

REVISTA
**IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL**
RIDP

AÑO 1 • VOL. 2 • JULIO-DICIEMBRE 2020

DIRECTORES:
JOAN PICÓ I JUNOY
LUIZ GUILHERME MARINONI

IIDP

Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal

JB
BOSCH EDITOR

REVISTA
**IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL**
RIDP

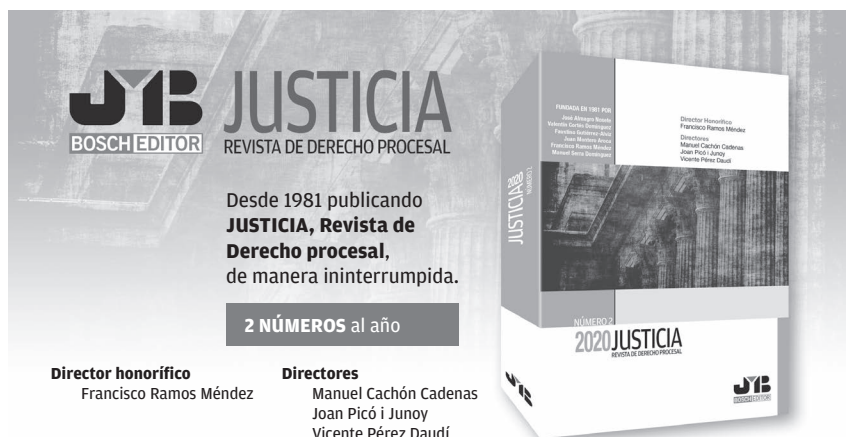
AÑO 1 • VOL. 2 • JULIO-DICIEMBRE 2020




1. **Los poderes del juez civil en materia probatoria.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2003
2. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del Derecho.** Guimaraes Ribeiro, Darci, 2004
3. **Problemas actuales de la prueba civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2004
4. **La tutela judicial del crédito. Estudio práctico de los procesos monitorio y cambiario.** Picó i Junoy, Joan y Adan Domènech, Federic, 2005
5. **Aspectos prácticos de la prueba civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2006
6. **La prejudicialidad en el proceso civil.** Reynal Querol, Nuria, 2006
7. **Objeto y Carga de la Prueba Civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2007
8. **Introducción a la probática.** Muñoz Sabaté, Lluís, 2007
9. **La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales.** Incluye CD. Jimeno Bulnes, Mar (Coord.), 2007
10. **El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual.** Picó i Junoy, Joan, 2007
11. **El interrogatorio de partes (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 1).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2007
12. **Análisis práctico del juicio de desahucio por falta de pago.** Achón Bruñen, M^a José, 2007
13. **Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2008
14. **El interrogatorio de testigos (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 2).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2008
15. **Las costas procesales y las denominadas juras de cuentas. Soluciones a problemas que la LEC silencia.** Achón Bruñen, M^a José, 2008
16. **La ejecución judicial civil y sus alternativas en España y México.** Hernández Bezanilla, Emma del Rosario, 2008
17. **Tratamiento procesal del allanamiento en el Proceso Civil.** Carbonell Tabeni, Joaquín, 2008
18. **El interrogatorio de las partes en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.** Abel LLuch, Xavier (Dir.), 2008
19. **La ejecución civil privada. Realización por persona o entidad especializada. Estudio del artículo 641 de la LEC.** Cerrato Guri, Elisabet, 2008
20. **La ejecución hipotecaria.** Adan Domènech, Federic, 2008
21. **La prueba pericial (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 3).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2009
22. **La prueba documental (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 4).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2010
23. **La audiencia previa.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2010
24. **Las garantías constitucionales del proceso (2ª edición).** Picó i Junoy, Joan, 2011
25. **Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales.** Libano Beristain, Arantza, 2011
26. **La prueba electrónica (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 5).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2011
27. **El aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria.** Joan Picó (Dir.), 2011
28. **La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio.** Benavente Chorrés, Hesbert, 2011
29. **El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal.** Gil Vallejo, Beatriz, 2011
30. **La prueba de reconocimiento judicial (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 6).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2012

31. **La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: Concepto y modalidades.** Benavente Chorres, Hesbert, 2012
32. **Derecho probatorio.** Abel Lluçh, Xavier, 2012
33. **Técnica procesal. 25 años de estudios forenses.** Muñoz Sabaté, Lluís, 2012
34. **El principio de la buena fe procesal (2ª edición).** Picó i Junoy, Joan, 2012
35. **La ejecución del laudo y su anulación. Estudio del artículo 45 LA.** Ripol, Ignacio, 2013
36. **La desnaturalización del proceso.** Sánchez Álvarez, Eduardo, 2013
37. **La liquidación de cargas en el proceso de ejecución civil.** Sabater Sabaté, Josep Maria, 2013
38. **La adhesión al recurso de apelación civil.** Rodríguez Camacho, Nuria, 2013
39. **Principios y garantías procesales. Liber amicorum en homenaje a la profesora Mª Victoria Berzosa Francos.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2013
40. **El secreto profesional del abogado en el proceso civil.** Andino López, Juan Antonio, 2014
41. **Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal.** Duart Albiol, Juan José, 2014
42. **Las intervenciones telefónicas en el proceso penal.** Casanova Martí, Roser, 2014
43. **El principio de audiencia.** Alfaro Valverde, Luis Genaro, 2014
44. **Las diligencias policiales y su valor probatorio.** González i Jiménez, Albert, 2014
45. **La suspensión de los juicios orales.** Pesqueira Zamora, Mª Jesús, 2015
46. **El desistimiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil.** Rueda Fonseca, María del Socorro, 2015
47. **La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso.** Benavente Chorres, Hesbert, 2015
48. **Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva.** Jimeno Bulnes, Mar y Pérez Gil, Julio (Coords.), 2016
49. **La cuestión prejudicial europea. Planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia.** Soca Torres, Isaac, 2016
50. **La acción rescisoria concursal.** Huelmo Regueiro, Josefina, 2016
51. **Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar.** Jimeno Bulnes, Mar (Dir.), 2016
52. **Las excepciones materiales en el proceso civil.** De Miranda Vázquez, Carlos, 2016
53. **La venta judicial de inmuebles.** Sabater Sabaté, Josep Maria, 2017
54. **La prueba en el proceso penal. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** De Aguilar Gualda, Salud, 2017
55. **Lingüística procesal: estrategias discursivas en los juicios españoles.** Torres Álvarez, José, 2017
56. **La LEC práctica en fichas.** Adan Domènech, Federic, 2017
57. **Peritaje y prueba pericial.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2017
58. **La LEC práctica en fichas.** Segunda Edición. Adan Domènech, Federic, 2018
59. **La personación procesal ante el juzgado de instrucción y de menores.** Valdivielso García, Yolanda, 2018
60. **La preparación del proceso civil: las diligencias preliminares.** Castrillo Santamaria, Rebeca, 2018
61. **Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba.** Picó i Junoy, Joan y Abel Lluçh, Xavier (Dir.), 2018
62. **La subasta concursal.** Huerta García, Rafael, 2019
63. **Tribunal Constitucional y fines de la prisión provisional. Evolución de la prisión provisional en España.** Alonso Fernández, José Antonio, 2019
64. **La aplicación práctica de la segunda oportunidad: problemas y respuestas.** Puigcerver Asor, Carlos y Adan Domenech, Federico, 2019

65. **Internamientos psiquiátricos y por razones de salud pública. Aspectos civiles, administrativos y penales.** Pérez Losa, Lluís, 2019
66. **La Prueba Digital en el proceso judicial. Ámbito civil y penal.** De Aguilar Gualda, Salud, 2019
67. **La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2019
68. **Piero Calamandrei: Vida y obra. Contribución para el estudio del proceso civil.** Cruz e Tucci, José Rogério, 2019
69. **El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de Crédito Inmobiliario y en la jurisprudencia del TS y TJUE.** Adan Domenech, Federico, 2020
70. **La prueba pericial a examen. Propuestas de *lege ferenda*.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2020
71. **Proceso y Principios. Una aproximación a los Principios Procesales.** Ríos Muñoz, Luis Patricio, 2020
72. **Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal. Reflexiones de *lege lata* y propuestas de *lege ferenda*.** Libano Beristain, Arantza, 2020
73. **La segunda oportunidad de personas naturales en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.** Puigcerver Asor, Carlos y Adan Domenech, Federico, 2021
74. **La pragmática de la imputación penal.** Benavente Chorres, Hesbert, 2021
75. **El testimonio como prueba. Una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial.** González Coulon, María de los Ángeles, 2021
76. **Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada. Comparación entre modelos de Civil Law y Common Law.** Ezurmendia Álvarez, Jesús, 2021
77. **La prueba a debate. Diálogos hispano-cubanos.** Picó i Junoy, Joan; Mendoza Díaz, Juan; Mantecón Ramos, Ariel (Dirs.), 2021





JUSTICIA
REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Desde 1981 publicando
JUSTICIA, Revista de Derecho procesal,
de manera ininterrumpida.


2 NÚMEROS al año

PRINCIPAL DEL 1981 POR:
José de Aragón Barrio
Vicente García Rodríguez
Francisco Rodríguez Domínguez
José María Muñoz y Arce
Francisco Sánchez Rodríguez
Manuel Sáenz Domínguez

Director Honorífico:
Francisco Ramos Méndez

Directores:
Manuel Cachón Cadenas
Joan Picó i Junoy
Vicente Pérez Daudi

NÚMERO 2
2020 JUSTICIA
REVISTA DE DERECHO PROCESAL



REVISTA
**IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL**
RIDP

Año 1 • Vol. 2 • Julio-Diciembre 2020



REVISTA
**IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL**
RIDP

Año 1 • Vol. 2 • Julio-Diciembre 2020

Directores

JOAN PICÓ I JUNOY | LUIZ GUILHERME MARINONI

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL

PRESIDENTE

Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell

SECRETARIO GENERAL

Joan Picó i Junoy

TESORERO

Santiago Pereira Campos

VICEPRESIDENTES

I) Región México, América Central y el Caribe

Titular: Camilo Constantino Rivera (México)

Suplente: María Cristina Chen Stanziola (Panamá)

II) Región Colombia y Venezuela

Titular: Ramiro Bejarano Guzmán (Colombia)

Suplente: René Molina Galicia (Venezuela)

III) Región Brasil

Titular: Paulo Henrique dos Santos Lucon

Suplente: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

IV) Región Perú, Chile, Ecuador y Bolivia

Titular: Giovanni Priori Posada (Perú)

Suplente: Enrique Letelier Loyola (Chile)

V) Región España y Portugal

Titular: María Isabel González Cano (España)

Suplente: María Elizabeth Moreira Fernández (Portugal)

VI) Argentina, Paraguay y Uruguay

Titular: Francisco Verbic (Argentina)

Suplente: Margarita de Hegedus (Uruguay)

REVISTA
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL
RIDP

Año 1 • Vol. 2 • Julio-Diciembre 2020

Directores

JOAN PICÓ I JUNOY | LUIZ GUILHERME MARINONI

Ex Directores de la Revista: Juan Monroy Galvez, Roberto Omar Berizonce

Consejo Consultivo - Presidentes Honorários: Augusto Mario Morello (†), José Carlos Barbosa Moreira, Roberto Omar Berizonce, Jairo Parra Quijano, Raúl Tavolari Oliveros, Ángel Landoni Sosa.

Consejo Científico: Ada Pellegrini Grinover (†) (Brasil), Adolfo Alvarado Velloso (Argentina), Aristides Rengel-Romberg (Venezuela), Cândido Rangel Dinamarco (Brasil), Carlos M. Ferreira da Silva (Portugal), Carlos Parodi Remón (Peru), Carlos Pecchi Croce (†) (Chile), Cipriano Gómez Lara (†) (México), Daniel González Álvarez (Costa Rica), Enrique Manuel Falcón (Argentina), Francisco Ramos Méndez (España), Germán R. Peters Arzabe (Bolivia), Gonzalo Armienta Calderón (†) (México), Hernán Fabio López Blanco (Colombia), Hugo Allen (Paraguay), Jaime Greif (Uruguay), Jorge Fábrega P. (Panamá), José Almagro Nosete (†) (España), José Luis Vázquez Sotelo (España), José M. de Arruda Alvim Neto (Brasil), José Ovalle Favela (México), Juan Monroy Galvez (Peru), Juan Montero Aroca (España), Julio B. Maier (†) (Argentina), Mario Aguirre Godoy (Guatemala), Mariolga Quintero Tirado (†) (Venezuela), Mauro R. Chacón Corado (Guatemala), Miguel Teixeira Ferreira de Sousa (Portugal), Nelson Ramírez Jiménez (Peru), Paula Costa e Silva (Portugal), Olman Arguedas Salazar (Costa Rica), Rodolfo Duarte Pedro (Paraguay), Víctor Fairén Guillén (†) (España).

Secretários: Álvaro Perez Ragone (Chile), Christian Delgado (Peru), Daniel Mitidiero (Brasil), Francisco Verbic (Argentina), Gabriel Valentin (Uruguay), Giovanni Priori Posada (Peru), Henry Sanabria Santos (Colombia), Hugo Contreras Lamadrid (México), José Martín Pastor (España), Sérgio Cruz Arenhart.

REVISTA
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL
RIDP

Año 1 • Vol. 2 • Julio-Diciembre 2020

Directores

JOAN PICÓ I JUNOY | LUIZ GUILHERME MARINONI

© JUNIO 2021



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISSN: 2358-7156
D.L: B 11165-2021

Maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

REVISTA
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL
RIDP

Año 1 • Vol. 2 • Julio-Diciembre 2020

Directores

JOAN PICÓ I JUNOY | LUIZ GUILHERME MARINONI

La Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, ahora publicada en España con nueva numeración, es una continuación de la Revista que se publicó anteriormente en Brasil por Thomson Reuters.

PRESENTACIÓN

Durante la semana del 8 al 12 de octubre de 2018 se realizó el «I Curso de Profundización en Derecho Procesal» organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, con el apoyo de la Fundación Manuel Serra Domínguez, en la Facultad de Derecho de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona).

El objetivo del curso fue el de permitir que jóvenes profesores de universidades iberoamericanas, cuyas carreras académicas se encontraban en pleno desarrollo, tuviesen oportunidad de formarse con procesalistas de reconocido prestigio.

El curso tuvo una duración de 70 horas, y los temas y profesores fueron los siguientes: (a) garantías constitucionales del proceso, a cargo de Joan Picó i Junoy y Eduardo Oteiza; (b) procesos colectivos, a cargo de Ramiro Bejarano Guzmán, Lorenzo Bujosa Vadell y Santiago Pereira Campos; (c) derecho probatorio, a cargo de Paulo Lucon, Carina Gomez Fröde y Joan Picó i Junoy; (d) ejecución procesal civil, a cargo de José Pedro Silva y Manuel Cachón Cadenas; y (e) medidas cautelares, a cargo de Luiz Guilherme Marinoni y Vicente Perez Daudí.

Los asistentes fueron elegidos mediante un doble sistema de selección:

- (a) Por un lado, cinco asistentes fueron elegidos directamente por las Asociaciones o Institutos nacionales de derecho procesal de Argentina, Brasil, Colombia, España y Uruguay, a través del método que estimaron más oportuno. Los seleccionados fueron: Ornella Piccineli, por la Asociación Argentina de Derecho Procesal; Larissa Pochmann da Silva, por el Instituto Brasileño de

Derecho Procesal; Roland Sanabria, por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal; Federico Bueno de Mata, por la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas; e Ignacio Soba Bracesco, por el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal;

- (b) Y, por otro, hubo un estricto sistema de selección competitivo y público para elegir a otros diez candidatos. Para ello: hubo una convocatoria pública en la página web del Instituto hasta el 23 de julio en una dirección electrónica que fue específicamente creada para el Curso. La solicitud de admisión debía contener un curriculum vitae –en el que el candidato debía indicar su grado académico y la Universidad en la que desempeñaba su labor universitaria, así como sus publicaciones, becas y premios obtenidos–; una descripción del proyecto de investigación que desearía desarrollar como trabajo de fin de curso; y una carta de recomendación de un profesor de derecho procesal miembro del Instituto. El éxito de convocatoria fue total porque para un total de diez plazas se presentaron 67 candidatos de 11 nacionalidades. A principios de agosto, la Comisión Directiva del Instituto procedió a la selección de los candidatos que, por orden alfabético, fueron Christian Bernal Porras (México); Mónica Bustamante Rúa (Colombia); Jordi Delgado Castro (Chile); Daniel Roberto Hertel (Brasil); Luis Alberto Hierro (Cuba); Nuria Mallandrich (España); William Pugliese (Brasil); Luis Patricio Ríos Muñoz (Chile); Martín Sotero Garzón (Perú); y María Carlota Ucín (Argentina).

A los candidatos seleccionados se les ofreció el curso de manera totalmente gratuita, incluyendo el desplazamiento a la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona), el hospedaje y la manutención.

El curso se desarrolló con un grado de satisfacción pleno de los asistentes. A su conclusión, se realizó una encuesta anónima entre todos ellos, obteniendo los siguientes resultados: satisfacción en el tema-

rio del curso: 9,8; calidad de los seminarios impartidos: 9,8; valoración del profesorado: 9,8; materiales entregados para seguir el seminario: 9,7; organización administrativa: 9,9; infraestructura de la Universitat Pompeu Fabra: 9,9; y hospitalidad en los hoteles y comidas: 9,8.

El ejemplar de esta Revista recoge algunas ponencias de profesores del curso así como los estudios que han realizado alguno de sus asistentes.

LOS DIRECTORES DE LA REVISTA



Profesores y alumnos del Curso de Profundización en Derecho Procesal, Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, 8-12 de octubre de 2020).

