que carece de esta capacidad para ser interesado principal?

Veamos, como ejemplos, los casos en que se presenta una demanda en representación de una persona física que ya ha fallecido, o de una aparente persona jurídica que en realidad nunca fue reconocida como tal o cuya personalidad jurídica se ha “extinguido”.

Pese a que ninguna norma (al menos del derecho procesal de Uruguay) lo establezca explícitamente, debe concluirse que en estas hipótesis nos enfrentamos a casos ubicados entre aquellos a los que la doctrina tradicional ha calificado como de “ausencia de presupuestos procesales” (expresión ésta a la que se alude por el inciso primero, parte final, del artículo 111 del CGP; cuando hace referencia a la “carencia de requisitos indispensables para la validez” de los actos procesales). Y entonces, faltando uno de los llamados presupuestos procesales (o, para el artículo 111 del CGP, “requisitos indispensables de validez”), cualquier acto procesal cuyos efectos (correspondientes al interesado principal de que se trate) se quieran imputar a estos sujetos incapaces, será absoluta e irremediablemente nulo; y por ello tal nulidad no será subsanable ni por convalidación ni por ratificación, con

la consecuencia de producir la nulidad de todos los actos procesales posteriores dependientes del mismo (artículo 113 del CGP).<sup>19</sup>

En otro orden, ¿cuándo, por quién y de qué forma se controla si el interesado principal al que se imputan los efectos de un acto procesal tiene la capacidad en estudio? Tratándose de un requisito de admisibilidad (más específicamente, de validez) de un acto procesal, la capacidad analizada se debe controlar en ocasión de la realización del control de admisibilidad del correspondiente acto, control de admisibilidad que el Tribunal debe realizar cada vez que se realiza un acto procesal cuyos efectos se imputen a un interesado principal (y no solamente en relación, por ejemplo, a la demanda o a la contestación).

En consecuencia, el Tribunal debería controlar la existencia de esta capacidad en ocasión de analizar la admisibilidad de todos y cada uno de los actos correspondientes a los interesados principales (advuértase que bien puede suceder que, dentro de un mismo proceso, el actor o demandado o gestor al que se imputan los efectos del acto tenga esa capacidad en un momento y ya no la tenga luego, como sucedería si durante el proceso se extingue la personería jurídica de una asociación civil que es actora, demandada o gestora en el mismo, y viceversa).

---

<sup>19</sup> De esta forma, sería nula la demanda que se pretenda imputar a ese sujeto incapaz o la contestación de una demanda presentada por una persona que invoca la representación de una sociedad cuya personería jurídica se ha extinguido (aun si esa sociedad hubiera figurado en el proceso como demandada), y será nula toda la actividad procesal posterior que —por inadvertencia de aquella nulidad original— pudiera haberse desarrollado (inclusive, naturalmente, la misma sentencia si se hubiera llegado a dictar).

En otro orden, debe tenerse presente que cualquier asunto diferente de esta ausencia de capacidad en el sujeto a quien se imputan los efectos de un acto de interesado principal (la demanda, la contestación de la demanda, un recurso, etcétera), es la ausencia de dicha capacidad en el sujeto a quien en una demanda se individualiza como demandado. En efecto, en este último caso la ausencia de capacidad del demandado para ser un sujeto al que se le pueda atribuir un acto procesal (por ejemplo, se dirige la demanda contra una persona fallecida o contra una persona jurídica que nunca existió), a nuestro entender no genera una “nulidad” del acto procesal concretado en la demanda; pero advertida que sea dicha falta de capacidad del demandado debería declararse a la demanda manifiestamente improponible (numeral 1 del artículo 24, artículo 119.2 y ordinal 5 del artículo 341 del CGP), desechándose *in limine* la pretensión, en cuanto es manifiesto que ese sujeto demandado nunca podrá ser afectado por la sentencia, puesto que ya no es (o nunca fue) sujeto de derecho (y, por lo tanto, es inútil seguir un proceso que inevitablemente va a concluir con el rechazo de la demanda por no haberse demandado a quien correspondía: ese proceso, incluyendo la eventual sentencia que por inadvertencia pudiere dictarse, no afectará a ninguna persona). Por ello es que —como ha señalado Vaz Ferreira— no resulta admisible una demanda contra persona fallecida, debiendo en este caso seguirse el proceso contra sus herederos.

Cabe añadir que como cuando falta esta capacidad existe una nulidad insubsanable, y que aunque originalmente el acto hubiera sido admitido, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 111 del CGP, esa nulidad deberá ser declarada “en cualquier estado y grado del proceso”.

Este control de admisibilidad al que nos referimos debe realizarse por el tribunal de oficio (es decir, aun sin que lo pida otro interesado principal), pues así lo impone el primer párrafo del artículo 111 del CGP; y ello aun cuando el deber de realizar este control de oficio no resulte explícitamente de la parte final del artículo 133 del mismo Código, en cuanto dicha norma no es taxativa (además, el numeral 4 del artículo 133 parecería no referir al control de esta capacidad, sino al de la capacidad “procesal”, que veremos más adelante). Por supuesto que ese control —cuando el Tribunal admite un acto que debió rechazar— también puede ser realizado por el otro interesado principal, quien podrá impugnar la admisibilidad del acto.

Ante ello, y pese a que ninguna norma expresa del CGP uruguayo lo indica, por medio de los mecanismos de integración a través de las doctrinas más recibidas (artículo 15 del CGP) debería entenderse que la ley establece una presunción simple de la existencia de esta capacidad; presunción simple que, como toda presunción de tal naturaleza, impone al Tribunal —a la inversa de lo que debe hacer normalmente; esto es, cuando no existe esa clase de presunción— que tenga por acreditada la existencia de un hecho pese a no haber prueba ni de su existencia ni de su inexistencia (es decir, pese a haber “dudas” de la existencia), salvo alegación y prueba en contrario.

*C. La legitimación en la causa para que en un proceso concreto se les puedan imputar los efectos de los actos procesales correspondientes a los interesados principales*

Aplicando una vez más el concepto genérico ya brindado sobre legitimación para ser un sujeto al que se le pueden imputar los efectos de los actos procesales para referirlo ahora a los interesados principales, podemos decir que esta legitimación es una aptitud que deben tener los sujetos (que denominamos “interesados principales”) a quienes se imputan los efectos, correspondientes a su calidad de interesados principales, de los actos procesales realizados en un proceso concreto, aptitud que existe cuando se presenta cierta circunstancia “extrínseca” a ellos mismos.

¿Cuál es la circunstancia extrínseca al sujeto que le otorga legitimación en la causa para ser interesado principal en un determinado proceso (que lo “legitima” para ser interesado principal en esa causa concreta)?

En el caso de la ley uruguaya no encontramos una definición de la legitimación en la causa, por lo que la circunstancia a la que aludimos debe tratar de descubrirse a través del análisis e interpretación de un conjunto de disposiciones.

Y bien, teniendo presente el concepto de “circunstancia extrínseca”, advertimos que la misma es un vínculo o nexo entre ese sujeto y el objeto del proceso concreto.

Y ¿cuándo existe ese vínculo?

Para saberlo es preciso distinguir según de qué interesado principal se trate; puesto que las circunstancias que hacen nacer ese nexo entre sujeto y objeto varían según se trate de los actores o gestores, de los demandados, o incluso del Estado cuando participa en el proceso a través de un integrante del Ministerio Público actuando en calidad de “tercero” (como lo establecen —esto último— algunas normas del derecho procesal de Uruguay).

#### *a. Legitimación en la causa para ser actores o gestores*

¿Cuándo existe el vínculo que otorga a los sujetos legitimación en la causa para ser actores o gestores (legitimación en la causa “activa”)? Al respecto es posible decir que cuando se trata de los actores (del proceso contencioso) o de los gestores (del proceso voluntario), el vínculo se crea al iniciar los sujetos un proceso (contencioso o voluntario, según sea el caso) para requerir del Tribunal que elimine una insatisfacción jurídica que conlleva un perjuicio del que según los términos de su demanda o solicitud inicial ellos mismos son los titulares.

¿Qué significa esto? Veámoslo por partes. Conforme a la doctrina, a la que debemos acudir para interpretar esta expresión (“legitimación en la causa”), por cuanto se trata de una expresión técnica y su significación debe ser la que le dan los técnicos en derecho procesal, en principio lo que el derecho procesal requiere para que un sujeto quede habilitado (“legitimado”) para intervenir como actor o gestor en un proceso es, tan solo, que ese sujeto sea aquel mismo sujeto a quien se atribuye la demanda (del proceso contencioso) o solicitud inicial (del proceso voluntario).

De esta manera, si el sujeto a quien se le atribuye un acto propio de los actores (como la contestación de las excepciones previas interpuestas por los demandados, o la ratificación de la demanda durante la audiencia preliminar, o la apelación de una sentencia que no hace lugar a la demanda, etcétera), es el mismo que ya se ha vinculado al objeto del proceso por haber presentado la demanda, tal sujeto estaría siempre legitimado en la causa

—en esa causa, en ese proceso— para ser actor y, por ende, serán admisibles todos los actos correspondientes a un actor que se le atribuyan al mismo.

En sentido inverso, si el sujeto a quien se le atribuye un acto propio de los actores (como la contestación de las excepciones previas interpuestas por los demandados, etcétera), no es el mismo sujeto que se había vinculado al objeto de ese proceso por haber presentado la demanda, tal sujeto no estará legitimado en la causa para ser actor y, por ende, serán inadmisibles —y deberán ser rechazados por falta de ese requisito— todos los actos correspondientes a un actor que se le atribuyan al mismo (aunque sea el titular del perjuicio alegado).

En principio, entonces, el vínculo es creado por el mismo actor o gestor al presentar su demanda (en el proceso contencioso) o solicitud inicial (en el proceso voluntario).

No obstante, si retomamos los conceptos expuestos al inicio de este apartado, advertiremos que para que el vínculo entre el sujeto y el proceso sea suficiente para “legitimar” su intervención, nuestro derecho procesal (al menos el uruguayo) requiere algo más.

En efecto, según surge al menos del artículo 11.2, numeral 9 del artículo 133, y numeral 5 del artículo 341 del CGP de Uruguay, para el caso de los actores, y artículos 404.6 y 404.1 del mismo Código (“la solicitud se presentará por parte interesada”) para el caso de los gestores, la legislación procesal de mi país —al exigir que estos sujetos tengan “interés” (y pese a que en la letra de la ley el mismo parezca ser un requisito independiente de la propia “legitimación”)— considera insuficiente ese solo vínculo al que me referí precedentemente, exigiendo además que si fueran ciertos los hechos alegados en la demanda o solicitud inicial (y sin importar, a este efecto de la legitimación causal, que sean o no ciertos), según el derecho (comprendiendo todo el derecho y no sólo el alegado por el interesado), ese sujeto sea el titular de un perjuicio causado por una insatisfacción jurídica cuya existencia se alega en esa demanda (del proceso contencioso) o solicitud inicial (del proceso voluntario) y que según el derecho procesal se puede eliminar por esa clase de proceso; en otras palabras, a través de esas normas se exige que ya desde el inicio del proceso resulte que ese sujeto tiene un “interés” personal, y esta exigencia pasa a integrar el concepto de legitimación en la causa.

Ahora bien, podría entenderse —como aparentemente lo indican el artículo 11.2 y el numeral 9 del artículo 133 del CGP y lo suele señalar la doctrina, incluido Briseño Sierra— que la exigencia del interés es independiente de la exigencia de la legitimación en la causa, de donde la última se limitaría a ser el vínculo creado por los actores o gestores por la sola presentación de la demanda y, en consecuencia, el primero debería estudiarse como un requisito independiente.

Sin embargo, como ha advertido Barrios De Angelis en su *Teoría del proceso*, no es posible tal inteligencia, desde que si así fuera nunca el sujeto a quien se atribuya una demanda podría dejar de tener legitimación en la causa como para que se le atribuya tal demanda (pues en su caso ya se había cumplido con el requisito: presentó la demanda), y sucede que es justamente a la posible ausencia de esta legitimación en la causa del sujeto al que se le imputa una demanda (es decir, el que ya presentó la demanda) a lo que —específicamente— se refieren el artículo 11.2 —“proponer.. las pretensiones”— y el numeral 9 del artículo 133 del CGP —“la falta de legitimación... cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda”—; de donde si a ello (a la sola presentación de la demanda) se limitara la exigencia para tener la legitimación en estudio carecerían totalmente de posibilidades de aplicación práctica ambas disposiciones.

En consecuencia, la exigencia de tener interés —como por otra parte lo reconoce buena parte de la doctrina— forma necesariamente parte de la misma legitimación en la causa, y no parece posible considerarla como un requisito independiente y no comprendido en esa legitimación (y, por lo tanto, su ausencia —la ausencia del interés— traerá como consecuencia una ausencia de la legitimación en la causa).

La necesidad legal de que el sujeto tenga tal interés es, precisamente, lo que introduce en el concepto de legitimación en la causa la necesidad de que el sujeto sea el titular del perjuicio causado por la insatisfacción jurídica cuya existencia se alega en la demanda o solicitud inicial.

Recordemos que esa insatisfacción jurídica que en la demanda se alega que existe y que causa un perjuicio que los actores o gestores solicitan que se elimine, es una discordancia que (según indican los mismos) existiría entre lo que el derecho señala que debe ser y lo que en la realidad es, discordancia que causa un perjuicio. La titularidad de ese perjuicio crea el interés del sujeto en deducir la pretensión (para eliminarlo).

En otro orden, debe tenerse presente que lo que la ley exige es solamente que de la demanda o solicitud inicial resulte que es posible una coincidencia entre el sujeto que quiere intervenir como actor o gestor y el sujeto que, siempre según tal demanda o solicitud inicial, es el titular del perjuicio causado por la insatisfacción jurídica cuya existencia se alega; esto es, nuestra ley no exige que el sujeto al que se le imputa la demanda “tenga” legitimación en la causa, sino la “posibilidad de que ese sujeto tenga” legitimación en la causa; posibilidad que, como señala el numeral 9 del artículo 133 del CGP, siempre existirá, salvo que resulte “manifiesto” (claro, contundente) que no se tiene.

En otras palabras, se trata de que de acuerdo con los hechos cuya existencia se alega en esa demanda o solicitud inicial (sin importar en este mo-

mento del análisis si realmente esos hechos existen), y conforme a lo que surge del derecho aplicado a esos hechos, no resulte ya imposible *per se* que el sujeto que formula el petitorio o requisitoria de eliminación de la insatisfacción sea el titular del perjuicio que esa insatisfacción estaría causando (así, por ejemplo, si la demanda la presenta un amigo del acreedor —que obviamente no sea su representante— es claro que el mismo no es el titular del perjuicio causado por el no pago de la deuda alegada, y por tanto es manifiesto que no cumple con este requisito exigido para tener legitimación en la causa).

Mas, ¿por qué en lugar de exigirse que de la demanda o solicitud deba resultar “que es posible” que los sujetos a los que se les atribuyen una u otra tengan legitimación en la causa (sean los titulares del perjuicio que se alega), no se requiere que de tales actos resulte la “certeza” de que la tienen (“que esos sujetos son los titulares” del perjuicio alegado)?

Pues porque de los términos de la demanda o solicitud inicial no siempre queda absolutamente claro (en particular porque no siempre es claro el derecho aplicable) quiénes son realmente esos titulares; resultando de la experiencia forense que en algunos casos complejos y luego del examen inicial de la demanda quedan dudas sobre esa titularidad (dudas que recién se van a ir despejando a medida que avance el proceso y se aclaren absolutamente todos los aspectos de la pretensión deducida). Y como, conforme veremos poco más adelante, esta exigencia (que va más allá de la sola exigencia de haber presentado la demanda o solicitud inicial) se establece sólo en interés de la “economía procesal”, cuando no está claro que el sujeto no es el titular del perjuicio resulta lógico que el proceso deba seguirse, dado que toda la actividad procesal necesaria para despejar absolutamente la duda (actividad que debería realizarse necesariamente si la exigencia consistiera en tener la certeza de que los que presentan la demanda o solicitud son verdaderamente los titulares del perjuicio, vale decir, del interés), atendería a su vez contra el referido principio de economía.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Por ello entonces es que, en vez de exigirse que de la demanda o solicitud inicial resulte la titularidad del perjuicio en cuestión, lo que se exige es que no resulte claro que no existe la titularidad. Esto es, se exige que esa titularidad sea “posible” y, por lo tanto, que la misma legitimación en la causa sea posible; con lo cual, aun en caso de dudas sobre la titularidad del perjuicio, los sujetos que presentaron la demanda o solicitud inicial tendrán de todas formas legitimación en la causa para ser actores o gestores (puesto que “será posible” que sean titulares del perjuicio o, como dice la ley, del interés).

No se trata, según se ve, de que en algunos casos resulte imposible determinar si el sujeto al que se atribuye el acto tiene o no legitimación en la causa; se trata de que lo único que se pretende con el requisito en estudio es aplicar el principio de economía, y como no siempre es fácil resolver con la sola demanda o solicitud inicial si el sujeto es realmente el titular del perjuicio que alega, a veces puede llegarse a una conclusión errónea, pero de mucha tras-



¿Cuándo es que la ley uruguaya se limita a exigir la “posibilidad” de la existencia de la legitimación en la causa, en lugar de exigir que esa legitimación resulte en forma concluyente? Cuando en el numeral 9 del artículo 133 del CGP autoriza e impone declarar la falta de legitimación o interés si es “manifiesta”, y luego, en el numeral 5 del artículo 341 señala que se debe proceder de esa forma si la falta de legitimación en la causa es “definible” al comienzo del litigio.

En cuanto al fundamento de esta exigencia de la ley procesal referida a la parte actora o gestora (la posible titularidad del perjuicio alegado), señalábamos que en el caso de actores y gestores responde a una aplicación del principio de economía.

En efecto, al exigirse tal requisito, se trata de evitar el que se siga un proceso con la sola demanda o solicitud inicial (sin que sea necesario ni investigar la existencia de los fundamentos de hecho y de derecho alegados, ni esperar la contestación de la demanda si se trata de un proceso contencioso), resulta evidente que el mismo necesariamente va a concluir con el rechazo de esa demanda o solicitud (puesto que aun si existen los hechos que se alegan, pero según el derecho quien podría formular el petitorio no es quien lo hizo, entonces la pretensión —por razones de derecho sustantivo— necesariamente va a ser rechazada y, obviamente, si no existen tales hechos, la pretensión también va a ser rechazada).

Desde un punto de vista diferente, debe también prestarse particular importancia a otro dato que resulta de la ley (y por ello del propio concepto de legitimación en la causa). Nos referimos a que la legitimación en la causa para ser actor o gestor debe resultar de la demanda; no debiendo consultarse para determinar su existencia ningún otro elemento (salvo, claro está, las normas que establecen la titularidad de los derechos). Y, especialmente a que en orden a determinar la existencia de la legitimación en la causa para nada importa ni deba considerarse la prueba (pues se suele incurrir en frecuentes errores al respecto). Y ello porque, a este efecto, no interesa si los hechos alegados realmente existen.

En efecto, a fin de determinar si tiene legitimación en la causa para nada importa que el sujeto considerado realmente sufra el perjuicio que dice que sufre. Y de allí es que se pueda tener legitimación en la causa para presentar una demanda, por ser el sujeto titular del perjuicio cuya existencia se alega,

---

endencia (especialmente si se declara inadmisibile una demanda o una contestación), parece razonable que se autorice a declarar inadmisibile el acto sólo cuando ese Tribunal esté seguro de que en definitiva es imposible que se acoja la demanda (u oposición) por falta de coincidencia entre aquel sujeto al que se atribuye el acto y el que, según los términos de la pretensión deducida, debió haberlo realizado (vale decir, por falta de legitimación en la causa).

y luego no obtenerse sentencia favorable, ya sea por no existir en verdad los hechos alegados para fundar la existencia del perjuicio, ya sea por no existir normas de derecho que establezcan que de esos hechos nacía para el sujeto un derecho a que se elimine el supuesto perjuicio.

Estas conclusiones sobre la necesidad de considerar sola y exclusivamente a la demanda (o, en caso de proceso voluntario, a la solicitud inicial), evidentes por sí mismas, son explicitadas por el numeral 9 del artículo 133 del CGP (“de los términos de la demanda”), e implícitamente también por el numeral 2 del artículo 122 y el numeral 5 del artículo 341 del mismo Código.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Parece conveniente explicitar algunos ejemplos que nos aclaren el funcionamiento de este requisito de la legitimación en la causa que entiendo que deben tener los sujetos a quienes se atribuyen los actos correspondientes a los actores y gestores. Supongamos así a un sujeto (de esos que se prestan a defender causas ajenas sin importarles la voluntad de los implicados), que solicita que se condene a un tercero a abonar a su vecino (cuya representación ni alega ni tiene) una suma de dinero (tal sería el “petitorio” o “requisitoria”), fundándose en que existió un préstamo realizado por ese vecino al tercero y que éste nunca lo devolvió (éstos serían los “fundamentos de hecho”), y en que existen disposiciones en nuestro derecho que al regular el contrato de mutuo establecen que en tal caso su vecino tiene derecho a obtener una sentencia de condena contra el tercero (es decir, por estos “fundamentos de hecho”). En tal supuesto, quien presenta la demanda carece de legitimación en la causa, pues —sin que importe que lo afirmado en cuanto al préstamo y en cuanto a la existencia de las normas sobre el contrato de mutuo, sea o no cierto— de la misma demanda resulta que no es el titular del perjuicio que existiría si realmente se produjo el alegado desajuste entre los hechos y el derecho (y, por lo tanto, resulta claro que no es posible que tenga legitimación en la causa). En definitiva, el sujeto al que se le atribuye la demanda no es el titular del perjuicio que, de ser todo cierto, podría existir, y por ello no es posible que tenga la legitimación en estudio (quien en cambio es posible que la tuviera, si se le hubiera atribuido esa demanda, sería el vecino del demandante). Adviértase que ese caso pudiera ser que sí existan los hechos y también, en cuanto a la necesidad de devolución del préstamo, el derecho alegados y, por lo tanto, que para ajustar la realidad al derecho correspondiera que se dicte una sentencia de condena; sin embargo, como es manifiesto que para el derecho el titular del perjuicio no es el sujeto a quien se atribuye la demanda, si se siguiera todo el proceso hasta su culminación inevitablemente (aun si existiera certeza de la existencia de los hechos de las normas sobre el contrato de mutuo que se alegan), ese proceso tendría que concluir con una sentencia que no haga lugar a la pretensión. Esto último es lo que, según se ha expresado, justifica el que —por razones de economía procesal— el derecho procesal (al menos el uruguayo) imponga controlar este extremo al analizar la admisibilidad de una demanda, en lugar de esperar para ese control al momento en que por lo regular se dicta la sentencia. Veamos otro ejemplo. Supongamos ahora que ese mismo sujeto reclama una sentencia de condena contra cierta persona alegando que le prestó una suma de dinero que nunca le fue devuelta (fundamentos de hecho), y que esa falta de cumplimiento de su obligación está violando lo que dispone nuestro derecho sobre el contrato de mutuo (fundamentos de derecho). En este segundo caso, aun cuando luego se rechace la demanda por no existir los fundamentos de hecho que se alegaron (vale decir, por haberse demostrado que no es cierto que haya existido un préstamo), el sujeto habrá tenido legitimación en la causa para ser actor; no contrariando esa conclusión

## b. Legitimación en la causa para ser demandados

Precedentemente he señalado cuál es el vínculo que debe existir entre los sujetos a los que se atribuyen los actos procesales correspondientes a actores y gestores y el objeto del proceso. A continuación analizaré cuál es el vínculo que en nuestro derecho debe existir (para que tengan legitimación en la causa) entre los sujetos a los que se atribuyen los actos procesales correspondientes a los demandados y el objeto del proceso (en otra expresión, muy usual, para que los sujetos tengan legitimación en la causa “pasiva”).

Y bien, tratándose de los demandados (que sólo existen si estamos ante un proceso contencioso), el vínculo se crea cuando los sujetos son identificados como demandados por los actores y, según los términos de la demanda, esos demandados son los titulares del perjuicio que se sufriría si el Tribunal satisface injustamente —esto es, equivocándose— la pretensión de dichos actores.

En primer lugar, conforme a la doctrina de que a falta de definición legal nuevamente debemos acudir para interpretar la expresión “legitimación en la causa para ser demandado”, en principio, lo que el derecho procesal requiere para que un sujeto quede habilitado (“legitimado”) para intervenir como demandado en un proceso es, solamente, que ese sujeto sea el mismo sujeto a quien el actor identificó como demandado en la demanda (el vínculo lo crearía entonces el actor al presentar su demanda, cuando conforme lo dispone el numeral 3 del artículo 117 del CGP de Uruguay individualiza en esa demanda a este sujeto como la contraparte).

De acuerdo con esta primera aproximación, aun si los actores hicieran una identificación de los demandados que aparece incorrecta —incorrecta por no ser éstos los titulares del perjuicio que se sufriría si el Tribunal satisface injustamente la pretensión— esos demandados serían de toda forma los sujetos “legitimados pasivamente en la causa” y, por lo tanto, los únicos sujetos a los que se les pueden atribuir en ese proceso concreto los actos correspondientes a los demandados. Y ello aunque la eventual sentencia no los pueda nunca afectar (pues quien sufriría el perjuicio si el Tribunal se equivoca al fallar en definitiva no serán ellos, sino otros sujetos).

En otras palabras, para realizar la actividad procesal propia de los demandados en el ámbito de un proceso concreto estarían legitimados los sujetos que, bien o mal (según sean o no los titulares del perjuicio que existi-

---

el que la sentencia haya rechazado la demanda (se dirá, siguiendo la terminología propuesta por Barrios de Angelis, que al actor —que tenía legitimación en la causa— le faltaba, en cambio, “legitimación sustancial”).

ría si la sentencia satisface injustamente la pretensión), fueron identificados como demandados por los actores.

Así, conforme a lo expuesto hasta ahora, un hipotético sujeto (“B”) tendría esta legitimación si el actor (“A”), equivocándose, lo identifica como demandado en un juicio en el que pretende una condena contra otro sujeto (“C”) basándose en que existe una deuda por un préstamo efectuado a este último.

Y, siguiendo con el mismo ejemplo, no tendría en cambio legitimación en la causa como demandado quien según los términos de la demanda adeuda dicha suma (o sea “C”), aun cuando él sea quien debió haber sido el demandado.

Claro está que ello no le impedirá a este último (“C”) presentarse en el proceso como tercero, alegando que el demandado debe de ser él; siempre que no opte por una actitud totalmente pasiva, dado que si el Tribunal lo condenara la sentencia no le sería oponible (no podrá ejecutarse contra él) atento a los “límites subjetivos de la cosa juzgada” (artículo 218.1 del CGP), conforme a los cuales para que una sentencia (y por ende la cosa juzgada) alcance a un sujeto éste debió integrar una “parte” en el proceso (en el caso la parte demandada).

Empero, conforme al concepto señalado al comienzo de este apartado, para que un sujeto tenga legitimación en la causa para ser demandado nuestro derecho procesal de Uruguay exige algo más que la mera individualización como tal por el actor.

Efectivamente, por lo que expresa el artículo 11.2 del CGP, nuestra legislación procesal considera insuficiente este vínculo, exigiendo para que exista esta legitimación en la causa pasiva que además de esa identificación, y de acuerdo a lo que se ha alegado en aquella demanda, ese sujeto sea el titular del perjuicio que se causaría si el Tribunal satisficiera injustamente (equivocándose al aplicar el derecho) la pretensión de los actores. En otras palabras, se exige que ese sujeto sea el que deba pagar la suma que establezca la eventual sentencia de condena, o que sea quien resulte divorciado por la eventual sentencia que decreta la disolución del matrimonio, o que sea quien debe sufrir la eventual pena privativa de libertad que fije una sentencia que concluya un proceso penal, etcétera.

Se trata, una vez más, que de la demanda resulte posible que ese sujeto tenga un interés personal.

En consecuencia, si de la demanda resulta que no existe la requerida coincidencia entre el sujeto individualizado como demandado y aquel sujeto que sufriría el perjuicio en caso de que el Tribunal satisficiera injustamente al actor, el primero de estos sujetos carecería de legitimación en la causa

para ser demandado y los actos correspondientes a un demandado que se le atribuyan en ese proceso serán inadmisibles (naturalmente que tampoco tendría esta legitimación en la causa el titular del perjuicio, en su caso por no haber sido individualizado como demandado por los actores).

Esto último no será obstáculo para que ese demandado —que carece de legitimación en la causa en el proceso principal— pueda, sin embargo, intervenir en la incidencia destinada a resolver si tiene o no esa legitimación en la causa (pues en relación con dicho objeto incidental ese demandado, que no tiene legitimación en la causa en lo principal, la tendrá sin embargo en lo incidental). De allí que sea admisible un acto de este demandado, sin legitimación en la causa en lo principal, interponiendo por ejemplo una excepción previa por la que alega su propia falta de legitimación pasiva en la causa.

Corresponde ahora reiterar algo ya expresado en relación con la legitimación en la causa de los actores y gestores. Nos referimos a que lo exigido por la ley es solamente que de la demanda resulte que es posible que el sujeto identificado como demandado tenga legitimación en la causa (en cuanto a que sea el titular del perjuicio que se causaría si el Tribunal satisficiera injustamente a los actores), no requiriéndose la certeza de que tal identificación haya sido efectuada de manera correcta. Esta solución legal —por la que se excluye la existencia de legitimación en la causa para ser demandado sólo cuando su ausencia sea “manifiesta”— resulta del numeral 9 del artículo 133 del CGP (que no distingue entre legitimación de los actores y legitimación de los demandados, admitiendo exceptuarse en los dos casos).

Las razones para que nuestra legislación exija sólo esta posibilidad y no la certeza ya fueron dadas comentadas en el apartado introductorio, y a lo entonces expresado me remito.

Mas ¿cuál es el fundamento de la exigencia legal de que el demandado sea el titular del perjuicio que se causaría si se satisficiera injustamente la pretensión de los actores?

En el caso de los demandados, el fundamento de la exigencia es sin duda de orden procesal; desde que carecería de sentido que se permitiera realizar los actos de demandado (oponerse a la pretensión o allanarse a la misma, ofrecer pruebas, impugnar las resoluciones, etcétera) a un sujeto para el cual el resultado del proceso es indiferente (puesto que nunca va a ser alcanzado por la sentencia).

Lo señalado precedentemente se complementa con que, en cambio, sí será necesario convocar al proceso a quien puede resultar afectado por una sentencia injusta.

Téngase presente que el derecho de Uruguay establece, como regla general, que la sentencia solamente será eficaz con relación a un sujeto cuando fue parte del proceso. Pero nuestro derecho no lo hace porque técnicamente sea imposible concebir una sentencia que afecte a una persona sin su intervención en el proceso correspondiente (una legislación podría técnicamente establecer que el proceso se resuelve con la exclusiva intervención de los actores y del Tribunal, sin que sea necesaria la intervención de quien sería afectado por la sentencia en el caso de que injustamente se hiciera lugar a lo que solicita el actor). Lo hace, en cambio, porque en ese caso se violaría el derecho de contradicción, que resulta esencial para que un proceso sea propiamente jurisdiccional. De todas formas, esto último, la no convocatoria como demandado a la persona correcta, no debe analizarse ahora, sino en ocasión de estudiar los requisitos de la demanda.<sup>22</sup>

Examinando los conceptos iniciales desde otro ángulo, debemos también prestar atención a la exigencia de que esta legitimación pasiva en la causa se analice tomando en cuanto exclusivamente a la demanda.

En efecto, también con relación a la legitimación en la causa para ser demandado son aplicables las consideraciones efectuadas en su momento con relación a similar legitimación para ser actor o gestor.

El contralor de la existencia de este requisito no exige entonces considerar ni la prueba ni la voluntad manifestada por otros sujetos (por ejemplo, a través de la contestación de la demanda). No sólo es suficiente al efecto con

---

<sup>22</sup> Es que tal defecto lo que plantea no es el problema de la admisibilidad de los actos correspondientes al demandado que se atribuyen a un sujeto determinado (y que es a lo que se refiere la legitimación en la causa para ser demandado), actos como podrían ser una contestación de la demanda o una apelación de la sentencia, sino que lo que plantea es el problema de la admisibilidad de la misma demanda (pero no por evaluar que el acto de demandar carezca de un requisito “subjetivo”, como sería la legitimación en la causa para ser actor, sino por evaluar que en esa demanda no se cumple con un requisito “de contenido”, que consiste en la correcta individualización del demandado).

Como oportunamente veremos, si el Tribunal advierte que el demandado ha sido mal individualizado, deberá rechazar la demanda por inadmisibile por falta de este requisito de contenido, que no es en sentido estricto el que ahora analizamos (pues no sería, en este caso, un requisito referido al sujeto al que se atribuye el acto de demandar, que obviamente es el actor y no el demandado), sin perjuicio de que ese Tribunal deberá fijar un plazo dentro del cual el defecto puede subsanarse (artículo 119.1 del CGP); y sin perjuicio también de que en el especial caso de incorrecta individualización de los demandados al que se refiere el segundo párrafo del artículo 47, el Código imponga admitir la demanda (como acto “atendible” e “integrable”, según la clasificación de las admisibilidades que realiza Barrios De Angelis), pero impidiendo que ella produzca el efecto procesal inmediato, es decir, que se emplace al demandado ya individualizado dándole traslado (de donde la admisibilidad de la demanda no implicaría en el caso llegar a aceptar que produzca “causación formal”, según la clasificación ya aludida).

considerar la demanda, sino que solamente puede considerarse la legitimación en la causa para ser demandado a la luz de lo alegado en la demanda (o lo alegado en las eventuales modificaciones de esa demanda operadas a lo largo del proceso, posibilidad que, como veremos en la sexta parte de esta colaboración, nuestra ley admite en varios supuestos).<sup>23</sup>

¿Qué consecuencias tiene el que al realizarse un acto procesal correspondiente a un interesado principal le falte al sujeto al cual se le atribuye tal acto la posibilidad de tener la legitimación considerada (recordemos, una vez más, que lo que la ley exige es solamente esa “posibilidad”)? Pues la inadmisibilidad del acto en sí (vale decir, su rechazo).

Efectivamente, si por ejemplo el sujeto a quien se atribuye un acto correspondiente a los actores (como la demanda, o la contestación de las excepciones previas, o la apelación de una sentencia que desestima la demanda, etcétera) carece de la posibilidad de tener legitimación en la causa, su acto deberá ser declarado inadmisibile y, conforme veremos al estudiar los actos procesales, no será “integrado” al proceso (lo que no implica que el acto no sea “atendible” como acto procesal; desde que —conforme enseña Barrios De Angelis— cumple con los requisitos respectivos superará lo

---

<sup>23</sup> En vía de ejemplificar, supongamos a un actor que pretende una sentencia que condene a una sociedad anónima al pago de una suma de dinero, fundándose en un préstamo que le efectuó y que nunca fue devuelto, pero que, en lugar de denunciar como demandada a dicha sociedad denuncia como tal a la persona física que actuó como su representante (y que, para añadir problemas de interpretación de la demanda, añadimos que ya no es más su representante). En el supuesto considerado, de la misma demanda ya resulta manifiestamente que no es posible que quien fue individualizado como demandado sea el titular del perjuicio que se causaría con una sentencia injusta (desde que este último sujeto lo sería en todo caso la sociedad anónima, cuya condena se solicita). En consecuencia —y además de lo ya expresado en cuanto a que el juez debería considerar inadmisibile la demanda por violar un requisito procesal y formal “de contenido”— lo cierto es que quien en ese ejemplo fue demandado no es posible que tenga legitimación en la causa para que se le atribuyan los actos que en ese proceso corresponden al demandado (sin perjuicio de que la tenga, exclusivamente, pues no la tendría para contradecir los hechos o alegar prescripción extintiva, etcétera, para la sola incidencia en la cual el mismo demandado puede plantear su manifiesta ausencia de legitimación en la causa en lo principal). En otro ejemplo imaginemos a una madre que en representación de sus hijos reclama una condena a los abuelos paternos al pago de pensión alimenticia, en forma subsidiaria a la condena al padre al mismo efecto y, sin embargo, sólo individualiza como demandado al padre. En ese caso el padre podrá oponerse a la pretensión deducida contra él mismo (tendrá legitimación al efecto), pero será inadmisibile su oposición a la pretensión subsidiaria deducida contra los abuelos (manifiestamente no es posible que tenga legitimación en la causa para ello); sin perjuicio de que en ese caso y por lo expresado de modo incidental en este apartado, el Tribunal deba además declarar inadmisibile la demanda por ausencia de un requisito de contenido (la falta de individualización de los abuelos como demandados subsidiarios), otorgando a la parte actora un plazo para subsanar el defecto.



que puede calificarse como el primer control de admisibilidad, sin perjuicio de que luego el acto no pueda “integrarse” al proceso). Para la legislación de Uruguay todo conduce a considerar que nos encontramos frente a un requisito de validez de los actos procesales, cuya ausencia provoca la nulidad del acto, que será insubsanable según el artículo 111 del CGP (no es subsanable ni por convalidación ni por ratificación), con la consecuencia de producir la nulidad de todos los actos procesales posteriores dependientes del mismo (artículo 113 del CGP).

¿Cuándo se debe controlar que los sujetos a los que se atribuyen los efectos de los actos procesales tengan una posible legitimación en la causa? Siendo ésta un requisito para la admisibilidad (más estrictamente para la validez, según vimos en el apartado anterior) de los actos procesales, la respuesta no puede ser sino que el control debe realizarse al analizar la admisibilidad de todos y cada uno de los actos procesales correspondientes a los interesados principales.

De allí que no sólo la demanda deba considerarse inadmisibile por falta de este requisito, sino que también la contestación de la demanda, la contestación de las excepciones previas, todos los actos realizados en la audiencia, todos los recursos, etcétera, sean susceptibles de ser considerados inadmisibles por la ausencia de este requisito que ahora nos ocupa.

En otro orden, y como ya se indicó y fundamentó en el anterior apartado, ese control de la existencia del requisito en cuestión debe realizarse de oficio, sin perjuicio de que si la contraparte advierte que tal requisito está ausente pueda impugnar la providencia —aunque no sean más que tácitamente— admitió el acto realizado sin que estuviera presente el mismo

#### *D. Acerca de la legitimación sustancial*

Con el fin de despejar equívocos, entiendo que sin que nos encontremos en su caso frente a un presupuesto o requisito procesal, sino de derecho sustantivo, considero necesario abordar brevemente el concepto de “legitimación sustancial” propuesto por Barrios De Angelis (legitimación que a menudo es confundida con la hasta ahora estudiada legitimación causal).

La legitimación sustancial activa es el vínculo que atento a los hechos se ha comprobado existen, y según el derecho que efectivamente rige los mismos, se presenta por un lado entre el actor o gestor y, por el otro, el perjuicio causado por la insatisfacción jurídica cuya existencia se alegó en la demanda o solicitud inicial, y que según el derecho procesal puede ser eliminado por esa clase de proceso (ordinario, extraordinario, monitorio, etcétera).



Esta legitimación, como requiere la comprobación de que existen los hechos alegados y la certidumbre de lo que el derecho establece al respecto, a diferencia de la legitimación causal, sólo puede determinarse al final del proceso, al momento de dictarse la sentencia.

Observando un ejemplo quizá podamos captar mejor el concepto y delimitar el mismo del correspondiente a la legitimación causal activa.

Así, cuando en un juicio de rescisión de un contrato de arrendamiento por incumplimiento del arrendatario se alega en la demanda que el sujeto al que se imputa la misma (el actor) es el arrendador (y no, por ejemplo, un simple amigo del arrendador), este sujeto tendrá legitimación causal activa, pero no necesariamente legitimación sustancial activa.

Si durante el curso del proceso se comprueba que son ciertos los hechos alegados en cuanto a que el actor es efectivamente el arrendador, podrá afirmarse (al dictarse la sentencia) que el mismo también tiene legitimación sustancial activa (si no se comprobara tal cosa el sujeto no tendrá esta legitimación sustancial, pero seguirá teniendo legitimación causal).

Sin embargo, no necesariamente por tener esa legitimación sustancial activa este actor verá acogida su pretensión. Es que, en efecto, aun habiéndose comprobado que era cierto lo alegado en la demanda en cuanto a que él es el arrendador, si además no se comprueba que existió el incumplimiento del arrendatario que también se alegó en la demanda, aun teniendo el actor legitimación causal activa y también legitimación sustancial activa, la pretensión de rescisión del contrato será rechazada por el Tribunal.

Como se advierte, no nos encontramos ahora frente a un presupuesto o requisito procesal, sino claramente sustancial, referido y exigido por el derecho sustantivo aplicable al caso.

## 2. *De los sujetos que en un proceso concreto realizan los actos procesales correspondientes a los interesados principales (partes y gestores)*

### A. *Introducción*

Pasemos ahora a considerar a los sujetos que efectivamente realizan los actos procesales que se imputan a los interesados principales (los sujetos que presentan la demanda la contestan; los que comparecen en las audiencias y apelan la sentencia, etcétera).

Para la doctrina tradicional, estos sujetos serían los “integrantes de la parte en sentido formal”, distinguiéndose de los sujetos “integrantes de la parte

en sentido material”, ya estudiados en la tercera sección de este mismo trabajo.

Ahora bien, ¿cualquier sujeto puede realizar en un proceso concreto los actos correspondientes a un interesado principal?

La respuesta es negativa: para que los actos correspondientes a un interesado principal sean admisibles se requiere que quienes los realizan tengan dos aptitudes: por un lado capacidad procesal, y por el otro legitimación procesal.

*B. La capacidad para realizar los actos procesales correspondientes a los interesados principales (capacidad procesal)*

Retomando el concepto genérico sobre capacidad para realizar los actos procesales ya brindado *ut supra*, para referirlo ahora a los interesados principales, parece posible decir que esta capacidad es una aptitud que deben tener los sujetos que realizan los actos procesales correspondientes a los interesados principales, y que existe cuando se presentan ciertas circunstancias “intrínsecas” a ellos mismos (circunstancias que examinaremos a continuación).

Esta capacidad, que es también denominada capacidad para actuar en juicio, o capacidad para estar en juicio o, incluso, capacidad procesal de ejercicio, aparece en realidad como independiente de la legitimación procesal que puedan tener esos mismos sujetos, y que también constituye un requisito para que sus actos se puedan imputar a los interesados principales (es decir, que, como a menudo sucede, se puede tener una de ellas y carecer de la otra).

¿Cuáles son las circunstancias que deben presentarse y gracias a las que los sujetos tendrán capacidad procesal para realizar actos cuyos efectos se imputen a los interesados principales? La ley procesal (al menos la de Uruguay) no contiene una regulación general al respecto, pues al contrario de lo que a primera vista podría suponerse, el artículo 32 del CGP —bajo el epígrafe de “Capacidad”— estrictamente no regula la capacidad procesal más que muy parcialmente, reiterando algunas incapacidades que ya surgen de las normas generales del Código Civil, siendo su finalidad la regulación de algunos aspectos de la legitimación procesal, que analizaremos más adelante, y que, como se ha expresado, es independiente de la capacidad ahora considerada.

Por todo ello es que siendo los actos procesales actos jurídicos, para determinar cuáles son en nuestro derecho positivo estas circunstancias que

conforman la aptitud requerida (la capacidad procesal), debemos remitirnos a las normas generales de este derecho sobre actos jurídicos. Y dichas normas, que se encuentran en el Código Civil, no son las que nos indican cuándo los efectos de un acto jurídico pueden imputarse a un individuo, sino las que nos señalan cuándo es que un sujeto puede realizar actos jurídicos (cuyos efectos se atribuyan a él mismo o a otro sujeto). Se trata entonces de las normas que regulan lo que normalmente, por oposición a la “capacidad de goce”, se denomina “capacidad de ejercicio”.

Y esas normas generales (numeral 2 del artículo 280 y artículo 1278 del Código Civil, en redacción dada por la Ley 16.179), nos indican que las circunstancias en general requeridas para tener capacidad de ejercicio (y, dada la ausencia de normas específicas en el CGP, para tener capacidad procesal que habilite a realizar los actos correspondientes a los interesados procesales), consisten en ser persona física, haber cumplido 18 años de edad, no haber sido declarado incapaz por un juez con anterioridad al momento de realizar el acto y no serlo de manera notoria en el momento de realizarlo (en este último caso la incapacidad procesal pesará siempre que luego de realizado el acto se le haya declarado judicialmente incapaz). Esta última circunstancia responde a una fórmula especial, que resulta de modo indirecto el artículo 34.1 del CGP, y que marca una pequeña diferencia entre la capacidad procesal y la capacidad de ejercicio que en general tienen los sujetos en nuestro derecho positivo.<sup>24</sup>

¿Qué defecto tendría el acto procesal correspondiente a un interesado principal que es realizado por un sujeto que carece de capacidad procesal? Al menos en el derecho procesal de Uruguay no existen normas específicamente procesales que regulen el problema con carácter general. Mas por lo que establece el artículo 34.1 del CGP (cuya solución se extiende por integración a los casos de quienes nunca fueron procesalmente capaces), la respuesta indica que esta capacidad sería un presupuesto y, por otra parte, a estos presupuestos es a los que se refiere el primer párrafo del artículo 111 del CGP cuando menciona los “requisitos indispensables de validez” y luego señala que su ausencia provoca la nulidad del acto.

Sentado lo anterior, pasemos a una segunda pregunta, que refiere a si dicha nulidad del acto realizado por el incapaz procesal es o no subsanable por ratificación (tanto para el caso de las incapacidades declaradas por un juez cuanto para el de las otras, como son la del menor o la de quien, sin

---

<sup>24</sup> Ello sin perjuicio de algunas reglas especiales sobre capacidad procesal, que en ocasiones amplían la misma (permitiendo por ejemplo a ciertos menores de edad realizar por sí algunos actos procesales) y en otras la acotan (prohibiendo incluso a mayores realizar actos procesales por sí mismos, como en el caso del proceso penal en Uruguay).

ser procurador o abogado, realiza un acto en virtud de un poder otorgado conforme al artículo 38 del CGP). Y frente a esta segunda interrogante, la respuesta debe ser afirmativa, en cuanto a que en el derecho de Uruguay puede subsanarse la nulidad por ratificación; marcando así una importante diferencia entre la capacidad ahora considerada y la ya estudiada capacidad para ser interesado principal (cuya falta es, en cambio, insubsanable); puesto que si para el caso concreto de una demanda presentada por un sujeto procesalmente incapaz se admite la subsanación (artículo 342.3 del CGP), dicha posibilidad se extiende, por integración analógica, a todo otro supuesto de acto de un interesado principal realizado por un sujeto sin capacidad procesal (contestar la demanda, comparecer en una audiencia, etcétera).<sup>25</sup>

Pero esta nulidad no será en cambio subsanable mediante convalidación, pues el mecanismo que establece el artículo 112 del CGP no se aplica a la nulidades que, como las que nos ocupa, surgen del primer párrafo del artículo 111 del CGP (ausencia de requisitos indispensables de validez; esto es, falta de los llamados presupuestos procesales).

¿Cuándo, por quién y de qué forma se controla si los sujetos que realizan actos correspondientes a los interesados principales tienen esta capacidad? Al tratarse de un requisito de admisibilidad de los actos procesales (requisito procesal formal), la capacidad procesal de quienes los realizan debe controlarse en el momento mismo en que se verifican los actos (cualesquiera que sean ellos: demanda, recepción de una notificación, contestación, contestación a las excepciones previas, comparecencia en audiencias, recursos, etcétera). Ello sin perjuicio de que al tratarse de un requisito de validez de los aludidos por el primer párrafo del artículo 111 del CGP, tal control pueda operarse nuevamente, e incluso de oficio en cualquier momento del proceso (con efectos retroactivos).

### *C. La legitimación para realizar en un proceso concreto los actos procesales correspondientes a los interesados principales (legitimación procesal)*

Como ya señalé, debido a cierta dificultad en distinguir esta legitimación del anterior requisito (la capacidad procesal), una buena parte de la doctrina extranjera y nacional ha negado su existencia independiente (o al menos la ha puesto en duda), estudiándola como parte de la capacidad

---

<sup>25</sup> Empero, tal subsanación tiene un plazo especial (perentorio, como todo plazo procesal no exceptuado especialmente): según el artículo 342.3 del CGP debe realizarse dentro de los diez días que otorgue el Tribunal a ese efecto.

procesal o como uno o varios institutos (la asistencia, la representación, la sustitución) separados.

Sin embargo, de acuerdo en particular con los estudios de Barrios De Angelis, no sólo la legitimación procesal es pasible de ser considerada un requisito que engloba todos estos últimos institutos a los que me he referido, sino que por razones lógicas así debe hacerse.

Retomando entonces las ideas consideradas en ocasión del estudio del concepto genérico de legitimación procesal y refiriéndolas a los sujetos que ahora nos interesan, debe señalarse que la legitimación procesal es una aptitud que deben tener los sujetos que realizan los actos procesales correspondientes a los interesados principales, y que existe cuando se presenta cierta circunstancia extrínseca a sus personas. Y como ya he expresado, esta legitimación es independiente de la capacidad procesal, pudiendo tener un sujeto una de las dos y carecer de la otra.

¿Cuál es la circunstancia extrínseca a los sujetos que realizan los actos procesales que corresponden a los interesados principales, y que les otorga la legitimación procesal? Se trata de un vínculo o nexo entre sus personas y los sujetos a los que se imputan los efectos de los actos procesales correspondientes a los interesados principales (esto es, aquellos sujetos que propiamente se identifican como los interesados principales del proceso, los integrantes de las partes en sentido material). Es que en cualquier caso y con independencia de que el sujeto tenga o no capacidad procesal (lo cual también influirá para que el acto sea o no admisible, pero no ya por falta de legitimación procesal, sino por ausencia de tal capacidad), todo sujeto que realiza un acto procesal cuyos efectos se imputan a algún interesado principal debe tener alguna clase de vínculo con este último. Ese vínculo es el que —precisamente— legitima su actuación procesal: legitima que el sujeto pueda realizar un acto procesal concreto.

Y en el caso específico de los interesados principales el vínculo existe por presentarse una relación de identidad entre ambos sujetos (por realizar el acto el mismo sujeto a quien se imputan sus efectos), o por concurrir una relación de asistencia, de representación o de sustitución entre uno y otro sujeto.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Sin embargo, debe tenerse presente que no siempre es admisible cualquiera de estos cuatro vínculos: en ciertos casos concretos el derecho procesal nacional exige que quien realiza ciertos actos de los interesados principales tenga necesariamente uno de estos vínculos, excluyendo los otros.

Sin que esta enunciación sea taxativa, ello sucede por ejemplo cuando se trata de comparecer en la audiencia preliminar de un proceso ordinario, en cuyo caso se exige que actores y demandados (si son personas físicas con capacidad procesal, pues la solución legal es diferen-

El vínculo de identidad existe entonces toda vez que coinciden el sujeto que realiza el acto procesal con el sujeto al que se imputan los efectos del mismo (en expresión tradicional: cuando coinciden los integrantes de la parte en sentido formal con los integrantes de la parte en sentido material). Claro está que el acto no será admisible si, pese a tener legitimación procesal (por identidad), quien realiza el acto no tiene además capacidad procesal; de donde, a vía de ejemplo, será inadmisibile —pero no por falta de legitimación procesal, sino por ausencia de capacidad procesal— el acto de un interesado principal realizado por el mismo sujeto al cual se imputan sus efectos, pero que es menor de edad o que ha sido judicialmente declarado incapaz.

El vínculo de asistencia se presenta cuando el sujeto que realiza un acto procesal conjuntamente con un sujeto menor de edad emancipado o habilitado a quien se imputan los efectos de dicho acto, ha sido designado asistente de este último. La asistencia es requerida por el derecho para la realización de actos correspondientes a los menores de edad emancipados o habilitados (que en Uruguay serán solamente los menores de 18 años que han contraído matrimonio o que intervengan en procesos referidos a sus peculios profesional o industrial). A este respecto, el legislador establece que dichos sujetos, pese a ser menores de 18 años, tienen —de modo excepcional— una cierta capacidad procesal, por lo que a diferencia de lo que ocurre con los menores en general su voluntad debe ser tomada en cuenta para realizar los actos procesales. Pero según el artículo 32.2 del CGP dicha capacidad no será suficiente para que puedan realizar los actos procesales, por lo que el mismo legislador exige para esto último que junto a la de ellos concurra la voluntad de un sujeto con capacidad procesal plena (que, a diferencia de los representantes de un menor, no podrá tampoco realizar el acto por sí solo, debiendo contar necesariamente con la voluntad conforme del menor asistido). La creación de este vínculo está regulada por el artículo 33.1 del CGP: la designación del asistente —que la hará siempre

---

te si se trata de personas jurídicas) concurren personalmente (artículo 340.1 del CGP); lo que se traduce en que para realizar ese acto el sujeto sólo puede tener legitimación procesal por identidad (o en todo caso por asistencia o sustitución), excluyéndose la legitimación procesal que resulta de un vínculo de representación. También ocurre lo mismo cuando se trata de notificarse del emplazamiento y el sujeto que debe notificarse se encuentra dentro del “área jurisdiccional del Tribunal” (artículo 128 del CGP, *a contrario sensu*); o cuando se trata de que el interesado principal declare en su calidad de integrante de una parte (artículo 151.1 del CGP y diversas normas del CPP en relación al imputado); o si se trata de la comparecencia a las audiencias de divorcio por sola voluntad de la mujer o por mutuo consentimiento (numerales 2 y 3 del artículo 187 del Código Civil); o de la comparecencia en los casos que el tribunal requiera se realice en forma personal (artículo 38 del CGP), etcétera.

un tribunal— podrá ser solicitada por el propio menor si quiere iniciar o se le quiere iniciar un proceso, o por el actor del proceso si el menor fuera el demandado (siguiéndose en cualquiera de los casos, a tal efecto, el trámite de un proceso voluntario).

A su vez, el vínculo de representación procesal es el que existe entre un sujeto que sin tener un interés personal en el resultado realiza un acto procesal en nombre de otro sujeto a quien se imputan los efectos de dicho acto, y este último sujeto.

En tal sentido parece oportuno señalar que de entre las muchas formas que es posible ensayar para clasificar los vínculos de representación procesal, me parece que —a efectos de la mayor comprensión del instituto y de su régimen— la más útil es la que puede establecerse a partir, en primer lugar, de la distinción entre “vínculos de representación orgánica” y “vínculos de representación no orgánica”.<sup>27</sup>

Finalmente, el vínculo de sustitución procesal es el que existe entre un sujeto (llamado sustituto) que tiene interés personal en el resultado del proceso (lo que lo distingue del representante), y que realiza actos procesales cuyos efectos se imputan a otro sujeto (llamado sustituido). Este vínculo, en el derecho procesal de Uruguay, solamente nace cuando la ley lo autorice (artículo 36.2 del CGP), siendo entre otros los casos más típicos de sustitución procesal (no de sucesión, que es diferente) el de la acción subrogatoria o el del síndico del concursado.

Ahora bien, luego de considerar los múltiples caminos a través de los cuales se puede crear el vínculo que otorga la legitimación procesal (por identidad, por asistencia, por representación o por sustitución), y siendo que la misma es un requisito de los actos procesales, cabe preguntarse qué consecuencias atribuye a su ausencia nuestro derecho procesal. La respuesta es que el acto resulta necesariamente nulo; no obstante lo cual corresponde plantearse si esa nulidad es o no subsanable.

En cuanto a lo primero, debe tenerse presente que la legitimación procesal es considerada en general por la doctrina como un presupuesto procesal” de los actos de los interesados principales, y que —una vez más— estos presupuestos procesales están comprendidos en el primer párrafo del artículo 111 del CGP, cuando menciona los “requisitos indispensables de

---

<sup>27</sup> Un muy detallado estudio de todas las formas de representación, con referencias normativas correspondientes al derecho de Uruguay, puede por ejemplo consultarse en el tomo II (y en parte en el tomo VI) de Abal Oliú, Alejandro, *Derecho procesal*, 2a. ed., Montevideo, FCU, 2003.

validez”. Siendo así, su ausencia tendría como consecuencia una nulidad del acto.<sup>28</sup>

De allí que pueda concluirse que toda carencia de legitimación procesal conlleva la nulidad del acto realizado (esta conclusión se ve además ratificada, a *contrario sensu*, por lo que establece el artículo 34.3 del CGP, cuando califica como válidos a ciertos actos realizados por representantes —esto es, legitimados procesales— de los interesados principales).

Mas esta nulidad ¿es subsanable? Sí, pero solamente por ratificación (y no por el mecanismo de convalidación previsto en el artículo 112 del CGP). En efecto, tratándose de la demanda, el ya citado artículo 342.3 del CGP establece que la nulidad por ausencia de personería (que debe interpretarse extensivamente como ausencia de cualquier clase de legitimación procesal) es subsanable; y dicha regulación —por integración analógica fundable y aceptada en forma prácticamente uniforme por la doctrina y la jurisprudencia— es aplicable a la ausencia de legitimación procesal en la realización de todo acto procesal, por lo que toda vez que se declare la nulidad de un acto por esta causa, el Tribunal deberá otorgar (inclusive en el caso del artículo 40 del CGP, al declarar nulo el acto de quien alegó no poder presentar el poder que tenía) un plazo de diez días.

---

<sup>28</sup> Por otra parte, refiriéndose a un caso concreto de ausencia de legitimación procesal, el artículo 342.3 del CGP indica que si el Tribunal acoge la excepción previa de ausencia de legitimación procesal (falta de personería) de quien presentó la demanda o reconvenición, deberá otorgar un plazo de diez días para subsanar el defecto (mediante ratificación realizada por quien tenga legitimación procesal) bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda (suspendiéndose mientras tanto la audiencia preliminar), lo que equivale a tener por nulo el acto de demandar. Asimismo, el artículo 40 del mismo Código establece, expresamente, que “será nulo” lo actuado por un sujeto que en un caso de urgencia alega tener un poder y actúa sin presentar la prueba de que existe ese poder, y luego no presenta tal prueba dentro del plazo que le fije el Tribunal para hacerlo.

O sea que —al margen de lo señalado respecto al primer párrafo del artículo 111— aun cuando el Código no contiene una regulación general explícita de las consecuencias de la ausencia de legitimación procesal en la realización de cualquier acto imputable a un interesado principal —limitándose a indicar lo que ocurre en el caso de faltar una variedad de la misma (la representación) al demandar (artículo 342.3) o al no haberse probado la representación luego de realizar una primera gestión urgente sin acreditarla pero alegando que existe (art. 40)— no pareciera que puedan quedar dudas de que —además del argumento referido al primer párrafo del artículo 111— en todo caso lo establecido por estas dos disposiciones regula, por integración normativa a través de la analogía, las consecuencias de la ausencia de esta legitimación en todo y cualquier caso (o sea cuando, por ejemplo, sin tratarse de una de las situaciones urgentes a las que refiere el artículo 40 del CGP, comparece un sujeto alegando ser representante de los demandados y no lo es; o cuando se presenta un recurso de apelación en representación de los actores pero sin que realmente exista ese vínculo de representación; o cuando se alega ser sustituto procesal del actor y no se es tal; o cuando se alega ser asistente procesal de alguno de los interesados principales sin serlo, etcétera).



Finalmente, debe reiterarse que con absoluta lógica (pues para nada importa la voluntad de la contraparte con relación a si quien realiza el acto está o no autorizado a hacerlo), esta nulidad no es en cambio subsanable a través de la convalidación, que opera por el consentimiento tácito de la contraparte (artículo 112 del CGP) al no reclamar que se declare la misma “en la primera oportunidad hábil al efecto y por la vía correspondiente” (y ello, porque se trata de una nulidad de aquellas que según el primer párrafo del artículo 111 del CGP derivan de la ausencia de uno de los “requisitos indispensables de validez”, y a esta clase de nulidades no se les aplica el mecanismo de convalidación previsto en el artículo 112).

Respecto a cuándo debe realizarse el control de la legitimación procesal, siendo que la legitimación procesal, como todos los demás requisitos que hemos considerado, es un requisito de admisibilidad (requisito procesal formal) de todos los actos procesales correspondientes a los interesados principales, ella debería controlarse en el mismo momento en que se verifican todos y cada uno de los actos procesales, sin perjuicio de que, al provocar su ausencia una nulidad comprendida en el primer párrafo del artículo 111 del CGP, ese control pueda volver a realizarse también posteriormente, en cualquier momento.

En cuanto a quién deberá realizarlo, no puede quedar duda de que ese control deberá realizarse de oficio también en todos los casos, pues si bien la parte final del artículo 133 del CGP prevé tal control de oficio sólo en relación con la representación alegada por quien presentó una demanda, la solución es claramente para el control de todas las clases de legitimaciones (identidad, asistencia, representación y sustitución) de cualquier acto procesal de los interesados principales, puesto que al constituir su ausencia una nulidad de las comprendidas en el primer párrafo del artículo 111 del CGP, conforme a tal disposición ella debe declararse de oficio. Ello será naturalmente sin perjuicio de la posibilidad de que el defecto se alegue por la contraparte en caso de que el Tribunal no lo haya advertido, interponiendo para ello una excepción previa o los demás medios impugnativos previstos en el artículo 115 del CGP, según corresponda.

Finalmente, por lo que refiere a cómo se efectúa el control, debe responderse que el mismo se hará cotejando la prueba de su existencia, lo que conlleva que debe acreditarse la existencia del vínculo o nexo que le da origen. Esto último está obviamente dirigido a los casos en que se invoca una legitimación procesal por asistencia, representación o sustitución; desde que el nexo da la legitimación procesal como identidad, resulta obvio que la demostración de la identidad ya resulta del solo cotejo entre la identidad del sujeto a quien se imputan los efectos del acto y la del sujeto que lo rea-

liza. Corroborando lo señalado, el artículo 40 del CGP —aunque haciendo referencia solamente al nexo de representación— establece que la legitimación procesal debe acreditarse (y ella no se presume, como sí sucedía con las dos capacidades que hemos estudiado en este mismo trabajo). Empero, una vez acreditada su existencia en relación con un acto procesal, esa existencia se presume (presunción simple, que admite prueba en contrario) de allí en adelante en relación con ese sujeto.

## PROCEDIMIENTO PREVIO A LAS DEMANDAS INQUILINARIAS DE ACUERDO CON LA NUEVA LEGISLACIÓN ARRENDATICIA VENEZOLANA

Cora FARÍAS ALTUVE\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Cambios legislativos.* III. *Análisis de la aplicación de la nueva legislación.* IV. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

En Venezuela se mantiene como reserva del Ejecutivo nacional la fijación de los alquileres de inmuebles previstos en la derogada Ley de Regulación de Alquileres de 1960, ratificado en el aún vigente Decreto Ley de Arrendamientos Inmobiliarios de 2000, sin poder soslayar que hasta la fecha las fuentes del derecho especial inquilinario son el Decreto Legislativo sobre Desalojo de Vivienda promulgado el 27 de septiembre de 1947 por la Asamblea Nacional Constituyente de los Estados Unidos de Venezuela; la Ley de Regulación de Alquileres, promulgada por el extinto Congreso de la República el 1 de agosto de 1960 y el Reglamento de ambos cuerpos legales, del 5 de febrero de 1972, que contienen normas de derecho sustantivo y adjetivo aplicables para la Venezuela de la época, ofreciendo beneficios limitados a su contenido, y puntualizando que dichos trámites se efectuaban en sede administrativa.

Por ello, merece especial atención la promulgación del Decreto Ley 8.190 contra Desalojo y Desocupación Arbitraria de Viviendas, norma de rango legal emanada del Poder Ejecutivo sin que haya mediado autorización previa por parte de la Asamblea Nacional, por haber sido dictada por razones de emergencia sin prever *vacatio legis* a objeto de que el organismo

---

\* Profesora de pregrado en la Universidad Central de Venezuela de la cátedra Procedimientos inquilinarios. Miembro del Instituto Venezolano de Derecho Procesal. Vicepresidenta del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, capítulo Venezuela.

administrativo ante el cual será tramitado el novísimo “procedimiento previo” cuente con la necesaria infraestructura y atención adecuada a los justiciables amparados por este instrumento legal.

Del contenido del Decreto Ley se constata que los arrendatarios —sin excepción— han dejado de cumplir con sus obligaciones legales y convencionales, especialmente la establecida en el artículo 1592 del Código Civil, referida al pago del alquiler en los términos pactados, ocasionando graves daños y perjuicios a los propietarios de inmuebles destinados a vivienda, toda vez que esta normativa afecta a millones de venezolanos. En vista de que no se prevé construcción masiva de viviendas, los inquilinos aumentan sus ingresos utilizando como excusa el pagar después o simplemente no pagar: no hay razón para cumplir el contrato de arrendamiento, ley entre las partes, ni mantener una propiedad ante la escasez de recursos y en los barrios, algunos cobrarán el alquiler de sus “ranchos” a como haya lugar, generándose violencia.

De 1'500,000 de viviendas arrendadas en el país, 800,000 están localizadas en zonas y barriadas populares; esto es, dos de cada tres propietarios de viviendas en los barrios mantienen alquilada total y/o parcialmente la vivienda, y con este Decreto Ley, para evitar represalias por parte de los consejos comunales, se han visto obligados a bajar los precios de los alquileres; no obstante, los inquilinos se niegan a pagar su monto, debido a que el Decreto Ley los respalda y evita el desalojo del inmueble que ocupan.

La situación de conflictividad social en Venezuela se ha agudizado en los últimos años por la congelación de los alquileres de viviendas desde el 30 de noviembre de 2002, la expropiación por parte de la Alcaldía Mayor de 200 edificios destinados al alquiler de viviendas nunca pagados a los propietarios y ahora, en ruinas y por las invasiones; empero, la búsqueda de la armonía y equilibrio en una relación arrendaticia donde las partes se necesitan recíprocamente, así como la satisfacción de sus necesidades esenciales por el fin que les une, se logró con el vigente Decreto Ley de Arrendamientos Inmobiliarios promulgado el 7 de diciembre de 1999 (*Gaceta* núm. 36.845) normativa aplicable actualmente para inmuebles destinados a usos diferentes al de vivienda (comercio).

Analizar el Decreto Ley 8.190 promulgado el 5 de mayo de 2011 publicado en *Gaceta Oficial* del 6 de mayo de 2011 en ejercicio de la atribución conferida al presidente de la República por el numeral 8o. del artículo 236 de la carta magna, y de conformidad con el numeral 1o. de la Ley que autoriza al presidente de la República para dictar Decretos con rango, es la razón fundamental de esta ponencia, con ocasión del XXV Encuentro Internacional del Instituto Panamericano de Derecho Procesal en homena-

je al jurista, procesalista e indiscutible ser humano, el maestro Humberto Briseño Sierra, en la cual plantearé consideraciones fundamentales, en aras de obtener la certeza jurídica del novísimo instrumento legal estrechamente ligado a uno de los sectores más vulnerable en nuestro país: la vivienda vinculada con el garantismo procesal.

## II. CAMBIOS LEGISLATIVOS

El 25 de octubre de 1999, la Presidencia de la República dictó el Decreto 427, publicado el 7 de diciembre de 1999 (*Gaceta* núm. 36.845) como un acto de la ley habilitante, con Rango y Fuerza de Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, derogando los precedentes instrumentos, debido a que pese a su carácter de fuentes del derecho inquilinario era una legislación anacrónica, engorrosa, vetusta e inaplicable para nuestro país en pleno siglo XXI. Se imponía crear un marco jurídico adecuado a la realidad-país, que limitara la autonomía de la voluntad en lo *estrictamente* necesario y creara la anhelada *seguridad jurídica*.

Sin embargo, cual ave fénix, que vive mil años y renace cuando muere, porque su juventud es perenne, con el Decreto 8.190 contra Desalojo y Desocupación Arbitraria de Viviendas, renace remozada por el momento histórico de Venezuela, la legislación derogada.<sup>1</sup>

Así las cosas, señala el Decreto bajo análisis, que...

El Estado es el garante del disfrute pleno de todos los derechos fundamentales inherentes a la existencia humana. Entre ellos, junto al derecho a la vida, la alimentación, la educación y salud, coexiste el derecho a una vivienda digna, el cual implica un enorme esfuerzo de todos los órganos y entes del Estado, en función de la complejidad social y económica de la solución de los problemas habitacionales... Así, en el actual escenario, por uno u otro motivo, existe una enorme cantidad de familias que dependen de la disponibilidad de viviendas en el sector inmobiliario, bien por vía del arrendamiento y las diversas formas de ocupación o mediante la compra a crédito. Estas familias ocupan las viviendas disponibles en función de su capacidad económica y permanecen en ellas en la medida que pueden satisfacer las demandas de los de los arrendadores en los precios de alquiler, que en la mayoría de los casos responden a los valores que fija el mercado por vía de la especulación inmobiliaria y los intereses capitalistas de los propietarios y arrendadores y no al costo real o un valor razonable de los alquileres... Es pertinente advertir que, generalmen-

---

<sup>1</sup> Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas, Ley de Regulación de Alquileres y Reglamento de ambos cuerpos legales.

te, las familias que habitan durante largos periodos una vivienda arrendada o en otra forma de ocupación, lo hacen frente a la imposibilidad de acceso a políticas adecuadas para la obtención de la titularidad de las mismas, o de otra vivienda... Un individuo, al establecer su residencia durante un largo periodo en un mismo lugar, desarrolla sentido de pertenencia y apego hacia la vivienda que considera su hogar, hacia la comunidad y hacia el hábitat en donde desarrolla parte de su vida. Al ser arrancado abruptamente de su morada, esta acción genera en los individuos tensiones psicológicas, tensiones fisiológicas y tensiones derivadas de la pérdida además de las consecuencias económicas y sociales que afectan directamente a todos los miembros del grupo familiar... Los estratos con una mayor tendencia al arrendamiento de viviendas son la clase media-media y los estratos más vulnerables, en situación de pobreza relativa y pobreza crítica. De éstos, los más afectados por la variación en las condiciones de arrendamiento son los dos últimos... Sobre el anterior particular, debe observarse que el estrato correspondiente a pobreza crítica está compuesto en un mayor porcentaje por personas de la tercera edad, familias monoparentales, matricentradas y personas con discapacidad, las cuales requieren de protección especial por parte del Estado. Este grupo, debido a su vulnerabilidad, ha reportado recurrentemente ante los movimientos sociales de inquilinos y el Movimiento de Pobladores, estar siendo afectados por los propietarios, a través de medidas ilegales de desalojo, debido a que los propietarios o arrendadores manifiestan querer realquilar estas unidades habitacionales con la intención de acrecentar el monto correspondiente a cánones de alquiler utilizando la figura del traspaso, elevando así su margen de ganancias económicas... En el escenario actual, un numeroso grupo de familias venezolanas no encuentra satisfecha una necesidad básica como lo es vivienda propia, poseen una ocupación condicionada al capricho de los propietarios o arrendadores, dada la falta de regulaciones y controles efectivos, siendo que la causa de pérdida de sus hogares no se debe a la falta de pago como lo estipula la actual Ley de Arrendamientos Inmobiliarios en su artículo 34 parágrafo A, sino al empleo de argumentos personales que esconden el objetivo de especular y de evadir los controles, pues existe una congelación de alquileres para inmuebles construidos antes de 1987... En un alto porcentaje, las familias afectadas por desalojo se encuentran solventes en sus pagos e ignorantes ante el hecho de que existe un proceso judicial en su contra y carecen de orientación oportuna por parte de organismos del Estado... Es por ello que se hace necesaria la pronta intervención por parte del Estado venezolano, vista la coyuntura que afronta actualmente el sector vivienda y el déficit existente, el cual seguramente se reducirá en los próximos años por la decidida actuación del Gobierno Nacional, pero que requiere, en una fase de transición, de medidas adicionales de protección de derecho humano a una vivienda digna... En fin, tiene el Estado venezolano el deber de garantizarle el derecho a toda persona de tener una vivienda adecuada y a

la protección del hogar y la familia, dándole prioridad a las familias, garantizando los medios para que éstas, especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales de conformidad con el espíritu, propósito y razón de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela... En las anteriores líneas se inscriben las razones que fundamentan el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Regulación de los Desalojos Forzosos de Vivienda, el cual fortalecerá el ejercicio del derecho a la vivienda por el pueblo venezolano...<sup>2</sup>

De la Exposición de Motivos observamos que no define ni conceptualiza la expresión “desalojo arbitrario”: sólo alude a que toda persona tiene derecho a tener una vivienda digna y adecuada gozando de un grado de seguridad de tenencia que le garantice una protección legal contra el desalojo forzoso, concluyendo que es incompatible con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas. Asimismo, expresa la medida de congelación de la aplicación de la renta para alquileres de inmuebles destinados a vivienda vigente desde el 30 de noviembre de 2002 que faltan regulaciones y controles efectivos en torno al canon de arrendamiento, cuando es conocido que habiendo sido promulgada el 12 de noviembre de 2011, la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda (*Gaceta* 6.053, extraordinario) atribuyéndole facultades expresas en tal sentido a la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda<sup>3</sup> mantuvo para esa fecha vigente la aludida congelación de alquileres de acuerdo con la Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para Vivienda y Hábitat y para el Comercio (núms. CJ-DM 195 y CJ-DM 103) del 14 de octubre de 2011, no obstante que posteriormente fue suspendida de manera definitiva.

Es manifiesta la marcada desigualdad entre arrendador y arrendatario, única parte de la relación que tiene derecho a una *vivienda digna*, debido a que el propietario que requiera recuperarla, al margen que le asista o no razón legal para ello, debe agotar forzosamente el procedimiento administrativo previo ante la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Viviendas,<sup>4</sup> y el acto administrativo dictado es recurrible en nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa. Tendrá que acudirse a la jurisdicción civil ordinaria a plantear la respectiva demanda inquilinaria después de haberse agotado el trámite mencionado, y terminado el proceso jurisdic-

<sup>2</sup> Exposición de Motivos del Decreto Ley 8.190.

<sup>3</sup> Artículo 16, 2 aparte y artículo 20, numeral 3.

<sup>4</sup> Decreto 8.586 del 12 de noviembre de 2011 y artículo 16, Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Viviendas.

cional no podrá lograrse la restitución del inmueble arrendado a menos que se logre conseguir un refugio temporal o solución habitacional definitiva para el sujeto afectado por el desalojo, siempre a través del órgano rector en materia de viviendas.<sup>5</sup>

### III. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEGISLACIÓN

El objeto del Decreto Ley lo contempla el artículo 1o., que no es otro que la protección de las arrendatarias, arrendatarios, comodatarios y ocupantes o usufructuarios de bienes inmuebles destinados a vivienda principal; es decir, donde habiten efectivamente y a los adquirentes de viviendas nuevas o en el mercado secundario (viviendas usadas) contra medidas administrativas o judiciales mediante las cuales se pretenda interrumpir o cesar la posesión legítima que ejercieren o cuya práctica material comporte la pérdida de la posesión o tenencia de un inmueble destinado a vivienda.