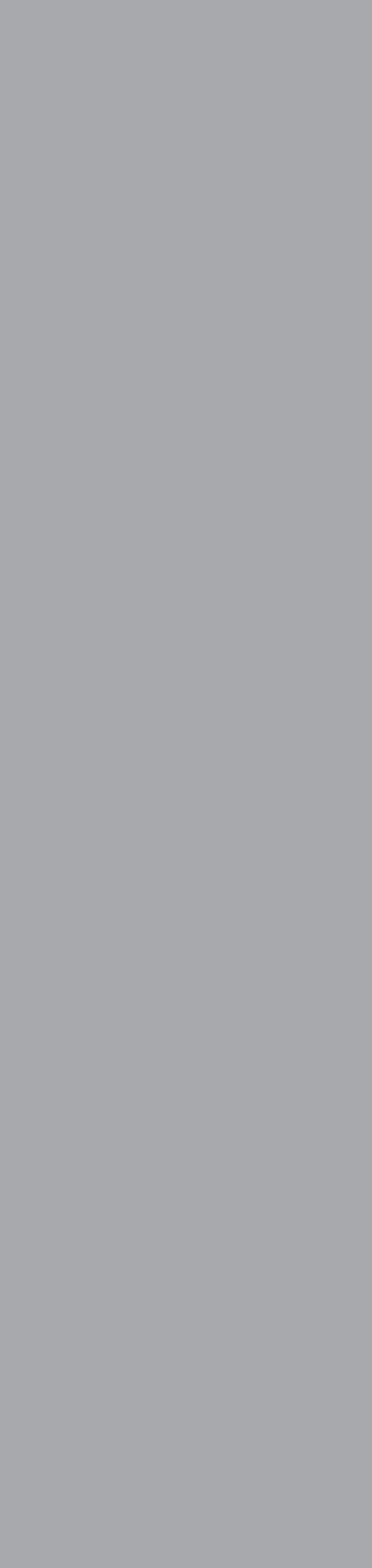
SUMARIO

PRESENTACIÓN	13
DOCTRINA	
Los fundamentos del proceso penal del menor. <i>The grounds of the juvenile criminal process.</i>	
LORENZO M. BUJOSA VADELL	21
Processo virtual, transparència e accountability. <i>Virtual legal process, transparency and accountability.</i>	
PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON.....	61
La prueba ilícita: un concepto todavía por definir en España. <i>Illegal evidence: a concept still to be defined in Spain.</i>	
JOAN PICÓ I JUNOY.....	83
La tecnología al servicio de la impartición de justicia. <i>Technology at the service of imparting justice.</i>	
CARINA GÓMEZ FRÖDE.....	109
El precedente judicial. La previsibilidad de la sentencia y la decisión automatizada del conflicto. <i>The judicial precedent. The predictability of the judgment and the automated justice decision of the conflict.</i>	
VICENTE PÉREZ DAUDÍ.....	141

El problema de las demandas confusas e imprecisas (o cómo interpretar la demanda). <i>The problem of confusing complaints (or how to interpret the lawsuit).</i>	
IGNACIO M. SOBA BRACESCO.....	185
Aspectos procesales de las acciones de grupo en la jurisprudencia de las Cortes en Colombia. <i>Procedural aspects of the class actions in the jurisprudence of the Courts in Colombia.</i>	
MAYDA SORAYA MARÍN GALEANO, MÓNICA MARÍA BUSTAMANTE RÚA	231
Los Límites Subjetivos de la Cosa Juzgada y sus complicaciones. <i>The subjective limits of Res Iudicata and its complications.</i>	
LUIS PATRICIO RÍOS MUÑOZ.....	283
A natureza jurídica do processo civil contemporâneo. <i>The legal nature of the contemporary civil procedure.</i>	
WILLIAM SOARES PUGLIESE	333
Sistematización de la tutela provisional en el Derecho Procesal Civil Brasileño. <i>Systematization of provisional tutelage in the Brazilian Civil Procedural Law.</i>	
DANIEL ROBERTO HERTEL.....	371
Implicaciones procesales de la consagración de la tutela judicial efectiva en la nueva Constitución cubana. <i>Procedural implications of the inclusion of the effective judicial protection in the new Cuban Constitution.</i>	
LUIS ALBERTO HIERRO SÁNCHEZ	385
NORMAS EDITORIALES	415

The background features a series of overlapping, curved, light gray lines that sweep across the page from the top right towards the bottom left. These lines are set against a light gray background that also contains a subtle, fine grid pattern. The overall aesthetic is clean, modern, and architectural.

Doctrina



LOS FUNDAMENTOS DEL PROCESO PENAL DEL MENOR

THE GROUNDS OF THE JUVENILE CRIMINAL PROCESS

LORENZO M. BUJOSA VADELL

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

Fecha de recepción: 8 de abril de 2021

Fecha de aceptación: 12 de mayo de 2021

RESUMEN: Aunque no son infrecuentes los estudios sobre algunos aspectos determinados del proceso penal por el que se encausa el enjuiciamiento de niños, niñas y adolescentes sospechosos de la comisión de alguna infracción criminal, no lo han sido tanto aquellos que, desde la perspectiva jurídica, tratan de profundizar en las eventuales respuestas a la pregunta sobre por qué razón o razones los menores de edad deben ser sometidos a unas normas procesales específicas, informadas además por unos principios también particulares. En las páginas que siguen se pretende ir más allá de constatar que el menor es un sujeto en desarrollo, tratando de hallar respuestas en otras disciplinas complementarias como la sociología, la psicología o la neurociencia.

PALABRAS-CLAVE: Justicia de menores, Sociología de menores, Psicología evolutiva, Neurociencia.

ABSTRACT: Although studies on certain aspects of the criminal process by which the prosecution of children and adolescents suspected of committing a criminal offense are not infrequent, those that, from a legal perspective, try to delve into the possible answers to the question for what reason(s) minors should be subjected to specific procedural rules, also informed by specific principles. In the pages that follow it is intended to go beyond verifying that the minor is a developing subject, trying to find answers in other ancillary disciplines such as sociology, psychology or neuroscience.

KEYWORDS: Juvenile Justice, Juvenile Sociology, Evolutionary Psychology, Neuroscience.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El problema del tratamiento de los menores delincuentes. 3. Las bases del vigente proceso penal del menor. 4. Fundamentos de un tratamiento penal particular para el menor. 4.1. Fundamentos sociológicos. 4.2. Fundamentos psicológicos. 4.3. Fundamentos biológicos: el desarrollo cerebral y la responsabilidad penal del menor.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos del proceso de menores como un cauce para la inserción en la sociedad de adolescentes que pueden haber cometido infracciones criminales¹, pensamos hoy en un instrumento jurídico en que la vertiente educativa ocupa un lugar importante². Esta es la concepción que se desprende de nuestra vigente Ley Orgánica 5/2000, a pesar de todas las modificaciones que, desde su promulgación e incluso antes de su entrada en vigor, han alterado de alguna manera u otra la pulcritud de sus fines originarios.

La necesidad de dispensar una especial protección al niño se deriva no sólo *in genere* de los principales textos universales o regionales de protección de los derechos humanos, sino en particular de aquellos instrumentos jurídicos específicos que hace referencia a los derechos del niño, por supuesto sobre todo de la Convención de las

1 Es obvio que en muchas ocasiones la finalidad de reinserción social de los menores no es tal. No se trata de restaurar un equilibrio social, personal o familiar perdidos, sino que, con frecuencia, el menor que se encuentra en estas circunstancias nunca ha tenido en su entorno equilibrio alguno que sea necesario restablecer. Se trata, más bien, de suministrar al menor los elementos necesarios para construir su adecuación a la vida en sociedad, o como dirían los psicólogos sociales, de tratar de establecer algunas bases para una relación adecuada entre «la persona y la situación», es decir, entre el menor delincuente y su entorno social o, si quiere de otra manera, entre el menor y su propia representación psicológica individual del entorno. *Vid.*, desde una perspectiva general, ROSS, L.; NISBETT, R., *The Person and the Situation. Perspectives of Social Psychology*, London, 2011.

2 ROUSSEAU, J.J., *Emilio o de la Educación*, Madrid, 1998, pp. 38-39, afirmaba plásticamente: «Nacemos débiles, necesitamos fuerzas; nacemos desprovistos de todo, necesitamos asistencia; nacemos estúpidos, necesitamos juicio. Todo cuanto no tenemos en nuestro nacimiento y que necesitamos de mayores, nos es dado por la educación».

Naciones Unidas de 1989³. Pero cuando hablamos del niño al que se imputa la comisión de un delito nos situamos algunos pasos más allá, pues no estamos (o no estamos sólo, dependerá de los casos) ante un niño en situación de desprotección, a pesar de ser titular en todo caso de derechos con rango internacional, sino además ante una persona que se ha colocado, por los menos indiciariamente, en la posición de sujeto activo de alguna de las acciones u omisiones previstas en las normas penales.

Esta diferencia entre los supuestos de «mera» necesidad de protección y aquellos otros en que se activa la conminación del sistema jurídico hacia la exigencia de responsabilidad por la comisión de alguna infracción criminal, coloca al menor infractor en una posición notablemente distinta, que además no ha sido resuelta siempre ni en todo lugar del mismo modo.

En las páginas que siguen no sólo habrá que recordar con brevedad los distintos modelos de respuestas que el legislador ha dispensado a estas circunstancias específicas, y los aspectos a los que se ha atendido preferentemente en cada uno de ellos, sino que se pretende ir más allá para tratar de descifrar las bases que puedan justificar el tratamiento especial del que han sido objeto, lo cual significará entrar en terrenos resbaladizos, y eso no sólo porque quien escribe estas líneas no es experto en esos ámbitos, sino también porque el conocimiento en ellos está en continua evolución y perfeccionamiento.

Se trata, pues, de ir más allá de la evidencia por la que un menor necesita protección, incluso habiendo podido tener comportamientos jurídicamente reprobables, para preguntarnos qué justifica

3 Vid. ampliamente, CARMONA LUQUE, M.R., *La Convención sobre los derechos del niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los derechos humanos*, Madrid, 2011, pp. 389 y ss.

esa protección y, sobre todo, qué elementos sirven de base objetiva para un trato distinto al de los adultos⁴. En realidad, se me pide una actividad de pastoreo en heredad ajena, como diría el Prof. VÁZQUEZ SOTELO, para la que no puedo más que solicitar benevolencia. Por ello las reflexiones que siguen deberían tomarse *cum grano salis*, y si pudieran servir como apoyo para que otros puedan realizar estudios más profundos, la finalidad de escribirlas se vería más que satisfecha.

2. EL PROBLEMA DEL TRATAMIENTO DE LOS MENORES DELINCIENTES

Nos enseña el principal especialista en justicia de menores de nuestro país, el Prof. MARTÍN OSTOS, que hay antecedentes históricos lejanos sobre instituciones –predominantemente religiosas–, que

4 No es este el lugar para entrar en el reñido debate sobre los límites temporales legales de este tratamiento específico, pero no podemos dejar de apuntar que las opciones son básicamente dos: o bien tratar de apreciar en cada caso concreto la mayor o menor madurez del menor a través de los medios más certeros de que se disponga, con la consiguiente, inevitable y grave inseguridad en una materia que no debería permitir márgenes de incerteza; o bien, por otro lado, la vía más fácil, segura y frecuente, aunque pueda en bastantes casos hacer abstracción de la realidad personal del sujeto: la fijación de una edad determinada por la cual se es inimputable y otra por encima de la cual el modo en que se exige la responsabilidad criminal cambia, por haber adquirido la mayoría de edad. El intento de establecer un tiempo de transición entre la mayoría legal y la plena aplicación de las normas procesales penales para adultos en España tuvo una brevísima e ilusoria aplicación: primero porque la entrada en vigor de la previsión en ese sentido fue prorrogándose reiteradamente y segundo porque la impericia del legislador de turno provocó que la norma derogatoria de este régimen transitorio entrara en vigor unas pocas semanas después de que expirara la última de las prórrogas mencionadas.

pretendían contribuir a la reforma de los menores delincuentes⁵, aún sin responder en absoluto a una estrategia global sobre su tratamiento⁶.

Pero sí puede hablarse con rigor de más de un siglo de justicia juvenil⁷, sin que de todos modos exista aún, ni mucho menos, un consenso siquiera sobre los modelos en que pueden agruparse los diversos ejemplos del Derecho comparado, a pesar de que, salvo algunas llamativas excepciones, existe una perspectiva común de la necesidad de prever una vía estructuralmente distinta a la del enjuiciamiento de adultos. La excepción está en algunos casos relativos al enjuiciamiento de menores en Inglaterra, Gales⁸ y algunos Estados

5 Se opone BOIX REIG, J., «Prólogo» a la obra colectiva dirigida por E. ANARTE BORRALLA, *Tendencias de la Justicia Penal de Menores (Una perspectiva comparada)*, Madrid, 2010, p. 11, a utilizar este adjetivo para aplicarlo a los menores: «los menores de edad no son delincuentes, por más que realicen hechos típicos constitutivos de delito o falta, y que por lo tanto hay que rechazar cualquier planteamiento derivado de dicha falsa atribución. No son delincuentes por cuanto no son imputables y por lo tanto no cometen un delito. En consecuencia, la función que cumple el proceso de menores debe ser estrictamente preventiva y educativa». Comparto, sin duda, el planteamiento garantista que se desprende de su exposición completa, pero me parece muy dudoso que no pueda hablarse rectamente de «delincuentes» respecto a personas que delinquen y que son sometidas a una Ley que tiene como encabezamiento el de «responsabilidad *penal* de los menores». Otra cosa son las salvaguardias y las necesidades que se puedan derivar de las circunstancias especiales de tales delincuentes.

6 MARTÍN OSTOS, J.S., «Jurisdicción de menores: naturaleza y competencia», en *Jurisdicción de Menores*, Barcelona, 1994, pp. 15-18.

7 Cfr. ROSENHEIM, M.K.; ZIMRING, F.E.; TANENHAUS, D.S.; DOHRN, B., *A Century of Juvenile Justice*, Chicago, 2002.

8 DIGNAN, J., «The Juvenile Justice System in England and Wales», in *European Juveniles Justices Systems* (Coord. G. Giostra; ed. V. Patané), Milano, 2007, pp.67– 94.

norteamericanos⁹.

En cualquier caso, cuando tratamos de articular esquemáticamente las respuestas que se derivan de los diversos países estamos sin duda simplificando¹⁰ con fines más bien pedagógicos ante la innegable realidad de la existencia de una gran variedad de sistemas entre los distintos ordenamientos, lo cual tiene bastante de paradójico si se tiene en cuenta el desarrollo y la amplitud de las normas internacionales (*Hard Law* y *Soft Law*) y su influencia en muchas de las reformas nacionales.

Es usual hablar de la existencia de un modelo tutelar, que en teoría no se olvida de la necesidad de proteger al menor, pero que suele estar acompañado de una actitud paternalista que exige una subordinación, en el cumplimiento de una función de *parens patriae* en el que Estado aparece como protector a pesar del propio menor. Se trata de tratamientos específicos que parten de la situación de vulnerabilidad del menor para aplicar medidas de corrección y reforma también particularmente previstas para ello a través de órganos especializados, aunque no imparciales ni independientes del Poder Ejecutivo¹¹. La innegable adaptación de las normas al menor en estos casos hace que se tengan en cuenta las características individuales y ambientales del mismo, pero con una ausencia de garantías que afiancen la seguridad jurídica y la justicia de ese tratamiento. La discrecionalidad proce-

9 TONRY, M.; DOOB, A.N., «Varieties of Youth Justice», in *Youth Crime and Youth Justice. Comparative and Cross-National Perspectives*, (Eds. M. Tonry; A.N. Doob), Chicago, 2004, p. 9: «It is estimated that as many as 200,000 youths a year under the age of eighteen are processed in the adult courts in the United States as if they were adults».

10 Cfr. TONRY, M.; DOOB, A.N., «Varieties...», in *Youth Crime...*, p. 2.

11 Vid. SANZ HERMIDA, A., *El nuevo proceso penal del menor*, Cuenca, 2002, pp. 27-45.

dimental es grande e incluso también lo es la indeterminación en la apreciación de los hechos y en la fijación de las medidas a imponer¹².

En otros países, algunos anglosajones y los escandinavos, la respuesta vino más bien por la vía de naturaleza administrativa, no tanto por un cauce estrictamente procesal, aunque este también existe¹³. Son órganos de las Administraciones Públicas los que se encargan de aplicar criterios de Estado de Bienestar, con inequívoca finalidad protectora y abiertamente educativa. Así, por ejemplo, respecto a Dinamarca, la Ley de servicios sociales recoge una serie de medidas de naturaleza voluntaria como asesoramiento, asociaciones de jóvenes, apoyo pedagógico a los padres, apoyo económico... que en muchos casos precisan del consentimiento paterno y en otros supuestos más graves no¹⁴.

12 En su descripción de cómo este modelo se configuró en España, MARTÍN OSTOS, J., «La Jurisdicción de Menores en España», en *Jurisdicción...*, *op. cit.*, p. 130, enumera de manera meridiana sus graves deficiencias: «aunque el órgano juzgador es calificado de judicial, los elementos que lo integran (Juez, Secretario...) no pertenecen a las respectivas carreras, sino que son extraídos entre determinados profesionales del Derecho, siempre que su edad, conducta social y demás circunstancias así lo aconsejen; (...) la labor de estos Tribunales desborda el ámbito del denominado delincuente menor (facultad reformadora) y es encargado igualmente de velar por el menor abandonado o en peligro (facultad protectora); finalmente, dentro de las características más importantes en los albores de esta jurisdicción en España, hemos de llamar la atención sobre la ausencia por completo de las más mínimas garantías procesales durante el enjuiciamiento de un menor (por el contrario, la libre disposición del Tribunal, junto con la indefensión del menor, son absolutas, permitiéndose un procedimiento paternalista, con grandes posibilidades de incurrir en arbitrariedad)».

13 *Vid.*, por ejemplo, JANSON. C.-G., «Youth Justice in Sweden», in *Youth Crime...*, pp. 413-441.

14 GONZÁLEZ TASCÓN. M.M., *El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión Europea. Hacia una futura política común*, Valladolid, 2010, p. 269: «No ocurre así con aquellas medidas que comportan la separación del me-

El tercero de los modelos es el que opta, sin duda alguna, por la necesidad de aplicar las garantías constitucionales ante el menor sospechoso de la comisión de infracciones criminales¹⁵. Este camino se traza en la senda de la famosa sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *In re Gault*¹⁶, entre algunas otras, en el bien entendido que el menor debe ser considerado un sujeto de derechos, por mucho que se le impute un delito. En ello hay también varias paradojas: pues, por un lado, se insta al sometimiento de tal sujeto a un proceso con todas las garantías, pero a la vez se ve al proceso mismo como un mal que hay que evitar en la medida de lo posible, pues puede ser perjudicial para el desarrollo del menor. Por otro lado, se habla abiertamente de la exigencia de responsabilidad penal, pero se pone el centro en el principio superior del interés del menor que conlleva colocar también en un lugar principal la finalidad educativa de las medidas que se impongan.

Desde la perspectiva española fue la STC 36/1991, de 14 de febrero, en la que el Pleno de nuestro Alto Tribunal declaró contraria a las exigencias constitucionales la regulación de los Tribunales Tutelares de Menores hasta entonces en funcionamiento en nuestro país y así estableció la inconstitucionalidad del «art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, en cuanto regula el procedimiento aplicable en ejercicio de la facultad de corrección o reforma».

Conforme al Tribunal Constitucional, «la seguridad jurídica, entendida, en su sentido más amplio, como la expectativa razona-

nor de su hogar (colocación en unidades de seguridad, hogares sustitutorios u otras instituciones educativas), en relación con las cuales la oposición del menor y/o de sus padres puede determinar que el caso sea llevado ante el Comité de Bienestar del Menor, quien está facultado para imponer, obligatoriamente, el sometimiento del menor a las medidas».

15 Vid. SANZ HERMIDA, A., *El nuevo proceso...*, op. cit., pp. 46-66.

16 *In re Gault* 387 U.S. 1 (1967).

blemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho es difícilmente conciliable con una situación (...) en la que la ordenación del proceso se hace de distinto modo en los diferentes Juzgados de Menores con presencia en unos casos y ausencia en otros del Ministerio Fiscal y del Letrado asesor», y, en especial, destaca que, «interpretados de acuerdo con el Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Convención de los Derechos del Niño, los derechos fundamentales que consagra el art. 24 C.E. han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales y que, en consecuencia, en cuanto que tales derechos se aseguran mediante el cumplimiento de las reglas procesales que los desarrollan, el art. 15 L.T.T.M., al excluir la aplicación de ‘las reglas procesales vigentes de las demás jurisdicciones’ ha de ser declarado inconstitucional y nulo».

En definitiva, desde este punto de vista es necesario asegurar las garantías procesales constitucionales a los menores infractores, como criterio esencial de su enjuiciamiento, que se entiende como tal: una investigación y un enjuiciamiento equivalente a un proceso para adultos, aunque lleno de eufemismos, con una marcada finalidad educativa y con una aplicación muy amplia de medidas de oportunidad que implican una derivación hacia fuera del proceso.

3. LAS BASES DEL VIGENTE PROCESO PENAL DEL MENOR

La sentencia que se acaba de citar supuso la abrogación del sistema español de reforma de los menores a los que se imputaban infracciones criminales¹⁷. Por eso se tuvo que improvisar una rápida

17 Como concluye el FJ. 6.º de la STC 36/1991: «Este Tribunal es bien consciente de que la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 L.T.T.M.,

reforma, que en primer lugar se concretó en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, por la que se introdujo en nuestro Derecho positivo el modelo garantista constitucionalizado de enjuiciamiento de menores¹⁸; mientras, con más tiempo, se fue elaborando en segundo lugar el texto de la vigente Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, que, si bien ha sufrido varias reformas, incluso antes de su entrada en vigor –la mayoría de ellas para aumentar su carácter represivo–, refuerza el sentido de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional.

Como se señala en la Exposición de Motivos de la vigente Ley Orgánica, se trata de una ley que parte de la necesidad de contemplar la exigencia de responsabilidad penal del menor de edad penal, pero fundamentada en principios orientados hacia la «reeducación de los menores de edad infractores, en base a las circunstancias personales, familiares y sociales», como ya había solicitado el Congreso de los

en lo que se refiere sólo al procedimiento corrector, crea una situación normativa oscura e incluso un vacío normativo que únicamente la actividad del legislador puede llenar de manera definitiva. Por eso, como ya hicimos en la citada STC 71/1990, hemos de subrayar la imperiosa necesidad de que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las Cortes procedan a reformar la legislación tutelar de menores. En tanto eso no suceda, serán los propios Jueces quienes habrán de llenar el vacío producido. Afortunadamente el mencionado art. 40.2 b) C.D.N. y nuestra propia doctrina acerca de los derechos garantizados por el art. 24 y en especial, sobre el derecho al Juez imparcial (de donde deriva el principio de contrariedad y en consecuencia la presencia, en el proceso penal, de un acusador) pueden facilitar el desempeño de esa tarea».

- 18 Como reza en el Preámbulo de este texto legal: «se dispone que la dirección de la investigación y la iniciativa procesal corresponderán al Ministerio Fiscal, de manera que quede preservada la imparcialidad del juzgador. A éste se le otorgan amplias facultades en orden a acordar la terminación del proceso con el objetivo de evitar, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que el mismo puede llegar a producir».

Diputados en una moción de 1994. De hecho, se habla de una «naturalmente formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad».

Lógicamente, tras la admonición del Tribunal Constitucional, no quedaba otra opción que la de reconocer expresamente todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, entre muchas otras. Aun así, se establece un auténtico proceso penal, aunque especializado por razón de los sujetos, del objeto y también del procedimiento.

La finalidad manifiesta es aplicar al menor infractor¹⁹ una intervención educativa de especial intensidad en la que se rehuya todo

19 Desde el punto de vista de las garantías procesales suscita algún asombro la facilidad con que se habla de «menores infractores» aún sin sentencia firme. No sólo me refiero a la incorrección del lenguaje, sino sobre todo al dudoso lugar en que queda el derecho fundamental de la presunción de inocencia, garantía penal esencial donde las haya. En distintos trámites de la Ley de responsabilidad penal del menor, explícita o implícitamente, parece que el legislador parte de la culpabilidad del niño, niña o adolescente, porque si desde el propio trascurso del procedimiento ya se le hecho interiorizar el reproche social sobre su propia conducta, o ha reparado o se ha conciliado con la víctima, aún sin que haya habido práctica de prueba incriminatoria alguna, se dará por satisfecha la finalidad sancionadora-educativa del ordenamiento jurídico. Es verdad que no se le aplica ninguna de las medidas previstas, para lo cual será necesario pasar por el trámite de la audiencia donde se practiquen los elementos probatorios de convicción para que el Juez de Menores imponga la que entienda razonablemente que corresponda. Pero en muchas de las medidas de oportunidad se pretende que haya una respuesta sancionadora-educativa más o menos proporcionada, y desde luego anticipada, respecto a un menor sobre el que como mucho pesan indicios de la comisión de una determinada conducta, pero no más (p. ej. rúbrica del art.18, arts. 19 ó 27.4 de la LO 5/2000; otro contexto es el de las conformidades en que el presupuesto se declare autor de los hechos).

efecto contraproducente para el menor. Por ello la equiparación con el proceso de adultos tiene sus límites aparentemente claros, pues como se dice en el apartado segundo de la comentada Exposición de Motivos se rechazan «expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma».

En efecto, no es mal ejemplo el de que en el proceso penal de menores ante la comisión de una acción u omisión tipificada penalmente se exige, en principio, la aplicación de una pena prevista en las normas penales. En el proceso de menores no se habla de «penas», sino de «medidas» (Título II), tratando así de resaltar esa finalidad socializadora tanto de las medidas como del propio procedimiento. Lo que interesa, y ocupa un lugar central en este tipo de enjuiciamiento es la valoración personal y social del sujeto pasivo del procedimiento. De ahí la relevancia del equipo técnico a lo largo de toda la tramitación, que debe valorar «la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como (...) su entorno social, y en general (...) cualquier otras circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas» y, en consecuencia podrá proponer «una intervención socio-educativa sobre el menor, poniendo de manifiesto en tal caso aquellos aspectos del mismo que considere relevantes en orden a dicha intervención» (art. 27.1 y 2 LO 5/2000).

Como antes decía, la finalidad mixta del Derecho penal del menor conlleva la abundante previsión de eufemismos legales, en ocasiones más justificados que en otras. Así, acabamos de ver que las medidas persiguen un objetivo específico cualitativamente distinto a las penas propiamente dichas. Pero esta modificación lingüística en otras ocasiones tiene efectos poco más allá de los cosméticos: por ejemplo, cuando se habla de «expediente» en lugar de «autos» o de «audiencia» en lugar de «juicio»; y en ocasiones hasta hilarantes, como cuando por un lado se observa la proclamación del principio acusatorio (art. 8 LO 5/2000), pero luego no aparece en ningún momento y de

manera expresa ningún «escrito de acusación» o siquiera «de calificaciones provisionales», sino un «escrito de alegaciones» que, en su caso, el Fiscal remite junto con «el expediente, las piezas de convicción, los efectos y demás elementos relevantes para el proceso» (art. 31 LO 5/2000). Obviamente este escrito de alegaciones lo que contiene principalmente es la acusación –y, en su caso, la pretensión de resarcimiento–, salvo que estime que lo que corresponde legalmente es el sobreseimiento.

Con exageraciones o sin ellas, lo que sobrevuela todas estas adaptaciones legislativas es la idea prioritaria del interés superior del menor, cuyo fundamento habrá que tratar de desvelar en el apartado siguiente. ¿Por qué el menor ostenta este interés superior que condiciona todo su tratamiento jurídico-material y procesal? De momento interesa subrayar que hasta hace poco este principio era un concepto jurídico indeterminado, que debía informar la actividad de los poderes públicos y que, por tanto, debía ser llenado de contenido caso por caso, en último término por los propios órganos jurisdiccionales competentes²⁰. Ha sido el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el que, entre otras muchas disposiciones, ha introducido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, una pormenorizada interpretación auténtica sobre esta proteica expresión del «interés del menor», cuyo trasfondo es lo que se pretende entrever en las páginas que siguen.

Posiblemente no esté de más señalar, para avanzar en nuestro estudio, que el apartado segundo del aludido artículo 2 establece una serie de criterios generales para la interpretación y la aplicación de

20 Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, 2.^a ed., Madrid, 2007, y DE TORRES PEREA, J.M., *Interés del menor y Derecho de familia*, Madrid, 2008.

este principio, sin perjuicio de los específicos que en cada caso la legislación o las circunstancias concretas exijan:

- a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.
- c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.²¹
- d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad²².

21 Como es lógico, se añaden una serie de matizaciones a este apartado: «Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia».

22 Conforme al apartado tercero, estos criterios deben ponderarse conforme a unos elementos generales que enumera expresamente:

- a) La edad y madurez del menor.
- b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual,

No hay especiales novedades en esta enumeración: el derecho a la vida y a la supervivencia, la necesidad de satisfacer sus necesidades básicas, el derecho de participar en las decisiones que le afectan, el derecho a un entorno familiar adecuado y sin violencia, la preservación de su identidad, cultura, religión y demás particularidades, de forma que no sufra discriminación por ellas en nada lo distinguen de un adulto. Pero se añaden algunas circunstancias en las que deberemos fijarnos, porque son específicas y condicionan el modo en que se satisfagan los derechos anteriores: el menor es una persona en

su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

- c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
- d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.
- f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores».

Es interesante añadir, como hace la ley, el criterio de la interpretación conjunta de estos elementos, siempre respetando los principios de necesidad y proporcionalidad («de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara»). Se trata de una razonable puntualización de dimensión claramente constitucional y que contribuye a la efectividad de la protección del menor en todo caso.

En el apartado cuarto se establecen unas previsiones para el caso de concurrencia con cualquier otro interés legítimo y la necesidad de respeto de las debidas garantías del proceso.

desarrollo, que puede tener necesidades emocionales y afectivas particulares. La cuestión que nos ocupa es tratar de determinar el por qué.

No conviene cerrar esta panorámica sobre la situación normativa de protección del menor sin mencionar la promulgación de la Directiva (UE) 2016/800, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales²³. Desde la perspectiva que nos interesa ¿añade algo este texto legal europeo de obligada transposición al Derecho español? Y la respuesta debe ser afirmativa, aunque no nos desviará mucho de la línea que ya hemos empezado a trazar.

Básicamente su ámbito de aplicación son los menores sospechosos o acusados en procesos penales y también a los buscados con el fin de aplicar una orden de detención europea. Es especialmente interesante el artículo 7 que proclama un derecho a una evaluación individual, pues parte de la necesidad de velar por las necesidades específicas de los menores en materia de protección, educación, formación e inserción social sean tenidas en cuenta. Esa evaluación debe implicar determinar la personalidad y madurez del menor, su contexto económico, social y familiar, así como cualquier vulnerabilidad específica que pueda tener el menor. El resultado de este detenido examen servirá para los procedimientos en que se precise conocer las características individuales y a las circunstancias del menor que puedan ser útiles para la adopción de las decisiones concretas a lo largo del proceso. Para ello se establece la necesidad de realizar esta evaluación en la fase más temprana posible del proceso²⁴.

23 DOUE L 132, de 21 de mayo de 2016, pp. 1–20.

24 Se prevé, por otro lado, la posibilidad de excepciones a la obligación de realizar esta evaluación individual, «si la excepción está justificada en las

Por otra parte, se establece también un derecho a un reconocimiento médico sin dilación indebida a los menores privados de libertad, con objeto de evaluar, en particular, su estado físico y mental general; la posibilidad de grabación audiovisual de los interrogatorios cuando ello sea proporcionado en las circunstancias del caso; se prevé la privación de libertad de los menores solamente como último recurso; en caso de no quedar otro remedio, en línea con disposiciones internacionales, se establece un tratamiento específico para el tiempo de internamiento, principalmente su separación de los adultos y la aplicación de toda una serie de medidas dirigidas, entre otros fines, a garantizar y salvaguardar su desarrollo físico y mental y a garantizar el acceso a programas que fomenten su desarrollo y su reinserción social. A partir de la idea intuitiva de que el tiempo es especialmente importante para los menores, se establece la exigencia de una tramitación urgente y con la debida diligencia de los procesos de menores. La misma situación de vulnerabilidad es base para sostener el derecho del menor a estar acompañado por el titular de la patria potestad o por otro adulto adecuado durante el proceso²⁵.

circunstancias del caso y siempre que sea compatible con el interés superior del menor» (art. 7.9 Directiva).

- 25 La adaptación a las circunstancias del menor también exige la aplicación de medidas adecuadas para velar por que los menores sean tratados siempre de manera que se proteja su dignidad y de un modo que sea adecuado a su edad, madurez y nivel de comprensión, y teniendo en cuenta cualesquiera necesidades especiales que puedan tener, incluidas las posibles dificultades de comunicación (art. 13.2 Directiva). Por otro lado, el personal de las autoridades policiales y de los centros de detención que traten asuntos relacionados con menores deben recibir formación específica de un nivel adecuado al tipo de contacto con los menores, en materia de derechos de los menores, técnicas de interrogatorio adecuadas, psicología infantil y comunicación en un lenguaje adaptado al menor; asimismo los jueces y fiscales de menores y los abogados que les asistan deben disponer de apti-

De nuevo, bajo esta panoplia de derechos básicos se percibe que nos encontramos ante personas en situación de especial vulnerabilidad, aunque como es lógico esta podrá concretarse en diversos grados, pues no es lo mismo un niño de catorce años en situación de desvalimiento familiar que un muchacho de diecisiete que es líder de una pandilla de acosadores. ¿Hay algo en común a estas situaciones que justifique la previsión de estas normas especiales? O, dicho de otra manera ¿por qué afirmamos que el menor es vulnerable a pesar de haber sido capaz de cometer una infracción criminal? ¿Qué es lo que se esconde detrás de esta idea de vulnerabilidad?

4. FUNDAMENTOS DE UN TRATAMIENTO PENAL PARTICULAR PARA EL MENOR

Una vez recordado el contexto jurídico vigente sobre el tratamiento de los menores a los que se pretende reformar tras la comisión de una infracción criminal, y esbozadas las líneas básicas a las que las normas jurídicas dirigen nuestra atención en el momento de enjuiciarlos, debemos tratar de aplicar una metodología interdisciplinar que nos pueda acercar a respuestas mínimamente aceptables ante los interrogantes planteados. Como hemos visto, del propio texto legal se desprende la centralidad de la situación social del menor sospechoso y de su estado y madurez psicológica. Pero no es suficiente con buscar apoyo en los estudios sociológicos y en los psicológicos, sino que es necesario atender a los avances y complejidades de las neurociencias para valorar si ya están en disposición de proporcionarnos información biológica objetiva que fundamente todo lo demás.

tudes específicas en la materia o acceso a una formación específica (art. 20 Directiva).

4.1. *Fundamentos sociológicos*

No es nuevo, ni mucho menos, el planteamiento sociológico de la delincuencia juvenil, tienen bastante más de medio siglo los estudios de COHEN sobre los chicos delincuentes y la cultura de las pandillas²⁶. Sin pretender entrar de lleno en las cuestiones relativas al control social, la desviación y el delito²⁷, y por tanto en el estudio de fenómeno delincencial como problema social en sí, tal vez sí sea necesario traer a colación algunas conclusiones de esos análisis.

Por supuesto, la perspectiva que se adopta aquí es colectiva, el menor como miembro de un grupo que se encuentra en un determinado contexto social. Así se ha hablado de una «subcultura delincuente» que invierte los valores sociales en sectores juveniles procedentes mayoritariamente de clases bajas y medias bajas que ven insatisfechos los fines y objetivos generalmente instituidos. De ahí que se produzca una separación asumida por el propio grupo minoritario y una hostilidad hacia los demás («ellos y nosotros»).

En este sentido GIDDENS y SUTTON²⁸, refiriéndose a los países desarrollados, aluden al robo, el asalto al domicilio y al atraco como «delitos callejeros» propios de jóvenes varones de clase baja y recuerdan la explicación que suelen ofrecer los medios de comunicación: el vandalismo, el absentismo escolar y el consumo de drogas en un contexto de «permisividad» social. Pero aconsejan cautela en

26 COHEN, A.K., *Delinquent Boys: the culture of the gang*, Chicago, 1955.

27 Puede verse una interesante exposición sobre las teorías que han explicado la etiología de la desviación y la delincuencia en HERRÁNZ DE RAFAEL, G., «Control social, desviación y delito», en *La sociedad desde la Sociología. Una introducción a la Sociología General* (Coords. J. Iglesias de Usel, A. Trinidad Requena, R.M. Soriano Miras), Madrid, 2016, pp. 271-293.

28 GIDDENS, A.; SUTTON, P.W., *Sociología*, 7.ª ed., Madrid, 2014.

la aproximación a esta cuestión, pues no deja de ser minoritaria, y tampoco deja de ser compleja, pues las actitudes de estos grupos de jóvenes suelen estar relacionadas con comportamientos antisociales, con subculturas y con falta de conformidad con los comportamientos mayoritarios que no son en sí mismas delictivas.

Esta forma de explicar la situación del menor puede explicar bastantes casos de delincuencia juvenil: como rebelión contra lo establecido, pero ni explica en su totalidad –o en su núcleo común– el problema de la criminalidad de los adolescentes, ni nos proporciona argumentos para aquello que nos interesa especialmente en este estudio: la razón por la que los miembros de ese grupo de rebeldes, con o sin causa, deben ser tratados de una forma especializada y especialmente cuidadosa por el Derecho, y en particular por el Derecho penal y el Derecho procesal penal²⁹.

Parece claro que el entorno social afecta al individuo que comete alguna infracción criminal, y mucho más si es delincuente habitual. Ya hemos visto que el tratamiento legal del menor sospechoso no se olvida de este aspecto, pues puede ser un importante elemento en cuanto a cómo tratar al delincuente en el propio proceso (por ejemplo, si quienes deben acompañarlo deben ser o no sus padres) y a las medidas que conviene imponerle dadas sus circunstancias específicas, entre las que expresamente se mencionan las sociales y, aún de manera más específica, las familiares. No olvidemos que el fin del tratamiento procesal del menor es su educación para vivir en sociedad, su «socialización». Pero no es suficiente con esta explicación.