Por su parte, el artículo 2o. regula a los sujetos objeto de protección como *las personas naturales* definidas en cuanto miembros de la especie humana susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones porque tienen existencia visible, real, física o natural, y *sus grupos familiares*, unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia duradero en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia de dicho grupo familiar, que ocupen inmuebles destinados a vivienda principal en calidad de arrendatarias o arrendatarios, comodatarias o comodatarios y aquellas personas que ocupen de manera legítima dichos inmuebles como vivienda principal. Se aplica en protección de los adquirentes de viviendas nuevas o en el mercado secundario, cuando sobre dichos inmuebles destinados a vivienda principal se hubiera constituido garantía real, siendo susceptible de ejecución judicial que comporte la pérdida de la posesión o tenencia. Todo lo cual lleva a preguntarnos: ¿las personas jurídicas o de otra categoría similar, quedan excluidas como sujetos de protección? ¿A quiénes incluye cuando se refiere a los adquirentes de viviendas?

Si bien nada señala la disposición, en el supuesto de que los accionistas o socios de una empresa, sociedad civil, asociación y otros se encuentren catalogados como sujetos objeto de protección e hicieran uso de su condición en forma individual, se incluyen en esta normativa, a diferencia de la situación que pudiera plantearse si se refiere al interesado y/o solicitante de la restitución del inmueble, cuya interpretación es en sentido estricto y no

---

<sup>5</sup> Artículo 13, Decreto 8.190 contra Desalojo y Desocupación Arbitraria de Viviendas.



amplio. Asimismo, cuando se indica *adquirentes de vivienda* puede inferirse que incluye tanto a las personas naturales como las jurídicas, sociedades civiles, asociaciones y otras similares.

Si se hubiera constituido sobre esta clase de inmuebles destinados a vivienda principal una *garantía real* que comúnmente suele ser la hipoteca, es claro que el bien dejado en garantía es quien responde de la deuda, debido a que la hipoteca como garantía que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación normalmente de pago de un crédito o préstamo sobre un bien inmueble que pese al gravamen, permanece en poder de su propietario, sea de una vivienda nueva o en el mercado secundario y el acreedor hipotecario, en caso de que la deuda garantizada no fuera satisfecha en el plazo, de acuerdo con las condiciones pactadas en el documento público otorgado ante la Oficina de Registro Inmobiliario, puede promover la venta forzosa del bien gravado cualquiera que sea su titular en ese momento, para que con su importe hacerse pago del crédito debido hasta donde alcance el importe obtenido con la venta forzosa para la realización del bien hipotecado.

En la práctica, son los bancos quienes constituyen dichas garantías para el pago del inmueble que haya sido adquirido, sea como vivienda nueva y/o usada, en cuyo texto se contemplan las causales que darían lugar a solicitar la ejecución de la garantía, como ocurre usualmente con la falta de pago de la cuota hipotecaria. De acuerdo con la norma, no puede solicitarse la ejecución judicial porque comporta la pérdida de la posesión del inmueble, traduciéndose en un premio para el deudor hipotecario incumpliendo mientras que el acreedor sancionado no podrá restituirse en la posesión de su inmueble.

El ámbito de aplicación está previsto en el artículo 3o., que prevé que será de aplicación en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela de manera preferente a todas aquellas situaciones en las cuales, por cualquier medio, actuación administrativa o decisión judicial, alguno de los sujetos protegidos por el Decreto Ley sea susceptible de una medida cuya práctica material comporte la pérdida de la posesión o tenencia de un inmueble destinado a vivienda principal.

La norma señala *por cualquier medio*, pero en forma genérica y del mismo modo se refiere a *actuación administrativa*, sin puntualizar cuál órgano de la administración pública efectúa esa actuación, y al mencionar *decisión judicial* incluye cualquier medida cautelar (preventiva y/o ejecutiva), así como la ejecución de la sentencia en cualquier proceso, sea inquilinario, inmobiliario, de ejecución de hipoteca u otra garantía, que comporte la pérdida de la posesión o tenencia de un inmueble destinado a vivienda principal.

Al aludir la disposición a la expresión *todas aquellas situaciones* se interpreta como la fase en que se encuentra algún asunto y/o planteamiento de algún problema o litigio, de lo cual se infiere la justificación de la norma que impone suspensión de todos los procedimientos, independientemente del estado y grado en el cual se encuentren.

El artículo 4o. merece especial atención, debido a que se refiere a la restricción de los desalojos y desocupación forzosa de viviendas a partir de la fecha de promulgación del Decreto Ley, del 6 de mayo de 2011, y si bien este instrumento legal no define qué es un *desalojo arbitrario*, se considera como tal, la violación grave de un amplio conjunto de derechos humanos en particular, el derecho a una vivienda adecuada, a conservarla, a su seguridad, a la seguridad de su tenencia.<sup>6</sup>

No podrá procederse a la ejecución de desalojos forzosos o a la desocupación de viviendas mediante coacción o constreñimiento contra los sujetos objeto de protección sin el cumplimiento previo de los procedimientos especiales que establece el Decreto y, en consecuencia, los procesos judiciales o administrativos en curso para la entrada en vigencia de este instrumento legal, independientemente de su estado o grado, deberán ser suspendidos por la respectiva autoridad que conozca de los mismos, en tanto las partes acrediten haber cumplido el procedimiento previo a las demandas.

Implica que —necesariamente— para que el interesado pueda acceder a la jurisdicción ordinaria debe cumplir con el procedimiento previo ante la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Viviendas,<sup>7</sup> y de acuerdo con los resultados que se obtengan ante dicho órgano de la administración pública, el juicio suspendido continuará su curso; medida que implica demoras y gastos innecesarios, en virtud que la vivienda es un derecho humano tanto para el interesado como para el sujeto objeto de protección.

Consecuencia del cumplimiento estricto de la norma, todos los tribunales de la República, a partir del 6 de mayo de 2011, acordaron suspender desatar los procesos judiciales en los cuales estuviera involucrados los sujetos objeto de protección conforme a este Decreto Ley, traduciéndose en una violación flagrante de principios y derechos constitucionales, como son el derecho de propiedad,<sup>8</sup> al afectar el uso, goce, disfrute y disposición del bien inmueble destinado a vivienda; el principio de la irretroactividad

---

<sup>6</sup> 26a. sesión de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos del 20 de agosto de 1998.

<sup>7</sup> Artículo 20, numeral 4, de la Ley para la Regularización y Control de Arrendamientos de Vivienda.

<sup>8</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 115.

de la ley, debido a que independientemente de que la causa se encuentre en estado de sentencia firme, no puede ser ejecutada en vista de que debe cumplirse antes con el trámite de un procedimiento administrativo especial; el deber de cumplir y acatar la carta magna, las leyes y demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público, como son los órganos jurisdiccionales,<sup>9</sup> determina la usurpación de funciones del Poder Legislativo y del Judicial en función jurisdiccional; el derecho de la tutela judicial efectiva, cuya garantía no es suspendible;<sup>10</sup> del mismo modo, cuando la carta fundamental nos indica que ella y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el poder público a las cuales deben sujetarse las actividades que realice, amén que es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico, debido a que todas las personas y órganos que ejercen el poder público están sujetos a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,<sup>11</sup> y la normativa en materia de medidas cautelares y ejecución de las sentencias.<sup>12</sup>

Partiendo de que el derecho a la tutela judicial de todos los justiciables, demandantes y/o demandados no sólo garantiza la fase cognoscitiva del procedimiento, sino la fase ejecutiva, porque no tendría ningún valor una sentencia que reconozca la existencia de un derecho sobre una cosa o a exigir una conducta, si no es susceptible de ser ejecutada: sea en un juicio de reivindicación, resolución o cumplimiento de contrato de arrendamiento, desalojo, interdicto posesorio o de ejecución de hipoteca, razones más que suficientes para que el artículo 253 constitucional atribuya a los jueces la competencia para ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias y asegurar la paz social.

Para la fecha en que se dio estricto cumplimiento a esta norma, algunos jueces actuaron con cautela y prudencia, revisando previamente cada caso en particular, sin proceder a suspender todo proceso, como ordena la disposición, habida cuenta que el hecho de que un tribunal tenga el conocimiento de un asunto referido a un inmueble destinado a vivienda no puede ser condición *sine qua non* para tal suspensión: la finalidad de ésta no es sino la protección del sujeto objeto de protección (arrendatario, comodatario, ocupante o usufructuario de un inmueble destinado a vivienda principal y de los adquirentes de viviendas nuevas o usadas), pero siempre se requiere que el asunto ventilado pretenda *interrumpir o cesar la posesión legítima por parte*

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, artículo 131.

<sup>10</sup> *Ibidem*, artículo 26.

<sup>11</sup> *Ibidem*, artículos 137 y 7.

<sup>12</sup> Artículos 585 y 588, así como título IV, del Código de Procedimiento Civil.

de alguno de esos sujetos o cuya práctica material comporte la pérdida de la posesión o tenencia de un inmueble destinado a vivienda. La mentada suspensión abarcó no sólo a los juicios inquilinarios, esto es, a cualquiera de los contemplados en la novísima Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Viviendas,<sup>13</sup> sino también los de reivindicación y ejecución de hipoteca.

No obstante lo anotado, el 1 de noviembre de 2011 (coincidentalmente once días previos a la promulgación de la nueva Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Viviendas), con motivo de una acción reivindicatoria ejercida ante el Juzgado de Primera Instancia del Estado Guárico, la Sala de Casación Civil del máximo tribunal de la República, expediente 2012-000146, bajo la figura de ponencia conjunta, y como *punto previo*, declaró que dicha sentencia es líder en lo que respecta a la interpretación, alcance y aplicación del articulado del Decreto Ley bajo análisis y en tal sentido, expresó:

Por ello entiende la Sala que no es la intención del Decreto Ley una paralización arbitraria de todos los procesos judiciales iniciados con anterioridad al Decreto, lo cual generaría una situación de anarquía judicial tan peligrosa como el mal que se pretende evitar a través de desalojos arbitrarios, sino más bien la correcta prosecución de los juicios hasta llegar a la fase de ejecución de sentencia, donde deberán suspenderse hasta tanto se apliquen y verifiquen los mecanismos procedimentales que establece el Decreto Ley.

Se reitera que la intención clara del Decreto, de acuerdo a las normas citadas, es la suspensión de la ejecución material del desalojo o desocupación, y no impedir a los órganos de administración de justicia la aplicación de la ley (*sic*).

En consecuencia, en la mayoría de los juicios que involucre un inmueble destinado para vivienda suspendidos por esta normativa, con esta sentencia, el juzgado que conozca de la causa está obligado a su reanudación aplicando la nueva Ley para la Regularización y Control de Arrendamiento de Vivienda (procedimiento oral), habida cuenta que lo determina de manera expresa la aludida decisión.

Retro trayendo a la legislación derogada, engorrosa, anacrónica e inaplicable a la Venezuela del presente siglo,<sup>14</sup> el artículo 5o. pauta la implemen-

<sup>13</sup> Artículo 94 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda.

<sup>14</sup> Decreto Legislativo sobre Desalojos de Viviendas del 27 de septiembre de 1947; Ley de Regulación de Alquileres del 1 de agosto de 1960, Ley de Reforma Parcial del 2 de enero de 1987 y el Reglamento del Decreto Legislativo sobre Desalojos de Viviendas y la Ley de Regulación de Alquileres del 5 de febrero de 1972.

tación del procedimiento administrativo previo al ejercicio de cualquier otra acción judicial o administrativa que pudiera derivar en una decisión cuya práctica material comporte la pérdida de la posesión o tenencia de un inmueble destinado a vivienda principal, siempre en perjuicio de alguno de los sujetos objeto de protección, procedimiento a ser tramitado necesariamente ante el Ministerio del Poder Popular competencial en materia de Vivienda y Hábitat por vía de su órgano rector que es la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda.<sup>15</sup>

El inicio del procedimiento previo administrativo está consagrado en el artículo 6o., y el interesado debe consignar una solicitud escrita motivada y documentada exponiendo los motivos que le asisten para solicitar la restitución de la posesión del inmueble y, por ende, el desalojo de alguno de los ya mencionados sujetos objeto de protección conforme al Decreto Ley. La norma no analiza los supuestos para la restitución de la posesión del inmueble y el posterior desalojo, lo cual se traduce que se incluyen causas de desalojo establecidas en la ley especial<sup>16</sup> y cualquier incumplimiento contractual y legal por parte del sujeto objeto de protección. Enfocado de este modo, carece de sentido la distinción entre contratos de arrendamiento a tiempo determinado de los que no lo son, en vista de que el tratamiento legal es igual para una y otra contratación; lo esencial es que exista un sujeto objeto de protección respecto a un interesado que requiera de la restitución del inmueble que ocupa dicho sujeto, siempre y cuando sea de los destinados para vivienda. Así de simple.

De acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,<sup>17</sup> *interesado* son todas las personas naturales o jurídicas<sup>18</sup> afectadas en sus derechos o intereses por la ley, reglamento, ordenanza u otro acto y/o que tengan interés personal, legítimo y directo, y siendo interesado podrá por sí o por medio de su representante, dirigir peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa. La condición de interesado la tendrán también quienes ostenten las condiciones de titularidad que indica el artículo 22 *ejusdem*,<sup>19</sup> aunque no hubieran intervenido en la iniciación del procedimiento pudiendo, en tal caso, apersonarse en el mismo en cualquier estado que se encuentre la tramitación. Por razones obvias, se estima que la Superintendencia no podrá iniciar de oficio este procedi-

<sup>15</sup> Artículo 16, primer aparte, de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda.

<sup>16</sup> *Ibidem* Art. 91.

<sup>17</sup> Artículos 2 y 22.

<sup>18</sup> Artículos 19 y 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

<sup>19</sup> Artículo 23 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

miento sin solicitud de parte, aplicándose la máxima propia del principio dispositivo de *nemo iudex sine actore*.

El procedimiento administrativo previo a las demandas a que hace referencia tanto el Decreto Ley como el título III, capítulo I, de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, se encuentra regulado en el capítulo VII del Reglamento de la Ley<sup>20</sup> mencionando los requisitos que debe contener la solicitud en referencia, y si cumple con todos se le da entrada al tercer día hábil<sup>21</sup> de recibido y por un acto administrativo motivado, ordena el inicio del procedimiento que contendrá la designación del funcionario instructor, quien se avocará mediante escrito inmediatamente desde el momento de darse por notificado, a la instrucción y sustanciación del expediente al día hábil siguiente de darse por notificado.

Al referirse a la motivación de la solicitud con la documentación necesaria que la respalde, se traduce que contendrá la expresión sucinta de los hechos, las razones que hubieran sido alegadas y los fundamentos de ley pertinentes por aplicación analógica del artículo 18, numeral 5, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. De la misma manera que lo indica el título III de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (artículo 50), el segundo aparte del artículo 36 del Reglamento consagra que si la solicitud omite cualquiera de los requisitos, el Superintendente notificará al presentante (*interesado*), comunicándole las faltas u omisiones observadas, a fin que en el plazo de 15 días proceda a subsanarlos. El funcionario instructor del expediente respectivo debe dar cumplimiento a los extremos previstos en el artículo 7o. de este Decreto Ley bajo estudio, dejando constancia de todas las actuaciones practicadas, siendo responsabilidad de la administración impulsarlo en todos sus trámites, y así podrá, en consecuencia, solicitar a otras autoridades u organismos los documentos, informes o antecedentes que estime para la mejor resolución del asunto. El principio de preclusión de los actos en sede administrativa debe aplicarse con ocasión a este procedimiento previo para garantía y tutela de los justiciables intervinientes. Tanto el interesado y sus abogados como el sujeto objeto de protección tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado del mismo, leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente y solicitar su certificación.<sup>22</sup>

Respecto a la notificación al sujeto objeto de protección, el artículo 38 del Reglamento exige que debe ser entregada en el domicilio o residencia

<sup>20</sup> Artículos 35 al 46.

<sup>21</sup> Días laborables de acuerdo con el calendario de la administración pública.

<sup>22</sup> Artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

del interesado (domicilio es el asiento principal de los negocios e intereses de una persona y residencia, el lugar donde efectivamente vive) y reunir los aspectos que cita la norma de manera expresa. Si resulta impracticable, se procede a la publicación del acto administrativo en un diario de mayor circulación de la entidad territorial donde se encuentre la sede del funcionario instructor.<sup>23</sup> Se entiende notificado cinco días hábiles (administrativo) después de la publicación, lo cual se advertirá en forma expresa y el costo de la misma corre siempre a cargo del interesado o presentante de la solicitud, en virtud del interés de impulsar el procedimiento previo.

El artículo 7o. contempla que presentada la solicitud, el funcionario competente (instructor) procederá a citar a la otra parte (de acuerdo con el Reglamento de la Ley, se refiere a una notificación y no citación) para que comparezca acompañada de abogado de su confianza a exponer sus alegatos y defensas en audiencia conciliatoria, que se llevará a cabo en un plazo no menor de diez días ni mayor de quince días hábiles contados a partir del día siguiente al de la citación (es decir, notificación). La expresión “citación” a que refiere es sinónimo de “proceso” ante la jurisdicción ordinaria, y no al procedimiento previo ventilado ante la autoridad administrativa competente, debido a que en este procedimiento administrativo no hay sino notificación que se efectúa personal y/o por medio de la prensa, como ha sido indicado, y el Reglamento lo aclaró adecuadamente. Al referirse a la *audiencia conciliatoria*, se entiende como el acto jurídico cuyo objeto es evitar el pleito que se pretende entablar, procurando el avenimiento de las partes, quienes libremente manifiestan lo que estimen pertinente ante el funcionario instructor respecto a la solicitud planteada, y tratándose de una *audiencia*, es un acto oral. Es similar a la contemplada en los artículos 69 al 74 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, del 31 de julio de 2008.

Si la parte (sujeto objeto de protección) manifiesta no tener abogado de su confianza (término subjetivo) o no comparece dentro del plazo indicado en la norma, el funcionario deberá extender la correspondiente notificación (se menciona “citación” en forma errónea) a la defensoría especializada en materia de protección del derecho a la vivienda y suspenderá el curso del procedimiento previo hasta que comparezca el defensor designado, oportunidad en la cual fijará la fecha de la *audiencia conciliatoria*, notificando debidamente a todos los interesados. Se infiere que la comparecencia del defensor

---

<sup>23</sup> La Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda tiene su sede en Caracas, en la avenida principal de la urbanización Las Mercedes, con calle Orinoco, antigua sede de Conavi, frente al centro comercial Paseo Las Mercedes, municipio de Baruta, estado de Miranda.



público notificado debería producirse dentro del mismo lapso establecido en la norma y que el procedimiento queda suspendido por un lapso “abierto” supeditado a la comparecencia del defensor especializado en la materia. Para evitar demoras y costos para el Estado, así como a los usuarios y/o interesados, sería prudente que desde el momento en el cual se ordena la notificación del sujeto objeto de protección<sup>24</sup> fuera notificada, asimismo, la defensa pública —independientemente de la comparecencia o no del sujeto objeto de protección— toda vez que el trámite sería más célere y en beneficio de los intervinientes, habida cuenta que es necesaria la comparecencia de este funcionario público.

Los defensores públicos inquilinarios, por estar especializados, tienen competencia en materia civil y administrativa especial inquilinaria para la defensa del *derecho a la vivienda*. Pero una vez más se observa que este defensor público no defiende a los interesados (arrendadores, propietarios y otros, en situación similar) siendo justiciables como el sujeto objeto de protección catalogado en el Decreto Ley, adicionado a que existen interesados cuya capacidad económica no les posibilita hacerse asistir y/o representarse por abogados y en forma directa, por la situación en la cual se encuentran, proceden a efectuar el trámite en cuestión, encontrándose en estado de indefensión absoluta ante la asistencia debida y adecuada por parte del sujeto objeto de protección, quien siempre cuenta con la debida asistencia de la defensa pública. Es indiscutible la desigualdad manifiesta entre los intervinientes en este procedimiento.

Si la parte interesada, o el sujeto objeto de protección y demás notificados, de ser el caso, no comparecen a la *audiencia conciliatoria*, se declarará desierto el acto y, en consecuencia, deberá fijarse una nueva oportunidad dentro de los diez días hábiles siguientes. Si fijada la nueva oportunidad se verifica la incomparecencia de alguna de las partes, el operador de justicia (entiéndase, el funcionario instructor del expediente) procederá a dictar su decisión. Todas las actuaciones serán recogidas en un acta que forma parte integrante del expediente administrativo.<sup>25</sup>

La *audiencia conciliatoria* debe producirse en este procedimiento a objeto de instar a las partes a un arreglo, siendo lo prioritario. La inasistencia del solicitante a la última audiencia fijada o a cualquiera de sus sesiones se considera como *desistimiento de su pedimento*, dando fin al procedimiento. Se realiza en presencia de todos los interesados, presidida por el funcionario instructor

---

<sup>24</sup> Artículo 38 del Reglamento de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda.

<sup>25</sup> Artículo 31 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.



y, de ser necesario, podrá prolongarse, suspenderse o fraccionarse cuantas veces sea requerida, para lograr la solución del conflicto, sin que el plazo total, contado a partir de la primera audiencia, exceda de 20 días hábiles. La redacción de esta disposición es similar a la contenida en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat.<sup>26</sup>

Al realizarse la *audiencia conciliatoria* en presencia de todos los interesados, se infiere que pueden estar asistidos o representados por abogados, al margen de que ante el organismo administrativo no es menester tal exigencia, como sucede en la jurisdicción ordinaria, pero dado lo delicado del asunto que se ventila, es conveniente la debida asistencia jurídica en este procedimiento, que permitirá el definitivo acceso o no a la jurisdicción ordinaria mediante el ejercicio de la acción que contiene la pretensión del interesado. La culminación del procedimiento previo administrativo la prevé el artículo 8o., al indicar que culminada la *audiencia conciliatoria*, los presentes suscriben un acta, en la cual hagan constar los acuerdos o resoluciones que las partes hubieran adoptado o, en su defecto, de la infructuosidad de las gestiones conciliatorias realizadas, conforme a lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, es decir, que los acuerdos adoptados se recogen en una acta suscrita por todos los presentes.<sup>27</sup>

El Reglamento de la Ley especial nos recuerda en sus artículos 45 y 46, que el acta que suscriban los presentes forma parte integral del expediente administrativo, y que en el supuesto de no llegar a ningún acuerdo y/o la decisión fuera favorable a alguna de las partes, el funcionario instructor debe dar cumplimiento a los señalamientos del artículo 9o. del Decreto Ley, y tal afecto debe dejar constar de las actuaciones en el expediente respectivo. La *audiencia* reviste especial interés, debido a que los intervinientes expondrán sus alegatos en un *acto único* tendente a resolver el conflicto contenido en la solicitud que da origen al procedimiento previo. Se destaca que el órgano rector utilizará procedimientos expeditivos en la tramitación de los asuntos que lo justifique, más aún cuando se refiere al derecho humano de la vivienda.<sup>28</sup>

El artículo 9o. refiere que como resultado de la celebración de la audiencia y llegado a un consenso de solución, ambas partes manifestarán la forma y el tiempo de ejecución de lo acordado. De producirse el consenso,

---

<sup>26</sup> Artículo 73.

<sup>27</sup> La *conciliación* es un medio de composición procesal en el cual se reconoce el derecho reclamado por la otra parte; es sinónimo de arreglo amistoso, siendo un acto de jurisdicción voluntaria, y el acta que la contenga es un título ejecutivo. Para conciliar se requiere capacidad de obrar y procesal.

<sup>28</sup> Artículo 35 de la Ley del Régimen Prestacional, *cit.*

deseable y justo, es interesante referirse a la *omisión* normativa de la forma y el tiempo de ejecución. En efecto, habiéndose desarrollado un procedimiento previo al acceso a la jurisdicción por ante la Superintendencia y considerando que la decisión que se adopte es un acto administrativo de efectos particulares, susceptible de ser recurrible en nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, debió aclararse la aludida forma y tiempo de ejecución, y, en tal sentido, nada alude el Reglamento de la ley especial.

El mismo artículo 9o. dispone que cuando no hubiera acuerdo entre las partes, el funcionario actuante deberá motivar la decisión correspondiente con base en los argumentos y alegatos presentados (motivación), y si la decisión es favorable a la parte contra la cual obra la solicitud, dictará una resolución mediante la cual dicha parte quedará protegida contra el desalojo, habilitando la vía judicial para el solicitante. Si, por el contrario, la decisión fuera favorable para éste, el funcionario indicará en su resolución el plazo tras el cual podrá efectuarse el desalojo, el cual sólo podrá ejecutarse por orden judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Ley y el resto del ordenamiento jurídico vigente.

Es evidente que cuando no haya acuerdo entre las partes el funcionario debe motivar la decisión correspondiente, y en caso de que sea favorable al sujeto objeto de protección, la resolución administrativa que dicte lo protegerá y habilitará la vía judicial para el solicitante, mientras que si es favorable a éste, la decisión debe indicar el plazo para el desalojo, pero la ejecución queda reservada para los órganos judiciales (no al organismo administrativo), lo cual se traduce en que debe plantearse la correspondiente demanda ante la jurisdicción. La resolución que dicta el funcionario instructor, sin especificar nada más, permite interpretar que siendo un acto administrativo de efectos particulares que no indica el lapso para ser recurrido ante la jurisdicción contencioso administrativa, ese lapso de caducidad es de seis meses de acuerdo con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y no de 60 días continuos, como sucede cuando por ejemplo emana de la administración un acto administrativo de “efectos temporales”, como es el que fija el monto del canon de arrendamiento máximo mensual y/o el que revisa el ya establecido y/o el que impone sanciones por los ilícitos inquilinarios según lo que establece el Decreto Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, ahora aplicable únicamente para los inmuebles cuyos usos no son de vivienda.

El acceso a la vía judicial, cumplido el procedimiento previo, está regulado en el artículo 10o., que prevé que las partes pueden acceder a los ór-

ganos jurisdiccionales competentes para hacer valer sus pretensiones, pero es requisito *sine qua non* cumplir con el procedimiento previo revestido de la protección garantista del debido proceso administrativo como pauta el texto constitucional<sup>29</sup> que supone la preservación de una serie de derechos para los sujetos involucrados en la relación procedimental: derecho a la defensa, a ser oído, a probar en la sustanciación y la decisión del asunto por parte de la autoridad competente. Al dictar el funcionario instructor la correspondiente resolución, consecuencia del trámite y sustanciación del procedimiento previo administrativo, que es esencial para obtener la restitución de la posesión del bien arrendado, es recurrible en nulidad ante estos órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, proceso que en cada instancia tiene una duración aproximada de un año.

En un procedimiento inquilinario rigido por principios de orden público, de protección al arrendatario, la filosofía jurídica que informa al proceso debe ser más amplia, y las facultades de los sentenciadores tienen forzosa-mente que serlo, pero de acuerdo con el contenido de la norma, al ser dictada, finalmente, la sentencia definitivamente firme después de la tramitación de un engorroso, demorado y oneroso procedimiento, como se ha indicado, surgirá para el interesado la posibilidad de acudir o acceder a los órganos judiciales, según los términos de este Decreto Ley.

La garantía del derecho a la defensa la plasma el Decreto Ley en el artículo 11o., al consagrar que cuando alguna de las partes optare por acudir a los órganos jurisdiccionales, el juez competente se asegurará de que el sujeto objeto de protección cuente con asistencia o representación jurídica durante todo el proceso, y aun en la fase de ejecución. En el caso de que manifieste la imposibilidad de proveérsela por sus propios medios, el juez suspenderá el proceso, a los fines de notificar a la defensa pública a los efectos de designación y comparecencia del defensor designado y/o sustituido, si fuera el caso. En el proceso judicial, el sujeto objeto de protección debe estar asistido o representado jurídicamente, y es obvio que el representante de la defensa pública especializado en la materia está desvinculado a tales fines con el auxiliar de justicia denominado “*defensor ad litem o defensor judicial*”, que consagra el código adjetivo.

De acuerdo con el artículo 4o. de la Ley de Abogados, toda persona puede utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses; sin embargo, quien sin ser abogado deba estar en un juicio, como el caso de marras, o cuando se trata de quien ejerza la representación por disposición de la ley o en virtud de un contrato, deberá

---

<sup>29</sup> Artículo 49.

designar abogado para que lo represente o asista en todo el proceso, lo cual ratifica esta norma como una manifestación natural del derecho a la defensa constitucional y a la tutela judicial efectiva. Es notable la demora expresada en este proceso judicial, al indicar que en caso de que el sujeto objeto de protección carezca de un defensor se suspende el proceso sin determinación alguna de plazo ni término de suspensión, lo cual acarreará demoras y gastos a la parte afectada, al margen de que su objetivo prioritario es la restitución del bien inmueble.

Con este dispositivo no existe la posibilidad de que opere para el sujeto objeto de protección la *confesión ficta* en el proceso, debido a que si el juez como director del mismo y quien debe ser imparcial, imparcial e independiente, debe asegurarse de que siempre cuente con asistencia y/o representación jurídica, es indiscutible la marcada desigualdad de las partes, toda vez a que únicamente el sujeto objeto de protección cuenta con el apoyo manifiesto y absoluto por parte del sentenciador. Diferencia manifiesta respecto al interesado o solicitante.

En lo que respecta a la ejecución de los desalojos con ocasión de este procedimiento, la norma contenida en el artículo 12o. establece que los funcionarios judiciales estarán obligados a suspender por un plazo no menor de 90 días hábiles ni mayor a 180 días hábiles, cualquier actuación o provisión judicial en fase de ejecución de sentencia que implique la terminación o cese sobre la posesión legítima del bien destinado a vivienda, sea que se encuentre en estado de ejecución voluntaria o forzosa, debiendo notificar al sujeto afectado por el desalojo y cualquier otra persona que considere necesaria en resguardo y estabilidad de sus derechos.

No obstante el trámite del procedimiento administrativo previo que implica demoras y gastos innecesarios para acceder a la vía judicial, efectuado el trámite regular ante la jurisdicción ordinaria, superada la fase cognoscitiva del proceso al arribar a la ejecutiva y pese a que las partes se encuentran en derecho, por haber expuesto sus alegaciones, argumentos, promovido y evacuado las pruebas pertinentes controladas en el juicio, nuevamente se suspende el proceso, con la obligación de notificar al sujeto afectado por el desalojo, y a cualquier otra persona, sin indicar a quién se refiere de manera específica, debido a que a lo largo del juicio han mediado todas las notificaciones requeridas de acuerdo con los principios constitucionales y en apego a lo que determina expresamente el Código de Procedimiento Civil. Por otra parte, la aludida suspensión supone un plazo demorado, que afecta considerablemente la esfera de los derechos e intereses de quien con justicia a lo que aspira es a lograr que el inmueble de su propiedad le sea restituido conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

El artículo 13o. regula que dentro del plazo, esto es, no menor de 90 días ni mayor de 180 días hábiles, el juez debe cumplir con las siguientes condiciones (concurrentes) para la *ejecución del desalojo*:

1. Verificar que el sujeto afectado por la medida de desalojo hubiera contado en el proceso con la debida asistencia u acompañamiento de un abogado de su confianza, o en su defecto de un defensor público en materia de protección del derecho a la vivienda; si no hubiera ocurrido, se deberá efectuar el procedimiento previo establecido en los artículos 5, 6, 7 y 8, ya comentado, sin cuyo cumplimiento no podrá procederse a la ejecución del desalojo.

El interesado tiene la obligación de cumplir con el procedimiento previo explicado, que de acuerdo con el artículo 11, el juez de la causa se ha asegurado de que el sujeto objeto de protección cuente con la asistencia o representación jurídica durante el proceso, de manera que el “débil jurídico” de esta relación no quede en “estado de indefensión”; que si éste se encuentra en la imposibilidad de lograr la debida asistencia (a diferencia de lo que sucedería con el interesado y/o solicitante), la tendrá siempre a través del defensor público especializado en la materia. Pero surge una duda, y es precisamente cuando el proceso judicial se ha desarrollado mediando la intervención del “defensor judicial”, quien no es abogado de la confianza del afectado: ¿qué situación se plantearía?

No se precisa en el Decreto Ley, pero como quiera que nos referimos a un proceso justo con las garantías debidas, es evidente que al demandado le han protegido sus derechos e intereses en el mismo al no comparecer dentro del término procesal, siempre mediando la designación del defensor judicial como pauta la normativa referida a la citación en el código adjetivo. Una vez más, se destaca que tanto en el procedimiento administrativo previo como en el judicial, el impulso y la responsabilidad procesal están a cargo del interesado, y no del sujeto afectado por la medida de desalojo; que el interesado no cuenta ni contará como justiciable con la asistencia debida de la defensa pública, como en efecto sí cuenta el afectado: se obvia que también es un sujeto afectado, al no poder restituirse en su vivienda (derecho humano) que le pertenece. Es ostensible la marcada falta de equilibrio entre las partes respaldada por la normativa sesgada y parcializada al sujeto objeto de protección por este Decreto Ley, que contraviene principios constitucionales y procesales.

2. Remitir a la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda, una solicitud mediante la cual disponga la provisión de un refugio temporal o solución habitacional definitiva para el sujeto afectado por el desalojo y su grupo familiar, si manifestara que no tiene lugar donde habitar.

Se evidencia otra demora más a los fines de la obtención de la entrega del inmueble al interesado, porque ante el cumplimiento estricto de la sustanciación y trámite del procedimiento previo administrativo, largo y engorroso, se le añade una carga más a la Superintendencia, si el afectado manifiesta que carece de un lugar donde habitar en cuanto a la provisión de un refugio temporal o una solución habitacional definitiva. La parte *in fine* de la norma analizada dispone que en todo caso no se procederá a la ejecución forzosa sin que se garantice el destino habitacional de la parte afectada, por ser un derecho de interés social e inherente a toda persona.

Ahora bien, ante este dislate jurídico, surge esta interrogante: ¿cómo se avala ese destino habitacional ante la escasez de viviendas para alquiler en el país, que es un hecho público y notorio? Precisamente, el interesado plantea la restitución del inmueble porque lo requiere al carecer de vivienda, y mal podría garantizarle al sujeto afectado una vivienda cuando ni siquiera dispone de la suya. Sobran comentarios.

Así las cosas, cuando la sentencia haya quedado definitivamente firme, por agotamiento, falta de ejercicio o inexistencia de recursos haya pasado en autoridad de cosa juzgada, se pasa a la fase ejecutoria del fallo, observando que la concesión a la parte perdidosa en un juicio del lapso de ejecución voluntaria es de orden público, porque es el momento en que el vencido puede cumplir pacíficamente con la decisión y sin más obligaciones que las impuestas por el dispositivo del fallo y/o cualquier acto equivalente a ella. Queda ilusoria la ejecución de la sentencia con esta normativa especial: el procedimiento previo y el proceso judicial serán “letra muerta”, debido a que es difícil solucionar el destino habitacional del sujeto afectado, porque uno de los problemas que cada día afecta más a la población venezolana es la falta de viviendas para ser cedidas en alquiler, y lleva a plantearse la clase de garantía que puede brindarse a la parte afectada, en vista de que el interesado en este proceso también requiere de una garantía para restituirse en la posesión de su vivienda, derecho de interés social e inherente a la persona, y que en los términos expresados no la tiene.

El artículo 16o. determina de manera expresa la prohibición de decretar medidas cautelares de secuestro sobre viviendas que constituyan el hogar de una familia, en las demandas por incumplimiento o resolución contractual, cobro de bolívares o ejecución de hipoteca. De manera notoria se evidencia que este dispositivo deroga el contenido de los tres supuestos del artículo 599, numeral 7 del Código de Procedimiento Civil, así como el contenido del artículo 39 de la inaplicable Ley de Arrendamientos Inmobiliarios para los Inmuebles Destinados a Viviendas, que consagra los supuestos de procedencia de la medida cautelar de secuestro cuando se produzca

el vencimiento de la prórroga legal. Esta prohibición obvia el principio o garantía constitucional de la tutela judicial efectiva.

La preeminencia del Decreto Ley se expresa en el artículo 19, al establecer que tendrá aplicación preferente respecto de la legislación en materia de arrendamientos inmobiliarios (Ley de Arrendamientos Inmobiliarios) y la procesal vigente (Código de Procedimiento Civil) en lo referente a condiciones, requisitos y procedimiento de ejecución de desalojos de los sujetos objeto de protección.

Vale la pena recordar al maestro Hans Kelsen, fundador de la teoría pura del derecho, quien “piramidarizó” o concibió todo el ordenamiento jurídico como un sistema de normas, y siendo el objeto de la ciencia del derecho, precisamente la norma jurídica, defiende que la validez de todas las normas jurídicas emana y depende de otra norma superior, a la que el resto deben su validez y eficacia.

El ordenamiento jurídico sería pues jerárquico, escalonado, una especie de pirámide, cuya cúspide ocupa la Constitución como norma suprema del sistema normativo de un Estado y por debajo de las cuales, con una eficacia de norma fundamental, estarían las leyes orgánicas y especiales, las leyes ordinarias y los decretos leyes, los reglamentos, las ordenanzas y otras disposiciones gubernativas de carácter general, los actos administrativos, etcétera, según el rango jerárquico del órgano que la emana y de los efectos (generales o particulares) que tales normas tengan. De la forma concebida en esta norma, la pirámide en referencia se encuentra *invertida*, habida cuenta que coloca a este Decreto Ley en un lugar que no le corresponde de acuerdo con lo precedentemente comentado.

Con esta nueva normativa no existe respeto alguno a la gradación de la pirámide jurídica, ya que existe un alzamiento evidente contra la norma fundamental, de manera que los jueces no pueden declarar la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas para otorgar un adecuado derecho a la defensa resguardando la igualdad procesal. Existe una clara imparcialidad funcional para la efectiva tutela judicial de todos los derechos. Por ello hay que tomar partido por la Constitución y no por la ley, proclamando la libertad, la garantía del debido proceso, el derecho de todo ciudadano de ser juzgado imparcialmente, colocado en perfecta igualdad frente al contradictor, con absoluta bilateralidad de la audiencia y sin que el juez asuma actitudes paternalistas con las partes.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Buenos Aires, Editorial Juris, 2005, pp. 311 y 312.



#### IV. CONCLUSIONES

En Venezuela, el siempre vigente tema de la vivienda continúa asido de la mano por una excesiva vulnerabilidad que no finaliza: cada día es asfixiante la situación que genera a todo nivel. La vivienda es el centro de la crisis socioeconómica, agudizada por esta nueva e improvisada legislación que en lugar de ponderar y armonizar las dos posiciones constantes de la relación locativa; esto es, la del arrendador y/o propietario y la del arrendatario u ocupante legítimo, lo que ha logrado es el resurgimiento de un enfrentamiento que había sido superado con creces a través de la adecuada legislación inquilinaria de 1999, siendo las decisiones de los tribunales en esta materia el mejor testimonio.

Esta legislación constituye una absoluta *involución* en la materia inquilinaria que había superado los escollos del pasado en forma armónica y equilibrada: viola principios constitucionales, como son el derecho de propiedad, la irretroactividad de la ley, la obligación de cumplir y acatar la carta fundamental, las leyes y los demás actos del Poder Público; determina la usurpación de las funciones del Poder Legislativo y Judicial en función jurisdiccional; viola la tutela judicial efectiva, así como la normativa acerca de las medidas cautelares y ejecución de sentencias.

Desde su promulgación se ha producido una escasez de inmuebles residenciales, debido a que los constructores se abstienen de edificar, y los particulares han dejado de adquirir viviendas como mecanismo de ahorro y/o inversión, lo cual se traduce en un mercado informal y con la entrada en visor de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Viviendas, que refuerza y complementa el contenido del Decreto Ley analizado, los inquilinos no pagan el monto del canon de arrendamiento del inmueble, sino que se niegan, aun cuando dispongan de un inmueble para mudarse, a entregar el inmueble arrendado unido al hecho cierto de proferir amenazas a los propietarios cuando se les exige el cumplimiento de alguna de las cláusulas del contrato. El caos inquilinario es la regla en los actuales momentos. La violencia ha resurgido, lamentablemente. Tales cambios han sido determinantes con resultados negativos: la inversión indispensable para que el crecimiento de la economía en general se mantenga estancada y limitan el aparto productivo.

No obstante, sostengo que existe *una luz al final del túnel*. Confiemos en que la doctrina y la jurisprudencia se encarguen de decantar y brindar la claridad suficiente para que estos instrumentos legales cumplan su finalidad para toda la población venezolana. Una ley no debe ser sesgada y aplicar-



se a un solo grupo cuando se trata de una relación bilateral, como es el arrendamiento. No cabe duda que en la normativa analizada únicamente se protege al sujeto objeto de protección con fundamento en que es el débil de la relación, porque la vivienda es un derecho humano, y ciertamente lo es, pero también respecto del propietario y/o arrendador, quien ante la escasez de viviendas requiere restituirse de la suya. Este problema atañe a todo el pueblo venezolano y es una visión compartida entre el Estado, las universidades, las empresas privadas y el resto de las organizaciones que hacen vida en el sector, lo que podrá finalmente resolver el problema álgido inquilinario.

Todos, sin excepción, tenemos el derecho y el deber de ser *parte de la solución*.

## VARIACIONES DE LO BLANCO Y LO NEGRO DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN MÉXICO

Marcela SOSA Y ÁVILA ZABRE

SUMARIO: I. *Mi acercamiento a las acciones colectivas*. II. *Las acciones colectivas en 2013*. III. *Reforma constitucional*. IV. *Reforma al Código Federal de Procedimientos Cíviles*. V. *Conclusiones*.

### I. MI ACERCAMIENTO A LAS ACCIONES COLECTIVAS

La primera vez que oí hablar de las acciones colectivas o *class actions* fue al maestro Héctor Molina y González a fines de los años ochenta o principios de los noventa. Desde entonces él estudiaba esa figura; sin embargo, no la incluyó en su *Instrumento metodológico* que elaboró en 1988.<sup>1</sup>

A fines de 1992, siendo director del Seminario de Derecho Procesal, el maestro Héctor Molina y González me encargó que hiciera la traducción del francés al español de dos trabajos de Mauro Cappelletti, uno denominado “Libertad individual y justicia social en el proceso civil italiano”, y otro llamado “La protección de intereses colectivos y de grupo dentro del proceso civil”,<sup>2</sup> para que fueran consultados en el Seminario de Derecho Procesal donde él era el director. En aquellos tiempos no había computadoras ni Internet en México, y no era fácil obtener la información.

Recuerdo que para que yo entendiera las acciones colectivas y los intereses difusos me ponía como ejemplo el caso de la talidomida, un medicamento que se utilizó en los años cincuenta para quitar los efectos secundarios del embarazo, como las náuseas. Dicho medicamento lo había elaborado una compañía farmacéutica suiza llamada Ciba, que posteriormente vendió a

---

<sup>1</sup> Molina y González, Héctor, *Instrumento metodológico. Teoría general del proceso*, México, Facultad de Derecho, División de Universidad Abierta, 1988.

<sup>2</sup> “Metamorfosis del procedimientos civil”, separata de la *Revista Internacional de Derecho Comparado*, continuación del *Boletín de la Sociedad de Legislación Comparada*, 1975, núm. 3.

la compañía alemana Chemie Grunenthal.<sup>3</sup> La publicidad de la talidomida era “totalmente seguro”.<sup>4</sup>

Sin embargo, este medicamento causó malformaciones en los fetos, consistentes en la carencia o cortedad de las extremidades, ceguera, sordera, problemas cardiacos y daño cerebral.<sup>5</sup> En 1957, el medicamento era elegido por las embarazadas, y su uso se amplió a países de Europa, África, América y Australia.

En cuatro años de venta, el medicamento afectó a más de quince mil recién nacidos, y después de un tiempo la compañía tuvo que pagar las compensaciones económicas a las familias afectadas.<sup>6</sup> En caso de que la empresa Chemie Grunenthal no hubiera pagado las compensaciones correspondientes, hubiera procedido una acción colectiva de los afectados, demandando el pago de las indemnizaciones correspondientes.

Con las reformas a los planes y programas de 1992, que entraron en vigor en 1994, a petición del maestro Molina se introdujeron las acciones colectivas en el programa de teoría general del proceso (que actualmente siguen en el programa). Por ello, el maestro, en la primera edición de su *Instrumento metodológico* sobre la materia, publicado en enero de 1994, en la unidad 6, denominada “La acción procesal”, incluyó el punto 6, que obliga al profesor a hacer una “breve explicación de las acciones colectivas”.<sup>7</sup> Antes de estas reformas, el plan de estudios no las incluía.

El conocimiento de dicha figura por parte del maestro Molina quedó plasmado también en una entrevista que se le hizo en 1993,<sup>8</sup> siendo director del Seminario, en la que se refirió a la acción procesal, y dijo que aun cuando la enseñanza académica sobre esa figura era marcadamente individualista, pues se consideraba un derecho individual en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), existía otra tendencia, que se presenta cuando surgen intereses que afectan a toda una comunidad;

---

<sup>3</sup> “Embarazo y parto”, Catástrofe de la talidomida, embarazo-parto.blogspot.com/.../la-talidomida-es-un-farmaco-que-se-fue

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> “Gruenthal pide perdón por las malformaciones de la talidomida; las víctimas ven el gesto «insuficiente»”, *www.huffingtonpost.es*.

<sup>6</sup> Samper Martínez, Esther, “La catástrofe de la talidomida”, *medtempus.com* farmacología, 24 de agosto de 2006.

<sup>7</sup> Molina González, Héctor, *Instrumento metodológico. Teoría del proceso*, México, UNAM, Facultad de Derecho, División de Universidad Abierta, 1994.

<sup>8</sup> “Por la excelencia en el derecho”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 51, primera quincena de diciembre de 1993, Entrevista a HMG, director del Seminario de Derecho Procesal, p. 5.

es decir, a un grupo de personas cuyo número es indeterminado, pero que tienen intereses comunes, el mismo de los intereses difusos. Este tipo de acciones ya existen en otros países, tanto en Europa como en América Latina, y también en Estados Unidos de América.<sup>9</sup>

En 1993, el maestro Molina comenzó a elaborar su tesis de doctorado, a la que denominó “Las acciones colectivas y los intereses difusos”. La solicitud presentada ante el jefe de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, para que se autorizara como director de su tesis al doctor Juan Manuel Rubiell León, fue presentada el 4 de noviembre de 1994.

En 1995 hubo una explosión terrible en el metro de Japón, que luego se supo que había sido provocada con gas sarín,<sup>10</sup> y el maestro Molina me dijo que en esos casos procede una acción colectiva. Todos los afectados o sus familias pueden demandar al que resulte responsable, reclamándole el pago de daños y perjuicios.

Como se puede ver, el maestro Molina fue visionario, obviamente estudioso, y con una experiencia en el litigio de más de 50 años; sin embargo, tuvieron que pasar 18 años para que fueran incluidas las acciones colectivas en el párrafo tercero de la CPEUM,<sup>11</sup> y otros 18 para que se regularan, sólo en materia federal, en el libro quinto, “De las acciones colectivas, título único, del Código Federal de Procedimientos Civiles.”<sup>12</sup>

Gracias al maestro Héctor Molina y González, encargado de elaborar los planes de estudio de las materias procesales cuando era director del Seminario de Derecho Procesal, a su constante estudio y actualización y a su experiencia, la inclusión de las acciones colectivas fue posible, y perdura en la materia obligatoria del tercer semestre de teoría del proceso, en el nuevo plan de Estudios 1447 de 2011, en la unidad 6, denominada “La acción procesal”, punto 6.4, “Las acciones colectivas”.

## II. LAS ACCIONES COLECTIVAS EN 2013

Actualmente se habla mucho de derechos colectivos, elevados hoy a rango de derechos humanos; se les denomina también de “tercera generación”, a partir de la Segunda Guerra Mundial, porque vinieron a complementar los de primera (individuales, vida, libertad, seguridad) y los de segunda generación

---

<sup>9</sup> *Idem.*

<sup>10</sup> “Terrorismo en Japón: el caso de los ataques con gas sarín de 1995”, *vidae nmarte.wordpress.com* y *Discovery Channel*, “Hora Cero. El ataque del gas sarín en Tokio”.

<sup>11</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 29 de julio de 2010, *www.diputados.gob.mx*.

<sup>12</sup> *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, *www.paot.org.mx*.

(de carácter económico, social y cultural, salud, educación, seguridad social, etcétera). Tales derechos no pertenecen a alguien en especial, sino a la colectividad; ningún ente puede apropiarse de ellos sin perjuicio de los demás,<sup>13</sup> de ahí que se hable del derecho al control de calidad de bienes y servicios, a gozar de un ambiente sano, a la planificación y aprovechamiento de los recursos naturales, a la integridad del espacio público, a la paz, entre otros.<sup>14</sup> Se trata de una novedosa categoría de derechos sustantivos en México, pues como se ha visto éstas ya existían desde el siglo XIX en Europa, una abstracción creada por científicos en derecho enfocada a las necesidades contemporáneas de una sociedad de masas.<sup>15</sup>

Estos derechos colectivos, también llamados de grupo, han provocado la regulación de acciones procesales que la colectividad puede promover a través de representantes. Como ejemplo de lo anterior se puede ejercer este tipo de acciones cuando se lanza al mercado un producto defectuoso médico o alimenticio, la falta de seguridad industrial y la imprevisión en la construcción de una obra pública o privada, la inadecuada explotación de los recursos naturales, la publicidad engañosa, el cobro excesivo de bienes y servicios, las prácticas monopólicas, ciertos manejos financieros, entre otros, que causan daños sobre amplios sectores de la población, que reciben el agravio colectivo, a las cuales no se puede responder aislada o individualmente para evitar que el daño se extienda, continúe o se repare; por ende, la acción de defensa o de reparación no puede estar sólo en cabeza de cada afectado, sino tiene que ser colectiva, como lo es también el daño causado.<sup>16</sup>

Las acciones colectivas sirven para permitir que una o más personas demanden respeto o restitución de derechos en nombre de una colectividad, la cual posee quejas similares o se le ha afectado de una misma forma. El grupo nombra un representante que los va a representar para buscar la reparación del daño o daños.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Camargo, Pedro Pablo, *Las acciones populares y de grupo*, 6a. ed., Bogotá, Editorial Leyer, 2009, pp. 88 y 89.

<sup>14</sup> Rico Puerta, Luis Alonso, *Teoría general del proceso*, 2a. ed., Bogotá, Editorial Leyer, 2008, p. 162.

<sup>15</sup> Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, trad. de Lucio Cabrera Acevedo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 61.

<sup>16</sup> Camargo, Pedro Pablo, *op. cit.*, p. 40.

<sup>17</sup> Arellano Trejo, Efrén J. y Cárdenas Sánchez, Guadalupe, *Acciones colectivas en México. La construcción del marco jurídico*, México, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, LXI Legislatura Cámara de Diputados, Documento de Trabajo núm. 120, 2011, p.1. Consultable en [www3.diputados.gob.mx](http://www3.diputados.gob.mx).

Esta figura procesal tiene como finalidad facultar a una persona física, colectividad, grupo de personas, organización civil, así como a una autoridad, para promover una demanda ante un órgano jurisdiccional en representación de un grupo determinado de individuos (unidos por una causa común), con la finalidad de proteger sus intereses. La sentencia que en dicho juicio se dicte surtirá efectos sobre todo el grupo. Con esta acción se busca evitar la saturación de los juzgados con múltiples juicios individuales.

Se le llaman “difusos” a los intereses de estas colectividades, pues se desconoce el número de personas afectadas y sus nombres. Con la acción colectiva se tutela también a los integrantes de un grupo que están determinados o son determinables en contra de un demandado, y que por razones económicas, jurídicas, culturales, políticas o sociales no están en posibilidades de acudir a los tribunales.<sup>18</sup>

Las acciones colectivas han sido denominadas en las diferentes legislaciones que las contemplan como derechos o como intereses. No obstante lo anterior, Eduardo Ferrer Mac-Gregor afirma que cuando los intereses son tutelados por un ordenamiento jurídico, asumen la calidad de un derecho.

De ahí que esos derechos pueden ser colectivos, difusos, sociales, de grupo, de clase, de serie, de sector, de categoría, de incidencia colectiva, dispersos, propagados, difundidos, profesionales, fragmentarios, sin estructura, sin dueño, anónimos, transpersonales, supraindividuales, superindividuales, metaindividuales y transindividuales.<sup>19</sup>

Como se puede ver, las acciones colectivas son aquellas promovidas por un representante que cuenta con la denominada legitimación colectiva, a fin de que proteja el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia va a afectar al grupo en su conjunto (en cuanto adquiriera la calidad de cosa juzgada).<sup>20</sup>

### III. REFORMA CONSTITUCIONAL

En una entrevista transmitida por la cadena de televisión CNN en español, el 3 de octubre de 2010, Antonio Gidi señaló que las acciones colectivas sitúan en igualdad de condiciones a una empresa y a sus consumidores, por lo que

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>19</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003, pp. 7 y 8.

<sup>20</sup> Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y de tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales. Un modelo para países de derecho civil* [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 31. Consultable en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1337>, revisado el 19 de septiembre de 2012.

son una amenaza potencial para la iniciativa privada. Lamentó que México sea uno de los últimos países de Latinoamérica en incluirlas en su legislación, pues Brasil, su país natal, las incluyó desde 1985, Canadá desde los ochenta, Estados Unidos desde 1976.

Se admiró de que estando en 2010, México no hubiera regulado las acciones colectivas. Gidi analizó con diversas asociaciones civiles la reciente reforma al artículo 17 constitucional y su futura legislación secundaria. Se extrañó que desde 1983 y hasta la fecha de la entrevista habían transcurrido 27 años en los que la Procuraduría Federal del Consumidor, teniendo facultades para promover acciones colectivas a favor de los consumidores, sólo hubiera iniciado cinco procesos y concluido uno. Señaló que dicha autoridad en 2008 promovió una demanda contra la constructora Corporación Técnica de Urbanismo (en Chihuahua) por los daños causados a quienes compraron inmuebles en uno de sus fraccionamientos y fue en mayo de 2009 cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió a favor del promovente.

Vista la ineficacia de la mencionada autoridad en el cumplimiento de sus funciones, tratándose de juicios colectivos, algunas asociaciones civiles, académicos y legisladores, defensoras de los derechos de los consumidores impulsaron la creación de una legislación específica desde 2007, propuesta que cristalizó dos años después, no con una ley que regulara dicha figura, pero sí con la reforma del artículo 17 de la CPEUM.

Gidi explicó que al principio las empresas tenían temor de las acciones colectivas porque ignoraban su significado, pero una vez que las entendieron tuvieron miedo porque supieron que dichas acciones son un instrumento con el que cuentan los gobernados para llevarlas a juicio y hacerlas pagar por los daños que les causen.

Afirmó que en febrero de 2008 el senador priista Jesús Murillo Karam presentó una iniciativa para incluir en el artículo 17 constitucional la figura de las acciones colectivas. La reforma se aprobó el 10 de diciembre de 2009 y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el pasado 29 de julio.<sup>21</sup>

Dicha reforma consistió en la adición del párrafo tercero del artículo 17 de la CPEUM y se recorrió el orden de los párrafos subsecuentes. El texto quedó de la siguiente manera: “El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación

---

<sup>21</sup> Entrevista al doctor Antonio Gidi por Carmen Aristegui en CNN en Español, el 3 de octubre 2010, [alconsumidor.org/noticias.phtml?id=1432](http://alconsumidor.org/noticias.phtml?id=1432).

del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos”.<sup>22</sup>

De conformidad con el segundo artículo transitorio de dicha publicación, que entró en vigor al día siguiente, se estableció que el Congreso de la Unión debía realizar las adecuaciones legislativas correspondientes en un plazo máximo de un año contado a partir del 30 de julio de 2010.

Por ello, el 6 junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 74, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Además, para quedar acorde con lo anterior, se han reformado diversos ordenamientos, como la Ley de Amparo, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, el Código Federal de Procedimientos Civiles.<sup>23</sup>

Con las reformas de las leyes y códigos mencionados se prevé la posibilidad de promover acciones colectivas en diversas materias, al grado de que ahora es posible acudir al juicio de amparo no sólo por normas generales o actos de autoridad, sino también por omisiones de éstas, que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la propia Constitución y por los tratados internacionales de los que México sea parte, incorporando el concepto de derechos humanos reconocidos, que permite la posibilidad de acudir al amparo, ya que antes se limitaba a violaciones de las garantías individuales consagradas en la Constitución.

Ahora, para promover el juicio de amparo, no se tiene que demostrar un interés jurídico, sino que basta con señalar que se tiene un interés legítimo individual o colectivo, en virtud de que se aduzca que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por la Constitución y con ello se afecta su esfera jurídica. Dicha reforma busca ampliar su protección a todo gobernado que quiera promover el juicio de amparo para proteger sus derechos.

#### IV. REFORMA AL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

En este apartado se analizan aspectos de algunos artículos del nuevo libro quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles, que corren del 578 al

<sup>22</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 29 de julio de 2010, [www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx).

<sup>23</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 30 de agosto de 2011, [www.profeco.gob.mx](http://www.profeco.gob.mx).



625, en virtud de que cuando se promueva una acción colectiva, la legislación adjetiva aplicable es precisamente este Código.

En el artículo 1o. se prevé la posibilidad ejercer la acción procesal cuando el derecho o interés sea difuso, colectivo o individual de incidencia colectiva. En tanto que el artículo 24, fracción IV, señala que por razón de territorio es tribunal competente el del domicilio del demandado, tratándose de acciones reales sobre muebles o de acciones personales, colectivas o del estado civil. Cabe decir al respecto que los juzgados de distrito serán los competentes para conocer de estos juicios, de conformidad con su ley orgánica, limitando tal derecho a las materias relacionadas con el consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente.

Se determinó que la acción colectiva puede promoverse si la titularidad de las pretensiones pertenecen a una colectividad de personas o si se trata de pretensiones individuales cuya titularidad corresponde a los miembros de un grupo de personas.

Los procesos jurisdiccionales que se promuevan de acuerdo con el artículo 580 deben versar sobre derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como aquellos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminadas o determinables relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes y sobre derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquellos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinables, relacionadas por circunstancias de derecho.

Cabe hacer notar que el artículo 581 define las acciones colectivas y da su clasificación de la siguiente manera:

I. Acción difusa. Es aquella de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo con la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, sin que necesariamente exista vínculo jurídico alguno entre dicha colectividad y el demandado.

II. Acción colectiva en sentido estricto. Es aquella de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño causado consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a

los miembros del grupo y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado.

III. Acción individual homogénea: Es aquella de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable.

El artículo 583 señala desafortunadamente que la acción colectiva puede tener por objeto pretensiones declarativas, constitutivas o de condena. Considero que tal precepto sale sobrando, pues dichos adjetivos se refieren a la clase de pretensión que se promueva. De manera que si no se incluye este artículo, ello no significa que al momento de dictarse la sentencia correspondiente, ésta dejará de ser declarativa, constitutiva o de condena.

El mismo comentario merece el párrafo que establece que el juez interpretará las normas y los hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, en aras de proteger y tutelar el interés general y los derechos e intereses colectivos. Pienso que este párrafo está por demás, pues la función del juez, respecto de la pretensión, es la misma tratándose de demandas individuales y colectivas, y es obvio que el juez va a interpretar la norma, esa es una de sus funciones, y debe hacerlo en cada juicio que se le plantee.

El legislador señala en el artículo 584 que las acciones colectivas prescribirán a los tres años seis meses contados a partir del día en que se haya causado el daño, aclarando que si se trata de un daño de naturaleza continua, el plazo para la prescripción comenzará a contar a partir del último día en que se haya generado el daño causante de la afectación.

Al respecto, se puede decir que el legislador confunde el derecho de acción con el derecho de fondo planteado en la demanda, tomando en cuenta que la acción colectiva, objeto de la reforma que se analiza, es el derecho de provocar la jurisdicción, y ese derecho no prescribe. Lo que puede prescribir es el derecho reclamado en la demanda.

En el artículo 585 se señala que tienen legitimación activa para promover las acciones colectivas: la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia, el representante común de la colectividad conformada por al menos 30 miembros, las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al

momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en este Código y el procurador general de la República.

En este precepto, el legislador confunde la legitimación activa, que es la que tienen las partes materiales en un proceso jurisdiccional, con la representación que pueden tener dichas autoridades. Tomando en cuenta que por legitimación se entiende la idoneidad de una persona para actuar en juicio como actor, como demandado o como tercero, y en este caso las autoridades a que se refiere tal numeral no son parte en el proceso, sino representantes, es decir, que pueden actuar como parte formal, nunca como material.

Para confirmar que el legislador confunde las figuras señaladas, el artículo 586 comienza refiriéndose como representantes al representante común y a las asociaciones civiles. Considero inútil y obvio el contenido de dicho artículo, pues claro está quien actúa como representante de una de las partes en un proceso jurisdiccional lo hace para defender los intereses de su representada, en este caso de la colectividad; si no, no tendría caso su participación en el proceso.

En cuanto a que el juez debe vigilar de oficio que la representación sea adecuada durante la sustanciación del proceso, cabe preguntar ¿cuál es la función del juez?; ¿juzgar o vigilar?, porque se distrae al juez de sus funciones obligándolo a vigilar al representante de la parte material, que la función del juez para dar entrada a la demanda no fue revisar los presupuestos procesales. Y al haber quedado debidamente demostrada la representación, la tarea del juez es juzgar o se le va a convertir en defensor de los derechos de la colectividad.

No hay razón para que se haya fijado el número 30 para poder promover una acción colectiva, pero en caso de que uno de los miembros de la colectividad se desista, muera o no desee seguir, el juicio debe continuar, pues de lo contrario lo que se entiende es que se busca un pretexto para detener el juicio y retrasar en su caso el cobro de los daños y perjuicios. La interrogante aquí es ¿cuál es la razón procesal para detener el proceso? ¿No se cumplieron los presupuestos procesales y por dicha razón se admitió la demanda?

El artículo 587 contiene los requisitos de forma de toda demanda, y en este caso se debe indicar que se promueve una acción colectiva o una acción individual homogénea, los nombres de los miembros de la colectividad que promueve la demanda. Se debe precisar el derecho difuso, colectivo o individual homogéneo que se considera afectado. Ha de asentarse el tipo

de acción que pretende promover y pormenorizar las pretensiones que se reclaman, los hechos en que funde sus pretensiones y las circunstancias comunes que comparta la colectividad respecto de la acción que se intente. Además, tratándose de acciones colectivas e individuales homogéneas, las consideraciones y los hechos que sustenten la conveniencia de la sustanciación por la vía colectiva en lugar de la acción individual.

El propio precepto prevé la posibilidad de prevenir en el caso de que falte un presupuesto procesal y no lo subsane en cinco días.

El artículo 588 establece los supuestos en que procede la legitimación en la causa; es decir, contra actos que dañen a consumidores o usuarios de bienes o servicios públicos o privados o al medio ambiente, o bien, que se trate de actos que hayan dañado al consumidor por la existencia de concentraciones indebidas o prácticas monopólicas declaradas existentes por resolución firme emitida por la Comisión Federal de Competencia.

No hay razón para que en este artículo se limite el ejercicio de la acción colectiva a la existencia de treinta miembros de la colectividad demandante. ¿El ejercicio de la acción, contenido en el artículo 17 de la CPEUM, motivo de este estudio, no es un derecho humano?, entendiéndolo por éste al conjunto de derechos inherentes a la naturaleza humana, lo que implica respeto por todo poder público.<sup>24</sup> Entonces, ¿por qué se condiciona ese derecho al número 30? Aquí la interrogante es si un derecho humano puede ser restringido por el Estado.

El artículo 589 prevé las causales de improcedencia de la legitimación en el proceso, en los siguientes casos: que los miembros de la colectividad no hayan otorgado su consentimiento, que los actos en los que se funda la demanda estén promoviéndose en procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio o procedimientos judiciales, que no haya representación, que la colectividad no pueda ser determinable o determinada en atención a la afectación a sus miembros, así como a las circunstancias comunes de hecho o de derecho de dicha afectación, que el procedimiento colectivo no sea idóneo, que exista litispendencia, en cuyo caso procederá la acumulación, que las asociaciones que pretendan ejercer la legitimación (debe ser representación) no cumplan con los requisitos establecidos en el Código adjetivo federal.

El artículo 590 señala que una vez presentada la demanda o desahogada la prevención, el juez ordenará el emplazamiento del demandado, le correrá traslado de la demanda y le dará vista por cinco días para que se manifieste sobre los requisitos de procedencia de este tipo de juicios.

---

<sup>24</sup> *Diccionario Larousse Enciclopédico*, 4a. ed., Bogotá, Ediciones Larousse, 2008.

Al respecto, cabe preguntar ¿el perito en este tipo de litigios no es el juez de distrito? ¿No es obligación del juez revisar los presupuestos procesales antes de dar entrada a la demanda para poder ordenar el emplazamiento del demandado? ¿Por qué entonces se emplaza si el juez no está seguro de que es procedente la admisión de la demanda?

Respecto a que el juez certificará dentro del término de diez días si la demanda cumple con los requisitos de forma de la demanda previstos en los artículos 587 y 588 de este Código, la pregunta aquí es ¿cómo es que se emplazó si la demanda no se había admitido?, en ningún juicio local o federal se ha visto que el juez certifique el auto admisorio de la demanda. Cabe preguntar: ¿el juez es fedatario como para hacer certificaciones?

Lo peor del precepto es que diga que después de tantas peripecias, la resolución que señale el cumplimiento de los requisitos de procedencia; es decir, el auto admisorio, puede ser modificada en cualquier etapa del procedimiento cuando existan razones justificadas para ello. Este párrafo no da seguridad jurídica al proceso y a las partes.

No obstante todo lo anterior, el artículo 591 establece que una vez concluida la certificación, el juez proveerá sobre la admisión o desechamiento, lo cual quiere decir ¿que se va a volver a emplazar o se va a llevar a cabo el juicio sin emplazamiento? Por si lo anterior fuera poco, el precepto prevé la posibilidad de que contra el auto admisorio o el de desechamiento de la demanda procede el recurso de apelación.

Por su parte, el artículo 592 señala que la parte demandada cuenta con quince días para contestar la demanda. La pregunta que cabe aquí es ¿cuando dizque se emplazó de conformidad con el artículo 590 no se señaló el plazo para contestar? Entonces ¿cómo es que se le emplazó? ¿Se puede emplazar sin haber admitido la demanda?

El artículo 593 ordena que la notificación del auto admisorio a que se refiere el segundo párrafo del artículo 591 de este Código debe contener una relación sucinta de los puntos esenciales de la acción colectiva respectiva, así como las características que permitan identificar a la colectividad.

Las demás notificaciones a los miembros de la colectividad o grupo se realizarán por estrados. La interrogante es que en un proceso llevado a cabo por un representante, al que se le debe notificar, es precisamente al representante de la colectividad, si no, ¿para qué participa en el proceso?

De conformidad con el gran procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, la representación es la relación jurídica voluntaria u obligatoria, por virtud de la cual una persona llamada representante, actuando con las facultades

otorgadas en su poder, actúa a nombre de su representado haciendo recaer sobre ella los efectos jurídicos de su gestión.<sup>25</sup>

Me parece un acierto el contenido del artículo 594, respecto a que se pueda resolver el litigio no sólo por sentencia, sino a través de un convenio, pues ello acortará tiempo, dinero y esfuerzo. Además de que prevé que los miembros de la colectividad afectada que no hayan participado en la demanda puedan adherirse al juicio solicitándolo a cualquiera de los representantes a que se refiere el artículo 585, según sea el caso. La adhesión pueden solicitarla durante la sustanciación y hasta los 18 meses posteriores a que la sentencia de condena haya adquirido la calidad de cosa juzgada o de la celebración del convenio que en su caso se haya celebrado, previa promoción del incidente de liquidación correspondiente.

El precepto establece que todo aquel que quiera adherirse con posterioridad al plazo señalado tendrá que demostrar el daño causado. Considero que esta aseveración sale sobrando, pues en realidad todo el que se diga miembro de la colectividad debe demostrar serlo y el daño que en su caso se le haya causado.

Cabe hacer notar que a partir de que el juez determine el importe a liquidar, el titular del derecho tiene un año para cobrarlo.

Me llama la atención el hecho de que en el artículo 595 se prevea que en caso de que las partes quieran llegar a un convenio se le tenga que dar vista por diez días a las autoridades contenidas referidas en la fracción I del artículo 585 del Código en estudio, pues mi duda es si se les va a dar vista a todas o sólo a la que esté actuando como representante, y si nada más una está actuando como representante se presume que es la que está vigilando los intereses de la comunidad que lo contrató.

El artículo 596 señala que si las partes no llegan a un acuerdo en la audiencia previa y de conciliación, el juez abrirá el juicio a prueba por un periodo de 60 días hábiles, comunes para las partes, para su ofrecimiento y preparación, pudiendo, a instancia de parte, otorgar una prórroga por hasta 20 días hábiles. Además, señala que una vez concluido el desahogo de pruebas, el juez dará vista a las partes para que en un periodo de diez días hábiles aleguen lo que a su derecho y representación convenga. El juez dictará sentencia dentro de los treinta días hábiles posteriores a la celebración de la audiencia final.

En el artículo 598 se indica que para mejor proveer, el juez, para dictar su sentencia, puede requerir a las autoridades a que se refiere la fracción I del artículo 585 o a cualquier tercero, la elaboración de estudios o presen-

---

<sup>25</sup> Couture, Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

tación de los medios probatorios necesarios con cargo al Fondo a que se refiere este título. La pregunta aquí es si a todas las autoridades les va a pedir o sólo a la que esté actuando en representación de la colectividad. El juez puede solicitar también información a alguna de las partes, de conformidad con el artículo 599.

Creo que está por demás el contenido del artículo 600, que establece que el juez puede valerse de medios probatorios estadísticos, actuariales o cualquier otro derivado del avance de la ciencia, toda vez que bastaba con que se estableciera que en dichos procesos se pueden ofrecer las pruebas a que se refieren los artículos 79, 80 y 93, fracción VII, del Código que se estudia, en todo lo que no contradiga a este título.

Es un acierto que el artículo 601 señale que no es necesario que la parte actora ofrezca y desahogue pruebas individualizadas por cada uno de los miembros de la colectividad, sino que esto se realice hasta que cada miembro promueva el incidente de liquidación correspondiente. De esta manera se evita la dilación en el proceso.

También es pertinente el contenido del artículo 602, en virtud de que se obliga al representante común y a las asociaciones civiles, a mantener a la colectividad representada, informada del avance del juicio, cuando menos cada seis meses. Además se impone a las autoridades referidas en la fracción I del artículo 585, que lleven estadísticas de los juicios colectivos concluidos y los que estén promoviendo, así como darles publicidad, de manera que cualquiera pueda tener acceso a esa información.

Es desafortunado el contenido del artículo 603, que establece que las sentencias deberán resolver la controversia planteada por las partes conforme a derecho. Siendo la sentencia una de las especies de resoluciones judiciales que puede dictar el juzgador, ésta no ha de resolver más que lo planteado en la demanda; de ahí que se le defina como la resolución que dicta el juez para poner fin al litigio planteado en la demanda. Cabe decir que uno de los requisitos materiales de la sentencia se denomina congruencia, que consiste en que ésta no puede resolver otra cosa que no se haya planteado en la demanda.

El artículo 604 señala que tratándose de acciones difusas, el juez en la sentencia únicamente puede condenar a la reparación del daño causado a la colectividad, a la restitución de las cosas al estado que guardaran antes de la afectación, si esto fuere posible; de lo contrario, condenará al cumplimiento sustituto de acuerdo con la afectación, que puede consistir en la realización de una o más acciones o en su abstención.

Respecto al artículo 605, cuando se trate de acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, el juez puede condenar al deman-

dado a la reparación del daño. Dicha condena puede consistir en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo, conforme a lo establecido en este artículo. El incidente de liquidación puede promoverse por los miembros de la colectividad dentro del año calendario siguiente a que cause ejecutoria la sentencia. Lo anterior, a mi parecer contradice lo asentado en el párrafo tercero del artículo 594, que señala que los afectados podrán adherirse voluntariamente a la colectividad durante el proceso y hasta 18 meses posteriores a que la sentencia haya causado estado o cuando el convenio haya adquirido la calidad de cosa juzgada. En definitiva, se tendrán que reformar ambos artículos para que se precise cuál va a ser el tiempo en que se puede promover el incidente de liquidación, pues no es lo mismo un año que año y medio.

El propio precepto señala que cuando proceda el pago, éste se hará directamente a los miembros de la colectividad, y en ningún caso a través del representante común. Entonces, el dinero ¿cuándo llega al Fondo?

De conformidad con el artículo 606, existe la excepción de conexidad, cuando se ejercite el derecho de acción de la colectividad, promoviendo dos juicios (uno colectivo y uno de acción difusa) basados en los mismos hechos, respecto de lo cual el juez ordenará su acumulación.

Las medidas precautorias que el juzgador puede decretar en estos juicios pueden ordenarse en cualquier etapa, de conformidad con el artículo 610, y pueden consistir en la orden de cesación de los actos o actividades que estén causando o necesariamente hayan de causar un daño inminente e irreparable a la colectividad; la orden de realizar actos o acciones que su omisión haya causado o necesariamente hayan de causar un daño inminente e irreparable a la colectividad. El retiro del mercado o aseguramiento de instrumentos, bienes, ejemplares y productos en forma directa relacionados con el daño irreparable que se haya causado, estén causando o que hayan de causarse a la colectividad, y cualquier otra medida que el juez considere pertinente dirigida a proteger los derechos e intereses de una colectividad.

El artículo 612 establece los medios de apremio con que cuenta el juez en este tipo de juicios para hacer cumplir sus determinaciones: multa por hasta 30 mil veces el salario mínimo en la Ciudad de México, cantidad que podrá aplicarse por cada día que transcurra sin cumplir la orden del juez, auxilio de la fuerza pública y fractura de cerraduras, si fuera necesario, cateo, arresto por hasta 36 horas. Si fuera insuficiente el apremio, se procederá contra el rebelde por el delito de desobediencia.

El artículo 613 establece que en ningún caso se acumularán los expedientes entre procedimientos individuales y procedimientos colectivos.



Cuando alguna persona quiera adherirse a la acción colectiva, habiendo iniciado previamente un proceso individual, debe desistirse de éste para que se sobresea. Tampoco puede adherirse una persona en cuyo juicio individual se dictó una sentencia que causó ejecutoria.

El contenido de este artículo 616 es ocioso, toda vez que la sentencia tendrá que pronunciarse sobre la condena de los gastos y costas, si así se solicitó en el capítulo de pretensiones de la demanda; de lo contrario, el juez no puede suplir tal deficiencia.

El artículo 617, que se refiere a los gastos y costas, así como a los honorarios que se cobrarán por el juicio, no es claro, porque habla del representante legal y del representante común; es decir, para promover una acción colectiva o interés difuso ¿van a participar los dos en el proceso? En virtud de que en su fracción I señala que los honorarios que se deban pagar por sus servicios se cubrirán hasta en 20%, si el monto líquido de la suerte principal no excede de 200 mil veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal (porque señala el Distrito Federal, pero si el juicio se tramita en Sinaloa el salario mínimo varía). El salario mínimo en la Ciudad de México, que pertenece al área A, es de 64.76, y el área C, donde se encuentra Sinaloa, el salario mínimo es de 59.08 pesos diarios.<sup>26</sup>

Evidentemente, no se debe pagar por sus servicios a las autoridades señaladas en el artículo 585, fracción I, como tampoco a la Procuraduría General de la República, contenida en la fracción IV del propio precepto.

Ahora bien, si el salario mínimo actual es de 64.76 en la Ciudad de México, se tiene que multiplicar por 200 mil, y del resultado, que son varios millones de pesos, sacar el 20%, y el resultado será la cantidad que se debe pagar al representante de la colectividad actora.

Cabe decir que el artículo no especifica si solamente los 30 miembros de la colectividad van a pagar honorarios o también los que se adhieran y demuestren en su correspondiente incidente de liquidación haber sufrido un daño, por el que se les tenga que pagar.

Surgen otras interrogantes; ¿cómo se va a garantizar el pago y en qué momento se debe pagar, cuál va a ser la prelación para pagar? Igual razonamiento se hace respecto de las fracciones II y III del precepto en estudio.

El artículo anterior habla de la liquidación de gastos y costas que se harán en ejecución de sentencia, y la fracción I del artículo 618 establece que los pagos van a ser cubiertos en la forma que determine el juez, y éste se hará con cargo al Fondo a que se refieren los artículos 624, 625 y 626 del Código.

---

<sup>26</sup> Salarios Mínimos, Comisión de Salarios Mínimos, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 2013, *sal\_min\_gral\_area\_geo.pdf* - Similares

En el capítulo quinto del Código no se dice cómo se crea el Fondo, con qué cantidades, el procedimiento para cobrar, y lo más grave es que en la parte conducente el precepto indica que el pago de los honorarios se hará con cargo al Fondo, cuando exista interés social que lo justifique y hasta donde la disponibilidad de los recursos lo permita. ¿Qué acaso en todas las acciones colectivas e intereses difusos no hay un interés social?

Entonces ¿por qué razón se faculta al juez, hasta después de que la sentencia adquiriera la calidad de cosa juzgada, para que califique si existe un interés social? Si precisamente se dio trámite a la demanda por haber demostrado el interés social y el pago se supedita a la disponibilidad de los recursos del Fondo, inexistente según se ve. Si se va a pagar directamente a cada miembro de la colectividad, entonces ¿en qué momento llega el dinero al Fondo? De acuerdo con el artículo 619 de este Código, ¿se sobrentiende que ya hay interés social?

## V. CONCLUSIONES

Lo blanco de las acciones colectivas en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

1. Se les dio el rango de derecho humano a las acciones colectivas en el artículo 17 constitucional.
2. Se define lo que debe entenderse por acciones colectivas, intereses difusos y acción individual homogénea.
3. Se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley de Amparo y de diversas leyes reglamentarias. Además, se adiciona el título de las acciones colectivas en el Código Federal de Procedimientos Civiles.
4. Se prevé que los miembros de una colectividad que no hayan participado en el juicio correspondiente, una vez que la sentencia adquirió la calidad de cosa juzgada, pueden ser beneficiados, siempre y cuando demuestren en el incidente de liquidación los daños sufridos.

Lo negro de las acciones colectivas.

1. Si la acción colectiva es un derecho humano, ¿por qué se limita a la materia federal y a bienes o servicios públicos o privados y medio ambiente?, ¿por qué no se incluyó a las once procuradurías del

medio ambiente del Distrito Federal y tampoco a los municipios?<sup>27</sup> ¿Por qué no se dejó en libertad al gobernado para poder ejercer su derecho contra el gobierno en materia de seguridad pública en la que constantemente se causan daños y abusos que se pueden considerar colectivos? ¿Por qué se monopoliza la regulación de las acciones colectivas por parte del Congreso de la Unión, y por qué sólo puede intervenir el Poder Judicial Federal? No hay razón para que únicamente se pueda promover un proceso colectivo si intervienen 30 miembros de una colectividad. ¿Por qué se inmiscuye al Consejo de la Judicatura con el Fondo de las acciones colectivas y se le convierte en legislador?

2. En la redacción del capítulo destinado a la regulación de las acciones colectivas e intereses difusos, en el Código Federal de Procedimientos Civiles, se observa la falta de conocimientos en materia procesal, pues se utilizan figuras de forma errónea y confusa, lo que demuestra ignorancia, y ello repercute en una mala administración de justicia.
3. El capítulo donde se regula el procedimiento de las acciones colectivas y los intereses difusos no da seguridad jurídica a las partes porque algunas resoluciones, como a la que se refiere el artículo 590 del Código Federal de Procedimientos Civiles, se puede modificar en cualquier momento. Tampoco da seguridad a las asociaciones civiles y a los representantes de que en caso de llegar a condenar al demandado se les van a pagar sus honorarios, tomando en cuenta el análisis realizado en este trabajo.
4. Si no se reforman los artículos 590, 591 y 592 del Código en comentarios se puede promover la nulidad de los procesos colectivos en los que no se sigan las formalidades esenciales del procedimiento, en términos del artículo 159 de la Ley de Amparo, toda vez que es confusa su redacción, y no se entiende en qué momento se realizó el emplazamiento.
5. El legislador confunde la legitimación activa que señala en el artículo 585 con la representación, según se desprende de los artículos 586, fracción I; 594, último párrafo; 602, primer párrafo, 617 y 619, entre otros.
6. La acciones colectivas están reguladas en México; tarde y mal, por ejemplo, suponiendo que se tramite una acción colectiva en donde se gana el juicio, después de muchas peripecias y se condena al pago a la parte demandada por el daño causado, el arancel regula el monto

---

<sup>27</sup> López Ramos, Neófito, “Panorama del derecho ambiental en México”, *Revista Foro Jurídico*, México, núm. 101, febrero de 2012, p. 26.

de la indemnización y el juez del conocimiento ordena el pago como manda la ley, con cargo al Fondo, pero cabe preguntar ¿de cuál Fondo?, pues no existe, entonces ¿qué procede? La ley no lo contempla. Una ley debe tener una redacción clara y sencilla, de manera que todo el mundo la entienda. Sin embargo, esta reforma es confusa, deficiente y llena de lagunas.

## DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA (ASPECTOS DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL)

Ada PELLEGRINI GRINOVER

SUMÁRIO: I. *Exame dos pressupostos que autorizam a desconsideração da pessoa jurídica.* II. *O pressuposto da fraude ou do abuso no emprego da personalidade jurídica.* III. *Forma e oportunidade da desconsideração.*

### I. EXAME DOS PRESSUPOSTOS QUE AUTORIZAM A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Para a correta abordagem da questão, convém partir da idéia de que a pessoa jurídica, em nosso ordenamento, representa instrumento legítimo para a consecução de interesses das mais diversas ordens. Por vezes, como lembra Luciano Amaro, ela surge como *opção do empresário*, que muito bem poderia ter-se dedicado ele mesmo à exploração do empreendimento, mas que prefere associar-se a outras pessoas para essa atividade.<sup>1</sup> Outras vezes, há a *necessidade técnica* da criação da pessoa jurídica, quando da elaboração de grandes empreendimentos, que necessitam de elevado investimento e da conjugação de esforços e recursos de inúmeras pessoas, e que seriam inviáveis não fosse a técnica da criação da personalidade jurídica.<sup>2</sup>

A essa conveniência ou necessidade de criação da pessoa jurídica liga-se a idéia da *limitação da responsabilidade dos sócios* pelos atos praticados sob o manto da sociedade. Com efeito, é inegável ter sido essa limitação da responsabilidade dos que se unem em sociedade, mediante a separação entre o patrimônio dessa sociedade e o dos sócios, um dos principais avanços (e,

---

<sup>1</sup> “Desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor”, *Direito do consumidor*, 5/168.

<sup>2</sup> De Fato, *A realização do fim para que se uniram se dificultaria extremamente, ou seria impossível, se a atividade conjunta somente se permitisse pela soma, constante e iterativa, de ações individuais*, cfr. Gomes, Orlando, *Introdução ao direito civil*, 11o. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 185.

porque não dizer, um dos principais atrativos) para o desenvolvimento dos grandes empreendimentos comerciais, hoje tão comuns em nossas vidas.

É igualmente certo, contudo, que essa

possibilidade de criar um patrimônio “separado” contrasta com o princípio fundamental de dever, em princípio, cada sujeito responder, com todo o seu patrimônio, por suas dívidas; de deverem, portanto, vários sujeitos que operem em conjunto, responder, todos e com todo o seu patrimônio, pelas dívidas contraídas na gestão coletiva.<sup>3</sup>

Daí porque, como lembrou Tullio Ascarelli, “na sua origem histórica, a responsabilidade limitada dos sócios de uma companhia decorre de princípios excepcionais e se apresenta, como um ‘privilégio’, que, por isso, pode ser baseado tão somente em um ato legislativo especial, que derroque o direito comum”.<sup>4</sup>

Assim, as sociedades, e sua personalização jurídica —esta, “uma qualidade que a ordem jurídica estatal outorga a entes que a merecerem”<sup>5</sup>— consistem unicamente em uma *técnica*, uma *criação jurídica*,<sup>6</sup> voltada à viabilização dos interesses e objetivos dos indivíduos que a compõem.<sup>7</sup> Não se pode perder de vista, como advertiu Fábio Konder Comparato, que essa personificação é apenas “uma técnica jurídica utilizada para se atingirem determinados objetivos práticos”,<sup>8</sup> de maneira que a sua manutenção somente é autorizada (e, a rigor, somente justificada) enquanto voltada para a realização daqueles específicos interesses e objetivos, tal como previstos nos contratos ou nos estatutos sociais.<sup>9</sup>

<sup>3</sup> Cf. Ascarelli, Tullio, *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, Campinas, Book-seller, 2001, p. 464.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> Diniz, Maria Helena, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 11o. ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 510.

<sup>6</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, vol. I, Rio de Janeiro, Borsó, 1970, §75, p. 280.

<sup>7</sup> “Afinal a constituição da pessoa jurídica e do patrimônio separado representa apenas um meio técnico para que os sócios possam exercer o comércio com responsabilidade limitada” (cf. Ascarelli, Tullio, *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, cit., p. 465). Essa, aliás, a base central de toda a construção formada em torno das pessoas jurídicas, já que não existem, em direito, interesses e relações que não digam respeito unicamente aos homens. Por conseguinte, e nas palavras de Fábio Konder Comparato, “toda a disciplina jurídica concernente à pessoas jurídicas reduz-se, finalmente, a uma disciplina dos interesses dos homens que a compõem”, cf. *O poder de controle na sociedade anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 267.

<sup>8</sup> Konder, Fábio, *O poder de controle na sociedade anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 279.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 281.

Neste contexto, não há dúvida de que se, por um lado, a constituição da sociedade e a teoria da pessoa jurídica representam avançada técnica para consecução de objetivos econômicos, sociais, religiosos ou políticos, de outro elas “não devem constituir um meio para iludir o funcionamento normal das normas jurídicas”.<sup>10</sup> Nesta ordem de idéias, pode-se afirmar, com Mervin Woods, que mesmo o conceito de personalidade jurídica “tem uma finalidade válida, porém, limitada, e, de resto, a natureza da sociedade (*corporation*) não é tão importante como as aplicações que se lhe podem dar”.<sup>11</sup> Isto porque, e ainda segundo esse autorizado jurista norte-americano, “trata-se de uma invenção jurídica que exige se desenvolvam e apliquem regras adequadas para seu uso. Essas regras, porém, não devem converter-se em imperativos. Não se deve permitir que seu emprego destrua valores a que o direito reserva hierarquia superior”.<sup>12</sup>

A idéia, diga-se, não é nova, e vem de antiga decisão que, embora editada nos tribunais ingleses,<sup>13</sup> acabou por produzir maior repercussão no direito norte-americano, onde se fixou o entendimento de que

quando o conceito de pessoa jurídica (*corporate entity*) se emprega para defraudar os credores, para subtrair-se a uma obrigação já existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou conservar um monopólio, ou para proteger velhacos ou delinqüentes, os tribunais poderão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos e farão justiça entre pessoas reais.<sup>14</sup>

Essa *superação* da personalidade jurídica, suprimindo-se a autorização legal para separação de patrimônio, e a atribuição (imputação) de responsabilidade direta aos indivíduos que compõem a sociedade, não é incompa-

<sup>10</sup> Ascarelli, Tullio, *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, São Paulo, 1945, p. 140.

<sup>11</sup> “Lifting the corporate veil”, in *The Canadian Bar Review*, dezembro de 1957, pp. 1176 e seguintes.

<sup>12</sup> Com efeito, a questão, conforme pondera Rubens Requião, é praticamente universal uma vez que “em qualquer país que se apresente a separação incisiva entre pessoa jurídica e os membros que a compõe, se coloca o problema de se verificar como se há de enfrentar aqueles casos em que esta radical separação conduz a resultados completamente injustos e contrários ao direito”, cf. *Revista dos tribunais*, 410/12.

<sup>13</sup> Trata-se do caso *Salomon vs. Salomon & Co.*, julgado em Londres em 1897, em decisão confirmada pela Corte de Apelação. Embora ao depois tenha sido reformado pela Casa dos Lordes, esse julgamento teve sucesso acentuado na América do Norte, formando a base do que hoje se estuda sobre o tema.

<sup>14</sup> Rubens Requião, “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”, *Revista dos Tribunais*, 410/13.

tível ou mesmo contraditória com as razões que inspiraram a criação das pessoas jurídicas. É que, estando essa autorização limitada à persecução dos interesses que criaram a sociedade, parece mesmo ser compatível com o conceito de pessoa jurídica

il fatto che, in casi eccezionali, si faccia riferimento alle persone fisiche che stanno al di là della stessa, mentre sarebbe invece inconciliabile con le finalità dell'ordinamento giuridico, il voler conservare l'autonomia della persona giuridica anche nei casi in cui essa viene utilizzata per il perseguimento di fini che appaiono in contraddizione con quelli per i quali fu concessa alla persona giuridica una autonoma personalità giuridica —como anota Rolf Serik—. <sup>15</sup>

A rigor, e na lição de Daniel de Moremans, nestas hipóteses não se trataria propriamente de negar a personalidade jurídica, “sino de fijar la interna limitación de la misma”, já que “una actuación de los socios fuera de dichos límites, y para los cuales no han sido facultados por el ordenamiento jurídico, debe ser imputada a aquéllos”. <sup>16</sup>

Entre nós, Rubens Requião, pioneiro no estudo do tema, observou que “se a personalidade jurídica constitui criação da lei, como concessão do Estado objetivando, como diz Cunha Gonçalves, ‘a realização de um fim’, nada mais procedente do que reconhecer ao Estado, através da sua Justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado”. <sup>17</sup>

Por esse motivo, conclui o eminente comercialista “a personalidade jurídica passa a ser considerada, doutrinariamente, um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude, através de seu uso”. <sup>18</sup>

Embora de maneira sabidamente excepcional, tais casos fariam com que fosse, nas palavras de Rogério Lauria Tucci, “até obrigatório *atravessar a cortina daquele conceito formal*, que estabelece uma radical separação entre a pessoa jurídica e os membros que a integram, para julgar os fatos mais de acordo com a realidade, de maneira que permita evitar ou corrigir perigosos desvios na sua utilização”. <sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> *Forma e realtà della persona giuridica*, trad. de Marco Vitale, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1966, p. 95.

<sup>16</sup> “Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital a través del disregard of legal entity”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 1989, 26/104.

<sup>17</sup> *Revista dos Tribunais*, 410/15.

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> *Direito processual civil e direito privado, ensaios e pareceres*, São Paulo, Saraiva, p. 165.



Disso tudo se extrai que a *desconsideração da personalidade jurídica* “visa a desvendar os sócios, através da pessoa jurídica, e a considerá-los como dominantes da sociedade, uma entidade ostensiva por eles constituída”.<sup>20</sup> Nesta medida, e na feliz expressão de Clóvis Ramallete, ela “dá transparência ao que parece opaco”, opinião que também se encontra em João Casillo, para quem “quando se fala, por outro lado, em desconsideração da pessoa jurídica, é porque a própria entidade é que foi desviada da rota traçada pela lei e pelo contrato. A sociedade é utilizada em seu todo para mascarar uma situação, ela serve como véu, para encobrir uma realidade”.<sup>21</sup> Assim, a *disregard doctrine* constitui relevante “técnica casuística (e, portanto, de construção pretoriana) de solução de desvios de função da pessoa jurídica, quando o juiz se vê diante de situações em que prestigiar a autonomia e a limitação da responsabilidade da pessoa jurídica implica sacrificar um interesse que ele reputa legítimo”.<sup>22</sup>

E diz-se casuística porque, conforme reconhece Henry Winthrop Ballantine, os problemas relacionados ao abuso da pessoa jurídica não se resolvem propriamente mediante aplicação, pura e simples, de uma “regra geral” de desconsideração de sua personalidade, “but by a study of the just and reasonable limitations upon the exercise of the privilege of separate capacity under particular circumstances in view of its proper use and functions”<sup>23</sup> —uma vez que são as particularidades do caso concreto, e em especial o modo como se verifica a má utilização, o desvio de finalidade ou a injustiça na manutenção da personalidade jurídica, que determinarão a sua eventual desconsideração—.

Nestas hipóteses —nas quais avultam os de fraude e abuso do direito— parece-nos indubitado que o juiz tem o poder, e, sobretudo, o dever, de indagar se deve desprezar as conseqüências desse ilícito, ou desse abuso, deixando de atingir os verdadeiros causadores daqueles atos, ou se deve “desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos”.<sup>24</sup>

Assim, sempre que argüida a fraude, o ilícito, ou o propósito de prejudicar terceiros, ou mesmo que se possam frustrar direitos ou interesses desses terceiros —aqui incluídos os demais sócios da empresa—<sup>25</sup> o judi-

<sup>20</sup> *Revista dos Tribunais*, 586/10.

<sup>21</sup> *Ibidem*, 528/24.

<sup>22</sup> “Desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor”, *Direito do consumidor*, 5/173.

<sup>23</sup> *On corporations*, Chicago, Ed. Revista, 1946, pp. 292 y 293.

<sup>24</sup> *Revista dos Tribunais*, 410/12.

<sup>25</sup> Fábio Konder Comparato, na obra citada, lembra hipótese do locador pessoa física que retoma imóvel para uso “próprio” de pessoa jurídica, sob seu controle, hipótese em que se daria a desconstituição para resguardar interesse legítimo do sócio.

ciário, conforme observou Lauro Limborço, “esquadrinhando a intimidade da pessoa jurídica, poderá constatar se, na realidade, alguém se serve dela para, confundindo os interesses e o patrimônio da empresa com os pessoais dele, cometer abusos, de modo a causar prejuízos”.<sup>26</sup>

Sobre isso, Arruda Alvim, analisando os casos em que se autorizaria a quebra da personalidade jurídica, destacou a “utilização abusiva da pessoa jurídica, com o intuito de fugir à incidência da lei ou de obrigações contratuais, ou causar fraudulentamente danos a terceiros”.<sup>27</sup> Assim, para que se atinja a verdadeira justiça —esse o pressuposto e norte da aplicação dessa teoria— é preciso que, nestes casos, o juiz ignore a existência da pessoa jurídica, e faça com que o ato, que apenas *formalmente* seria dela, seja imputado diretamente ao sócio.<sup>28</sup>

Nossos tribunais, há muito, acolheram a idéia de que, embora, em princípio, a sociedade não se confunda com a pessoa dos sócios, essa regra não pode ser levada ao extremo de “entravar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do Juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito”.<sup>29</sup> Mais: já se decidiu que

não basta o frio e externo respeito aos pressupostos assinalados pela lei, para permitir que se oculte alguém sob a máscara da pessoa jurídica e desfrute de seus inegáveis benefícios. Acredita-se ter sido encontrado pelos autores e pela jurisprudência o remédio para esses desvios no uso da pessoa jurídica, na possibilidade de prescindir de sua estrutura formal para nela ‘penetrar’ até descobrir seu substrato pessoal e patrimonial, pondo assim a descoberto os verdadeiros propósitos dos que se amparam sob aquela armadura legal.<sup>30</sup>

Citando amplos precedentes, inclusive do Supremo Tribunal Federal, Rogério Lauria Tucci, antes invocado, demonstra que a teoria da descon sideração mereceu acolhida em nossa jurisprudência, aplicada sempre que “os fatos sejam de tal natureza que admitir a ficção de suas personalidades distintas, nas circunstâncias do caso, equivalha a sancionar uma fraude ou promover uma injustiça”.<sup>31</sup>

<sup>26</sup> *Revista dos Tribunais*, 579/25.

<sup>27</sup> *Direito comercial, Revista dos Tribunais*, coleção de estudos e pareceres, 1985, p. 65.

<sup>28</sup> “Desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor”, *Direito do consumidor*, 5/173.

<sup>29</sup> *Revista dos Tribunais*, 238/394.

<sup>30</sup> *Revista Forense*, 188/269.

<sup>31</sup> *Direito processual civil e direito privado, ensaios e pareceres*, São Paulo, Saraiva, p. 163.

E, conquanto tenha nascido nos tribunais, essa desconsideração agora se encontra expressamente prevista na legislação, sendo numerosos os dispositivos que a consagram, sempre no espírito de se evitar que a figura da pessoa jurídica impeça ou dificulte o fazimento da justiça. Assim, a superação da personalidade jurídica, dentre outros dispositivos, é tratada no art. 28 da Lei 8.078/90,<sup>32</sup> que disciplina as relações de consumo e, a rigor, mesmo em matéria ambiental, como no artigo 4o. da Lei 9.605/98: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

Lembre-se, também, que o artigo 50 do Novo Código Civil, dispõe —como regra geral— que “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

O Novo Código Civil, neste particular, prima por consagrar o que doutrina e jurisprudência já haviam anotado acerca da matéria—que a *disregard doctrine*

não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, incólume, para seus outros fins legítimos.<sup>33</sup>

## II. O PRESSUPOSTO DA FRAUDE OU DO ABUSO NO EMPREGO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Mas se é certo, como já acenado, que a desconsideração da personalidade jurídica é expediente que se justifica essencialmente pelo combate à conduta fraudulenta e abusiva, é justamente essa mesma circunstância que imprime ao instituto um caráter excepcional: embora a patologia justifique o emprego

---

<sup>32</sup> “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

<sup>33</sup> Rubens Requião, in *Revista dos Tribunais*, 410/14.

do remédio, a patologia ainda tem caráter de exceção e não se presume. Vale dizer: do correto emprego do instituto depende sua própria valorização, de tal sorte que o uso indiscriminado da teoria e das normas jurídicas que a positivaram poderia produzir efeito muito diverso do que o sistema pretende.

Sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco escreveu que

Conforme lição incontrastada dos próprios arautos da *disregard doctrine*, ela foi concebida e legítima-se no objetivo de *afastar a fraude que através da personalidade jurídica se perpetra contra terceiros*. Ela não é e não pretende constituir-se em aniquilação dessa tradicional e arraigada categoria jurídica (que, ademais, está inculpada no direito objetivo e não pode ser assim pura e simplesmente banida: CC, artigos 13 ss.). Nem poderia valer como pura e simples negativa de vigência à regra da *responsabilidade limitada*, que integra a própria essência das sociedades por quotas (*cf.* dec. n. 3.708, de 10.1.19, artigos 9o. e 10). Continua em vigor e eficaz o artigo 20 do Código Civil, com a regra de que “as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros” – reputando-se sempre extraordinárias as situações em que tal distinção se desconsidera.<sup>34</sup>

E mais:

Também em sede pretoriana, na aplicação da *disregard of legal entity* desde o começo foi sempre a identificação de alguma fraude, ou intenção de lesar, que levou e tem levado os tribunais brasileiros, caso por caso, a afastar os óbices que às vezes a personalidade jurídica opõe ao cumprimento dos desígnios do direito material e efetiva realização da justiça.

Nessa perspectiva de combate à fraude, a aplicação das novas idéias trouxe em si, desde o início, a marca da *excepcionalidade*: a jurisprudência há de enfrentar-se continuamente com os *casos extremos* em que resulta necessário averiguar quando pode prescindir-se da estrutura formal da pessoa jurídica para que a decisão penetre até o seu próprio substrato e afete especialmente os seus membros.

Não fora excepcional e a aplicar-se prudentemente em casos de efetiva fraude a terceiros, o novo pensamento seria violador da ordem jurídica, desconsiderando o que ela institui (CC, artigos 13 ss.) e responsabilizando sócios contra o veto expresso em lei.<sup>35</sup>

Tratando do assunto, Fábio Ulhoa Coelho lembra que há duas formulações para a teoria da desconsideração: “a maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma

<sup>34</sup> *Fundamentos do processo civil moderno*, 4a. edi., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 1181.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 1182.

de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial”.<sup>36</sup> Nas palavras do ilustre comercialista, a teoria maior da desconsideração

elegeu como pressuposto para o afastamento da autonomia patrimonial da sociedade empresária o uso fraudulento ou abusivo do instituto. Cuida-se, desse modo, de uma formulação subjetiva, que dá destaque ao intuito do sócio ou administrador, voltado à frustração de legítimo interesse do credor.<sup>37</sup>

E mais:

A teoria da desconsideração visa coibir fraudes perpetradas através do uso da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Sua aplicação é especialmente indicada na hipótese em que a obrigação imputada à sociedade oculta uma ilicitude. Abstraída, assim, a pessoa da sociedade, pode-se atribuir a mesma obrigação ao sócio ou administrador (que, por assim dizer, se escondiam atrás dela), e, em decorrência, caracteriza-se o ilícito. Em síntese, a desconsideração é utilizada como instrumento para responsabilizar sócio por dívida formalmente imputada à sociedade.<sup>38</sup>

Procedendo a percuciente exame da legislação brasileira no tocante ao instituto, Ulhoa Coelho lembra que “o primeiro dispositivo legal a se referir à desconsideração da personalidade jurídica é o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 28”. Contudo, atento ao aparente divórcio entre a norma legal e o fundamento principal que sempre norteou o instituto (fraude ou uso abusivo da personalidade jurídica) ressaltou o comercialista que

tais são os desacertos do dispositivo em questão que pouca correspondência se pode identificar entre ele e a elaboração doutrinária da teoria. Com efeito, entre os fundamentos legais da desconsideração em benefício dos consumidores, encontram-se hipóteses caracterizadoras de responsabilização de administrador que não pressupõe nenhum superamento da forma da pessoa jurídica. Por outro lado, omite-se a fraude, principal fundamento para a desconsideração. A dissonância entre o texto da lei e a doutrina nenhum proveito traz à tutela dos consumidores, ao contrário, é fonte de incertezas e equívocos<sup>39</sup> (grifei).

---

<sup>36</sup> *Curso de direito comercial*, 5a. edi., São Paulo, Saraiva, 2002, vol. 2, p. 35.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 44 y 45.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 49.

Prosseguindo nesse exame, Ulhoa Coelho lembra também que “O segundo dispositivo do direito brasileiro a fazer menção à desconsideração é o artigo 18 da Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste). Em duas oportunidades, poderá verificar-se a desconsideração da personalidade jurídica na tutela das estruturas de livre mercado: na configuração de infração da ordem econômica e na aplicação da sanção”. Portanto, prossegue, não há

dúvidas quanto à pertinência da aplicação da teoria da desconsideração no campo da tutela do livre mercado; mas, como o legislador de 1994 praticamente reproduziu, no artigo 18 da Lei Antitruste, a redação infeliz do dispositivo equivalente do Código de Defesa do Consumidor, acabou incorrendo nos mesmos desacertos. Desse modo, a segunda referência legal à desconsideração no direito brasileiro também não aproveitou as contribuições da formulação doutrinária, perdendo consistência técnica.<sup>40</sup>

A terceira referência à teoria da desconsideração, no direito positivo brasileiro, já mencionada neste e no precedente parecer, encontra-se no artigo 4o. da Lei n. 9.605/98, que dispõe sobre a responsabilidade por lesões ao meio ambiente. Como já assinalado, “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. Sobre tal dispositivo, Ulhoa Coelho afirmou que “não cabe criticar o legislador por confundir a desconsideração com outras figuras do direito societário, impropriedade em que incorreu ao editar o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Antitruste”. Mas foi taxativo ao ressaltar: “não se pode, também, interpretar a norma em tela em descompasso com os fundamentos da teoria maior”.<sup>41</sup>

Finalmente, detendo-se agora sobre o Novo Código Civil, Ulhoa Coelho asseverou que

A pesquisa da origem desse dispositivo revela que a intenção dos elaboradores do Projeto de Código Civil era a de incorporar, no direito brasileiro, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, cuja aplicação independe de previsão legal: “Em qualquer hipótese, mesmo naquelas não abrangidas pelos dispositivos das leis que se reportam ao tema (Código Civil, Lei do Meio Ambiente, Lei Antitruste ou Código de Defesa do Consumidor), está o juiz autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ela for fraudulentamente manipulada para frustrar interesse legítimo do credor”.

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>41</sup> *Idem*.

Mas, mais uma vez, advertiu:

Por outro lado, nas situações abrangidas pelo artigo 50 do CC/2002 e pelos dispositivos que fazem referência à desconsideração, não pode o juiz afastar-se da formulação maior da teoria, isto é, não pode desprezar o instituto da pessoa jurídica apenas em função do desatendimento de um ou mais credores sociais. A melhor interpretação judicial dos artigos de lei sobre a desconsideração (isto é, os artigos 28 e § 5º do CDC, 18 da Lei Antitruste, 4o. da Lei do Meio Ambiente e 50 do CC/2002) é a que prestigia a contribuição doutrinária, respeita o instituto da pessoa jurídica, reconhece a sua importância para o desenvolvimento das atividades econômicas e apenas admite a superação do princípio da autonomia patrimonial quando necessário à repressão de fraudes e à coibição do mau uso da forma da pessoa jurídica.<sup>42</sup>

Nessa mesma linha de pensamento, Thereza Alvim observou que “a desconsideração da personalidade jurídica somente pode ter lugar, se de atos praticados por uma ou mais sociedades, resultarem prejuízos a terceiros, desde que tais atos sejam, ainda, incompatíveis com a função da pessoa jurídica”. Assim, “a teoria da desconsideração só pode ser aplicada a casos singulares, extraordinários, quando se fizer mau uso da pessoa jurídica”.<sup>43</sup> Assim também Cândido Dinamarco, já citado, é peremptório ao asseverar que “sem fraude não se desconsidera a personalidade jurídica, sendo extraordinários na ordem jurídica os casos de desconsideração”<sup>44</sup> (grifei).

Marçal Justen Filho, outro doutrinador que se dedicou ao tema, lembrou que,

o abuso da pessoa jurídica indica a atividade atípica, descontrolada e insuportável, não prevista e, até mesmo, imprevisível ocorrente na utilização pelo particular desse instrumental. É esse mesmo risco que acompanha outros instrumentos não jurídicos, técnicos, que o homem tem a esperança de controlar e fazer atuar em seu próprio benefício, ainda que à custa de sacrifícios “suportáveis”.

E advertiu: “o abuso que conduz à desconsideração é o abuso não permitido —ou melhor, não assumido pelo direito e pela comunidade—. É a situação de excessiva ofensa aos princípios jurídicos”.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>43</sup> “Aplicabilidade da teoria da desconsideração da pessoa jurídica no processo falimentar”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Repró 87, julho-setembro 1997, p. 212.

<sup>44</sup> Cf. *Fundamentos do processo civil moderno*, 4a. edi., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 1183.

<sup>45</sup> “Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1987, p. 121.

Preocupações dessa mesma ordem estão expressos no pensamento de Teresa Cristina Pantoja que, ao ensejo do artigo 50 do Novo Código Civil, afirmou:

Desconstituir de modo definitivo, arbitrário e irracional pessoas jurídicas constituídas ao abrigo da lei, e que vêm funcionando em conformidade com a lei, sem evidência de efetivo prejuízo a terceiro detentor de interesse jurídico legítimo — e portanto sem comprovação de uso abusivo do instituto é, muito mais do que atribuir-se uma injustificada resolubilidade ao direito de propriedade, e um preço muito oneroso ao exercício da empresa, vinculá-los sempre, em quaisquer situações, a uma suposta fidedignidade específica—. É erigir-se em concreta e imediata a *responsabilidade social* do empresário, quando nem a Constituição o fez, nem o NCC pretendeu assim qualificá-la, nem muito menos os padrões de auto-sustentabilidade econômica pós-modernos assim comportam.

E mais:

É inegável que a pessoa jurídica tem responsabilidade, assim como seus fundadores, mantenedores, acionistas, sócios e administradores. Mas a responsabilidade tem que ser proporcional e compensatória aos danos decorrentes da violação — omissiva ou comissiva — do *dever geral de boa-fé*. Pensar de modo diferente é dar-se o primeiro passo na rota obscura do autoritarismo e da insegurança jurídica.<sup>46</sup>

Nessa mesma linha de pensamento, o emérito Professor Silvio Rodrigues, conquanto louvando a aplicação da teoria para além das hipóteses legais, é taxativo ao dizer que tal concepção “só deve sê-lo em hipóteses excepcionais, pois, caso contrário, se passasse a ser procedimento rotineiro, iria negar-se vigência ao princípio básico da teoria da personalidade jurídica, consagrado no artigo 20 do antigo Código Civil, segundo o qual a pessoa jurídica tem existência distinta da de seus membros”.<sup>47</sup>

A jurisprudência parece não discrepar desse entendimento quando salienta que

A penhora de bem de sócio de sociedade limitada para satisfação de dívida da pessoa jurídica só deve ser realizada quando presentes condições excepcionais justificadoras. A responsabilidade dos sócios, com aplicação da teoria

---

<sup>46</sup> *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, coordenação de Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro-São Paulo, Renovar, 2002, p. 121.

<sup>47</sup> *Direito civil, parte geral*, São Paulo, Saraiva, 2002, vol. 1, p. 97.



da desconsideração da personalidade jurídica, depende de prova de comportamento impróprio.<sup>48</sup>

Nessa mesma direção, também já se decidiu que “a mera ausência de bens da devedora para penhora não justifica a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que exige fraude na administração”. Assim, “Não se pode confundir a figura da mera devedora pessoa jurídica em dificuldade financeira com a devedora pessoa jurídica que age com fraude na administração”.<sup>49</sup> E nesse mesmo sentido:

A teoria da *desconsideração da personalidade jurídica* pressupõe *prática de fraude* dos sócios das sociedades de responsabilidade limitada em detrimento aos credores, mormente: *abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito*, ou, ainda *má administração* que acarrete o encerramento das suas atividades. Logo, a mera ausência de bens localizáveis para penhora não justifica a aplicação desta teoria.<sup>50</sup>

A aplicação da *disregard doctrine*, a par de ser salutar meio para evitar a fraude via utilização da pessoa jurídica, há de ser aplicada com cautela e zelo, sob pena de destruir o instituto da pessoa jurídica e olvidar os incontestáveis direitos da pessoa física. Sua aplicação terá de ser apoiada em fatos concretos que demonstrem o desvio da finalidade social da pessoa jurídica, com proveito ilícito dos sócios.<sup>51</sup>

Disso se extrai que, como já salientado, a eficácia e o mérito da desconsideração da personalidade jurídica dependem também de seu adequado emprego. Como já fora acenado no tópico precedente e conforme ficou demonstrado neste outro, a desconsideração deve ser feita sempre que a personalidade seja utilizada como forma de fraude ou abuso, com desvio da finalidade social da pessoa jurídica. A desconsideração, como visto, não é medida que se possa ou que se deva banalizar e não é panacéia para todos os males de credores em face de possíveis devedores.

Mesmo nos casos em que a legislação — como no caso da tutela do consumidor e mesmo do meio-ambiente — sugere que a desconsideração possa ser feita pela simples insuficiência do patrimônio daquele que, no

<sup>48</sup> 1o. TACivSP, 2a. Câ., RT 620/122.

<sup>49</sup> 2o. TACivSP, AgrInstr 772.684-00/5, 6a. Câ., rel. Juiz Luiz De Lorenzi, j. 18/12/02). No mesmo sentido: 2o. TACivSP, AgrInstr 617.482-00/7, 6a. Câ., rel. Juiz Luiz De Lorenzi, j. 16.5.2000.

<sup>50</sup> 2o. TACivSP, AgrInstr 737.948-00/0, 3a. Câ., rel. Juiz Ribeiro Pinto, j. 23/04/02.

<sup>51</sup> TAPR, 2a. Câ., RT 673/160.

plano do direito material, ostenta a qualidade de devedor (titular passivo da obrigação), ainda nesses casos a mais autorizada doutrina salienta que a interpretação de tais dispositivos só pode e deve ser feita à luz de todo o arcabouço doutrinário que preparou a incorporação da regra pelo sistema positivo e, assim e de volta ao início, a desconsideração deve ser vista como medida excepcional.

### III. FORMA E OPORTUNIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO

Feitas tais considerações, resta ainda examinar *como* e *quando* a desconsideração pode ter lugar no processo.

A questão apresenta alguma dificuldade na medida em que dela decorre o confronto de dois aspectos paradoxais. De um lado, quando se fala em desconsideração da personalidade jurídica, pensa-se, como já visto, na extensão da responsabilidade patrimonial a quem não figura, no plano substancial, como devedor e, portanto, na invasão — mediante atuação dos meios executivos — da esfera patrimonial de outrem. Por outro lado, para que se opere a desconsideração, como também já visto, é preciso partir da premissa de que há fraude ou abuso a justificar a aplicação desse expediente que, como demonstrado, tem caráter excepcional. E, para partir dessa premissa, exige-se adequada cognição. O problema, portanto, consiste em saber em *como conciliar essas duas circunstâncias*.

O tema não é desconhecido da doutrina. Sobre ele, mais uma vez, Cândido Dinamarco, partindo da excepcionalidade da medida e lembrando Malatesta, escreveu que, conforme tradicional lição doutrinária de conhecimento geral “*o ordinário se presume e o extraordinário se prova*”. Sendo assim,

diante da questão referente à desconsideração da personalidade jurídica, a eventual fraude cometida pelo devedor (ou por sócios da sociedade devedora) é *fato constitutivo*: fato constitutivo do direito da credora a satisfazer-se, excepcionalmente, à custa do patrimônio do sócio. Reside nos eventuais atos fraudulentos a causa que em tese pode conduzir a essa solução extraordinária. Sem fraude não se desconsidera; sem prova, a fraude não pode ser reconhecida.<sup>52</sup>

Lembrando as regras sobre distribuição do ônus da prova no processo, Dinamarco chega à conclusão de que

---

<sup>52</sup> *Fundamentos do processo civil moderno, cit.*, pp. 1186 y 1187.

a credora haveria de provar a fraude, não o contrário. O fundamental eixo de referência do legislador para a distribuição do ônus da prova é sempre, na conhecida lição de Giuseppe Chiovenda, o *interesse*: tem esse ônus aquele sujeito a quem beneficiará o reconhecimento do fato alegado. Se a fraude é alegada pela credora e seu reconhecimento beneficiará a ela, é a ela que cabe o ônus de demonstrar a efetiva ocorrência do alegado fato fraudulento. O contrário violaria frontalmente a regra de distribuição do ônus da prova, contida no artigo 333, inc. I, do Código de Processo Civil.<sup>53</sup>

E mais:

A conclusão só poderia ser diferente se a lei ditasse alguma *presunção de fraude*. Mas como isso inexistente e seria mesmo iníquo, é sempre ao credor que cumpre provar os fundamentos da pretendida desconsideração da pessoa jurídica. Sendo a má-fé considerada excepcional na vida das pessoas, aquele a quem o seu reconhecimento pelo juiz possa aproveitar tem o ônus de prová-la. É da boa doutrina que “la buona fede si presume: chi allega mala fede di un’altra persona deve provarla”. Do direito italiano vem a feliz síntese do conceito de boa-fé: “l’ignoranza di ledere altrui”, dizendo ainda Torrente-Schlesinger ao versarem sobre o artigo 1.147 de seu *codice civile*: “na maior parte dos casos a boa-fé identifica-se com a convicção de haver adquirido um direito sobre a coisa por meio de um título que considerou idôneo, mas não é”. Substancialmente na mesma ordem de idéias, entre nós disse Orlando Gomes: “é possuidor de boa-fé quem ignora o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa”.<sup>54</sup>

Com base nessa irrepreensível linha de argumentação, Dinamarco observa que “Toda vez que se fala em *onus probandi*, no entanto, é preciso pensar na existência de um juiz investido de poderes para pronunciar-se acerca dos fatos probandos e *decidir* sobre direitos e obrigações eventualmente gerados por eles”. Assim, diz o ilustre processualista, seria — como é — “indispensável colocar esses fatos supostamente caracterizadores da fraude ou da sucessão em algum *processo de conhecimento*”, no qual em sentença o juiz declare que a pessoa em questão “é, ou não é, co-titular da obrigação ou mesmo de responsabilidade por obrigação alheia”.<sup>55</sup>

Dinamarco invoca a lição de Limborço, para quem se alguém

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 1187.

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 1194.

pretende atingir aquele que se serve de uma empresa para negociação pessoal, com prejuízo para terceiros, terá de utilizar o processo de cognição previsto nos artigos 282 e ss. do CPC, a fim de que, apurado o dolo, a simulação ou a fraude, possa responsabilizar pessoalmente o fraudador. E, certamente, se não dispuser de prova robusta, esbarrará na interpretação que tem sido dada ao *caput* do artigo 20 do CC.<sup>56</sup>

De fato, essa a conclusão a que se chega quando se atenta para a circunstância de que a invasão da esfera patrimonial depende da existência de título executivo. Sobre isso, Dinamarco, mais uma vez, observou que

Não sendo admissível execução sem título tipificado em lei (CPC, artigos 593 e 596), daí decorre que, em princípio, e salvo casos de sucessão e outros excepcionais, tem legitimidade para figurar no pólo passivo do processo de execução somente o 'devedor, reconhecido como tal no título executivo' (CPC, artigo 568, inc. I). É esse o natural *legitimado ordinário primário*, porque titular da obrigação exequenda e porque já participou do *iter* de formação do título que conduz à execução.<sup>57</sup>

E conclui:

Fora disso (artigo 568, inc. I) e nada demonstrando ao juiz que o terceiro seja um *sucessor* (artigo 568, inc. II) ou que haja buscado fraudar a execução mediante o abuso da personalidade jurídica, não se legitima a sua inclusão como sujeito passivo da execução. Inexistindo título ou qualquer outro provimento jurisdicional que o reconheça como devedor ou mesmo como responsável, de algum modo esse reconhecimento há de ser feito pelo juiz competente e em sede processual adequada. Algum pronunciamento judicial há de ser emitido previamente, mediante instrução razoável, com vista ao possível reconhecimento da legitimidade passiva do terceiro e, mediante isso, a estender a ele a eficácia do título executivo.<sup>58</sup>

Nessa mesma linha de pensamento, Fábio Ulhoa Coelho, já citado, lembra que

Para a teoria maior, o pressuposto inafastável da desconsideração é o uso fraudulento ou abusivo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, únicas situações em que a personalização das sociedades empresárias deve ser abs-

---

<sup>56</sup> *Idem.*

<sup>57</sup> *Fundamentos do processo civil moderno, cit.*, p. 1188.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 1196.

traída para fins de coibição dos ilícitos por ela ocultados. Ora, se assim é, o juiz não pode desconsiderar a separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes senão por meio de ação judicial própria, de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra os sócios ou seus controladores. Nessa ação, o credor deverá demonstrar a presença do pressuposto fraudulento.

E prossegue:

Em outros termos, quem pretende imputar a sócio ou sócios de uma sociedade empresária a responsabilidade por ato social, em virtude de fraude na manipulação da autonomia da pessoa jurídica, não deve demandar esta última, mas a pessoa ou as pessoas que quer ver responsabilizadas. Se a personalização da sociedade empresária será abstraída, desconsiderada, ignorada pelo juiz, então a sua participação na relação processual como demandada é uma impropriedade. Se a sociedade não é sujeito passivo no processo legitimado a outro título, se o autor não pretende a sua responsabilização, mas a de sócios ou administradores, então ela é parte ilegítima, devendo o processo ser extinto, sem julgamento de mérito, em relação à sua pessoa, caso indicada como ré.<sup>59</sup>

Ulhoa Coelho chama a atenção para a circunstância de que:

a teoria maior torna impossível a desconsideração operada por simples despacho judicial no processo de execução de sentença. Quer dizer, se o credor obtém em juízo a condenação da sociedade (e só dela) e, ao promover a execução, constata o uso fraudulento da sua personalização, frustrando seu direito reconhecido em juízo, ele não possui ainda título executivo contra o responsável pela fraude. Deverá então acioná-lo para conseguir o título. Não é correto o juiz, na execução, simplesmente determinar a penhora de bens do sócio ou administrador, transferindo para eventuais embargos de terceiro a discussão sobre a fraude, porque isso significa uma inversão do ônus probatório.<sup>60</sup>

Dessa forma, parece-nos acertada a posição assim defendida pelo ilustre comercialista, no sentido de que

quando a fraude na manipulação da personalidade jurídica é anterior à propositura da ação pelo lesionado, a demanda deve ser ajuizada contra o agente

<sup>59</sup> *Curso de direito comercial*, 5a. edi., cit., vol. 2, pp. 54 y 55.

<sup>60</sup> *Idem*.

que a perpetrou, sendo a sociedade a ser desconsiderada parte ilegítima. Por outro lado, se o autor teme eventual frustração ao direito que pleiteia contra uma sociedade empresária, em razão de manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial no transcorrer do processo, ele não pode deixar de incluir, desde o início, no pólo passivo da relação processual, a pessoa ou as pessoas sobre cuja conduta incide o seu fundado temor. Nesse caso, o agente fraudador e a sociedade são litisconsortes.<sup>61</sup>

E mais:

Assim sendo, percebe-se que mesmo os juízes adeptos da teoria menor da desconsideração não podem simplesmente dispensar o prévio título executivo judicial, para fins de tornar efetivo qualquer tipo de responsabilização contra sócio ou administrador de sociedade empresária. No contexto da teoria menor, o pressuposto da desconsideração não é fraude, mas a insatisfação de credor social. Ora, qualquer que seja o pressuposto adotado para a desconsideração, isso não altera em nada a discussão dos aspectos processuais da aplicação da teoria. Quer dizer, será sempre inafastável a exigência de processo de conhecimento de que participe, no pólo passivo, aquele cuja responsabilização se pretende, seja para demonstrar sua conduta fraudulenta (se prestigiada a formulação maior da teoria), seja para condená-lo, tendo em vista a insolvibilidade da pessoa jurídica (quando adotada a teoria menor).<sup>62</sup>

Esse entendimento, mais uma vez é prestigiado pela jurisprudência, colhendo-se aí a consagração da tese de que

A doutrina da superação ou desconsideração da personalidade jurídica traz questão de alta indagação exigente do devido processo legal para a expedição de um provimento extravagante, que justifique invadir a barreira do art. 20 do CC. Não é resultado que se alcance em simples despacho ordinário da execução, do arresto ou do mandado de segurança, todos de cognição superficial.<sup>63</sup>

Assim também já se decidiu que

os bens particulares dos sócios, em princípio não respondem pelas dívidas contraídas por sociedade limitada dissolvida. De resto, a alegação de culpa ou dolo do sócio que teve seus bens particulares penhorados, para o estabeleci-

---

<sup>61</sup> *Idem.*

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>63</sup> 1o. TACivSP, 2a. Câ., RT 657/120.

mento de sua responsabilidade pela dívida da sociedade, depende de processo de cognição.<sup>64</sup>

No mesmo sentido colhem-se os seguintes pronunciamentos:

Execução penhora bem de pessoa física sócio de pessoa jurídica desconsideração da personalidade jurídica procedimento que permita o contraditório necessidade.

Para que sejam penhorados bens da pessoa física, enquanto sócia de pessoa jurídica, é preciso primeiro desconsiderar a personalidade jurídica, atendidos a seus pressupostos, em procedimento à luz do contraditório judicial.<sup>65</sup>

“A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal, o que torna a sua ocorrência em sede liminar, mesmo de forma implícita, passível de anulação”.<sup>66</sup>

Embargos à execução de multa cominatória. Desconsideração da personalidade jurídica para atingir empresa que não foi parte na ação anterior. Impossibilidade. Nula, a teor do artigo 472, CPC, a decisão que estende a coisa julgada a terceiro que não integrou a respectiva relação processual. A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que reclama o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, o que deve ser demonstrado sob o crivo do devido processo legal. Recurso especial conhecido e provido.<sup>67</sup>

Portanto, de todo o exposto, conclui-se também que a desconsideração da personalidade jurídica, providência cujo acerto e eficácia devem atentar para sua excepcionalidade e para a presença de seus pressupostos (fraude e abuso, a desvirtuar a finalidade social da pessoa jurídica), não pode, não ao menos como regra, ser feita por simples despacho no processo de execução. A cognição para detectar a presença dos citados pressupostos é indispensável e, nessa medida, ao menos como regra, impõe-se a instauração do regular contraditório em processo de conhecimento.

<sup>64</sup> TJMG, *Revista dos Tribunais*, 581/215.

<sup>65</sup> 2o. TACivSP, AgrInstr 698.275-00/7, 10a. Câ., Rel. Juiz Soares Levada, j. 7.6.2001. No mesmo sentido: AgrInstr 688.209-00/2, 10a. Câ., Rel. Juiz Marcos Martins, j. 27.6.2001.

<sup>66</sup> STJ - AgResp 422583-PR, dj. 09.09.2002, p. 00175, Rel. Min. José Delgado, primeira turma, v.u., deram provimento ao agravo regimental.

<sup>67</sup> REsp 347524-SP, dj. 19.05.2003, p. 00234, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, quarta turma, v.u., conheceram do recurso e dar-lhe provimento.

Esse processo de conhecimento que se exige, fique claro, é o processo de conhecimento condenatório, no qual se pretende a formação do título executivo para que, depois, se promova a invasão patrimonial. A via própria assim exigida, portanto, não é necessariamente um processo que tenha por objeto a desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se de “ação própria” no sentido de que aquele cujo patrimônio poderá ser atingido, via desconsideração, deve figurar no processo de conhecimento condenatório para que, também em relação a ele, se forme o título executivo. Em outras palavras e como já dito, não é possível penhorar bens de uma pessoa — como resultado da desconsideração da personalidade jurídica de outrem — sem que, em regular processo de conhecimento condenatório, de cognição plena e profunda, cercada por todas as garantias do contraditório, sejam examinados os pressupostos autorizadores da desconsideração e se imponha a sanção àqueles cujo patrimônio deverá ser impactado na sucessiva execução.



## EL JUICIO ORAL EN EL PROCESO PENAL

José MARTÍN OSTOS

SUMARIO: I. *Palabras previas*. II. *Tribunal y partes*. III. *Principios*.  
IV. *Procedimiento*.

### I. PALABRAS PREVIAS

Terminada la investigación del delito (atribuida a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, según los diversos modelos actuales de justicia penal en el mundo), y tras la denominada etapa intermedia (en la que se ha concretado —al menos, con carácter provisional— la acusación), tiene lugar el juicio oral propiamente dicho.

Entendemos éste no sólo como alternativa al sobreseimiento, o archivo de las actuaciones, sino principalmente como debate público y contradictorio entre las partes para el logro de la convicción del juzgador. Es la etapa en la que se manifiesta en su esencia el sistema acusatorio, con la exigencia de que el pronunciamiento definitivo del tribunal ha de versar tanto sobre el objeto procesal delimitado por las partes como sobre la pena solicitada por éstas.

### II. TRIBUNAL Y PARTES

#### 1. *Tribunal*

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) proclama el derecho de toda persona a ser oída por un tribunal independiente e imparcial para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Artículo 10.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) consagra el derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella.<sup>2</sup> Ello presupone un Poder Judicial independiente, con las debidas consecuencias en materia de organización judicial, competencia, selección del personal judicial, facultades del mismo, etcétera.

La doctrina suele ser pacífica al afirmar que en un proceso penal el órgano judicial encargado de la instrucción debe ser distinto del que conozca del enjuiciamiento y dictado de la sentencia. Incluso en los ordenamientos jurídicos en los que la investigación se encomienda al Ministerio Público, el llamado juez de garantías no coincide con el que más adelante dirigirá el juicio oral. Ambas funciones, pues, se atribuyen a diferentes jueces, con objeto de evitar cualquier posible influencia o prejuicio en la labor del segundo.

En general, suele establecerse un órgano judicial unipersonal para infracciones de menor cuantía, mientras el colegiado —tribunal, como término más apropiado— se reserva para los procesos por delitos más graves.

Por otra parte, algunos ordenamientos jurídicos regulan la institución del jurado. A nuestro juicio, dicho modo de participación popular en la administración de justicia carece hoy de la justificación política de épocas pasadas. Dificilmente puede defenderse la intervención de ciudadanos legos en la decisión de importantes asuntos de índole penal. Solamente en el escalón más bajo de la organización judicial, para el enjuiciamiento de infracciones muy leves, puede explicarse la presencia de ciudadanos no peritos en derecho. En tal sentido, también hay que tender hacia la supresión de jueces sustitutos y de magistrados suplentes. La importante función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado no debe encomendarse a quienes carecen de los debidos conocimientos jurídicos, cada vez más complejos.

También, en todo órgano judicial, como parte integrante del mismo, ha de contarse con la presencia de un fedatario judicial. Con mayor razón en el curso de un juicio oral, ninguna actividad puede ser válida sin la intervención de este funcionario público que, tal como debe acontecer sin excepción con los miembros de la magistratura y de la fiscalía, deberá gozar de plena independencia en el ejercicio de su cometido. Admitir lo contrario en nada coadyuva al logro de un proceso penal acorde con los principios de libertad y justicia; esto es, imparcial y democrático. Por supuesto que ello no está reñido con la utilización en sede judicial de modernos medios mecánicos de reproducción de imagen y de sonido. Es más, su uso será conveniente,

---

<sup>2</sup> Artículo 14.1.

siempre que se garantice, además de la presencia del fedatario judicial, la fidelidad de la grabación y la conveniente custodia del soporte *ad hoc*.

## 2. Partes

### A. Acusaciones

*Pública.* En la actualidad, el Ministerio Público constituye la principal acusación. Los ordenamientos procesales suelen consagrar la figura del fiscal como acusador público en todo proceso penal (a veces, incluso con carácter de exclusividad), con la salvedad de los seguidos por delito privado.

*Particular.* La víctima ha de tener derecho a intervenir en todo proceso que trate sobre el delito sufrido por ella. En nada obstaculiza al eficaz desenvolvimiento de la justicia penal que el ofendido por el delito pueda mantener una acusación; por el contrario, su intervención fortalece la consideración democrática de la justicia. La víctima tiene un evidente interés en el desarrollo de dicho proceso, por lo que ha de facilitarse su intervención.

*Popular.* Aunque en la actualidad esta figura no goza de gran predicamento en el mundo, no hay duda de que su admisión también fortalece la participación popular en la administración de justicia.

Admitir que cualquier persona —física o jurídica—, con las limitaciones oportunas (acreditación de interés, exigencia de fianza...), pueda ejercitar una acción penal, a nuestro juicio en nada perjudica a la justicia.

*Privada.* En los delitos privados (injurias y calumnias contra particulares) suele regularse exclusivamente la intervención de los ofendidos, sin que pueda hacerlo el Ministerio Público (con la excepción, lógicamente, de menores o incapaces).

### B. Acusado

*Edad.* En general, los 18 años cumplidos están considerados hoy día como edad apropiada para alcanzar la mayoría penal. Hasta ese límite, el infractor es sometido a la jurisdicción de menores (con una edad mínima no siempre coincidente, pero que suele oscilar entre los doce y los catorce años).

Entre otras garantías mínimas, éste ha de gozar de defensa y, en su caso, de intérprete.

*Defensa.* La creciente complejidad del derecho, incluido el procesal, unida a la frecuente proclamación constitucional de que los ciudadanos han de tener acceso a la administración de justicia, explica la exigencia de un perito jurídico a quienes desean intervenir en juzgados y tribunales.

Está generalizada la presencia preceptiva del abogado defensor en el proceso penal, con la particularidad de que ha de ser de libre elección por parte del acusado. No obstante, algunos ordenamientos contemplan dos excepciones: la primera, en los delitos de terrorismo, por la grave naturaleza de la infracción (limitación discutible, en nuestra opinión). La segunda, cuando el acusado carece de los necesarios recursos económicos y se le provee de un defensor de oficio gratuito (en algunos países, denominado defensor público).<sup>3</sup>

*Intérprete.* Las dificultades de comprensión y de expresión por parte del acusado han de recibir adecuada atención en el juicio oral. No puede permitirse que tales obstáculos produzcan indefensión. En esos casos, habrá que contar con la presencia de una persona especializada que ayude al acusado en su comunicación eficaz con las partes y con el tribunal.<sup>4</sup>

### III. PRINCIPIOS

La justicia de un país, en cada momento histórico, se inspira en unos principios que, a su vez, son reflejo de los que vertebran su ordenamiento jurídico, el cual corresponde por su parte a un sistema político determinado.

Dicho esto, podemos distinguir entre los principios intrínsecamente procesales, existentes en toda administración de justicia, con independencia del espacio y del tiempo en el que nos situemos, y los principios del procedimiento, que son más coyunturales o producto de una situación histórica.

#### 1. *Principios elementales del proceso*

##### A. *Dualidad de partes*

El más genuino principio procesal lo representa el hecho de dos partes que someten su conflicto a la decisión de un tercero. Ésta es la esencia bá-

<sup>3</sup> A la defensa aluden los artículos 11 DUDH y 14.3 b) y d) PIDCP.

<sup>4</sup> Dice el artículo 14.3 f) PIDCP: durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho “a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal”.

sica del proceso; a partir de ahí se puede levantar toda una estructura de principios. Sin la existencia previa de dos partes sometidas a un tribunal no resulta admisible la concepción del proceso como instrumento dirimente de controversias. La dualidad de posiciones resulta esencial para el proceso.

Cada una de ellas podrá estar compuesta por una pluralidad de individuos. Pero la constitución de dos partes enfrentadas que acuden al órgano juzgador para que, en aplicación del ordenamiento jurídico, dicte la resolución ajustada a derecho y ponga fin al litigio, es fundamental.

### B. *Igualdad*

Implícita con la dualidad se encuentra la igualdad. No resulta aceptable hoy por la sociedad un proceso en el que una parte prime sobre otra. La igualdad de los litigantes (reforzada, además, por dicho principio en los restantes ámbitos de la vida) constituye una exigencia que casi no necesita argumentación en su favor. La misma esencia del proceso, como medio de solución de conflictos, requiere que las partes disfruten de una similar posición.

La igualdad se ha de respetar a lo largo de todo el proceso, siempre que no afecte a su misma seguridad (por ejemplo, en el penal se contempla alguna restricción respecto al secreto de la instrucción). Las partes han de gozar de las mismas posibilidades de derechos, obligaciones, expectativas y cargas.

A nivel internacional, se reconoce que toda persona acusada de un delito tiene el derecho a un proceso en condiciones de plena igualdad;<sup>5</sup> naturalmente, no se introducen distingos entre las diversas etapas del mismo.

### C. *Contradicción*

Además, esta igualdad se ha de manifestar en la posibilidad de rebatir las argumentaciones de la otra parte, sus pruebas y conclusiones. Cada litigante puede alegar los hechos que estime oportunos, proponer los medios de prueba de los que desee servirse y concluir con su petición. A su vez, a cada argumentación de la parte contraria, cada litigante podrá responder adecuadamente, con hechos extintivos, excluyentes o impeditivos.

El brocardo *audiatur et altera pars*, clásica manifestación de la igualdad procesal, consagra en la práctica forense desde antaño la imperiosa necesi-

---

<sup>5</sup> Artículos 10 DUDH y 14.3 PIDCP.

dad de que cualquier parte sea oída en el proceso; en este caso, también la otra, la contraria, es decir, la que mantiene tesis opuestas.

Si a una parte se le negara o restringiera el poder contradecir o desmontar lo afirmado por la contraria, se le estaría limitando su derecho de defensa; se encontraría en desventaja procesal y podríamos afirmar que incurriría en indefensión.

## 2. *Principios del procedimiento*

Al igual que el procedimiento, sus principios revisten un carácter formal y afectan al aspecto externo del proceso. Aún hoy su manifestación no es homogénea en todas las etapas de los diversos modelos de proceso penal existentes en el mundo.

### A. *Oralidad*

Resulta patente la relación de su vigencia con las circunstancias históricas. En los procesos más primitivos (sin textos escritos y con modelos sociales muy sencillos), rigió en exclusividad el principio de oralidad. Más tarde, conforme el ordenamiento procesal se hizo más complejo y la comunidad mejoró su organización, el principio de escritura llegó a alcanzar un protagonismo destacado. Sin embargo, en la actualidad se observa un manifiesto retorno a la oralidad, que se puede explicar como comprensible reacción ante la exagerada presencia anterior de su principio contrario.

Su predominio produce como consecuencia la vigencia de otros principios en el procedimiento; de este modo, la inmediatez, la publicidad y la concentración se encuentran en estrecha relación con el diseño mayoritario de un proceso oral.

Naturalmente, cabe preguntarse cuál de los dos, oralidad o escritura, es más adecuado y, en suma, preferible para una acertada justicia penal. La respuesta no es fácil, aunque sí se pueden efectuar algunas observaciones. Una de ellas es el carácter efímero y temporal de lo oral, frente a la seguridad y permanencia del texto escrito; como dice el aforismo: *verba volant, scripta manent* (“las palabras vuelan, lo escrito permanece”). Por otra parte, en determinadas actuaciones (por ejemplo, la declaración de un testigo) la oralidad presenta incuestionables ventajas en orden a su libre práctica, especialmente en relación con su valoración, que no ofrece la escritura.

### B. *Inmediación*

En razón del mismo, se consagra la proximidad del juzgador con las partes y con el material del proceso, facilitándose en gran manera el dictado de la resolución definitiva en su momento. A su favor se alega que resulta imprescindible para poder actuar con acierto, especialmente en lo relativo a la valoración de ciertos medios de prueba (por ejemplo, el testigo y la declaración del acusado).

En los órganos judiciales colegiados, estimamos necesaria la presencia, sin exclusiones, de todos los miembros del tribunal a lo largo del proceso penal. En consecuencia, no nos parece acertada la práctica, contemplada en algunos textos procesales, de exigir en ciertas diligencias solamente la presencia del magistrado ponente.

La vigencia de este principio se percibe claramente en el modelo procesal penal acusatorio, en el que las actuaciones han de celebrarse en presencia directa del juzgador. Tampoco encontramos su versión pura en las manifestaciones más primitivas de administración de justicia, tal como acontece aún hoy en el seno de las minorías étnicas.

### C. *Concentración*

A las partes se les permite alegar, contestar, probar y concluir sobre la marcha, en la misma sesión, con la ventaja de lo actuado recientemente, a la vista de los hechos y de las pruebas de la contraria. Al tribunal se le facilita la valoración del material fáctico y probatorio aportado por los litigantes; recuérdese lo afirmado más arriba sobre la inmediatez.

De nuevo, se percibe relación con el principio de oralidad; difícilmente un procedimiento escrito permite en la práctica la concentración de actuaciones procesales.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama que toda persona acusada de un delito debe ser juzgada sin dilaciones indebidas (artículo 14.3 c). Aunque ello afecta principalmente a la etapa de investigación, también es de aplicación durante el juicio oral, pudiéndose considerar que la concentración de actuaciones durante esta fase es una manifestación de dicho derecho.

#### D. *Publicidad*

El que las actuaciones del juicio oral de un proceso penal sean públicas constituye hoy día una exigencia ineludible, tanto en los ordenamientos nacionales como en los instrumentos internacionales.<sup>6</sup>

En síntesis, la publicidad obedece a la conveniencia de control y de aceptación por la comunidad respecto de la justicia que se administra en su seno. Desde tiempos primitivos el pueblo ha estado siempre presente. En efecto, bajo el cobijo de un árbol, en el foro romano, en el atrio de la iglesia o, más tarde, en los edificios especialmente contruidos para dicha función, los miembros del grupo social han podido presenciar la ceremonia de administración de justicia.

Sin embargo, tampoco han faltado ejemplos de justicia penal administrada bajo secreto, con restricción de la presencia popular (en general, las actuaciones de la Inquisición). Incluso, en tiempos más recientes, algunos ordenamientos jurídicos han regulado de forma sistemática celebraciones a puerta cerrada, cuando no con juzgadores ocultos (los llamados “jueces sin rostro”, de nefasto recuerdo en el Perú de los años noventa del pasado siglo).

En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos se contemplan algunas posibilidades de restricción de la publicidad en la justicia penal. Suelen ser situaciones excepcionales. En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge que: la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia (artículo 14.1).

#### E. *Impulso*

El proceso avanza de oficio, sin necesidad de que las partes lo insten, con plazos improrrogables. Como instrumento estatal para la resolución de controversias, no debe dejarse su impulso a la libertad de los litigantes, máxime cuando se trata del penal, que versa generalmente sobre situaciones indisponibles.

Si las partes no actúan, pierden o desaprovechan oportunidades de ejercer derechos, exigir obligaciones o levantar cargas, pero el proceso no se

---

<sup>6</sup> Artículos 10 y 11 DUDH y 14.1 PIDCP.



paraliza por su inactividad. Este principio está relacionado con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

#### *F. Preclusión*

La propia naturaleza y configuración del proceso exigen igualmente que se desarrolle de modo gradual, de forma que el fin de una etapa significa el comienzo de la siguiente. Los plazos transcurren sin retorno.

Este principio se relaciona con el anterior, el de impulso. El proceso avanza continuamente, pero, como vimos, lo hace de oficio. Ambos principios se complementan; el avance, consustancial al propio instrumento estatal de administrar justicia, se realiza por impulso de su titular en última instancia, esto es, del Estado.

### *3. El principio acusatorio*

Como manifestación del sistema acusatorio, en contraposición al inquisitivo, la doctrina se refiere a este principio como inspirador principal del actual modelo penal acusatorio. En virtud del mismo, durante el juicio oral, las partes gozan de un protagonismo patente. Son ellas las que deciden si hay o no juicio oral, pues si no acusan, no puede celebrarse el mismo. Además, delimitan el objeto del proceso; es decir, deciden sobre qué ha de pronunciarse el tribunal, incluido el límite máximo de la pena, que no se puede sobrepasar.

Dando por admitido que el órgano encargado del enjuiciamiento ha de ser diferente de la acusación (y, a su vez, ésta de la defensa), el carácter acusatorio del sistema penal actual reconoce a las partes el derecho de decidir sobre la persecución o no de un ilícito penal, así como sobre los límites del pronunciamiento.

## IV. PROCEDIMIENTO

### *1. Audiencia saneadora*

Paulatinamente se asiste a la regulación en los ordenamientos jurídicos de una actividad procesal al comienzo de la vista oral, que suele denominarse audiencia saneadora. Se persigue aprovechar dicho momento para el planteamiento de determinadas cuestiones que, de ser estimadas, podrían afectar

incluso a la continuación o no del juicio oral, con el consiguiente ahorro de tramitación.

De este modo, las partes pueden alegar la violación de un precepto procesal esencial durante la etapa de investigación anterior, incluso de un derecho fundamental. También, cabe la alegación de cuestiones previas o artículos de previo pronunciamiento para la continuación del proceso (falta de jurisdicción, competencia, nulidad, cosa juzgada, litispendencia), así como la aportación en ese momento de nuevos medios de prueba, denuncia de una prueba ilícita propuesta, conformidad por parte del acusado con los hechos y con la pena solicitada, etcétera.

Razones de sentido común, a las que no es ajena la economía procesal, explican la conveniencia de esta figura, sin tener que aguardar al momento definitivo del proceso para dar debida respuesta a cuestiones que deben recibirla antes; hemos de liberarnos, con prudencia, de un encorsetado y excesivamente riguroso procedimiento.

## 2. *Conformidad*

Los ordenamientos jurídicos que admiten la conformidad como eficaz medio de terminación del proceso penal suelen regularla antes del comienzo del juicio oral, tan pronto como el acusado conoce los hechos que se le imputan y la pena solicitada. De ese modo, se obtiene el reconocido efecto de economía procesal.

Sin embargo, nada debe impedir que la misma se pueda producir al comienzo del propio juicio oral (antes de la práctica de las pruebas, las calificaciones definitivas y los correspondientes informes de las partes). Igualmente, implicaría el fin del proceso, con el inmediato dictado de la sentencia.

Ahora bien, al igual que cuando tiene lugar en anterior momento procesal, estimamos que debe estar prevista solamente para infracciones no muy graves. En este sentido, parece razonable el actual límite español de conformidad vinculante (delitos castigados con pena privativa de libertad de hasta seis años).

Ni qué decir hay que, para su válida convalidación judicial, el acusado ha de manifestar claramente su inequívoco reconocimiento de los hechos imputados, así como su aceptación de la mayor de las penas solicitadas por las acusaciones, si fueran varias. También, ha de contar con el acuerdo expreso de su defensa.

Si se trata de varios acusados, todos ellos han de conformarse; de lo contrario, el juicio oral continuará. También proseguirá éste si el acusado

acepta la responsabilidad penal, pero no la civil (en aquellos ordenamientos que permiten la acumulación de ambas acciones derivadas del delito). Obviamente, si no se produce una válida conformidad se procederá a la práctica de la prueba.

### 3. *Pruebas*

La doctrina científica y de los tribunales coincide en destacar la importancia de la etapa probatoria durante el juicio oral, en detrimento de las diligencias practicadas a lo largo de la investigación. Sin embargo, a nadie se le oculta el destacado papel de éstas. En efecto, en numerosas ocasiones la prueba a practicar en el juicio oral encuentra su firme apoyo en el resultado obtenido en la investigación del delito (tanto en los documentos, vestigios y pruebas de convicción recogidos como en la inspección judicial realizada, y especialmente en el testimonio de quienes entonces comparecieron como imputado, testigos, peritos y agentes de la autoridad).

Admitida, pues, la trascendencia procesal de la investigación del delito, de cara al futuro enjuiciamiento del mismo —de ahí la importancia del órgano al que se atribuya su dirección—, ha de reconocerse que la práctica de las pruebas durante el juicio oral ha de responder a las exigencias de un proceso con todas las garantías; es decir, a un proceso equitativo. Habrán de ser examinadas y libremente debatidas en el juicio oral, conforme al principio de contradicción.

Al respecto, son convenientes mostrar ciertas puntualizaciones (nos limitamos a algunos aspectos de especial interés, pues no es ésta la ocasión para realizar una extensa exposición de la materia probatoria).

#### A. *Medios de pruebas*

##### a. Declaración del acusado

Varios son los aspectos a tener en cuenta en relación con el acusado durante el juicio oral de un proceso penal.

Sin duda alguna, el primero de ellos es la exigencia de su presencia física a lo largo del desarrollo de las sesiones del juicio oral. Éste es un requisito de ineludible cumplimiento, salvo que con su inadecuado comportamiento altere el orden de la sala y, en consecuencia, provoque su expulsión de la misma.

Ello constituye una manifestación fundamental, no sólo del derecho a conocer la acusación formulada contra él y a poder manifestar lo que estime oportuno al respecto, sino también a un proceso con todas las garantías, que ha de partir de la premisa de que el acusado ha de estar presente durante el juicio oral seguido contra él.

Ni siquiera para infracciones de escasa gravedad debería contemplarse lo contrario. En el supuesto hipotético de que se celebrara un juicio oral sin la debida presencia del acusado, habrá de establecerse un posible recurso posterior, por lo que tampoco sería admisible argumentar la justificación de economía procesal.

Además, el acusado tiene derecho a ser oído, con justicia; esto es, con todas las garantías<sup>7</sup> (entre ellas la defensa, contemplada más arriba). Con mayor razón, la declaración libre y voluntaria del acusado en el juicio oral (con abogado e informado de sus derechos) puede utilizarse como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

También, el acusado tiene derecho a guardar silencio, al igual que a no reconocerse culpable, lo que presupone que la acusación intente buscar argumentación sin recurrir a elementos de prueba obtenidos bajo presión, o con desprecio a la voluntad del acusado, pues ambos derechos están estrechamente ligados a la presunción de inocencia.<sup>8</sup>

Por último, merece atención el supuesto de la declaración del coacusado. Por un lado, no puede ser obligado a declarar, en cuanto que puede perjudicarse a sí mismo, pero, por otro, en relación con los restantes acusados, es un testigo. Su declaración, en su caso, habrá de valorarse con cautela, atendiendo a diversas posibles consideraciones (exculpación de su persona, perjuicio para otros acusados, etcétera).

## *b. Testigos*

El acusado debe tener la oportunidad, adecuada y suficiente, de impugnar cualquier testimonio de cargo que pudiera ser utilizado en su contra como elemento de prueba principal, e interrogar al declarante, aunque algunas circunstancias especiales hacen que resulte difícil, y hasta imposible, repetir en la audiencia pública las declaraciones realizadas durante la fase de instrucción.

En este sentido, a nivel internacional, se reconoce a toda persona acusada de un delito el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de

<sup>7</sup> Artículos 10 y 11 de la DUDH y 14.1 del PIDCP.

<sup>8</sup> Artículo 14.3 g) del PIDCP.

cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.<sup>9</sup>

Además, en relación con la testifical en el juicio oral, debemos detenernos en dos aspectos de interés.