29 Sí puede afirmarse que esta perspectiva nos encamina a destacar la función social del Derecho, como coactividad institucionalizada: SORIANO, R., *Sociología del Derecho*, Barcelona, 1998, p. 387, nos habla de «la función de control y determinación del comportamiento», justificada en la protección de determinados bienes jurídicos esenciales.

4.2. Fundamentos psicológicos

MARTÍN OSTOS se refería ya a la relativa importancia del «discernimiento»³⁰ y lo definía como la facultad de distinguir con el pensamiento, especialmente entre el bien y el mal. Por tanto, desde este punto de vista estamos hablando de la capacidad del menor de articular razonamientos éticos más o menos sólidos que puedan ordenar su conducta. Es verdad que, si nos interesa básicamente la finalidad educativa del menor, nos importa menos el castigo por haber elegido éticamente mal. Pero eso no nos aparta del todo de la cuestión de su culpabilidad en el sentido material, como «capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, exigibilidad de otra conducta» y sobre todo en la función motivadora de las normas penales³¹.

Con ello nos situamos directamente en una perspectiva psicológica, pues va a ser importante desde este punto de vista la madurez del menor para poder sentirse motivado por la norma penal, por tanto en la consideración de si el menor tiene un desarrollo mental suficiente como para discernir los mandatos normativos. Naturalmente, no porque conozca el Código Penal y las normas penales especiales,

30 MARTÍN OSTOS, J.S., «Jurisdicción de menores...», *op. cit.*, pp. 36-37. Relativa importancia, porque, con buen criterio, destaca su inutilidad como criterio delimitador de la competencia de los órganos encargados de la justicia juvenil.

31 Así MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 9.ª ed., Valencia, 2015, pp. 381-383, hablan de un concepto material de la culpabilidad como teoría del sujeto responsable: «la norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena».

sino más bien porque ya puede discernir entre las conductas que contribuyen a una vida pacífica y organizada en comunidad y aquellas otras que lesionan esta convivencia.

Estamos hablando de consecuencias sociales de la conducta, pero ya desde el propio individuo, que calibra si lo que hace o deja de hacer está bien o está mal, por supuesto con multitud de influencias externas, culturales... comunitarias en definitiva, pero en último término con una soberana decisión personal –que también puede ser dispositiva, en el sentido de dejarse llevar por los demás, por el grupo delinencial al que se refería COHEN–. Como dicen MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN³², «hay una etapa en la evolución cronológica de la madurez del ser humano en la que aún no están plenamente asentados los rasgos psicológicos ni la personalidad».

Es necesario, pues, buscar ayuda en la Psicología del desarrollo para intentar acercarnos un poco más a las respuestas que estamos buscando, es decir, debemos preguntarnos en qué consiste esta evolución cronológica durante la cual un ser humano debe ser tratado de una manera diferente a otro que se supone ya ha completado ese desarrollo: ¿cuáles son los elementos psicológicos que hacen vulnerable a un adolescente? ¿qué consecuencias negativas para la personalidad de ese sujeto se podrían derivar si fuera tratado como un adulto?³³

La primera pregunta desde esta perspectiva es evidente: ¿Qué es el desarrollo? Podría afirmarse que designa las continuidades y los cambios sistemáticos del individuo que van desde la concepción hasta

32 MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 392.

33 Como afirma SCOTT, E., «Criminal Responsibility in Adolescence: Lessons from Developmental Psychology», in *Youth on Trial. A Developmental Perspective on Juvenile Justice*, Chicago, 2000, p. 300: «A general account of the role of antisocial conduct in adolescence suggests that youthful criminal conduct is best understood in a developmental context».

la muerte. Son cambios ordenados bajo un patrón bastante duradero y regular. Esta evolución se basa la maduración y en el aprendizaje³⁴. En parte la maduración es la causa de algunos cambios psicológicos importantes como la creciente capacidad de concentrarse, de resolver problemas y entender los pensamientos y sentimientos ajenos. Pero también las experiencias producen cambios relativamente permanentes en nuestros pensamientos, sentimientos y comportamientos. Se confirma, por tanto, esa combinación de factores internos y externos que van conformando el desarrollo del sujeto.

PIAGET, el teórico más importante sobre el desarrollo del niño, aplicó sus estudios psicológicos para formular su teoría en la que, básicamente, la inteligencia es entendida como la función básica de la vida que ayuda a los organismos a adaptarse a su entorno: una forma de equilibrio al que tienden todas las estructuras cognoscitivas³⁵. Según este autor suizo el niño va construyendo el conocimiento él mismo. La cognición se obtiene perfeccionando y transformando estructuras mentales, patrones de pensamiento o de acción, que se crean a través de dos procedimientos intelectuales innatos: la organización y la adaptación³⁶. En su conocida formulación de etapas, nos interesa destacar que a partir de los once o doce años aparecen las operaciones formales, acciones mentales realizadas sobre ideas y proposiciones que permiten el pensamiento hipotético-deductivo. Este desarrollo cognoscitivo contribuye a tomar decisiones difíciles de carácter personal.

Nos estamos acercando pues, al período en que el individuo ya es susceptible de ser influido por el sistema normativo, y en con-

34 Esta es la clara explicación de SHAFFER, D.F.; KIPP, K., *Psicología del desarrollo. Infancia y adolescencia*, México, D.F., 2007, pp. 2-3.

35 PIAGET, J., *La psicologie de l'intelligence*, Paris, 2012,

36 Puede verse una eficaz explicación en SHAFFER, D.F.; KIPP, K., *Psicología del desarrollo...*, pp. 244-245.

secuencia empieza a ser razonable una exigencia de responsabilidad pública por su conducta. Sin embargo, la división por etapas de este desarrollo fue ampliamente criticada, tanto en el *an* como en el *quando*: es decir, por un lado, respecto a si realmente la evolución es tan marcada y, por otro, sobre el momento en que puede hablarse ya de una etapa distinta a la anterior, dada la gradualidad evidente de las transformaciones³⁷.

Por su parte VIGOTSKY se fija más en la función de la cultura en el desarrollo intelectual: al desarrollo de la cognición humana le afectan las creencias, los valores y herramientas de la adaptación intelectual transmitida a los individuos por su cultura³⁸. Es la cultura la que a través del tiempo transforma las funciones mentales elementales del niño en unas funciones perfeccionadas: las funciones mentales superiores, y lo hace proporcionándoles herramientas de adaptación intelectual.

En cuanto al desarrollo específicamente moral, parece ser que tiene un componente afectivo o emocional, que consta de sentimientos y acompaña las acciones buenas o malas y produce pensamientos y acciones éticas; un componente cognoscitivo, que se refiere a la forma de conceptualizar el bien y el mal y en tomar decisiones sobre el comportamiento, y un componente conductual que indica cómo nos comportamos realmente cuando sentimos la tentación de mentir, de engañar o de violar normas³⁹.

37 Vid. PAPALIA, D.E.; WENDKOSOLDS, S.; DUSKIN FELDMAN, R., *Psicología del desarrollo. De la infancia a la adolescencia*, 11.ª ed., México, 2004, pp. 491-492.

38 Cfr. SHAFFER, D.F.; KIPP, K., *Psicología del desarrollo...*, pp. 274-282.

39 Esta es una composición consensual de la definición moral en la comunidad académica, que resumen SHAFFER, D.F.; KIPP, K., *Psicología del desarrollo...*, pp. 567 y 568.

PIAGET hablaba del desarrollo moral, que para él implica sobre los once años de edad la creación de una moralidad autónoma que supera una mera moralidad heterónoma. A lo que KOHLBERG añadió que entre la adolescencia y la edad adulta ese desarrollo específico se vuelve más complejo, con diversas etapas derivadas de la adquisición de capacidades cognitivas (1. Moralidad preconvencional; 2. Moralidad convencional, 3. Moralidad de principios –orientación al contrato social y moralidad de principios individuales de conciencia-) ⁴⁰, lo cual se ha confirmado por otros investigadores como estructuras universales relacionadas con la edad, aunque se ha criticado que esta visión está culturalmente sesgada e influida por criterios de justicia –con lo cual no tiene en cuenta conductas que van más allá de la justicia como las conductas altruistas–. Se habla de factores que contribuyen psicológicamente a la adquisición de controles inhibidores: el elogio de la conducta virtuosa, el castigo razonado, el entrenamiento en el autoconcepto ético.

Se planteó de manera dramática la cuestión en el debate surgido en los Estados Unidos en torno a la aplicación o no de la pena de muerte a los adolescentes: el 1 de marzo de 2005 la Corte Suprema (*Roper vs. Simmons*) ⁴¹ determinó con una minoría ínfima de cuatro

40 Seguimos de la mano de la clara explicación de SHAFFER, D.F.; KIPP, K., *Psicología del desarrollo...*, pp. 574 y ss.

41 Caso *Roper vs. Simmons* [543 U.S. 551 (2005)]: «Three general differences between juveniles under 18 and adults demonstrate that juvenile offenders cannot with reliability be classified among the worst offenders. First, as any parent knows and as the scientific and sociological studies respondent and his amici cite tend to confirm, '[a] lack of maturity and an underdeveloped sense of responsibility are found in youth more often than in adults and are more understandable among the young. These qualities often result in impetuous and ill-considered actions and decisions.' Johnson, supra, at 367; see also Eddings, supra, at 115–116 («Even the normal 16-year-old customarily lacks the maturity of an adult»). It has been noted that «adolescents are overrepresented statistically in virtually every category

sobre cinco que la pena de muerte es inconstitucional para un condenado por homicidio con 17 años en el momento de cometerlo. El criterio clave por el cual se afirmó que los menores no deben ser sometidos a las mismas normas que los adultos es justamente el de la madurez en el sentido de un menor desarrollo. En 2012 se declaró inconstitucional también por escasa mayoría la cadena perpetua para menores de dieciocho años⁴². Stephen BREYER explicó que «comparados con los adultos, los jóvenes carecen de madurez y cuentan con un sentido poco desarrollado de la responsabilidad»⁴³

of reckless behavior.» Arnett, *Reckless Behavior in Adolescence: A Developmental Perspective*, 12 *Developmental Review* 339 (1992). In recognition of the comparative immaturity and irresponsibility of juveniles, almost every State prohibits those under 18 years of age from voting, serving on juries, or marrying without parental consent. See Appendixes B–D, *infra*.

... The second area of difference is that juveniles are more vulnerable or susceptible to negative influences and outside pressures, including peer pressure. Eddings, *supra*, at 115 («[Y]outh is more than a chronological fact. It is a time and condition of life when a person may be most susceptible to influence and to psychological damage»). This is explained in part by the prevailing circumstance that juveniles have less control, or less experience with control, over their own environment. See Steinberg & Scott, *Less Guilty by Reason of Adolescence: Developmental Immaturity, Diminished Responsibility, and the Juvenile Death Penalty*, 58 *Am. Psychologist* 1009, 1014 (2003) (hereinafter Steinberg & Scott) («[A]s legal minors, [juveniles] lack the freedom that adults have to extricate themselves from a criminogenic setting»). The third broad difference is that the character of a juvenile is not as well formed as that of an adult. The personality traits of juveniles are more transitory, less fixed. See generally E. Erikson, *Identity: Youth and Crisis* (1968)».

42 El 21 de junio de 2012 se dictó la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Miller vs. Alabama* [567 U.S. 460 (2012)].

43 Lo que recoge literalmente en su voto concurrente de la sentencia *Miller vs. Justice* BREYER es una afirmación ya contenida en *Graham vs. Florida* 560 U.S. 48 (2010): «compared to adults, juveniles have a lack of maturity

STEINBERG y SCOTT⁴⁴, especialistas en el estudio del comportamiento adolescente, resumen que el tratamiento de los adolescentes debe ser diferente por tres razones:

- 1) Los menores tiene deficiencias en la capacidad de toma de decisiones, especialmente en situaciones de alto nivel emocional; y piensan menos en las consecuencias de sus actos por lo que tienden a asumir más riesgos, ya sea por limitaciones cognitivas o por falta de experiencia vital;
- 2) son especialmente vulnerables a las circunstancias coercitivas, como la presión de sus compañeros, como una manifestación de los pasos para emanciparse del control paterno. El temor a un rechazo de su grupo social les produce un condicionamiento psicológico;
- y 3) su personalidad no está todavía formada por completo. Se habla de que la delincuencia juvenil puede representar una fase temporal de experimentación y adopción de riesgos, no un problema moral duradero⁴⁵.

and an underdeveloped sense of responsibility; they are more vulnerable or susceptible to negative influences and outside pressures, including peer pressure; and their characters are not as well formed.» Vid. más ampliamente: SCOTT, E.; GRISSO, T.; LEVICK, M.; STEINBERG, L., *The Supreme Court and the Transformation of Juvenile Sentencing*, New York, 2015.

44 SCOTT, E.; STEINBERG; L., *Rethinking Juvenile Justice*, Cambridge-London, 2008, p. 29: «scientific knowledge about cognitive, psychosocial, and neurobiological development in adolescence supports the conclusion that juveniles are different from adults in fundamental ways that bear on decisions about their appropriate treatment within the justice system – and that this scientific knowledge should be the foundation of the legal regulation of juvenile crime».

45 Vid. STEINBERG, L.; SCOTT, E., «Less Guilty by Reason of Adolescence. Developmental Immaturity, Diminished Responsibility, and the Juvenile

Estas aproximaciones sociológicas y psicológicas a las razones que fundamentan un enjuiciamiento distinto para quienes no han llegado aún a su mayoría de edad no deberían llevar a la errónea conclusión de que en este estudio se opta por una artificial y superada concepción de la *psique*, dentro de los complejos debates históricos entre «la naturaleza de lo mental y de sus relaciones con lo corporal»⁴⁶. Las dificultades para establecer una relación objetiva entre el pensamiento y la fisiología, a pesar de los obvios avances de la neurociencia, ni deben llevarnos a un escepticismo radical, ni tampoco a un determinismo acrítico que, de confirmarse, en lo jurídico tendría consecuencias devastadoras. Es, naturalmente, una cuestión que ya inquietaba a los filósofos clásicos, entre los que destacan Platón y Descartes, y que fue, por supuesto, ámbito de amplia elucubración por los teólogos cristianos medievales⁴⁷. Lejos de perder interés lo ha ido suscitando en los últimos lustros con mayor fuerza⁴⁸, creando pro-

Death Penalty», *American Psychologist*, December, 2003, vol. 58, num. 12, pp. 1009–1018.

- 46 La expresión es de BUNGE, M., *El problema mente-cerebro. Un enfoque psicológico*, Madrid, 2011, p. 19, en la introducción a un apasionante estudio sobre lo que él mismo califica como un «hueso duro de roer».
- 47 Es deliciosa la afirmación de AGUSTÍN DE HIPONA en *De civitate Dei*, XXI, 10,1 por la que señalaba que el modo en que los espíritus se unen a los cuerpos es del todo admirable e incomprensible para el hombre; y sin embargo es el hombre mismo («*quo corporibus adhaerent spiritus et animalia fiunt, omnino mirus est nec comprehendi ab homine potest, et hoc ipse homo est*»).
- 48 Sigue siendo paradigmática la obra de DAMASIO, A., *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*, Barcelona, 2011, donde defiende una «perspectiva organísmica» para una comprensión global de la mente humana, que nos será de utilidad más adelante para completar el alcance de nuestra exposición integral.

blemente expectativas desmesuradas⁴⁹. No obstante, puede ser de interés espigar con prudencia y, sin perder la visión de conjunto, qué pueden aportarnos los resultados de diversas investigaciones neurocientíficas, y las reflexiones en torno a ellas⁵⁰, para tratar de descifrar con mayor minuciosidad en qué pueda consistir en concreto ese estado de inmadurez del adolescente.

4.3. *Fundamentos biológicos: el desarrollo cerebral y la responsabilidad penal del menor*

Los avances de la neurociencia nos colocan todavía en la incertidumbre, pero nos pueden ya dar alguna pista sobre la que esbozar algunas conclusiones útiles para este aventurado recorrido intelectual⁵¹.

49 Desde un punto de vista crítico, desde la ética *vid.* CORTINA, A., *Neuroética y neuropolítica*, Madrid, 2011 («Los avances en neurociencias abren un universo de posibilidades para dar cuerpo a uno de los grandes principios de la ética de la actividad científica, que es el de beneficiar, aunque siempre conviene hablar con la debida prudencia»), y desde el Derecho, TARUFFO, M., «Proceso y neurociencia. Aspectos generales», *Neurociencia y proceso judicial* (Dir. M. Taruffo y J. Nieva Fenoll), Madrid, 2013, pp. 15-24 («No tiene sentido —...— decir que el cerebro ‘decide’ y ‘razona’, y tampoco tiene lógica relacionar juicios morales con partes o áreas del cerebro. Se puede decir, en esencia, que es preciso tener cerebro para penar y querer del mismo modo que es necesario tener cerebro para caminar, pero evidentemente el cerebro el que camina, y no es el cerebro, él solo, el que piensa o desea»).

50 PARDO, M.; PATTERSON, D., *Minds, Brains and Law. The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*, New York, 2013: «Because certain structures may be necessary to exercise various capacities or to engage in certain behavior, neuroscience may contribute greatly by identifying these necessary conditions as well as by showing that, because of injury or deformity, a person lacks them».

51 Estamos refiriéndonos a la llamada «neurociencia cognitiva», que ha sido definida como «un campo de indagación científica que estudia las bases

Muchas cuestiones de la neurociencia ya no son misterios insondables, sino problemas para los que se van teniendo instrumentos de acercamiento a su resolución⁵².

Con todas sus prevenciones, DAMASIO defiende que la razón humana depende de varios sistemas cerebrales, que trabajan al unísono a través de muchos niveles de organización neuronal, y sugiere que la mente existe «en un organismo integrado y para él; nuestras mentes no serían como son si no fuera por la interacción de cuerpo y cerebro durante la evolución, durante el desarrollo individual y en el momento presente» y lo fundamenta en tres interesantes afirmaciones que desarrolla a lo largo de su mencionado libro: «1) El cerebro y el resto del cuerpo constituyen un organismo indisoluble»; «2) El organismo interactúa con el ambiente como un conjunto» y «3. Las operaciones fisiológicas que podemos denominar mente derivan del conjunto estructural y funcional y no sólo del cerebro»⁵³.

Se trata, por tanto, de una concepción integral de en la que las emociones tienen su lugar específico en la complejidad del cerebro,

neuroológicas implicadas en las diversas formas de actividad mental» por ESCERA, C., FUENTES, L. y CADAVEIRA, F., «De la Psicología cognitiva a la Neurociencia cognitiva», *Mente y cerebro. De la Psicología experimental a la Neurociencia cognitiva* (Coords. T. Bajo Molina, L.J. Fuentes Melero, J. Lupiáñez Castillo y C. Rueda Cuerva), Madrid, 2016.