El primero se refiere a la afirmación de algunos autores en el sentido de que en el proceso acusatorio propiamente dicho queda excluida la posibilidad del testigo de referencia. No encontramos argumento sólido en el cual apoyar dicha opinión. En efecto, el tribunal deberá valorar adecuadamente la declaración de cada testigo, con independencia de si se trata de referencia o no; *a priori*, su testimonio es válido, si no existe otro motivo que lo tache, aunque el juzgador deberá apreciar adecuadamente el mismo.

También, el testigo protegido requiere un comentario. Las deplorables circunstancias de algunos países, en orden a la falta de seguridad, inducen a algunos sectores a preconizar una defensa férrea del anonimato de este testigo, por temor a las represalias. Sin embargo, nadie discute el derecho de todo acusado a la defensa, y en ella ha de incluirse el conocer e interrogar sin límites al testigo, especialmente al de cargo. El peligro del testigo en determinados procesos (en general, los referidos a criminalidad organizada) es un problema de índole política y de orden público. Un Estado, social, democrático y de derecho no puede renunciar a la exigencia de un proceso con todas las garantías, sin exclusiones.

### c. Otras pruebas

La pericial, la documental y la inspección ocular, en general, no presentan particularidades especiales durante su práctica en el juicio oral. Suelen haber tenido lugar en la etapa de investigación, procediéndose ahora solamente a su ratificación, explicación o ampliación del informe.

Por lo que respecta a los indicios, lógicamente no es absoluto el derecho de una persona a ser considerada inocente y a exigir a la acusación que pruebe todas las alegaciones que presente en su contra, pues las presunciones de hecho o de derecho están contempladas en todos los sistemas jurídicos y, en principio, no están prohibidas, siempre que los Estados se mantengan dentro de unos límites razonables, atendiendo a la importancia de la materia en cuestión y respetando el derecho de defensa.

---

<sup>9</sup> Artículo 14.3 e) del PIDCP.

### B. *La prueba anticipada*

Ha de gozar de todas las exigencias legales correspondientes a cualquier diligencia de prueba practicada durante el juicio oral, aunque se practique antes. En todo caso, su práctica debe llevarse a cabo ante el tribunal sentenciador, por lo que ha de tratarse de una de las pruebas propuestas en los escritos de calificación de las partes.

Cabe la posibilidad de que los miembros que conformaron el tribunal en el momento de la práctica anticipada de la prueba no coincidan en su totalidad con los que, finalmente, formen parte del mismo (jubilación, traslado, fallecimiento, entre otros). Ello no afecta a la valoración de la prueba, pues el órgano judicial es el mismo; además, se debe haber documentado la práctica de la prueba anticipada.

Dicha práctica anticipada ha de rodearse de todas las garantías de la prueba practicada durante la sesión oral ordinaria del juicio, por lo que, igualmente, le son aplicables todos los principios inspiradores de esta etapa procesal (expuestos con anterioridad).

A nuestro juicio, esta modalidad puede resultar bastante aconsejable en el supuesto del menor de edad, para evitar la repetición de testimonios con la consecuente repercusión en el normal desarrollo psicológico del afectado.

### C. *La prueba de oficio*

Como hemos afirmado en otro momento, hoy el sistema acusatorio se extiende por el mundo de modo predominante, por lo que muchos autores consideran la prueba de oficio como una manifestación del sistema inquisitivo. Se parte de la base de que es a las partes a quienes corresponde con exclusividad la aportación de los hechos y de las pruebas en el proceso, debiéndose limitar el tribunal a dirigir éste, velando por el respeto a la ley y por el dictado de la resolución última, sin que quepa admitir que se inmiscuya en un terreno propio de aquéllas. Se tiende a equiparar el proceso penal con el civil, revistiéndolo de un carácter dispositivo.

Sin embargo, la cuestión no es completamente pacífica. En efecto, para un sector de la doctrina (en el que nos encontramos), en ocasiones, puede resultar conveniente —incluso, necesario— el acuerdo de que se practique de oficio una prueba; naturalmente, siempre que no se aporten de oficio hechos nuevos al proceso, sino que la misma se produzca sobre el material fáctico alegado por las partes, del cual el tribunal tiene conocimiento. En

efecto, no se trata de aportar hechos, sino de comprobar la prueba de los alegados. De este modo, la prueba aportada es neutral (ni de cargo ni de descargo), siendo, además, susceptible de contradicción.

Menos discutibles aún resultan las preguntas efectuadas por el tribunal al acusado y a los testigos durante la vista oral. Al versar sobre los hechos debatidos, persiguen obtener la convicción judicial. Con ellas no se infringe el derecho a un proceso con todas las garantías; por el contrario, se sirve a éste.

Además, alegar la debida igualdad de las partes no siempre es acertado. Acusadores y acusados pueden estar en posición desigual, según los distintos medios que tienen, especialmente cuando quien ejercita la acción es un organismo público, como el Ministerio Fiscal, dotado de una estructura de actuación superior a la de la defensa.

La función punitiva del Estado sólo debe proceder contra el verdadero autor del delito, no debiéndose condenar a un acusado considerado inocente, aunque éste no haya sido defendido adecuadamente (o si existe alguna atenuante, cuando no haya sido alegada por la defensa). Mantener otra tesis conduciría a una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana, obligando al tribunal conscientemente a condenar a un inocente que no alegó un dato, o a condenar más gravemente a una persona debido a que su abogado no actuó con la debida diligencia.

#### 4. *Calificaciones definitivas e informes*

##### A. *Calificaciones definitivas*

Con ésta u otra denominación, las partes concluyen sus alegaciones, delimitando definitivamente el objeto del proceso penal, sobre el cual ha de pronunciarse el juzgador en su sentencia.

Ello significa que el tribunal ha de ceñirse a los hechos alegados por las partes, así como a la persona a la que se imputa su comisión. Ahora bien, puede plantearse el caso de que, a juicio del tribunal, la calificación jurídica de las acusaciones sea errónea, con la consecuente repercusión en el bien jurídico protegido; es decir, que la tesis judicial no coincida con la sustentada por la acusación; inevitablemente, el juzgador estaría abocado al dictado de una sentencia absolutoria, máxime en un sistema de naturaleza acusatoria. Ante esa eventualidad, parece razonable que el tribunal traslade su convicción a las acusaciones, por si éstas desean modificar sus calificaciones definitivas. Si así fuera, deberá suspenderse el proceso y concederse un

nuevo plazo a las partes (especialmente a la defensa) para la preparación de sus últimos alegatos.

### B. *Informes*

La exposición-resumen de las argumentaciones de cada parte; es decir, los informes últimos de éstas, ya próximos a la terminación del juicio, ha de ser necesariamente de forma oral.

Ha de versar tanto sobre la prueba practicada en el juicio oral como sobre las calificaciones expuestas en el mismo; en el fondo, consiste en hacer hincapié en lo expuesto con anterioridad, ahora con mayor extensión.

### 5. *Derecho a la última palabra*

El juicio oral no concluye hasta que el juez o presidente del tribunal considera que ha terminado el debate. A tal efecto, pronuncia el visto para sentencia (o expresión equivalente; manifestación de que ya no se admiten más intervenciones). Cualquier incidencia que se produzca antes de ese momento preclusivo ha de considerarse con validez procesal, dentro del juicio oral; deberá ser tenida en cuenta de cara a la resolución judicial definitiva. Tal sucede con la posible declaración del acusado, en el ejercicio de su derecho a la última palabra, como manifestación de su derecho a la defensa.

Aunque la realización de una acertada audiencia saneadora, seguida de un normal desarrollo del juicio oral (con la oportuna declaración del acusado, práctica de pruebas, calificaciones definitivas e informes orales), no harían necesaria, en este último momento procesal, la intervención oral del acusado, nada impide que en la práctica se admita dicho acto —de carácter más bien simbólico—, reconociéndole la posibilidad de decir lo que estime que puede ayudar para su defensa. En este sentido, cualquier manifestación que realice el acusado, así como cualquier aclaración o explicación, incluso no solicitada, ha de ser tenida en cuenta.

En el supuesto de varios coacusados, ha de admitirse la posibilidad de intervención por su orden, sin retorno ni derecho a réplica. Lógicamente, puede producirse el caso de manifestaciones contradictorias y, sobre todo, acusatorias para los demás.

Hágase uso o no por parte del acusado de su derecho a la última palabra, termina el juicio oral; a partir de ese momento se queda a la espera del dictado de la sentencia.



## LA TEORÍA DEL CASO EN EL PROCESO PENAL ADVERSARIAL

Víctor Manuel BEDOYA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las etapas procesales*. III. *La verdad en el proceso penal*. IV. *La justificación de la teoría del caso*.

### I. INTRODUCCIÓN

Antes de explicar qué significa estrategia de litigación, o más significativamente, si es importante contar o realizar una litigación estratégica en el proceso penal, es fundamental recordar que

...la mayoría de los países latinoamericanos herederos de los modelos de justicia criminal europeo-continental migraron del modelo inquisitivo hacia modelos mixtos, donde se separó la función de investigación de la de juzgamiento, quedando sin embargo ambas radicadas en el Poder Judicial. De este modo nació la figura del juez instructor, distinto del juez sentenciador, como una forma de acrecentar el nivel de imparcialidad del juzgador. Parte de este esfuerzo avanzó luego hacia la creación de fiscales a cargo de poner en movimiento la acción penal, pero sometidos a investigaciones realizadas finalmente por jueces. El último paso que varios países de la región han dado ha sido el dotar a los fiscales del Ministerio Público de las atribuciones de dirigir las investigaciones criminales en forma exclusiva, conducir el accionar de la policía, presentar acusaciones, y sostener la pretensión penal en juicio...<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Blanco, Rafael *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Chile, Lexis-Nexis, 2005, p. 7, citando a Maier, Julio, *Reformas procesales en América Latina*, Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1993; Pereira, Anthony W., "Authoritarian Legalism: Explaining Judicial Reform Outcomes in Argentina, Brazil and Chile", *Human Rights Review*, 4, 2003; Dakolias, María, "A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America", *Virginia Journal of International Law*, 36, 1995, pp. 167-231.

Sin embargo, la “historia del cambio” (para que nada cambie) no me dejó convencido, con lo cual repasé el marco de justificación teórica que impone el estudio y desarrollo de una nueva lógica y destreza en la litigación penal, encontrando que todos (o casi todos) han llegado a la conclusión de que ello se debe:

1. *Al intento de sustituir un sistema inquisitivo por uno de raigambre acusatoria*

Aquí prevalece la separación de funciones entre la investigación y el juzgamiento, la radicación de la investigación en el Ministerio Público, la creación de tribunales de control de la investigación como instancias distintas de los tribunales de juzgamiento, y la instauración de juicios orales.

2. *A la preparación de los operadores*

Se sostiene que el viejo sistema de enjuiciamiento se caracteriza porque los operadores del sistema de justicia criminal tienen una preparación más o menos artesanal, resaltándose que existe una real y concreta necesidad de capacitación de la justicia criminal.

3. *A las funciones de la defensoría penal pública y el Ministerio Público*

En el nuevo sistema, tanto la defensoría como el Ministerio Público resurgen como instituciones nuevas, lo que indica que los funcionarios designados en dichas áreas deben ser sometidos a procesos de capacitación específicos para el cumplimiento de tales roles.

4. *Al estado de capacitación de los abogados penalistas*

Si a los operadores judiciales se les imputaba falta de capacitación, surge claro que antes de la reforma los abogados penalistas no contaban más que con un muy precario y desarticulado mercado de capacitación de posgrado.

Se sostiene que la idea que quizá más contribuya a entender este estado de cosas anterior al proceso de reforma es que en un sistema de justicia criminal de corte inquisitivo existen pocas razones estructurales para tomarse

en serio la preparación tanto de jueces como de abogados, al menos en el sentido más consistente con la imagen que tenemos de la profesión jurídica.

Para superar este estado de cosas, se debe considerar:

1. Que los incentivos simplemente no apuntaban en esa dirección, y todo más bien parecía invitar a que el sistema se comportara exactamente del modo en que tradicionalmente lo había venido haciendo.
2. Que existen tres buenas razones por las cuales un profesional, “juez o abogado”, en lugar de volver temprano a su casa y disfrutar de su familia o gozar de una buena obra de teatro, preferiría invertir esfuerzo, tiempo y recursos en adquirir nuevos conocimientos y destrezas y, de esa manera, estar en la punta de su disciplina. Estas tres buenas razones son: a) ingresos, b) ascenso y c) prestigio.

Como justificación, se culpa (inexorablemente) al sistema inquisitivo, que se lo califica de “...indulgente con la ineptitud, la ignorancia y la falta de destreza de abogados y jueces...”, y se agrega que ello (indudablemente) era favorecido por la escrituración y el secreto de las actuaciones, argumentándose que antes de la reforma procesal, en su tránsito hacia el sistema acusatorio, un abogado podía perfectamente encontrarse en el tribunal con resoluciones que no entendía, pero que podía responder en la calma de su oficina tras consultar un manual o conferenciar con un colega; al tiempo que los jueces gozaban del refugio de su despacho, y escasamente debían rendir cuentas por sus decisiones; así, podían con total impunidad rechazar el más perfecto argumento jurídico sin haber jamás llegado a entenderlo, simplemente poniendo “no ha lugar” al final de la página u ofreciendo fundamentaciones puramente formales que no se hacen cargo realmente de los argumentos presentados. Por supuesto, se aclara que no se quiere ofender, y se indica que “no... quiere decir que los abogados y los jueces sean ineptos, poco profesionales o ignorantes... pues aun en el entorno de incentivos construido por el sistema inquisitivo, un abogado o un juez puede ser inepto, poco profesional o ignorante, y aun así ser perfectamente exitoso y competitivo...”, culminándose que lo cierto es que

...en el entorno de incentivos del sistema inquisitivo, la mayor preparación profesional no parece hacer gran diferencia, ni ser lo suficientemente rentable como para que valga la pena, desde el punto de vista de los actores, invertir en ella, en desmedro de ocupar tiempo, energía y recursos en las otras destrezas que el sistema sí parece recompensar (como el cultivo de su “llegada” en los tribunales, o el dominio del “trámite”), lo que parece que el nuevo sistema

acusatorio (establecido en nuevo Código Procesal Penal)... está llevando adelante son reformas que están cambiando de manera significativa y profunda ese entorno de incentivos.

Estos cambios se deben fundamentalmente:

1. A la publicidad de los procedimientos, especialmente del juicio oral.
2. Que en esta publicidad de los procedimientos judiciales se instala la vida de los tribunales dentro de la convivencia social y permite que “...los abogados y jueces se encuentran con que su trabajo pasa a estar bajo el escrutinio público, en todos los niveles...”.
3. El sistema acusatorio ha alterado de una manera importante la estructura de incentivos de los operadores jurídicos respecto de la capacitación de la lógica competitiva, pues se encuentra diseñado y basado sobre la base de una importante confianza en la competencia adversarial; esto es, en la idea de que el proceso “y especialmente el juicio” promueve el enfrentamiento intenso entre las partes y apuesta a que esta instancia de confrontación arrojará la mayor cantidad de información sobre el caso, a la vez que depurará la calidad de dicha información, lo que impone: *a)* una nueva metodología de enseñanza; *b)* mayores exigencias a los estudios jurídicos que debieron alterar sustancialmente la organización de su trabajo penal.

Se dice que el sistema acusatorio promueve a que en un entorno de juego justo los abogados exploren todas las armas legales disponibles, investiguen todos los hechos, desconfíen de toda la información (y, por lo tanto, la verifiquen), detecten todas y cada una de las debilidades en el caso de la contraparte (de argumentación y de prueba), construyan su propio caso sobre la base de que la contraparte hará lo mismo y, en consecuencia, cada defecto del caso propio implicará un mayor riesgo de perder, como así de lo que ello genera, pues todo lo que hacen (jueces y abogados) es público (y ante el público).

Desde el punto de vista objetivo, la doctrina entiende que litigar juicios orales “y dirigirlos” es un arte complejo y exigente, y no hay demasiado espacio “por no decir ninguno”, para la improvisación: si los abogados no están preparados, los casos se pierden ante los ojos de todo el mundo; si los jueces no están preparados, las injusticias que ello genera se comete de cara a la sociedad.

Desde el punto de vista subjetivo, que justifica la transformación de la cultura de capacitación de los operadores jurídicos del sistema penal “...hace

el ejercicio de la profesión de abogado y de juez algo extraordinariamente atractivo; profesionalmente más digno y más estimulante, allí donde el sistema inquisitivo ha hecho de la profesión algo más tedioso e indigno”;<sup>2</sup> todo ello solucionable desde la perspectiva de una nueva lógica y destreza en el desarrollo de los procesos penales.<sup>3</sup>

Quiero, al respecto, fijar mi posición, diciendo que si bien es cierto que los fundamentos tienen algo de verdad —desde mi óptica—, no puedo aceptar como válido, ni la justificación basada en la reforma, ni aquella que se sustenta en los aspectos objetivos o subjetivos,<sup>4</sup> reconociendo, sí, que estas nuevas formas de abordamiento en el “estudio del proceso penal”, y la capacitación en el desarrollo de nuevas técnicas, estrategias de litigación o lógica del discurso, se han precipitado con ellas, y cuyos fundamentos trataremos de explicar en las siguientes páginas.

No creo que el diseño del nuevo sistema procesal penal (aun apoyado en el modelo acusatorio) que contempla una fase de investigación informal, a cargo del Ministerio Público, ni su función de representar el interés social —en la persecución del delito— tenga que ver con la necesidad de capacitar nuevas destrezas, pues indicaría que es igual la destreza o técnica del abogado, juez o fiscal, en la etapa preliminar (si es que allí pudiera fundarse

---

<sup>2</sup> Sin embargo, no ignoramos que en la capital federal aún rige un código arraigado al sistema mixto, y cuya estructura no ha impedido que la CSJN haya fijado una posición de garantía de los justiciables, y del ideal de proceso penal, al decir en la causa Santillán, Francisco Agustín s/recurso de casación (S. 1009. XXXII) al interrogante de ¿qué debe entenderse por procedimientos judiciales a los efectos del artículo 18 de la Constitución Nacional?, estableció “...que esa norma exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre muchos otros), y dotó así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base, en consecuencia, el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal (Fallos: 234:270)...”, que evidentemente responde a los nuevos vientos. Creo que es un problema más de hombres que de sistemas.

<sup>3</sup> Baytelman, Andrés A., en “Capacitación como fútbol”, en [http://www.cejamericas.org/sistemas-judiciales/tema\\_central.php?revista=1&idioma=espanol&secc=192&TemaNiv2=192](http://www.cejamericas.org/sistemas-judiciales/tema_central.php?revista=1&idioma=espanol&secc=192&TemaNiv2=192).

<sup>4</sup> No creo que un abogado se ilustre o estudie nuevas lógicas y destreza por el solo hecho de generar un mayor ingreso, ni que un juez lo haga por su exposición pública, o la publicidad de los actos del proceso (se entiende que esto es resultado de nuestra forma republicana de gobierno), ni aun para lograr un ascenso en su carrera, pues la realidad me obvia de mayores comentarios; un breve análisis de lo que acontece en nuestra República, desde 1991 a la fecha hace a las verdades y virtudes de lo que aquí se dice. Es cierto que existe un marcado énfasis en la capacitación, pero lo que antes era escaso (la capacitación de posgrado) hoy es una golosina del mercado, con lo cual estamos al borde del colapso, en un área tan sensible como es la capacitación, tanto docente como de los operadores jurídicos, sean de la justicia, sean de la comunidad de abogados.

una lógica estratégica), a la que se requiere en la etapa de proceso (y al que —injustificadamente— se la denomina “juicio”).

Por tanto, no asiste razón a los autores<sup>5</sup> cuando pretenden justificar su obra en este diseño, sino muy por el contrario: el diseño nos indica que existen distintos niveles, requerimientos y lógicas, y que desde las proposiciones fácticas, normativas o probatorias requieren nuevas respuestas.

Al respecto, y considerando que es casi unánime la recepción normativa respecto de la estructuración de un modelo o método judicial para la persecución de los delitos, en el proceso penal se reconoce como cierto que lo pretendido tiene que ver con aquello que

... logre satisfacer aquel conjunto de derechos y garantías que se erigen a nivel constitucional y a nivel de los tratados internacionales, entre los que se cuentan los derechos a ser juzgado por un tribunal imparcial, imparcial e independiente; y, en el contexto de un procedimiento transparente, donde se respeten los principios de inmediación e inocencia, no se invierta la carga de la prueba ni se presuma la responsabilidad penal, donde se provea de un adecuado servicio de defensa penal, y se diriman los conflictos en el contexto de un juicio público adversarial y oportuno...<sup>6</sup> pero lo que no es cierto es que esta aspiración se encuentre cumplida, o que se encuentre influenciada en mayor o menor medida por el conjunto de habilidades o destrezas de los operadores, sino muy por el contrario, hoy la sociedad está más disgustada que nunca, la seguridad más afectada que nunca, y el mecanismo de control social no encuentra respuestas adecuadas,<sup>7</sup> lo que significa que no estamos

---

<sup>5</sup> Blanco, Rafael *et al.*, *op. cit.*, p.16.

<sup>6</sup> *Idem.*

<sup>7</sup> Para su justificación se dice que la expansión del derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva). Sin embargo, es claro que existen causas algo más profundas, que hunden sus raíces en el modelo social que se ha ido configurando durante, al menos, los dos últimos decenios, y en el consiguiente cambio de papel del derecho penal en la representación que del mismo tienen amplias capas sociales, por lo cual si la existencia de una demanda social constituye un punto de partida real, de modo que la propuesta que acabe acogándose en cuanto a la configuración del derecho penal no habría de eludir el darle a la misma una respuesta también real; y así no es un problema de técnica ni de estrategia, sino de algo más profundo, cual es la reforma del sistema penal, adecuadas a un criterio de realidad más razonable y menos inequitativo, Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 19 y 20.

ante un problema estrictamente procesal, sino también de fondo (el derecho penal está en grave crisis).<sup>8</sup>

Desde lo procesal, y aun con la creación de las distintas escuelas judiciales, centros de capacitación, nueva organización de ONG para el control y apoyo de la modernización del sistema de justicia en América Latina, se advierte que no cubre las necesidades de los pueblos; por lo cual el cambio —en definitiva— parece más un fracaso que una victoria, lo cual —obviamente— no impide reconocer que el nuevo modelo es el ideal, por responder a la idea constitucional de proceso.<sup>9</sup> Resulta innegable que la normatización del método procesal tiende paulatinamente a su estandarización en la estructura, en América Latina<sup>10</sup> y, por tanto, merece todo nuestro total apoyo.<sup>11</sup>

## II. LAS ETAPAS PROCESALES

Desde siempre, “conceptualmente” se entiende al proceso penal como la totalidad de las etapas cumplidas; esto es, abarcativa tanto de la etapa preliminar, la de inicio, la de investigación, la etapa intermedia y de clausura o elevación a juicio, y el juicio propiamente dicho (como sustitutivo del concepto proceso), cuando la realidad nos indica que sólo habrá proceso cuando se

---

<sup>8</sup> Prueba de ello constituye la existencia de una criminalidad organizada que, además, opera a nivel internacional, constituye claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos y los Estados, cuyo fenómeno más exponencial lo constituye el nuevo concepto de “terrorismo” y su consecuente diseño de lucha contra el mismo (que excede el plano de cualquier Estado) y justifico hasta invasión y toma de naciones, en nombre de la humanidad.

<sup>9</sup> Para algunos, el proceso cumple una función pública al constituirse en “...la garantía que otorga el Estado a todos sus habitantes en contrapartida de la prohibición impuesta respecto del uso de la fuerza privada; en virtud de lo cual el Estado organiza su Poder Judicial y describe *a priori* en la ley el método de debate así como las posibles formas de ejecución de lo resuelto acerca de un conflicto determinado...”, posición que comparto, Alvarado Velloso Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, Rosario, Zeus, 2003, p. 38.

<sup>10</sup> Prueba de ello es la estandarización del Manual de Cejas, aplicado en Chile, Panamá, Ecuador, entre otros, cuyo contenido no se advierte haya variado, sino en aquellos aspectos normativos —específicos—, lo que es natural porque el contenido filosófico se mantiene inmanente.

<sup>11</sup> Coincido con Binder, cuando afirma que la naturaleza y fuerza institucional de la reforma procesal penal proviene de su estrecha vinculación con la dinámica del conflicto, con la ineludible inserción social de ese conflicto y con las finalidades políticas de la administración de justicia, vinculadas a la disminución de la violencia y el abuso de poder. Binder, Alberto M., “Presentación”, en Duce y Baytelman, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Fondo de Cultura, 2005.

pueda constituir la serie; esto es, la existencia de un “conflicto intersubjetivo de intereses” llevado al plano del litigio, donde intervendrá (necesaria y obligatoriamente) el Estado para resolverlo a través de un órgano, ajeno a las partes, y que se caracteriza por ser “tercero”, “imparcial, imparcial e independiente”.<sup>12</sup> Dejando de lado la discusión sobre si puede considerarse parte (en el concepto procesal) al Ministerio Público (órgano que el propio Estado creó para instar necesariamente la acción penal), debo decir que coincido con el maestro Alvarado Velloso, cuando sostiene que “...en la historia del derecho procesal no siempre se ha efectuado la distinción entre proceso<sup>13</sup> y procedimiento,<sup>14</sup> no obstante ser de la mayor importancia para comprender el fenómeno procesal. Podemos decir que, desde el concepto puramente jurídico, se “entiende por procedimiento”<sup>15</sup> a la sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí, por virtud de lo cual uno es precedente necesario del que le sigue, y éste, a su turno, consecuencia imprescindible del anterior. Tal actividad existe en toda actividad, privada (orden del día en una asamblea) o pública (procedimiento administrativo, parlamentario, etcétera), lo que no nos dice nada a los fines del estudio que

---

<sup>12</sup> Adolfo Alvarado Velloso entiende que todo conflicto intersubjetivo de intereses puede ser solucionado por cuatro vías diferentes: *a*) por el uso de la fuerza, que debe descartarse a todo trance para mantener la cohesión del grupo social; *b*) por el uso de la razón, que iguala a los contendientes y permite el diálogo: este posibilita lograr una autocomposición directa, que se traduce en una renuncia total del pretendiente (desistimiento) (el supuesto comprende también el del perdón del ofendido en materia penal); en una renuncia total del resistente (allanamiento) y en sendas renunciaciones recíprocas y parciales (transacción); *c*) por el uso de la autoridad de un tercero, que permite lograr una autocomposición (otra vez, desistimiento, allanamiento, transacción) indirecta gracias a la amigable composición o a la mediación del tercero, cuya intervención al efecto aceptan expresa y plenamente los interesados. El supuesto también permite llegar a una heterocomposición privada cuando el tercero (que no es juez, sino árbitro o arbitrador) adopta una actitud decisiva, resolviendo el litigio, y *d*) por el uso de la ley: siempre que los contendientes descarten las soluciones autocompositivas, y dado que no pueden usar la fuerza para disolver el conflicto, deben lograr la heterocomposición pública con la resolución de un tercero que es juez; y, esto se obtiene exclusivamente como resultado de un proceso, siendo la “única alternativa posible en materia penal...”. Varios, *El debido proceso de la garantía constitucional*, Rosario, Zeus, 2003, pp. 32 y 33.

<sup>13</sup> Entendido como una serie de actos procedimentales consecutivos e invariables prestablecido por la ley.

<sup>14</sup> Como veremos, todo proceso contiene un procedimiento, pero no ocurre lo propio a la inversa, pues no todo procedimiento constituye un proceso, siendo ésta una particular distinción a tener en cuenta.

<sup>15</sup> Aquí, se advierte en el caso Santillán, que nuestra CSJN reconoce al procedimiento dentro del proceso, y esto como ejecución y respeto a la garantía que el Estado tiene de dar “un proceso legal debido”.



se realiza, pues sólo se requiere de una consecución de actos;<sup>16</sup> diferenciándose del proceso,<sup>17</sup> que se constituye “...como el procedimiento propio de la acción procesal otorgado por la ley para regular una relación dinámica entre tres personas: quien insta, quien recibe el instar y aquel respecto de quien se insta...”.<sup>18</sup> Este fenómeno —relación dinámica— sólo se da en el ámbito del proceso,<sup>19</sup> no así en aquellos estadios previos, como la investigación preliminar,<sup>20</sup> donde una autoridad u órgano del Estado (el Ministerio Público Fiscal) actúa en forma obligatoria y excluyente, y donde su principal misión se caracteriza por perseguir el delito a través del ejercicio efectivo y obligatorio de la acción pública.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, *Sistema procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, t. I, p. 65.

<sup>17</sup> Entendido desde el concepto puramente lógico, se entiende al proceso como “...medio de discusión de dos litigantes ante una autoridad según cierto procedimiento preestablecido por la ley...”, *ibidem*, p. 66.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>19</sup> Para Zinny, “...el proceso es un sistema reglado de discusión entre dos personas con intereses contrapuestos, colocados en un plano de absoluta igualdad jurídica, frente a un tercero que tiene como función definir los derechos invocados, cuyo elemento objetivo está constituido por la actividad que despliegan los sujetos procesales, tanto los esenciales cuanto los eventuales, que en el ejercicio de sus facultades y derechos y el cumplimiento de sus cargas y deberes, se plasma en los actos procesales, conformando la serie gradual, progresiva y concatenada”, Zinny, Jorge Horacio, *Las partes en el proceso*, en [http://www.egacal.com/upload/AAV\\_JorgeZinny.pdf](http://www.egacal.com/upload/AAV_JorgeZinny.pdf).

<sup>20</sup> En la provincia de Buenos Aires, el Código Procesal Penal en el artículo 56 se establece que “...el Ministerio Público promoverá y ejercerá la acción penal de carácter público, en la forma establecida por la ley, dirigirá a la policía en función judicial y practicará la investigación penal preparatoria...”, de lo que surge su carácter de autoridad y órgano del Estado, cuya función es de carácter obligatorio, y su estructura se instrumenta y reglamenta a través de la Ley Orgánica, 12.061.

<sup>21</sup> Así, el artículo 6 del Código Procesal Penal (texto según Ley 13.943) de la Provincia de Buenos Aires establece que “...La acción penal pública corresponde al Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de la participación que se le concede a la víctima y al particular damnificado...”; en igual sentido, el artículo 5 del Código Procesal Penal Nacional que establece “...La acción penal pública se ejercerá por el Ministerio Fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley...”, siendo una constante de todos los códigos latinoamericanos del que surge que jamás el Ministerio Público podría ser parte, pues —más allá del criterio de objetividad—, es un órgano del Estado, por tanto omnicompreensivo del “deber del Estado de establecer el criterio normativo de ‘debido proceso legal’ (principio de legalidad constitucional)”. Como ejemplo citamos el Código Procesal Penal de Chile (artículo 166 i.2) que establece la obligación de investigar todos los hechos que puedan ser constitutivos de delito, respondiendo al principio de legalidad que impone el derecho penal, y dice: “Cuando el Ministerio Público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio

Podemos decir que la moderna teoría de la prueba exige una clara diferenciación entre la actividad probatoria con la actividad de investigación, verificando si del estudio de dicho acontecimiento surgen relaciones con los postulados que la doctrina asigna a la “teoría del caso”, y que en la etapa de sustanciación (esto es, típica del contradictorio) la recepción de las pruebas cumpla con una delimitación técnica y una arquitectura estratégica, de manera tal que exista una verdadera “programación” probatoria, y donde los actores (las partes) no puedan ser sorprendidos en el debate. Ello significa que tanto el imputado (a través de la defensa) como el órgano de la acusación (a través del fiscal) deben delimitar previamente el “qué”, el “cómo”, el “cuándo” y el “para qué” de cada prueba propuesta, siguiendo el contenido estratégico propuesto en los escritos postulatorios, y que se desnudan en el momento de la presentación del caso.

Ahora bien, conceptualizado al proceso judicial como un “método dialéctico” donde se procura que exista una razonable distribución de oportunidades para llegar a la verdad en el marco dado a las partes, a lo largo de todo su desarrollo, queda claro que el debate procesal sólo existe en la etapa de proceso (denominada juicio), y se caracteriza por ser preordenado (normativamente), y donde los contendientes deben tener garantizado el principio de igualdad de oportunidades (garantía constitucional); por tanto, vemos aquí cómo las normas constitucionales; sustanciales eventualmente aplicables (teoría del delito) a un caso concreto y aquellas que regulan el debate procesal se vinculan a través de la argumentación,<sup>22</sup> cuyos efectos prácticos y decisivos se manifiestan como una actividad intermedia, en la línea de tensión, entre el caso real y las normas que deben regularlo.

Dicho esto, creo que resulta necesario destacar que no existe la teoría del caso, considerada en forma aislada, ni mantiene una misma condición o estructura durante las diversas etapas del proceso penal; así que, en la construcción de una estrategia de litigación, coexiste necesariamente la construc-

---

de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos por la ley...” o el Código Procesal Penal del Perú (artículo IVo.1), que establece “El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba”. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, o el de Colombia (artículo 24), que reza: “La acción penal corresponde al Estado y se ejerce exclusivamente por la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de la investigación y los jueces competentes durante la etapa del juicio, en los términos establecidos en este Código. En casos excepcionales la ejerce el Congreso...”, entre muchos otros.

<sup>22</sup> Esta argumentación no se funda sólo en la teoría del caso, o en la estrategia propuesta para obtener el fin propuesto, sino adecuada a los requerimientos de la Constitución, los enunciados de la teoría del delito, en cuanto le resulte aplicable al caso concreto, y las proposiciones fácticas y probatorias (presupuestos procesales de confirmación).

ción de la teoría del caso, concurrentemente con la verificación exacta de los postulados que indica la teoría del delito, por lo que no basta con identificar las proposiciones fácticas y probatorias, ni aun considerar a las proposiciones jurídicas dentro de la misma categoría, pues ello no es cierto.

Para Binder, aprender a trabajar en sistemas adversariales significa, nada más y nada menos, que fortalecer la capacidad del sistema judicial de reconocer los intereses de las partes y, en este sentido, “humanizarlo”; y agrega que ello “...significa también conectar muchos de los principios fundamentales de defensa de la persona con herramientas concretas y eficaces, pues... si el conflicto es un juego de intereses que no se resuelven en armonía, el juicio deberá ser una estrategia para lograr que alguno de esos intereses triunfe”.<sup>23</sup> Sostiene que la

...idea que parece meramente utilitaria es mucho más respetuosa de la persona humana que aquella que pretende que todos los intereses en conflicto deban ser subordinados a ideas abstractas de verdad o justicia que normalmente esconden la ideología de los jueces o la vana pretensión de su superioridad moral.

El autor considera que aprender a litigar es aprender a controlar la prueba, y en esa actividad se resume buena parte de las garantías judiciales que hoy conforman uno de los núcleos más importantes de los pactos internacionales de derechos humanos, que con apoyo en la teoría de Ihering interpreta que “La finalidad del derecho es la paz, el medio para ello es la lucha”, y agrega: “...la lucha por el derecho se debe desarrollar en la sala de audiencia... a la que califica de “pequeño espacio de civilidad”, sin cuyo “respeto y custodia”, nada tiene sentido como avance de nuestra cultura jurídica mucho más allá que cientos de tratados enjundiosos, por lo cual la enseñanza “...sólo tiene sentido si existen «salas de audiencia»”,<sup>24</sup> lo que significa que más allá de las finalidades del “proceso penal” como un método de búsqueda de la verdad objetiva, la estrategia se resume al desarrollo de un conjunto de habilidades y destrezas tendentes al efectivo control de la prueba en la etapa del debate oral.

---

<sup>23</sup> Agrego que para garantizar el derecho de defensa de las partes el debate debe sujetarse a ciertos principios básicos, que son los de igualdad, bilateralidad y congruencia, con lo cual queda claro que cualquier estrategia o herramienta que se utilice, debe tener presente los postulados básicos constitucionales a que se hace referencia, por lo que la idea de “verdad” o “justicia” pierden potencialidad, y se resume a “certeza” y confirmación de hechos afirmados.

<sup>24</sup> Binder, Alberto M., *op. cit.*

Desde mi óptica, las ideas abstractas de “verdad” o “justicia” a que hace referencia el autor siempre esconderán contenido ideológico de los jueces, lo que aparece como un hecho humano incontestable, y en el entendimiento que Adolfo Alvarado Velloso hace al “prejuicio” como un contenido subjetivo que —necesariamente— afecta la imparcialidad judicial (por ejemplo, el juzgamiento de un cristiano por parte de un juez musulmán, o viceversa; cuando existen graves problemas de carácter religioso, al punto de justificar guerras y exterminios de poblaciones enteras); por lo demás, el concepto de “verdad procesal” dista mucho de lo que hasta aquí se conoce como “verdad material”, “verdad objetiva”, o simplemente “verdad”, conforme se expresará más adelante.

Sin embargo, lo importante es el nexo argumental entre las garantías (de los derechos constitucionales y procesales), la norma penal (como justificación de la teoría del delito aplicable) y el proceso (adecuación del debate a las formas preestablecida por la ley), deben establecerse fijando una adecuada vinculación entre proposición fáctica y proposición probatoria, pues la proposición jurídica resultará sólo importante al tiempo de alegar, y tener por probado los hechos afirmados en la etapa constitutiva del proceso.<sup>25</sup>

Por otro lado, si litigar es aprender a controlar la prueba, y en esa actividad se resumen buena parte de las garantías judiciales que hoy conforman uno de los núcleos más importantes de los pactos internacionales de derechos humanos, entiendo que debemos adecuarla “no al control”, lo que podría ser en la etapa de investigación o instrucción formal, sino a la verificación y orientación de la actividad técnica y estratégica de producir la prueba necesaria para “confirmar”, o lo que equivale a decir que no existe actividad probatoria, sino confirmación procesal de los hechos afirmados en la etapa constitutiva del proceso penal. Recordemos que, desde la óptica del proceso penal, la etapa constitutiva del proceso se provoca con la presentación de la acusación (momento en que procede a la postulación jurídica del caso), y aunque no exista acusación, de igual manera procede cuando se formaliza el pedido de elevación a juicio, pues es aquí donde el titular de la acción pública entiende:

---

<sup>25</sup> Tomado ello estrictamente desde el punto de vista del nuevo sistema, donde el juez sólo debe buscar —con clara imparcialidad en su actuación— el otorgamiento de certeza a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes (aceptando sin más lo que ellos mismos aceptan acerca de cuáles son los hechos sobre los que discuten), con lo que se logra aquietar en lo posible los ánimos encontrados para recuperar la paz social perdida, Alvarado Velloso, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, cit., p. 177.

- a) Que tiene un caso.
- b) Que ese caso responde a un hecho investigado y probado como constitutivo de delito.
- c) Que existe un autor al que se le debe enrostrar la comisión y, por tanto, enfrentar sus consecuencias jurídicas (la posibilidad de sanción penal).
- d) El fiscal tiene construida la proposición fáctica (realizada a través de la instrucción), y sólidamente argumentada la proposición jurídica, por lo cual sólo tiene a su cargo probar la categoría de delito, su punibilidad y responsabilidad del autor, conformando la prueba que confirmará su teoría, pretendiendo que el tribunal acoga sentenciando a la pena que la ley penal impone como sanción.
- e) Que los antecedentes de la investigación sólo resultaron objeto necesario para fundar y argumentar la acusación pero debe tener una estructura lógica y técnica que le posibilite demostrar la verdad de su “afirmación” en la etapa del contradictorio (el juicio oral y público).
- f) Que el imputado no requiere de una participación activa, postuladora de un estado de inocencia que constitucionalmente lo tiene garantizado; por tanto, basta que el perseguidor público no pruebe o no proyecte los medios de pruebas necesarios para confirmar el hecho afirmado, con sus consecuencias jurídicas, para obtener una decisión favorable (la absolución).

Por ello, se concluye que “las garantías judiciales” no se constituyen a través del núcleo de la actividad probatoria y su control; menos aun cuando referimos que a ello se dirigen los pactos internacionales de derechos humanos, pues en realidad nos ponemos en posición antitética al concepto de lo que debe entenderse y resolverse con criterio de verdad, en el proceso penal, sino que es un presupuesto necesario para “convencer al juez” sobre la verdad de una afirmación, que se exterioriza inexorablemente durante el debate, y se justifica metodológica y oralmente en la etapa de alegatos.

En defensa de esta tesis, hago propia la posición de Alvarado Velloso, cuando dice:

...el vocablo prueba... ostenta carácter multívoco y, por tanto, causa equívocidad al intérprete; y... si castizamente el verbo probar significa examinar las cualidades de una persona o cosa y su resultado es demostrar la verdad de una proposición referida a esa persona o cosa —y a salvo su tercera acepción vulgar de justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de una cosa, con razones, instrumentos o testigos— parece que es,

al menos, excesiva la extensión que desde antaño se ha dado en el derecho a la palabra prueba... Y, así, se la usa con diversos significados que muestran entre sí claras diferencias sustanciales que no pueden ser toleradas por la inteligencia media, demostrado con una rápida visión panorámica por la doctrina autoral, donde se advierte que se asignan a la palabra prueba un exacto significado científico (aseveración incontestable y, como tal, no opinable), en tanto que muchos otros —ingresando ya en el campo del puro subjetivismo y, por ende, de la opinabilidad— hablan de:

- acreditación (semánticamente es hacer digna de crédito alguna cosa), y de
- verificación (es comprobar la verdad de algo), y de
- comprobación (es revisar la verdad o exactitud de un hecho), y de
- búsqueda de la verdad real, de certeza (conocimiento seguro y claro de alguna cosa), y de
- convicción (resultado de precisar a uno, con razones eficaces, a que mude de dictamen o abandone el que sostenía por convencimiento logrado a base de tales razones; en otras palabras, aceptar una cosa de manera tal que, racionalmente, no pueda ser negada), etcétera.

Sostiene el autor que

...en estas condiciones, haciendo un uso extensivo del vocablo que, así, resulta omnicomprendido de muchos significados que ostentan diferencias de matices que se exhiben tanto como sustanciales cuanto como levemente sutiles, los códigos mezclan el medio (y el resultado) de la prueba...<sup>26</sup> y, paralelamente no otorgan al juzgador reglas claras para efectuar una adecuada valoración acerca de lo que en realidad puede obtenerse como resultado confiable con cada uno de tales medios, que se muestran siempre hartamente disímiles entre sí...<sup>27</sup>

Lo que se demuestra con el simple hecho tractoprocésal que impone al fiscal realizar la proposición de acusación y la defensa de proposición de resistencia (tesis y antítesis), que se refiere a hechos afirmados según lo actuado en la etapa de investigación o instrucción penal preparatoria, indica claramente que lo que se pretende confirmar (proposición fáctica) pierde de inmediato la calidad de verdad definitiva con la cual pudo ser expresada y se convierte automáticamente en una simple proposición que requiere ser demostrada por quien desea sostenerla, y para ello debe sus-

---

<sup>26</sup> Por ejemplo, la prueba pericial, con el medio confesional, o la documental con el testimonial, etcétera.

<sup>27</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, cit., pp. 166-168.

tentar una adecuada técnica y elaborar una estrategia dirigida a obtener el fin propuesto globalmente; esto es, la sentencia adecuada a lo peticionado en el alegato final.

### III. LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL

Tomando como base que el rasgo distintivo de la jurisdicción —el que la diferencia de toda otra función o actividad jurídica—, es su carácter cognoscitivo, además de prescriptivo, sin duda alguna el problema de la determinación del concepto de “verdad” ha sido uno de los problemas centrales de la teoría del derecho penal moderno.

Coincido con el maestro Ferrajoli cuando indica que

...las leyes, los decretos administrativos y los negocios privados son actos exclusivamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos, cuya validez jurídica depende únicamente del respeto de las normas sobre su producción y cuya legitimación política radica en la representatividad popular y/o en la adhesión a intereses generales, o bien, más simplemente, en la autonomía de sus autores, mas —en cambio—, las sentencias —y no sólo las penales— consisten en comprobaciones de violaciones a la ley. Por ello, exigen una motivación fundada sobre los argumentos cognoscitivos de hecho y reconocitivos de derecho, de cuya aceptación como “verdadera” depende tanto su validez o legitimación jurídica, como su justicia o legitimación política, por tanto, en este carácter tendencialmente cognoscitivo y no puramente potestativo de la jurisdicción, están basadas todas las garantías, penales y procesales, del proceso correcto...<sup>28</sup>

El problema de la verdad en el juicio penal supone —necesariamente— la verificación del criterio desde el punto de vista del conocimiento, que obviamente, sobrepasa las finalidades de esta ponencia, donde sólo diré que en un esquema, tanto teórico como práctico, hoy el problema de la “verdad en el proceso penal” surge como “correspondencia” del *thema probandum* en términos dotados de referencias empíricas precisas, y de la que es dotada a través de la predeterminación legal, y justifica el “juicio cognoscitivo”, donde lo más importante sucedió en el periodo de sustanciación del “contradictorio”.

---

<sup>28</sup> Ferrajoli, Luigi, “Presentación”, en Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

Esto nos aleja de las teorías tradicionales de la “verdad jurídicamente objetiva”, del criterio de “verdad material” o “verdad real” a que acudían los autores para justificar sus respectivas posiciones ideológicas de aquello que a mi entender no es un fin —en sí mismo— sino el resultado de una correcta valoración de la actividad probatoria de las partes, y la evaluación exacta del objeto, materia del conocimiento, en el proceso penal.

De ello, sin lugar a dudas, queda claro que la “verdad” es solo una aspiración, la “certeza procesal”, una verdadera necesidad sustentadora de la sentencia, dada en el exclusivo ámbito del proceso.

#### IV. LA JUSTIFICACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

Como anotamos, si algo caracteriza al proceso penal es que tiene dos etapas plenamente diferenciadas: la de investigación y la de proceso; por tanto, para la construcción de la “teoría del caso” debemos tener en consideración los aspectos que hace al objeto de uno y otro.

Al respecto, se indica que

...la fase de investigación se constituye en el espacio en el que estos dos actores, Ministerio Público y defensa, despliegan estrategias para revelar paulatinamente sus puntos de vista y el conjunto de antecedentes que respaldan sus posiciones... mientras que el juicio oral representa un escenario donde compiten relatos alternativos que intentan explicar, fundamentar y sostener una determinada pretensión de culpabilidad o inocencia, actuándose sobre la base de un conjunto de reglas que delimitan las atribuciones, derechos y deberes de las partes... pero caracterizado porque se realiza sobre la base de argumentaciones y antecedentes a través del cual las partes intentan persuadir a un tercero imparcial sobre sus pretensiones, en pos de una decisión favorable.

Esto, supone —por parte del órgano acusador— contar con un relato acompañado de antecedentes que lo respaldan, tales como declaraciones de testigos<sup>29</sup> o peritos, documentos en los cuales se basa, funda y sostiene el re-

---

<sup>29</sup> Sin embargo, el artículo 360 del Código Procesal Penal veda la posibilidad de incorporar por lectura las declaraciones prestadas en la investigación penal preparatoria, y el Tribunal de Casación ha dicho: “La oralidad es la condición ineludible sobre la que reposa la validez del momento conclusivo del proceso penal. En principio, la sentencia debe sustentarse sólo en la prueba producida durante el debate, salvo algunos supuestos de excepción, en que ciertas actuaciones se oralizan por lectura. Consiste en que la comunicación entre los sujetos procesales se produzcan a través de la forma de relación más natural y originaria entre los seres humanos, como lo es la palabra hablada. A su vez, esa oralidad hace posible un modo de percepción que asegura asumir el conocimiento directo por parte de los intervinientes en el juicio, entre sí y respecto de todo el material probatorio y los órganos de prueba; en ello



lato de los hechos que alega el acusador, pruebas materiales, etcétera; y, al mismo tiempo la defensa deberá efectuar un relato paralelo que, apoyado igualmente en los antecedentes recopilados durante su investigación o por el propio Ministerio Público, intentará desdibujar el relato de la fiscalía, explicando los hechos desde una óptica diferente. Bajo este punto de vista, el defensor tendrá que optar por la construcción de un relato alternativo (defensa positiva) o basado en la concentración puntual sobre problemas, inexactitudes o contradicciones de las pruebas de la fiscalía (defensa negativa), o combinar ambas modalidades de un modo coherente y verosímil...<sup>30</sup>

Con estos antecedentes se dice que la teoría del caso es una "...expresión que representa la idea eje a partir de la cual son desplegadas las energías y estrategias a través de las cuales se diseñan los eslabones argumentativos a ser presentados en las distintas audiencias de la fase de investigación y en el juicio oral...".<sup>31</sup> Otros autores sostienen que

...la teoría del caso se presenta en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador.

Esta historia persuasiva contiene escenarios, personajes y sentimientos que acompañan toda conducta humana; y se puede resumir sintéticamente diciendo que es el resultado de la conjunción de las hipótesis fáctica, jurídica y probatoria que manejan el fiscal y el defensor respecto de un caso concreto. O sea, es el conjunto de hechos que él ha reconstruido mediante la prueba, y ha subsumido dentro de las normas penales aplicables de un modo que pueda ser probado; este conjunto es el que defenderá ante el juez...<sup>32</sup>

Sin embargo, aquello que parece nuevo no lo es, y tampoco los alcances del objeto que la actividad del fiscal tiene, durante esta primera etapa del proceso penal.

En efecto, la idea de realizar una investigación preparatoria encuentra su antecedente más remoto en el enjuiciamiento acusatorio del derecho romano —*quaestio acusatio* o *iudicium publicum* y su sistema de acusación popular— aunque parece haber tenido también existencia en el acusatorio griego. La investigación que realiza el fiscal constituye la actividad más sobresaliente y extensa del procedimiento preparatorio, pero no es la única

---

consiste la intermediación", causa 3.451, Reg. de Pres. núm. 14.506, "D., A. F. s/recurso de casación".

<sup>30</sup> Blanco, Rafael *et al.*, *op. cit.*, pp. 15-17.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>32</sup> Salas Beteta, Christian, *Técnicas de litigación oral y aplicación en el proceso penal*, en [http://www.riaj.org/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=324](http://www.riaj.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=324).

actividad procesal de esta etapa razón, por la cual no deben asimilarse los conceptos de procedimiento preparatorio con la investigación preparatoria o preliminar, pues el primero comprende —además de la investigación preparatoria—, los actos de la Policía,<sup>33</sup> los anticipos de prueba,<sup>34</sup> esto es prueba cuya producción no puede diferirse al debate oral, las decisiones o autorizaciones vinculadas con afectaciones de garantías constitucionales,<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> La policía cumple sus funciones en dos objetivos establecidos por la ley: a) institucionales, en particular las relacionadas con la prevención y represión del delito y el mantenimiento del orden, y b) funciones de asistencia, donde se agrupan las de auxilio en caso de calamidades y similares. En lo que aquí interesa, el artículo 293 del Código Procesal Penal establece que la policía deberá investigar por orden de autoridad competente, o por iniciativa propia en casos de urgencia, o en virtud de denuncia, los delitos de acción pública; impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias delictivas ulteriores; individualizar a los culpables y reunir pruebas para dar base a la acusación o determinar el sobreesimiento, comunicando inmediatamente al juez de garantías y agente fiscal competentes y al defensor oficial en turno (artículo 296). La policía practicará la investigación, observando las normas de la investigación penal preparatoria. En estos casos se formará una actuación de prevención, que contendrá: 1. El lugar, hora, día, mes y año en que fue iniciada; 2. El nombre, profesión, estado y domicilio de cada una de las personas que en él intervinieron; 3. Las declaraciones recibidas, los informes que se hubieren producido y el resultado de todas las diligencias practicadas; la intervención de los funcionarios policiales cesará cuando comience a intervenir el Ministerio Público Fiscal o la policía judicial, pero podrán continuar como sus auxiliares si así se dispusiera. Salvo expreso pedido del agente fiscal, las actuaciones le serán remitidas sin tardanza; cuando se trate de hechos cometidos donde aquél actúe, dentro de los tres días de su iniciación y, de lo contrario, dentro del quinto día. Sin embargo, el término podrá prolongarse en este último caso, en virtud de autorización del Fiscal, hasta ocho días, si las distancias considerables, las dificultades de transporte o climáticas provocaren inconvenientes insalvables, de lo que se dejará constancia.

<sup>34</sup> El artículo 274 del Código Procesal Penal establece que en casos extraordinarios, las partes podrán requerir al juez de garantías que realice un adelanto probatorio, y se justifica cuando deba declarar una persona que por grave enfermedad u otro obstáculo difícil de superar se presume que no podrá hacerlo durante el debate. Si el juez no considerara admisible el acto, deberá rechazar su realización por auto fundado. En caso contrario, el juez citará a las partes, quienes podrán asistir con todas las facultades y derechos previstos para el debate. El imputado privado de su libertad será representado por su defensor, salvo que pidiera intervenir personalmente. En todos los casos, se labrará acta conforme lo dispuesto por el Código, la que será suscrita por el juez actuante, el secretario del juzgado, las partes y demás intervinientes que correspondiere.

<sup>35</sup> El Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires establece que los testigos, peritos e intérpretes que intervengan en los actos de la etapa penal preparatoria deberán prestar juramento (artículo 218); el numeral 228 se refiere a la posibilidad que tiene el fiscal de solicitar la interceptación y el secuestro de la correspondencia postal y telegráfica; o de todo otro efecto remitido por el imputado o que se le destinara, aunque sea bajo nombre supuesto siempre que se considere útil para la comprobación del delito, la que será resuelta por el juez de garantías, mediante auto fundado, y cuando existan motivos que lo justifiquen, el agente fiscal podrá solicitar la intervención de comunicaciones telefónicas del imputado y las que

y por último las decisiones que el legislador contempló deba ser resuelto por el juez de garantías, y que tiene que ver con la buena marcha del proceso.

Ello nos lleva a determinar que no puede existir, por parte del fiscal, la construcción de la teoría del caso, como el que puede llevar la defensa (que sabe la verdad expuesta por su cliente — el imputado—), sino que éste construye —a partir del hecho— el “hecho” mismo sobre el cual luego se establecerá la acción penal pública, y respecto del cual formulará acusación; es decir, el fiscal acude al proceso con una teoría del caso propio, y sólo argumenta la proposición jurídica, basada y fundada en la teoría del delito, mientras que la defensa sólo podrá desplegar su estrategia argumental en la etapa de constitución del proceso, y que absurdamente el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires pretende sustraer, al sentenciar que si no es peticionado por la parte, el tribunal procederá a designar la fecha en que se llevará a cabo el debate, es decir, la defensa, se quedará sólo con un escrito presentado, donde indicará las pruebas de que intentará valerse para encontrar el convencimiento del juez.

Surge claro que, a partir del hecho, el fiscal —en la etapa de la investigación preparatoria— debe actuar objetivamente; es decir, aun en beneficio del interés del imputado, lo que obvia decir que beneficia a la defensa, pudiendo —inclusive— pedir el sobreseimiento u ordenar el archivo del expediente, sin considerar la posibilidad que también tiene de actuar aplicando medios alternativos de resolución de conflictos, verificando que la víctima resulte resarcida del daño causado por el delito.

---

realizarse por cualquier otro medio, para impedir las o conocerlas, que también será resuelta por el juez de garantías, mediante auto fundado (artículo 229).

## TRASPLANTE LEGAL Y JURISPRUDENCIAL: PATOLOGÍAS DEL DERECHO PERUANO EN GENERAL Y EL PROCESAL EN PARTICULAR

Guido César ÁGUILA GRADOS

*A la memoria del maestro Humberto  
Briseño Sierra.  
A una década de su partida física y le-  
gado intelectual.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Análisis empírico de la fracasada importación procesal en el Perú.* III. *Importación jurisprudencial o crossconstitucionalismo.*

### I. INTRODUCCIÓN

Sobre bases empíricas se pretende demostrar que una gran responsabilidad de la disfunción jurídica en general y procesal en particular se debe a una mal entendida importación del derecho. Esta práctica a nivel normativo y jurisprudencial en nuestro país no tiene el procesamiento ni los filtros que coadyuven a una asimilación idónea de figuras e instituciones que sumen al desarrollo del derecho nacional.

Si en toda obra hay sabiduría y experiencia, elucubración y aplicación, bien puede sugerirse que, según la preponderancia de un aspecto sobre el otro, se tendrá a un doctrinario empírico o a un teórico. Quede para un posterior análisis el indagar hasta qué punto lo empírico se apoya en la experiencia de los tribunales, en las prácticas del foro, y hasta qué otro lo teórico es un discurrir mental simple, un inferir talentoso, un sistematizar virtuoso, o una profundización filosófica, gnoseológica o epistemológica.

## II. ANÁLISIS EMPÍRICO DE LA FRACASADA IMPORTACIÓN PROCESAL EN EL PERÚ

En más de una ocasión hemos sentido lástima por aquel personaje que, disfrazado de Papa Noel, se gana la vida a mediados de diciembre de cada año. Ataviado con un grueso atuendo colorado, propio de un invierno crudo y con una profusa barba postiza, tiene que soportar, desde el inicio de la etapa estival en el Perú, más de 30 grados de temperatura. Durante toda la etapa navideña, lo vemos representado de manera múltiple. Y nos parece normal. Sólo cuando contemplamos una imagen de agobio y deshidratación severa como la que suelen sufrir estos personajes nos ponemos a pensar en la razón de un traje inapropiado para la época. Muy tarde, reparamos en que alguna desinteligencia debe haber. No sólo aceptamos al personaje regalón con ropa abrigada y un trineo tirado por ciervos voladores. También asumimos el 25 de diciembre como efemérides indiscutible de la natividad de Jesús. Entran al círculo el arbolito y la nieve que le cae y rodea, con el pavo de la cena y otros artefactos que son muy ajenos a nuestra cotidianidad. Encontraremos una respuesta a esta irrealdad si nos remontamos al origen histórico de la tradición navideña. El siempre sonriente viejito rojiblanco apareció en la Europa nórdica y luego se extendió al sur de Alaska. El día 25 era la fiesta pagana del Sol y, al mismo tiempo, se celebraba en la Europa escandinava una fiesta de invierno similar en la que se quemaban grandes troncos adornados con ramas y cintas en honor a los dioses. El Árbol de Navidad es originario de zonas germanas. “Navidad” significa comida en muchas partes del mundo cristiano. Por ello, la carne era el plato más importante en Navidad, basado en las palabras que Jesús pronunciara en la Última Cena: “Esta es mi carne”. Entre estas carnes estaba la de ganso, que entre nosotros tuvo que ser trocada por la de pavo.

Cuando tenemos toda esta información a la mano, entendemos que hemos asumido un modelo y símbolo importado y extraño, completamente ajeno a nuestro clima, vegetación, idiosincrasia, gastronomía y hasta ubicación en el mapamundi. Pero lo aceptamos sin mayor resistencia. No nos disgusta. Es más, cuesta imaginar que pueda ser diferente.

Lo señalado líneas arriba constituye una perfecta metáfora de lo que ocurre con la ideología y el sistema jurídico en general y el procesal en el Perú de hoy. La diferencia no es menor. Cuando este híbrido se produce en el derecho procesal, tiene consecuencias de una superlativa importancia, que no podemos soslayar o aceptar resignadamente. En las siguientes páginas intentaremos demostrar cómo una ideología jurídica importada y un proceso peruano son insolubles.

En el nivel de pregrado casi todos aceptamos la norma positiva como un dogma de fe. Si algún docente realiza algún cuestionamiento al Código, es discutible su postura. Se desconfía. Lo primero está escrito y tiene un peso específico mayor. Esta realidad de aparente conformismo y pasividad empieza a cambiar en el posgrado. En la mayor parte de maestrías y doctorados de este lado del mar, el cuestionamiento es la constante, pues ya no hay más disquisiciones teóricas lineales. Como graduados, ya en el ejercicio profesional, aterrizamos en la accidentada realidad y repensamos la norma. Nos damos cuenta de que los conceptos no nos acercan ni por asomo a las respuestas que buscamos. Descubrimos antinomias por jerarquía, por especialidad y hasta por temporalidad. Las lagunas y los vacíos legales se multiplican. Instituciones que antes eran indiscutidas entran en cuestión. Con el transcurso del primer lustro de vida profesional descubrimos un círculo vicioso imparable: el cambio de normas. Las bibliotecas nos dicen que el derecho es dinámico y que es necesario un cambio permanente, pues la fotografía que le toma la ley a la realidad se desfaza con velocidad vertiginosa. Sin embargo, los cambios de los “datos estructurales” no coinciden con los cambios de los “datos culturales”.<sup>1</sup> Esto es, las modificaciones institucionales conseguidas mediante cambios en la norma positiva no logran calzar con las actitudes y los imaginarios de los juristas y otros operadores. Se logra que el derecho esté en permanente movimiento, pero no que avance. En lo que va del siglo XXI han entrado en vigencia dos nuevos códigos procesales.<sup>2</sup> Uno de ellos aún de manera parcial. A pesar de los esfuerzos y las buenas intenciones, la imagen quejumbrosa y frustrada del justiciable se vuelve estatua de granito.

Las discusiones académicas y los grandes debates procesales suelen tener como centro de gravedad la ideología que debe predominar en el Código. Se considera que el sistema procesal es la piedra angular de la arquitectura de la justicia peruana. Olvidan lo más importante. Cualquiera que sea la opción filosófica, esta edificación jurídica no se construye en el aire, sino sobre los cimientos que representa el ordenamiento jurídico. Sólo así encontraremos explicación a nuestros “papanoeles” procesales:

El Código Procesal Civil peruano —la segunda o tercera norma más importante del país después de la Constitución— no tiene exposición de motivos. Cuando advertimos oscuridad en algún artículo, habrá que ubicar

---

<sup>1</sup> López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Universidad de los Andes, Legis, p. xix.

<sup>2</sup> Código Procesal Constitucional del 1o. de diciembre de 2004.  
Código Procesal Penal del 1o. de julio de 2006 en el Distrito Judicial de Huaura; 1o. de julio del 2007 en el Distrito Judicial de la Libertad.

a los autores en sus domicilios o trabajos para preguntarles. No nos queda otra alternativa. Si no los encontramos, entonces cada quien interpreta la norma como mejor le parezca.

Un Código Procesal Penal que ha virado 180° para abandonar su inspiración inquisitorial y pintarse el cuerpo entero de acusatorio. O, mejor dicho, la mayor parte del cuerpo. Aún quedan rezagos del sistema mixto, como la prueba oficiosa. No terminamos de entender que basta una gota de tinta para teñir todo el contenido que debiera —por principio— ser diáfano y cristalino.

Un Código Procesal Constitucional que cambia como figuritas el amparo alternativo por el residual en un país en que no existen jueces constitucionales. Magistrados sin pericia constitucional (civiles, penales y hasta mixtos) determinan si se ha lesionado o no el contenido esencial del derecho fundamental. Es en materia constitucional en donde la negligencia y desidia legislativa es más notoria. Por otro lado, la Constitución, por naturaleza propia, es una norma abierta. Entonces, las interpretaciones son tantas como intérpretes existen. Finalmente, el Tribunal Constitucional termina siendo —en la práctica— una suerte de Poder Constituyente advenedizo, ya que tiene la última palabra en materia constitucional.

Todo eso no tendría mayor inconveniente si el máximo intérprete de la Constitución se legitimaría día a día con su jurisprudencia. No es así. Desde magistrados que son elegidos por cinco años, pero que se mantienen impertérritos durante nueve, hasta sentencias que significan un verdadero despropósito como aquella que trasladó el fardo inmenso de expedientes a la vía contenciosa administrativa para que sean resueltos. Una decisión incoherente e indefendible. Es estadística a tener en cuenta: cuando el número de juzgados contenciosos administrativos en Lima (en el resto del país es inexistente) eran sólo dos, los bautizaron con cinco mil causas. La tutela jurisdiccional efectiva está amenazada de muerte en el Perú.

Un nuevo proceso contencioso administrativo que genera grandes ilusiones, pues pretende ser de jurisdicción plena. Sin embargo, no procede la indemnización. Además, es cuestionable desde el nombre. Si decimos proceso, ya es contencioso de por sí. En esta misma especialidad, el derecho administrativo, por el nuevo modelo económico de Estado, ha parido especialidades muy específicas: derecho urbanístico, derecho de electricidad, concesiones y contrataciones estatales. ¿Cuántos jueces en la tierra de César Vallejo son formados en estas líneas tan especializadas? El triunfalismo de la prensa del Poder Judicial no coincide con las imágenes de la realidad a uno y otro lado del mostrador.

En los diferentes países de Latinoamérica que visitamos siempre recibimos felicitaciones por ser el primer país que tenemos un Código Procesal Constitucional. Sin embargo, en sus procesos más importantes —*habeas corpus* y amparo— se regula una tercera instancia para el demandante y únicamente dos para el demandado. Una desigualdad que se justificaría sólo en el caso de que el demandante siempre fuera un ciudadano y el demandado el Estado. Hoy, un ciudadano puede ser demandado, y sería justo su reclamo de que nada más tiene dos armas, mientras que su contendiente tres. No queda sino guardar un respetuoso silencio ante un halago por una estadística que no refleja en nada la calidad de justicia en mi país.

Un proceso autónomo de filiación que obliga al demandado, en caso de negativa, a someterse a la prueba del ADN. El derecho de defensa ha sido desterrado.<sup>3</sup> Ponemos límites a la imaginación y resolvemos las cosas en un mal entendido eficientismo.

Nos cuesta dar el giro completo. Reformas legislativas y administrativas que no alcanzan a lograr el objetivo. Y la insatisfacción se hace una bola de nieve que crece sin cesar. En el mejor de los casos, si las medidas legislativas fueran positivas, el centro del problema gira en el factor humano. Existe una marcada resistencia al cambio, y siempre quedan cenizas de batallas anteriores. No abandonamos nuestros viejos paradigmas. Teniendo este panorama de fondo y para ir en orden, la primera pregunta a formular sería: tenemos un ordenamiento jurídico en estricto rigor? Enseguida vendría la segunda: ¿el proceso peruano se adecua a ese orden matricial? Tememos que la respuesta no es positiva en ningún caso. El gran enemigo del derecho en el Perú —incluido el procesal— es bifronte: su origen foráneo, desestructurado e improvisado, por un lado; su uso, informal, empírico y repetitivo, por otro. Lo segundo es resultado de lo primero. Tenemos un derecho basado en “apuestas” por instituciones y figuras que son como árboles que dieron oxígeno, sombra y bienestar en otras latitudes, y cuyas semillas son trasladadas a otro suelo, con otra composición, otro humus y otro sistema de riego. Nunca germinan. El suelo no es árido; por el contrario, es fértil, pero para otros frutos. Estas “apuestas” que se hacen en el derecho enriquecen y dan tribuna a los sectores involucrados en la importación de estos granos novedosos y a todo el que se encuentra dentro de su radio de acción, pero empobrecen al abogado litigante de pasillo y desorientan a los justiciables, pero, por sobre todo, debilitan más el ordenamiento. Este panorama no es

---

<sup>3</sup> No puede nunca el Estado digitar o forzar la defensa de ningún ciudadano. El estéril debe tener derecho a presentar un espermatograma o el que no estuvo en el país poder recurrir al registro de migraciones. Se parte de una presunción de responsabilidad o culpabilidad.



igual con el aporte de Humberto Briseño Sierra. La profundidad de su pluma es el pretexto para no analizar su pensamiento y razonamiento.

Todo ordenamiento jurídico que se precie de ser sólido se sostiene en un trípode de bases anchas: unidad, coherencia y actualidad. Realicemos un breve análisis de este soporte en el Perú.

### 1. *En el Perú no hay sintonía entre la legislación procesal y la Constitución*

Lo que debe ser una coreografía impecable entre los niveles de la pirámide kelseniana se ha transformado en un recreo de infantes. Se legislan especialidades de manera aislada y descoordinada. Se reglamenta con en base en la excepción. La norma constitucional es fuente de fuentes, mas el Código Procesal Civil (CPC) y el Código de Procedimientos Penales (CPP) son anteriores a la carta magna. Fueron hechos en otro formato y con una filosofía diferente. Ahí conviven, en medio del hacinamiento y el caos legal.

Veamos algunas imágenes de lo que hemos afirmado de manera muy somera.

Mientras nuestra Constitución señala como parte del debido proceso la pluralidad de la instancia, el último artículo del título preliminar del CPC señala la posibilidad de recurrir al superior “salvo que la ley señale lo contrario”. Si es lo contrario, no se refiere a una tercera, sino a la instancia única. Un eficientismo que no tiene pudor. Más que preocupante.

Increíblemente, la *reformatio in pejus* estuvo vigente hasta 2001. Es decir, hasta hace algo más de una década, el Ministerio Público daba su conformidad respecto a una sentencia que imponía ocho años de pena privativa de libertad por homicidio, pero, disconforme con ella, el condenado recurría a la Corte Suprema. Esta última instancia lo condenaba por quince. Moraleja: la próxima vez, mejor no impugnes.

No hemos encontrado la manera de entender cómo el Tribunal Constitucional ha señalado con firmeza que en sus fallos goza de autonomía procesal.<sup>4</sup> Los poderes del Estado que tienen legitimidad democrática directa poseen controles visibles y marcados, mientras el Tribunal, que es elegido por uno de ellos, es *sans frontiers*. El activismo judicial en su expresión quí-

---

<sup>4</sup> Expediente 0020-2005-PI/TC del 8 de agosto de 2005. Considerando 2. “El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia, en el marco de los principios generales del derecho constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales”.

micamente pura. El fundamento que sustenta esto es más de lo mismo: el activismo de la Corte Suprema estadounidense (Corte Warren a la cabeza) es el modelo a seguir. Como si el trasplante judicial fuera el usar una prenda importada. Creen que queda a la medida.

No puede hablarse seriamente de unidad o algo similar en un ordenamiento jurídico en el que están vigentes siete procesos distintos. A contramano de esta idea, en otros países de esta parte del mundo, actualmente se está implementando o debatiendo un código procesal único.

Por último, no hay unidad ni en el lenguaje. En lenguaje de Alvarado Velloso, la multivocidad ha desembocado en una equívocidad. Así, absolver en un proceso civil es contestar. La misma palabra en un proceso penal es dejar en libertad. Otro más. ¿Cómo hago que entienda alguien que se inicia en esta disciplina que lo antagónico del derecho de acción no es el de reacción, sino el de contradicción? Con una lógica elemental me replicará que el antónimo de acción es reacción y de contradicción es dición. Luego de tal confusión, el estudiante seguro preferirá estudiar otra cosa.

## *2. La coherencia es una mochila muy pesada para la espalda de la justicia local*

¿Cómo explicarle a un iniciante en el derecho que en el proceso civil predomina el sistema inquisitivo y en el proceso penal el acusatorio y, lo que es peor, que ambos coexisten en la cotidianidad judicial? ¿Cómo hará un juez mixto en sus sentencias?

Esto no es todo. No existe la formación de líneas jurisprudenciales que sirvan de derrotero y que hagan nuestra justicia predecible. Podría pensarse que es problema humano, de aplicación y competencia. Disentimos. La incoherencia nace en el mismo CPC. En la carrera por acortar la duración de los procesos, se ha eliminado del diagrama procesal la etapa alegatoria. Por último, en el Perú, la única diferencia entre un proceso de conocimiento pleno y uno sumario son los plazos. Y si la principal patología procesal en tierras incas es la duración alarmante de los procesos, las diferencias desaparecen. En resumen, se reforma la justicia peruana en beneficio del Estado, no del ciudadano.

Cuando se importa derecho por el prurito de la moda, se obtienen estos resultados fatales. El Código Procesal Civil, en su título preliminar, exige que las partes se desenvuelvan en el proceso con buena fe. Es una campana con un tañido atrapante y que difícilmente alguien rechazaría. Visto esto con ojos razonables, es insostenible. La buena fe procesal no tiene historia ni antecedentes en la historia. Olvidamos que son pares antagónicos los que com-

parecen a un proceso. Justamente están en el proceso porque se traicionó la buena fe en la relación jurídica material inicial. Por último, qué cuentas tendríamos a quien haciendo un esfuerzo casi místico actúa de buena fe y es sorprendido por una medida cautelar, que por esencia es *inaudita altera pars*. Continuar con la enumeración de estas incongruencias sería abusar de la paciencia del lector.

### 3. *La vigencia y actualidad normativa no son rasgos representativos de nuestro sistema jurídico*

Cada día ganan más espacio las normas de desuetudo y las de consuetudo. La anticresis se mantiene en conservación, y a la renta vitalicia le han declarado muerte cerebral. Igualmente, existen prácticas cotidianas con relevancia jurídica en diferentes zonas del país que aún no recoge nuestra legalidad. Además, atentan contra este pilar de todo ordenamiento las derogaciones y abrogaciones tácitas, en especial aquellas que utilizan la inveterada fórmula de “quedan derogadas todas las normas que se le opongan”. La seguridad jurídica tomó vacaciones prolongadas.

Este es el corolario de una patología que es tan antigua como nuestra existencia republicana. Nuestra propia fórmula como Estado es importada. Las leyes no se aprueban y promulgan luego de prolijos debates jurídicos, sino por mayorías políticas. Importamos un derecho que no sentimos. Trajimos las instituciones jurídicas desde nuestra infancia jurídica, no de la mano de la madre, ni siquiera de la nana, sino de un extraño. Diferentes figuras del derecho se trasladan de los “sitios de producción del derecho” —Europa y Estados Unidos de América— a los “sitios de recepción del derecho” —América Latina— sin un desenlace feliz. La extrapolación es indetenible y caótica. Se desata por todos los vértices del poliedro jurídico la inoperancia. Sobre todo en su ángulo diedro más sensible: el procesal.

Esta gran sensibilidad se produce porque ya existe un conflicto. El justiciable postula una pretensión que espera sea satisfecha. En la otra orilla el resistente grita “su” justicia. De ahí que en materia procesal sea más evidente el cáncer que ataca sin cesar a la juridicidad nacional. Con ejemplos de esta paranoia nos tropezamos en cada metro cuadrado de cada parcela jurídica.<sup>5</sup> Intentemos buscar explicaciones a por qué estas patentes jurídi-

---

<sup>5</sup> Para mencionar solo algunos casos paradigmáticos: 1. El *balotage* o segunda vuelta en las elecciones generales. Figura que encuentra su amanecer en Francia y que fue creada para que en medio de un abanico de fuerzas políticas puedan realizarse nuevos comicios entre las dos principales mayorías. La finalidad era lograr acuerdos políticos que hagan viable el

cas, que son una panacea para los países del primer mundo, al cruzar el Atlántico o el sur de Estados Unidos, son totalmente inocuas para nuestros países. Según nuestro criterio, no alcanzan la consolidación y el suceso inicial debido a que pecan en tres tópicos: *a)* el desfase cronológico; *b)* la idiosincrasia social, y *c)* las diferencias económicas.

Hace veinte años las principales legislaciones nacionales tomaban como modelo normas de Europa continental con casi media centuria de vigencia. Así, lo que era novedad para nosotros ya sufría una transición de cambio en el viejo continente. De tal forma que cuando creíamos haber logrado entrar al engranaje, se había cambiado de rueda. Nuestro Código Civil, casi finisecular, recibe hoy calificativos jubilatorios (“envejecimiento prematuro”, “rápida descapitalización”). Proyectan modificar y renovar 500 artículos de la norma de 1984. Aun así, cuando se realice tal actualización aparecerán nuevas obsolescencias. Transitamos tiempos más volátiles. Podríamos suponer que la información llega más pronta y que el desfase es mínimo. Pero es exactamente lo contrario.

Además, hay otra verdad que cuesta reconocer y aceptar: lo jurídico no es monopolio de juristas; es para una sociedad desigual cultural y económicamente. Pretendemos que lo que dio resultado en Londres, Viena y Berlín sea asimilado, entendido y aplicado en Paucarcolla, Cachora y El Carmen. Es como si importáramos televisores a tubos con imagen en blanco y negro en tiempos de los de plasma. Lo más grave es que no los sabemos utilizar y, por si fuera poco, carecemos de fluido eléctrico.

---

nuevo régimen asegurando el gobierno de la mayoría, pero también la participación de la minoría. En nuestro país la experiencia ha sido traumática, lacerante. La lucha electoral alcanzaba por instantes el rótulo de guerra. Los valores democráticos de participación fueron sepultados por el pragmatismo de la política.

2. El antejuicio o *impeachment*. Es una institución que hunde sus raíces más profundas en el medievo inglés. No sólo pertenece a una época distinta, sino incluso a una sociedad marcadamente clasista y estamentada. Se aplica hoy en el Perú y Latinoamérica con naturalidad como un privilegio intrínseco de la función parlamentaria y otros altas funciones. Visto con el catelejo de los derechos fundamentales, se vulneran dos buques insignia de todo Estado constitucional de derecho: la igualdad entre las personas y la igualdad ante la ley.

3. La amnistía, que evita la persecución penal y por razones políticas el Legislativo castra la labor del Judicial. No sólo queda la sensación de impunidad, sino que también se cierne una gruesa sombra sobre la separación de poderes, piedra angular de toda democracia. Es sorprendente —por decir lo menos— que instituciones que hicieron a la esencia de la monarquía en su momento hoy se hayan clonado en instituciones democráticas representativas.

El derecho peruano abunda en este tipo de contradicciones, y toda una doctrina y pensamiento acumulado se diluye al contrastarlo con la realidad. Esta riqueza de pensamiento alrededor de estas instituciones es importante. Pero necesita terapia urgente.

Es hora de comenzar a generar fórmulas para detener esta realidad injusta, perversa. Si no, nuestro proceso va a seguir siendo errático. No se trata de rechazar todo lo foráneo. No es un trasnochado chauvinismo. Postulamos algo muy diferente: lo que traigamos de otras latitudes debe pasar los filtros adecuados para que se amolde a nuestro día a día, a nuestra informalidad, carencias y limitaciones. Que nos pase lo que en Navidad: practiquemos costumbres que no calzan con nosotros, pero que nos permitan vivir momentos de regocijo y paz.

### III. IMPORTACIÓN JURISPRUDENCIAL O CROSSCONSTITUCIONALISMO

La inveterada costumbre de extrapolar el derecho desde otras latitudes e instalarlo sin ningún filtro en sede local es tan antigua como el derecho mismo. Alan Watson, en 1973, publicó su *Legal Transplant* y pronto se coinvirtió en una obra referente de denuncia de esta nociva práctica. A excepción del amparo, que nació justamente en la tierra del maestro Briseño Sierra, el “estado de cosas inconstitucional” creado por la Corte Constitucional de Colombia y alguna otra institución que se nos escapa de la memoria, América Latina ha sido un sitio de recepción del derecho. De un derecho cuyo epicentro de creación invariablemente han sido Europa y Estados Unidos.

Deseo fervientemente que no se malinterprete nuestra propuesta. No se trata de un chauvinismo ni nacionalismo jurídicos. Sería atemporal e inútil. Es sólo un pedido de coherencia: nuestro sincretismo cultural trasladémoslo a una de sus parcelas, el ámbito jurídico. Nuestra cultura misma es el resultado de un mestizaje. Esto es, llegó de otras realidades, y luego de un procesamiento y adecuación se instaló en nuestro quehacer cotidiano. Nuestro idioma no es el español castizo. No hablamos como Cervantes. En América del sur se dan variantes muy propias e íntimas de cada país. Nuestra religión es igualmente sincrética. En mi país se registra la más grande procesión del mundo: la del Señor de los Milagros. Evoca una costumbre religiosa pagana como la andina: el de pasear a las momias. Hemos sido capaces de sentir algo verdaderamente nuestro cuando no es resultado de una extrapolación aséptica. Todo lo contrario. Es importante que lo traído se contagie de nuestra realidad e idiosincrasia, y se “americanice”, “peruanice” o “mexicanice”. Esta regla es universal, aplicable a cualquier ámbito del saber. Por ejemplo, la literatura. Si bien es cierto que Latinoamérica siempre tuvo una literatura de nivel superlativo, no fue sino hasta el “boom” de la década de los sesenta cuando adquiere cata de ciudadanía. García Márquez, Vargas

Llosa, Cortázar o Fuentes no miraron sino Hispanoamérica para crear sus relatos inmortales. Macondo no se parece ni a París de la Belle Epoque ni a Nueva York de la posguerra. Y, justamente, al encontrar su identidad es que lograron instalarse en la marquesina mundial. Los premios nobel de literatura cayeron por ley de gravedad. En resumen, proponemos un derecho que sea el resultado de los mejores aportes de las naciones que se ubican en los primeros niveles jurídicos contrastados y filtrados con nuestras luces y sombras. Con nuestras grandezas y limitaciones.

Queríamos traer esto a colación para sumarle una estrella más al aporte de Briseño. Las más de las veces lo olvidamos con facilidad. Y esto genera que llegemos a pensar que es la normalidad. Y es que el trasplante jurídico forma parte de la historia del derecho.

Una tipología o clasificación arbitraria de la forma cómo el trasplante jurídico se ha hecho costra en la formación de nuestros derechos puede ser la siguiente:

*Por el dominio militar.* Si las tropas romanas no hubieran tenido ese paso triunfal por el mundo antiguo, es seguro que el derecho romano no sería una materia basal en la carrera de derecho y el soporte del derecho civil en particular. Lo mismo se aplica al Código Napoleónico. Si bien es cierto que se mantiene hasta nuestros días en Bélgica por las virtudes que contiene y por la impronta imborrable que dejaron Cambáceres y compañía, la verdad es que llegó junto con la dominación francesa encabezada por el genio militar nacido en Córcega. El derecho también ingresa por la fuerza cuando no por la razón. Y si es válido para la historia, es válido para todas las parcelas.

*Por el dominio ideológico.* Probablemente si Justiniano no hubiera sido emperador ni cristiano, difícilmente el Corpus Iuris Civilis Romani habría traspasado océanos para llegar a todo el mundo jurídico. Y esto genera muchas veces contradicciones. En mi país, la ideología de globalización y modernidad, acompañada del arribismo del éxito como país, ha traído la idea del proceso electrónico. Y es una de las metas del Poder Judicial acabar con la cultura del papel. Sólo que no reparan en que hay zonas en la serranía y en la amazonia que no tienen siquiera acceso a Internet. La ideología económica es dañina para la memoria de la realidad.

*Por el ocio legislativo.* Es frecuente leer en nuestros libros de derecho frases como “inspirado en la ley hipotecaria española”. Una sobredosis de hipocresía. Un eficaz eufemismo para decir “plagiado”. El buscador Google se sobresatura en las oficinas de los asesores de congresistas ilusionados por encontrar rápidamente y con el menor esfuerzo la plantilla para el proyecto de ley que pretenden someter a votación del pleno. Nunca se creó un disimulador tan eficiente del ocio legislativo.

*Por el ocio jurisprudencial.* Puede presentar dos variantes. La primera, por defecto de argumentación jurídica; esto es, la repetida práctica de citas de autoridad normativa o doctrinaria. La segunda, por exceso de importación jurisprudencial. Ocio igual, pero con mejor semblante. Es el trasplante jurisprudencial. Lo que hoy se conoce con el nombre de crossconstitucionalismo (constitucionalismo cruzado), debido a que se presenta principalmente en el ámbito constitucional.

Este último es una moda a nivel de los tribunales y cortes constitucionales. El Tribunal Constitucional peruano es el alumno más aplicado de la clase latinoamericana en esta materia. No es infrecuente que en sus sentencias recurra a cinco de sus referentes: el Tribunal Constitucional Federal alemán, la Corte Constitucional italiana, el Tribunal Constitucional español, la Suprema Corte estadounidense y la Corte Constitucional colombiana. Así:

20. Es por ello que pese a que en muchos países no se ha recogido la figura de la “acción de inconstitucionalidad por omisión”, los tribunales, cortes o salas constitucionales han llevado a cabo a través de la jurisprudencia el control de dichas omisiones normativas inconstitucionales, integrando el ordenamiento de cara a solucionar el caso concreto, así como ordenando a la autoridad que corresponda la emisión de la regulación necesaria a fin de superar la situación inconstitucional producida. Concretamente y en épocas tempranas, el Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia 26/1969, de 29 de enero de 1969 (*BVerfGE* 25, 167), declaró la omisión legislativa inconstitucional del régimen de derechos de los hijos ilegítimos, que por disposición del constituyente debían ser igualados por ley a los hijos legítimos. El transcurso de 20 años sin que se expida esta ley de desarrollo constitucional fue considerado suficiente por el Tribunal para declarar la comisión de esta infracción constitucional omisiva y proceder a ordenar a los órganos administrativos correspondientes equiparar los derechos de la hija ilegítima demandante y sus hermanos, a despecho de la falta de regulación legal, y exigir al legislador federal que supere dicha omisión legislativa en el lapso de la legislatura en curso (Expediente 05427-2009-AC).

...43. Y es que el Perú no es el único país que ha ponderado estos bienes constitucionales en conflicto, así en la jurisprudencia internacional, específicamente de la Corte Costituzionale della Repubblica italiana en la Sentenza 306/1993, adujo en este mismo sentido: “Entre las finalidades que la Constitución asigna a la pena —de un lado la prevención general y defensa social, con el conexo carácter retributivo y expiatorio y, de otro, la de prevención especial y reeducación que tendencialmente comportan una cierta flexibilización de la pena en función del objetivo de resocialización del reo— no puede establecerse *a priori* una jerarquía estática y absoluta que valga de una vez por



todas y en toda condición”. El legislador puede —en los límites de la [duda] razonable— hacer prevalecer tendencialmente cada vez una u otra finalidad de la pena, pero con la condición de que ninguna de ellas desaparezca. Por un lado, la búsqueda de la finalidad reeducativa no puede conducir a superar la duración del castigo inherente a la pena privativa de libertad y determinada por la sentencia condenatoria. Por otro lado, el privilegio de los objetivos de prevención general y defensa social no puede llevarse al límite de autorizar el perjuicio de la finalidad reeducativa expresamente consagrada por la Constitución en la institución de la pena (Expediente 00033-2007-AI/TC).

...20. Asunto distinto, sin embargo, es determinar si las circunstancias fácticas que sirvieron de justificación a la promulgación de los impugnados decretos de urgencia, respondían a las exigencias previstas por el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, interpretado sistemáticamente con el inciso c) del artículo 91 del Reglamento del Congreso. De dicha interpretación se desprende que el decreto de urgencia debe responder a los siguientes presupuestos habilitantes, precisados en las STC 0008-2003-AI/TC [fundamento 60] y STC 00025-2008-PI/TC [fundamento 5], STC 00007-2009-PI/TC [fundamento 9]):

a) Excepcionalidad: La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la “voluntad” de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español, en criterio que este Colegiado sustancialmente comparte, que “en principio, y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma” (STC Núm. 29/1982, FJ. 3) (Expediente 00004-2011-AI/TC).

...61. A similar conclusión ha llegado la Corte Constitucional colombiana, al identificar dos hipótesis, a saber, “de un lado, las medidas jurídicas coactivas que pretenden obligar la realización u omisión de una acción, con el fin de imponer a los(as) ciudadanos(as) determinados modelos de virtud o excelencia humana. Y, se ha concluido que este supuesto, propio del llamado “perfeccionismo” o “moralismo jurídico”, no es en ningún aspecto compatible con los principios contenidos en nuestra Constitución. De otro lado, están las medidas que buscan proteger los intereses de la propia persona, pero tienen como fin procurar bienestar, felicidad, necesidades, intereses o valores de aquel a quien se dirige la medida. Éstas por el contrario son compatibles con la Constitución, “puesto que ellas no se fundan en la imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado” [C-309 de 1997, fundamento jurídico número 7]. Ambos tipos de medidas suponen, por supuesto, interferencia en la libertad



de acción de las personas. Las primeras no cuentan con justificación constitucional alguna, y las segundas pueden justificarse bajo el cumplimiento de ciertos requisitos” (cfr. Sentencia C-639 de 2010, F. J. 10), siendo que para la Corte tales requisitos consisten en la superación del denominado test de proporcionalidad (F. J. 11). En ese sentido, más adelante sostiene la tesis, compartida por este Tribunal, en el sentido de que “[e]l valor de la autonomía puede ser procurado por el Estado, mediante el privilegio de otros valores directamente relacionados con él. Puede por ejemplo, establecer medidas coercitivas, que en principio interfieren en la libertad de elección de las personas, pero que corresponden a la promoción de valores preestablecidos a partir del principio mayoritario, sin cuya garantía no sería posible ejercer el derecho de autonomía (por ejemplo, la vida y la salud). Con todo, este tipo de medidas requieren una adecuación constitucional estricta, con el fin de evitar que por dicha vía se pretendan imponer modelos o planes de vida o concepciones del bien. Por ello, las medidas en cuestión deben ser proporcionales, y si su respaldo es una sanción, ésta debe ser la menos rígida posible” (F. J. 14) (Expediente 00032-2010-AI/TC).

...6. Frente a las distintas interpretaciones a que se presta el texto del segundo párrafo del artículo 191 de la Ley Orgánica de Elecciones, el Tribunal Constitucional se ve obligado a considerar el Principio de Legalidad que debe respetar toda norma, bajo pena de perder su carácter obligatorio.

Este Principio incluye entre sus elementos la obvia necesidad de que la norma exista y de que tenga certeza, pues mal se puede obligar a los ciudadanos a cumplir leyes inexistentes o indescifrables.

Más aún, cuando se restringen los derechos privilegiados de la libertad de expresión y de información, considera este Tribunal que la ley restrictiva debe expresarse con claridad y precisión especiales, lo cual supone una redacción concordante con la convicción y certeza que requiere transmitir a los ciudadanos a fin de ser cumplida por éstos.

En este sentido sentenció la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Conally vs. General Cons.* La Corte señaló que: “Una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del Principio de Legalidad”.

La Corte norteamericana explica que una ley confusa o poco clara puede inducir a los particulares a no ejercer sus derechos a expresarse, y también se presta a interpretaciones arbitrarias por parte de autoridades o funcionarios que actúan según su propia interpretación.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional descarta, en este caso, la interpretación de la Defensoría del Pueblo y del Congreso de la República basada en la intención del legislador, pues considera que la voluntad del legislador no ha quedado plasmada en el texto del párrafo segundo del artículo

191 de la Ley Orgánica de Elecciones, y que tal interpretación violaría el Principio de Legalidad.

9. El Tribunal ha sopesado el grado de peligrosidad que entraña la divulgación de las proyecciones de las empresas encuestadoras y ha decidido que no se trata de un peligro grave, claro ni inminente, pues si bien en las elecciones generales del año 2000 se produjeron desmanes, ello fue debido, principalmente, a la particular situación política que vivía el país en esos momentos y a la predisposición de la ciudadanía —respaldada por organismos internacionales que observaban el proceso— para sospechar un fraude electoral, más que al error de las encuestadoras en sus proyecciones respecto al ganador. La gran mayoría de la población es consciente de que los resultados de las encuestadoras no son exactos, y que deben esperar el resultado oficial, pacíficamente, como en efecto ha ocurrido en la gran mayoría de procesos electorales.

Considera el Tribunal que en el momento actual es relativa la gravedad e inminencia del peligro de desórdenes públicos, comparados al valor de la oportunidad para pensar, expresarse e informarse, derechos éstos que tienen los ciudadanos especialmente durante los procesos electorales, pues se trata de hechos en cuya formación han contribuido los propios ciudadanos y cuyos resultados interesan a todos ellos. No habría, pues, proporción entre el grado de peligro y el recorte al derecho de acceso a la información que tienen los ciudadanos.

El juez norteamericano Holmes, en el caso *Schenck vs. United States*, propició la doctrina del peligro “claro e inmediato”. Señaló que el Estado no tiene razón en “matar una mosca con cañonazos”, restringiendo el derecho a la información por una lejana posibilidad de desorden público.

La dosis de peligro al orden público que entraña la difusión de las proyecciones, en verdad, no justifica la restricción a derechos tan importantes como la libertad de expresión e información. El eventual peligro de que la población se confunda y promueva el desorden, puede, por lo demás, prevenirse: bastaría exigir que las encuestadoras adviertan previamente al público que la información que divulgan no es exacta, y que puede ser distinta de los resultados oficiales.

Es cierto, por un lado, que la Constitución no garantiza el derecho a expresarse y a informarse en todo tiempo, en cualquier lugar y de cualquier manera. El Principio de Unidad obliga a que el ejercicio de esos derechos se armonice con el de otros derechos y bienes también fundamentales, entre ellos el orden público interno (artículo 44). Pero también es verdad que los derechos a la libre expresión y a la información tienen un rol estructural en el funcionamiento de la democracia, ya que ésta no puede existir sin una auténtica comunicación pública libre. Por eso, tales derechos ocupan un lugar privilegiado en la pirámide de principios constitucionales. Esto, el Tribunal lo interpreta en el sentido que si se pretende una restricción a esos derechos,

se debe exigir a la ley restrictiva algo más que una mera “racionalidad” en su necesidad: esta necesidad debe ser imperiosa y urgente. El Tribunal opina que la “necesidad” de retrasar la divulgación de las proyecciones basadas en el muestreo de las actas electorales no es una necesidad social, susceptible de justificar la limitación del ejercicio de los derechos privilegiados a la libre expresión y a la información. Desde este punto de vista, no es respetuosa del Principio Constitucional de Razonabilidad ni al de Proporcionalidad (Expediente 002-2001-AI/TC).

Insistimos: la importación jurídica a nivel legislativo o jurisprudencial, en sí misma, no es negativa. Lo negativo está cuando se deja aterrizar en suelo nacional a instituciones sin el menor filtro. Sólo por la autoridad de ser extrapolado del primer mundo jurídico. Pretendemos desterrar el facilismo argumentativo. Briseño procuraba canalizar los aportes empíricos y teóricos del derecho procesal y, a partir de allí, repensarlo y postular un modelo diferente a las recetas que han fracasado. Si no, terminaremos con el argumento tan doméstico como pueril de la vieja marca de televisores Telefunken: “Si es alemán, es bueno”.

## PARTE VI EL ARBITRAJE

## EL ARBITRAJE CIVIL PREVISTO EN LOS CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE MÉXICO (UN ANÁLISIS COMPARATIVO)

Carina GÓMEZ FRÖDE\*

A la memoria de un gran procesalista mexicano, don Humberto Briseño Sierra, por haber elaborado teorías y pensamientos propios que trascendieron más allá de nuestras fronteras. A los diez años de su fallecimiento (2003-2013).

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La sistemática en la legislación procesal mexicana con relación a la figura del arbitraje.* III. *Legislaciones basadas en la familia del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1932.* IV. *La corriente separatista.* V. *Conclusiones y referencias al pensamiento de don Humberto Briseño Sierra.*

### I. INTRODUCCIÓN

Agradezco la gentil invitación que amablemente me formulara el doctor Gonzalo Uribarri Carpintero, abogado académico experto en el tema del arbitraje, para escribir algunas líneas relativas al arbitraje en materia civil. No podemos olvidar cuando el doctor Uribarri dignamente representó a nuestro país, como ponente nacional en el XII Congreso Mundial de Derecho Pro-

---

\* Profesora de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UNAM en materias procesales y abogada postulante en materia familiar. Directora del Seminario de Derecho Procesal. Autora de *Derecho procesal familiar* (Porrúa) y *El arte cinematográfico como herramienta para la enseñanza aprendizaje de la teoría general del proceso* (Tirant lo Blanch) entre otros. Es miembro del Instituto Mexicano de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de los colegios Nacional y de la UNAM de Derecho Procesal.

cesal, celebrado en la Ciudad de México, en julio de 2003.<sup>1</sup> En torno a la figura del arbitraje, a través de la historia de la ciencia del derecho procesal se han elaborado muchas teorías, definiciones, clasificaciones. Básicamente pueden establecerse dos corrientes de pensamiento: los contractualistas o privatistas (la solución del litigio deriva de un acuerdo de voluntades entre las partes contrarias) y los publicistas o jurisdiccionalistas, que conciben al arbitraje como una figura heterocompositiva y, por tanto, el árbitro goza de funciones jurisdiccionales.

Para don Humberto Briseño Sierra, el arbitraje “es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares”.<sup>2</sup>

La definición del maestro Briseño Sierra introduce la palabra “proceso” para definir al arbitraje, ello en contradicción con los autores procesales clásicos, quienes hacen siempre una distinción entre el proceso y el arbitraje; el primero solamente puede denominársele de tal manera si éste se desarrolla dentro de la jurisdicción estatal. Al respecto, tengo la leve sospecha de que don Humberto Briseño Sierra respondería de la siguiente forma:<sup>3</sup>

Si se medita en el tema del arbitraje, después de haber revisado la extensa cantidad de teorías que sobre su naturaleza se han elaborado, quizá se llegue a la conclusión imparcial (ajena por igual a los afanes doctrinarios de las prácticas caprichosas) de que a fin de no entorpecer su marcha acelerada en los momentos actuales, los juristas deben introducirse en la corriente y no mirarla desde afuera, porque inmersos en ella, siguiéndola en su curso amorfo y acientífico, será más fácil imprimirle un cierto sentido formal, apenas un leve impulso que conduzca a las partes a consentir en esos pequeños detalles que, sin hacerlas recelar sobre la buena fe con que pactan, permitan sin embargo eliminar las discusiones judiciales.

Por su parte, Adolfo Alvarado Velloso, procesalista argentino, considera lo siguiente:

El arbitraje implica siempre un proceso desarrollado y resuelto por particulares que, como método de debate, presenta innegables ventajas respecto del proceso judicial: generalmente, las exposiciones de las partes se hacen en forma ver-

---

<sup>1</sup> Uribarri Carpintero, Gonzalo, “La relación entre el arbitraje y otras formas de justicia pública y privada. Una referencia al arbitraje mexicano”, *El arbitraje, XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

<sup>2</sup> Briseño Sierra, Humberto, *El arbitraje comercial*, México, Universidad Iberoamericana, 1988, p. 12.

<sup>3</sup> Briseño Sierra, Humberto, *El arbitraje en el derecho privado*, México, Instituto de Derecho Comparado, UNAM, 1963, p. 14.

bal y sin formalismos anacrónicos, no exige el aparato de una burocracia que demanda documentación y acreditamiento de cada acto, la comunicación entre partes y juzgador es siempre directa, no es tan oneroso ni dilatado en su duración, facilita interrogatorios, aclaraciones, se realiza a puertas cerradas y sin acceso de público (lo que permite hablar con toda confianza, llanamente y sin protocolo y con cordialidad), pues ante todo se desea mantener la relación comercial que provocó la desinteligencia contractual.<sup>4</sup>

Para Gonzalo Uribarri Carpintero:

En el arbitraje, el particular renuncia al conocimiento del tribunal estatal... la razón que puede inducir a las partes a preferir este sustitutivo de la jurisdicción es el deseo de valerse de personas competentes o de especial confianza para que resuelvan su controversia en una forma más rápida, más justa y menos dispendiosa.<sup>5</sup>

El procesalista costarricense Sergio Artavia Barrantes señala que

el arbitraje es un proceso de carácter jurisdiccional —no judicial—, mediante el cual las partes eligen, en forma privada, a unos sujetos que fungirán como árbitros, para la solución de una controversia y cuya decisión la ley impone como obligatoria y le confiere los efectos de cosa juzgada.<sup>6</sup>

El arbitraje es un instrumento útil, porque representa una forma rápida y fácil de solución de conflictos, frente a los procesos jurisdiccionales establecidos por el Estado, los cuales frecuentemente son lentos, difíciles y costosos. El arbitraje se estructura en forma compuesta por cuatro cuerpos, que son: un acuerdo, un procedimiento, un laudo y una ejecución.<sup>7</sup> Los dos tipos de juicios arbitrales son: de estricto derecho y de equidad. En la doctrina también se han realizado otras clasificaciones: civil, comercial, realizado por instituciones públicas, por fedatarios y arbitraje internacional.<sup>8</sup> Se ha discutido mucho acerca de si el arbitraje entraña o no el ejercicio de una jurisdicción. Hay numerosas opiniones en pro y en contra de ello. Existe

---

<sup>4</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 67.

<sup>5</sup> Uribarri Carpintero, Gonzalo, *El arbitraje en México*, México, Oxford University Press, 1999, p. 18.

<sup>6</sup> Artavia Barrantes, Sergio, *El arbitraje en el derecho costarricense*, San José, Editorial Sapiensa, 2000, p. 42.

<sup>7</sup> Briseño Sierra, *El arbitraje en el derecho privado*, cit., p. 31.

<sup>8</sup> Saíd, Alberto y González, Isidro M., *Teoría general del proceso*, México, Editorial Iure, 2006, p. 42.

una peculiaridad o característica de la jurisdicción que no encontramos en el arbitraje: el imperio, es decir, esa parte de la función jurisdiccional que implica la potestad soberana del Estado de imponer a las partes contendientes, si es necesario por la fuerza pública, el sentido y las consecuencias de la resolución. En cambio, al árbitro le falta ese imperio. El laudo, una vez pronunciado por el árbitro, debe ser homologado por un juez estatal, y esta homologación es una especie de visto bueno o de calificación sancionadora que el Estado le otorga al laudo arbitral. Toda ejecución del mandato contenido en un laudo debe ser ordenada por un juez estatal. Por ello, sostenemos que aquellos que se someten al arbitraje para dirimir sus controversias deben contar con un espíritu elevado, que en pleno conocimiento de la probabilidad de que el laudo que se dicte les sea desfavorable a sus intereses particulares, y a pesar de ello, lo respeten, comprendan y acepten, como seres altamente civilizados. El papel del árbitro es por ello fundamental. En los últimos años la doctrina se ha enfocado en estudiar el papel del juez al resolver sus controversias y los diversos métodos argumentativos para lograr dictar sentencias justas y convincentes para ambas partes. El papel del árbitro y los argumentos que esgrima para resolver el litigio en un determinado sentido serán fundamentales para lograr el reconocimiento, la aceptación y el respeto hacia sus determinaciones.

## II. LA SISTEMÁTICA EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL MEXICANA CON RELACIÓN A LA FIGURA DEL ARBITRAJE

En este apartado nos referiremos brevemente al sistema normativo procesal vigente en las legislaciones mexicanas. El doctor Humberto Briseño Sierra ha señalado que “El procedimiento, que debería ser el cuerpo de mayor atención para los procesalistas, es el menos estudiado, probablemente porque cuando los interesados no profundizan en su regulación, se aplican supletoriamente las reglas comunes.”<sup>9</sup>

Siempre nos habíamos adherido a la clasificación de familias de códigos procesales que en su momento hiciera Alberto Saíd<sup>10</sup> en un esfuerzo comparativo legislativo. La evolución experimentada llevó a este autor a mencionar a seis familias de códigos mexicanos de procedimientos civiles destacados. Ellos son:

<sup>9</sup> Briseño Sierra, *El arbitraje en el derecho privado*, cit., p. 31.

<sup>10</sup> Saíd, Alberto, *Los alegatos*, México, Oxford University Press, 2004, p. xii.



- La familia vigente del Código de Procedimientos Civiles de 1932.
- La familia de los códigos de Adolfo Maldonado (Código Federal de Procedimientos Civiles y Código de Procedimientos del Estado de Guanajuato).
- La familia derivada del proyecto de 1948 para el Distrito Federal (Código de Procedimientos Civiles del Estado de Sonora y Código de Procedimientos Civiles del Estado de Zacatecas).
- La familia de códigos de Fernando Flores García (Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Morelos y Código de Procedimientos Civiles del Estado de Coahuila).
- La familia de códigos de José Ovalle Favela (Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guerrero y Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tabasco), y
- La familia de códigos de Gustavo Cajica (Código de Procedimientos Civiles de Puebla y Código de Procedimientos Civiles de Tlaxcala).

Sin embargo, por esta ocasión tendremos que alejarnos de la clasificación anterior, ya que de la lectura de los contenidos específicos de cada código en materia arbitral habremos de analizar si gozan o no de uniformidad y si logran adecuarse a las nuevas necesidades sociales en la medida en que su estructura, contenido y ordenación sean conjugados, armónicos, sistemáticos y funcionales. Para Cipriano Gómez Lara,<sup>11</sup> el sistema normativo procesal será adecuado en la medida en que su estructura, contenido y ordenación sean conjugados, armónicos y funcionales. Sin embargo, los criterios para la ordenación sistemática de los códigos procesales distan mucho de ser uniformes. Los propósitos que los códigos modernos deben perseguir son fundamentalmente: *a)* el impulso procesal de oficio, en la fase contenciosa; *b)* suprimir hasta donde sea posible la suspensión del procedimiento; *c)* procurar que se realice efectivamente la economía procesal; *d)* obtener una justicia pronta y expedita, y *e)* el establecimiento de reglas procesales de fácil comprensión y aplicación.

En materia civil, el arbitraje está regulado en cada código procesal de las entidades federativas —dado que la materia civil es de carácter local—. Evidentemente, cada código procesal estatuye al juicio arbitral de modo distinto, aunque no en cuanto al fondo, sí en cuanto a la forma, porque algunos códigos contienen disposiciones muy elementales y otros contemplan normas con detalles y sistematización, los preceptos pertinentes para el juicio arbitral, desde la formación del compromiso arbitral hasta la ejecución

---

<sup>11</sup> Gómez Lara, Cipriano, *Sistemática procesal*, México, Oxford, 2006, pp. 176, 216 y 217.

del laudo.<sup>12</sup> En este pequeño ensayo sostenemos que en nuestro país existen tres corrientes o vertientes legislativas en cuanto a la normatividad del arbitraje civil:

1. Aquellos estados de nuestra República que omiten referirse siquiera a la figura del arbitraje, como son Aguascalientes, Nayarit, Guanajuato y Tlaxcala.
2. La segunda vertiente es aquella que se inspiró en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal de 1932, antes de las reformas de 2009. En esta corriente encontramos a los siguientes estados de la República: Baja California, Baja California Sur, Chiapas, Chihuahua, Colima, Durango, Estado de México, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Veracruz y Zacatecas.
3. La tercera familia de códigos la denominamos corriente separatista. En cuanto a su regulación, orden y sistematización, se encuentran los siguientes estados: Nuevo León, Coahuila, Campeche, Guerrero, Morelos, Puebla, Tabasco y Yucatán. Se trata de regulaciones que se han preocupado por incluir modalidades de la figura arbitral con mayor precisión y detalle.

### III. LEGISLACIONES BASADAS EN LA FAMILIA DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1932

La comisión encargada de redactar el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1932 estuvo a cargo de Gabriel García Rojas, José Castillo Larrañaga y Rafael Gual Vidal. Este Código, con una vida de más de 80 años, requeriría urgentemente ser derogado y sustituido integralmente por una legislación más moderna, sistemática y ordenada. A través de los años ha sufrido innumerables reformas, es un cuerpo legislativo (pleno de parches, remiendos, incongruencias y chipotes).<sup>13</sup> Se trata de un código que ha sido sumamente estudiado por la doctrina y sobre todo ha influenciado a los legisladores de muchos estados de nuestra República, como son Baja California, Baja California Sur, Chiapas, Chihuahua, Colima, Durango, Estado de Mé-

<sup>12</sup> Uribarri Carpintero, Gonzalo, “La relación entre el arbitraje y otras formas de justicia pública y privada. Una referencia al arbitraje mexicano”, *cit.*, p. 249.

<sup>13</sup> Gómez Lara, Cipriano, *Sistemática procesal*, México, Oxford University Press, 2007, p. 162.

xico, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Veracruz y Zacatecas.

El título octavo, relativo al juicio arbitral, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y que fue retomado para incluirlo en las legislaciones de los estados antes mencionados, estuvo redactado durante muchos años de la siguiente manera:

#### TÍTULO OCTAVO. Del juicio arbitral

Artículo 609. Las partes tienen el derecho de sujetar sus diferencias al juicio arbitral.

Artículo 610. El compromiso puede celebrarse antes de que haya juicio, durante este y después de sentenciado, sea cual fuere el estado en que se encuentre. El compromiso posterior o la sentencia irrevocable sólo tendrá lugar si los interesados la conocieren.

Artículo 611. El compromiso puede celebrarse por escritura pública, por escritura privada o en acta ante el juez, cualquiera que sea la cuantía.

Artículo 612. Todo el que esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles puede comprometer en árbitros sus negocios.

Los tutores no pueden comprometer los negocios de los incapacitados ni nombrar árbitros sino con aprobación judicial, salvo en caso en que dichos incapacitados fueren herederos de quien celebren el compromiso o estableció cláusula compromisoria. Si no hubiere designación de árbitros, se hará siempre con intervención judicial, como se previno en los medios preparatorios a juicio arbitral.

Artículo 613. Los albaceas necesitan del consentimiento unánime de los herederos para comprometer en árbitros los negocios de la herencia y para nombrar árbitros, salvo el caso en que se tratara de cumplimentar el compromiso o cláusula compromisoria pactados por el autor. En este caso, si no hubiere arbitro nombrado, se hará necesariamente con intervención judicial.

Artículo 614. Los síndicos de los concursos sólo pueden comprometer en árbitros con unánime consentimiento de los acreedores.

Artículo 615. No se pueden comprometer en árbitros los siguientes negocios:

- I. El derecho de recibir alimentos;
- II. Los divorcios excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias;
- III. Las acciones de nulidad de matrimonio;
- IV. Los concernientes al estado civil de las personas con la excepción contenida en el artículo 339 del Código Civil;
- V. Los demás en que lo prohíba expresamente la Ley.

Artículo 616. El compromiso designara el negocio o negocios que se sujeten a juicio arbitral y el nombre de los árbitros. Si falta el primer elemento,

el compromiso es nulo de pleno derecho sin necesidad de previa declaración judicial.

Cuando no se hayan designado los árbitros se entiende que se reservan hacerlo con intervención judicial, como se previene en los medios preparatorios.

Artículo 617. El compromiso será válido aunque no se fije término del juicio arbitral y, en este caso la misión de los árbitros durara sesenta días. El plazo se cuenta desde que se acepte el nombramiento.

Artículo 618. Durante el plazo del arbitraje los árbitros no podrán ser revocados, sino con el consentimiento unánime de las partes.

Artículo 619. Las partes y los árbitros seguirán en el procedimiento de los plazos de las formas establecidos para los tribunales, si las partes no hubieren convenido otra cosa. Cualesquiera que fuere el pacto en contrario, los árbitros siempre están obligados a recibir pruebas y oír alegatos, si cualquiera de las partes lo pidiere.

Las partes podrán renunciar a la apelación. Cuando el compromiso en árbitros se celebre respecto de un negocio en grado de apelación, la sentencia arbitral será definitiva, sin ulterior ordinario recurso.

Artículo 620. El compromiso produce las excepciones de incompetencia y litispendencia, si durante él se promueve el negocio en un tribunal ordinario.

Artículo 621. Cuando hay árbitro único, las partes son libres de nombrarle un secretario, y si dentro de tercer día, empezando desde aquel en que deba actuar no se han puesto de acuerdo, el árbitro lo designará y a costa de los mismos interesados desempeñará sus funciones.

Cuando fueren varios los árbitros, entre ellos mismos elegirán al que funja como secretario, sin que por esta tenga derecho a mayores emolumentos.

Artículo 622. El compromiso termina: Por muerte del árbitro elegido en el compromiso o en cláusula compromisoria, si no tuviere substituto. En caso de que no hubieren las partes designado el árbitro, sino por intervención del tribunal, el compromiso no se extinguirá y se proveerá el nombramiento del substituto en la misma forma que para el primero;

II. Por excusa del árbitro o árbitros, que sólo puede ser por enfermedad comprobada que les impida desempeñar su oficio;

III. Por recusación, con causa declarada procedente, cuando el árbitro hubiere sido designado por el juez, pues al nombrado de común acuerdo no se le puede recusar;

IV. Por el nombramiento recaído en el arbitro de magistrado, juez propietario o interino por más de 3 meses; lo mismo se entenderá de cualquier otro empleo de la administración de justicia que impida de hecho o de derecho la fundación del arbitraje;

V. Por la expiración del plazo estipulada o del legal a que se refiere el artículo 617.

Artículo 623. Los arbitrios sólo son recusables por las mismas causas que lo fueren los demás jueces.

Artículo 624. Siempre que haya de reemplazarse un árbitro se suspenderá en términos durante el tiempo que pase para hacer el nuevo nombramiento.

Artículo 625. El laudo será firmado por cada uno de los árbitros, y, en caso de haber más de dos, si la minoría rehusare hacerlo, los otros lo harán constar y la sentencia tendrá el mismo efecto que si hubiere sido firmada por todos. El voto particular no exime de la obligación a que este artículo refiere.

Artículo 626. En caso de que los árbitros estuvieren autorizados a nombrar a un tercero en discordia y no lograren ponerse de acuerdo, acudirán al juez de primera instancia.

Artículo 627. Cuando el tercero en discordia fuere nombrado faltando menos de quince días para la extinción del término del arbitraje y las partes no lo prorrogaran, podrá disponer de diez días más que se sumaran a dicho término para que pueda pronunciarse el laudo.

Artículo 628. Los árbitros decidirán según las reglas del derecho, a menos que, en el compromiso o en la cláusula, se les encomendara la amigable composición o el fallo en consecuencia.

Artículo 629. De las recusaciones y excusas de los árbitros conocerá el juez ordinario, conforme a las leyes y sin ulterior recurso.

Artículo 630. Los árbitros pueden conocer de los incidentes, sin cuya resolución no fuere posible decidir el negocio principal. También pueden conocer de las excepciones perentorias, pero no de la reconvenición, sino en el caso en que se oponga como compensación hasta la cantidad que importe la demanda, o cuando así se haya pactado expresamente.

Artículo 631. Los árbitros pueden condenar en costas, daños y perjuicios a las partes y aun imponer multas, pero para emplear los medios de apremio deben ocurrir al juez ordinario.

Artículo 632. Notificado el laudo, se pasaran los autos al juez ordinario para su ejecución, al no ser que las partes pidieren aclaración de sentencia.

Para la ejecución de autos y decretos, se acudirá también al juez de primera instancia.

Si hubiere lugar a algún recurso que fuere admisible, lo admitiría el juez que recibió los autos y remitirá estos al Tribunal Superior; sujetándose, en todos sus procedimientos, a lo dispuesto para los juicios comunes.

Artículo 633. Es competente para todos los actos relativos al juicio arbitral en lo que se refiere a jurisdicción que no tenga el arbitro; y para la ejecución de la sentencia y admisión de los recursos, el juez designado en el compromiso, a falta de este el que este en turno.

Artículo 634. Los jueces ordinarios están obligados a impartir auxilio de jurisdicción a los árbitros

Artículo 635. La apelación sólo será admisible conforme a las reglas del derecho común.

Contra las resoluciones del árbitro designado por el juez cabe el amparo de garantías conforme a las leyes respectivas.

Artículo 636. El juez debe compeler a los árbitros a cumplir con las obligaciones.

Sin embargo, las últimas reformas en materia arbitral se verificaron el 10 de septiembre del 2009, y en virtud de las mismas se realizaron algunas modificaciones importantes, como son, entre otras: se derogan 12 artículos, se prefiere hacer la denominación de “acuerdo de arbitraje” en vez de “compromiso”; se suprime el plazo de 60 días para que cumpla su función el árbitro; se suprimen las disposiciones relativas al nombramiento de secretarios; se introducen reglas para la procedencia de la recusación de los árbitros; se introduce el concepto de “tribunal arbitral” y se remite a la aplicación del Reglamento de arbitraje de la UNCITRAL;<sup>14</sup> se le otorga al tribunal arbitral la facultad de determinar el derecho aplicable; se suprime la disposición que preveía la facultad de que los árbitros conocieran de los incidentes promovidos sin cuya resolución no fuera posible decidir el negocio principal; se suprime la posibilidad de que un recurso fuera admisible

---

<sup>14</sup> *www.uncitral.com*. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI consta de una amplia gama de reglas procesales en las que las partes pueden convenir para la sustanciación de procedimientos arbitrales que se entablen a raíz de sus relaciones comerciales, y que se utilizan ampliamente en arbitrajes *ad hoc*, así como en arbitrajes administrados por instituciones. Los artículos del Reglamento rigen todos los aspectos del proceso arbitral, contienen una cláusula modelo de arbitraje, regulan el nombramiento de los árbitros y la sustanciación de los procedimientos arbitrales y establecen reglas sobre la forma, el efecto y la interpretación del laudo. El Reglamento de Arbitraje original de la CNUDMI fue adoptado en 1976 y se ha aplicado a la solución de una amplia gama de controversias, como las surgidas entre entidades comerciales privadas en las que no interviene ninguna institución arbitral, así como en las controversias entre inversionistas y un Estado, en las controversias entre Estados y en las controversias comerciales dirimidas por instituciones arbitrales. En 2006, la Comisión decidió que se revisara el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI a fin de adaptarlo a los cambios que se habían producido durante los últimos 30 años en las prácticas arbitrales. La revisión ha tenido por objeto incrementar la eficacia de los arbitrajes regidos por el Reglamento y no se ha alterado la estructura original del texto ni su espíritu ni su estilo de redacción. El Reglamento de Arbitraje revisado entró en vigor el 15 de agosto de 2010. Contiene disposiciones que regulan, entre otras cosas, los arbitrajes con varias partes y la adhesión de nuevas partes a un procedimiento, la responsabilidad y un procedimiento para formular objeciones respecto de los peritos nombrados por el tribunal arbitral. Se han introducido disposiciones innovadoras para incrementar la eficacia procesal, como el procedimiento revisado para la sustitución de un árbitro, el requisito de los costos razonables y un mecanismo de examen de los costos del arbitraje. También se han previsto disposiciones más detalladas sobre las medidas cautelares. Se espera que el Reglamento revisado continúe contribuyendo al desarrollo de unas relaciones económicas internacionales armoniosas.

y por tanto la posibilidad de admitirlo; por último, se deroga la disposición que facultaba a los jueces a compeler a los árbitros.

#### TÍTULO OCTAVO. Del juicio arbitral

Artículo 609. Las partes tienen el derecho de sujetar sus diferencias al juicio arbitral. (Reformado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Artículo 610. El acuerdo de arbitraje puede celebrarse antes de que haya juicio, durante éste y después de sentenciado, sea cual fuere el estado en que se encuentre.

El acuerdo posterior a la sentencia irrevocable, sólo tendrá lugar si los interesados la conocieren. (Reformado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Artículo 611. El acuerdo de arbitraje es un convenio por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

La referencia en el acuerdo de arbitraje, o en sus modificaciones a un reglamento de arbitraje, hará que se entiendan comprendidas en el acuerdo de arbitraje, todas las disposiciones de reglamento de que se trate.

Artículo 612. Todo el que esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles puede comprometer en árbitros sus negocios. (Reformado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Los tutores no pueden comprometer los negocios de los incapacitados ni nombrar árbitros, sino con aprobación judicial, salvo el caso en que dichos incapacitados fueren herederos de quien celebró el acuerdo de arbitraje. Sino hubiere designación de árbitros, salvo pacto en contrario de las partes, se hará con intervención judicial, como se previno en los medios preparatorios a juicio arbitral. (Reformado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Artículo 613. Los albaceas necesitan del consentimiento unánime de los herederos para comprometer en árbitros los negocios de la herencia y para nombrar árbitros, salvo el caso en que se tratara de cumplimentar los acuerdos de arbitraje pactados por el autor.

Artículo 614. Los síndicos de los concursos sólo pueden comprometer en árbitros con unánime consentimiento de los acreedores.

Artículo 615. No se pueden comprometer en árbitros los siguientes negocios:

- I. El derecho de recibir alimentos;
- II. Los divorcios excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias;
- III. Las acciones de nulidad de matrimonio;
- IV. Los concernientes al estado civil de las personas con la excepción contenida en el artículo 339 del Código Civil;

V. Los demás en que lo prohíba expresamente la Ley.

Artículo 616. (Derogado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Artículo 617. (Derogado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009). (Reformado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Artículo 618. La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualidades convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación. (Reformado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Artículo 619. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Con sujeción a las disposiciones del presente Título, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

A falta de acuerdo, se aplicarán las disposiciones del Reglamento de arbitraje de la UNCITRAL. En ausencia de acuerdo y de disposición expresa en el Reglamento a que se refiere este párrafo, se aplicará lo dispuesto en el presente Título.

En todo momento, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en el presente Título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas. (Reformado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009)

Artículo 620. El acuerdo de arbitraje produce las excepciones de incompetencia y litispendencia, si durante el arbitraje se promueve el negocio en un tribunal ordinario.

Artículo 621 (Derogado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Artículo 622 (Derogado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Artículo 623 (Derogado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Artículo 624 (Derogado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Artículo 625 (Derogado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Artículo 626 (Derogado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Artículo 627 (Derogado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009). (Reformado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Artículo 628. Los árbitros decidirán según las normas de derecho que las partes hayan convenido. Si las partes no indicaren la ley que debe regir el



fondo del litigio, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable.

El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo.

Artículo 629 (Derogado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Artículo 630 (Derogado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009). (Reformado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Artículo 631. Los árbitros pueden condenar en costas, daños y perjuicios, pero para emplear los medios de apremio debe ocurrirse al juez ordinario. (Reformado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Artículo 632. Notificado el laudo, cualquier parte podrá presentar el laudo al juez ordinario para su ejecución, a no ser que las partes pidieren su aclaración.

Para la ejecución de autos, decretos u órdenes, se acudirá también al juez de primera instancia. (Reformado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Artículo 633. Es competente para todos los actos relativos al juicio arbitral en lo que se refiere a jurisdicción que no tenga el árbitro; y para la ejecución de autos, decretos, órdenes y laudos, el juez que esté en turno. (Republicado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Artículo 634. Los jueces ordinarios están obligados a impartir el auxilio de su jurisdicción a los árbitros. (Reformado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Artículo 635. Contra el laudo arbitral no procede recurso alguno. Contra la ejecución sólo serán posibles las siguientes excepciones:

La parte contra la cual se invoca el laudo, pruebe que:

a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de las disposiciones de este Código;

b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;

c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras;

d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se ajustaron a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o

e) El laudo no sea aún obligatorio para las partes o hubiere sido anulado o suspendido por el juez del país en que, o conforme a cuyo derecho, hubiere sido dictado ese laudo; o

II. El juez compruebe que, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público.

Artículo 636. (Derogado, *Gaceta Oficial*, 10 de septiembre de 2009).

Considero que todas estas modificaciones, algunas de forma, más que de fondo, tratan de concederle mayores libertades, tanto a los árbitros como a las partes dentro del procedimiento arbitral. Además, se intenta repeler toda clase de argucias y trámites entorpecedores para lograr la tan anhelada economía procesal.

Sin embargo, algunos estados de la República continúan con el viejo esquema ya derogado que preveía el código distrital, anterior a la reforma ya comentada. A continuación señalaremos brevemente algunas de sus notas distintivas:

*Baja California*. Artículos 592-619. Concede al árbitro un plazo de 100 días si el juicio es ordinario y 60 si es sumario para resolver el litigio. Todas las demás disposiciones con relación al juicio arbitral son muy parecidas al código distrital antes de las reformas de 2009.

*Baja California Sur*. Artículos 595-622. Concede al árbitro un plazo de 60 días para resolver el litigio, independientemente de que se trate de juicio ordinario o sumario. Todas las demás disposiciones con relación al juicio arbitral son muy parecidas al código distrital antes de las reformas de 2009.

*Chiapas*. Artículos 587-614. Concede al árbitro un plazo de 100 días para resolver el litigio. Todas las demás disposiciones con relación al juicio arbitral son muy parecidas al código distrital antes de las reformas de 2009.

*Chihuahua*. Artículos 472-496. Concede al árbitro un plazo de 100 días si el juicio es ordinario y 60 si es sumario, ejecutivo, hipotecario, para resolver el litigio. Todas las demás disposiciones con relación al juicio arbitral son muy parecidas al código distrital antes de las reformas del 2009.

*Colima*. Artículos 608-635. Concede al árbitro un plazo de 100 días si el juicio es ordinario y 60 si es sumario para resolver el litigio. Todas las demás disposiciones con relación al juicio arbitral son muy parecidas al código distrital antes de las reformas de 2009.

*Durango*. Artículos 598-625. Concede al árbitro un plazo de 100 días para resolver el litigio. Todas las demás disposiciones con relación al juicio arbitral son muy parecidas al código distrital antes de las reformas de 2009.

*Estado de México*. Artículos 2.285-2.306. Concede al árbitro un plazo de 100 días para resolver el litigio. Todas las demás disposiciones con relación al juicio arbitral son muy parecidas al código distrital antes de las reformas de 2009.

*Hidalgo.* Artículos 597-624. Concede al árbitro un plazo de 100 días para resolver el litigio, si el juicio es ordinario y 60 si es sumario. Todas las demás disposiciones con relación al juicio arbitral son muy parecidas al código distrital antes de las reformas de 2009.

*Jalisco.* Artículos 730-757. Se incluye la definición de contrato de compromiso arbitral. Se prevé la facultad de ordenar medidas cautelares o provisionales. No establece plazos para el árbitro. Todas las demás disposiciones con relación al juicio arbitral son muy parecidas al código distrital antes de las reformas de 2009.

*Michoacán.* Artículos 920-952. Concede al árbitro un plazo de 100 días si el juicio es ordinario y 60 si es sumario para resolver el litigio. Todas las demás disposiciones con relación al juicio arbitral son muy parecidas al código distrital antes de las reformas de 2009.

*Oaxaca.* Artículos 591-619. Concede al árbitro un plazo de 100 días si el juicio es ordinario y 60 si es sumario para resolver el litigio. Todas las demás disposiciones con relación al juicio arbitral son muy parecidas al código distrital antes de las reformas de 2009.

*Querétaro.* Artículos 627-655. Concede al árbitro un plazo de 100 días si el juicio es ordinario y 60 si es sumario para resolver el litigio. Todas las demás disposiciones con relación al juicio arbitral son muy parecidas al código distrital antes de las reformas del 2009.

*Quintana Roo.* Artículos 656-683. Concede al árbitro un plazo de 60 días para resolver el litigio. Todas las demás disposiciones con relación al juicio arbitral son muy parecidas al código distrital antes de las reformas de 2009.

*San Luis Potosí.* Artículos 504-531. Concede al árbitro un plazo de 100 días si el juicio es ordinario y 60 si es sumario para resolver el litigio. Todas las demás disposiciones con relación al juicio arbitral son muy parecidas al código distrital antes de las reformas de 2009.

*Sinaloa.* Artículos 635-662. Concede al árbitro un plazo de 100 días si el juicio es ordinario y 60 si es sumario para resolver el litigio. Todas las demás disposiciones con relación al juicio arbitral son muy parecidas al código distrital antes de las reformas de 2009.

*Sonora.*<sup>15</sup> Artículos 856-873. Concede al árbitro un plazo de 100 días si el juicio es ordinario y 60 si es sumario para resolver el litigio. Incluye una

---

<sup>15</sup> Los códigos adjetivos de Sonora y Zacatecas se han clasificado en este ensayo en la vertiente de códigos que regulan el arbitraje de forma parecida al Código del Distrito Federal. Sin embargo, la doctrina ha establecido que los códigos de procedimientos civiles de Sonora y Zacatecas son producto derivado del anteproyecto de Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1948, obra de Ernesto Santos Galindo, Luis Rubio Siliceo y José Castillo Larrañaga, anteproyecto que nunca llegó a ser derecho positivo, pero que siguió a

disposición (artículo 868), en la cual se especifica lo que ha de contener el laudo: indicación de las partes, señalamiento de la escritura de compromiso o cláusula compromisoria, exposición sumaria de los motivos, parte dispositiva, indicación de día, mes y año en que se dictó el laudo, firma de los árbitros. Prevé que el laudo puede ser impugnado de nulidad.

*Tamaulipas*. Artículos 628-645. Concede al árbitro un plazo de 100 días si el juicio es ordinario y 50 si es sumario u oral para resolver el litigio. Incluye una disposición (artículo 644), en la cual se especifica lo que ha de contener el laudo: indicación de las partes, indicación de la escritura de compromiso o cláusula compromisoria, exposición sumaria de los motivos, parte dispositiva, indicación de día, mes y año en que se dictó el laudo, firma de los árbitros. Prevé que el laudo puede ser impugnado de nulidad.

*Veracruz*. Artículos 452-479. Concede al árbitro un plazo de 60 días para resolver el litigio. Todas las demás disposiciones con relación al juicio arbitral son muy parecidas al código distrital antes de las reformas de 2009.

*Zacatecas*. Artículos 856-873. Concede al árbitro un plazo de 100 días si el juicio es ordinario y 60 si es sumario para resolver el litigio. Incluye una disposición (artículo 868), en la cual se especifica lo que ha de contener el laudo: indicación de las partes, señalamiento de la escritura de compromiso o cláusula compromisoria, exposición sumaria de los motivos, parte dispositiva, indicación de día, mes y año en que se dictó el laudo, firma de los árbitros. Prevé que el laudo puede ser impugnado de nulidad.

#### IV. LA CORRIENTE SEPARATISTA

Alejadas de la corriente que reguló el arbitraje en el código distrital, encontramos disposiciones sistemáticas y ordenadas en los siguientes estados de la República. Señalaremos algunas características:

*Campeche*. Artículos 669-716. La regulación del juicio arbitral se divide en dos capítulos, el primero, denominado “De la constitución del compromiso” y “La sustanciación del juicio arbitral”. Se le otorga valor a la confesión desahogada ante el árbitro. Se deja en libertad a los árbitros en cuanto al plazo para resolver la controversia. Los árbitros reciben personalmente todas las probanzas. Se incluyen disposiciones de suspensión del arbitraje en caso de que una de las partes fallezca. Se le otorga a la resolución un carácter de sentencia definitiva (debería decir “ejecutoriada” o “firme”). Una

---

grandes rasgos la estructura y contenidos del Código del Distrito Federal. *Cf.* Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, México, Oxford University Press, p. 28.

vez dictada la “sentencia”, pasan los autos del árbitro ante el juez para su ejecución; pero si las partes renuncian a interponer recursos, ninguno les será admitido. Se les concede a los arbitradores o amigables compondores resolver conforme a su conciencia y a la equidad. Tampoco estarán obligados a sujetarse a los preceptos legales para la sustanciación del juicio, pero el árbitro debe recibir las pruebas, oír los alegatos y citar para sentencia.

*Coahuila.* Artículos 788-838. El maestro emérito Fernando Flores García fue el autor de este Código, que consideramos el más completo y sistemático. El doctor Flores García efectuó una distribución rigurosa, casi pedagógica, ubicando a las diversas instituciones, de tal manera que su propia colocación permitiera llegar a ellas sin esfuerzo, tomando como patrón, o bien el orden con el que suelen darse en la secuela procesal o el propósito que cumplen en la función de administración de justicia. Cada disposición normativa cuenta con una denominación específica. Dentro del libro quinto, título primero, capítulo primero, se prevé, entre otras figuras, la solución extraprocesal del litigio; el contenido, la forma y la oportunidad del convenio, las personas legitimadas para comprometer en árbitros, las bases, los plazos y los efectos del convenio arbitral, los requisitos, los impedimentos para ser árbitro, las revocaciones y las recusaciones de los árbitros, las reglas procesales aplicables al arbitraje, el lugar, el idioma, la precisión de la controversia (fijación de la litis o de los puntos controvertidos), las pruebas, la rebeldía de una de las partes, los árbitros sustitutos, los alegatos, las leyes aplicables, los incidentes, la transacción durante las actuaciones arbitrales, los requisitos del laudo, entre ellos llama la atención la fracción VI del artículo 824: “La fundamentación, motivación y puntos resolutive del laudo, cuando los árbitros decidan la cuestión litigiosa con sujeción a derecho, o sólo la motivación y los puntos resolutive cuando lo haga en conciencia”. Es el único Código que le da importancia a los elementos argumentativos para llegar a la conclusión y resolución del litigio. Este código además prevé las costas del arbitraje, la notificación del laudo, las aclaraciones, la apelación del laudo, los casos de nulidad del laudo, las medidas cautelares, la ejecución forzosa del laudo, los documentos que debe acompañarse a la solicitud de ejecución del laudo, la posición a la ejecución y los laudos arbitrales extranjeros. Sin duda, el doctor Fernando Flores García constituye el referente obligado con relación a determinar si las disposiciones de un código gozan o no de uniformidad y si logran adecuarse a las nuevas necesidades sociales en la medida en que su estructura, contenido y ordenación sean conjugados, armónicos, sistemáticos y funcionales, la respuesta con relación al Código Procesal Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza es afirmativa.

*Guerrero.* Artículos 718-741. Este código es obra del distinguido procesalista José Ovalle Favela. En el compromiso arbitral las partes podrán pactar expresamente las reglas procesales que se han de observar siempre y cuando en ellas se respeten las formalidades esenciales del procedimiento. Se establecen las reglas para el compromiso arbitral y se determina los elementos que debe contener el laudo.

*Morelos.* Artículos 560-584. Se incluye la disposición en el sentido de que los árbitros deben ser licenciados en derecho y de honorabilidad reconocida, tener título legalmente registrado en la Dirección General de Profesiones y formar parte de la lista que autorice el presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado. La misión de los árbitros deberá desempeñarse en un plazo de 90 días si se trata de juicio ordinario y de 45 si es sumario. Se incluye la disposición que establece los requisitos del laudo. Notificado el laudo, se turna al juez para su homologación y su ejecución. Se prevén reglas para la apelación del laudo, así como para promover la nulidad.

*Nuevo León.* Artículos 960-988. Este código prefiere llamarle a la figura estudiada “arreglo de arbitraje”. Se incluyen la utilización de los medios electrónicos. Se prevé que las partes renunciarán a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. Se establece la composición de un tribunal arbitral y se prevén reglas para el nombramiento de árbitros. Se regulan medidas provisionales precautorias y cautelares, así como la posibilidad de exigir una garantía apropiada. En cuanto a los honorarios de los árbitros, a falta de convenio se sujetarán a las disposiciones del arancel de abogados vigente en el estado. Los árbitros están facultados para determinar su propia competencia. Se impone el principio de igualdad de las partes, se establecen las reglas de procedimiento en el arbitraje de estricto derecho, se precisan los elementos del laudo, se prevé la posibilidad de aclaración del mismo, así como su impugnación el reconocimiento y la ejecución de laudos. También, introduce la figura de métodos alternos de solución de conflictos.

*Puebla.* Artículos 863-878. En este Código se define al arbitraje como “El procedimiento voluntario, adversarial, que se constituye por compromiso entre las partes con el fin de sujetar sus diferencias a la decisión de un tercero”. De una manera sencilla y simple se precisan los contenidos del compromiso arbitral, y se establecen reglas claras para la homologación por autoridad judicial.

*Tabasco.* Artículos 686-709. Este Código también es obra del doctor José Ovalle Favela. Cada artículo se encuentra nominado, y entre algunas de sus disposiciones se encuentran la forma de celebración del compromiso, la forma y las personas legitimadas para comprometer en árbitros, las reglas procesales aplicables, las bases para el compromiso arbitral, la suspensión

de plazos, el tercero en discordia, los incidentes y excepciones, la ejecución del laudo, la apelación y la nulidad e intervención de los juzgadores de primera instancia.

*Yucatán.* Artículos 745-842. Este Código enumera los elementos del contenido de la escritura de arbitraje, desde que se firma el compromiso queda interrumpida la prescripción, se le otorga valor a la prueba confesional rendida ante el árbitro, se establecen medios de apremio judicial para los árbitros renuentes a desempeñar su encargo. Se incluye una disposición totalmente discriminatoria opuesta a lo contenido en el artículo 1o. constitucional, pues dice así: “Artículo 778: La mujer casada, menor de edad no puede nombrar árbitros sin licencia de su marido... cuando tratándose de menores de edad no habría por qué hacer distinciones de género”. Prevé además que si ocurre un incidente delictuoso, los árbitros darán vista al Ministerio Público, así como si muere el árbitro se remplazará conforme a derecho. Los árbitros son responsables conforme al Código de Defensa Social, así como responsables de los daños y perjuicios si ellos tuvieran la culpa en la demora, en caso de que transcurra el plazo sin haber dictado sentencia. Si se ha establecido alguna pena convencional, se ejecutará sin excusa antes de que se admita el recurso de apelación. Este Código contiene además una sección relativa a los arbitradore.

## V. CONCLUSIONES Y REFERENCIAS AL PENSAMIENTO DE DON HUMBERTO BRISEÑO SIERRA

Para Briseño, el arbitraje no es su fuerte, sino su debilidad.

Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO

De la lectura de las diversas disposiciones vigentes en el país en materia de arbitraje llegamos a la triste conclusión de que la mayoría de las regulaciones actuales no responden al espíritu y finalidades originarias de esta gran figura heterocompositiva. Sin embargo, habrá que destacar las bondades de la reforma al código distrital de 2009, que pretende otorgar más libertad a los árbitros y tomar como referencia el Reglamento de la UNCITRAL, el cual básicamente se refiere a arbitrajes mercantiles e internacionales, para ser aplicado a litigios civiles. Por otro lado, se reitera que el código mejor estructurado y regulado en el país es el de Coahuila.



Según don Humberto Briseño Sierra, cuando de arbitraje se trata, lo primero, lo fundamental, es resolver pacíficamente la disputa. Lo saben bien los industriales y los comerciantes, que ante todo buscan mantener las buenas relaciones, pues persiguen la satisfacción de sus intereses, pero sin perder esas vinculaciones económicas que les son más provechosas que un buen pleito ante tribunales.

Entre las partes es posible lograr con buena fe y sin engaños la solución del litigio con base en un acuerdo que podríamos denominar “un acuerdo de damas y de caballeros honorables”, pues si sucediera lo contrario, el espíritu del arbitraje quedaría anulado y la esperanza de evitar llegar a los tribunales desaparece. No debemos perder el entusiasmo ante esta noble institución, mal comprendida por la doctrina y menospreciada por la práctica. Algunos afirman que está condenada a desaparecer. Sin embargo, don Humberto Briseño Sierra en 1963, hace más de 40 años, explicaba que la figura del arbitraje estaba más viva que nunca. Su vitalidad radicaba en la utilización de la obra combinada de las partes en la elección de un juez privado. Para Briseño Sierra, la consigna debería ser descentralizar, no sólo en el campo administrativo y legislativo, sino también en el judicial. Desgraciadamente, no se le ha dado mayor impulso en materia civil a esta institución, y es por ello que es menospreciada por muchos abogados picapleitos que prefieren el pleito judicial.

Sin embargo, para don Humberto el poder de la parte es un instrumento precioso para la descentralización judicial refrendado en un sistema de cargas y responsabilidades. Se puede y debe liderar el costo de la administración de justicia, comenzando por la elección de los jueces comprensivos, honorables, que no dejen duda de su integridad a la hora de resolver el conflicto. La tendencia a introducir el arbitraje como fórmula simplificada y eficaz ha disminuido notablemente en los últimos años. Todavía se le ponen obstáculos anacrónicos y absurdos.

Como se observa en numerosos proyectos de leyes uniformes y en convenciones internacionales se ha dicho que el arbitraje significa un procedimiento más rápido que el judicial, menos solemne y formalista, y más privado o secreto por contraste con el proceso público... También se ha afirmado que suprime y abrevia plazos, de donde resulta una economía de tiempo y trabajo para los mismos tribunales, favorece la transacción y disminuye la litigiosidad, evita el escándalo de ciertos juicios y reduce los abusos de los medios de defensa. Atempera la animadversión de los litigantes vencidos en nobleza, de la misión del juicio justo que dirige sus esfuerzos a la prevención de las disputas y mejora la sustanciación del proceso del procedimiento... A estas y otras bondades reales o imaginarias se ha replicado que la rapidez es ilusoria, por



el aliciente de la chicana tiene las impugnaciones, dilaciones y reenvíos al oficio público... “Es mito la baratura” y en países como México, los honorarios del árbitro significan una desventaja frente a la hipótesis constitucional de prohibición de las costas judiciales. En fin, se sostiene que el juez profesional presenta una imparcialidad y no es corriente en el árbitro... exagerados son aquellos quienes consideraran al arbitraje como mero residuo del pasado, exagerados serán los que lo ven como un augurio de mejor justicia futura.

El imponderable antes invocado, quizás radique en alguna otra circunstancia, como la carencia de potestad coactiva del árbitro en sentido estricto; lo cierto es que el arbitraje ha sido cuantitativamente más estudiado que el proceso judicial, con el cual unas veces se le asimila y otra se contrapone con unas veces se le consigue equivalente y otras excluyente; más solicitado en los tratados conferencias, congresos y reuniones internacionales, porque consiste en el ajuste de las controversias por medios y reglas legales, escogidas por las partes contendientes y más constantemente entregado los particulares y agrupaciones profesionales; tiene sin embargo menos práctica efectiva que el proceso jurisdiccional.<sup>16</sup>

Reiteramos las ideas anteriormente expuestas en el sentido de que sostenemos que aquellos que se someten al arbitraje para dirimir sus controversias deben contar con un espíritu elevado, que en pleno conocimiento de la probabilidad de que el laudo que se dicte les sea desfavorable a sus intereses particulares, y a pesar de ello, lo respeten, comprendan y acepten, como seres altamente civilizados. Por otro lado, la figura digna y noble del árbitro es necesaria para legitimar y enaltecer esta institución procesal.

---

<sup>16</sup> Briseño Sierra, *El arbitraje en el derecho privado*, cit., pp. 21-26.

## EL ARBITRAJE

Olman ARGUEDAS SALAZAR

SUMARIO: I. *El arbitraje y la actividad comercial.* II. *Autonomía del acuerdo arbitral.* III. *Normas internacionales.* IV. *Materias arbitrables.* V. *Relación del arbitraje con otras instituciones.* VI. *Acuerdo arbitral. Competencia.* VII. *Acuerdo arbitral. Alcances a terceros no suscriptores del mismo. Reglas generales para su aplicabilidad. Carta de aceptación de convenio suscrito por otra parte.* VIII. *Acuerdo arbitral. Intervención de terceros. Grupo de interés económico y carencia de timbres fiscales en documentos. Tribunal arbitral decide su competencia sin perjuicio de atribuciones de la Sala Primera al conocer recurso de nulidad.* IX. *Aclaración y adición dictadas fuera del plazo para laudar.* X. *Plazo para laudar.* XI. *Laudo. Carácter irrecurrible del laudo. Sólo proceden recurso de nulidad o recurso de revisión.* XII. *Laudo. Cosa juzgada. Concepto y alcances.* XIII. *Recurso de nulidad. Improcedente conocer alegatos de fondo sobre apreciación de la prueba.* XIV. *Recurso de nulidad. Distinción entre recurso de casación y recurso de nulidad arbitral.* XV. *Recurso de nulidad. Similitud y diferencias con recurso de casación por la forma.* XVI. *Recurso de nulidad. No procede contra resoluciones que finalicen el proceso arbitral que no sean el laudo.* XVII. *Conclusiones.*

### I. EL ARBITRAJE Y LA ACTIVIDAD COMERCIAL

#### 1. *Generalidades*

Esta dualidad: justicia pública y justicia privada, es un fenómeno que ha trascendido hasta nuestros días, y cuya coexistencia es perfectamente posible. No obstante, al menos en nuestro país, para nadie es un secreto la circunstancia indiscutible de que son muy pocos los casos que se someten a la decisión de árbitros. Hace falta una actitud mental dirigida en ese sentido, pues con ello se logra un descongestionamiento de los tribunales estatales, lo que redundará

directamente en un beneficio para la administración de justicia estatal.<sup>1</sup> La función que realizan los árbitros es exactamente igual a la que llevan a cabo los jueces, pues ambos realizan la función jurisdiccional, con la diferencia tan sólo de que los primeros realizan función jurisdiccional privada o especial, y los segundos realizan la función jurisdiccional estatal, pública o común.

El argumento que se expone por los defensores del arbitraje, enfrentado al proceso jurisdiccional, es el de que este último es lento en materias civil y comercial. Este argumento de la lentitud judicial estatal es un problema que no es posible admitirlo sin un severo análisis de las causas, porque no se trata de que la decisión jurisdiccional se produzca con una brevedad absurda, sino que se produzca dentro de un plazo razonable; más aún, ese plazo razonable también puede verse afectado en presencia de gestiones equivocadas de las partes, de resoluciones equivocadas del juez, de suspensiones que legalmente hay que decretar, motivadas por recursos de inconstitucionalidad, del tipo de proceso en que se debate la pretensión, etcétera. Todos esos problemas que redundan en el procedimiento civil y comercial son de sobra conocidos. Quiere decir entonces que un código procesal no puede rendir sus buenos frutos si en la realidad de la vida ocurren todos esos factores negativos; de esta forma, la legislación procesal puede tener una apariencia defectuosa, pero en realidad no es así. Nada se logra teniendo una buena legislación aplicada por buenos jueces si el número de oficinas judiciales es raquítrico o insuficiente. Y es que ocurre que el número de jueces debe ir en relación proporcional con los habitantes de un determinado país.<sup>2</sup> Todos esos problemas de tipo práctico que se sufren en los países de occidente, se debe precisamente a que para crear más oficinas, puestos de juez o plazas de empleados, debe acudir al presupuesto estatal, el cual no siempre estará en condiciones de hacer frente a semejante erogación. Es de esta forma como el arbitraje vendrá a resolver ese problema práctico derivado del presupuesto estatal, para a través de él solucionar los conflictos de orden jurídico que se presenten en aquellos procesos en los que se debata una pretensión de carácter patrimonial. El arbitraje no es ni más ni menos que la renuncia a la jurisdicción estatal, la cual se encuentra permitida en el artículo 43 de nuestra Constitución Política. Esta solución no es nueva,

---

<sup>1</sup> El Primer Congreso Nacional sobre Administración de Justicia, celebrado en San José en septiembre de 1993, aprobó una ponencia en forma unánime, disponiendo que el arbitraje es una de las directrices para la modernización del Poder Judicial.

<sup>2</sup> En Uruguay fue necesaria la creación de un número grande de plazas de juez para la aplicación del Código General del Proceso, puesto en vigencia en 1989, y el cual sigue los lineamientos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que es producto de la labor doctrinaria del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

puesto que la Constitución de Cádiz de 1812 ya había elevado a rango constitucional al arbitraje. Y esa renuncia es acorde con lo que permite la Constitución. Esa renuncia no jugaría ningún papel importante desde el punto de vista práctico sin el sometimiento pleno a la decisión de los árbitros.

De lo dicho se desprende que el arbitraje en materia patrimonial resulta beneficioso para los justiciables, cuando el Estado no haya podido dotar al Poder Judicial de una organización mediante la cual se haga realidad el precepto de justicia pronta y cumplida consagrado en el artículo 41 de la Constitución Política.

A continuación comentaremos las ventajas que se le atribuyen al arbitraje.

## 2. Ventajas<sup>3</sup>

*Celeridad.* Este es quizá el argumento más fuerte en pro del arbitraje, porque como ya lo dejamos dicho, los tribunales civiles estatales tienen en sus manos un excesivo número de casos. De allí que la legislación por sí sola no podrá rendir buenos frutos si no se le dota paralelamente de una buena organización, además de una especialización de los jueces. Surge así el arbitraje como una de las formas idóneas para resolver conflictos de intereses jurídicos de manera rápida y económica. El arbitraje constituye entonces un medio por el cual se hacen realidad la oralidad, la inmediación y la concentración, que son características suyas, y que indudablemente contribuyen a lograr la celeridad. Desde luego que esa celeridad se logra debido a que un árbitro o un tribunal arbitral tienen pocos casos que resolver, pues se distribuyen según la especialidad que se debate, lo que no ocurre en la jurisdicción estatal. Es así como pretensiones que según su complicación podrían estar resueltas en la jurisdicción estatal en el plazo de un año, por ejemplo, por la vía del arbitraje podrían estarlo en dos o tres meses. Y ni qué decir de aquellas pretensiones que involucran tan sólo un problema de hecho, como el incumplimiento de un comerciante en cuanto a la calidad de las telas enviadas a otro comerciante, y que ante su negativa a recibir las telas rechazadas es necesario acudir a un arbitraje en su forma específica de juicio pericial, bastando quizá unas horas para obtenerse la solución. En arbitrajes de derecho, el Reglamento de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio establece como plazo para laudar siete meses a contar del día

---

<sup>3</sup> González Soria, Julio, "Ventajas del arbitraje para resolver los litigios de carácter comercial", *El arbitraje en el derecho latinoamericano y español*, Liber amicorum en homenaje a Kudwicz Kós Rabcewicz Subkowski, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1989, pp. 320 y 321.

siguiente a la notificación del traslado de la demanda, y el Reglamento de la Cámara de Comercio de Costa Rica lo establece en 155 días hábiles a partir de ese mismo momento.

*Menor costo.* En este aspecto debe tomarse en cuenta el tiempo invertido en el procedimiento arbitral, que concuerda perfectamente con el tiempo ahorrado por el justiciable; eso demuestra que su resultado es más económico cuando se consigue una solución rápida a una controversia, sobre todo en países en los que la inflación exige que se proceda en esa forma, porque de lo contrario, cuando el victorioso recibe lo que pretendía, lo recibe con un valor mucho menor cuando se trata de dinero. A lo dicho debe agregarse que en los arbitrajes institucionalizados administrados por una institución de arbitraje, los honorarios de los árbitros y las tasas administrativas se conocen de antemano, lo que constituye un elemento positivo.