52 En este sentido DAMASIO, A., *El error de Descartes...*, *op. cit.*, pp. 29-30: «Se me hace difícil considerar los resultados científicos, especialmente en neurobiología, como algo más que aproximaciones provisionales que pueden disfrutarse durante un tiempo y que hay que rechazar tan pronto como se dispone de mejores explicaciones. Pero escepticismo sobre el alcance actual de la ciencia, en especial si se refiere a la mente, no implica una disminución del entusiasmo por el intento de mejorar las aproximaciones provisionales».

53 Cfr. DAMASIO, A., *El error de Descartes...*, *op. cit.*, pp. 23-28.

pero están a la vez conectados dentro de un sistema a gran escala. El cerebro sería, en sus propias palabras: «un sistema de sistemas»⁵⁴. Este sería, pues, el substrato biológico en el que debemos tratar de indagar, principalmente, en dos aspectos: uno, nada sencillo, el de la constatación de la relación entre el funcionamiento cerebral y la adopción de decisiones encaminadas a una determinada acción u omisión que pueda estar influida por razonamientos éticos; y dos, directamente relacionado con el anterior, pero que tiene en cuenta la dimensión evolutiva: examinar de qué modo los cambios cerebrales que se producen entre la niñez y la edad adulta pueden tener un reflejo en esos razonamientos.

En todo caso parece ser que hay experimentos neuropsicológicos que pueden tomarse como indicios de que la conexión entre el razonamiento moral y la acción moral es bastante débil, y que las emociones, principalmente la empatía, resultan mucho más eficaces como motivadoras del comportamiento moral⁵⁵. Por tanto, el razonamiento que puede regir la conducta individual no es una argumentación lógica pura, como idealmente pudiéramos suponer, sino trufada de emociones que también influyen en la conducta concreta⁵⁶. Y por si todo

54 DAMASIO, A., *El error de Descartes...*, op. cit., p. 68: «Cada sistema está compuesto por una compleja interconexión de regiones corticales y núcleos subcorticales, todos ellos pequeños pero macroscópicos, que están constituidos por circuitos locales microscópicos y que, a su vez, están formados por neuronas, todas las cuales están conectadas mediante sinapsis».

55 Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, D., *A la sombra de Hume. Un balance crítico del intento de la neuroética de fundamentar la moral*, Madrid, 2017, p. 33.

56 CHURCHLAND, P.S., «Inference to the Best Decision», *The Oxford Handbook of Philosophy and Neuroscience* (Ed. J. Bickle), New York, 2009, p. 425: «The nature of decision making, in humans and other animal, is beginning to be understood at both the psychological and the neurobiological levels. The emergence of a social decision depends on background conditions

ello fuera poco, no debemos desdeñar que la adopción de decisiones, especialmente en situaciones de tensión, van a tener una influencia prioritaria los heurísticos, que nos llevan a decisiones intuitivas, con los inevitables sesgos psicológicos que ello conlleva⁵⁷.

Hasta hace poco la comunidad científica entendía que en la pubertad es cuando el cerebro alcanzaba su plena madurez, es decir, como nos recuerda la sabiduría popular, con el nacimiento de las «muelas del juicio». Pero los estudios con imágenes cerebrales han revelado que el cerebro adolescente todavía está en plena evolución: se producen en esa etapa cambios importantes en las estructuras cerebrales que parecen afectar a la emoción, al juicio, a la organización del comportamiento y al autocontrol⁵⁸. Por tanto, a las inseguridades anteriores, es preciso añadir el componente evolutivo.

Me atrevería a afirmar, aún sin base científica alguna, que esa evolución biológica continúa a lo largo de toda la vida del ser pen-

including emotions, motivational factors, and social understanding, some of which may be nonconscious and inarticulable»

57 TVERSY, A., y KAHNEMAN, D., «Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases», *Science* 185, n. 4157, 1974, pp. 1124-1131, y mucho más ampliamente, este segundo autor en *Pensar rápido, pensar despacio*, 3.^a ed., Barcelona, 2012, donde explica de manera detenida su sugestiva teoría de los dos sistemas de razonamiento: el sistema 1, rápido, intuitivo y emocional, y el sistema 2, más lento, deliberativo y lógico. A su vez G. GIGERENZER, en *Decisiones instintivas. La inteligencia del inconsciente*, Barcelona, 2008, abunda en la importancia de la intuición en la práctica de tomar decisiones, y por consiguiente como otro factor a tener en cuenta también en la concreción de la conducta de quien está sometido a la norma. *Vid.* también VOLZ, K.G., y GIGERENZER, G., «Cognitive processes in decisions under risk are not the same as in decisions under uncertainty», *Frontiers of Neuroscience*, July 2012, volume 6, article 105.

58 Cfr. PAPALIA D. E., OLDS, S.W., FELDMAN, R.D., *Psicología del Desarrollo...*, *op. cit.*, p. 469,

sante⁵⁹, es decir, también para los adultos, y especialmente los adultos mayores, sufren modificaciones cerebrales cuya apreciación no precisa de bata blanca. Tal vez no sea descabellado, en este sentido, intuir que, así como hay un proceso de maduración cerebral que pudiera tener consecuencias respecto al modo en que se exige la responsabilidad penal, también pudiera haber razones para que, en un momento dado de la madurez, las conexiones neurológicas degeneraran hasta el punto de exigir también un distinto tratamiento⁶⁰. Sin embargo, conviene recordar un aspecto del proceso juvenil que no tendría sentido en el enjuiciamiento de mayores: la finalidad socioeducativa.

En los adolescentes, por tanto, los eventuales cambios cerebrales hacia una inestable madurez, conforme al sistema jurídico aplicable, se ven acompañados de adaptaciones jurídico-procesales que pretenden responder a esa necesidad psicosocial, que por definición no se da en aquellos cuyo cerebro que camina más o menos lentamente hacia la decrepitud. De lo cual, podríamos sacar una conclusión provisional: tal vez no sean tanto las transformaciones cerebrales las que justifiquen la existencia de un proceso penal de menores, sino más bien las argumentaciones sociales y psicológicas⁶¹; pues si fueran ar-

59 De hecho, una de las características más definitorias de la actividad mental es su carácter cambiante: OOSTERWIJK, S.; TOUROUTOGLU, A.; LINDQUIST, K., «The Neuroscience of Construction. What Neuroimaging Approaches Can Tell Us about How the Brain Creates the Mind», *The Psychological Construction of Emotion* (Ed. L. Feldman Barret and J.A. Russell), New York, 2015, p. 111: «One of the most defining characteristics of mental life is that changes from moment to moment».

60 Vid. sobre el envejecimiento cerebral GAZZANIGA, M.S., *El cerebro ético*, Barcelona, 2006, pp. 34-47.

61 WHYTE, B., *Youth justice in practice. Making a difference*, Bristol, 2009, p. 170: «The importance of a sense of personal integrity reinforced by meaningful social integration is a key feature of healthy adolescence».

gumento esencial las conexiones neuronales y su fluidez, más justificado estaría prever un proceso –en cualquier orden jurisdiccional, no sólo penal– adaptado a la capacidad comprensiva del litigante mayor.

No obstante, volviendo al asunto que nos ocupa, se afirma que los adolescentes procesan la información biológicamente de manera diferente a los adultos. La diferencia en la toma de decisiones parece tener bases neurológicas, pues las regiones cerebrales implicadas en la planeación a largo plazo, regulación de emociones, control de impulsos, evaluación de riesgos están en desarrollo durante la adolescencia. Se habla de una disposición cerebral más vulnerable a las emociones y a las situaciones de estrés⁶². Así se habla de que la corteza prefrontal, que participa en la planeación a largo plazo, juicio y toma de decisiones se encuentra inmadura hasta bien entrada la edad adulta⁶³.

Se nos dice que los adultos menores tienen menor probabilidad de utilizar los lóbulos frontales, donde los neurocientíficos sitúan la planificación, el razonamiento, el juicio, la regulación emocional y el control de los impulsos⁶⁴. Así el cerebro menos maduro parece permi-

62 Cfr. PAPALIA D. E., OLDS, S.W., FELDMAN, R.D., *Psicología del Desarrollo...*, *op. cit.*, pp. 469-471.

63 LUCIANA, M. «The neural and functional development of human prefrontal cortex», *The Cognitive Neuroscience Developmen* (Ed. M. de Hann and M.H. Johnson), New York, 2003, p. 163: «It is generally accepted that the prefrontal cortex underlies higher-order cognition, including planning and complex forms of goal-directed behavior».

64 Vid. GOLDBERG, E., *El cerebro ejecutivo. Lóbulos frontales y mente civilizada*, Barcelona, 2015, pp. 37-41, habla del «director ejecutivo del cerebro»: «La función del liderazgo sólo adquiere un estatus característico y se hace independiente cuando el tamaño y complejidad de la organización (o del organismo) traspasa un cierto umbral. Una vez que la función del liderazgo ha cristalizado en un papel especializado, la sabiduría del líder consiste en mantener un equilibrio delicado y dinámico entre autonomía y control de

tir que los sentimientos superen a la razón, y descuiden las advertencias que serían lógicas y persuasivas para la mayoría de los adultos⁶⁵. Hay por tanto un defectuoso dominio de las emociones.

En la evolución desde la niñez hay cambios en la estructura y composición de la corteza frontal: hay un aumento constante en materia blanca (fibras nerviosas que conectan partes distantes del cerebro) que permite una cada vez más rápida transmisión de información. Durante la adolescencia esta evolución continúa en los lóbulos frontales y queda reflejada en las imágenes de resonancia magnética cerebral⁶⁶. También se produce una poda de conexiones que no se utilizaron durante la niñez con una reducción de la densidad de la materia gris (células nerviosas), con lo que aumenta la eficiencia del

las partes del organismo. Un líder prudente sabe cuándo intervenir e imponer su voluntad y cuándo retirarse y dejar que sus lugartenientes muestren su propia iniciativa».

65 SIEGEL, D., *La mente en desarrollo. Cómo interactúan las relaciones y el cerebro para modelar nuestro ser*, 3.ª ed., Bilbao, 2016, pp. 346 y ss., se refiere a un marco conceptual de regulación de la emoción: «El cerebro ha desarrollado una red de circuitos que le ayudan a regular sus estados de activación. La naturaleza de ese proceso de regulación de la emoción puede variar mucho de un individuo a otro y puede estar influido tanto por características constitucionales como por adaptaciones a la experiencia».

66 Vid. GIEDD, J.N. «The Teen Brain: Insights from Neuroimaging», *Journal of Adolescent Health*, num. 42, 2008, pp. 335-343.: «Adolescence is a time of a substantial neurobiologic and behavioral change, but the teen brain is not a broken or defective adult brain. The adaptive potential of the overproduction/selective elimination process, increased connectivity and integration of disparate brain functions, changing reward systems and frontal/limbic balance, and the accompanying behaviors of separation from family of origin, increased risk taking, and increased sensation seeking have been highly adaptive in our past and may be so in our future. These changes and the enormous plasticity of the teen brain make adolescence a time of great risk and great opportunity».

cerebro. Esta evolución empieza en las partes traseras del cerebro y avanza hacia la parte delantera del cerebro durante la pubertad. Así la adolescencia hay un crecimiento en la producción de materia gris en los lóbulos frontales. Hay menos conexiones neuronales, pero las que permanecen se fortalecen, se uniformizan y se hacen más efectivas, y así el procesamiento cognitivo se hace más eficiente⁶⁷.

En este sentido STEINBERG⁶⁸ esquematiza en cuatro los cambios estructurales específicos que se dan durante la adolescencia: En primer lugar, hay una disminución de la materia gris en las regiones prefrontales del cerebro, lo que refleja la poda sináptica, proceso mediante el cual se eliminan las conexiones no utilizadas entre las neuronas; en segundo lugar, durante la adolescencia temprana se producen cambios importantes en la actividad que involucran a la sustancia neurotransmisora que conocemos como dopamina, especialmente alrededor de la pubertad; en tercer lugar, hay un aumento de la materia blanca en la corteza prefrontal durante la adolescencia y, por último, hay un aumento en la potencia de las conexiones entre la corteza prefrontal y el sistema límbico y este cambio es especialmente importante para el control de las emociones.

Así, como recuerda SCHAD⁶⁹, respecto a la reestructuración de los niveles de dopamina, esta sustancia influye motivando a los

67 Cfr. KUHN, D., «Do Cognitive Changes Accompany Developments in the Adolescent Brain?», *Perspectives on Psychological Science*, 2006, March, vol. 1, pp. 59-67.

68 STEINBERG, L., «Should the Science of Adolescent Brain Development Inform Public Policy?», *Issues in Science and Technology*, Spring 2012, pp. 67-78.

69 SCHAD, S., «Adolescent Decision Making: Reduced Culpability, in the Criminal Justice System and Recognition of Capability in Other Legal Contexts», *Journal of Health Care Law and Policy*, volume 14, issue 2, 375-403:

individuos a buscar compensaciones o a realizar comportamientos que supongan gratificaciones. No es hasta la edad adulta cuando la capacidad cognitiva para el control de los impulsos se desarrolla completamente. Con esta autorregulación, junto con la memoria y a la experiencia, hace que un adulto esté mejor equipado para resistir los impulsos hacia la búsqueda de recompensas.

En definitiva, la psicología y la neurociencia evolutivas han conseguido demostrar que los niños y los adolescentes son diferentes de los adultos desde un punto de vista social, psicológico y también neurológico⁷⁰. No se refiere a que un adolescente tenga menor capacidad para entender las normas o para saber que las está infringiendo: los adolescentes no tienen una menor capacidad intelectual o cognitiva; simplemente no cuentan con una serie de recursos y de habilidades imprescindibles para manejarse ante determinadas situaciones del modo en el que lo haría un adulto. Por tanto, los adolescentes son menos maduros desde un punto de vista psicológico y neurobiológico, lo que conduce a que tengan menor capacidad de culpabilidad penal.

Pese a las limitaciones intrínsecas y a la continua evolución de los estudios neurocientíficos vemos que éstos añaden importantes elementos reales a la justificación de un tratamiento específico para los adolescentes, es decir, sospechosos con una suficiente madurez para percibir el carácter negativo de su eventual conducta, pero sin una suficiente capacidad de control de sus propios impulsos como se espera en un adulto. Esta afirmación probablemente tiene más de hipótesis

«a key monoamine neurotransmitter modulating reward circuitry» and «has been associated with multiple aspects of reward processing...».

- 70 POZUELO PÉREZ, L., «Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente. Aproximación a las aportaciones de la neurociencia acerca del tratamiento penal de los menores de edad», *In Dret*, 2/2015.

que de dogma indiscutible. De hecho, algunos autores han puesto reservas fundadas en torno a ella⁷¹, por ello la respuesta a la cuestión que nos ha traído hasta aquí no puede ser unívoca: son factores plulares y heterogéneos los que siguen ofreciendo razones objetivas para un enjuiciamiento diferenciado de los menores, entre las cuales se encuentra también, pero no sólo, su paulatina maduración biológica⁷².

71 Vid. MARONEY, T.A., «The False Promise of Adolescent Brain Science in Juvenile Justice», *Notre Dame Law Review*, 2013, 85, 1, pp. 89-178.

72 Comparten esta conclusión integral: GRUBER, A.A.; YURGELUN-TODD, D.A., «Neurobiology and the Law: A Role in Juvenile Justice?», *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2006, vol. 3, pp. 321-340.

PROCESSO VIRTUAL, TRANSPARÊNCIA E ACCOUNTABILITY

VIRTUAL LEGAL PROCESS, TRANSPARENCY AND ACCOUNTABILITY

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual
Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Civil
pela Universidade de São Paulo
Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação.
Presidente da Comissão de Ética Pública da Presidência da República.
Advogado

Fecha de recepción: 2 de abril de 2021

Fecha de aceptación: 12 de mayo de 2021

RESUMO: Este artigo analisa as possibilidades de otimização na prestação jurisdicional pelo Estado por meio de contribuições pelo uso da Inteligência Artificial, notadamente quanto à racionalidade das decisões judiciais e a aplicação de precedentes das instâncias superiores. Todavia, algumas precauções são necessárias, em destaque a transparência quanto à coleta de dados, o seu uso e código-fonte adotado, bem como a necessidade de *accountability* quanto às atuações do Poder Judiciário e a salvaguarda das garantias constitucionais à privacidade e acesso à informação. Por fim, reitera os avanços possíveis, os dilemas daí decorrentes, e a necessária prudência para o trato do uso da inteligência artificial nos processos judiciais brasileiros.

ABSTRACT: This article analyzes the possibilities of optimization in judicial provision by the State through contributions by Artificial Intelligence, notably regarding the rationality of judicial decisions and the application of higher instances precedents. However, some precautions are necessary, highlighting the transparency regarding data collection, its use and the source code utilized, as well as the need for accountability regarding the actions of the Judiciary and the safeguarding of constitutional guarantees to privacy and access to information. Finally, it reiterates the possible advances, the dilemmas arising from it, and the necessary prudence to deal with the use of artificial intelligence in Brazilian judicial processes.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência artificial – Transparência – *Accountability* – Precedentes – Garantias processuais.

KEYWORDS: Artificial intelligence – Transparency – *Accountability* – Precedents – Procedural guarantees.

SUMARIO: 1. Introdução. 2. Processo virtual e inteligência artificial: novas possibilidades. 3. Transparência algorítmica e *accountability*. 4. Encerramento e propostas de encaminhamento.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo dos últimos anos, o processo judicial brasileiro vem passando por uma verdadeira revolução tecnológica. Conquanto intentos de implementação de tecnologia no âmbito do direito processual possam ser identificados em momentos anteriores, é viável argumentar que tal revolução consolidou os seus contornos quando da elaboração da Lei n. 11.419/2006, que dispõe a respeito da informatização do processo judicial. Isso porque foi nesse momento que o processo eletrônico, com todas as suas vantagens e desvantagens, passou a ser tratado como uma realidade, que inevitavelmente viria a ser adotada na justiça pátria –sendo de rigor, portanto, a sua regulamentação.

Atualmente, catorze anos mais tarde, o processo virtual encontra-se amplamente difundido no país. Nesse processo de difusão, muitos de seus problemas foram resolvidos –seja em virtude de novas políticas de gestão judiciária ou por conta da promulgação de novas normas jurídicas–, e, muito embora o tema ainda evoque uma série de outras questões a serem superadas, é certo que o processo eletrônico já é uma realidade, que inclusive viabiliza que a revolução tecnológica tome novos caminhos.