*Especialización.* La especialización a la que se alude es en la materia de fondo sobre la cual deberán emitir su laudo los árbitros. En el arbitraje interno, por ejemplo, si el problema a resolver en equidad es de víveres, o de telas, o de cerrajería, quienes participen como árbitros tendrán que ser necesariamente comerciantes en víveres, en telas o en cerrajería.

Llevando este requisito al plano internacional, nos encontramos con que en los negocios de esta clase hay usos, costumbres y terminología (*incoterms*), que determinan que sean los comerciantes quienes pueden en mejor forma emitir una opinión en cuanto al aspecto debatido. Desde luego que todo tiene sus limitaciones, y en esto de la especialización debe concluirse en que se justifica cuando el arbitraje es de equidad, porque si se trata de un arbitraje de derecho, desde luego que el profesional indicado para ello es el abogado.

*Confidencialidad.* Al tratarse de un proceso privado, no pueden darse a conocer algunos de los pormenores que se hayan discutido en él. De manera que no pueden trascender ni procedimientos de fabricación ni informes sobre situaciones financieras. Ello es así porque de lo contrario se podría producir como consecuencia una competencia desleal, lo cual sería perjudicial para el comercio.

*Mantenimiento de las relaciones comerciales.* El proceso judicial es eminentemente contradictorio, lo que en muchos casos produce atraso en la tramitación y de consiguiente en el dictado de la sentencia. De manera que al tener esta característica se pueden dañar esas relaciones comerciales. Por el contrario, en el arbitraje se hace justicia conservando la amistad. Es un proceso, al decir de Briseño Sierra, en confianza.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Briseño Sierra, Humberto, *El arbitraje comercial*, México, Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, 1979, p. 8.

Todas las anteriores ventajas permiten concluir en que el ideal en el comercio es el arbitraje como medio de solución de controversias. Porque, por ejemplo, una notificación o una prueba, que deban practicarse en el extranjero, necesitan del complicado procedimiento de la comisión rogatoria a través de los órganos competentes tanto hacia el país extranjero como hacia el país comitente y, en consecuencia, en el arbitraje hay una economía de ese tipo de trámites, todo ello en virtud de que el lugar para el procedimiento lo escogen las partes, y los medios de prueba se rigen por el principio de concentración. De pensar que en un proceso arbitral haya que recibir una prueba en el extranjero, se desnaturaliza todo el concepto de lo que es y debe ser un proceso arbitral.

## II. AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL

El acuerdo arbitral consiste en la concordancia de dos voluntades en virtud de lo cual se renuncia a la jurisdicción que el Estado ejerce, siempre que la pretensión sea de carácter patrimonial. El derecho a terminar las diferencias patrimoniales por medio de árbitros está consagrado en el artículo 43 de la Constitución Política.

En efecto, si la función jurisdiccional está prevista en el numeral 153 de la Constitución Política, su posible renuncia para acogerse a la jurisdicción arbitral también tiene que estar prevista en el texto constitucional. Además, es indudable que los árbitros ejercen la función jurisdiccional, pues este aspecto ya ha encontrado sustento legal como resulta del artículo 11, párrafo primero del Código Procesal Civil. No obstante, debe advertirse que la función jurisdiccional arbitral está limitada al conocimiento, pues los árbitros no gozan de la potestad de ejecución. Para esto último debe acudir al juez estatal.

La renuncia que hemos mencionado se había establecido legalmente en forma expresa en el artículo 509, párrafo 21 del Código Procesal Civil, derogado hoy día por la Ley 7727, del 9 de diciembre de 1997, Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, conocida comúnmente como Ley RAC.

Ahora bien, el acuerdo arbitral es precisamente la renuncia a que hemos hecho alusión o, en otras palabras, la expresión de las partes de que se someterá a la decisión de árbitros cualquier incumplimiento de un contrato. Se colige además que el acuerdo, que podemos llamar también cláusula, debe estar contenido en dicho contrato; es decir, el acuerdo es una cláusula más de las que forman el contrato respectivo. No obstante, es necesario

indicar que el acuerdo puede existir por separado sin que esa separación perjudique en nada su validez. También el acuerdo puede ir más allá de la simple voluntad de someter el conflicto a la decisión de árbitros, pues se pueden mencionar también otros aspectos que están íntimamente relacionados, como son por ejemplo los plazos para presentación del escrito de pretensiones, para contestar o laudar, la composición del tribunal arbitral, el cual puede ser unipersonal o colegiado, la manera como resolverían los árbitros: en derecho o en equidad, sede del arbitraje, idioma que se usará y si fuera un idioma extranjero la necesidad de la traducción simultánea.

Todo lo anterior revela el carácter autónomo del acuerdo arbitral, autonomía que, como veremos más adelante, tiene implicaciones muy importantes de orden procesal.

En cuanto al derecho privado, el artículo 1385 del Código Civil dispone textualmente: “Por el contrato de compromiso las partes someten a la decisión de árbitros o arbitradores sus cuestiones actuales”. Desde el punto de vista del derecho de fondo, el acuerdo arbitral no sólo es calificado como contrato de compromiso, sino que al dársele esa denominación en realidad se le está dando autonomía.

Es evidente que esa expresión: “compromiso”, que data de finales del siglo XIX, resulta acorde con lo que establecían los artículos 398, 399 y 400 del Código de Procedimientos Civiles puesto que éste también fue puesto en vigencia a finales de ese siglo. En ese Código, hoy día derogado, una cosa era la cláusula arbitral y otra el compromiso. En efecto, el derogado artículo 398 disponía que la estipulación de que un problema de orden jurídico podía resolverse mediante árbitros, otorgaba a las partes el derecho de obligar al otro a otorgar el compromiso. Autonomía indudable con respecto a la cláusula arbitral. El compromiso se mantuvo en el Código Procesal Civil hoy vigente, Ley 7130, del 16 de agosto de 1989, pero desapareció con la vigencia de la Ley 7727, del 9 de diciembre de 1997, mencionada líneas atrás. En consecuencia, en nuestro ordenamiento jurídico se ha considerado tanto al acuerdo como al extinto compromiso en cuanto contratos independientes. Esta autonomía se conserva hoy día aun sin la existencia del compromiso, al extremo de que ante una declaración de nulidad del acuerdo, potestad que está dentro de la esfera de competencia de los árbitros, esa declaración de nulidad no afecta al contrato de fondo, y viceversa: la nulidad del contrato de fondo tampoco afectará la validez del acuerdo arbitral. La Ley 7727, de repetida cita, en su artículo 37, párrafo segundo, expresamente menciona la condición de independiente para la cláusula arbitral. No sobra decir que la desaparición legal del compromiso en la Ley 7727 no sólo en nada ha afectado a la institución del arbitraje, sino que también implícitamente

ha dejado sin aplicación práctica el artículo 1386 del Código Civil, por cuyo motivo esta norma, en la actualidad, viene a ser una norma de carácter histórico. En realidad, el compromiso era innecesario, puesto que significaba ni más ni menos que una duplicidad de actuaciones. La lógica nos dice que si ambos son contratos con una misma finalidad, con la existencia de una sola es suficiente. Además, como el compromiso era calificado por el juez, produjo múltiples problemas prácticos y, en consecuencia, al desaparecer el compromiso desaparecieron también los mencionados problemas de orden práctico.

De lo dicho se desprende que en la realidad se producen dos contratos: el que podemos llamar contrato de fondo, y dentro o aparte de éste, el acuerdo arbitral. Cada uno tiene su independencia y no interfiere en el otro, al extremo, como ya lo dije, de que si pierde validez uno, no la pierde el otro. La autonomía de ambos no estaba mencionada expresamente en los textos legales hoy derogados: artículos 398, 399 y 400 del Código de Procedimientos Civiles, como sí lo está hoy día expresamente en el numeral 37, párrafo segundo, de la Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727, de 9 de diciembre de 1997.

Las Naciones Unidas, por medio de la Comisión sobre el Derecho Mercantil Internacional, aprobó, el 11 de diciembre de 1985, la llamada Ley Modelo de Uncitral, en cuyo artículo 7o., parte segunda, se dispone: “El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”. Asimismo, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, en la segunda parte de su artículo 1o., dispone: “El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex”.

En definitiva, la autonomía del acuerdo arbitral es innegable, y la posibilidad de que pueda incluirse en el contrato de fondo, o que exista aparte, es consecuencia lógica del principio de informalidad, que es propio de la institución del arbitraje.

### III. NORMAS INTERNACIONALES

De los usos, costumbres y terminología internacionales ha nacido una análoga *lex mercatoria* actual, que da como resultado que sea conflictiva la aplicación de la ley nacional. Esa *lex mercatoria* podría asimilarse a lo que en Roma se conoció con el nombre de *jus gentium*.<sup>5</sup> Toda esa actividad comercial trans-

<sup>5</sup> González Soria, *op. cit.*, p. 322.



nacional ha producido también una jurisdicción transnacional, cuyo instrumento idóneo para la solución de controversias es precisamente el arbitraje, en el cual es en donde se logra precisamente la autonomía, la consolidación y el reconocimiento de la voluntad de las partes, todo lo cual se traduce en un desligamiento tanto de las leyes como de los órganos judiciales, y eso es desde luego la finalidad que se persigue con el arbitraje internacional. Las materias contenidas en tratados y convenciones internacionales que son derecho positivo de origen estatal, y las normas que surgen de la práctica arbitral internacional, dan como resultado un derecho que es a la vez procesal y de fondo, por la vía de la autonomía de la voluntad de las partes. Esas fuentes no estatales las reconoce el Convenio Europeo sobre Arbitraje Privado Internacional, de Ginebra, del 21 de abril de 1961, en su artículo 7o., cuyo inciso 1) dice: “Las partes están en libertad de determinar el derecho que los árbitros deban aplicar en cuanto al fondo del litigio. A falta de indicación, los árbitros aplicarán la ley establecida por la regla de conflictos que juzguen apropiada al caso. En ambos supuestos, los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales”. No hay duda, en consecuencia, que se produce un robustecimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación de la ley aplicable al fondo del asunto. Tampoco se deben exagerar las cosas. No hay que pensar que el arbitraje constituya una panacea. Se trata nada más que de una fórmula útil para la solución de conflictos mercantiles, cuya justificación es aún mayor tratándose de conflictos mercantiles en el orden internacional. En este campo, es decir, en el internacional, es necesario asegurarse de que se va a acudir con buen suceso a un proceso arbitral, y para ello debe existir la cláusula compromisoria, acuerdo de partes que garantiza o asegura que la forma en que se resolverá el conflicto de orden jurídico será a través del arbitraje. De no existir la mencionada cláusula, quedará en manos de las partes acordar que tal sea la solución, y de no ser así, la solución tendrá que llevarse a cabo por medio del órgano jurisdiccional. También hay que conocer de antemano el procedimiento que se va a aplicar, la forma de elección de los árbitros y la de la emisión del laudo. Por último, debe tenerse la certeza de que el laudo será ejecutado en el caso de que la parte vencida no cumpla con lo que en él se ordena. A fin de conseguir las anteriores finalidades, es necesario entonces escoger el arbitraje institucional o administrado, y de seguido seleccionar el centro o institución que sea idóneo según la materia a que se refiere el negocio que se celebró entre las partes. Este tipo de arbitraje, esto es, el institucional o administrado, lo reconoce la Convención de Nueva York en el artículo 1, inciso 2, que literalmente dice: “La expresión «sentencia arbitral» no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los

árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido”.

En fin, es imprescindible la existencia de la cláusula compromisoria o cláusula arbitral, redactada con especial cuidado, y que debe ser fiel a la fórmula que use el centro o institución de arbitraje que se haya elegido por las partes. Y para la ejecución del laudo hay que tener en cuenta el derecho recogido en los tratados internacionales.

#### IV. MATERIAS ARBITRABLES

Los comerciantes siempre han buscado la adopción de ordenamientos, tribunales y procedimientos especiales para la solución de los conflictos surgidos de sus relaciones contractuales, y la razón se debe al carácter dinámico y evolutivo de la materia comercial. De esta manera, la transformación de la tecnología, el uso y explotación de patentes y marcas, y los problemas derivados de las inversiones o préstamos que se soliciten e inviertan en el extranjero, son problemas para los cuales los jueces ordinarios podrían no estar preparados técnicamente para resolver. He aquí una lista de las materias que en el plano del comercio internacional constituyen un elenco idóneo para el sometimiento a la decisión de árbitros:

- a) cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios;
- b) acuerdo de distribución;
- c) representación o mandato comercial;
- d) transferencia de créditos para su cobro (*factoring*);
- e) arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*);
- f) construcción de obras, consultoría, ingeniería;
- g) asociaciones de empresas;
- h) concesión de explotación;
- i) seguros;
- j) transporte de mercancías o de pasajeros, por vía aérea, marítima, férrea o por carretera;
- k) contratos bancarios.

En nuestro país ocurre una situación especial tratándose de los representantes de casas extranjeras. La Ley 6209, del 9 de marzo de 1978, que versa sobre protección al representante y distribuidor de casas extranjeras; en su

artículo 7o. impide el arbitraje. En efecto, esa norma dice literalmente: “La jurisdicción de los tribunales costarricenses y los derechos del representante, distribuidor o fabricante, por virtud de esta Ley, serán irrenunciables”. Es evidente que esto constituye una excepción a las reglas sobre arbitraje comercial internacional, sin que se pueda hacer interpretación alguna, puesto que esa norma es clara y expresa, y por lo tanto no admite interpretación.

## V. RELACIÓN DEL ARBITRAJE CON OTRAS INSTITUCIONES<sup>6</sup>

*Arbitraje y peritaje.* En el primero se toma una decisión; en el segundo se emite una opinión.

*Arbitraje y conciliación.* El primero se impone aun contra la voluntad de los interesados, pues de no ser así, no tendría justificación alguna. La segunda tiene como finalidad la búsqueda de un arreglo entre las partes, arreglo que puede ser extraprocesal o intraprocesal, y en esto es el legislador el que decidirá cuál sea la solución más favorable en su respectivo país.

*Arbitraje y amigable composición.* Ya hemos dicho que en el primero se impone una decisión, mientras que en la segunda se propone una solución a los interesados.

*Arbitraje y proceso judicial.* El primero representa el predominio de la libertad de las partes. Por el contrario, en el segundo destaca la superioridad de la maquinaria del Estado para la aplicación del derecho. El arbitraje es un proceso privado. El proceso judicial es el instrumento mediante el cual se expresa la autoridad pública.

### 1. Clasificación

*Arbitraje ad hoc.* Es el arbitraje ocasional, sea que tenga origen en la cláusula compromisoria, o que, en su ausencia, las partes hayan acordado acudir al arbitraje y no al proceso judicial.

*Arbitraje institucional.* En este supuesto la controversia se somete a la decisión de una institución (nacional o internacional). Esa institución ha de ser un organismo profesional que cuenta con reglas previamente aceptadas, y que cuenta también con listas de árbitros previamente seleccionados. Como ejemplo podemos citar a las cámaras de comercio, colegios de abogados, etcétera, siempre que se cumpla con los requisitos antes dichos de reglas pre-

---

<sup>6</sup> Zamora Sánchez, Pedro, “El arbitraje comercial internacional en México”, *El arbitraje en el derecho latinoamericano y español liber amicorum en homenaje a Ludwíck Kos Rabczewicz Żubkowskí, cit.*, pp. 431 y 432.

vías y listas de árbitros. Desde luego que todo esto debe estar debidamente reglamentado.

*Arbitraje voluntario.* Deriva exclusivamente de la voluntad de las partes.

*Arbitraje forzoso.* Proviene de la ley; es decir, es la ley la que obliga a acudir al arbitraje para la solución de una determinada controversia.

*Arbitraje de derecho.* En este caso los árbitros deben resolver de acuerdo con la ley, razón por la cual deben ser abogados.

*Arbitraje de equidad.* La solución no se toma acorde con la ley, sino en conciencia, y por eso pueden no ser abogados.

*Arbitraje de derecho público.* Se presenta este tipo de arbitraje cuando tiene por objeto el arreglo de un litigio entre Estados como entidades soberanas, y por eso constituye una figura propia del derecho internacional público.

*Arbitraje de derecho privado.* En este tipo de arbitraje se resuelven las controversias que ocurren entre particulares, o bien en aquellos casos propios del derecho internacional privado en que el Estado actúa como particular.

*Arbitraje nacional.* Este arbitraje es el que se desarrolla dentro de un ordenamiento jurídico determinado, y bajo las reglas establecidas en ese ordenamiento, que pueden ser los respectivos códigos procesales civiles, o bien leyes especiales.

*Arbitraje internacional.* Se refiere a discusión ante acuerdos, convenios, tratados o resoluciones de Naciones Unidas, relacionados todos ellos con el arbitraje. Este tipo de arbitraje adquiere suma importancia frente a las corrientes de transnacionalización de la economía, del aumento de las corrientes comerciales, así como cuando en una determinada región se crean zonas de libre comercio, para lo cual el arbitraje funciona como un medio idóneo para lograr la unificación de las políticas comerciales en esas determinadas áreas.

## 2. Legislación

Encontramos un precedente relativo al arbitraje internacional en la Convención de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, suscrita el 13 de febrero de 1928 en la Sexta Conferencia Internacional Americana, reunida en La Habana, Cuba. Esta Convención fue aprobada por el entonces Congreso Constitucional el 13 de diciembre de 1928 mediante decreto número 50, y el instrumento de ratificación tiene fecha del 4 de febrero de 1930. Este Código no regula la forma de producirse un arbitraje comercial internacional, como lo veremos más adelante en relación con otra convención interamericana, sino que su enfoque está dirigido a la

ejecución de laudos extranjeros, hipótesis que el Código de Procedimientos Civiles vigente a esa fecha, hoy derogado, no contenía. Pero aún así, hecha la previsión de una posible ejecución de un laudo extranjero, no había obstáculo alguno para ello desde luego que la norma contenida en la indicada Convención era, y lo es aún hoy día, parte de nuestro ordenamiento jurídico. La disposición a que nos referimos es el artículo 432, que literalmente dice: “El procedimiento y los efectos regulados en los artículos anteriores, se aplicarán en los Estados contratantes a las sentencias dictadas en cualquiera de ellos por árbitros o amigables componedores, siempre que el asunto que las motiva pueda ser objeto de compromiso conforme a la legislación del país en que la ejecución se solicite”. Las normas que son numéricamente anteriores a la mencionada son los artículos comprendidos entre el 423 y el 431, de los cuales nos interesa por ahora tan sólo el primero de ellos; esto es, el 423, que es la disposición legal que enumera los requisitos mínimos que debe contener una sentencia extranjera para ser ejecutada en otro Estado, y que, en virtud de lo dicho en el numeral 432 antecitado, debe reunir también un laudo extranjero para ser ejecutado en otro Estado. El artículo 423 dice literalmente:

Toda sentencia civil o contencioso-administrativa dictada en uno de los Estados contratantes, tendrá fuerza y podrá ejecutarse en los demás si reúne las siguientes condiciones:

1. Que tenga competencia para conocer del asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas de este Código, el juez o tribunal que la haya dictado.
2. Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal, para el juicio.
3. Que el fallo no contravenga el orden público o el derecho público del país en que quiere ejecutarse.
4. Que sea ejecutorio en el Estado en que se dicte.
5. Que se traduzca autorizadamente por un funcionario o intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse, si allí fuere distinto el idioma empleado.
6. Que el documento en que conste reúna los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico en el Estado de que proceda, y los que requiera para que haga fe de la legislación del Estado en que se aspira a cumplir la sentencia.

De manera que desde el año citado existe en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que un laudo extranjero pudiera ejecutarse en nuestro país. Como ya lo dije y lo repito, no era en lo absoluto necesario que estuviera hecha la previsión en el Código de Procedimientos Civiles de entonces, precisamente porque existía la Convención antes mencionada,

pero de todos modos es importante que en el Código Procesal se encuentre la norma o las normas respectivas, como ya lo ha hecho el vigente Código Procesal Civil, que más adelante comentaremos.

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Esta Convención fue suscrita en Nueva York el 10 de junio de 1958, y aprobada por la Asamblea Legislativa mediante Ley 6157 del 2 de diciembre de 1977. Dicho texto contiene en su artículo V las circunstancias que conducirán a la denegatoria del reconocimiento y consiguiente ejecución de un laudo. Es decir, la norma no está redactada en forma positiva, sino en forma negativa. Esa norma dice textualmente lo siguiente:

Artículo V-I. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del arbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

- a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serán contrarios al orden público de ese país.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado efectuada en Panamá en enero de 1975, y aprobada por la Asamblea Legislativa mediante Ley 6165 del 2 de diciembre de 1977.

Esta Convención regula el funcionamiento de los tribunales arbitrales internacionales en materia mercantil, y en el artículo 3 se dispone que en ausencia de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Desde luego que el laudo podrá ser ejecutado en el país en donde se celebró el arbitraje, pero también cabe la posibilidad de que el laudo sea ejecutado en otro país, para lo cual esta Convención, en su artículo 5, ordena en forma idéntica a como lo hace la Convención de Nueva York, también en forma negativa, las circunstancias que constituyen un obstáculo para el reconocimiento y ejecución de un laudo. Y por esa razón no es necesaria la transcripción de esa norma.

Código Procesal Civil, promulgado mediante ley 7130, del 16 de agosto de 1989, en vigencia desde el 3 de mayo de 1990. Son sus artículos 705 y siguientes los que regulan la eficacia de las sentencias y los laudos extranjeros. Y es precisamente bajo el concepto de eficacia como se regula materia tan importante, pues eficacia significa que para poder ejecutar una sentencia o un laudo extranjero es menester darle primero su reconocimiento; esto es, nuestro país debe primero reconocer la cosa juzgada extranjera plasmada, bien en una sentencia, o bien en un laudo. Es la misma idea que prevalece tanto en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), y en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, las cuales usan los conceptos de reconocimiento y ejecución, de los cuales el primero precede siempre al segundo. De esta manera, en nuestro país no habrá eficacia si no hay previo reconocimiento y posterior ejecución.

Porque, expresarse, tan sólo en términos de ejecución, podría pensarse, aunque desde luego eso no es así, que la sentencia o laudo extranjeros pudieran ejecutarse sin más. Por eso, tanto las dos convenciones mencionadas como el Código Procesal Civil, hacen un desglose claro de los dos momentos que necesariamente deben producirse: en primer lugar, el reconocimiento, que culmina con un acto procesal denominado *exequátur*, y en segundo lugar, la ejecución propiamente dicha.

El artículo 705 de nuestro Código Procesal Civil dice textualmente:

Requisitos. Para que la sentencia, el auto con carácter de sentencia, o el laudo extranjeros surtan efectos en el país, deberán reunir los siguientes requisitos:

1. Que estén debidamente autenticados.
2. Que el demandado hubiere sido emplazado, representado o declarado rebelde, con arreglo a la ley del país de origen, y que hubiere sido notificado legalmente de la sentencia, auto con carácter de sentencia o laudo.
3. Que la pretensión invocada no sea de competencia exclusiva de los tribunales costarricenses.
4. Que no exista en Costa Rica un proceso en trámite, ni una sentencia ejecutoriada, por un tribunal costarricense, que produzca cosa juzgada.
5. Que sean ejecutorios en el país de su origen.
6. Que no sean contrarios al orden público.

Como puede observarse, los anteriores requisitos podrían resultar insuficientes en algún caso concreto, lo cual no constituye obstáculo alguno para el debido análisis del laudo extranjero, pues indudablemente los requisitos que enuncia el numeral antes transcrito, deben complementarse con los que al efecto establecen las tres convenciones a que hemos aludido: Código Bustamente, Convención de Nueva York y Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, que son sin duda alguna legislación positiva nacional, puesto que las tres han sido ratificadas por Costa Rica.

Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727, del 9 de diciembre de 1997 (Ley RAC). Esta Ley ha dado al arbitraje un poco más de independencia en cuanto eliminó la aprobación del compromiso por parte del juez estatal, trámite que producía notables atrasos y complicaciones procedimentales que el Código Procesal Civil había conservado. La Ley dispone el requerimiento ya en sede arbitral y establece como principios rectores los de contradicción, oralidad, concentración, informalidad y debido proceso. Dichos principios se encuentran previstos en el artículo 39 de la Ley. Esa normativa no es exhaustiva, puesto que el párrafo final del indicado artículo 39 ordena que se acuda a la legislación procesal, en lo que resulte compatible, para integrar el procedimiento arbitral. No obstante, es una lástima que contra el laudo se haya establecido además del recurso de nulidad, el de revisión, pues al tener este último como finalidad la nulidad del laudo, en realidad lo que existe son dos recursos de nulidad causales y con distintos plazos. El de nulidad, recurso extraordinario, con un plazo de quince días posteriores a la notificación del laudo, y el de revisión, recurso excepcional con un plazo de diez años a



pesar de la firmeza del laudo. Ambos recursos están dentro de la esfera de competencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, número 8937, del 27 de abril del 2011. Esta Ley regula el arbitraje de esta clase, y en ella se regula desde las circunstancias en que un arbitraje es internacional, hasta la potestad que un tribunal de arbitraje internacional tiene para decretar medidas cautelares, potestad esta última que no existe en el arbitraje nacional. En cuanto a la condición de internacional, esta ley dispone que el arbitraje lo será cuando: 1) las partes tienen establecimientos en Estados diferentes, y 2) las partes han convenido expresamente que la cuestión objeto del acuerdo está relacionada con más de un Estado, etcétera.

Esta Ley se basa en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

### 3. *Jurisprudencia arbitral costarricense*

En Costa Rica sólo existen contra el laudo dos recursos, que son el de nulidad y el de revisión. El de nulidad tiene sus causales establecidas en la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos, número 7727, y el de revisión tiene sus causales establecidas en el Código Procesal Civil, artículos 67 de la Ley RAC y 619 del Código Procesal Civil. En consecuencia, la jurisprudencia arbitral en Costa Rica es el resultado no sólo de las soluciones que se han dado en los laudos que no han sido impugnados, sino también de las decisiones que se han tomado cuando los laudos han sido impugnados. El órgano competente por ley para conocer de los recursos antes mencionados es la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Es importante que mencionemos algunas de las sentencias pronunciadas por la Sala Primera conociendo del recurso de nulidad contra laudos. A continuación exponemos extractos de esas resoluciones.

## VI. ACUERDO ARBITRAL. COMPETENCIA

Como se aprecia, las partes suscribieron un contrato de consultoría tendente a remodelar, ampliar y construir, dentro del que, el pago de las obras a ejecutar, se constituye en la obligación primaria de la aquí demandada, de manera que los alcances de la aludida cláusula 8a., en que se someten las partes al arbitraje, comprende circunstancias que afectan la terminación del vínculo, de suerte que ello comprende saldar la deuda. Consecuentemente, y puesto que

la cláusula arbitral existe, sin duda confiere competencia al tribunal, lo cual es suficiente para confirmar la decisión recurrida. Será en una etapa posterior, si fuera del caso, que esta Sala determine lo relativo al artículo 67 de la Ley 7727 del 9 de diciembre de 1997. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia núm. 20-a-2006 de 8:55 horas del 26 de enero de 2006.

#### VII. ACUERDO ARBITRAL. ALCANCES A TERCEROS NO SUSCRIPTORES DEL MISMO. REGLAS GENERALES PARA SU APLICABILIDAD. CARTA DE ACEPTACIÓN DE CONVENIO SUSCRITO POR OTRA PARTE

Los otros dos reproches, que por orden conviene analizar en un único apartado, se refieren a la naturaleza y requisitos del acuerdo arbitral, así como a la interpretación que se ha de hacer de la correspondencia y de las manifestaciones entre las partes. Como antes se dijo, la Sala ha admitido que si en un convenio marco se inserta una cláusula válida para todo conflicto suscitado en la ejecución del negocio descrito en el documento, salvo disposición expresa en contrario, ésta vincula incluso a las personas sobrevivientes al negocio. Esto es así porque, en principio, lo general comprende a lo particular. En el caso bajo examen, el contrato de distribución suscrito entre la actora y la entidad estadounidense en su cláusula 16 previó:

Artículo 16. Arbitraje. Cualquier disputa que surgiera entre las partes en relación con este contrato que no pueda ser resuelta amistosamente, será decidida de acuerdo con las reglas de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio o de cualquier otro lugar que acuerden por escrito las partes. El resultado del arbitraje podrá ser una orden de pagar una suma determinada de dinero y/o de continuar o desistir de un acto. El laudo arbitral será final y obligatorio para ambas partes.

Como se observa, la entidad panameña no concurrió con su firma a ese contrato. No obstante, de la documental obrante en autos y la participación que en el conflicto suscitado mostró su representante, se colige que aquella asumió las obligaciones de su homóloga estadounidense y, por ende, se sujetó a la forma convenida para solucionar las controversias. Así se observa cuando el representante de la entidad panameña, señor Tae Hee Lim, suscribe la carta del 12 de octubre del 2004, por la que revela el vínculo de negocios que ligaba a su representada con la actora, el cual —indica— se fundamenta en el relacionado contrato de distribución suscrito entre Sasso y Daewoo Electronics Corporation of America. Su participación y vínculo

de negocios con la actora, se colige de las propias manifestaciones del relacionado representante Tae Hee Lim en su carta, cuando en ella refiere:

Mi representada mantiene en la actualidad una relación contractual con su representada, en virtud de la continuidad del contrato de distribución suscrito el 16 de abril de 1996 con Daewoo Electronics Corp. of America, siendo que los productos marca Daewoo vendidos a su representada fueron los que se especificaron en el primer artículo de dicho contrato. No obstante lo anterior... nuestras representadas han estado involucradas en una serie de conversaciones y comunicaciones tendientes a lograr una terminación contractual de mutuo acuerdo de forma satisfactoria... Consecuentemente, y no habiendo su representada cumplido con el compromiso económico contenido en la cláusula 3 del contrato, Daewoo da por terminado el contrato de distribución y extinta la relación comercial con su representada de conformidad con lo establecido en la cláusula 12 del contrato de distribución.

Tales manifestaciones implican inequívocamente su voluntad de sujetarse al acuerdo arbitral pese a no haberlo suscrito, pues, si con fundamento en el contenido de las cláusulas 3 y 12 del citado contrato le comunica a la actora, en términos claros y precisos, que Daewoo da por terminado el contrato, ello necesariamente conduce a inferir que cabría la posibilidad de que la contraparte le obligue a solucionar sus diferencias en la vía del arbitraje. Valga recordar que el efecto negativo de una cláusula arbitral es la renuncia a la jurisdicción común, renuncia que no puede ser simplemente implícita, sino expresa, aunque no sea formal. Aquí la renuncia, en esos términos, por parte de “Daewoo Electronics (Panamá), S. A.”, se plasmó con lo dicho en la aludida carta, lo que obliga a confirmar el pronunciamiento del tribunal arbitral, que declara su competencia en los que a la participación de dicha entidad concierne. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, núm. 200-a-06 de 15:00horas del 7 de abril de 2006.

VIII. ACUERDO ARBITRAL. INTERVENCIÓN DE TERCEROS.  
GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO Y CARENCIA  
DE TIMBRES FISCALES EN DOCUMENTOS.  
TRIBUNAL ARBITRAL DECIDE SU COMPETENCIA  
SIN PERJUICIO DE ATRIBUCIONES DE LA SALA PRIMERA  
AL CONOCER RECURSO DE NULIDAD

El artículo 37 de la Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social (número 7727) confiere atribuciones exclusivas al tribunal

arbitral, para dimitir y decidir sobre las objeciones referentes a su propia competencia. Con todo, al abrigo de lo dispuesto en el precepto 38 *ibidem*, ese pronunciamiento podrá apelarse. En un caso similar, resolviendo asimismo un recurso de apelación contra el auto que denegó una defensa de incompetencia, esta Sala expresó:

Ahora, respecto a si se está involucrando en el asunto materia no arbitrable e indisponible, cuanto no incluida como objeto del arbitraje y, si se está propiciando la intervención o no de los terceros que refiere el apelante... en tanto conforman o no, un mismo grupo de interés económico, no corresponde a este órgano jurisdiccional externar criterio alguno pues, por ahora, ello sólo compete al tribunal arbitral quien en el fondo decidirá lo pertinente... Será en una etapa posterior, si fuere del caso, que esta Sala determine lo relativo al artículo 67 de la Ley 7727 de 9 de diciembre de 1997 (auto número 432-C-2006 de las 10 horas 5 minutos del 19 de julio del 2006). En efecto, si ahora también se discute la participación de la reserva de Manuel Antonio Ltda. en este proceso, en calidad de codemandada, en tanto, eventualmente, puede estar ligada a Rocky Bluff Properties Ltda., sólo corresponderá dirimir al tribunal arbitral; máxime si uno de los extremos petitorios busca se declare la existencia de ese nexo entre las codemandadas. En esta inteligencia, luego del análisis del caso, será el órgano arbitral quien determine lo pertinente, precisando si respecto a la aquí apelante concurren o no los presupuestos sustanciales de toda acción, incluida la legitimación pasiva y aspectos atinentes a la temática del litis consorcio. Además, sobre este particular, de todos modos quedaría expedita la posibilidad de gestionar, por el interesado, la declaratoria de alguna nulidad, de las prevista en el canon 67 de la citada Ley, en tanto estime que la decisión arribada puede tipificar en las causales taxativas allí señaladas. Lo propio ha de decirse en torno a los cuestionamientos alusivos a las especies fiscales de algunos documentos, por ser tema que deberán considerar los señores árbitros, cuando procedan con la valoración de las diferentes piezas y documentos que conforman el expediente, en orden a cada etapa del iter procesal, lo mismo que al pronunciamiento de fondo. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Núm. 759-c-s1-2008, de 10:50 horas del 7 de noviembre de 2008.

#### IX. ACLARACIÓN Y ADICIÓN DICTADAS FUERA DEL PLAZO PARA LAUDAR

En el caso de estudio, es cierto que la adición y aclaración se dictó en resolución de las 9 horas con 30 minutos del 17 de agosto de 2010, pero es induda-

ble, que, no es una resolución independiente, sino que se une y forma parte de la principal —en este caso el laudo dictado en tiempo—; ya que según se indicó mediante la adición y aclaración se busca, se adicione lo fallado con algún extremo que hubiere quedado pendiente de resolver, o bien, se aclare un aspecto oscuro del dispositivo, de la sentencia, lo que sin duda la hace una unidad in-escindible. Así, de adicionarse y/o aclararse la parte resolutive del laudo, estos constituyen un todo, sea, se origina un solo por tanto en el que se plasma la decisión del tribunal arbitral. De ahí, en el sub-examine es intrascendente el momento cuando se dictó la resolución que rechazó la solicitud de adición y aclaración, razón por la cual no existe motivo para declarar la nulidad solicitada. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Núm. 521-f-s1-2011 de las 14:00 horas del 26 de abril de 2011.

## X. PLAZO PARA LAUDAR

Lo pertinente es verificar lo que al respecto dispone el Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. En su ordinal 21, inciso quinto, expresa: “5. El plazo máximo para laudar es de ciento cincuenta y cinco días hábiles, contados a partir de la notificación de la demanda a todas partes”. De conformidad con lo convenido por las partes y en vista de que es en esta última disposición en la que se fija el plazo, éste ha de ser el aplicable. Resta determinar, el momento cuando comienza su cómputo y si había transcurrido al momento de dictarse el laudo. La articulante no lleva razón en sus alegatos, de su lectura, es claro, que el canon 43 de la Ley 7727, se refiere al inicio del procedimiento arbitral, no al del cálculo del plazo para laudar. Esto, lo regula de forma específica el inciso quinto del artículo 21 del Reglamento citado, cuando dispone: “...contados a partir de la notificación de la demanda a todas las partes”. En consecuencia, los 155 días hábiles que establece la norma, deben contarse desde ese momento. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia núm. 640-f-2006 de 11:20 horas del 6 de septiembre de 2006.

ARBITRAJE. RECURSO DE APELACIÓN POR PREJUDICIALIDAD. Sala Primera limitada únicamente al tema competencial. La apoderada de la señora al contestar la demanda, opuso “excepción de INCOMPETENCIA TEMPORAL DEL TRIBUNAL ARBITRAL” y también solicitó la suspensión del arbitraje por prejudicialidad, hasta que se resuelva un proceso penal. Ambas gestiones se denegaron. La demandada formuló recurso de revocatoria y apelación en subsidio. En resolución número 09 de las 14 horas de 2 de diciembre del 2009, el Colegio Arbitral rechazó el recurso de revocatoria y admitió la apelación ante esta Sala. Debe aclararse, el conocimiento ha de restringirse al tema competencial, no así al aspecto de la prejudicialidad, por tratarse ésta

de una cuestión de índole procesal, no contemplada como materia revisable dentro del recurso de apelación previsto en el artículo 38 de la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley número 7727). Por consiguiente, en cuanto a ese punto en concreto, se debe declarar mal admitida la apelación. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Núm. 87-s1-2009, a las 14:15 horas del 14 de enero de 2010.

## XI. LAUDO. CARÁCTER IRRECURRENTE DEL LAUDO. SÓLO PROCEDEN RECURSO DE NULIDAD O RECURSO DE REVISIÓN

Un aspecto fundamental del arbitraje es el carácter de irrecurrenente que ostenta el laudo. En otras palabras, no se permite impugnar los aspectos de fondo que contenga la decisión del tribunal. Las únicas dos opciones para recurrir son la nulidad de lo resuelto, con base en las causales taxativas que contempla el numeral 67 de la Ley número 7727, o mediante el recurso de revisión. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Núm. 704-f-2007 de las 10:35 horas del 27 de septiembre de 2007.

LAUDO. Imposibilidad de adición y aclaración de oficio. Dicha norma indica en su tenor literal:

Las partes podrán pedir, dentro de los tres días siguientes a la notificación, adiciones o aclaraciones al laudo o a la corrección de errores en el texto. Si procediere, los árbitros deberán adicionar, aclarar o corregir los errores, dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud. La falta de pronunciamiento del tribunal dentro del plazo indicado, hará presumir la procedencia de lo que se solicita.

De este modo, es evidente que en esta materia, la Ley de referencia no faculta a los árbitros para adicionar o aclarar de oficio el laudo. La facultad del órgano arbitral para corregir las deficiencias de sus resoluciones que merezcan ser adicionadas o aclaradas está limitada por la emisión del laudo; es decir, una vez emitido, surge la inmutabilidad y, por ende, la imposibilidad de adición de oficio, la que, incluso, en orden a la ley, es improcedente. En este estadio, la única posibilidad de aclaración y adición se impone a gestión de parte interesada y en los aspectos sobre los cuales se solicite, campo dentro del cual opera también la congruencia procesal. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Núm. 1030-f-2005 de 9:40 horas del 23 de diciembre de 2005.

## XII. LAUDO. COSA JUZGADA. CONCEPTO Y ALCANCES

De conformidad con el numeral 58 de la Ley RAC, “Una vez que el laudo se haya dictado, producirá los efectos de cosa juzgada material y las partes deberán cumplirlo sin demora”. La cosa juzgada se halla limitada a la parte resolutive del fallo; no obstante, el fundamento utilizado para arribar a ello, guarda un estrecho vínculo con la parte considerativa, por lo que se hace frecuente que deba acudir a dichas fundamentaciones para determinar que se ha resuelto en realidad. Para que la sentencia incida en otro proceso mediante la cosa juzgada, es imprescindible que en ambos procesos exista identidad de partes, causa y objeto (artículo 163 del Código Procesal Civil). Por ende, no puede estimarse cosa juzgada material cuando las pretensiones que se debaten en litigios diferentes no son necesariamente las mismas. Así visto, tiene por finalidad proteger la seguridad y la certeza jurídica, de modo que al existir sentencia sobre una causa en particular, la misma no puede ser discutida en proceso ulterior *ergo*, esta vinculación produce dos efectos de alcance procesal, uno de carácter negativo, que impide verter pronunciamiento de fondo respecto del tema ya debatido (*exceptio rei iudicata*), y otro de condición positiva, en virtud del cual el segundo pronunciamiento debe respetar lo que fue decidido en el primero, cuando esta resolución actúe como elemento perjudicial. En esta inteligencia, la cosa juzgada tiene una naturaleza estrictamente procesal, porque es una consecuencia del proceso y de la voluntad manifestada en la ley de rito; empero, sus efectos trascienden indirectamente aquel y recaen sobre las relaciones jurídicas sustanciales. Lo anterior deriva de la inmutabilidad de la decisión. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Núm. 1030-f-2005 de 9:40 horas del 23 de diciembre de 2005.

## XIII. RECURSO DE NULIDAD. IMPROCEDENTE CONOCER ALEGATOS DE FONDO SOBRE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

Como reiteradamente lo ha advertido la Sala, la injerencia de los órganos judiciales en procesos arbitrales tiende a ser cada día menor. Lo que no es fortuito, sino producto de una tendencia bien acusada de dar cada vez mayor autonomía e independencia a esta clase de proceso en orden a convertirlo en una verdadera alternativa a la justicia ordinaria. De allí que en la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social esa injerencia se ha llevado a su mínima expresión, reservándose para tres fases del proceso: el nombramiento de los árbitros, el conflicto de competencia y el examen del

laudo, en orden a constatar la existencia de cualquiera de las causales taxativas de nulidad que contempla el ordinal 67 *ibidem*. Excepcionalmente, por un vacío legal manifiesto, se rebasó ese estrecho ámbito competencial para conocer la recusación *sui generis* de todos los miembros de un tribunal en un proceso arbitral *ad hoc*. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Núm. 23-A-2003 de 15: horas del 22 de enero de 2003.

#### XIV. RECURSO DE NULIDAD. DISTINCIÓN ENTRE RECURSO DE CASACIÓN Y RECURSO DE NULIDAD ARBITRAL

El de nulidad, como recurso extraordinario tramitado ante casación, al igual que todos los demás, en Costa Rica tiene gran similitud con el recurso de casación previsto en el Código Procesal Civil. Se le ha concebido para garantizar la correcta tramitación del proceso arbitral, y no para lograr la correcta interpretación del derecho. Es un instrumento del sistema organizado de justicia para la solución de los conflictos de intereses subjetivos discutidos frente a los tribunales arbitrales por las partes, en la vía arbitral, fuera de los órganos del sistema de administración de justicia. Por principio, los tribunales arbitrales son conformados por las mismas partes, o con auxilio, en algunas oportunidades, de la misma Sala. El recurso de nulidad pretende cumplir con el fin de garantizar el debido proceso y además la seguridad jurídica a través de la recta aplicación del proceso arbitral. El recurso de nulidad, sin embargo, es distinto del clásico recurso de casación en varios aspectos. A diferencia de cuanto acontece para la materia civil y contencioso administrativa, en estos casos el recurso de casación procede tanto por razones procesales, exclusivamente en las causales establecidas taxativamente por el numeral 594 del Código del Rito, como también por razones de fondo, y en este último caso, cuando se acusa la violación de la ley, el recurso puede formularse tanto por infracción directa como indirecta de las normas de fondo, procediendo sólo contra algunas resoluciones y sentencias debidamente establecidas por la normativa general. Si en materia civil y contencioso administrativa se declara con lugar el recurso por razones procesales, la Sala dicta, a su vez, la nulidad y reenvía el asunto al mismo órgano recurrido, ordenando la emisión de una nueva sentencia conforme a derecho, y si la violación ocurre por infringirse normas de prueba con efecto en las de fondo, o sólo por quebranto de las de fondo, la Sala sustituye al tribunal recurrido, anula la sentencia y dicta otra nueva, como si se tratara de un órgano de instancia. Para ser admisible el recurso de nulidad, de



conformidad con el numeral 65 de la ley 7727 deberá obligatoriamente ser interpuesto dentro de los quince días siguientes al dictado del laudo, o de la resolución llamada a aclarar o adicionar su parte dispositiva. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Núm. 766-f-01 de 16.10 horas del 23 de septiembre de 2001.

#### XV. RECURSO DE NULIDAD. SIMILITUD Y DIFERENCIAS CON RECURSO DE CASACIÓN POR LA FORMA

En el proceso arbitral, el recurso de nulidad en términos generales corresponde al recurso de casación previsto en el Código Procesal Civil. Precisamente el resultado del recurso por la forma es la nulidad. Además, sigue los mismos principios procesales y se desarrolla prácticamente con los mismos procedimientos. Se diferencia del recurso de casación clásico porque no se concede por violación de las normas de fondo, sino solamente por infracción de las normas de procedimiento. Al igual que en el recurso por razones procesales, cualquier infracción a las normas del proceso no implica necesariamente la nulidad del fallo, sino solamente cuando esté presente alguna de las causales expresamente establecidas por la ley. En la conocida normativa de solución alternativa de conflictos, o Ley 7727, las causales establecidas, como se señaló en el considerando I, son precisas y específicas, y difieren de las contempladas en el numeral 594 del Código Procesal Civil. En algunos casos son prácticamente las mismas, como podría ser quizá el de la incongruencia, aun cuando contenga otra forma de redacción, y hay algunas otras definitivamente no contempladas en la nulidad de los laudos por ser propias de la materia general. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Núm. 594-F-00 de 11.40 18 de agosto de 2000.

#### XVI. RECURSO DE NULIDAD. NO PROCEDE CONTRA RESOLUCIONES QUE FINALICEN EL PROCESO ARBITRAL QUE NO SEAN EL LAUDO

En el recurso bajo estudio, la nulidad no se dirige contra el laudo, porque ésta aún no se pronunció, sino contra una resolución interlocutoria, que ciertamente pone fin al proceso arbitral. Empero, contra lo que argumenta el apoderado de las entidades recurrentes, dicho proveído no decide el fondo y, por lo mismo, tampoco produce cosa juzgada material. No se puede, por consiguiente, identificar con un laudo, que es la decisión definitiva del conflicto, con el contenido necesario que norma el artículo 58 de la Ley supracitada. El

examen propuesto a la Sala escapa, entonces, a su competencia, lo que obliga a rechazar *ab initio* el presente recurso. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Núm. 693-A-02 de 145:45 horas del 11 de septiembre de 2002.

## XVII. CONCLUSIONES

1a. En Costa Rica existe suficiente legislación no sólo para la puesta en práctica del arbitraje comercial tanto nacional como internacional, sino también para la ejecución de laudos extranjeros, sean éstos originados en un arbitraje interno o internacional, todo lo cual se ha fortalecido con la existencia de las dos leyes específicas: Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social número 7727, del 9 de diciembre de 1997, y la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional número 8937, del 27 de abril de 2011, que se basa en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

2a. Costa Rica también tiene una abundante y sólida jurisprudencia arbitral emanada no sólo de los tribunales arbitrales cuando el laudo no ha sido impugnado, sino también de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia cuando el laudo ha sido impugnado. Todo ello constituye una valiosa orientación para los casos futuros.

## COMENTARIOS SOBRE EL ARBITRAJE EN MÉXICO\*

Carlos PÉREZ GONZÁLEZ †

SUMARIO: I. *Generalidades*. II. *Características conceptuales*. III. *Naturaleza jurídica*. IV. *Contrato de arbitraje o compromiso arbitral*. V. *Definición de árbitro*. VI. *Capacidad para comprometerse en árbitro*. VII. *Capacidad para ser árbitros*. VIII. *Compromiso en árbitros y cláusula compromisoria*. IX. *Arbitraje y amigable composición*. X. *Importancia práctica del arbitraje en materia civil*. XI. *Preparación del juicio arbitral*. XII. *Procedimiento del juicio arbitral conforme al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*. XIII. *Laudo arbitral*.

### I. GENERALIDADES

Brevemente haremos referencia al significado de las palabras “juicio arbitral”. La palabra “juicio” deriva de la expresión *judicium*, que en su acepción forense alude a un proceso contencioso que se instaura ante el juzgador, el cual debe decidir sobre derechos o cosas que varias personas litigan entre sí.

---

\* Una de las tareas que dejó inconclusa mi señor padre, don Cipriano Gómez Lara, fue la de ver publicado un libro en homenaje al doctor Humberto Briseño Sierra. En 2005, mi padre había invitado a participar en la creación de esta obra, a varios profesores procesalistas, de los cuales obtuvo ensayos y artículos inéditos muy interesantes, que versan sobre temas actuales y que continúan vigentes, a pesar de haber sido escritos hace ya seis años. En esta ocasión, con la autorización de la señora Carmelita Vázquez de Pérez, esposa del autor de este ensayo, don Carlos Pérez González, que en paz descansa, a quien le agradecemos la gentileza de habernos permitido compartir con los lectores de la revista de los seminarios de la Facultad de Derecho de la UNAM *Cultura Jurídica*, las reflexiones que en su momento escribió don Carlos Pérez González en homenaje al doctor Humberto Briseño Sierra (Carina Gómez Fröde).

Cabe hacer mención que no siempre ha de ser un juez del Estado, ya que en ciertos casos se permite que un particular desempeñe la función jurisdiccional, caso en el cual se le denomina “árbitro”, y la palabra “arbitral” es un adjetivo que se refiere a lo perteneciente o relativo al arbitrador. De lo anterior inferimos que el juicio arbitral es aquel proceso contencioso entre partes que dirimen una controversia ante alguna persona física o moral, cuyas facultades para resolver derivan de la voluntad de los contendientes, en virtud de que el derecho objetivo lo permite.

## II. CARACTERÍSTICAS CONCEPTUALES

*Es proceso.* Hay una sucesión de actos y hechos jurídicos, así como actos materiales unificados hacia una finalidad común, que es la solución de una controversia.

*Es proceso contencioso.* Debido lo anterior a que las partes que intervienen en el juicio arbitral ventilan una contienda en la que hay antagonismo de intereses o posturas para pretender que se alude a la controversia.

La decisión no se encomienda a un juzgador estatal, sino que se encomienda a personas físicas o morales cuya facultad de resolver deriva del asentamiento voluntario, en el sentido de que no sea un juez estatal quien resuelva el problema contencioso que existe entre las partes.

El desempeño de la función jurisdiccional por el árbitro o árbitros se puede realizar por el consentimiento de las partes contendientes; ello es así, ya que el derecho objetivo lo permite.

Es un derecho de las partes aquel que consiste en dirimir su controversia en juicio arbitral, en lugar de someterlo al juez estatal.

Respecto a los árbitros, Francesco Carnelutti menciona que “los árbitros son personas a quienes las partes encomiendan de común acuerdo la composición de una litis de pretensión discutida”.<sup>1</sup>

## III. NATURALEZA JURÍDICA

Para una mejor comprensión de la naturaleza jurídica del arbitraje, señalaremos las semejanzas, así como las diferencias entre los juzgadores árbitros y los tribunales estatales.

---

<sup>1</sup> Arellano García, Carlos, *Derecho procesal civil*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011, pp. 34 y 35.

### 1. *Semejanzas*

1. Los jueces árbitros y los jueces del Estado desempeñan la función jurisdiccional; es decir, proceden a la aplicación del derecho objetivo para la solución de una cuestión controvertida entre las partes que sostienen puntos de vista antagónicos.
2. En ambos casos se presenta la heterocomposición, pues las dos partes encomiendan a un tercero distinto el fallo del asunto contencioso.
3. En el juicio arbitral y en el proceso judicial, el fallo del negocio controvertido requerirá una etapa de planteamiento de las posturas antagónicas de las partes, una etapa acrediticia, en la que se aporten elementos probatorios (ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas), una etapa de alegatos y la etapa culminante de resolución de la controversia.

### 2. *Diferencias*

1. El juez tiene jurisdicción plena; en cambio, al árbitro se le limitan las materias en las que pueden desempeñar la función jurisdiccional.
2. El juez está obligado a desempeñar la función jurisdiccional; en cambio, el árbitro puede aceptar o desechar la sugerencia de que funja como árbitro.
3. Al juez lo obliga el Estado a intervenir; en cambio, al árbitro le permite intervenir en la controversia.
4. La sentencia del juez tiene fuerza estatal; en cambio, la sentencia arbitral carece de fuerza estatal en tanto no se produzca la homologación del laudo arbitral.
5. El juez estatal debe fundar su sentencia siempre en el derecho sustantivo y adjetivo aplicable; en cambio, al árbitro se le permite resolver con base en la equidad, y también se le puede sujetar a resolver conforme al derecho objetivo aplicable.
6. El juez tiene carácter de funcionario público; en cambio, el árbitro se desempeña como particular.

En cuanto a los antecedentes del juicio arbitral, podemos decir que se remonta a las civilizaciones más antiguas, por lo que con el transcurso del tiempo ha ido cobrando mayor importancia, hasta llegar a nuestra época, particularmente en el derecho internacional y en el derecho mercantil.

En el derecho internacional se utiliza frecuentemente como medio para solucionar de manera pacífica controversias entre Estados. Con ese objeto se han creado organismos internacionales con funciones arbitrales, como el Tribunal Permanente de Arbitraje (establecido en 1907 con sede en La Haya, Holanda), entre otras comisiones creadas con motivo de tratados de paz.

En México también existen organismos internos que tienen entre sus funciones la de fungir como árbitros en conflictos que las partes interesadas acuerden someterse a ellos expresamente. Entre tales organismos podemos mencionar:

- Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México.
- Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México.
- Dirección General de Derechos de Autor de la Secretaría de Educación Pública.
- Procuraduría Federal del Consumidor.

Los organismos antes mencionados actúan sólo cuando las partes acuerdan someterles su conflicto, y los laudos que en su caso dicten pueden ser ejecutados únicamente por los jueces competentes.

Casi todos los códigos procesales civiles de los estados de la República se basan en lo que establece el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. Sin embargo, los códigos de los estados de Guanajuato y Nuevo León no regulan el arbitraje, por lo que en dichas entidades federativas no se podrá recurrir, en materia civil, a dicha solución heterocompositiva alternativa al proceso jurisdiccional.

Existen dos teorías, que son las siguientes:

- a) Las que niegan su carácter jurisdiccional.
- b) Las que afirman su carácter jurisdiccional.

#### A. *Las que niegan su carácter jurisdiccional*

Dentro de este tipo de teorías se encuentra la expuesta por Chioyenda, la cual es una de las más relevantes, y sostiene que a pesar de que el juicio arbitral sea una figura afín al proceso, el árbitro no es funcionario del Estado, no tiene jurisdicción propia ni delegada y no actúa la ley, sino que sus facultades derivan de la voluntad expresa de las partes conforme a la ley; su

decisión, sea sentencia arbitral o laudo, es irrevocable por la voluntad de las partes, pero no es ejecutiva, sino que corresponde al Estado hacer ejecutivo al laudo a través de un acto del órgano jurisdiccional asumiendo su contenido como fundamento, y con ello el laudo es ejecutivo.

Otro autor que sigue esta misma línea es Wach, quien sostiene que el juicio arbitral tiene similitud con el proceso jurisdiccional en cuanto a su finalidad, pero que no es proceso, ya que

no es un ordenamiento coactivo, ni de tutela jurídica. El árbitro no tiene jurisdicción, ni *imperium* y su misión no es decir el derecho ni ejercer la *coertio* procesal, ni tiene su sentencia efecto coactivo en el sentido de ejecutabilidad. Es un juez arbitrado y como tal deriva su función de la voluntad de las partes.<sup>2</sup>

De igual forma, Guasp niega el carácter jurisdiccional y procesal del arbitraje. Debido a lo anterior, ya que en el arbitraje el árbitro puede imponer su decisión a las partes sólo porque éstas lo aceptaron previamente al someterse a su decisión y no porque su decisión provenga de la voluntad coactiva de todo ordenamiento jurídico; especialmente de órganos públicos que se pronuncian autárquicamente frente a otros sujetos.

### B. *Las que afirman su carácter jurisdiccional*

En este sentido, Ugo Rocco sostiene que a través del arbitraje se le atribuye al particular la facultad de ejercer una función pública, como es la jurisdiccional. Dicha atribución proviene no sólo de la voluntad expresa de las partes, sino también de preceptos legales. También sostiene que el laudo pronunciado por el árbitro constituye una verdadera sentencia judicial, ya que es un acto de declaración de voluntad que es emitido por órganos privados en ejercicio de una función jurisdiccional.

Por su parte, Alcalá Zamora afirma que la sustanciación de un litigio ante jueces privados constituye un auténtico proceso jurisdiccional, ya que el nombramiento de los árbitros se realiza al amparo de la autorización estatal.

En conclusión, en la actualidad siguen siendo válidas las ideas de Chiovenda, las cuales han sido aceptadas por la mayor parte de la doctrina y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Lo anterior, debido a lo siguiente:

---

<sup>2</sup> Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 6a. ed., México, Harla, pp. 309 y 310.

- El árbitro es sólo un particular facultado para dar solución a un litigio, previo acuerdo de las partes.
- Dicho acuerdo no otorga al árbitro una función exclusiva del Estado, como es la jurisdicción.
- El árbitro no es autoridad, pues carece de *coertio* para imponer determinaciones durante el arbitraje, y de *executio* para imponer coactivamente el laudo.
- El laudo tendrá fuerza ejecutiva hasta que el juez otorgue su reconocimiento antes de ordenar su ejecución, momento en el cual se podrá equiparar a una sentencia.

#### IV. CONTRATO DE ARBITRAJE O COMPROMISO ARBITRAL

El juicio arbitral tiene como fundamento el compromiso o la cláusula compromisoria. El compromiso para Castán es un “contrato por el que dos o más personas difieren las cuestiones que tienen pendientes acerca de sus respectivos derechos al juicio especial de árbitros o amigables componedores”. Para Alsina, la cláusula compromisoria es “la obligación que contraen las partes de someter sus diferencias a la decisión de árbitros”.<sup>3</sup>

Por consiguiente, la cláusula compromisoria es una promesa de compromiso, y éste supone el cumplimiento de aquélla. Para aclarar las diferencias entre la cláusula compromisoria y el compromiso cabe decir que la primera es parte de un contrato, y el segundo es el contrato mismo.

Es un contrato en virtud del cual dos o más personas llamadas “compromitentes” se obligan a sujetar sus actuales o futuras diferencias jurídicas de un asunto determinado, a la decisión de un árbitro.

##### 1. *Especies de compromiso*

Existe la cláusula compromisoria, que es un contrato preliminar, consistente en la obligación que asumen las partes de someter a la decisión de un árbitro las controversias que surjan en la interpretación o cumplimiento de un contrato. Además, por declaración unilateral de voluntad se puede incluir una cláusula arbitral; por ejemplo, en un testamento, en el que el testador puede nombrar un árbitro para el caso de que existan conflictos

---

<sup>3</sup> Citados en Pina, Rafael de y Castillo Larrañaga, José, *Instituciones de derecho procesal civil*, México, Porrúa, 1990, pp. 338 y 339.



entre los herederos. También el compromiso arbitral se realiza una vez que han surgido las controversias, o bien se presentan durante el juicio o aun después de sentenciado. En estos casos las partes celebran un acuerdo sobre el nombramiento de árbitro y las normas que van a regir el procedimiento, tales como el plazo, rendimiento de pruebas, nombramientos de peritos, etcétera. En caso de que en el compromiso no se establezcan, será supletorio el Código de Procedimientos Civiles.

## 2. *Formalidades*

El contrato de compromiso es de formalidades restringidas, y puede otorgarse en escritura pública o en escrito privado o en acta ante el juez.

Es importante que en el contrato de compromiso se expresen los elementos siguientes: *a)* nombre y domicilio de los contratantes; *b)* negocio o negocios que se sujetan al arbitraje (la falta de esta designación produce la inexistencia del contrato); *c)* nombre del o de los árbitros, si no la hubiera se hará por designación judicial; *d)* normas del procedimiento, plazos y pruebas que ofrecer, además de la mención de que renuncian a la apelación; *e)* plazo para dictar el laudo (la ley establece un plazo de 60 días pero se puede prorrogar por diez más); *f)* lugar en donde deba desarrollarse el arbitraje, y *g)* las costas y proporción en que las deban pagar las partes.

Por lo que se refiere a las formalidades del laudo, éste debe estar firmado y constar por escrito por el árbitro o los árbitros.

## 3. *Obligaciones de las partes*

- a) Pagar al árbitro los honorarios convenidos y los gastos erogados, y
- b) someterse a la decisión del laudo.

## 4. *Obligaciones del árbitro*

- a) Dictar laudo dentro del plazo convenido;
- b) observar y cumplir el procedimiento señalado en el convenio arbitral o en el supletorio, y
- c) solicitar el auxilio del juez competente cuando sea necesario.

### 5. *Terminación del contrato de compromiso arbitral*

La mayoría de las veces el contrato termina con el laudo; otras, por el desistimiento del contrato por ambas partes.

De acuerdo con el artículo 622 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el compromiso termina por:

- a) Muerte del árbitro elegido, en el compromiso o en la cláusula compromisoria, si no tuviera sustituto;
- b) excusa del árbitro o árbitros, con causas justificables;
- c) recusación con causa declarada procedente;
- d) nombramiento, recaído en el árbitro, magistrado, juez propietario o interino por más de tres meses, y
- e) la extinción del plazo estipulado legalmente en el artículo 617 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

## V. DEFINICIÓN DE ÁRBITRO

El concepto de árbitro es diverso según la perspectiva de cada autor; sin embargo, entre ellos existen similitudes. A continuación proporciono algunas definiciones.

Para Eduardo J. Couture, el árbitro es “La persona designada normalmente por las partes, para decidir en forma obligatoria, excluyente de jurisdicción oficial, una controversia surgida entre ellas”.<sup>4</sup>

En esta definición se establece la posibilidad de que no en todas las ocasiones sean las partes quienes hagan tal designación, y al respecto el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, en su artículo 220, indica: “Cuando en escritura privada o pública sometieren los interesados las diferencias que surjan a la decisión de un árbitro y, no estando nombrado éste, debe prepararse el juicio arbitral por el nombramiento del mismo por el juez”.<sup>5</sup>

Para Guillermo Cabanelas, el concepto de árbitro es el siguiente: “es el juez nombrado por las mismas partes para decidir una diferencia o asunto litigioso entre las mismas”.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Arellano García, Carlos, *Derecho procesal civil*, cit., p. 51.

<sup>5</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, 6a. ed., ISEF, 2004, p. 50.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 53.

Una de las acepciones más amplias sobre el árbitro es la que nos señala el maestro Jacinto Pallares, quien estipula la prohibición de los jueces para ser árbitro, y así, afirma que el árbitro es “La persona que sin ser funcionario judicial, conoce de un litigio, lo tramita y pronuncia sentencia sobre él”,<sup>7</sup> lo cual reconoce que en otras legislaciones un juez puede ser nombrado árbitro.

El profesor Carlos Arellano García complementa a los autores antes mencionados, y establece la posibilidad de que el designado pueda ser una persona física o moral, “Es la persona física o moral, designada por las partes interesadas o por el juez estatal, para que desempeñe la función jurisdiccional respecto de la cuestión controvertida que se haya convenido someter a su resolución por las partes interesadas”.<sup>8</sup>

Al analizar el anterior concepto se desglosan los siguientes elementos: a) Persona física o moral... El árbitro puede ser una persona física o moral, y en este caso actuar a través de sus representantes; b) designación de los árbitros. Es la facultad de los interesados para designar el o los árbitros, y en el caso de que no se realice, el juez estatal interviene en ésta, bien sea que llame a las partes para que lo designen bajo su dirección o él mismo lo nombre; c) la función jurisdiccional del árbitro, en cuanto resolverá una controversia; d) la injerencia, en el desempeño de su función, se limita a decidir las cuestión que le presentan las partes, y e) la base de la jurisdicción que corresponde al árbitro está en la voluntad de las partes interesadas, que mediante convenio o a través de una cláusula compromisoria han decidido someter una controversia a su decisión.

## VI. CAPACIDAD PARA COMPROMETERSE EN ÁRBITRO

La capacidad es la general para contratar. Tienen incapacidad legal o de ejercicio las personas señaladas en el Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal;

I. Los menores de edad.

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico sensorial, intelectual, emocional, mental, o varias de ellas a la vez, no pueden gobernarse, o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> *Idem.*

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>9</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Mexico, ISEF, 2004, p. 448.

Los representantes, procuradores o abogados para comprometerse en árbitros requieren facultades para actos de dominio, o cláusula especial que los autorice. También los padres y tutores en el ejercicio de la patria potestad necesitan licencia judicial; los albaceas requieren el consentimiento de los herederos; los consortes tienen capacidad para comprometerse mutuamente en árbitros.

## VII. CAPACIDAD PARA SER ÁRBITROS

Cualquier persona que tenga capacidad de ejercicio puede ser árbitro.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece dos tipos de arbitraje: el de derecho, en el cual el árbitro debe ajustarse a las normas del procedimiento fijado por las partes o en su caso suplido por la ley; y un segundo tipo es el del amigable componedor o el llamado fallo de conciencia, en el cual dará un fallo basado en su leal saber y entender, con equidad y de manera imparcial.

## VIII. COMPROMISO EN ÁRBITROS Y CLÁUSULA COMPROMISORIA

El arbitraje tiene su base en la obligatoriedad de un convenio celebrado entre las partes para someter sus controversias a un árbitro.

En el compromiso arbitral y en la cláusula compromisoria se encuentra el consentimiento de las partes para someter la cuestión controvertida; es un rasgo en común de ambas, de ahí la naturaleza contractual.

Carnelutti “...explica que cuando las partes quieren confiar la resolución de una controversia a particulares, celebran su convenio, al cual se le da el nombre de compromiso en árbitros o cláusula compromisoria, según se trate de un pleito ya existente o todavía sin nacer...”;<sup>10</sup> es decir, el autor señala que en el momento en que existe una controversia, las partes celebran un convenio, al que se le da el nombre de compromiso en árbitros, y al contrario, en el momento en que no hay tal pleito, pero que puede acontecer una controversia en virtud de la relación contractual, las partes acuerdan someterse a la decisión de un árbitro; a esto se le da el nombre de “cláusula compromisoria”, siendo una cláusula accesoria del contrato principal.

---

<sup>10</sup> Citando a Carnelutti, Becerra Bautista, José, *El proceso civil en México*, México, Porrúa, 1993, p. 406.

En cuanto a la forma,<sup>11</sup> “el compromiso arbitral es un verdadero contrato, al paso que la cláusula compromisoria es sólo una parte, precisamente una cláusula dentro del contrato principal...”.

El compromiso arbitral es un contrato en el que en su clausulado contiene los detalles respectivos al juicio; al contrario, la cláusula arbitral es una de las cláusulas que se encuentran en el contrato, que prevé el someter a un árbitro la controversia.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se refiere al compromiso arbitral; sin embargo, las reglas correspondientes normalmente aplican a la cláusula compromisoria.

El requisito de validez en el compromiso y en la cláusula es que se designe el negocio o negocios que se sujeten al juicio arbitral, pues a falta de éste es un acto nulo de pleno derecho (artículo 616 del CPCDF): “El compromiso designará el negocio o negocios que se sujeten a juicio arbitral y el nombre de los árbitros. Si falta el primer elemento, el compromiso es pleno de nulo derecho sin necesidad de declaración judicial”.<sup>12</sup>

Son requisitos potestativos;

- a) Designar a los árbitros; en el caso de no hacerlo se atenderá al artículo 620 del CPCDF.
- b) Fijar el plazo para cumplir la tarea del árbitro. De no ser así, el artículo 617 del CPCDF establece 60 días contados a partir de que se acepte el nombramiento.
- c) Establecer el procedimiento a seguir durante la tramitación del juicio del juicio; si no se hace, deben sujetarse (las partes y el árbitro) a las formas y plazos establecidos por los tribunales.

En lo que concierne a la forma el compromiso, puede celebrarse en escrito privado o en acta ante el juez o en escritura pública, cualquiera que sea su cuantía, conforme al artículo 611 del CPCDF.

Por último, es necesario destacar que tanto en el caso de la cláusula compromisoria como en el compromiso arbitral se requiere realizar otro acuerdo entre las partes y el árbitro, en el cual se acepte el nombramiento y se definen los derechos y las obligaciones del árbitro y de las partes (contrato de arbitraje).

---

<sup>11</sup> Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 6a. ed., México, Harla, p. 305.

<sup>12</sup> Código de Procedimientos Civiles..., *cit.*, p. 115.

## IX. ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN

El arbitraje y la amigable composición son dos instituciones distintas, que bien pudieron haber tenido un origen similar, ya que podría ser que la amigable composición fuera el antecedente del arbitraje.

Antes de continuar debemos saber qué es un amigable componedor. Para Eduardo Pallares, es “el árbitro elegido por las partes que debe decidir el litigio según los dictados de su conciencia y no de acuerdo con las normas legales”.<sup>13</sup>

Sostiene Rafael de Pina Vara que “...la amigable composición es el arreglo de un conflicto de intereses existentes entre particulares de acuerdo con el leal saber y entender de amigables componedores designado al efecto por los interesados...”.<sup>14</sup>

Para el profesor emérito Cipriano Gómez Lara, la diferencia entre la amigable composición y el arbitraje es que

la amigable composición constituye una actividad conciliadora de un tercero ajeno, el cual es aceptado por las partes en conflicto como mediador para que procure conciliar los intereses en desacuerdo. Por el contrario el arbitraje (contemplando pacto arbitral o cláusula compromisoria), no sólo constituye una anuencia para que un tercero intervenga como conciliador amigable componedor, sino que esa anuencia va más adelante hasta constituir un compromiso para que ese tercero actúe como juez privado y dicte una resolución —laudo— a manera de sentencia... cuyo acatamiento ha sido pactado de forma anticipada.<sup>15</sup>

## X. IMPORTANCIA PRÁCTICA DEL ARBITRAJE EN MATERIA CIVIL

Es conveniente recordar que para Carnelutti el arbitraje es llamado equivalente jurisdiccional, porque a través de éste se obtiene la misma finalidad que mediante el proceso jurisdiccional. En el arbitraje, las partes, por un acuerdo de voluntad, someten sus diferencias a la resolución de un juez eventual, privado y no profesional, al que se llama árbitro. Los juicios arbitrales pueden ser de estricto derecho o de equidad. Los primeros se llevan conforme a la ley; es decir, que el árbitro se sujeta a la misma; los juicios de equidad, por el

<sup>13</sup> Arellano García, Carlos, *Derecho procesal civil*, cit., p. 53.

<sup>14</sup> *Ibidem*, citando a Rafael de Pina Vara, p. 54.

<sup>15</sup> Gómez Lara, Cipriano, *Derecho procesal civil*, 6a. ed., México, Harla, 1998, p. 296.

contrario, dan lugar al libre arbitrio del juzgador, quien resuelve conforme a justicia el caso concreto. En el arbitraje de derecho hay un sometimiento a las reglas impuestas por el régimen jurídico; en el de equidad no se da tal sometimiento. El Estado limita al arbitraje sobre sus posibilidades en determinados tipos de asuntos, porque no todos los casos le son sometibles; los asuntos en donde se ventile alguna cuestión de orden o de interés público no podrán someterse al conocimiento de jueces privados.

El arbitraje constituye una institución útil en materias civil y mercantil, ya que su solución es en forma rápida y fácil, a diferencia de los procesos jurisdiccionales, que tienden a ser lentos, costosos y difíciles.

Se han señalado como ventajas del arbitraje, las siguientes:<sup>16</sup>

- a) si existen irregularidades fiscales de los litigantes, el árbitro no tiene la obligación de denunciarlas; en cambio, el juez sí las tendría;
- b) el secreto, la discreción en cuanto a la materia de la contienda, también es obligatoria para el árbitro, y
- c) las partes interesadas, en asuntos de carácter controvertido de acusada especialidad, pudieran requerir de árbitros especialistas en alguna rama de las actividades humanas y podrían, para mayor conocimiento de la causa, designar a algún árbitro o árbitros conocedores, quienes comprenderían de mejor manera las circunstancias relativas al litigio de que se trate. La experiencia en el asunto es de utilidad;
- d) los juzgadores de los tribunales pueden estar sobrecargados de expedientes; en cambio, el árbitro o árbitros tienen como único asunto controvertido aquel que es motivo del juicio arbitral;
- e) la celeridad que puede imprimirse a la solución del juicio arbitral constituye otro motivo para elegir la vía arbitral en la decisión de alguna controversia;
- f) en el procedimiento arbitral es mayor el sigilo que puede existir. No habría publicaciones de los acuerdos recaídos en el expediente y no se enterarían de la existencia de un conflicto jurisdiccional personas ajenas a la controversia.

Un requisito indispensable para que el arbitraje sea todo un éxito es que las partes del litigio actúen de buena fe; de lo contrario, puede convertirse en un embrollo.

---

<sup>16</sup> *Idem.*

## XI. PREPARACIÓN DEL JUICIO ARBITRAL

En lo que se refiere a la preparación del juicio arbitral, se encuentra regulado, de acuerdo con el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su título quinto, en el capítulo IV, llamado “De la preparación del juicio arbitral”, o sea, los artículos 220, 221, 222 y 223.

El artículo 609 del citado Código de Procedimientos Civiles señala que las partes tienen el derecho de sujetar sus diferencias al juicio arbitral. Y este compromiso puede celebrarse antes de que haya juicio (cláusula de compromiso en árbitros o arbitral), durante el juicio y después de sentenciado, sea cual fuera el estado en que se encuentre el juicio. Cuando es un compromiso y éste se da posteriormente de la sentencia irrevocable, sólo tendrá lugar si los interesados la conocieren.

El referido Código de Procedimientos Civiles dispone que el compromiso arbitral puede celebrarse por escritura privada, escritura pública o en acta ante el juez, cualquiera que sea su cuantía (artículo 611). Pero también regula algunas excepciones en su artículo 615, al señalar que no se pueden comprometer en árbitros los negocios de:

- a) el derecho de recibir alimentos;
- b) los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias; es decir, cuestiones económicas;
- c) las acciones de nulidad de matrimonio;
- d) los concernientes al estado civil de las personas, a excepción de lo que establece el artículo 339 del Código Civil para el Distrito Federal;<sup>17</sup>
- e) otra más es la que señala el artículo 338 del Código Civil referido, que preceptúa que no puede haber compromiso en árbitros sobre la filiación;
- f) los demás que exprese la ley, como serían las cuestiones penales;

Todo lo que esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles se puede comprometer en árbitros, a excepción de las limitantes establecidas por la ley. Existen, en cuanto a las personas que se quieren comprometer al juicio arbitral, algunas variantes, y son las siguientes:

---

<sup>17</sup> Artículo 339 del Código Civil Federal: “puede haber arbitramento sobre los derecho pecuniarios que de la filiación legalmente adquirida pudieran deducirse, sin que las concesiones que se hagan al que se dice hijo, importen la adquisición de estado de hijo de matrimonio”.



- a) los tutores no pueden comprometer los negocios de los incapacitados ni nombrar árbitros sino con la aprobación judicial, salvo el caso de que dichos incapacitados fueran herederos de quien celebró el compromiso que estableció la cláusula compromisoria. Si no se hizo la designación de árbitros, se hará con la intervención judicial (artículo 612 del CPCDF);
- b) los albaceas necesitan del consentimiento unánime de los herederos para comprometer en árbitros los negocios de la herencia, y para nombrar árbitros se hará con intervención judicial (artículo 613 del CPCDF);
- c) los síndicos de los concursos solo pueden comprometer en árbitros con unánime consentimiento de los acreedores (artículo 614 del CPCDF).

El contrato respectivo debe reunir los requisitos siguientes:

- a) designar a los árbitros; en el caso de no hacerlo, se entiende que se reservan nombrar con intervención judicial, como se previene en los medios preparativos conforme al artículo 616<sup>18</sup> segundo párrafo del CPCDF;
- b) fijar el plazo para cumplir la tarea del árbitro. De no ser así, el artículo 617<sup>19</sup> del CPCDF establece sesenta días contados a partir de que se acepte el nombramiento;
- c) establecer el procedimiento a seguir durante la tramitación del juicio; si no se hace, deben sujetarse (las partes y el árbitro) a las formas y plazos establecidos para los tribunales (artículo 619).

El artículo 221 del Código de Procedimientos Civiles señala que se debe presentar el documento en el cual consta la cláusula compromisoria, y el juez citará a una junta del tercer día para que elijan al árbitro; si no lo han elegido, lo harán en rebeldía. La designación se hace conforme con el listado del Tribunal Superior de Justicia. El árbitro puede ser unipersonal o pluripersonal. En el primer caso las partes pueden nombrarle un secretario o el propio árbitro puede designarlo cuando aquéllas no lo hacen dentro del tercer día desde aquel en que deba actuar, pero a su costa (artículo 621).<sup>20</sup> En el segundo caso uno de los árbitros debe fungir como secretario.

---

<sup>18</sup> Derogado (nota del editor).

<sup>19</sup> *Idem.*

<sup>20</sup> *Idem.*

Para Cipriano Gómez Lara, las etapas o fases que presuponen la realización de un arbitraje son: *a)* cláusula compromisoria o compromiso; *b)* acaecimiento del conflicto previsto por la cláusula o compromiso; *c)* iniciación del procedimiento arbitral y desarrollo del mismo; y *d)* pronunciamiento del laudo.

## XII. PROCEDIMIENTO DEL JUICIO ARBITRAL CONFORME AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL

Es recomendable que en el compromiso arbitral se señale el término de duración, pero aunque no se fije este será válido. El plazo se cuenta desde que se acepta el nombramiento (artículo 617).<sup>21</sup>

En el procedimiento arbitral se seguirán los plazos y las formas establecidas para los tribunales, si las partes no convienen otra cosa conforme al artículo 619. Los árbitros realizan su misión durante sesenta días, según el artículo 617,<sup>22</sup> los cuales se pueden prorrogar diez días más, durante este tiempo los árbitros no podrán ser revocados sino por el consentimiento unánime de las partes, conforme al artículo 618.

Independientemente de lo pactado por las partes, los árbitros están obligados a recibir pruebas y oír alegatos si cualquiera de las partes lo pidiera, en términos del artículo 619. Esto garantiza de alguna forma la garantía de audiencia, que debe regir en el arbitraje. Pueden conocer de incidentes, resolver excepciones perentorias y pueden condenar en costas, daños y perjuicios, aun imponer multas.

Las partes, si así lo hubieran convenido, pueden renunciar al recurso de apelación (artículo 619). Si el compromiso se celebrara respecto de un negocio en grado de apelación, la sentencia arbitral será definitiva sin ulterior recurso (artículo 619). Además, en caso de renunciarse a la apelación se puede interponer el juicio de amparo en contra del laudo arbitral. Contra las resoluciones del árbitro designado por el juez cabe el amparo de garantías (artículo 635).

Si estuviera instaurado el juicio arbitral y alguna de las partes promoviera juicio ante autoridad judicial, pueden hacerse valer las excepciones de incompetencia y litispendencia (artículo 620).

Es necesario que el árbitro o árbitros actúen auxiliados por un secretario.

---

<sup>21</sup> *Idem.*

<sup>22</sup> *Idem.*

Si ha expirado el plazo estipulado o el plazo legal previsto en el artículo 617,<sup>23</sup> termina el compromiso arbitral.

El laudo o sentencia arbitral será firmado por cada uno de los árbitros, y en caso de ser más de dos, si la minoría rehusara hacerlo, los otros lo harán constar, y la resolución tendrá el mismo efecto que si hubiera sido suscrita por todos, no eximiendo el voto particular de esta obligación (artículo 625).<sup>24</sup>

### XIII. LAUDO ARBITRAL

En el juicio arbitral encontramos como partes principales al actor y al demandado, así como también la existencia del árbitro.

Los árbitros son terceros encargados de la impartición de justicia; sin embargo, “El árbitro carece del tercer elemento de la jurisdicción: la executio, a consecuencia, en todos aquellos casos en que ésta se requiera, deberá ser auxiliado por los órganos jurisdiccionales ordinarios, salvo algunas excepciones”.<sup>25</sup>

También debemos reconocer que los órganos jurisdiccionales son necesarios para perfeccionar la resolución emitida por el árbitro, puesto que si éste tiene la facultad para considerar costas y daños y perjuicios, e incluso imponer multas, el juez ordinario limita a la decisión del asunto si así lo considera dentro del procedimiento de la ejecución forzosa.

Algunas de las facultades señaladas en el Código de Procedimientos Civiles que competen al órgano jurisdiccional (juez ordinario) son:

- a) se obliga impartir el auxilio de su jurisdicción a los árbitros (artículo 634);
- b) es competente en todo lo relativo al juicio arbitral; cuando el árbitro no tenga jurisdicción, y en la ejecución de la sentencia y admisión de recursos (artículo 633);
- c) será competente: el juez designado por el compromiso, el del lugar del tribunal en que se lleve el arbitraje; a falta de ese, el que esté en turno;
- d) emplear medios de apremio (artículo 631);
- e) ejecución de actos o decretos, así como del laudo (artículo 632);

---

<sup>23</sup> *Idem.*

<sup>24</sup> *Idem.*

<sup>25</sup> Citando a Carnelutti, Becerra Bautista, José, *El proceso civil en México*, cit., pp. 410-412.

- f) admite los recursos que sean admisibles y remite los autos al Tribunal Superior de Justicia (artículo 632);
- g) sobre recusaciones y excusas (artículo 629), y
- h) vigila el cumplimiento de las obligaciones de los árbitros (artículo 636).

### 1. *Concepto de “laudo”*

Según Ovalle Favela, “El laudo es la decisión definitiva dictada por el árbitro para resolver el conflicto sometido a arbitraje: equivale a la sentencia definitiva pronunciada por el juez en el proceso jurisdiccional”.<sup>26</sup> Otros autores como Becerra Bautista señalan que el laudo es la resolución que pronuncian los árbitros en los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria. Por tanto, deben resolver el negocio o negocios sujetos al arbitraje, y aun cuando la ley no lo dice en forma expresa, debe contener todos los requisitos formales que las sentencias atribuyen la ley y la doctrina.

### 2. *Naturaleza jurídica del laudo*

Ya explicado el concepto, podemos decir que la naturaleza jurídica del laudo es de ser una sentencia en definitiva procedente de una decisión arbitral.

Irra Ibarra considera que deben determinarse: *a)* la naturaleza jurídica de la resolución arbitral; *b)* semejanzas y diferencias con la sentencia, y *c)* la homologación y ejecución del laudo.

- a) la naturaleza jurídica del laudo; a sido considerado que el laudo no es una sentencia; sin embargo, se equipara a aquella, por constituir un acto que se impone a los contendientes como modo de resolución imparcial que se obtiene mediante el proceso;
- b) semejanzas entre sentencia y laudo son que ambos resuelven un conflicto jurídico entre las partes, se emiten por un tercero imparcial, árbitro o juez; culminan el procedimiento encaminado a la solución del fondo del conflicto, quedando firme la decisión las partes, quienes se obligan a cumplirlas. Las partes pueden apelar y alegar vicios de fondo y de procedimiento; la ejecución se realiza por orden del juez; y la apelación se lleva ante un tribunal. Dentro de las diferencias subsistentes entre el arbitraje y la sentencia se encuentran: que el

<sup>26</sup> Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, cit., p. 306.

laudo lo emite un particular, y la sentencia la emite un juez; el laudo es obligatorio para las partes, pero carece de ejecutividad, y en la sentencia tiene el imperio de la potestad pública; el laudo necesita de la homologación, y la sentencia no necesita de la homologación para su ejecutividad;

- c) finalmente, en lo que respecta a la homologación y ejecución del laudo, debemos expresar que constituyen el reconocimiento y la orden de ejecución de un laudo, tiene el efecto de darle ejecutividad al laudo para obtener el cumplimiento forzoso mediante el *imperium* de la autoridad estatal, que se ejerce por los jueces ordinarios competentes. Dentro de la legalidad del laudo se pueden dar violaciones tanto del fondo como del procedimiento; por la homologación, el juez ordinario se encuentra imposibilitado para revisar las violaciones de fondo, cometidas en el laudo arbitral, que podrá tomar en consideración las diversas circunstancias que pudieran implicar que el conflicto jurídico resuelto no hubiera sido el designado en el compromiso en árbitros o en la cláusula compromisoria y cuando el asunto no fuera susceptible de solución mediante el arbitraje.

### 3. *Laudo (con relación al derecho mercantil y comercial)*

Los árbitros están facultados para dictar sentencia sobre cuestiones incidentales y sobre las cuestiones previas que sea necesario resolver a fin de analizar sobre el fondo de la disputa.

El laudo debe ser emitido por escrito, firmado por todos los árbitros, y si la minoría rehúsa a hacerlo, los otros dejarán constancia de ello, y la sentencia tendrá el mismo efecto, conforme al artículo 625 de la ley procesal civil distrital. El laudo en derecho debe ser suficientemente fundado y motivado, pero se admiten como válidos los laudos dictados en conciencia, *ex aequo et bono*, de amigable composición o de equidad, que por su misma hipótesis no necesitan justificación razonada, conforme al artículo 628.

### 4. *Argumentaciones contra las facultades de los árbitros*

En el arbitraje *ad hoc*, o sea, a un caso concreto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 630 de la ley procesal, son los árbitros los que resuelven sobre estas cuestiones, y su resolución puede ser materia de impugnación ante los tribunales ordinarios, y salvo pacto en contrario de las partes, los árbitros deben decidir según las reglas de derecho, conforme al artículo 628.

En cuanto al arbitraje institucional, habrá de estarse a lo que dispongan las reglas del organismo de que se trate. Y para los casos en que exista omisión, tratándose también del arbitraje oficial, de acuerdo con el artículo 628, podrá recurrirse al juez ordinario, y ante la posibilidad de que surjan dudas en cuanto a la ley aplicable, suelen las partes facultar a los árbitros para decidir la cuestión.

En cuanto al arbitraje oficial, la solución debe apegarse a lo dispuesto en el Código Civil en vigor.

### 5. *Acuerdos*

En los tres tipos de arbitraje es factible a las partes celebrar acuerdos, convenios, pactos, transacciones y, en términos generales, efectuar renunciaciones y adecuaciones de sus intereses.

### 6. *Corrección e interpretación*

El laudo después de firmado no puede ser modificado, pero sí aclarado, lo que implica corrección de error, específicamente el numérico, la adición de los puntos faltantes y la regulación de la forma, inclusive, conforme lo marca el artículo 84 de la ley procesal distrital. La aclaración deberá hacerse dentro del día siguiente al de la notificación.

La interpretación de la sentencia es necesaria cuando se sostienen puntos de vista contradictorios sobre el alcance de la norma y, por ende, se requiere la sustanciación de un proceso impugnativo de apelación ordinaria por incongruencia negativa del laudo. Si el recurso se renunció, cabrá oposición a la ejecución por el mismo motivo.

Las costas en el arbitraje oficial no existen, y en el arbitraje institucional se estará a lo que las reglas en cuestión indiquen, pactando sobre el punto en cuestión las partes y el árbitro. En este arbitraje *ad hoc*, si las partes no convienen con los árbitros y peritos los honorarios a pagar, se habrá de observar lo dispuesto en la ley orgánica de los tribunales comunes, que en sus artículos 141 al 148 regulan el arancel oficial.

En cuanto al depósito de los honorarios, de alguna parte de ellos o de su totalidad, se prevé sólo en el arbitraje institucional. Si en el arbitraje *ad hoc* se llega a un acuerdo, el juez ordinario, según el artículo 634, podrá auxiliar al árbitro si fuera necesario.

### 7. *Fuerza ejecutoria del laudo*

De acuerdo con el artículo 632 de la ley procesal, el expediente pasará al juez ordinario para su ejecución. En México, la homologación no existe, pero el exequátur sí procede, lo mismo tratándose de una sentencia o laudo nacional que para uno extranjero.

El artículo 608, relativo a la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero, expresa que traducida la ejecutoria en la forma prevista por el artículo 330, se presentará en el juzgado para su ejecución, pero previamente se analizará su autenticidad, y si conforme a las leyes nacionales debe o no ser ejecutada. El procedimiento se sustanciará con un escrito de cada parte y audiencia del Ministerio Público. La resolución se dictará al tercer día, consten o no las partes o el ministerio público, pero será apelable si se denegara la ejecución y en el devolutivo si se concediera.

Tanto en laudos nacionales como en los extranjeros opera la regla del artículo 608, que ordena que ni el juez inferior ni el tribunal superior podrán examinar y decidir sobre la justicia o la injusticia del fallo ni sobre los fundamentos de hecho o de derecho en que se apoye, limitándose únicamente a examinar su autenticidad y si es o no ejecutable conforme a las leyes mexicanas.

### 8. *Publicación del laudo*

No existe estipulación jurídica para que el laudo se publique, pero en la práctica algunos laudos de los arbitrajes oficiales son publicados.

### 9. *Apelación contra el laudo*

La legislación procesal no descarta la apelación contra el laudo, pero con el fin de evitarlo, los ordenamientos que regulan el arbitraje oficial han establecido la prohibición expresa para recurrir a este medio impugnativo. En cuanto al arbitraje *ad hoc*, normalmente las leyes renuncian a la apelación, por lo que el laudo es final, obligatorio y ejecutable; además, después resolver los tribunales sobre la apelación, en caso de haberse presentado, todavía cabe recurrir al amparo contra su ejecución, recurso que tiene resultados similares a la nulidad.

### 10. *Impugnación contra el laudo*

El juez competente ante quien se presente el laudo debe dictar el acto de exequátur de acuerdo con las condiciones establecidas en el artículo 632, en relación con los artículos del 600 al 608 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En consecuencia, los ejecutores no pueden oír ni conocer de excepciones por vía de oposición, salvo el caso de incompetencia. Si la oposición viniera de tercero, se le oír sumariamente, dictándose la resolución que proceda después de desahogarse los medios de confirmación.

### 11. *Rechazamiento del laudo*

Como lo expresa el artículo 608 de la ley procesal civil distrital, ningún laudo, ya sea nacional o extranjero (dando estas denominaciones por la costumbre de la doctrina), puede ser revisado si no es contrario a las leyes que comienzan por establecer la materia arbitrable, siguen por aludir a las formalidades indispensables del proceso y concluyen por determinar las condiciones de reconocimiento y ejecutabilidad del laudo.

Para cualquiera de los casos indicados la impugnación tendrá que hacerse valer primero por incidente dentro del procedimiento de exequátur y seguirse después en vía de apelación contra este auto, para llegar al amparo, que tendrá que ser indirecto, porque no se trata de una sentencia judicial firme.

Sin embargo, puede acontecer que el laudo sea meramente declarativo, constitutivo o absolutorio (lo que para la doctrina sería un auto declarativo negativo).

En estas hipótesis no procede la ejecución, y aun cuando hubiera necesidad de solicitar cancelación de inscripciones a registros, la vía a seguir no sería la judicial, a menos que la autoridad administrativa rehúse reconocer el laudo y se tuviera que ir al amparo, en el que no se estudiaría cuestión alguna ajena a las condiciones de legalidad mencionadas en el artículo 608 de la ley procesal.

En consecuencia, el ataque a este tipo de laudos tendrá que hacerse en un juicio (no en un recurso de nulidad), como si se demandara la nulidad de otro juicio en la vía ordinaria y ante los jueces competentes, según las reglas que marquen los códigos procesales de cada entidad; es decir, si un laudo debiera tener consecuencias secundarias en la Ciudad de México, el



juez común o el juez de distrito en materia civil, por tratarse de problemas mercantiles que son de jurisdicción concurrente, serían los llamados a conocer en este proceso.

El límite para el decaimiento del derecho a demandar la nulidad del laudo ha de equipararse al plazo que para exigir la ejecución de las sentencias concede el artículo 531.

Al mencionarse en este artículo como una excepción el compromiso en árbitros, se está posibilitando también un segundo arbitraje que dependerá de la libre voluntad de las partes interesadas. Lo importante es que pasado el lapso de 10 años, la vía judicial de apremio ha caducado, y si el derecho a pedir la ejecución (de laudos condenatorios) decae, va implícita la circunstancia de la pérdida del derecho a demandar la nulidad de cualquier tipo de laudo.

La forma de la demanda de nulidad será la normal para cualquier juicio ordinario, y dado que las razones que podrían esgrimirse son de orden público, no cabe renunciar de antemano a esta actitud de la parte vencida.

En lo que atañe a las facultades del árbitro, a falta de acuerdo formal operarán como tal los escritos de demanda y contestación, y no sería ya procedente demandar la nulidad por violaciones al orden público, debido a que el arbitraje responde al ejercicio de la libre voluntad de las partes.

Sin embargo, si hubiera una cuestión no suscrita durante el arbitraje, por ejemplo, en el caso de contumacia del demandado, el plazo para el juicio de nulidad comenzará a correr a partir del momento en que se notifique el laudo, y en el caso de ejecución dentro del periodo señalado para oponerse a la concesión del exequátur.

En cualquier extremo, es pertinente dejar aclarado que en el proceso ordinario las violaciones procedimentales que no sean de las formalidades esenciales serán convalidadas por la emisión del laudo, lo que deja por sabido que los vicios que afecten a las facultades para arbitrar se verán convalidados si las partes actúan dentro de arbitraje sin objeciones al respecto.

## 12. *El arbitraje de acuerdo con la Ley de Instituciones de Crédito*

El artículo 119 dispone que el servicio de la banca y crédito puede ser sometido a la Comisión Nacional Bancaria y Seguros en caso de reclamaciones del usuario.

El artículo 120 enuncia las bases de la reclamación, y son:

- a) escrito de reclamación ante la Comisión Nacional Bancaria o delegación regional, corriendo traslado a la institución de que se trate, se pide un informe al usuario, para la realización de una junta de avenencia;
- b) en dicha junta se buscará la conciliación de intereses entre las partes, y si ésta no se da, la Comisión pide a las partes que designen un árbitro, haciéndose constar dicho compromiso por escrito, en su caso;
- c) dictamen técnico;
- d) facultades de la Comisión: allegarse de o elementos para la solución del arbitraje; formular el dictamen técnico;
- e) facultad de las delegaciones regionales: tramitar la etapa conciliatoria o el procedimiento arbitral;
- f) cosas sujetas a arbitraje, no admisión de términos ni incidentes, sólo aclaración de la resolución;
- g) compromiso arbitral, que supletoriamente le será aplicado el Código de Comercio. Las resoluciones de este juicio sólo admiten revocación, y el laudo únicamente amparo;
- h) multa administrativa (sanción a instituciones);
- i) incumplimiento del laudo;
- j) ejecución del laudo o de la conciliación, y
- k) de las notificaciones en el juicio arbitral.

### 13. *Principios legales mexicanos aplicables al arbitraje internacional*

La homologación de los laudos arbitrales mediante un determinado procedimiento jurídico es por el cumplimiento de ciertos preceptos legales en nuestro derecho positivo, se parte de la acepción diversa que pudiera tenerse respecto de la práctica contractual. Es indudable que cualquier país tiene una definición de lo que es un contrato, y es posible que sin discrepancias.

Es claro que un contrato es un acuerdo de voluntades que sirve para constituir o modificar una obligación, o bien, que obliga a una o varias personas, respecto de otra u otras, a dar, a hacer, y a no hacer. Entonces, una noción general, incluso universal, de un contrato, es que se trata de un acuerdo convenido por las partes, que ha de perfeccionarse por el mero consentimiento informal de que produce obligaciones jurídicamente exigibles, y que es algo objetivo, con un régimen propio independiente de la voluntad de las partes.

Puede afirmarse que un acuerdo arbitral internacional incluido en acuerdo más amplio de voluntades como un contrato mercantil, ha de poseer determinadas características, de las que se desean que se cumplan: las cualidades de internacionalidad, uniformidad, y buena fe. La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial propone la “cláusula modelo” de arbitraje siguiente:

Cualquier litigio, controversia o reclamación provenientes o relacionados con este contrato, así como cualquier caso de incumplimiento, terminación o invalidez del mismo, deberá de ser resuelto por medio de arbitraje, de acuerdo con el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial vigente, en la fecha de este convenio. El tribunal de arbitraje decidirá como amigable componedor o *ex aequo et bono*.<sup>27</sup>

Esta cláusula modelo será incluida en un pacto comercial que hace referencia a una convención internacional. Habrá de tomarse en cuenta si ambos contratantes son nacionales o de países que hayan suscrito la convención a que se hace referencia en el acuerdo o cláusula arbitral incluida en el contrato mercantil, con lo que se hará más fácil el acatamiento del laudo que en su momento se otorgará por el tribunal arbitral o árbitro competente.

Lo anterior hace necesaria una incursión en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, respecto de la fuerza que tienen los laudos arbitrales para los países signatarios.

Artículo 4. Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse de la misma forma que de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país del que se ejecute, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales.<sup>28</sup>

Lo anterior está vinculado con la homologación de los laudos arbitrales en materia de comercio internacional en las jurisdicciones nacionales. En esta Convención se propone la imposibilidad de impugnación local en lo general, aunque a continuación se establecen ciertas consideraciones específicas:

---

<sup>27</sup> Briseño Sierra, Humberto, *El arbitraje comercial. Doctrina y legislación*, 2a. ed., México, Limusa-Noriega Editores, 2001, p. 257.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 253.

Artículo 5. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en la que se pide el reconocimiento y la ejecución:

A) Que las partes en acuerdo estaban sujetas alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido o sin nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado la sentencia, o

B) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento del arbitraje, o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa, o

C) Que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el acuerdo de las partes de sometimiento al procedimiento arbitral; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse a las que no hayan sido sometidas al arbitraje; se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

D) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral, o el procedimiento arbitral no se haya ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje; o

E) Que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia.<sup>29</sup>

Lo anterior remite al ordenamiento procesal civil federal, y permite los recursos de las leyes que otros países establecen, pero en lo general se refieren al derecho de aclaración, revisión, apelación y queja, recursos que pueden llevar a la revisión o ratificación de un determinado laudo arbitral en el tribunal de alzada. El Código Federal de Procedimientos Civiles establece lo siguiente:

Artículo 569. Las sentencias, los laudos arbitrales privados de carácter no comercial y demás resoluciones jurisdiccionales extranjeros tendrán eficacia y serán reconocidos en la república en todo lo que no sea contrario al orden público interno en los términos de este Código y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de que México sea parte.

Tratándose de sentencias, laudos, o resoluciones jurisdiccionales que sólo vayan a utilizarse como prueba ante tribunales mexicanos será suficiente, que

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 254.

los mismos llenen los requisitos necesarios para ser considerados como auténticos.

Los efectos que las sentencias, laudos arbitrales, privados de carácter no comercial y las resoluciones jurisdiccionales extranjeros, produzcan en el territorio nacional estarán regidos por lo dispuesto por el Código Civil, por este Código y demás leyes aplicables.

Artículo 570. Las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales extranjeros se cumplirán coactivamente en la República mediante homologación en los términos de este Código y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte.<sup>30</sup>

Artículo 571. Las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales dictados en el extranjero, podrán tener fuerza de ejecución si cumplen con las siguientes condiciones.

I. Que se hayan satisfecho las formalidades de este Código en materia de exhortos en el extranjero.

II. Que no hayan sido dictados como consecuencia del ejercicio de una acción real.

III. Que el juez o el tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en la esfera internacional que sean compatibles con las adoptadas por este Código;

IV. Que el demandado haya sido notificado o emplazado en forma personal a efecto de asegurarle la garantía de audiencia y el ejercicio de sus defensas;

V. Que tengan el carácter de cosa juzgada en el país en el que fueron dictados, o que no exista recurso ordinario en su contra;

VI. Que la acción que les dio origen no sea materia de juicio que este pendiente entre las mismas partes ante tribunales mexicanos y en cual hubiere prevenido el tribunal mexicano o cuando menos que el exhorto o carta rogatoria para emplazar hubieren sido tramitados y entregados a la Secretaría de Relaciones Exteriores o a las autoridades del Estado en donde de aplicarse el emplazamiento. La misma regla se aplicará cuando se hubiera dictado sentencia definitiva,

VII. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México; y

VIII. Que llenen los requisitos para ser considerados como auténticos.

No obstante el cumplimiento de las anteriores condiciones, el tribunal podrá negar la ejecución si se probara que en el país de origen no se ejecutan sentencias o laudos extranjeros en casos análogos.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Código Federal de Procedimientos Civiles, *cít.*, p. 88.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 88 y 89.

Por lo anterior, no basta con que se obtenga un determinado laudo arbitral en un determinado caso mercantil derivado del incumplimiento o incorrecta interpretación de un contrato con ese carácter, sino que además ha de cumplirse con ciertos preceptos legales de naturaleza local para lograr la ejecución arbitral. Estos ordenamientos de carácter civil son supletorios en lo mercantil, toda vez que un juicio de homologación tendrá que ser llevado ante un juez civil, y para ello existe una disposición específica en el Código de Comercio.

Artículo 1422. Cuando se requiera la intervención judicial será competente para conocer el juez de primera instancia federal o del orden común del lugar en donde se lleve acabo el arbitraje.

Cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional, conocerá del reconocimiento y de la ejecución del laudo el juez de primera instancia federal o del orden común competente, del domicilio del ejecutado, o en su defecto el de la ubicación de los bienes.<sup>32</sup>

Respecto a la nulidad del laudo arbitral, puede ser invocada ante un juez competente, como lo señala el citado Código de Comercio:

Artículo 1457. Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando:

I. La parte que intente la acción pruebe que:

a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido o si no nada se hubiese indicado a ese respecto, en virtud de la legislación mexicana.

b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiera podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;

c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título; o

<sup>32</sup> Código de Comercio, *Diario oficial de la Federación*, 13 de diciembre de 1889, p. 124.

II. El juez compruebe que según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público.<sup>33</sup>

También resulta conveniente tomar en cuenta el artículo 616 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que dispone que el compromiso arbitral establecerá los negocios que puedan sujetarse a él y la denominación de los árbitros; sobrevendrá la nulidad absoluta del acto si no se estipula la clase, acto o consecuencia jurídica que se arbitrará, por lo que en los acuerdos arbitrales es muy importante ser específico, a fin de que no exista la nulidad que invoca el precepto anterior.

Para efectos de precisar el carácter supletorio de la cláusula arbitral en un contrato de naturaleza civil, es importante especificar:

- La clase de asuntos, controversias o interpretaciones en las que el árbitro intervendrá (interpretación, cumplimiento, incumplimiento, terminación, rescisión, desocupación voluntaria, forzosa, incremento a las prestaciones, reclamación por daños y perjuicios, pago de daños al inmueble y cualquier otra situación inherente al clausulado del contrato).
- El sometimiento expreso de las partes a lo estipulado en el título octavo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (artículos del 609 al 636, o sus correlativos que tratan precisamente del juicio arbitral).
- El nombramiento del árbitro o institución arbitral, incluyendo su domicilio. Podrá nombrarse un árbitro sustituto.
- La especificación del procedimiento arbitral.

Es de considerar que si bien el procedimiento arbitral no sustituye del todo al procedimiento judicial, es importante que los árbitros normen su criterio, al atender las formalidades procesales que imperan en los órganos jurisdiccionales. Pero queda muy claro que tratándose de contratantes mercantiles de distinta nacionalidad, la interpretación del contrato y compromiso arbitral pudiera ser uno de los problemas que surjan con mayor frecuencia dada la gran diversidad jurídica existente entre las naciones, sin perjuicio de la utilización de distintos idiomas, lo que requiere de especialización jurídica. El párrafo primero del artículo 7 CNUCCIM (carácter internacional, uniformidad en su aplicación y observancia de la buena fe), señala lo siguiente: “En la interpretación de la presente Convención se ten-

---

<sup>33</sup> *Idem.*

drán en cuenta su carácter internacional, y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”.

La inclusión de esta norma en el articulado de dicha Convención es con el fin de evitar los inconvenientes derivados de la aplicación de un determinado texto uniforme en países con ordenamientos jurídicos diferentes, y por consiguiente, con reglas de interpretación dispares, que pudieran dar lugar a contraposiciones jurídicas que facilitarían el aprovechamiento de lagunas, y con ello el incumplimiento o al menos el diferimiento del incumplimiento de los contratos comerciales con los consecuentes daños y perjuicios.

El laudo arbitral tiene un sentido análogo al de la sentencia judicial en primera instancia. Es la consecuencia inmediata de la función arbitral, que ha tenido a su alcance las pruebas ofrecidas por las partes. Dentro del procedimiento arbitral, una vez recibida la demanda, el árbitro notifica a la parte demandada y procede a la recepción de pruebas dentro de un periodo determinado.

El Código de Comercio norma la formalidad del laudo en materia comercial:

Artículo 1448. El laudo se dictará por escrito y será firmado por el o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.

El laudo del tribunal arbitral deberá de ser motivado a menos que las partes hayan convenido otra cosa o se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 1447.

Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el primer párrafo del artículo 1436. El laudo se considerará dictado en ese lugar.

Después de dictado el laudo, el tribunal arbitral lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de conformidad con el primer párrafo del presente artículo.<sup>34</sup>

Sin perjuicio de que las formalidades estén consideradas en la ley aplicable, es indispensable que el árbitro las conozca, a fin de dar cumplimiento cabal a la condición de legalidad que impida que pueda invocarse la nulidad de la resolución arbitral.

Cuando se solicite el arbitraje de una organización experta, como lo es un tribunal arbitral, es necesario que las partes observen además de la ley

---

<sup>34</sup> *Idem.*



aplicable, las disposiciones reglamentarias internas del tribunal arbitral. En cuanto a la emisión del laudo, el Centro Arbitral de México, constituido en tribunal arbitral, en su reglamento establece lo siguiente:

Artículo 32. Pronunciamiento del laudo. Laudo se pronuncia por mayoría cuando el Tribunal Arbitral está integrado por tres árbitros. Si no existe mayoría el presidente del Tribunal Arbitral rendirá el laudo solo. El laudo arbitral estará motivado. El laudo arbitral se considera pronunciado en el lugar del arbitraje en la fecha que ostente.

Artículo 33. Acuerdo de las partes. Las partes llegan a un acuerdo después de la entrega del expediente al Tribunal Arbitral, dicho acuerdo podrá elevarse a la categoría del laudo arbitral si las partes así lo solicitan.

Artículo 34. Examen previo del laudo. Salvo pacto en contrario de las partes, antes de firmar cualquier laudo, el Tribunal Arbitral, debe de someter el proyecto al Consejo General. El Consejo General podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del Tribunal Arbitral, llamar su atención sobre puntos que interesen el fondo del asunto.

Salvo pacto en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral se abstendrá de firmar un laudo arbitral que no haya sido aprobado en cuanto a la forma por el Consejo General.

Artículo 35. Notificación, depósito, y carácter definitivo del laudo. El secretario general notificara a las partes el laudo firmado por el Tribunal Arbitral, siempre que haya sido pagado en su totalidad el depósito para gastos del arbitraje. El secretario general podrá expedir copias certificadas del laudo exclusivamente a las partes o sus representantes. Hecha la notificación a que se refiere el párrafo uno de este artículo, las partes renuncian a cualquier otra notificación o depósito que deba hacer el Tribunal Arbitral. El secretario general conservará un ejemplar original de cada laudo dictado. Todo laudo arbitral será obligatorio para las partes. Por el sometimiento de su controversia a las Reglas de Arbitraje del CAM, las partes están obligadas a cumplir sin demora el laudo dictado, renunciando expresamente al recurso de apelación o cualquier otro recurso equivalente.

Lo anterior permite una certeza procesal, que denota el rumbo que habrán de seguir las controversias entre las partes que intervienen en un negocio, de ocurrir alguna contradicción. Las partes, en primer lugar si han invocado el arbitraje, habrán de atenerse en primera instancia a la resolución arbitral.

El laudo expresa una opinión fundada de carácter resolutorio y vinculativo, que permite la posibilidad de evitar procesos judiciales lentos que la más de las veces ocasionan conflictos mercantiles, que en un momento dado impedirán que dichas partes puedan volver a negociar en otros actos

mercantiles. No sucede así con el laudo arbitral, ya que se tiene entendido que las partes han acordado una solución de controversias propia y diligente y lo menos onerosa posible, la que está en manos de un experto de la rama mercantil de la que se trate la controversia. El laudo es la resolución pronunciada por un tribunal arbitral en el que se soluciona el litigio que fue sometido a un tribunal arbitral.<sup>35</sup>

El laudo arbitral resuelve por sí solo la controversia. No está sujeto a la disposición de que se apruebe en el procedimiento de exequátur, el cual se conducirá sólo a que se reconozca el laudo y se ordene su ejecución, pero el laudo ha solucionado la controversia entre partes.

El Código de Comercio señala lo siguiente:

Artículo 1422. Cuando se requiere la intervención judicial será para conocer el juez de primera instancia federal o del orden común del lugar en donde se lleve a cabo el arbitraje.

Cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional, conocerá del reconocimiento y de la ejecución del laudo, el juez de primera instancia federal o del orden común competente, del domicilio del ejecutado o, en su defecto, el de la ubicación de los bienes.<sup>36</sup>

Para el caso del arbitraje civil, la aplicación del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se establece de forma directa sin ninguna supletoriedad, y para el arbitraje mercantil el Código Federal de Procedimientos Civiles se aplicará de forma supletoria, conforme a lo establecido por el artículo 1054 del Código de Comercio en vigor, con base en el decreto del 24 de abril de 2003, y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de junio de 2003.

El procedimiento arbitral, en su fase judicial se inicia con la presentación del escrito de demanda en el juzgado competente, en los términos del artículo 95 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y sus correlativos en las demás entidades de la República y el Federal. Dentro de los documentos que acompañen a la demanda deberán estar necesariamente tanto el acuerdo arbitral o el contrato que lo contenga, como el laudo. Es conveniente acompañar a la demanda el expediente arbitral completo; con ello, el juicio ordinario civil, derivado del laudo arbitral, inicia su cauce, la demanda será interpuesta en la oficialía de partes común del tribunal correspondiente, a fin de que se le asigne juez competente.

---

<sup>35</sup> Silva, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*, México, Oxford, 2001.

<sup>36</sup> Código de Comercio, *cit.*, pp. 75 y 55.

Para el caso de que exista la necesidad de homologación ante una autoridad judicial de competencia distinta, para ello habrá de ser necesario el exhorto de una autoridad judicial competente para el demandante, de acuerdo con el artículo 572 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que establece lo siguiente:

Artículo 572. El exhorto del juez o tribunal requirente deberá de acompañarse de la siguiente documentación

- I. Copia auténtica de la sentencia, laudo o resolución jurisdiccional;
- II. Copia auténtica de las constancias que acrediten que se cumplió con las condiciones previstas en las fracciones IV y V, del artículo anterior;
- III. Las traducciones al idioma español que sean necesarias al efecto; y
- IV. Que el ejecutante haya señalado domicilio para oír notificaciones en el lugar del tribunal de la homologación.<sup>37</sup>

Existen cuatro alternativas: primera, la nulidad, establecida para el caso de laudos arbitrales comerciales en el Código de Comercio; segunda, la aclaración, llevada más allá del tribunal arbitral, hasta la instancia judicial, que no sería propiamente un recurso que modifique el sentido del laudo arbitral, pero sí contendría el carácter de sentencia, con lo cual el laudo queda homologado y, en espera de su cumplimiento; tercera, la apelación, conforme a las disposiciones procesales; y finalmente, cuarta, la ejecución, para el caso de que si bien no existe necesidad de aclaración, es indispensable la vía de apremio judicial por incumplimiento de la parte condenada, lo cual necesita de esa solicitud para la instancia judicial de homologación.

Los recursos aplicables jurisdiccionalmente están consignados tanto en el Código de Comercio como en las legislaciones civiles local y federal.

Alicia Bernardo San José, en su obra *Arbitraje y jurisdicción y vías de exclusión*, señala que según política legislativa, la tendencia a que la intervención de los órganos jurisdiccionales en el arbitraje sea la estrictamente necesaria, con la pretensión relativa a que el procedimiento arbitral sea lo más rápido posible, y no incida en los mismos defectos de lentitud en la tramitación de los procesos que hoy aquejan a nuestra administración de justicia.<sup>38</sup>

Por lo anterior, es conveniente a mi entender que se intensifique la práctica y utilización del arbitraje, las características de internacionalización, uniformidad y la buena fe en el derecho, hoy en día resulta más importante y trascendente la actividad arbitral por la ostensible saturación del Poder Judicial, máxime que al tratar las cuestiones arbitrales, que convienen a una

<sup>37</sup> Código Federal de Procedimientos Civiles, *cít.*, p. 89.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 63.

gran especialización, por ello, abundar desde luego en la buena fe, para que la actividad arbitral resulte eficaz y corresponda irrestrictamente a la confianza depositada en ella por las partes; también debe robustecerse la uniformidad para los casos en que por verdadera excepción, los laudos que sí deban impugnarse sus resoluciones especialmente en salvaguarda de las garantías constitucionales de audiencia y legalidad del debido proceso, pues de no ser así, la mala fe de alguna de las partes trastocaría con la diligente capacidad y acusada experiencia de los árbitros, al conducirse con la mayor discreción lealtad, probidad, responsabilidad en el ejercicio de su encargo, para que a su vez, las partes, al tener confianza en sus árbitros, sus resoluciones puedan acatarlas y no impugnarlas, pues si de esto se tratara carecería de sentido el juicio arbitral, y actuar ante los tribunales jurisdiccionales en los que cada vez se alargan los juicios, con las consecuencias de onerosidad inmanejables, y lo más grave que se tornarían en inconfiables, en absoluto demérito a la justicia, máxime que hoy vivimos como nunca en la industria del litigio y en la feria interminable de la impugnación.

## ALGUNAS TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS DEL ARBITRAJE\*

Cipriano GÓMEZ LARA†

SUMARIO: I. *Viena*. II. *Roma*. III. *Consideraciones finales*.

Puntos de interés relacionados con las nuevas tendencias en las formas alternativas de solución de controversias tratados en las reuniones de Viena y Roma en agosto y septiembre de 1999.<sup>1</sup>

### I. VIENA

#### 1. *Señalamientos de Sergio Chiarloni, de Italia*

En Italia, la duración de los procesos ordinarios es inaceptable. La duración promedio de la primera instancia se ha ido hasta los 1,200 días, con una progresión creciente en los últimos veinte años. Si el asunto se va a la apelación, las partes pueden llegar a tener que esperar diez años para obtener una decisión final.<sup>2</sup> Ello ha ocasionado el nacimiento de un nuevo tipo de actividad profesional. Algunos abogados se han especializado en interponer apelaciones a la Corte Europea de Derechos Humanos para obtener una condena al gobierno italiano por su imposibilidad de asegurar una duración razonable de los procedimientos, en los términos del artículo 6o. de la Convención. Varios miles de ciudadanos han acudido a la Corte.

---

\* Contribución de mi señor padre, don Cipriano Gómez Lara, al libro en homenaje al doctor Humberto Briseño Sierra (Carina Gómez Fröde).

<sup>1</sup> Estas reuniones fueron el XI Congreso Mundial de Derecho Procesal, convocado por la Asociación Internacional de Derecho Procesal, en Viena, y el Coloquio convocado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y la Universidad Tor Vergata, de Roma, Italia.

<sup>2</sup> Chiarloni, Sergio, XI World Congress on Procedural Law, *A Comparative Perspective on the Crisis of Civil Justice and on its Possible Remedies*, Viena, 1999, pp. 65 y 66.

Consecuentemente, existe la posibilidad de un resultado paradójico, la congestión de la Corte Europea, la cual tampoco podrá resolver y terminar sus propios procedimientos en un tiempo razonable... las críticas se han externado, pues en las manifestaciones extremas del problema: excesivos costos y duración.<sup>3</sup> Chiarloni continúa ilustrándonos: “Justicia retardada es justicia denegada”, advertía J. Bentham hace más de un siglo. Pero ¿cuáles son las causas, quién es responsable de tan irritante negación de la justicia que en la actualidad afecta la actividad de tantos tribunales? Ciertamente, la causa más importante de las dificultades actuales de la justicia es el enorme aumento en la tasa de los litigios, que ha afectado muchas funciones jurisdiccionales en los últimos años y ha sido metafóricamente definida por algunos juristas estadounidenses como una explosión litigiosa. Por lo tanto, es mejor tratar de aligerar la carga del trabajo de los jueces animando a los ciudadanos a la utilización de métodos alternativos de solución de los conflictos.

La compleja sociedad moderna no puede ya ser satisfecha por la justicia tradicional, ni en los sistemas de derecho escrito, ni en los de derecho consuetudinario, por jueces tradicionalistas y con procedimientos rigurosamente formales que requieren una representación legal muy costosa. Es necesario explorar nuevas vías, más rápidas, baratas, simples y cercanas a las necesidades y, ¿por qué no?, a las características anímicas de los ciudadanos que estén involucrados en las controversias. Todos los sistemas están ahora buscando, con mayor o menor determinación, un nuevo sistema de justicia de coexistencia más inclinado a la conciliación de las partes. Hay sin embargo diversos factores restrictivos: primero, está el peso de la larga tradición de la justicia ritual; segundo: el mito asentado por largo tiempo, de la unidad jurisdiccional, que genera sospechas sobre los intentos de disminuir el dominio de los jueces, y por último, en los sistemas de derecho escrito los procesos no generan los enormes costos que usualmente se presentan en el sistema adversarial del *common law*.

En Europa, la protección de los trabajadores y de los consumidores parece que es el sector de mayor crecimiento de los sistemas alternativos de solución de controversias. En Italia, servicios experimentales de conciliación y arbitraje son proporcionados por Telecom, también por el *ombudsman* bancario, por cámaras de conciliación y arbitraje establecidas por las cámaras de comercio y conciliación ofrecida por oficinas laborales y del empleo. Estos métodos especiales, sin embargo, no deberían estar limitados sólo a las disputas laborales, sino que deberán extenderse a los campos de la habitación, la salud, los servicios esenciales de la protección de los consumidores y de

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 68.

la responsabilidad civil. Una jurisdicción de bajo costo y fácilmente accesible junto con el derecho de una representación propia y personal de los afectados.

2. *Perspectiva de Roberto O. Berizonce, de Argentina, sobre los medios alternativos de solución de disputas (adr)*

El prestigiado jurista argentino Roberto Omar Berizonce, por su parte, nos ilustra sobre este actual tema.<sup>4</sup> Como contrapunto de la justicia oficial y reacción contra sus magros resultados, se asiste al fenómeno de la revalorización de los denominados medios alternativos de solución de disputas, que bajo múltiples técnicas —conciliación, mediación, arbitraje y sus diversas variantes y combinaciones—, brindan instancias diferenciadas, que contribuyen al mejor rendimiento y aun a la descarga de la justicia oficial integrando las opciones jurisdiccionales algunas veces como una verdadera y propia justicia privada. Semejante avance no sólo pone en jaque el principio de la exclusividad monopólica de la jurisdicción estatal, sino que implica de hecho el desplazamiento de los jueces oficiales, y aun en ciertos casos de los abogados, por la participación de simples ciudadanos no profesionales en la solución de específicas categoría de conflictos. El singular método que se adopta a este fin excluye la confrontación adversarial de las partes y emplaza al órgano árbitro, componedor, conciliador, mediador, en una dimensión diversa de la de los jueces.

Continúa el mismo autor exponiéndonos, que ha sido bien diversa en los países de Iberoamérica la evolución de las formas alternativas. Los ordenamientos procesales tradicionales regulan la conciliación como modo “anormal” de conclusión de los litigios, que se confía al juez potestativamente durante el proceso o como una instancia preprocesal y como trámite obligatorio en ciertos conflictos de familia. En los años noventa se han incorporado en algunos países otras formas solutorias de autocomposición, como la mediación, generalmente siguiendo el modelo estadounidense de la Alternative Dispute Resolution (ADR), que no acreditan aún experiencia suficiente. En paralelo, se ha remozado el arbitraje, sancionándosele con leyes específicas o actualizando los ordenamientos procesales para dar cabida al arbitraje institucional y recogiendo modelos o recomendaciones internacionales. Lo que parece compartido es el anhelo de formar conciencia en torno de las bondades de estos métodos, inclusive como sustitutos para la decisión de ciertos y específicos conflictos de la justicia social.

---

<sup>4</sup> Berizonce, Roberto Omar, “Recientes tendencias en la posición del juez”, *XI World Congress on Procedural Law*, Viena, 1999, pp. 156 y 157.

Parece claro, sin embargo, que los medios alternativos no sustituyen a los órganos de la jurisdicción estatal ni entran en competencia con ellos. En todo caso, se complementan entre sí para la más adecuada prestación de la justicia. Si bien es falsa la oposición entre uno y otro sistema, dentro del Estado de derecho tradicional la utilización de métodos alternativos —y especialmente el arbitraje— resulta excepcional y restringida, no porque la exclusividad monopólica deba ser atendida como un dogma, sino por la creencia, aún mayoritariamente compartida, de que no obstante todas las rémoras de la justicia oficial puede conjugar mejor y más adecuadamente los principios de igualdad de las partes, justicia intrínseca de las decisiones, razonabilidad de tiempos y costos. La garantía de los derechos de los ciudadanos reposa, en última instancia, en el sistema de justicia oficial, pero en el ámbito de los derechos disponibles pueden aquéllos ejercer la libertad de someterlos a decisión mediante los medios alternativos.

## II. ROMA

### 1. *Balance de la ley brasileña. Carlos Alberto Carmona*

En su comunicación a esta reunión, este autor informa que en noviembre de 1996 entró en vigor la nueva Ley de Arbitraje, que trató de vigorizar a la institución en Brasil, con efectos muy concretos:

- a) fortalecimiento de la cláusula compromisoria;
- b) equiparación de la sentencia arbitral a la sentencia estatal, y
- c) poner fin al sistema de doble homologación de los laudos arbitrales extranjeros.

Señala como un efecto inmediato de la nueva ley la multiplicación de los órganos arbitrales institucionales y la proyección de este desarrollo en el establecimiento de tasas más competitivas a pagarse por los servicios arbitrales, así como la multiplicación de los cursos para preparar árbitros.

Un punto muy digno de comentario es la discusión que pone en tela de duda la validez constitucional de la cláusula compromisoria cuando ésta llegara a entrañar una renuncia genérica a la garantía constitucional de acceso a la justicia, aspecto tratado ya por el Supremo Tribunal Federal.

En un balance final, indica el autor brasileño que este medio de solución de controversias no debe competir con el proceso estatal, transformándose sólo en una alternativa más para vencer la crisis que asola al país, al



proceso y al Poder Judicial, e impide que los procesos sean resueltos en un tiempo razonable; el arbitraje no es un medio para hacer prevalecer la voluntad del contratante más poderoso sobre el más desvalido, y mucho menos una forma de hacer prevalecer el poder del capital extranjero o de las multinacionales sobre los intereses de los brasileños. Finalmente, también deberán convencerse de que el proceso estatal es efectivamente inadecuado para la resolución de controversias de mayor complejidad técnica, siendo recomendable la solución pregonada por el juicio arbitral.

## 2. *La experiencia española. Rafael Hinojosa Segovia*

En cuanto a España, este jurista informa sobre la situación del arbitraje en su país. Advierte que los tribunales, como en tantos otros países, soportan una importante sobrecarga de trabajo, que hacen al proceso civil un mecanismo excesivamente largo, complejo e ineficaz para la resolución de los conflictos intersubjetivos. En tal virtud, anota que España no ha permanecido ajena al movimiento internacional de potenciación de los ADR, plasmado en una recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que postuló que los gobiernos adoptaran las disposiciones adecuadas para que en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y eficaz a la acción judicial. De tal suerte, e inspirándose en tal recomendación, el legislador español promulgó, en 1988, una nueva Ley de Arbitraje, con el afán de proveer un arbitraje más sencillo y menos formal que el hasta entonces aplicable.

Caracterizando aspectos sobresalientes de esta nueva Ley, el autor comenta las siguientes cuestiones: se abraza una posición intermedia, mixta o ecléctica, entre la jurisdiccionalista y la contractualista, lo que se manifiesta en que el convenio arbitral se configura como un contrato mediante el cual dos o más personas expresan su voluntad inequívoca de someter la solución de todas o algunas cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, la que se obligan a cumplir expresamente. Está inspirado en el principio de libertad formal; las partes pueden incluir en el convenio la determinación de la clase de arbitraje, aunque si no acuerdan nada al respecto el arbitraje será de equidad.

Los árbitros han de ser necesariamente personas naturales (individuos) que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, y además abogados en ejercicio, si el arbitraje fuera de derecho. Su número será siempre impar. Una novedad que apunta Hinojosa Segovia, de la nueva Ley, es que frente

al arbitraje *ad hoc* o tradicional se introduce el arbitraje institucional, el cual, sin embargo, no ha alcanzado todavía el desarrollo que se esperaba.

El procedimiento arbitral ha de respetar los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad, y está inspirado también en el principio de libertad formal. El laudo ha de dictarse por escrito, deberá ser motivado si es arbitraje de derecho; habrá de protocolizarse notarialmente a efectos de constancia, y después deberá notificarse fehacientemente a las partes. Contra el laudo podrá interponerse el recurso de anulación, que procederá en forma limitativa por las causas expresamente previstas. Sólo cuando el laudo sea firme podrá obtenerse su ejecución forzosa. Existe una ausencia total de medidas cautelares con carácter previo o simultáneo, en manos del árbitro.

Apunta el autor en consulta, algunos aspectos de ventajas e inconvenientes del arbitraje y del proceso judicial, dentro de la experiencia española. Advierte que un análisis profundo revela que ambas instituciones presentan ventajas e inconvenientes, que deben ser conocidas y sopesadas a la hora de elegir una vía u otra. Entre las ventajas del arbitraje señala: celeridad, confidencialidad, especialización, elección del número de árbitros, mantenimiento de las relaciones comerciales, antiformalismo, libertad de elección de idiomas, carácter tasado del sistema de impugnación; por lo que atañe a los inconvenientes, apunta: la limitación de la materia arbitrable, la dificultad de constitución, el mayor coste, la necesidad de la intervención de la jurisdicción, la dificultad para adoptar medidas cautelares, la imposibilidad de ejecución provisional, el carácter rescindente y no rescisorio del recurso de anulación, la imposibilidad de impugnar la infracción del ordenamiento jurídico material en los laudos de derecho; la falta de unidad jurisprudencial.

Hinojosa Segovia realiza un análisis de perspectivas, a la luz del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y del Proyecto (entonces) de Ley de Enjuiciamiento Civil Española (que ya es Ley publicada en el *Boletín Oficial del Gobierno Español* del 8 de enero de 2000.) En cuanto a la primera, se advierte mayor flexibilidad del arbitraje frente al proceso, que facilita la armonización de las legislaciones y la integración de los países en la solución de las controversias. El cuerpo regula el “proceso arbitral”, y la concepción del mismo es decididamente jurisdiccionalista, pues lo califica como proceso, y le incluye en un código procesal civil, previendo, a diferencia del español, ciertas medidas cautelares. Por lo que toca a la Ley de Enjuiciamiento, advierte que siguiendo la línea de la anterior Ley (de 1881) no regula el arbitraje, pero trata de potenciar su desarrollo, pues será posible que la sumisión a árbitros se haga valer dentro del proceso judicial, de modo que el tribunal se abstenga de conocer al comienzo, y no al final de este extremo.

(Lo que muchas legislaciones modernas han sancionado como la excepción de compromiso arbitral, considerándola excepción de previo y especial pronunciamiento, o a resolverse en las audiencias previas o preliminares).

Como conclusión de su valiosa ponencia, Hinojosa Segovia, expresa:

La experiencia española de los últimos años revela que, pese a la profunda crisis que atraviesa la jurisdicción civil, sigue sin existir en nuestro país una auténtica cultura alternativa. El arbitraje es un sistema menos formalista y más rápido que el proceso, pero es inequívocamente más limitado, en cuanto a su ámbito de aplicación y menos garantista que el proceso. Presentar los ADR o, en otros términos, los sistemas de justicia privada, como alternativa al proceso judicial es tanto como reconocer el fracaso del Estado y volver, como remedio, a modelos más antiguos, incluso que el proceso. No se desprenda de nuestras palabras una opinión contraria a los ADR ni una opinión reverencial de la justicia pública. Lo que se pretende poner de manifiesto es la necesidad de seguir estudiando y perfeccionando ambas vías para que, efectivamente, una pueda ser alternativa de la otra y pueda ser elegida, sin temores, la que mejor convenga al caso concreto. Porque esto y no otra cosa, es lo que verdaderamente importa: que el arbitraje y el proceso estén lo suficientemente mejorados para que la elección de uno no se haga por “huir” del otro, sino por que la elección obedezca a la mayor idoneidad del medio para resolver el asunto particular de que se trate.

### 3. *La nueva Ley de Arbitraje de Costa Rica. Sergio Artivia*

En Costa Rica, la nueva ley en vigor a partir de enero de 1998, elimina la vieja tradición histórica de consagrar en los códigos procesales la figura del proceso arbitral. El último Código Procesal de 1990 mantenía el viejo modelo de regulación sin atender las tendencias y las recomendaciones de la doctrina y de organismos internacionales. Es la actual una normativa donde el Estado se aparta de su vocación de administrador exclusivo de la justicia, permitiendo que los ciudadanos institucionalicen y creen un sistema alterno para la resolución de conflictos, como es el arbitraje. Sergio Artivia caracteriza al nuevo arbitraje a través de ocho (no siete, como él afirma) rasgos, a saber:

- a) Eliminación de la intervención del Estado. En el fondo no hay eliminación sino una notable disminución en las intervenciones, que quedan limitadas a cuestiones imprescindibles.

b) Exaltación del arbitraje institucional. Es decir, del arbitraje no desempeñado por individuos, sino por entes o centros.

c) Eliminación de la dualidad cláusula y compromiso. Significa una depuración para resaltar simplemente el concepto de acuerdo arbitral y consagrarlo, en su caso, como excepción procesal previa, que de ser exitosa, excluye al proceso jurisdiccional.

d) Autonomía del acuerdo arbitral. Se traduce en sostener que la probable nulidad del convenio base, no implica necesariamente la nulidad del convenio arbitral y que estos extremos pueden y deben ser conocidos y resueltos por el propio tribunal arbitral.

e) Principio del *kompetenz-kompetenz*. O sea la facultad del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia.

f) La oralidad. Advierte que no basta que la ley postule la oralidad; ésta requiere, para darse efectivamente, de concentración, identidad, inmediatez y celeridad en el desarrollo de las actuaciones y en la pronta obtención del fallo.

g) La flexibilidad y libertad de forma. La nueva Ley no logra plenamente este avance. Deben ampliarse aspectos como el de la libertad para escoger árbitros y decidir sobre el lugar, idioma, sistema probatorio a aplicarse, etcétera.

h) Exaltación de la autocomposición. La nueva Ley debería de llamarse de mediación, conciliación y arbitraje, puesto que exalta e introduce reglas claras en todas estas formas alternas de resolución de conflictos.

#### 4. *Algunos señalamientos en el Uruguay. Enrique Vescovi*

Con su profundo conocimiento y sabiduría, el maestro uruguayo nos ilustra sobre la antigüedad de las soluciones alternativas, pues la justicia comienza siendo arbitral, como en Roma. Citando a Mauro Cappelletti, recuerda las afirmaciones del maestro italiano, en el sentido de que la justicia conciliadora resulta una justicia más pacificadora, “coexistencial”, que oponiéndose a la solución jurisdiccional, en la que el juez simplemente “corta” o elimina el conflicto, y atendiendo las características de los conflictos contemporáneos en una sociedad de masas, conflictos colectivos, etcétera. Requieren de soluciones de consenso y de pacificación, para que al día siguiente del conflicto pueda continuarse la vida en paz, en el seno de la familia, de la fábrica, de las casas colectivas; sobre todo en conflictos que entrañan ahora problemas derivados de la defensa del medio ambiente, del consumo y de los múltiples intereses colectivos supraindividuales, difusos, que requieren de todos estos nuevos mecanismos.

Señala que en el Uruguay la conciliación está prevista como requisito previo al juicio por la propia Constitución y se debe realizar ante el juez de paz. El Código General del Proceso incluye también la conciliación a reali-

zarse por el juez de la causa en la audiencia preliminar. En marzo de 1995, la Suprema Corte de Justicia dictó una resolución para crear tres comisiones; la primera, para que seleccione a los jueces de paz que se destinarán exclusivamente a realizar conciliaciones; la segunda para preparar programas de adiestramiento de estos funcionarios, y la tercera, para promover las reformas legislativas necesarias en esta dirección.

En el resto de su brillante ponencia, el maestro Vescovi hace un análisis de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de Nueva York, de 1958, y de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, de Panamá, de 1975, y de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, de Montevideo, de 1979, así como de los diversos instrumentos que han surgido a la sombra del Mercosur, señalando la importancia de los avances logrados por el Tratado de Asunción, ratificado por Uruguay en 1991 y por los Protocolos de Brasilia y de Ouro Preto, este último, que ha llegado a establecer un proceso arbitral, previa la necesidad de agotar vías de acercamiento.

##### 5. *El arbitraje internacional desde una perspectiva Argentina. Augusto Mario Morello*

Apunta el ilustre profesor argentino que la calificación del arbitraje como internacional ha dependido a veces de diversos criterios, a saber: *a)* la nacionalidad de los árbitros; *b)* la sede donde se desarrollará el procedimiento y dictará y ejecutará la sentencia arbitral, y *c)* las legislaciones aplicables, tanto en el aspecto sustantivo como también en el procesal. Apunta que de los anteriores criterios ha ido perdiendo peso e importancia el relativo a la nacionalidad de los árbitros.

El arbitraje, para Morello, reviste una clara y propia actividad jurisdiccional. Es una clara y beneficiosa modalidad de participación de la gente en la estructura y órganos de la justicia, aunque ello se desarrolle en una órbita ajena a ella, en la esfera privada.

La disputa sobre la naturaleza del arbitraje conduce al autor a la consideración de que tanto la doctrina como la jurisprudencia le reconozcan un carácter jurisdiccional. Lo significativo —y definitorio— es que el árbitro tiene el poder (jurisdiccional) de decidir.

Por lo demás, viene a caracterizar al arbitraje internacional la circunstancia de que en la fase de la ejecución se requiera el procedimiento del exequátur, lo que no será necesario si el arbitraje es nacional. De todas suertes,

sucedería lo mismo, nos permitimos agregar, si se tratara de una sentencia jurisdiccional extranjera que pretendiéramos ejecutar en otro país.

Las ventajas, por lo demás, suelen ser comunes tanto al arbitraje nacional como al internacional: medio voluntario, privado, directo, que se asienta en confidencialidad, rapidez, economía, flexibilización procedimental, elección por las partes de la legislación aplicable al fondo, etcétera.

Se indica que muchos contratos que implican vínculos entre empresas de distintos países contienen cláusulas compromisorias arbitrales o son objeto de un acuerdo arbitral, más aún en el derecho marítimo y en sectores de operación a mediano y largo plazo, como las contempladas en operaciones como las siguientes: cualquier operación comercial de intercambio de bienes y servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (*factoring*) arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultorías, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, bancas, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación de industrial o comercial, transporte de mercancías o pasajeros, entre otros.

Apunta con toda claridad su orientación el profesor Morello, al usar la expresión emancipar a los árbitros de la tutoría judicial. En efecto, concurriendo en esto con diversas opiniones de doctrinarios de distintos países, propone que se reconozca a los árbitros competencia amplia:

1. Para dilucidar ellos, y no los jueces, la arbitrabilidad de las cuestiones sometidas al arbitraje;
2. Para dictar diligencias preliminares y hacerlas efectivas;
3. Igualmente, las de carácter cautelar, anticipatorias y urgentes;
4. Para constreñir (tener imperio) la comparecencia de partes y testigos;
5. Reducir el ámbito de las impugnaciones de los laudos parciales y del definitivo;
6. Facilitar a los árbitros el auxilio judicial en miras al cumplimiento del laudo.

Concluye el maestro argentino que mientras no se reconozca al arbitraje internacional y comercial internacional atributos plenos y cabales de un mecanismo jurisdiccional de estructura y papel equiparado al de los jueces del Estado —y para lo cual su emancipación funcional ha de ser consagrada sin cortapisas— la institución seguirá padeciendo *capitis diminutio*.

Agrega además que las diversas comisiones a las que se encomiende el estudio y el establecimiento de estos mecanismos, se integren por procesalistas en proporción suficiente, para que sus pareceres sean escuchados.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

Las tendencias generales que en el ámbito mundial han venido señalando los derroteros de las formas alternativas de solución de conflictos han tenido y siguen teniendo un profundo impacto de influencia en nuestro país, México. Acudimos a la autoridad de un brillante autor mexicano que recientemente ha publicado su obra sobre el arbitraje en México: Gonzalo Urribari Carpintero.<sup>5</sup> El señalado autor afirma que disiente del suscrito, y pone en mi autoría el pensamiento de que el proceso es insustituible.<sup>6</sup> En realidad, mi afirmación en su momento se limitó a reproducir una idea de Alcalá Zamora y Castillo, quien consideraba al proceso jurisdiccional como la forma más institucional y evolucionada de solución de la conflictiva social. Sigo pensando, con Alcalá Zamora, que el proceso si no es el mejor medio de solución de la conflictiva social, sí es el menos malo, y reiterando un pensamiento de Alcalá Zamora, puede afirmarse que la problemática del proceso jurisdiccional no es de eliminación del mismo, sino de perfeccionamiento. Todo ello no entraña, bajo ninguna circunstancia, que el proceso jurisdiccional tenga el carácter de insustituible, pues lo será en la medida en que las cuestiones debatidas le sean sometidas a otras formas de solución, si el Estado así lo determina, por el carácter disponible de los derechos en juego y, desde luego, por lo que disponga, en cada caso concreto, la propia voluntad de las partes.

En lo tocante a la regulación del arbitraje en México, trataremos de realizar una síntesis de los aspectos más importante señalados por el autor en consulta en el capítulo 3 de su obra. El examen del tratamiento legal de la institución, en el ámbito civil, lo enfoca a la luz de las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1932. Realiza un minucioso estudio del contenido de los diversos artículos de dicho Código, que regulan la materia del arbitraje (artículos 609-636), y al hacer la transcripción y comentario de los diversos artículos, nos va indicando con agregados suyos el contenido o esencia de cada disposición:<sup>7</sup> derecho de las

---

<sup>5</sup> Urribari Carpintero, Gonzalo, *El arbitraje en México*, México, Oxford University Press, 1999.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 65-73.

partes a acudir al juicio arbitral; oportunidad de celebrar el compromiso arbitral; formalidad del compromiso arbitral; capacidad para comprometer en árbitros; negocios no arbitrables; contenido del compromiso arbitral; plazo del juicio arbitral; revocación por el consentimiento unánime de las partes; reglas de procedimiento y apelación; excepciones de litispendencia y de incompetencia; nombramiento del secretario; terminación del compromiso, causas de recusación; suspensión de los términos; firma del laudo; árbitro tercero en discordia; reglas de decisión del árbitro; recusaciones de los árbitros; condena en costas, daños y perjuicios e imposición de multas; ejecución del laudo, de autos y recursos; juez competente; obligación de los jueces ordinarios de auxiliar a los árbitros; apelación y amparo; autoridad del juez sobre los árbitros.

Sin embargo, son de subrayarse las afirmaciones que realiza, al comentar el contenido de las diversas disposiciones del Código de Comercio —legislación federal de aplicación nacional— que viene a reglamentar el arbitraje comercial. No obstante ser el Código de Comercio un cuerpo legal antiguo que data de 1889, nos interesa sobremanera presentar lo más sobresaliente del arbitraje en materia mercantil, por tener la mejor regulación y la más adelantada, debido a que gran parte de contenido se tomó de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional, más conocida por sus siglas en inglés como UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law). En definitiva, el arbitraje contemplado en el Código de Comercio, por el hecho de incluir normas de esta ley modelo, es más moderno que el del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Después de realizar un amplio y detallado estudio de las disposiciones sobre arbitraje contenidas en el señalado Código de Comercio, concluye Urribari Carpintero en los siguientes términos: “podemos determinar que el arbitraje contemplado en esta normatividad está a la altura de las circunstancias y sobre todo de la época en que se desarrollan el comercio internacional —fines del siglo XX— el fenómeno de globalización, los tratados regionales (Unión Europea, Mercosur), etcétera”.<sup>8</sup>

El mismo autor nos presenta un panorama exhaustivo de los demás sectores del campo jurídico en que en México se reglamentan el arbitraje u otras formas alternativas de solución de conflictos, a saber:

1. El arbitraje laboral.
2. La Ley Federal de Protección al Consumidor.

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 79.



3. Las leyes bancarias y financieras.
4. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico.
5. La Nueva Ley Federal del Derecho de Autor.
6. La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.
7. El arbitraje en conflictos azucareros.

No es posible, por la naturaleza de este trabajo y por las limitaciones de tiempo y espacio, entrar a un análisis descriptivo profundo de las ideas del autor en estos rubros, pero remitimos a la consulta y lectura de su brillante y útil trabajo. Nos limitamos a señalar algo que él mismo comparte, en el sentido de que el arbitraje laboral, prácticamente no existe, pues aunque los órganos de decisión de dichos conflictos se denominan de conciliación y arbitraje, en rigor desempeñan una auténtica función jurisdiccional.

Concluimos nuestro trabajo haciendo referencia a los seis objetivos que señala Urribarri Carpintero, y que enfocados a los propósitos de su propio trabajo a nuestro parecer, se convierten en los pilares de una nueva cultura hacia la mayor y más provechosa utilización de los medios alternativos de solución de conflictos, muy especialmente el arbitraje:

Primer objetivo. Exponer [divulgar, diría yo] los diversos medios de solución de controversias para hacer notar que la jurisdicción estatal no es el único medio de composición

Segundo objetivo. Se debe demostrar que la jurisdicción estatal tiene muchas deficiencias que la convierten en una carga para los contribuyentes y un medio que se ha vuelto hasta cierto punto ineficaz

Tercer objetivo. El demostrar que el arbitraje es un mecanismo más ágil y en ocasiones más económico, tanto en tiempo como en dinero.

Cuarto objetivo. Demostrar que el derecho mexicano aún no regula suficientemente esta figura, y que por parte del Estado no existe el ánimo de difundirla ni estimularla.

Quinto objetivo. Demostrar que el arbitraje empleado, sobre todo en materia laboral, es realmente una jurisdicción estatal, y que la nomenclatura impuesta es impropia.

Sexto objetivo. Demostrar que en la legislación civil y mercantil el arbitraje y aun los otros medios de composición mencionados pueden solucionar las controversias de modo más efectivo, pronto y con mayor comodidad para las partes.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 146-153.

Desde luego que comparto con el autor, en gran medida los objetivos que apunta, pero no en aquellos aspectos demasiado radicales y dogmáticos y de una generalización excesiva, como el que hace consistir en que no existe por parte del Estado el ánimo de difundirla ni de estimularla. El evento en que se presenta este trabajo es un rotundo mentís a esta afirmación, pues sí existen por parte del Estado, ahí donde son propicios y procedentes, empeño y propósito por difundir esta cultura de conocimiento y utilización de los medios alternativos de solución de controversias.

PARTE VII  
LOS MEDIOS ALTERNOS  
DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

## MEDIACIÓN, CULTURA Y VALORES: POR QUÉ LA CONCILIACIÓN-MEDIACIÓN “VALORATIVA”

Roberto Omar BERIZONCE\*

En honor a la memoria del insigne maestro, profesor Humberto Briseño Sierra, quien dedicara páginas memorables al estudio de los medios alternativos de solución de disputas.

SUMARIO: I. *Preliminar: los métodos de solución de conflictos como expresión de la cultura comunitaria.* II. *El método de la mediación en la experiencia estadounidense.* III. *El trasplante de la mediación estadounidense y su recepción en Iberoamérica, en particular en la normativa nacional argentina.* IV. *Algunas experiencias que se destacan en la legislación comparada.* V. *Superioridad del sistema de la conciliación-mediación “valorativa” frente al modelo estadounidense.* VI. *La mediación “facilitadora” no se corresponde con el sistema de valores y creencias que prevalece en nuestra sociedad actual.* VII. *Bases para un esquema superador.* VIII. *Algunas conclusiones de cierre.*

### I. PRELIMINAR: 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 específicos elementos que configuran, de modo genérico, el contexto social y cultural y la idiosincrasia de las sociedades en que se aplican,<sup>1</sup> lejos de

---

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

<sup>1</sup> Cappelletti, M., “Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la Europa occidental y oriental)”, *Proceso, ideologías y sociedad*, trad. de S. Sentís Melendo y T. A. Banzhaf, Buenos Aires, Ediar, 1974, pp. 34 y ss., especialmente 83-90.

constituir sistemas aislados producto de expertos, especialistas o burócratas de turno,<sup>2</sup> cabe plantearnos algunos interrogantes fundamentales: el modelo de raíz estadounidense adoptado abiertamente, y casi sin concesiones de “adaptabilidad”, en diversas legislaciones de Iberoamérica, especialmente en Argentina por la Ley 26.589, de 2010, ¿responde a la singularidad de nuestras particularidades culturales?, o, si se prefiere, ¿reflejan (y se reflejan en) los sistemas de creencias, valores y principios más arraigados que prevalecen en la estimativa comunitaria en torno de la justicia? Y lo no menos principal: ¿acaso existen y se muestran rentables otros diversos métodos de solución alternativa de los diferendos, que se experimentan en latitudes diversas y, en todo caso, en sociedades (como algunas de las europeas) que se rigen por valores y principios en esencia similares a los nuestros? Al cabo de todo ello, intentaremos demostrar que la mediación, tal como está regulada la ley nacional argentina vigente, se desentiende del valor justicia, sacrificándolo en aras de una pretendida eficacia, que en realidad enmascara un esquema de resolución de conflictos arcaico, que entroniza soluciones puramente formales “a espaldas de la justicia”. Finalmente, hemos de propiciar la superación del aludido sistema de mediación a partir de su paulatina transformación hacia el método, más acorde con los valores y principios superiores, puede denominarse conciliación-mediación “valorativa”.

## II. EL MÉTODO DE LA MEDIACIÓN EN LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE

Se ha señalado que la aparición de los Alternative Dispute Resolution (ADR) 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. 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 estadouni-

---

Asimismo, sobre la profunda vinculación de las instituciones para la resolución de conflictos con su contexto cultural: Damaska, Mirjam, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, *passim*.

<sup>2</sup> Chase, O., *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, trad. de F. Martín Diz, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, *passim*.

dense: la libertad, el individualismo, el populismo, la igualdad y el liberalismo.<sup>3</sup> Los ADR, en realidad, abarcan allí un abanico de métodos y procedimiento que incluyen la negociación, la mediación, el arbitraje, la evaluación neutral previa, los juicios sumarios con jurado e inacabables 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, su expansión ha sido crecientemente significativa a partir de los años ochenta, 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 “intra-judiciales”. Así, la mediación gestionada discrecionalmente por los jueces y puesta a cargo, generalmente, de abogados que actúan honorariamente sin retribución.<sup>4</sup>

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 estadounidense 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 habría 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 Chase,<sup>5</sup> la verdadera y fundamental causa de semejante cambio de proceder 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. La reacción contra el “hiperlegalismo”, que criticaba el exceso de confianza en la ley para resolver los diversos problemas de la sociedad y le adjudicaba la proliferación de los reclamos judiciales, fue tanto un fenóme-

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 133.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 135-140, donde reseña numerosas estadísticas que avalan sus conclusiones, así como significativos pronunciamientos del Tribunal Supremo y normativas legales que influyeran decisivamente en el desarrollo de los ADR; entre estas últimas la ADR Act de 1998.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 146 y ss.

no político como social; empalmaba con las nuevas tendencias sociales la reivindicación de los derechos civiles y la igualdad de género, la disponibilidad del derecho de asistencia jurídica gratuita, en paralelo con el activismo judicial bajo la Corte Warren. La Conferencia Burguer, sobre las causas de insatisfacción popular con la administración de justicia, de 1976, avaló la crítica al “hiperlegalismo” y colocó en el epicentro de la búsqueda de las soluciones, no la expansión irreflexiva y contraproducente de los ADR —que tan sólo se los consideraba aptos para la solución de determinados conflictos, como los de escasa cuantía, los familiares, los derivados de daños por negligencias hospitalarias o médicas y ciertas “nuevas vías” para compensar lesiones por accidentes—, sino antes bien, el debate sobre una profunda revisión de todo el sistema de enjuiciamiento. Las nuevas ideas giraban en torno de ciertos remedios orgánicos, como el incremento de los poderes discrecionales de los jueces en las diligencias y procedimientos preliminares y, en general, en una más apropiada gestión de las causas.

B. La “contracultura” refiere al movimiento político-social de los años sesenta que se originara en Francia y se extendiera influyendo largamente, también a los Estados Unidos. Sus partidarios se manifestaban naturalmente hostiles al sistema judicial y propiciaban la “justicia comunitaria” como panacea, ensalzando la mediación para fomentar la participación directa y un impulso positivo en las relaciones interpersonales, con exclusión de los abogados.

C. 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.

D. Por último, 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 “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 su objetivo es el logro de un resultado que no depende de la “justicia” ni del “sueño” de la certeza absoluta.