Em um contexto de amplo desenvolvimento de novas tecnologias, a larga adoção dos autos virtuais permite que a informatização do processo tome novos rumos, adequando-se a uma realidade que exige cada vez mais eficiência. Nesse sentido, têm ganhado destaque as discussões a respeito da implementação da inteligência artificial no processo judicial, uma vez que, conforme se exporá adiante, tal tecnologia contribui substancialmente para a celeridade processual e para o incremento da qualidade dos provimentos judiciais.

Diante do cenário ora delineado, o presente estudo volta-se ao estudo da implementação da inteligência artificial no processo virtual,

considerando tanto as vantagens que podem advir de tais tecnologias, quanto os possíveis riscos oriundos dessa nova fase da revolução informática do processo. Sendo assim, elabora-se o seguinte plano lógico de trabalho: no item 2, *infra*, abordam-se as contribuições que a inteligência artificial pode trazer para a atividade jurisdicional; já no item 3, *infra*, discute-se os riscos da implementação de tal tecnologia; por fim, no item 4, *infra*, indicam-se as principais conclusões obtidas no presente trabalho, bem como as propostas de encaminhamento.

2. PROCESSO VIRTUAL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: NOVAS POSSIBILIDADES

Conforme cediço, o direito processual, enquanto ramo do direito público, deve se orientar também pela busca incessante da eficiência. Isso decorre especialmente do fato de que o Estado administra recursos escassos, que, oriundos das contribuições realizadas pelos próprios cidadãos, devem ser geridos de forma proba, ética e hábil, inclusive de modo a se evitar o agravamento da referida escassez. Nesse contexto, quando da formulação do Código de Processo Civil de 2015, positivou-se o princípio da eficiência, tendo este passando a figurar como um dos elementos que devem nortear o juiz quando da aplicação do Direito.

Interessante pontuar que, quando da promulgação da nova lei processual, a eficiência alcançou o mesmo patamar de critérios como da proporcionalidade e da razoabilidade –há muito indicados pela doutrina como norteadores da atividade do Magistrado, figurando ao lado de outros princípios basilares de toda e qualquer prestação jurisdicional, como a promoção da dignidade humana.

Se considerada especificamente no âmbito do processo, a eficiência vincula-se aos postulados da celeridade e da economia processual. Ou seja: para que o exercício da jurisdição possa ser considerado

eficiente, é necessário que a prestação ocorra em um prazo razoável, evitando-se a morosidade injustificada, bem como a prática de atos desnecessários.

Nesse sentido, cumpre mencionar que a existência de programas inteligentes que se prestem a organizar informações, identificar padrões e até mesmo sugerir modelos decisórios pode auxiliar o magistrado a gerir o fluxo de demandas de uma forma mais satisfatória sob a ótica das necessidades da contemporaneidade. Por esse enfoque, é possível dizer que a inteligência artificial milita no sentido de um processo mais célere.

Para além da celeridade processual, contudo, é certo que o processo deve atingir a pacificação social justa; é preciso que, ao longo de todo o arco procedimental, o direito seja aplicado de forma previsível e justificável, com respeito ao devido processo legal e ao contraditório. Em outras palavras, a atividade jurisdicional deve se guiar por padrões de racionalidade que sejam universalizáveis.

E infelizmente, no discurso corrente nos dias de hoje a respeito do funcionamento do Poder Judiciário a atenção que se devota à necessidade de se tornar mais célere o instrumento estatal de resolução de controvérsias não é a mesma que se costuma dar à qualidade das decisões que são proferidas. Preocupar-se com a qualidade das decisões, em realidade, nada mais significa que se voltar para a necessidade de que as decisões jurídicas sejam justas, ou seja, conformes com a realidade e de acordo com o ordenamento jurídico.¹

1 «La giustizia della decisione assume la forma di un algoritmo che ricomprende e collega tre ordini di valori. I tre criteri ai quali si allude sono i seguenti: a) correttezza della scelta e dell'interpretazione della regola giuridica applicabile al caso; b) accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso; c) impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione (...) Per usare una formula di sintesi, si può dire che la giustizia della decisione

De acordo com a atual configuração dos estados constitucionais, não se pode ter por adequada decisão jurídica que não observe o disposto na Constituição, na legislação vigente e no decidido pelos Tribunais Superiores, dada a força normativa cada vez mais reconhecida de suas manifestações. Nessa linha, uma decisão jurídica para ser reputada como racional deve atender às condições de racionalidade formal, relativas à correção das inferências realizadas pelo magistrado para alcançar certa conclusão (justificação interna), e substancial, concernentes à correção das escolhas feitas pelo juiz das premissas fáticas (justificação externa probatória) e normativas (justificação externa normativa) de sua decisão.²

De tal forma, falar em *racionalidade* na aplicação do direito significa dizer que a construção da norma individual a ser aplicada como solução para o caso concreto deve se dar a partir de razões universalizáveis, tanto no que diz respeito ao julgamento dos fatos, quanto no que atine à identificação do dispositivo legal e da jurisprudência aplicável ao caso. O fato de uma razão ser universalizável faz com que emergjam dois aspectos igualmente relevantes: *primeiro*, ela pode ser aplicada a outras situações; *segunda*, ela estará mais facilmente

resulta bensì dalla combinazione dei valori relativi ai tre criteri indicati, ma non dalla 'media' di tali valori. Un valore insufficiente non può essere compensato dagli altri valori in modo da produrre un risultato globale che possa considerarsi accettabile. In sostanza, la giustizia della decisione non è 'un' valore complessivo unitario risultante da qualche somma algebrica, ma un algoritmo nel quale ogni criterio mantiene la sua autonomia ed opera individuando valori autonomi che debbono essere tutti presenti perché si possa parlare di decisione giusta». TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Sui confini, scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, pp. 224 e 233-234.

- 2 CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, cap. I, n.2., p. 15 e ss.

sujeita a um controle. A *aplicação* de uma razão universalizável e o seu *controle* tendem a ser ainda mais efetivos se realizados a partir de ferramentas fornecidas pela inteligência artificial.

Concretamente, faz-se necessário verificar como a inteligência artificial pode contribuir para maior racionalidade no julgamento dos fatos de um processo. A primeira atividade que se espera dos juízes diz respeito à determinação da ocorrência ou não dos fatos a que o direito vincula a imposição de uma determinada consequência jurídica. Acertar a ocorrência ou não de um fato é o que de mais imediato se espera seja realizado pelos magistrados.

Nesse sentido, para a construção da decisão jurídica, deve o magistrado atribuir um determinado valor às provas que foram produzidas com o propósito de assim fornecer em sua decisão elementos de justificação capazes de confirmar uma das possíveis hipóteses aventadas como solução para o conflito. Como a verificação dos fatos, contudo, não pode se dar de maneira aleatória ou inquisitorial,³ e como o processo se presta também à tutela de outros interesses, que não só a busca pela verdade da premissa fática de uma decisão,⁴ o direito impõe, então, uma série de normas a regular essa etapa de construção da decisão jurídica.

Assim, podem ser identificadas normas que disciplinam a atividade que dos sujeitos processuais se espera durante a instrução probatória, bem como normas que regulamentam as provas propriamente ditas; sua admissão, valoração e sua utilização como critério

3 BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 30.

4 HO, H. L. *A philosophy of evidence law. Justice in the search for truth*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 69-70.

de julgamento.⁵ Tais normas conformam, portanto, o que se pode denominar de dinâmica da prova e em conjunto elas afluem para três momentos determinantes que informam o convencimento judicial a respeito dos fatos no processo: a reunião dos elementos a serem valorados pelo juiz, a valoração judicial propriamente dita desses elementos e a análise da conformação dessa valoração para com o *standard* probatório aplicável ao caso.⁶

No que diz respeito à atividade de valoração da prova e aplicação do respectivo *standard* probatório, pode-se afirmar que uma prova confirma uma hipótese, se existir umnexo entre ambas, de modo que a existência da prova constitua razão suficiente para se aceitar como premissa da decisão a hipótese a ela relacionada.

De acordo com esse modo de raciocinar, baseado no grau de confirmação alcançado, uma hipótese será considerada provável, então; (1) se não for refutada por outras provas; (2) se houver umnexo causal efetivo entre uma hipótese e as provas que a corroboram; (3) se o número de inferências entre a prova e a hipótese for maior que o número de inferências existente para sustentação da hipótese contrária; (4) se a hipótese for corroborada por provas de diferente natureza.⁷

5 BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 35.

6 Ver: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 41-49.

7 *Cfr., a propósito*, ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 1999. p. 115 e ss. HO, H. L. *A philosophy of evidence law. Justice in the search for truth*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 164-165. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos* (trad. Jordi Ferrer Beltrán). 4.^a ed., Buenos Aires: Editorial Trotta, p. 320 e ss.; MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito* (trad. Waldéa Barcellos). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 115.

Esse esquema tradicionalmente delineado é útil para que o julgador possa selecionar dentre as hipóteses que lhe foram oferecidas aquela que constituirá premissa de sua decisão, mas tal esquema, não resta a menor dúvida, pode ser melhor realizado por algoritmos.

Conforme destaca Jordi Nieva Fenoll: «*es mas adecuado para la inteligencia artificial que la maquina deba decir si son muchos o pocos los datos que sustentan una hipotesis, o si los mismos son pertinentes –relacionados con el objeto del proceso–, variados, están sustentados por máximas científicamente correctas –máximas de experiencia–, y, por supuesto, que la herramienta nos diga si existen hipotesis alternativas con esos mismos datos. Todo ello, naturalmente, lo puede hacer un ser humano, pero bastante más lentamente*».⁸

Semelhante situação ocorre na identificação do direito aplicável à espécie, principalmente quando entra em cena o necessário raciocínio analógico a informar a aplicação de precedentes. Aqui, em realidade, a inteligência artificial atua em duas frentes: tanto na seleção dos casos a serem julgados pelos Tribunais Superiores, quanto no juízo de correção da aplicação dos precedentes propriamente dito.

Por certo, analisando-se em particular o funcionamento dos Tribunais Superiores, o primeiro elemento a ser levado em consideração em matéria de admissibilidade dos recursos que são a ele endereçados atine às funções que a esses tribunais são constitucionalmente atribuídas. O reconhecimento conferido ao papel desempenhado por esses tribunais revela a compreensão de um ordenamento jurídico a respeito do processo de criação e de vinculação ao direito.

Tais órgãos jurisdicionais, além de resolverem as disputas que lhes são submetidas, têm a função de complementar a ordem jurídica

8 FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 112

com a emissão de preceitos que a atividade legislativa é incapaz de fornecer. A partir da compreensão do direito como prática argumentativa, a ser construída a cada ato de interpretação que atribui um novo sentido às normas jurídicas, os Tribunais Superiores passam a assumir um efetivo papel de agentes do processo de criação do direito e como decorrência disso passam a assumir novas funções.

Nesse sentido, enquanto os tribunais de revisão que compõem as instâncias ordinárias se prestam a assegurar um novo julgamento para aquilo que foi decidido em primeira instância, analisando detidamente os fatos que foram objeto de prova, os Tribunais Superiores passam a ter reforçada sua função institucional de criar padrões decisórios não casuísticos que possam servir de parâmetro de orientação para casos futuros a partir da aplicação a cada caso de razões universalizáveis.

Ou seja, em virtude da posição ocupada por essas cortes, elas devem atuar como verdadeiras Cortes de Precedentes que não se limitam apenas a analisar eventual violação à legislação federal, mas se dedicam também a estabelecer parâmetros interpretativos que deverão ser observados no julgamento de casos futuros. Essa função prospectiva, que reconhece a normatividade do direito jurisprudencial, implica, dentre outras mudanças de perspectiva, uma nova concepção a respeito dos requisitos de admissibilidade dos recursos endereçados a esses tribunais.

Precisamente por isso, o juízo de admissibilidade de seus recursos não se limita à análise de requisitos formais relativos à tutela dos interesses individuais dos litigantes, mas atine, em particular, ao interesse institucional desses tribunais, que devem atuar tendo em vista o efeito paradigma de suas decisões. E aqui entra em cena a inteligência artificial cujos algoritmos que prevejam o potencial de repetibilidade da questão a ser decidida. Se constatado esse potencial de repetição, justificada passa a ser a admissibilidade do recurso.

Por outro lado, com a capacidade da inteligência artificial de compilar dados e comparar situações jurídicas, maior tende a ser o potencial de diminuição do número de recursos endereçados aos Tribunais Superiores que insistem em contrariar sua jurisprudência. Isso porque, uma vez consolidada uma orientação jurisprudencial, os algoritmos tendem a facilitar o juízo de identificação dos recursos que tendem a contrariá-la sem apresentar qualquer elemento novo que justifique a admissibilidade do recurso.

E aqui já se trata propriamente do juízo a ser feito na aplicação dos precedentes. Como se sabe, a formação do convencimento judicial a partir de analogia para o fim de aplicação dos precedentes judiciais se dá com o cotejamento entre os elementos substanciais de uma decisão paradigma e os fatos do caso em análise que se quer decidir.

Dessa comparação preliminar, constata-se existir uma relação entre os casos que justifica sejam eles analisados de maneira conjunta – se forem os fatos absolutamente distintos uns dos outros, a toda evidência, não há razão alguma para prosseguir com o raciocínio analógico entorno do precedente invocado.

Em seguida, individualizam-se os fundamentos do julgado anterior, a razão que levou o magistrado a tomar a decisão que tomou por base os fatos em relação aos quais se pretende comparar, e só então, demonstrada a identidade de razões a inspirar o precedente e o caso em exame e constatada a existência de semelhanças relevantes entre os fatos em comparação, é que se torna justificável a aplicação do precedente como fundamento da decisão aplicada ao novo caso.⁹

A determinação de semelhanças ou diferenças relevantes a justificar a adoção ou não de uma decisão anterior como fundamento

9 CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4^a ed., Oxford: Clarendon Press, 2004, pp. 192-200.

do caso a decidir é tarefa que incumbe ao juiz instado a se manifestar sobre essa relação de analogia que se estabelece ou não entre os casos.

A primeira tarefa a que se deve dedicar, portanto, o juiz atento à necessidade de observar as decisões dos tribunais na formação de seu convencimento é interpretar os precedentes judiciais que a princípio seriam aplicáveis ao caso concreto em exame. Nessa oportunidade, o juiz deve se concentrar em identificar os fatos concretos que circundaram referidos precedentes bem como os fundamentos que os sustentam.

Após a interpretação do precedente que se pretende aplicar ao caso em exame, cumpre ao juiz realizar, então, um exercício de comparação entre ambos; entre os elementos da decisão que interpretou e aqueles do caso que está a decidir. Para averiguar, a existência de uma distinção entre os casos, de maneira objetiva, limitando-se, assim, o subjetivismo judicial, devem ser analisados os fatos relevantes que circundam cada hipótese; os valores e as normas envolvidas; a questão de direito objeto da controvérsia; e os fundamentos determinantes da decisão. Sobressai aqui em importância o recurso ao *raciocínio analógico* como procedimento principal de solução de controvérsias e não apenas *supletivo*.

Comparando as narrativas do precedente e do caso em exame, o juiz deve atentar, por exemplo, ao agente que praticou ambas as ações; às ações propriamente ditas, seus elementos caracterizadores, ao modo como elas ocorreram; e às circunstâncias que as cercam. Caso esses elementos se repitam ou sejam semelhantes haverá, então, fundadas razões para a aplicação do precedente. Na hipótese de isso não ocorrer, tem-se, então, um caso de distinção, de modo que o precedente, logo, não encontra razões que justificam a sua aplicação.

Nesse caso, portanto, diante da presença de um desses parâmetros de diferenciação, diz-se que a distinção realizada é consistente.

Pode ocorrer, no entanto, que a distinção seja feita sem a presença de um desses parâmetros de diferenciação; nesse caso a distinção é denominada de inconsistente, ou seja, realizada com base em elementos que não justificam a diferenciação.¹⁰

Todas essas atividades de comparação, no entanto, podem ser melhor realizadas pelas ferramentas fornecidas pela inteligência artificial, pois os algoritmos têm a capacidade de ser exaustivos na consideração de todos os elementos envolvidos entre os casos.

Há de se considerar, contudo, que a aplicação da inteligência artificial ao Poder Judiciário demanda que sejam tomados certos cuidados, de modo a garantir-se a idoneidade do serviço prestado. Isso porque, ainda que os programas implementados se dediquem apenas à comparação e análise dos processos –não se adentrando propriamente ao julgamento de mérito–, estes evidentemente direcionarão o trabalho do magistrado para outras esferas. Sendo assim, necessário assegurar-se que o devido processo legal seja respeitado, mesmo no âmbito do novo processo virtual.

Ocorre que determinadas características inerentes da inteligência artificial dificultam que tais precauções sejam tomadas, colocando em risco a própria ideia de devido processo legal. Isso porque os programas inteligentes dificilmente serão transparentes – o que prejudica a sua fiscalização. É o que se passa a expor.

3. TRANSPARÊNCIA ALGORÍTMICA E ACCOUNTABILITY

O termo «transparência algorítmica» possui duas acepções distintas. Em primeiro lugar, ele pode ser entendido pela transpa-

10 EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, pp. 139-140.

rência do próprio funcionamento do sistema. Ademais, a expressão pode referir-se à transparência da forma como os dados são utilizados.

Seja como for, é certo que, quanto mais sofisticada for a inteligência artificial implementada, menor será a possibilidade de transparência algorítmica –em qualquer um dos seus sentidos. Isso porque, para além do caráter ininteligível dos códigos-fonte para leigos, os mecanismos de *machine learning* e de *deep learning*, associados ao uso de *big data* e à própria complexidade da programação podem acabar tornando impossível que especialistas determinem o que de fato ocorre no sistema inteligente. Nessa linha, portanto, não será possível saber nem como funcionam os algoritmos e tampouco como se dá a coleta e tratamento dos dados utilizados pelo programa.

Cumprе mencionar, ademais, que como produto da atividade humana, os sistemas de inteligência artificial também estão sujeitos a erros. Nesses termos, além da questão dos modelos empregados que, associados à colossal escala de dados manipulados, já dificulta a obtenção da necessária transparência algorítmica, há, ainda, a possibilidade de que os programas sofram falhas de programação. Essas falhas, não previstas pelos próprios desenvolvedores do programa, seriam dificilmente apreendidas ou corrigidas por aqueles que se aventurassem a examiná-lo.

No que tange especificamente a implementação da inteligência artificial no mundo jurídico, pode-se mencionar que os sistemas inteligentes foram feitos para lidar com a lógica e com a racionalidade. Não obstante, o direito não é um sistema impecavelmente lógico, tratando-se de uma ciência eminentemente humana.