E. En definitiva, se concluye, la entronización y el auge de los ADR en los Estados Unidos fue producto de peticiones institucionales, maniobras políticas y el movimiento cultural de la época, que han sido fuertemente cuestionadas desde su aparición.<sup>6</sup>

### III. EL TRASPLANTE DE LA MEDIACIÓN ESTADOUNIDENSE Y SU RECEPCIÓN EN IBEROAMÉRICA, EN PARTICULAR EN LA NORMATIVA NACIONAL ARGENTINA

A. Es bien conocida la génesis del desembarco de la mediación inserta en un amplio y ambicioso “paquete” de reformas con pretensiones de erigirse en verdaderas políticas públicas<sup>7</sup> 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 noventa 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 judicial la transformación se lograría, más que modificando 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 tales técnicas, sería el camino para las ansiadas soluciones.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 155, 182-184.

<sup>7</sup> Vargas Viancos, J. E., “Eficiencia en la justicia”, *Sistemas Judiciales*, Santiago de Chile, CEJA, S. de Chile, núm. 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. 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 Berzonce, Roberto O., “El costo del proceso (como sacrificio para el erario y como impedimento para el acceso a la justicia)”, *Derecho procesal civil actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot-LEP, 1999, pp. 231 y ss.

<sup>8</sup> 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”, *cit.*, pp. 76-78.



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 decimonómica 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 asiduamente.<sup>9</sup> 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 servicio.<sup>10</sup>

B. En el balance, por cierto negativo, de esas políticas de cuño ultraliberal, ha de rescatarse, sin embargo —como bien lo ha destacado Vargas Viancos—,<sup>11</sup> 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, generando 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.

C. En ese marco se propiciaba el impulso a la mediación como punta de lanza para la instalación de una cultura alternativa, en contraposición al tradicional método de composición judicial.<sup>12</sup> Poco importa, bajo tan sesgada mirada, que el éxito de las soluciones alternativas venga a ser directa-

---

<sup>9</sup> Vargas Vianco, J. A., “Eficiencia en la justicia”, *cit.*, pp. 80 y 81. Sobre el fin público de la jurisdicción por todos: Couture, E. J., *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, 1945, p. 92.

<sup>10</sup> 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 los 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”, *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”, *Jurisprudencia Argentina*, fasc. 11, 2011-III, pp. 3 y ss.

<sup>11</sup> “Eficiencia en la justicia”, *cit.*, pp. 90 y 91.

<sup>12</sup> Taruffo, M., “Una alternativa a las alternativas...”, *Páginas sobre justicia civil*, trad. de M. Aramburo Calle, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 114 y 115.

mente proporcional a la ineficiencia de la justicia estatal.<sup>13</sup> En todo caso, ni siquiera valdría la pena el esfuerzo por mejorarla si, de todos modos, el atajo de la mediación llegara a funcionar, aunque suponga la “fuga del proceso”, y aun, del derecho y la justicia.<sup>14</sup>

D. Tampoco ha sido un dato menor que el viraje hacia la mediación supuso, en nuestras latitudes, abandonar las experiencias vernáculas que enraizaban en los viejos odres de la justicia de paz lega de las fuentes revolucionarias francesas de 1789. En su desenvolvimiento, tales experiencias habían terminado por enlazarse con otras diversas corrientes renovadoras, que, en un estadio superador, brindan ahora sustento a la denominada *justicia vecinal o de pequeñas causas*, que cobija diversas formas solutorias alternativas dentro del propio proceso de configuración típicamente jurisdiccional,<sup>15</sup> siguiendo el difundido modelo oriundo de la legislación brasileña.<sup>16</sup> Si en la justicia de paz tradicional la búsqueda de las soluciones concertadas pasaba por la misión del juez de propiciar la conciliación, el modo informal del trámite y la decisión de fondo “a verdad sabida y buena fe guardada”, la encomienda a un juez barrial de las pequeñas causas no es sustancialmente diferente. En uno u otro sistema, el objetivo principal no es la heterocomposición del litigio (*trancher*), sino la solución amigable: la “justicia conciliatoria”. Empero —y aquí radica la fundamental diferencia con el esquema de la mediación— aquellas vías conciliatorias no pueden sustentar una respuesta jurisdiccional “de segunda”, *light*, desentendida de la justa y equitativa composición del diferendo. El gran “pecado por omisión” ha sido, pues, prescindir de las experiencias vernáculas de la justicia de paz tradicional lega y, sobre todo, acoger poco menos que indeliberadamente el modelo es-

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 115 y 116.

<sup>14</sup> Biavati, P., “Tendencias recientes de la justicia civil en Europa”, *Revista de Derechos Procesal*, Buenos Aires, 2008-I, pp. 533 y 534.

<sup>15</sup> Morello, A. M., “El arreglo de las disputas sin llegar a una sentencia final (el Tribunal de Pequeñas Causas de Brasil)”, *Jurisprudencia Argentina*, 1985-III, pp. 743 y ss.; *id.*, *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, LEP-Abeledo-Perrot, vol. 1, pp. 527, 547, 554 y ss.; Martínez, O. J., “El acceso a la justicia. Protección privilegiada de los derechos y procesos de menor cuantía”, *El Derecho*, Buenos Aires, vol. 113, p. 903; Oteiza, E., “Los tribunales de menor cuantía”, *Rev. Urug. Der. Proc.*, Montevideo, 1987-I, p. 39; *id.*, “La justicia de menor cuantía como propuesta de modificación de la justicia de paz en la prov. de Bs. As.”, *Jurisprudencia Argentina*, 1987-I, p. 806.

<sup>16</sup> Para el análisis de la legislación brasileña: Watanabe, K. (coord.), *Juizado especial de pequenas causas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985; Dinamarco, C. R., *Manual das pequenas causas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986; Pellegrini Grinover, A., *Novas tendências do direito processual*, São Paulo, F.U., 1990, p. 175; Marinoni, L. G. y Arenhart, S. C., *Manual do processo de conhecimento*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pp. 649 y ss.; Arruda Alvim, E., *Direito processual civil*, 2a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 573 y ss.

tadounidense de la mediación, soslayando la versión actualizada de aquella que trasunta la denominada justicia vecinal, barrial o de pequeñas causas.<sup>17</sup>

#### IV. ALGUNAS EXPERIENCIAS QUE SE DESTACAN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

A. De entre la amplísima gama de modelos que se exhiben a partir del análisis comparativo de las legislaciones en vigor, parecemos conducente a los fines de este estudio detenernos en el reciente ordenamiento italiano consagrado por el decreto legislativo núm. 28, del 4 de marzo de 2010, en implementación de la directiva de la Unión Europea del 21 de mayo de 2008, que impulsa el desarrollo de los ADR (artículo 8). Se introduce en la legislación peninsular la denominada *mediación estructurada*<sup>18</sup> o *institucional*, integrada por una red de organismos específicamente destinados a actuar la mediación —consejos de las órdenes forenses, de otros colegios profesionales y de las cámaras de comercio—, previéndose un registro de esos organismos y una específica política de sostén a la formación de los mediadores. La mediación estructurada puede ser *facultativa*, cuando las partes deciden libremente recurrir a ella (artículo 2); u *obligatoria*, como condición de procedibilidad de una eventual demanda, en supuestos de conflictos que versen sobre condominio, derechos reales, división de bienes, sucesiones, pactos de familia, locaciones, comodato, arrendamientos de haciendas, resarcimiento de daños derivados de la circulación de vehículos y embarcaciones, de responsabilidad médica y difamaciones por medio de la prensa, contratos de seguro bancarios y financieros (artículo 5, inciso 1). Además, puede ser dispuesta por el juez, toda vez que durante el desarrollo del proceso lo considere de utilidad (artículo 5, inciso 2). El mediador opera sin sujeción a formas determinadas, como mejor lo considere para favorecer el acuerdo entre las partes, bajo reserva de estricta confidencialidad. Si alguna de éstas no participa en la mediación, el juez puede inferir de ello, en el ulterior proceso, argumentos de prueba (artículo 8). El procedimiento de mediación se abre con la petición que se presente ante algunos de los organismos habilitados, sin sujeción a competencia territorial, y debe referir de modo claro al contenido de la eventual demanda judicial —partes, objeto y causa de la pretensión—, pero sin vínculos limitativos. El material

<sup>17</sup> Morello, A. M., *op. cit.*

<sup>18</sup> Biavati, P., *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, Bologna Univ. Press., 2011, pp. 809 y ss. Con relación al régimen anterior en confrontación con las garantías constitucionales, Comoglio, L. P., “Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionale”, *Rev. Dir. Proc.*, 2000, pp. 318 y ss.

adquirido durante el trámite, de todos modos, no puede ser utilizado en el ulterior actuación judicial (artículos 9 y 10). El mediador puede, aunque no está obligado, formular una propuesta de conciliación cuando el acuerdo no se ha logrado (artículo 11); propuesta que, si no fuera aceptada, puede generar consecuencias sobre la imposición de las costas en el ulterior proceso (artículo 13). El acuerdo conciliatorio que consta en acta debe ser homologado por el presidente del tribunal del lugar donde tiene sede el organismo interviniente, y constituyente título ejecutivo. Lo que resulta esencial: el régimen que se estatuye pone el acento en la comprobación fáctica de los derechos que invocan las partes, admite la presentación de documentos (artículo 3, inciso 3; artículo 17, inciso 2) y otras pruebas, especialmente periciales, incluyendo las comprobaciones especializadas. Contempla, asimismo, el nombramiento de mediadores auxiliares (artículo 8, inciso 4). La homologación judicial no se agota en la mera verificación de la regularidad formal del procedimiento, sino que requiere igualmente constatar si el acuerdo arribado no es contrario al orden público o a normas imperativas (artículo 12). En suma, se estructura un sistema que se aleja de modo palmario de la simple mediación “facilitadora”.<sup>19</sup>

No es tiempo todavía de formular balances ni juicios definitivos sobre la intervención legislativa, que viene generando vivas disputas doctrinarias.<sup>20</sup>

B. También ciertamente en las antípodas del sistema estadounidense, 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 amigable.<sup>21</sup> La expectativa alimentada por la abogacía y otras profesiones liberales deseosas de la expansión en los mercados de mediación y arbitraje, en ese escenario no cuajó sino en forma limitada. En contrapartida, son los propios tribunales los que extinguen por transacción entre el 20 y el 30% de los litigios. Ya desde los años setenta se había insta-

---

<sup>19</sup> Vigoriti, V., “Giustizia e futuro: conciliazione e class action”, *RePro*, São Paulo, 2010, núm. 181, 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...”, *Civil Procedure Review*, vol. 2, núm. 2, pp. 93 y ss., 2011, disponible en [www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com).

<sup>20</sup> Vigoriti V., *op. cit.*, pp. 300 y 301; Biavati, P., *Argomenti...*, *cit.*, p. 816; Chiarloni, S., “I meccanismi conciliativi”, *RePro*, São Paulo, diciembre 2012, núm. 214, pp. 251 y ss.

<sup>21</sup> Stürner, R., “Sobre as reformas recentes no direito alemão...”, *RePro*, São Paulo, núm. 193, 2011, p. 355 y ss.

lado una cultura judicial de la transacción, fuertemente auspiciada por el legislador. Se trata de una *rights based mediation*, que funciona bajo las reglas del proceso clásico, como una forma de composición por intermediación del juez que encaja sin incoherencias en el curso del proceso. El procedimiento conciliatorio está regulado en el § 278 del Código Procesal Civil. La transacción engloba de forma completa la situación jurídica y las chances procesales de los contendientes, y a ella se arriba a través del diálogo entre el juez y las partes, en reuniones separadas. No se presenta el conflicto entre los papeles del juez y del conciliador, en tanto en la cultura germánica el proceso es un todo; incluso, en dicha fase de la transacción se estructura en forma abierta, dialógica y de hecho, el juez actúa “con libre convicción” y de modo transparente. Por lo demás, el apartado 5 del § 278 prevé que el tribunal puede delegar la dirección de la etapa conciliatoria a un juez *ad hoc* encargado para ello, que sea miembro del colegiado. En la audiencia de conciliación puede interrogar libremente a las partes a los fines del esclarecimiento de la cuestión litigiosa; igualmente, si las partes no presentan una propuesta de transacción por escrito, el propio tribunal puede hacerlo (§ 278, apartado 6). El acuerdo homologado constituye título ejecutivo (§ 794, apartado 1).<sup>22</sup>

La satisfacción con el sistema parece ser grande, porque las partes raramente recurren a la mediación privada; 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 divorcio.<sup>23</sup>

C. 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 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

---

<sup>22</sup> Stürner, R., *op. cit.*, 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”, *RePro*, São Paulo, núm. 197, 2011, pp. 235 y ss.

<sup>23</sup> Stürner, R., *op. 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. Kern, C. A., “Percepção, performance e política: recentes formas de abordagem da comparação qualitativa dos sistemas de justiça civil”, *RePro*, São Paulo, núm. 198, agosto de 2011, pp. 321 y ss.

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, pudiendo además derivar el asunto a alguno de los medios alternativos específicos (ADR), incluyendo 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 se ha sostenido— resulta fundamental comprender que la conciliación no ha de tener lugar “a la sombra del derecho”,<sup>24</sup> que es tanto como decir que su resultado no puede ser injusto a la vista del derecho.

D. Hay todavía otras experiencias que muestra la legislación comparativa, y que son útiles a los propósitos de esta indagación. Nos referimos a aquellas otras modalidades superadoras que radican las soluciones auto-compositivas en la etapa preliminar del proceso. Es conocida la tendencia a acentuar la importancia de la instrucción preliminar de las causas, articulando procedimientos que anteceden al desemboque en la acción judicial, y que, precisamente, tienden a eliminar el conflicto en esa instancia temprana.<sup>25</sup>

Así, en el derecho alemán, la reforma de 1991 al Código Procesal Civil introdujo un nuevo texto al § 485, en cuya virtud puede solicitarse prueba pericial anticipada 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 ésta; el costo de la reparación del daño. El interés jurídico se tiene por existente cuando el dictamen puede ayudar a evitar un proceso.<sup>26</sup>

Al mismo objetivo apunta la reforma italiana del decreto-ley de 2005, al ampliar las formas de obtención preventiva de las pruebas, introduciendo la *consulenza técnica* anterior al proceso, con función conciliatoria. Según el artículo 696 bis del Código Procesal Civil, las partes, antes de comenzar una causa, pueden solicitar que el juez designe un experto para que presen-

---

<sup>24</sup> Andrews, N., “Controversie colettive, transazione e conciliazione in Inghilterra”, *Re-Pro*, São Paulo, núm. 169, 2009, pp. 81 y ss.

<sup>25</sup> Biavati, P., “Tendencias recientes de la justicia civil en Europa”, *cit.*, p. 525; Villa, P. S., “La etapa preliminar al proceso civil...”, *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal... Ponencias generales...*, Buenos Aires, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires-AADP, 2009, pp. 390 y ss.

<sup>26</sup> Leible, S., *Proceso civil alemán*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, K. Adenauer S., 1999, pp. 269 y ss.

te 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*.<sup>27</sup> Se persigue allegar una valoración técnica objetiva que permita a las partes embarcarse en una negociación fructífera, tan pronto como queda identificado el conflicto, desempeñando una función reductiva con relación al sistema de justicia, dirigida a evitar el pleito;<sup>28</sup> además del efecto eventual de la formación de prueba temprana para el futuro proceso.<sup>29</sup>

Tales experiencias demuestran que el legislador no se contenta con fomentar fórmulas compositivas dejándolas libradas al juego de los puros intereses de las partes bajo la guía de gestores neutrales, como en el modelo californiano 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, aun 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. Lejos, nuevamente, de una insuficiente y menoscabante mediación “facilitadora” de un resultado, cualquiera que fuere, aun en el más inequitativo o irrazonable.

## V. SUPERIORIDAD DEL SISTEMA DE LA CONCILIACIÓN-MEDIACIÓN “VALORATIVA” FRENTE AL MODELO ESTADOUNIDENSE

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 y cuyo balance se propugna, induciendo 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 misma,<sup>30</sup> desentenderse de la justa y equitativa composición del conflicto. En buen

<sup>27</sup> Biavati, P., “Tendencias recientes...”, *cit.*, pp. 526 y 527.

<sup>28</sup> Maggi, F. y Carletti, F., “I provvedimenti di istruzione preventiva”, en Tarzia, G. y Saletti, A. (coords.), *Il processo cautelare*, 3a. ed., Roma, Cedam, 2008, pp. 159 y ss.

<sup>29</sup> Biavati, P., “Tutela cautelare, anticipatoria y sumaria en la reforma italiana”, *RDP*, Buenos Aires, 2009-2, pp. 507 y ss.

<sup>30</sup> Biavati, P., *Tendencias recientes de la justicia civil en Europa...*, *cit.*, pp. 534; Vigoriti, V., *op. cit.*, pp. 300 y 301.



romance, tanto como contentarse con una justicia “de segunda”, un pobre sustituto de la resolución judicial y, más aún, una retirada de la jurisdicción.<sup>31</sup>

En contraposición, los fines públicos del proceso judicial y, consecuentemente, la misión de los jueces —como afirma Fiss—<sup>32</sup> es hacer justicia, dando fuerza y haciendo realidad los valores contenidos en la Constitución y la ley. En la conciliación, en cambio, aunque los contendientes crean indebidamente que el acuerdo satisface sus expectativas, bien podrían haber arribado al mismo sin que con ello se hubiera 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, asumiéndose que sus términos son simplemente el producto de las predicciones de las partes acerca de ese resultado. Sin embargo —señala acertadamente Fiss—,<sup>33</sup> la aludida conciliación de los intereses está 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, por la menor capacidad para obtener y analizar la información necesaria sea por la urgencia que pueda traer consigo su reclamo, ya por la imposibilidad de costear un proceso judicial. Y si bien la desigualdad de las partes también puede distorsionar el propio proceso judicial, en éste queda siempre la posibilidad de que la intervención del juez contribuya a disminuir, utilizando las diversas técnicas procesales, el impacto 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 estatal.<sup>34</sup>

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. No sólo porque por definición el acuerdo entre las partes implica siempre una renuncia de derechos —el derecho debe “permanecer tras la puerta—”, sino además desde que el método no está en capacidad para eliminar, o al menos reducir, las consecuencias de la desigualdad que de común traen entre sí los contendientes.

---

<sup>31</sup> Fiss, O., “Contra la conciliación”, *El derecho como razón pública*, trad. de E. Restrepo Saldarriaga, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2007, p. 144.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 140-142.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 131-133.

<sup>34</sup> Gilles, P., “Civil Justice Systems and Civil Procedures in Conversion...”, *RePro*, São Paulo, núm. 173, 2009, pp. 334 y 335.



El principio de la “neutralidad” de los mediadores, esencial en el objetivo de que las partes y nada más ellas alcancen, en cualquier caso y sea como fuera, 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 acuerdo.<sup>35</sup> 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.

#### VI. LA MEDIACIÓN “FACILITADORA” NO SE CORRESPONDE 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 cuales se representan—. Y 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 legal.<sup>36</sup>

B. Concretamente, en relación con 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, de pujar para permear y transformar esa cultura sustituyéndola 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?

En otros términos: las ventajas sustantivas que se atribuyen a la mediación, caracterizada por la articulación de procedimientos menos jerárquicos, lineales y contradictorios, más informales y acelerados, que permiten a las propias partes resolver sus conflictos participativamente, bajo la sola “asistencia” del mediador, ¿justifican el sacrificio de los valores de justicia e igualdad, propios del sistema judicial, de los que aquélla se desentiende? O,

<sup>35</sup> Taruffo, M., “Una alternativa a las alternativas...”, *cit.*, pp. 116-118.

<sup>36</sup> Chase, O., *op. cit.*, pp. 33, 73 y 185.

más simplemente, en términos que plantea Chase: la idea que transmite la mediación respecto a la adecuada ordenación de la sociedad en su conjunto, ¿es aceptable?<sup>37</sup>

C. Claro que así planteados tales interrogantes no pueden recibir respuestas únicas ni certeras; sería un vano intento, descalificable por su vacua ingenuidad, pretender asumir el reto a falta, como es notorio, de suficiente información objetiva derivada de trabajos empíricos para aventurar juicios de valor sobre tan conflictivos aspectos. Sólo podemos transmitir ciertas aproximaciones sin otra pretensión que señalar algunos rasgos típicos característicos de nuestros actuales sistemas de enjuiciamiento civil bajo el prisma constitucional y convencional, que constituyen los arbotantes que refleja la cultura dentro de la cual se desarrolla.

En Iberoamérica, principalmente a partir de las reformas constitucionales operadas en la mayoría de los países a partir de los años ochenta, se ha ingresado en la “fase madura” del fenómeno de la “constitucionalización de las garantías” o, si se prefiere, la “procesalización del derecho constitucional”. La administración de la justicia civil, desde la recepción de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) se sustenta en un “núcleo duro” o “esencial” de principios que la gobiernan, y que resultan atingentes a la *condición del juez*, como imparcial e independiente; a las *partes*, a quienes se les ha de asegurar el acceso irrestricto a la jurisdicción y el derecho de defensa; y al *procedimiento*, el debido proceso que ha de ser simple, claro y rápido, para ser oído “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”, lo que conlleva el dictado de un pronunciamiento debidamente fundado y justo. Se trata de las “garantías judiciales” que se derivan del artículo 8o. de la CADH, y que se integran con el derecho a un recurso sencillo y rápido que brinde amparo contra actos que violen los derechos fundamentales (artículo 25 de la CADH). De ello se deriva el reconocimiento como garantía fundamental del *derecho a la tutela judicial efectiva*, la “eficaz prestación de los servicios de justicia”, a que alude el artículo 114, tercer párrafo, inciso 6 *in fine*, de la Constitución Nacional Argentina reformada en 1994.

D. Sentada la recíproca y profunda conexión entre cultura y medios de solución de conflictos,<sup>38</sup> 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,

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 188.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 20 y 21.

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, 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 aún 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 quizá 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 —para la comunidad—, es justa y lícita y qué cosa no lo es. Se trata de un rol esencial al que no se puede renunciar.<sup>39</sup>

E. La cultura “adversarial”, ha de admitirse, puede y debe convivir con aquella complementaria de la cooperación pacificadora. Una y otra integran el sistema 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: comienza a emerger, paulatinamente y no sin sobresaltos, la nueva cultura de la disuasión y la búsqueda de las soluciones amistosas. Y ello es altamente positivo.

No obstante, no podría afirmarse que igual consenso social se hubiera generado en torno de 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 en el Pacto de San José que la integra, válidos y exigibles *en lo sustantivo para todas las formas de solución*

---

<sup>39</sup> Biavati, P., *Argomenti di diritto processuale civile, cit.*, pp. 816 y 817. En sentido similar, Guzmán, N. L., “Análisis crítico de la implementación de los métodos alternativos de solución de conflictos...”, *RDP*, Buenos Aires, 2010-2, pp. 17 y ss., especialmente 24-29. Asimismo, Comoglio, L. P., *op. cit.*, p. 371.

*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 que fueran, que lo comprometan en esquemas reductores que no puedan asegurarle soluciones justas y equitativas. La justicia, enriquecida desde la equidad, resulta irrenunciable, indisponible de cara a los valores prevalentes en la sociedad, porque el sistema se deslegitima cuando se apodera de esquemas que se contentan con brindar al ciudadano una deleznable justicia “de segunda”. Aunque sirviera, lo cual resulta altamente dudoso, para promover una sociedad más participativa e interrelacionada, ventaja que, en todo caso, cabe adjudicar a la regulación de las acciones colectivas y la legitimación extraordinaria. Por último, y decisivo: 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, con relación a los casos concretos, acerca de qué conducta o situación es justa y legítima, y cuál no lo es; dar significado a los valores públicos.<sup>40</sup> Que 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 sociales.<sup>41</sup> 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.

## VII. BASES PARA UN ESQUEMA SUPERADOR

De lo que se trata entonces es de articular formas de mediación superadoras del modelo ortodoxo puramente “facilitador”, insuficiente para asegurar soluciones satisfactorias, equitativas de los derechos en conflicto; tributario

<sup>40</sup> Fiss, O., *op. cit.*, p. 49.

<sup>41</sup> Chase, O., *op. cit.*, pp. 173-182 y 184.

de un procedimiento carente de transparencia y de garantías. Un nuevo modelo aceptable que permita alcanzar ese incanjeable objetivo presupone básicamente que:

1. el sujeto que desempeña la misión que, por su alcance y finalidades, podría denominarse *conciliador-mediador*, asume funciones cercanas a las del juez en la conciliación judicial; es experto en derecho y, al mismo tiempo, aplica técnicas propias de la mediación y la negociación. Actuará, cuando fuera necesario, asistido por profesionales de otras disciplinas.<sup>42</sup> Naturalmente, se requiere una adecuada preparación profesional, que incluya competencias jurídicas y, además, conocimientos específicos de técnicas de mediación.
2. El procedimiento de conciliación-mediación debe ser público, en el sentido de visible y transparente, asegurando condiciones procedimentales mínimas a que habrá de ajustarse el conciliador-mediador; *v. gr.*, la posibilidad de las partes de presentar sus peticiones y pruebas, la igualdad sustancial en el trato procesal sin perjuicio de la informalidad del procedimiento.<sup>43</sup> Tanto como la potestad de levantar una instrucción sumaria siquiera superficial sobre los hechos de base. En el acta final debe dejarse constancia sucinta de las posturas de las partes, especialmente cuando el intento de solución autocompuesta hubiera fracasado; se trata de atestaciones esenciales para evaluar el comportamiento y la buena fe que se requiere de las partes.
3. En su caso, se impondrán las costas en el ulterior proceso judicial cuando la sentencia, aun siendo favorable, acordara a quien resultó responsable de la frustración del intento el mismo importe, o uno inferior, al ofrecido por la contraria en la negociación.<sup>44</sup>

Por lo demás, ha de priorizarse la inserción de la conciliación-mediación en la etapa preliminar del proceso, articulándola con los mecanismos de instrucción temprana de la litis, de modo de posibilitar a los contendien-

---

<sup>42</sup> Así funciona el modelo instaurado por la Ley 11.453 y modificada de la Provincia de Buenos Aires, que regula la actuación de los consejeros de familia en la etapa previa de los procesos familiares (Berizonce, R. O., Bermejo, S. P. y Amendolara, Z., *Tribunales y proceso de familia*, La Plata, LEP, 2001, pp. 22 y ss., 109 y ss., 135 y ss.).

<sup>43</sup> Taruffo, M., "Consideraciones dispersas...", *Páginas sobre justicia civil, cit.*, p. 149.

<sup>44</sup> En el derecho portugués, el decreto-ley 34/2008, modificatorio del artículo 447 del CPC, establece que el actor que pudiendo recurrir a medios alternativos opte por el proceso 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?", *RePro*, São Paulo, núm. 161, 2008, p. 208.

tes arribar a las soluciones compartidas con conocimiento de causa,<sup>45</sup> bajo la gestión del juez.

Vale tener en cuenta, por último, el novedoso régimen que ha establecido la Ley 13.951 de la Provincia de Buenos Aires (2009), en el que despuntan algunas de las premisas a que venimos aludiendo. Se trata de una suerte de conciliación-mediación “valorativa”, sustentada principalmente en la exigencia del “consentimiento informado” de las partes como condición de validez de la autocomposición (artículo 1) y la intervención activa del juez en la homologación del acuerdo arribado ante el mediador (artículos 19, 20 y 21). El juez puede, mediante resolución fundada, homologarlo o rechazarlo (artículo 20); sólo procede la homologación “cuando entienda que el mismo (acuerdo) representa una *justa composición* de los intereses de las partes” (artículo 19). Será menester seguir atentamente la experiencia práctica del régimen de la Ley bonaerense de 2009, que ha suscitado grandes expectativas y no pocas inquietudes críticas.<sup>46</sup> Sea como fuere, hemos de convenir que se trata de un sistema innovador que implica un notorio avance con relación al régimen del ordenamiento nacional argentino.

## VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES DE CIERRE

A. La profunda y recíproca interrelación entre los métodos de resolución de conflictos y los valores, creencias y principios que caracterizan genéricamente la cultura de los pueblos impone examinar la congruencia entre aquellos valores fundantes y los medios “alternativos” a la justicia oficial.

B. Bajo ese principio, al hurgar en los principios y valores que sustentan la Constitución “juridizada” y las convenciones, en particular en la CADH, emergen ciertos principios que integran el denominado “núcleo duro” de las garantías judiciales —juez natural, debido proceso, efectividad de la tutela, efectivo acceso de los ciudadanos—, que deben impregnar al íntegro sistema de justicia. A su vez, los medios alternativos, como esquemas adheridos al sistema jurisdiccional, constituyen opciones útiles a disposición de los interesados, quienes, en ejercicio de sus libertades, pueden discrecionalmente valerse de ellos.

---

<sup>45</sup> Sobre los estímulos y predisponentes para favorecer la voluntad conciliatoria de las partes: Peyrano J. W., “Anotaciones sobre la gestión conciliatoria”, *RDP*, 2010-2, pp. 97 y ss., especialmente 103-106.

<sup>46</sup> Sosa, Toribio Enrique, “Especulaciones sobre la ley de mediación civil en la Provincia de Buenos Aires”, *RDP*, 2010-2, pp. 261 y ss.

C. Claro que el legislador común viene condicionado, en la articulación de tales vías alternativas, por aquellos principios y valores fundamentales. De ahí que, al regular la mediación, no puede legítimamente adoptar esquemas que por encima y “de espaldas a la justicia” se conformen con la sola e insuficiente finalidad de asistir neutralmente a las partes en la creencia ingenua de que ellas, por sí solas, puedan resolver el conflicto. En la mediación de puros intereses, la razón, la culpa y el error se disuelven, y más allá de que existen situaciones en que, por excepción, la utilidad se muestra palmaria (cuestiones familiares, de vecindad, menor cuantía o relaciones de coexistencialidad en general), la persecución de semejantes objetivos no justifica el magro resultado de no justicia a que conduce. Principalmente porque, imaginado desde un esquema ideológico neoliberal, desdeña la desigualdad natural de los contendientes y, de hecho, potencia la injusticia del producto resultante. Aunque se resuelva la puja de intereses, no se garantiza el logro de la paz social.

D. La cada vez más creciente crisis y paralela necesidad de legalidad por la que se agita el inconsciente colectivo ha de corresponderse no sólo con el acentuamiento de la fuerza de ley, sino también y de modo especial a través de su aplicación en concreto. Sin mengua del proceso jurisdiccional como escenario natural donde el juez expresa la misión esencial de decir el derecho y, sobre todo, la de interpretar y aplicar los valores básicos en que se soporta el “contrato social”, la mediación sólo se valida en tanto está diseñada para satisfacer aquellos valores que expresan el “núcleo duro” antes referido, como que viene a insertarse dentro del propio e íntegro sistema de solución de conflictos. Desde ese hontanar, resulta claro que únicamente la denominada *conciliación-mediación valorativa* puede superar la criba de los valores y creencias que asientan en la raíz de nuestra cultura.

## RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LOS CONFLICTOS PENALES

Rita Aurora MILL

SUMARIO: I. *Introito*. II. *Una reflexión previa*. III. *La reforma constitucional mexicana de 2008*. IV. *Los medios alternos de resolución de conflictos y su acogida en la reforma constitucional de 2008*. V. *Las salidas alternas previstas*. VI. *La normativa mexicana*. VII. *La normativa argentina*. VIII. *Conclusiones*.

### I. INTROITO

Cuando Carina Gómez Fröde<sup>1</sup> me invitó a participar de este libro, lo primero que pensé fue cuál podría ser el tema a desarrollar. Supuse que tendría que tratarse de alguno vinculado a la vasta obra del doctor Humberto Briseño Sierra.

A poco pensar vino a mi mente una lejana conversación que mantuviera con él en Asunción del Paraguay. No lo había tratado mucho personalmente, y me invitó a desayunar en una pequeña mesa del hotel adonde nos alojamos quienes participábamos de un Congreso del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Enseguida me hizo una serie de preguntas dirigidas a saber qué opinaba respecto de algunos temas procesales. Luego sus interrogantes se direccionaron al tema del arbitraje. Pronto me preguntó cómo veía la posibilidad de provocar el acercamiento de las partes tendentes a lograr una solución de sus diferencias fuera de los estrados judiciales. Le expresé que lo creía factible, y que podría tener muy buenos resultados en el ámbito de los conflictos civiles, en especial de familia, comerciales y laborales, pero que no lo creía posible en el área penal. Me preguntó por qué, y le expresé mis razones. Me escuchó atentamente, sin hacer mayores comentarios, pero me sugirió pensarlo. Claro, era la sugerencia de un visionario, de alguien diferente, y es por ello que estamos convocados hoy a recordarlo. No es casual la convocatoria.

---

<sup>1</sup> Agradezco a la muy querida amiga el haber hecho posible mi participación en este tan merecido homenaje al destacado profesor mexicano don Humberto Briseño Sierra.



Han pasado muchos años desde aquella conversación con el maestro. Cómo ha cambiado mi parecer, y creo que el de muchos, respecto de esta temática. Aquella invitación a la reflexión no fue vana, a qué punto, que el trabajo que sigue está basado en una tarea de investigación que realizara en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM sobre la resolución alternativa de los conflictos penales.

Hace exactamente cincuenta años el profesor Briseño Sierra publicaba su obra *El arbitraje en el derecho privado. Situación internacional*.<sup>2</sup> En la “Introducción”, se lee:

Así como del proceso judicial se predica la unidad conceptual, por más que las decisiones recaigan sobre las más diversas cuestiones, civiles o penales, administrativas o constitucionales, castrenses o canónicas, laborales o agrarias, también el arbitraje es institución única, aunque a veces se refiera a contiendas internacionales o transnacionales y en otras ocasiones se trate de diferencias civiles o mercantiles reguladas por el derecho interno.

Se adentra luego en la evolución histórica del arbitraje desde antes de la llegada de Cristo. De su lectura se van extrayendo conclusiones trascendentes: el uso del arbitraje, con la intermediación de terceros ajenos, permitió resolver conflictos de la más diversa naturaleza, entre particulares o entre Estados, pequeños o magníficos. En los distintos momentos de la humanidad, recurriendo a la mediación de sujetos diferentes, hasta del papa —cuando el predominio de la Iglesia católica se hiciera sentir en extremo—, las personas y las naciones intentaron dirimir sus diferencias lejos de los tribunales.

La importancia de esta ligera revisión histórica es por cierto mucha, porque deja advertir que la intervención de terceros aceptados por las partes ha permitido incluso evitar guerras entre hermanos y entre naciones. Si esto fue así, ¿por qué no habríamos de imaginar la posibilidad de que dos personas involucradas en un conflicto encuentren en el accionar de un tercero una salida posible, que los aleje de los tribunales, satisfaciendo sus respectivos intereses de manera más expedita y hasta quizá más equitativa?

## II. UNA REFLEXIÓN PREVIA

Puesta a pensar en la genial utopía del hombre desde que es pequeño, cual es ser tratado con justicia por sus padres y sus maestros, por sus pares, cuando es adulto, advierto que esto último nos enfrenta a paradojas inconciliables.

---

<sup>2</sup> Briseño Sierra, Humberto, *El arbitraje en el derecho privado. Situación internacional*, México, Imprenta Universitaria, 1963.

Siempre afirmamos que en todo Estado de derecho el último baluarte de las libertades ciudadanas es la justicia, y a ella se recurre cuando nos sentimos vulnerados o tan siquiera amenazados en su disfrute. Pero hoy ese sentimiento va mucho más allá, porque el hombre moderno tiende a judicializar todas las situaciones de su vida diaria, llegando a extremos a veces increíbles, como recurrir a un juez por el resultado de un partido de fútbol que se estima mal arbitrado. Ni qué hablar cuando se enfrenta a temas sociales o económicos trascendentes, a la defensa de intereses colectivos u otros. Sin embargo, esas mismas personas, cuando deben responder a una encuesta que refiera a la confianza que le merecen sus instituciones públicas, en una gran mayoría se expresan de manera negativa respecto del accionar de sus jueces. Recurren a ellos, pero no confían en ellos.

En sentido semejante se expresa Binder:

Estos nuevos intercambios sociales y económicos, su aceleración general, y el desajuste de otros por la modificación profunda del entorno institucional (en sentido amplio) aumentaron las condiciones de riesgo y generaron una situación real o simplemente una sensación de inseguridad. Esta situación se ha dado en muchos niveles, desde las relaciones económicas hasta la vida familiar, desde las complicaciones para el manejo de la nueva velocidad del mercado financiero hasta el aumento de la conflictividad y la violencia. El aumento del riesgo, la inseguridad objetiva y la sensación de inseguridad ponen en tensión a los sistemas normativos y hacen nacer la pregunta por la eficacia de las normas.

La incertidumbre en la interacción social —sigue—, y la pregunta acerca de las nuevas reglas de juego pone en crisis al sistema normativo en dos dimensiones: por una parte las reglas sustanciales previstas no se ajustan a las nuevas necesidades de convivencia y, por otra parte, el cumplimiento desigual, o la ineficacia directa del sistema normativo, es decir, sus reglas de aplicación, generan mayor incertidumbre todavía.<sup>3</sup>

Esas y otras razones han contribuido, en consecuencia, a que la sociedad perciba los problemas de sus sistemas normativos y judiciales, sacándolos de la indiferencia o de los márgenes de la vida social y política, y poniéndolos, si bien no en el centro, en un lugar visible dentro del conjunto de problemas institucionales.

Es notable cómo en los últimos años el sistema judicial ha recuperado cierta visibilidad. Se discute alrededor de su funcionamiento; asimismo, ha

---

<sup>3</sup> Binder, Alberto M. y Obando, Jorge, *De las "Repúblicas Aéreas" al Estado de derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, pp. 218 y 219.

ganado espacios en la prensa, todo lo cual demuestra la necesidad de abordarlo como un genuino problema institucional.

Lógica consecuencia de ese concurrir a los estrados judiciales ante cualquier situación que se crea así lo amerita, de esa judicialización de los diarios acontecidos, es el desorden de los estrados judiciales, y más puntualmente de la justicia penal, tan vinculada a los desbordes producidos por la desocupación creciente en nuestros países, la penetración incesante de los tentáculos extendidos por las organizaciones transnacionales de criminalidad organizada y otros tantos factores socioeconómicos y políticos, que lamentablemente no son sólo patrimonio nuestro.

La crisis derivada de la profunda inadecuación del sistema normativo y judicial con respecto a los procesos políticos y sociales actuales se enmarca además en una crisis general de la legalidad, e incluso de la razón jurídica. Ello no es producto de una moda o la difusión de una determinada escuela del pensamiento, sino que tiene directa relación con la llamada crisis general del Estado moderno, tanto en sus aspectos operativos y estructurales como en las condiciones de legitimidad que provienen de la cultura que lo ha gestado y lo sustenta.<sup>4</sup>

El colapso de los tribunales penales impone la obligación de buscar alternativas posibles de simplificación que nos conduzcan precisamente a lo contrario; es decir, a la desjudicialización de todos los conflictos sociales que por sus características propias así lo permitan, para hacer posible un mayor avocamiento del aparato estatal a la persecución y esclarecimiento de los ilícitos de mayor envergadura. Se torna entonces impostergable una adecuada *recategorización de los conflictos*. Como se ve, por una parte, saturamos los tribunales, ahora, al parecer, estamos tratando de salirnos de ellos.

A la crisis del derecho —dice Elías Neuman—<sup>5</sup> se suma la de la prisión. En estos tiempos se ensayan. Una es la del retribucionismo absoluto o de mano dura y tolerancia cero del Manhattan Institute de Nueva York y las empresas estadounidenses que venden esa tecnología a otros países (a San Pablo en Brasil, a la Ciudad de México en México). Una segunda es la del abolicionismo penal (Hulsman, Bernat de Celis). La tercera es la del minimalismo penal, que sugiere la necesidad científica y humana de la utilización del derecho y de la ley penal *in extremis*, como *ultima ratio* (Christie, Baratta, Ferrajoli, Hassemmer). Cabría hablar de una cuarta posibilidad, muy vinculada a la tercera, que podría denominarse *alternativa*: la justicia penal consensuada derivada de la idea de una política penal restaurativa y resarci-

<sup>4</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 45.

<sup>5</sup> Neuman, Elías, *Mediación penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 2005, p. 41.

toría para con la víctima del delito, en la que el resarcimiento puede erigirse en un modelo de pena sustitutivo de la prisión tradicional.

Las últimas consideraciones de Neuman nos ponen de cara a lo que se dio en llamar la tercera vía en el derecho penal trabajada por Roxin en Alemania, y que los argentinos conociéramos hace muchos años de la mano del maestro Julio Maier, quien en su momento expresaba:

Es indudable que el principio de oficialidad está en crisis. Mal que nos pese existen criterios selectivos no institucionalizados, que eliminan un sinnúmero de hechos punibles de la persecución penal. Es que se trata básicamente, de un derecho autoritario, en el sentido de un derecho de la autoridad, que deja de lado, por regla casi absoluta, toda influencia de la voluntad particular en la administración de la reacción contra el ataque, esto es, se trata, del derecho a castigar, a infligir un castigo o desarrollar una violencia por parte del Estado, contra una persona a manera de reacción por aquello que representa, que hizo o que dejó de hacer.<sup>6</sup>

En la misma línea de pensamiento, leo a un colega mexicano,<sup>7</sup> que así se expresa:

Abolicionismo del derecho penal; garantismo procesal; derecho penal mínimo; derecho penal de última ratio en estrados legislativos y/o derecho penal prima ratio en estrados jurisdiccionales, despenalización, destipificación de conductas, formas alternativas de solución del conflicto, como *la conciliación*, la aplicación de criterios de oportunidad reglados y la suspensión del proceso a prueba, son temas quizá más importantes que determinar si se procede mediante un sistema acusatorio, inquisitivo o mixto.

Esto será posible solo si se alza, dice Ricardo J. Klass,<sup>8</sup> sobre un pilar fundamental: repensar a la justicia como un acceso a la solución de conflictos, dejando de lado la idea por la cual el Estado, en una concepción paternalista y autoritaria, pretendía —con escasísimo o nulo éxito— reprimir todas y cada una de las manifestaciones delictivas, lo que se sabe resulta imposible.

---

<sup>6</sup> Maier, Julio B., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2a. ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 161.

<sup>7</sup> Hidalgo Murillo, José D., *El derecho penal a juicio*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2007, p. 137.

<sup>8</sup> Klass, Ricardo, “La obligatoriedad de la persecución penal”, *La Ley*, 16 de julio de 2004, p. 2.

Bien afirmaba Roxin,<sup>9</sup> que

La protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El derecho penal sólo es, incluso, la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema como la acción civil, las sanciones no penales, etcétera. Por ello, se denomina a la pena como “la última ratio de la política social” y se define su misión como de *protección subsidiaria de bienes jurídicos*.

Concluyo citando a Ciuro Caldani, quien cerrara una disertación en la ciudad de Rosario,<sup>10</sup> Argentina, con esta reflexión:

Además de las más amplias y mejores posibilidades de solución para ciertos casos, que satisfacen una visión “microjurídica” que se ha venido imponiendo en la comprensión de los hombres de derecho, el desarrollo de *las vías alternativas* (tal vez mejor, complementarias) para la solución de conflictos significa también un enriquecimiento de la “perspectiva macrojurídica” que se debe desarrollar. Las soluciones complementarias como *la negociación y la mediación*, enriquecen el panorama de conjunto del derecho y mejoran al fin *el despliegue de la condición humana*.

### III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA DE 2008

México, extenso y multifacético país, que al igual que el mío —Argentina— hunde sus raíces en tierras hispanas que se mezclan con las propias, ha producido hace cinco años (junio de 2008) la mayor reforma constitucional de que se tenga noticias desde la sanción de la carta magna de 1917.

Tengo para mí que su importancia deriva no sólo de la cantidad de artículos corregidos, sino por el contenido de ellos. Se trata, a no dudarlo, de un cambio sustancial en orden a la tramitación de los procesos penales.

Y eso está bien. Es decir, es bueno que sus autoridades ejecutivas y legislativas hayan advertido la necesidad, ya impostergable, de posicionar

---

<sup>9</sup> Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, t. 1, p. 65.

<sup>10</sup> Ciuro Caldani, Miguel Ángel, conferencia en la Facultad de Derecho de Rosario sobre el tema: “Comprensión iusfilosófica de la negociación, la mediación y el arbitraje”.

al país, también en este tema, a la altura de las exigencias internacionales. Claro que con lo hecho, la tarea recién comienza.

Ahora corresponderá al otro poder del Estado, el Judicial, dar vida a lo plasmado en la norma constitucional, ya que es sabido que las mejores intenciones de los constituyentes sucumbirán en el olvido y se convertirán en discursos vacíos si los encargados de convertirlos en realidad no asumen en su total cabalidad la responsabilidad que la hora les impone.<sup>11</sup>

Bien se ha dicho que “la calidad humana de una nación puede ser medida ampliamente por *los métodos que usa* en la aplicación de su derecho penal”.<sup>12</sup> Y esto es así, porque el poder penal es el más fuerte y violento que puede ejercer un Estado sobre los miembros que lo integran.

La historia de la humanidad ha demostrado que en una sociedad autoritaria las garantías del debido proceso están mucho más acotadas que en una sociedad respetuosa de la libertad de sus ciudadanos. Reiteradamente ha expresado Roxin,<sup>13</sup> que el tipo de proceso penal que funciona en un Estado es el “sismógrafo” (termómetro, barómetro), que permite medir su carácter autoritario o liberal.

El proceso penal aparece siempre como un campo de conflictos, particularmente sensible, entre los intereses de la comunidad y los derechos individuales básicos. Encontrar el adecuado equilibrio entre las razones primarias de todo proceso penal: castigo al culpable y protección del inocente, constituye el desafío permanente de quienes nos dedicamos a esta ciencia.

Así como cada tiempo de la historia tiene su arte, su música, su arquitectura, también tiene su tipo de proceso penal, que además de acomodarse a los tiempos deberá atender la idiosincrasia de la población para la que pretende regir. Bien señalaba Bettioli<sup>14</sup> que el proceso penal “es un efecto de la cultura o civilización y puede venir plena y rectamente entendido sólo en directo contacto con los valores que influyen en un determinado tipo de vida civil”.

---

<sup>11</sup> Es lamentable que los miembros del Poder Judicial no fueran incluidos, en general, en el marco de consulta de la reforma. Omisiones de este tipo, a veces involuntarias, suelen generar resistencias naturales, aunque no saludables, pero tampoco insuperables. Confío en la especial sensibilidad de los miembros de un poder que supe integrar durante casi cuatro décadas.

<sup>12</sup> Earl Warren, quien fuera presidente de la Corte estadounidense, en su voto en el fallo “Miranda vs. Arizona”, 1996.

<sup>13</sup> Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2000, p. 10.

<sup>14</sup> Bettioli, Giuseppe, *Instituciones de derecho penal y procesal*, Barcelona, trad. de Faustino Gutiérrez-Alvis y Conradi, Bosch, 1977, p. 174.

Y al parecer México comprendió que más allá de la circunstancia de que varios de sus 31 estados ya habían caminado por los andariveles de la “modernidad” (Chihuahua, Oaxaca, Morelos), en su condición de nación federal, le correspondía bajar línea desde la propia Constitución nacional, para que aquellos estados aún remisos lo hicieran en el plazo que ella prevé, a fin de preservar la responsabilidad internacional que pudiera generarse para la nación, a partir de la aplicación de procesos penales no respetuosos de la actual concepción del debido proceso penal acorde con las normas de los tratados internacionales de derechos humanos receptados por el Congreso de la Unión, y la jurisprudencia surgida de su interpretación por los organismos de aplicación. Valen las mismas consideraciones para los códigos procesales penales del orden federal y de la Ciudad de México.

#### IV. LOS MEDIOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y SU ACOGIDA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008

La lectura del artículo 17, párrafo tercero, de la Constitución reformada no deja lugar a dudas. Surge claro el objetivo de direccionar el proceso penal hacia modernos conceptos e institutos de última generación, como son los medios alternativos de resolución de conflictos o de resolución alternativa de disputas (RAD).

Un tema que sin duda es toral en este sistema acusatorio, y que si no se lleva a cabo de una manera eficiente no podrá tener éxito la reforma en sí, es el de los mecanismos alternativos de solución de controversias. Así se expresaba Felipe Borrego Estrada<sup>15</sup> durante las Jornadas de Justicia Penal realizadas en 2008.

Los denominados mecanismos alternativos echan mano de la autocomposición —medio tradicional de solución de litigios—, a la que se brindó acceso, desde hace tiempo, a través del creciente favorecimiento de la querrela (concebida como requisito de procedibilidad y, en consecuencia, “querrela mínima”) y el perdón (como causa de sobreseimiento), que franquean el paso a la mediación, la conciliación y la reconciliación.<sup>16</sup> Con estas afirmaciones, el autor nos está recordando, que al fin y al cabo estas “nuevas” salidas al proceso penal no resultan tan extrañas ni tan nuevas en el ámbito

---

<sup>15</sup> García Ramírez, Sergio e Islas, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia penal en Jornadas de Justicia Penal*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009, p. 39.

<sup>16</sup> García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008), ¿democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2009, p. 85.

jurídico nacional. Será solo, que hasta ahora, no se le había dado una adecuada lectura.

A su turno, el Dictamen de la Cámara de Senadores,<sup>17</sup> casi en coincidencia con el de los diputados, sostuvo:

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

Como se advierte claramente de lo que acabo de transcribir, los constituyentes apostaron muy fuerte a estos medios diversos, casi anómalos, de concluir el proceso penal, a estos senderos indirectos, diferentes, que pueden permitir a los protagonistas de muchas disputas penales acceder a justicia, aunque no sea a través de la jurisdicción. Tengo para mí —quizás me equivoque—, que de la apuesta es algo exagerada. Tal vez, bien intencionada, creo que no se puede ligar el éxito o el fracaso de una reforma integral como lo es la constitucional de 2008, sólo al buen funcionamiento de estos institutos sustitutos.

Veamos qué es lo que al respecto se plasma en el texto constitucional. El artículo 17, tercer párrafo, primera parte, en su nueva redacción, dice: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”. En concordancia con esto, el artículo 18, párrafo sexto, al referirse al proceso para los adolescentes, prevé: “Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema (régimen para adolescentes), siempre que resulte procedente”.

Razón asiste a García Ramírez<sup>18</sup> cuando al iniciar sus consideraciones atinentes al artículo 17 lamenta el empleo del término “mecanismos”, el que —dice— en aras del buen uso del idioma pudo sustituirse por medios o procedimientos. En efecto, ninguna de las cuatro acepciones que el término

<sup>17</sup> Consulta: <http://www.senado.gob.mx>, sesión del 13 de diciembre de 2007.

<sup>18</sup> García Ramírez, Sergio, *La reforma penal...*, cit., p. 86.



tiene en el *Diccionario de la lengua española* se puede asignar a lo que con él se quiere significar en la redacción del artículo mencionado. Lo lamentable es que el error, fácilmente evitable, se ha deslizado en la ley de leyes.

## V. LAS SALIDAS ALTERNAS PREVISTAS

Más allá de esa poca feliz denominación que les fue asignada a los medios alternativos, trataré de establecer qué procedimientos pueden estar comprendidos dentro del concepto y, por tanto, ser incorporados a las legislaciones secundarias.

Así, Natarén Nandayapa<sup>19</sup> dice:

entiendo por salidas alternas, a las formas, en que de acuerdo a los nuevos códigos y regulados por ellos, el proceso penal termina, no en virtud de una resolución jurisdiccional —la sentencia— sino debido a la actuación e iniciativa de las partes... las cuatro principales salidas alternas que se incorporan a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que están funcionando en nuestro país en algunos Estados son: *los criterios de oportunidad, el juicio abreviado, los acuerdos reparatorios y la suspensión del proceso a prueba.*

Este punto de vista de un reconocido estudioso de la materia es coincidente con la opinión de Borrego Estrada,<sup>20</sup> diputado y secretario de la Comisión de Justicia de la Cámara respectiva al momento de llevarse a cabo la reforma constitucional. Destaco esta última circunstancia, porque el hecho de ser legislador en esas instancias hace que su opinión adquiera relevancia fundamental. En efecto, es sabido que dentro de los distintos tipos de interpretación de la ley (la del juez, la del doctrinario) y más allá de la importancia que se asigne a ellas, a la que se llama “interpretación auténtica” es a la que hace el legislador. De allí entonces la trascendencia que destaco.

Expresa Borrego Estrada:

Debemos entender por *salidas alternas*, a las instituciones conforme las cuales el proceso penal termina, no en virtud de una resolución jurisdiccional, sino debido a la *actuación o iniciativa de las partes*. Básicamente son cuatro las salidas alternas más comunes: 1) Criterios de oportunidad, 2) Procedimiento abreviado, 3) *Acuerdos reparatorios*, 4) Suspensión del proceso a prueba.

---

<sup>19</sup> En Carlos, en García Ramírez, S. e Islas, O. (coords.), *La reforma constitucional...*, cit., p. 248.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 39 y ss.

Si bien es cierto que la Constitución no ha individualizado ningún medio alternativo en particular, esta enunciación hecha de manera equivalente por los mencionados arriba, unida al hecho de que dos códigos vigentes con anterioridad a la fecha de la reforma (Chihuahua y Oaxaca), identifican también estos institutos como salidas alternativas, podemos permitirnos concluir que esos cuatro “mecanismos” son los que tuvieron en mente los autores del proyecto finalmente convertido en norma.

Para concluir, diré que no podemos dejar de reconocer que la cultura del litigio, propia de nuestro esquema mental de reconocida raíz autoritaria, es ideológicamente opuesta a la cultura de la reconciliación. Es quizá ésta la más importante razón que impide a muchos aceptar como posible la aplicación de soluciones alternativas para resolver los conflictos sociales, particular en cuando ellos incursionan en el ámbito del derecho penal.

Existen también quienes ven en las soluciones alternativas, basadas sobre todo en el resarcimiento, el peligro del abolicionismo del régimen punitivo. Creo que se trata de un error conceptual, originado en la idea de sistemas absolutos e incompatibles, los que no parecen precisamente ser los requeridos en estos tiempos, ni desde el punto de vista ideológico ni pragmático.

## VI. LA NORMATIVA MEXICANA

El artículo 17, párrafo tercero, de la Constitución de la nación, prescribe: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.

Al abordar la temática, el Grupo de Trabajo Conatrib<sup>21</sup> adoptó la denominación de “justicia restaurativa”, atendiendo al hecho —explica—, de que la denominación “conciliación” que utilizan algunas legislaciones latinoamericanas, excluye a ciertos programas que deben ser contemplados en el ámbito de aquélla.

La justicia restaurativa pone énfasis en la paz, no tanto en el delito, sino que se preocupa por la búsqueda de soluciones tanto para la víctima en lo relativo a la reparación del daño como para el imputado, para que se alcance la reconciliación entre las partes y al fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo.

---

<sup>21</sup> Código Procesal Penal Modelo Conatrib (Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación), p. 71.

El grupo de trabajo decidió utilizar la nomenclatura del texto constitucional, y en el título quinto, en un solo artículo,<sup>22</sup> plasmó lo relativo a “Los mecanismos alternativos de solución de controversias”.

Refiriéndose a esa decisión, expresaron que lo hacían así, atendiendo a la distinta naturaleza de la mediación y la conciliación.

*Mediación:* es el procedimiento voluntario en el cual un personal calificado, imparcial y *sin facultades para sustituir las decisiones de las partes*, asiste a los involucrados en una controversia, como *facilitador* de las vías de diálogo y la búsqueda en común de un acuerdo.

*Conciliación:* es el procedimiento voluntario en el cual un profesional calificado, imparcial y *con capacidad para proponer soluciones a las partes*, asiste a las personas involucradas en una controversia con la finalidad de facilitar las vías de diálogo y la búsqueda en común de un acuerdo.

El grupo de trabajo concluye aclarando que la regulación de este capítulo recoge las prácticas que se han desarrollado exitosamente en algunos estados de la Federación.

---

<sup>22</sup> Código Procesal Penal Modelo Conatrib, título quinto: Mecanismos alternativos de solución de controversias. Capítulo único: Justicia restaurativa, artículo 122. Procedencia. “1. Proceden los mecanismos alternativos de solución de controversias: a) en delitos de acción privada, de acción pública a instancia de parte, los delitos culposos; aquellos en los que proceda el perdón de la víctima; los de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas; en los que admiten presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional, así como en aquellos cuya pena máxima de prisión no exceda de cinco años y por las circunstancias concretas carezcan de trascendencia social. b) En los delitos de acción pública cuyo término medio aritmético de la pena no exceda de cinco años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no afecte el interés público, y víctima e imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa. c) En los delitos con pena superior a cinco años los mecanismos alternativos de solución de controversias sólo serán considerados para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la disminución de la pena, o la ejecución de la sanción. 2. Los mecanismos alternativos de solución de controversias podrán referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; la rehabilitación de derechos o pedimento de disculpas o perdón. 3. Cuando el Estado sea víctima, para estos efectos, será representada por el Ministerio Público. 4. En los siguientes delitos: los de carácter sexual; los cometidos en perjuicio de menores de edad; los de violencia familiar; los homicidios culposos que se cometan con motivo del tránsito de vehículos y el responsable conduzca en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, sicotrópicos u otras sustancias que impidan o perturben su adecuada conducción, y los cometidos por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, el juez de control no procurará el uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias entre las partes, salvo cuando lo solicite en forma expresa la víctima o su representante legal. 5. No procederá el uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza. Tampoco en los casos en que existe un interés público prevalente y así lo determine el Ministerio Público y lo solicite, en su caso, ante el juez de control”.

Habiendo efectuado un repaso muy ligero de las prácticas que de estos medios alternos de resolución de conflictos en materia penal muestran los estados de la Federación, tengo para mí, con algún margen de error, que éste no es mucho. Al parecer, en los últimos años comenzaron a producirse las reformas de la normativa procesal penal, en varios estados, y a cuyo abrigo, en centros creados al efecto, se inician las experiencias sobre mediación, conciliación y negociación en el ámbito de la justicia penal.

En tal sentido, rescato la ley especial dictada al efecto para el Distrito Federal el 8 de enero de 2008 y conocida como Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia, que además crea el Centro de Justicia Alternativa en la Ciudad de México, y de cuyo funcionamiento tuve oportunidad de participar como observadora.

No puedo dejar de hacer mención a la circunstancia de que el 6 de octubre de 2008 entró a regir en la Ciudad de México la Ley de Justicia para Adolescentes (publicada el 14 de noviembre de 2007), porque ambas, ensambladas, tejen una muy importante malla de contención para evitar futuros y más graves conflictos sociales.

La Ley de Justicia Alternativa regula el procedimiento completo de la mediación penal, a la que define como el sistema alternativo de justicia basado en la autocomposición asistida en las controversias entre particulares y cuando éstas recaigan sobre derechos de los cuales pueden aquéllos disponer libremente, sin afectar el orden público.

Por su parte, la Ley de Justicia para Adolescentes, atendiendo al principio de mínima intervención (*ultima ratio*), exige al Estado procurar que su intervención para privar o limitar derechos a través de la jurisdicción penal de personas adolescentes se limite al máximo posible. El recurrir a esta jurisdicción debe ser excepcional, de modo que se prioricen formas de intervención alternativas para evitar su uso o, en todo caso, para que se recurra a ella sólo en la menor cantidad de los casos y con las mínimas consecuencias. En razón de este principio, la intensidad y duración de las sanciones debe ser notoriamente menor que las establecidas para los adultos.<sup>23</sup>

En relación con las medidas alternas al proceso —continúa el mismo informe— la primera observación que se hace es que se deben diversificar los medios alternativos de solución de conflictos al procedimiento judicial, ya sea durante el proceso o antes de que éste se inicie. La importancia de estos medios alternativos no radica únicamente en la inmediatez de la solución de

---

<sup>23</sup> *Informe especial sobre el sistema de justicia para adolescentes en el Distrito Federal, 2008-2009*. Es una publicación de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2009, p. 48.

controversias, sino también en que representan una oportunidad para que la o el adolescente asimile los principios de humanidad, proporcionalidad igualdad y eficiencia.

La ley en cuestión regula en el artículo 40 el procedimiento de la conciliación, al que define como un acuerdo de voluntades realizado entre las partes, con el fin de plantear una solución a su conflicto con la debida asistencia y vigilancia de la autoridad ministerial o judicial.

Lamentablemente, en innumerables situaciones, la falta de profesionales especializados en medios alternativos deja la tarea en manos del Ministerio Público y los jueces, quienes —precisamente— son especialistas en medios no alternativos, como lo es la procuración y la administración de justicia por medio de un tribunal basándose en un procedimiento penal y un tratamiento privativo de la libertad. En el caso puntual de la Ciudad de México, la existencia del Centro de Justicia Alternativa permite recurrir a él en un trabajo mancomunado y orientado con los mejores propósitos.

Por su parte, el estado de Morelos dictó una muy buena Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal, con vigencia a partir del 30 de octubre de 2008.

El artículo 3 de la citada ley prevé:

Para los efectos de la presente Ley se entenderá por: ...II. Medios alternos: ...a los métodos de solución como la mediación, conciliación y negociación. ... VI. *Conciliación*: es el método en el que un tercero neutral e imparcial trata de avenir a las partes en conflicto, *proponiendo alternativas de solución* al mismo, siendo potestad de éstas, el tomar la que más se apegue a sus necesidades e intereses; *Mediación*: es el medio alternativo de resolución de conflictos en el cual *las partes* protagonistas de una controversia, con el auxilio de un tercero imparcial y neutral, *logran establecer una comunicación eficaz*, con el propósito de llegar a un acuerdo en forma pacífica; VII. *Negociación*: método restaurativo consistente en que *las partes* en conflicto *buscan la solución* a su controversia, con la ayuda de un tercero (negociador), y donde la solución al conflicto recae directamente *sobre aspectos de carácter económico*.

En los considerandos de la ley en cuestión se argumenta con razón que “...la implementación de un sistema de justicia penal adversarial, obliga a pensar en nuevas instituciones que como los métodos de justicia alternativa, permitan agilizar, economizar y reivindicar la credibilidad de la ciudadanía, en la impartición y administración de justicia...”. A través de los medios alternativos se busca que tanto la víctima u ofendido como el imputado o condenado participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en pos de un acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes para

lograr la integración de la víctima u ofendido y del infractor en la sociedad, en la búsqueda de la reparación, restitución y el servicio de la comunidad.

De esta forma, el Centro de Justicia Alternativa será uno de los brazos fuertes que ayudará a la procuración de justicia, ya que permitirá reducir la carga de trabajo de los ministerios públicos para que éstos se concentren verdaderamente en la persecución de los delitos que afectan más fuertemente a la sociedad.

Por su parte, el estado de Oaxaca optó por regular el instituto dentro de su actualizado código de la materia, y bajo el título de “Modos simplificados de terminación del proceso”, acomete el tratamiento de ellos, en el capítulo I, artículos 191<sup>24</sup> a 195, bajo la única denominación de “Conciliación”.

## VII. LA NORMATIVA ARGENTINA

El panorama argentino en esta temática tiene alguna semejanza con el mexicano. Si bien es cierto, por las características muy diferentes de su técnica legislativa, nuestro texto constitucional no contiene disposiciones que refieran a los medios alternos de resolución de conflictos, ellos están previstos desde hace algunas décadas en distintos cuerpos legales.

En un comienzo, fueron salidas alternativas utilizadas en el ámbito del proceso laboral, en el civil y en el proceso de menores, para arribar finalmente a la materia penal.

Así, en la provincia del Chaco se dictó la Ley Especial de Mediación Penal núm. 4989, del 14 de enero de 2002. En ella se define como *mediación penal*

---

<sup>24</sup> Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca, título séptimo: “Modos simplificados de terminación del proceso”, capítulo I: Conciliación, “Artículo 191. Conciliación. En los delitos culposos, aquellos perseguibles por querrela, los de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas, en los que admitan presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional, *procederá la conciliación* entre víctima e imputado, por cualquier medio idóneo y hasta antes de dictarse el auto de apertura a juicio. Se exceptúan de esta disposición los homicidios culposos; los delitos cometidos por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas y los cometidos en asociación delictuosa de conformidad con el Código Penal. Si las partes no han propuesto la conciliación con anterioridad, en el momento procesal oportuno, el juzgador les hará saber que cuentan con esta posibilidad y procurará que manifiesten cuáles son las condiciones en que aceptarían conciliarse. Cuando el Estado sea víctima, para estos efectos, será representada por la autoridad indicada en la Ley Orgánica de la Administración Pública Estatal. Si el delito afecta intereses difusos o colectivos y no son de carácter estatal, el Ministerio Público asumirá la representación para efectos de la conciliación cuando no se hayan apersonado como víctimas, alguno de los sujetos autorizados en este Código”.

el procedimiento que tiene por objeto la reparación y compensación de las consecuencias del hecho delictivo mediante una prestación voluntaria del autor a favor del lesionado, víctima u ofendido. Cuando esto no sea posible, no prometa ningún resultado o no sea suficiente por sí mismo, entrará a consideración la reparación frente a la comunidad.

En mi opinión, esta definición de la mediación penal peca por insuficiente, ya que contempla un aspecto parcializado de lo que en verdad es el instituto y de sus objetivos fundamentales. De todas formas, y más allá de ese concepto, algo acotado, debo rescatar el valor intrínseco de la Ley. Paso a explicar a qué me refiero.

En Argentina, conforme lo aclaré antes, el dictado de los códigos de fondo como el Código Penal es facultad atribuida por mandato constitucional al Congreso Nacional. Asimismo, era criterio no cuestionado el que todo lo atingente a la acción penal era contenido del derecho de fondo, por lo que lo vinculado al régimen de las acciones pasaba a ser materia de legislación nacional.

La doctrina aún discute sobre este tema sin lograr superar sus diferencias. La Ley chaqueña tiene el mérito de poner una cuña que soslayando críticas y opiniones adversas superó las divergencias doctrinarias con una realidad incontrastable: el buen funcionamiento en la práctica de esta alternativa al proceso convencional.

Enrolado en la otra posibilidad (el instituto inserto en el texto del Código Procesal Penal), se ubica el Código de la provincia del Chubut, que en sus artículos 47<sup>25</sup> y 48<sup>26</sup> prevén la posibilidad del uso de la conciliación y de

---

<sup>25</sup> “Conciliación. Las partes podrán, en el mismo plazo previsto en el artículo anterior (hasta la culminación de la etapa preparatoria), arribar a conciliación en los delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas, en los delitos de lesiones leves o en los delitos culposos. El juez homologará el acuerdo, si correspondiere, y dictará el sobreseimiento. La resolución de homologación constituirá suficiente título para perseguir su cumplimiento conforme con las reglas sustantivas del derecho privado y según las previsiones del artículo 401 de este Código. La conciliación no procederá en los casos de delitos que exijan para su realización la calidad de funcionario público como sujeto activo”.

<sup>26</sup> “Reparación. En los mismos casos y plazos en los que procede la conciliación, la reparación integral y suficiente ofrecida por el imputado podrá ser aceptada por el juez, cuando la víctima no tenga un motivo razonable para oponerse y el fiscal no invocara razones justificadas de interés público prevalente en la persecución. El juez dictará el sobreseimiento; la resolución contendrá la oferta de reparación y el criterio objetivo seguido por el juez para establecer que el imputado la cumplirá. Constituirá suficiente título para perseguir su cumplimiento conforme con las reglas sustantivas del derecho privado y según las previsiones del artículo 401 de este Código. Rige el último párrafo del artículo 47”.

la reparación, como salidas diversas al juicio, para dirimir el conflicto penal con la participación activa y voluntaria de sus protagonistas reales.

## VIII. CONCLUSIONES

La reforma judicial debe aceptar que una de sus tareas fundamentales es lograr que el sistema judicial asuma la resolución de conflictos como el centro de su actividad. Para ello debe actuar en todos los planos y reconocer que la solución de conflictos es uno de sus temas fundamentales. Desde el diseño de las nuevas organizaciones judiciales y los procesos modernizados hasta la capacitación judicial de los agentes, deben estar imbuidos de esta necesidad. Adiestrar a los funcionarios judiciales en las distintas técnicas de construcción de soluciones a los casos, sobre la base normativa, es la tarea que se debe iniciar con urgencia. Por tanto, la tendencia a considerar el problema de la resolución alternativa de conflictos como un problema paralelo puede convertirse en uno de los modos de superficialización del proceso de reforma judicial.<sup>27</sup>

“Todo individuo tiene derecho a recibir educación”, reza el artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y agrega, “el criterio que la orientará, será democrático, considerando a *la democracia* no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, *sino como un sistema de vida*, fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.

Y creo que de eso justamente se trata, de optar por un sistema de vida. Lamentablemente, en los últimos tiempos se han olvidado los argumentos humanistas y predominan los discursos basados en el populismo penal, tan ajenos a la solidaridad y las libertades de los ciudadanos y tan pendientes de satisfacer las peticiones de mayor seguridad (mayor control social) frente al delito: endurecimiento de las penas contempladas en los códigos penales, más cárceles, mayor diversificación en las tipologías criminales y en las formas de castigo.<sup>28</sup>

Claro, estas últimas variables, sin hesitación, van a resultar muy rentables políticamente, pero lo cierto es que está demostrado a plenitud que no han servido jamás para inhibir la comisión de los delitos.

Es cierto que no se puede ignorar que para los familiares de una víctima de un crimen, como el homicidio, no hay castigo que compense la pérdida. Sólo una operación intelectual y moralmente compleja permite separar el

<sup>27</sup> Binder, Alberto M. y Obando, Jorge, *De las “Repúblicas Aéreas...”*, cit., p. 469.

<sup>28</sup> Cano López, Francisca, “Mediación penal en materia juvenil”, *Gestión del conflicto procesal*, Buenos Aires, Astrea, 2012, cit., p. 221.



dolor ante la muerte de una reflexión sobre el castigo. Así, la venganza fue una manifestación ancestral de la justicia en ausencia de una justicia formal y tuvo legitimidad moral porque aseguraba un intercambio equivalente entre la pérdida y el castigo.

Cuando la ley tomó su lugar en la historia ya no fue posible volver atrás. Y si bien nuestra cultura jurídica humanista no se funda en la equivalencia material entre la afrenta y la condena, lo cierto es que la venganza sigue operando como arcaico sustrato psicológico, aunque rijan la ley penal. Esto se detecta con facilidad cuando las víctimas declaran explícitamente que no buscan venganza, sino justicia; pero toda justicia les resulta insuficiente, porque consideran que no guarda proporción con la afrenta recibida.

Lo cierto es que nadie vuelve de la muerte. Frente a esta realidad, incluso la pena más dura podría considerarse psicológicamente insuficiente aunque sea social y jurídicamente adecuada. La idea misma de la “adecuación” se lleva mal con la cualidad irrevocable de la muerte. *La ley penal existe no para solucionar este problema moral sino para evitar que una sociedad se convierta, a partir de él, en una sociedad de venganza.*

Porque es frecuente que la gente, ante la falta de respuestas adecuadas a las conductas delictivas por parte de los estamentos pertinentes, pretenda encarnizarse con aquel al que consiguen “atrapar”, volcando en él toda la impotencia y la indignación contenida, en una demostración de violencia incontrolada.

Paul Ricoeur escribió (en *Le juste, la justice et son échec*, 2005): “La justa cólera que pide venganza se transforma fácilmente en furor, en rabia, en deseo de matar. En este punto el deseo de venganza también puede dudar entre la pura violencia y la aspiración legítima de recibir una reparación por la integridad física y la integridad moral violadas”.<sup>29</sup> La pregunta es: ¿cómo hacer para que ese deseo de venganza se transforme en aspiración de justicia? Creo que esa es la responsabilidad del Estado que debe desactivar los conflictos con el menor costo social posible.

Y ello es factible, porque la mayoría de las veces quien pide una reparación absoluta y simétrica, al cabo de un tiempo se sosiega, duda y se muestra permeable a la posibilidad de aceptar una reparación justa. Corresponderá entonces al Estado, a través de la administración de justicia o de los organismos administrativos que crea pertinentes, encontrar los canales adecuados para que así sea. Deberá gestionar la conflictividad social con prudencia y sabiduría en aras de la pacificación de su pueblo.

---

<sup>29</sup> Sarlo, Beatriz, “La justicia de las víctimas”, *Revista Debate*, 2 de noviembre de 2006, pp. 16-18.

## ACERCA DE LOS COORDINADORES

CARINA GÓMEZ FRÖDE. Doctora en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM; miembro del Instituto Mexicano de Derecho Procesal y del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM; vicepresidenta del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y presidenta del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal “Cipriano Gómez Lara”; pertenece al Sistema Nacional de Investigadores.

A nivel licenciatura imparte las materias de Derecho procesal civil y Teoría general del proceso; en el Posgrado de la Facultad de Derecho imparte la materia Derecho procesal familiar, asimismo, ha impartido diplomados para la División de Educación Continua, entre ellos, Introducción a la teoría general del proceso, Derecho procesal familiar y sucesorio y Derecho procesal civil internacional.

Entre sus publicaciones destacan: *Introducción a la teoría política; Derecho procesal familiar; El arte cinematográfico como herramienta pedagógica para la enseñanza del derecho y de la teoría general del proceso*, así como *50 películas para la enseñanza-aprendizaje de la teoría general del proceso*.

MARCO ERNESTO BRISEÑO GARCÍA CARRILLO. Licenciado en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, FES Acatlán, especialista en derecho privado tanto por la Universidad Panamericana como por la Universidad Nacional Autónoma de México; maestría en derecho privado por la Universidad Nacional Autónoma de México; maestría en derecho procesal por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, bajo la dirección del doctor Adolfo Alvarado Velloso, y con estudios de doctorado en la Universidad Nacional Autónoma de México.

Es profesor de Teoría general del proceso, asiduo concurrente a certámenes y congresos, en su condición de ponente en once encuentros de derecho procesal. Es miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, del Consejo Nacional de Egresados del Postgrado de Derecho, de la Asociación Nacional de Abogados de Empresas (ANADE), del Instituto Panamericano de Derecho desde 2007, es presidente del Capítulo México; asimismo, es abogado postulante en la Ciudad de México.

Ha publicado diversos artículos en la revista *Jurídica Ediar*, colaborador en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia*, Medellín, Colombia. Coautor del *Libro homenaje al doctor Adolfo Alvarado Velloso*; coautor de la *Obra Jurídica Enciclopédica, homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario*, tomo: *Derecho procesal civil y mercantil*. Coautor del libro *Derecho procesal panamericano actual*, Brasil, Uberlândia, 2015.