De fato, apenas se o ordenamento jurídico consistisse em um verdadeiro ente ordenado, seria possível a subsunção automática do caso à norma. Contudo, a realidade demonstra que o ordenamento

–substrato sobre o qual o programa de inteligência artificial haverá de atuar– mais se assemelha a um cosmos normativo.¹¹

Nesses termos, é viável argumentar que os sistemas de inteligência artificial podem incorrer em erros na aplicação dos próprios conceitos jurídicos. Mais uma vez, portanto, o programa inteligente estará sofrendo falhas não imaginadas pelos seus programadores, cuja detecção e correção pode se fazer difícil.

Para além, porém, das dificuldades técnicas e operacionais referentes à obtenção da transparência algorítmica, alguns outros elementos fáticos impedem a sua consecução. Aqui, está-se a falar notoriamente do fato de que, como produtos comerciais desenvolvidos por *players* de mercado, os algoritmos que compõem os programas inteligentes geralmente são protegidos por segredos comerciais. Nesse contexto, o acesso aos códigos-fonte de tais sistemas –pressuposto necessário para a transparência algorítmica– encontra óbices comerciais dificilmente superáveis.

Quanto mais se analisa a questão, portanto, mais se percebe que a transparência algorítmica dificilmente se tornará realidade. Seja em virtude da inacessibilidade da linguagem de programação para a maioria de jurisdicionados e para operadores do direito, seja pela sua inescrutável complexidade, em determinados sistemas, ou, enfim, porque os códigos-fonte dos programas jamais virão à público, é certo que a implementação da inteligência artificial pelos órgãos do Poder Judiciário muito provavelmente não será realizada de forma transparente, o que trará inevitáveis reflexos tanto à possibilidade de fiscalização da atividade jurisdicional, quanto à possibilidade de reação de

11 WOLKART, Erik Navarro. *A busca da verdade no processo (ou o «ouro de tolo»)*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda (coordenação). *Panorama Atual do Novo CPC 2*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 183-184.

um indivíduo perante o provimento estatal, ambos desdobramentos do direito fundamental à informação.

Nunca é demais lembrar que o art. 5º, inc. XIV, da Constituição Federal determina que «*é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*», alcançando o direito à informação a condição de direito fundamental. Desse dispositivo normativo decorre a ideia de que quaisquer agentes públicos têm o dever de prestar contas para com a sociedade, vez que o cidadão possui direito de acessar a informação oficial.

O acesso à informação, por sua vez, possibilita o controle interno e externo das atividades dos entes públicos, necessário para que se possa averiguar a lisura dos procedimentos adotados. Aqui, portanto, fala-se de *accountability*, ou seja, da possibilidade de fiscalização das atividades desempenhadas pelo Estado, elemento intrínseco da própria democracia.¹²

Especificamente no âmbito do direito processual, o direito à informação dá origem ao princípio da publicidade dos atos processuais. Não obstante, é possível, ainda, argumentar-se pelo alargamento do referido direito, afirmando-se que a *accountability* há de se estender aos serviços prestados pelo Judiciário. Nesse sentido, na era das novas tecnologias e da implementação da inteligência artificial, tal direito também se traduz na possibilidade compreender-se o que ocorre nos programas inteligentes.

A implementação de sistemas ininteligíveis desvirtua, portanto, o direito fundamental à informação e impossibilita o controle de atividades jurisdicionais. Dessa maneira, a falta de transparência obsta a adoção de procedimentos referentes à *accountability* de tais programas inteligentes.

12 DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Universidade de Brasília: Brasília, 2001, pp. 75-81.

Por outro lado, o direito à informação, no processo judicial, também se presta a proporcionar a possibilidade de resposta ao provimento jurisdicional. Caso tal provimento seja realizado, ainda que apenas em parte, por um sistema inteligente e ininteligível, não haverá possibilidade de adequada e eficiente reação ao ato jurisdicional, em evidente contrariedade ao que preconiza o devido processo legal.

Cumprir pontuar que referida mitigação do direito de reação à atividade jurisdicional persiste mesmo nos casos de sistemas de código-fonte livre –ou seja, não objeto de segredo comercial–, e auditáveis por especialistas. Isso porque, mesmo em tais casos, que já são dificilmente alcançáveis, apenas alguns jurisdicionados seriam capazes de impugnar de forma sólida a decisão proferida com base no trabalho de máquina inteligente, já que, para tanto, seria necessária a contratação de um *expert* da área –o que, por óbvio, envolveria custos patrimoniais. A eficiente contrainteligência a tais mecanismos de produção automática de decisões por máquinas é custosa e inacessível à imensa maioria da população.

Sendo assim, as partes passariam a litigar, muitas vezes, em um contexto em que o próprio Estado estaria negando-lhes a igualdade, concedendo maiores possibilidades de defesa apenas aos mais ricos. Nesse sentido, portanto, é possível argumentar que a implementação da inteligência artificial no processo judicial pode prejudicar a própria ideia de devido processo legal, uma vez que a garantia do tratamento paritário das partes no processo ou da paridade de armas diz respeito à igualdade substancial e ao devido processo legal substancial.¹³

13 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial e efetividade do processo*. Disponível em: <<http://lucon.adv.br/2016/wp-content/uploads/2018/07/Devido-processo-legal-substancial.pdf>>. Acesso em: 15 de jan. de 2020.

As dificuldades na obtenção da transparência algorítmica ensejam, dessa forma, violações aos preceitos do processo constitucional, notoriamente como consequência do descumprimento ao direito à informação. Para além, contudo, dos problemas acima abordados, resta debater as questões concernentes à transparência algorítmica no sentido do uso de dados coletados, especialmente diante do direito fundamental à privacidade.

Isso é, os programas inteligentes lidam com grandes volumes de informações, necessárias para que os seus objetivos sejam atingidos. Referidos sistemas acessam e compilam uma série de dados, tornando-se necessário adotar uma série de cautelas referentes à forma como tais dados serão processados e utilizados.

Especialmente no caso de litigantes serem pessoas físicas, é fundamental que o uso do programa se realize observando o disposto no art. 5º, inc. X, da Constituição da República e replicado no art. 21 do Código Civil, bem como o consignado na recentemente publicada Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), a respeito do direito à privacidade e à intimidade. Dessa forma, não se pode negar que a questão referente à transparência quanto à compilação de dados pessoais dos litigantes seja extremamente complexa, inclusive em atenção aos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Mesmo, contudo, se não houver risco de ofensa a direito fundamental das partes, a própria compilação de dados a respeito, por exemplo, de padrões decisórios dos juízes deve ser feita de forma transparente e cautelosa. Esse tipo de tratamento de dados pode ser considerado problemático, seja pelo fato de que estará sempre relegada aos litigantes mais abastados –em violação, portanto, à ideia da paridade de armas–, ou porque tal compilação pode vir a interferir no próprio processo decisório dos magistrados.

No entendimento francês, assume-se como uma hipótese possível que a obtenção do perfil dos juízes seja usada para pressioná-los a

decidir de determinada maneira –o que levou o país a tipificar como delito, ao qual comina-se pena privativa de liberdade de até 5 (cinco) anos, a divulgação de tais dados oriundos da atividade de sistemas de programas inteligentes. Sendo assim, inegável que a compilação de dados, das partes ou dos magistrados, há de ser feita de forma cautelosa.

Ocorre que, apesar de reconhecida a necessidade de regulamentação, a possibilidade de o sistema ser ininteligível torna impossível a concretização de tal regulamentação, uma vez que, mesmo se existente, essa jamais virá a ser efetivamente aplicada. Novamente, portanto, vislumbram-se questões gravíssimas que decorrem da dificuldade na obtenção de transparência algorítmica.

Diante de tudo que foi apresentado, resta possível afirmar que a transparência algorítmica se apresenta como um grave problema, notoriamente quando da implementação de sistemas inteligentes no processo judicial ou, a bem da verdade, em qualquer outra atividade pública, sujeita à fiscalização da própria sociedade.

Seja sob a ótica do funcionamento do sistema, ou com relação ao uso dos dados obtidos, torna-se inegável que a inteligência artificial, conquanto aporte importantes contribuições para o direito processual, também traz em seu bojo uma série de questões que precisam ser amplamente discutidas, visando inclusive a proteção do devido processo legal.

4. ENCERRAMENTO E PROPOSTAS DE ENCAMINHAMENTO

Procurou-se destacar nos itens anteriores o quanto a inteligência artificial tende a contribuir com o desenvolvimento da prestação jurisdicional, já que ela pode auxiliar o desenvolvimento de uma maior racionalidade na atividade decisória a partir da fixação de parâmetros mais objetivos para as atividades de valoração probatória e aplicação de precedentes.

Quando aplicadas pelos órgãos jurisdicionais, as novas tecnologias podem auxiliar no incremento da qualidade das decisões. Desempenhando funções de comparação e classificação, as máquinas poderiam auxiliar na valoração de provas, bem como no juízo de admissibilidade dos recursos e na aplicação de precedentes.

A implementação de inteligência artificial na seara da jurisdição demanda, porém, que os programas sejam transparentes, para que se possa verificar a lisura na condução dos procedimentos. Não obstante, a depender da complexidade do programa, essa transparência não será atingida, havendo inclusive a possibilidade de que alguns sistemas se tornem incompreensíveis mesmo para os especialistas da área.

Finalmente, é preciso destacar que podem ocorrer falhas nos sistemas de inteligência artificial, uma vez que a sua programação é realizada por seres humanos. Tais falhas, se realmente imprevisíveis, oriundas de mero erro no desenvolvimento, serão dificilmente detectáveis, sendo a sua correção tarefa ainda mais complexa. Não se descarta, ademais, a possibilidade de que eventuais vieses cognitivos verificados nos sistemas de inteligência artificial se originem de impressões pessoais dos seus desenvolvedores.

Seja como for, é certo que, em ambos os casos, estará em xeque o acesso a uma ordem jurídica justa. Isso porque, repise-se, mesmo que o sistema eventualmente adotado pelo Poder Judiciário não se preste a analisar o mérito das demandas, a sua atuação acabará por direcionar, ainda que minimamente, o julgador, determinando de alguma forma o deslinde da demanda.

É possível, portanto, que mesmo no caso de um sistema que desempenhe as funções mais simples, eventuais vícios na programação algorítmica acabem por prejudicar o jurisdicionado, sendo essa uma das questões mais sensíveis no que se refere à incorporação de novas tecnologias no Judiciário.

O estímulo à inteligência artificial não pode se dar às custas de outras garantias fundamentais do processo. Por essa razão, é necessário que, concomitantemente à sua implementação, sejam consideradas medidas protetivas aos princípios e garantias processuais.

A despeito, portanto, dos diversos benefícios que as tecnologias possam trazer ao processo, a sua implementação no Poder Judiciário deve ser realizada de forma idônea, priorizando-se sempre a transparência. Assim, quando do uso da inteligência artificial na esfera da jurisdição estatal, devem ser sopesados pontos positivos e negativos que circundam o tema.

LA PRUEBA ILÍCITA: UN CONCEPTO TODAVÍA POR DEFINIR EN ESPAÑA¹

ILLEGAL EVIDENCE: A CONCEPT STILL TO BE DEFINED IN SPAIN

JOAN PICÓ I JUNOY

Catedrático de Derecho Procesal
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

Fecha de recepción: 10 de octubre de 2020

Fecha de aceptación: 22 de noviembre de 2020

RESUMEN: El concepto de prueba ilícita parecía bien fijado en el art. 11.1 LOPJ. Sin embargo, la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio, hace tambalear este concepto al interpretarlo de forma más restrictiva a como lo estaba haciendo hasta ese momento. Este trabajo intenta justificar esta nueva interpretación del alcance de la prueba ilícita en el derecho fundamental a la prueba.

PALABRAS-CLAVE: prueba ilícita, derecho fundamental a la prueba.

ABSTRACT: The concept of illegal evidence seemed well established in art. 11.1 LOPJ. However, the Constitutional Court ruling 97/2019, July 16, shakes this concept, to interpret it in a more restrictive way to what is currently happening. This paper attempts to justify this new interpretation of the scope of the illegal evidence in the fundamental right to proof.

KEYWORDS: illegal evidence, fundamental right to proof.

-
1. El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D «Hacia una nueva configuración de la pericial judicial» (DER2016-7549-P), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación; y en el Grupo de Investigación Reconocido, Consolidado y Financiado «Evidence Law» (2017 SGR 1205) de la AGAUR.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Premisas básicas del debate: ámbito normativo de la prueba ilícita y su justificación constitucional. 3. Nuevos parámetros de la STC (Pleno) 97/2019, de 16 de julio. 4. El problema hermenéutico del art. 11.1 LOPJ. 5. Justificación constitucional de la nueva lectura del art. 11.1 LOPJ que formula la STC (Pleno) 97/2019, de 16 de julio. 6. Reflexión final.

1. INTRODUCCIÓN

La reciente STC (Pleno) 97/2019, de 16 de julio², ha venido a remover los cimientos de la figura de la prueba ilícita que poco a poco, desde la famosa STC 114/1984, de 29 de noviembre³, y su «trasposición» al art. 11.1 de la LOPJ⁴, se había ido consolidando en el sistema jurídico español. El camino andado ha estado lleno de socavones que la práctica judicial ha tenido que ir aplanando con nuevas instituciones como, por ejemplo, la «doctrina de los frutos del árbol envenenado» o la «teoría de la conexión de antijuricidad». Toda esta complejidad jurídica justifica los muchísimos trabajos publicados por los estudiosos del derecho⁵.

-
- 2 Ponente: Alfredo Montoya Melgar (ECLI:ES:TC:2019:97). Esta sentencia trae causa de la STS 116/2017, de 23 de febrero, Ponente: Manuel Marchena Gómez (ECLI: ES:TS:2017:471); que a su vez proviene de un recurso de casación presentado contra la SAP de Madrid, sec. 23^a, 280/2016, de 29 de abril, Ponente: Celso Rodríguez Padrón (ECLI: ES:APM:2016:3742).
 - 3 Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León (ECLI:ES:TC:1984:114).
 - 4 Esta norma trae causa directa de la STC 114/1984, como tuve ocasión de evidenciar al analizar la evolución parlamentaria del art. 11.1 LOPJ en mi *El derecho a la prueba en el proceso civil*, edit. José M^a Bosch editor, Barcelona, 1996, pp. 311 a 315, e introdujo por primera vez en el sistema procesal español una norma que formula, de manera expresa, la proscripción de la prueba ilícita. De esta norma se desprenden dos relevantes consideraciones: en primer lugar, la progresiva reducción del alcance o ámbito de aplicación de la prueba ilícita a la estricta vulneración de un derecho o libertad fundamental; y, en segundo lugar, la expresa voluntad del legislador de recoger la doctrina que sobre dicha problemática había formulado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre. Ambos datos deberán siempre tomarse en consideración para resolver cualquier cuestión interpretativa que pueda suscitarse en la aplicación de la mencionada norma.
 - 5 Hasta catorce monografías publicadas en España (por académicos de la Universidad, jueces, fiscales y abogados). Desde la Universidad podemos con-

Llegados a este punto aparece publicado en el BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019, la citada STC que viene a restringir el concepto y alcance de lo que debe entenderse por prueba ilícita. La primera reacción de la doctrina ha sido fulminantemente negativa, y los títulos de los estudios publicados son harto elocuente: «La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita»⁶, «La degradación de la

sultar los estudios de ASENCIO MELLADO, J.M^a, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, edit. Trivium, Madrid, 1989; PICÓ I JUNOY, J, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit.; DÍAZ CABIALE, J.A. y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, edit. Civitas, Madrid, 2001; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2009 (existe una segunda edición de 2011); PLANCHADELL GARGALLO, *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial*, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2014; EUSAMIO MAZAGATOS, E., y SÁNCHEZ RUBIO, A., *La doctrina de la prueba ilícita en la Corte Suprema de Estados Unidos*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. De la Judicatura y Fiscalía hallamos los trabajos de LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, edit. Akal, Madrid, 1989; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, edit. J.M^a Bosch editor, Barcelona, 1999; ídem, *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2019; y URBANO CASTRILLO, E. de, *La prueba ilícita penal*, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 1997 (del mismo autor con TORRES MORATO, M.A., desde 2003 hasta una sexta edición de 2012). Y de la Abogacía destacan los estudios de FIDALGO GALLARDO, C., *Las «prueba ilegales»; de la exclusionary rule estadounidense al art. 11.1 de la LOPJ*, edit. Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid 2003, y ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *La prueba ilícita penal*, edit. Ley 57, Málaga, 2013.

- 6 De ASENCIO MELLADO, publicado en LA LEY, núm. 9499, de 16 de octubre de 2019. El catedrático alicantino llega a concluir su estudio indicando: «La prueba ilícita, como conclusión no es esa garantía del sistema de derechos fundamentales, de su posición preferente, de la dignidad del Estado democrático. Es regla ordinaria que, tras tener vigencia durante

prueba ilícita en la reciente jurisprudencia constitucional»⁷, o «¡La prueba ilícita ha muerto. Viva la prueba ilícita (en el proceso justo)!»⁸. Sin embargo, aun siendo crítico con el razonamiento mantenido en dicha sentencia, creo que abre un debate que nos debe hacer pensar sobre el fundamento y alcance de la prueba ilícita para ajustarlo a los diversos derechos fundamentales que están en juego.

2. PREMISAS BÁSICAS DEL DEBATE: ÁMBITO NORMATIVO DE LA PRUEBA ILÍCITA Y SU JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

Como es bien sabido, el art. 11.1 LOPJ vincula el concepto de prueba ilícita a la vulneración de derechos fundamentales y, en concreto, establece: «No surtirán efectos las pruebas obtenidas vulnerando, directa o indirectamente, derechos o libertades fundamentales».

tres décadas, recorre el camino de regreso al mundo del proceso inquisitivo, que se vislumbra cercano y solo disimulado tras la retórica, muchas veces vacía, de la seguridad y la justicia. Valores estos importantes, pero siempre recurrentes en la historia cuando el Estado se ha impuesto sobre el individuo y proclamado la imposibilidad de coexistencia de éste y aquel en un marco de respeto a normas comunes y compatible entre derechos y deberes».

- 7 De CORDÓN MORENO, publicado en «Publicaciones Jurídicas», Centro de Estudios de Consumo, de 19 de octubre de 2019 (puede consultarse en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_degradacion_de_la_prueba_ilicita_en_la_reciente_jurisprudencia_constitucional.pdf –fecha de consulta: 21 de marzo de 2020-), quién inicia su comentario destacando que la lectura de la sentencia «suscita cuando menos perplejidad por la postura restrictiva que adopta en una época caracterizada por el hipergarantismo».
- 8 De LORCA NAVARRETE, publicado en «Ley Procesal» (puede consultarse en <http://leyprocesal.com/leyprocesal/de/la-prueba-ilicita-ha-muerto-viva-la-prueba-ilicita-en-el-proceso-justo.asp?nombre=7418&cod=7418&session=1> –fecha de consulta: 21 de marzo de 2020-).

Este respeto absoluto a los derechos fundamentales puede justificarse, básicamente, desde dos perspectivas bien distintas, que vienen abaladas por los dos sistemas jurídicos de gran tradición histórica, el del *Common Law* y el del *Civil Law*. Así, históricamente se han formulado dos justificaciones de este concepto restrictivo de la ilicitud de la prueba:

- (a) evitar que el poder del Estado, en la persecución de los delitos, desconozca la vigencia de los derechos fundamentales y los vulnere en su afán de alcanzar el mayor número de pruebas acusatorias. Detrás de este modelo encontramos la tradición jurídica estadounidense, de origen jurisprudencial, con la célebre *exclusionary rule* de la prueba ilícita, mediante la cual se pretende disuadir que los órganos policiales estadounidenses vulnere el contenido de diversas de sus Enmiendas, como la IV (con el derecho a no sufrir registros ni confiscaciones irrazonables); la V (con derecho a no declarar contra sí mismo), la VI (con el derecho a la asistencia letrada), o la XIV (con el derecho al debido proceso)⁹;
- (b) reconocer la vigencia y aplicación directa de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho. La supremacía constitucional de estos derechos debe suponer el rechazo más absoluto de cualquier acto, público o privado, por lo que, en el marco de cualquier tipo de proceso judicial, debería inadmitirse cualquier eficacia probatoria a tales actos. Este es el modo más frecuente de regular la prueba ilícita en el derecho continental¹⁰.

9 Para un análisis crítico de este modelo, me remito al reciente estudio póstumo de MIRANDA ESTRAMPES M., *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*, ob. cit.

10 Como es obvio, entre ambos modelos –el de *Common Law* y *Civil Law*–, o al margen de los mismos, hay otras posibles regulaciones de la prueba ilícita

La justificación constitucional de este concepto debe buscarse en la debida protección de los derechos fundamentales que se han visto vulnerados para obtener la prueba. Estos derechos constituyen los pilares básicos sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico español, por lo que su vulneración tan sólo puede comportar, necesariamente, el rechazo más absoluto, esto es, en nuestro caso, la imposibilidad de utilizarse dicha prueba. De manera rotunda así se pronunció la STC 114/1984, de 29 de noviembre –recordemos que ésta debe ser la fuente de interpretación básica del art. 11.1 LOPJ por cuanto originó su redacción actual¹¹–, en cuyo fundamento jurídico 4º destacó: «Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental»¹².

que atienden a las singularidades propias de cada país (cfr. PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba ...*, ob. cit. pp. 283-285).

11 Vid. nota 4.

12 En este sentido, resulta acertado el comentario crítico de ASENSIO MELLADO a la STC 97/2019, cuando afirma: «[...] como se verá, el TC, en esta resolución, cita párrafos completos de la de 1984, pero lo hace confundiendo y mezclando afirmaciones de distintos fundamentos, solo fragmentariamente, con el fin de que encajen aparentemente, aun cuando es fácil de una lectura íntegra y neutral percatarse de que lo transcrito no se corresponde con la doctrina elaborada en aquel momento, que el TC no quiso decir lo que se dice ahora que dijo y que, por el contrario, se consagró una doctrina radicalmente opuesta a la que ahora se sostiene [...]. Intentar basar en la sentencia 114/1984 las conclusiones que ahora impone el TC es tan difícil, como imposible, lo que queda meridianamente claro de una relectura de aquella que [...] dejó claras cosas que el TC, ahora, afirma ser otras distintas» (ob. cit., pp. 2 y 3).

Por ello, la recepción procesal de esta prueba comporta además, en términos de la citada STC 114/1984, el reconocimiento de una inadmisibile desigualdad procesal, esto es, la vulneración del art. 24.2 CE, pues literalmente: «Tal afectación se da, sin embargo, y consiste, precisamente, en que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro»¹³.

En conclusión, hasta la STC 97/2019, de 16 de julio, la prueba ilícita se limitaba a la vulneración de algún derecho fundamental, por lo que como la definí en otro lugar, desde una perspectiva estrictamente normativa, ésta es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental¹⁴. En consecuencia, como puede comprobarse, nuestro concepto de prueba ilícita, siguiendo la línea propia del *Civil Law*, se asocia a la violación de los citados derechos fundamentales¹⁵.

13 De igual modo, la STC 50/2000, de 28 de febrero, afirma que «la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 CE), y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.»

14 PICÓ JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., p. 308.

15 En la misma línea, el art. 287 LEC establece: «Ilícitud de la prueba.– 1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de

3. NUEVOS PARÁMETROS DE LA STC (PLENO) 97/2019, DE 16 DE JULIO

En un proceso de restricción del concepto de prueba ilícita, la STC (Pleno) 97/2019, de 16 de julio, ha venido a establecer que no es suficiente con la vulneración de un derecho fundamental para definirla sino que, además, debe haberse obtenido la prueba con la intención de perjudicar el derecho de defensa de la parte contraria. Para argumentar su nueva doctrina, esta sentencia formula los siguientes tres principios generales de la doctrina constitucional sobre la prueba ilícita:

Primero: la inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado.

Segundo: en consecuencia, la regla de exclusión de la prueba ilícita tiene naturaleza estrictamente procesal y ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo (art. 24.2 CE); y

Tercero: la violación de las garantías procesales del art. 24.2 CE, en relación con la prueba ilícitamente obtenida, ha de determinarse a través de un juicio ponderativo tendente a asegurar la igualdad de las partes y el proceso justo y equitativo. La cuestión a dilucidar aquí es ¿Cuáles son los elementos necesarios de este juicio ponderativo? Estos elementos (o juicios ponderativos) son dos:

- (a) En primer lugar, ha de determinarse la índole de la ilicitud verificada en el acto de obtención de los elementos probatorios (si es infraconstitucional o constitucional

alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato [...]».

—en el primer caso no hay posibilidad de entender que existe una prueba ilícita¹⁶—); y

-
- 16 En consecuencia, se pone fin al debate en torno a si es posible admitir una prueba que, no estando prohibida por la LEC (art. 283.3 LEC), se ha obtenido vulnerando una norma infraconstitucional (cfr. CASANOVA MARTÍ, R., *La inutilizabilidad de la prueba ilícita en el proceso civil a debate*, en «Justicia» 2016, 1, pp. 337 a 364 [y especialmente las pp. 356-360]). La redacción del art. 283.3 LEC indujo a cierta confusión por cuanto alguna resolución entendió que la prueba alcanzada con vulneración de la ley debía inadmitirse por prohibida (así, por ejemplo, la STS –Sala 1ª– de 29 de marzo de 2007 extralimitó el concepto de prueba ilícita para incluir a los documentos robados, esto es, vulnerando el derecho de libertad y propiedad, y determinó la ilicitud de los documentos contables obtenidos en las dependencias empresariales de la parte contraria y en contra de su voluntad indicando: «En el presente caso las pruebas presentadas por la sociedad demandante y referidas a las que había ocupado en las dependencias del recurrente, contra su voluntad, violentando por tanto sus derechos de libertad y propiedad, se presentan como de ilícita procedencia al haberse accedido a la misma por los medios no autorizados por la Ley y dispuesto de ellas efectivamente en el proceso con el designio evidente de obtener ventajas probatorias, ya que fueron tenidos en cuenta y valorados por el Tribunal. La ilicitud no ha de referirse a la prueba en sí, sino al modo en que la misma se consigue, y cuando se emplean medios ilícitos, como aquí ocurrió, la fuente de prueba no debe ser asumida en el proceso, por lo tanto no ha de ser tenida en cuenta»). Sin embargo, con posterioridad, la Sala 1ª del TS ha venido a delimitar correctamente el ámbito de aplicación del art. 283.3 LEC: así, la STS 109/2011, de 2 de marzo destaca que «la proclamada inefectividad de las mismas [de las prueba ilícitas] queda determinada legalmente por el hecho de que se haya obtenido la prueba con infracción de un derecho fundamental de rango igual o superior al del propio derecho a la prueba; supuesto que no es el del presente caso» (se trataba de la aportación de unos documentos logrados durante una mediación familiar); y ya el ATS de 18 de junio de 1992 estableció: «Como no toda infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de pruebas puede conducir a esa imposibilidad (de valoración de las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales), hay

- (b) En segundo lugar, ha determinarse su ligamen o conexión con los derechos procesales de las partes desde el prisma del proceso justo y equitativo. Y aquí el TC entiende que debe analizarse la intencionalidad de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, sus necesidades de tutela y el equilibrio e igualdad de las partes en el seno del proceso; y para ello utiliza dos parámetros de control, uno interno y otro externo, que paso seguidamente a exponer: a) desde el parámetro de control interno se analiza si la vulneración del derecho fundamental ha estado instrumentalmente orientada a obtener pruebas al margen de los cauces constitucionalmente exigibles, comprometiéndose en ese caso la integridad del proceso en curso y el equilibrio entre las partes. Si no es así, resultaría admisible (salvo excepciones de alta intensidad en el orden axiológico de los derechos fundamentales –ejemplo: tortura-). Por ello, encontramos sentencias en las que se otorga valor probatorio a lo logrado con vulneración de derechos fundamentales pero en el que el infractor ha actuado de buena fe (STC 22/2003, de 10 de febrero); y b) desde el parámetro de control externo se valora si existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración consumada que se proyectan sobre el proceso penal.

que concluir que sólo cabe afirmar que existe prueba «prohibida» (ilícita) cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales». Y de igual modo, vid. la STS 839/2009, de 29 de diciembre. En definitiva lo que viene a recoger el art. 283.3 LEC es el principio de legalidad procesal en materia probatoria (me remito a PICÓ I JUNOY, J., *Práctica Procesal Civil*, director Jesús Corbal, Pablo Izquierdo y Joan Picó, T.V, edit. Bosch, Barcelona, 2014, p. 3749).

En función de todo ello, el Pleno del TC resolvió el denominado «caso Falciani» en el que se debatía la ilicitud de los ficheros informáticos obtenidos por Hervé Falciani cuando trabajaba como ingeniero informático en la filial suiza del banco británico HSBC en Ginebra, en los que constaban los datos bancarios de miles de contribuyentes con cuentas sospechosas de evasión fiscal (que pretendía vender a terceros para lucrarse). Estos documentos fueron confiscados por la Justicia francesa, y ésta los envió a los países con los que Francia tenía acuerdos de colaboración fiscal, como España. De acuerdo con esta prueba, las diversas instancias de los tribunales penales españoles¹⁷ condenaron a varios procesados, entre ellos a Sixto Delgado de la Coba a seis años de prisión por dos delitos contra la hacienda pública española, que recurrió en amparo. Pues bien, en esta sentencia el TC califica a dicha prueba como lícita aplicando los principios anteriormente indicados ya que:

- (a) si bien entiende que ha habido una vulneración del derecho fundamental a la intimidad del condenado (art. 18.1 CE);
- (b) atendiendo a la índole y características de la vulneración del citado derecho a la intimidad¹⁸ se respetó al condenado su dere-

17 Vid. nota 2.

18 «El primer parámetro del juicio ponderativo se refiere a la «índole y características» de la vulneración originaria del derecho a la intimidad, siendo relevante valorar que, tal y como el Tribunal Supremo explica con profusión de argumentos en su sentencia casacional, estamos ante una intromisión en el derecho a la intimidad que carece de cualquier conexión instrumental, objetiva o subjetiva, con actuaciones investigadoras llevadas a cabo por las autoridades españolas o por alguna parte procesal no pública. Según se declara probado, un informático aprovechó el acceso que, por razones laborales, tenía a datos de clientes del banco HSBC para elaborar sus propios ficheros, cruzando los datos bancarios, hasta realizar perfiles específicos, que pretendía vender a terceros para lucrarse. Desde el punto

cho a la igualdad de las partes y a un proceso justo y equitativo, tanto desde el parámetro interno¹⁹ como el externo²⁰.

de vista de la «índole y características de la vulneración» originaria en el derecho fundamental sustantivo, la tutela de la intimidad de los clientes de la entidad bancaria frente a la violación cometida por un empleado de ésta queda plenamente colmada con los procedimientos penales o civiles que puedan desplegarse en el país en el que se ha consumado esa intromisión *inter privados*, sin que se observe ninguna conexión instrumental con el proceso penal español que suponga, de acuerdo con el art. 24.2 CE, una necesidad adicional de tutela jurídica de la intimidad dentro de dicho proceso que deba llevar indefectiblemente a un pronunciamiento de inadmisión de la prueba».

- 19 «A la misma conclusión se llega si se examina, también desde el punto de vista interno, el «resultado» de la violación consumada en el derecho a la intimidad. Puede advertirse que los datos que son utilizados por la hacienda pública española se refieren a aspectos periféricos e inoivos de la llamada «intimidad económica». No se han introducido dentro del proceso penal datos, como podrían ser los concretos movimientos de cuentas, que puedan revelar o que permitan deducir los comportamientos o hábitos de vida del interesado (SSTC 142/1993, de 22 de abril, FJ 7, y 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4). Los datos controvertidos son, exclusivamente, la existencia de la cuenta bancaria y el importe ingresado en la misma. El resultado de la intromisión en la intimidad no es, por tanto, de tal intensidad que exija, por sí mismo, extender las necesidades de tutela del derecho sustantivo al ámbito del proceso penal, habida cuenta que, como ya se ha dicho, éste no tiene conexión instrumental alguna con el acto de injerencia verificado entre particulares. Debe además recordarse que la intromisión en la intimidad se ha producido fuera del territorio donde rige la soberanía española, por lo que a la menor intensidad de la injerencia se une que «sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona [podría] alcanzar proyección universal» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8).

- 20 «De otro lado, y desde el punto de vista externo, tampoco existe un riesgo cierto de propiciar, con la admisión de la prueba controvertida, prácticas que comprometan pro futuro la efectividad del derecho fundamental

En conclusión, en función de la actual jurisprudencia del TC, es evidente la validez de las pruebas obtenidas con vulneración de normas de rango infraconstitucional²¹, esto es, las que pueden denominarse pruebas ilegales; así como también aquellas logradas con violación de un derecho fundamental sustantivo sin intención de comportar una posición de ventaja o desequilibrio procesal y siempre que no haya una necesidad general de prevención o disuasión de la vulneración consumada que se proyectan sobre el proceso y justifique la exclusión probatoria.

Como se puede comprobar, la STC 97/2019, de 16 de julio, plantea especialmente dos problemas: uno hermenéutico, sobre si

en juego en el ordenamiento jurídico español, ya que, a diferencia de las circunstancias que pueden determinar una respuesta distinta en otro ordenamiento jurídico, en España no existen prácticas de opacidad bancaria amparadas por el poder público que puedan dar lugar a la proliferación de comportamientos de intromisión ilícita entre particulares como el que, en este caso, ha resultado discutido. Dicho en otras palabras: en España la obtención por parte de las autoridades de datos bancarios a efectos de desarrollar investigaciones tributarias o penales está prevista en la ley y resulta plenamente asequible a través de instrumentos procesales ordinarios. De hecho, en nuestro ordenamiento, sobre el obligado tributario pesa el deber jurídico de aportar a la hacienda pública datos bancarios como los ahora controvertidos (art. 93 de la Ley general tributaria). No se advierte, pues, tampoco desde un punto de vista externo, que exista una necesidad jurídica de extender al proceso penal la tutela del derecho a la intimidad en relación con una intromisión *inter privatos* como la verificada en el caso que nos ocupa. España no tiene un sistema jurídico de opacidad bancaria que exija instrumentalizar el proceso penal para prevenir este tipo de violaciones de derechos fundamentales verificadas entre particulares. Y no existe, obviamente, dentro del ordenamiento español de derechos fundamentales, una obligación de proteger instrumentalmente un sistema de este tipo, aunque pueda existir en otros estados».

21 Como ya hace más de 35 años se prevé en art. 11.1 LOPJ.

es posible la lectura que hace del art. 11.1 LOPJ; y otro conceptual, respecto a si esa nueva interpretación que efectúa del concepto y alcance de la prueba ilícita tiene suficiente base argumental constitucional.

4. EL PROBLEMA HERMENÉUTICO DEL ART. 11.1 LOPJ

Atendiendo al art. 3.1 del Código Civil los cinco criterios hermenéuticos de las normas jurídicas son el gramatical, el histórico, el teleológico, el sociológico (contexto social) y el sistemático. Paso seguidamente a aplicar los cuatro primeros criterios hermenéuticos al art. 11.1 LOPI:

- a) La interpretación gramatical del art. 11.1. LOPJ no ofrece duda alguna, pues literalmente vinculada el alcance de las pruebas ilícitas a aquellas «pruebas obtenidas vulnerando, directa o indirectamente, derechos o libertades fundamentales»²². En consecuencia, es claro que el legislador no diferencia entre vulneración de un derecho fundamental sustantivo o uno procesal, por

22 Sin embargo, esta claridad normativa no está presente para otras cuestiones, como el tratamiento procesal de la prueba ilícita (para ello, me remito a PICÓ I JUNOY, J., *Nuevas perspectivas sobre la prueba ilícita*, en «El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal», dirigido por Raquel Castillejo Manzanares, edit. Atelier, Barcelona, 2019, pp. 627 a 648; e ídem, *Problema de la denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal*, en «El proceso penal en ebullición», dirigido por José M^a Roca Martínez, edit. Atelier, Barcelona, 2017, pp. 177 a 187) o los efectos que de la misma pueden derivarse, como por ejemplo, el efecto psicológico de la prueba ilícita (al respecto, vid. PICÓ I JUNOY, *El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita*, en «La prueba. Homenaje al Profesor Doctor Roland Arazi», editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2016, pp. 317 a 324 [un resumen del mismo pueden encontrarse en «Iuris», vol. 171, 2012, pp. 34 a 37]).

lo que como ya dijo Azón si *lex non distinguit nec nos distinguere debemus*²³.

- b) La interpretación histórica nos conduce directamente a la STC 114/2014, de 29 de noviembre, verdadero origen del contenido literal de esta norma²⁴, ya que con anterioridad no existía en nuestro ordenamiento jurídico una norma similar al art. 11.1 LOPJ. Pues bien, en esta sentencia tampoco se hace distinción alguna entre derecho fundamental sustantivo y procesal, y para ambos previó la máxima sanción jurídica, a saber, la nulidad radical de todo acto violatorio de un derecho fundamental²⁵.
- c) La interpretación teleológica o finalista nos conduce a la misma conclusión que las anteriores interpretaciones, esto es, que el art. 11.1 LOPJ pretende la protección de cualquier tipo de derecho fundamental –ya sea sustantivo o procesal–. La finalidad de esta norma es evitar que tanto un particular como el Estado obtengan una posición de ventaja respecto de quien respeta los derechos fundamentales, esto es, desincentivar los actos atentatorios a lo más esencial del Estado de Derecho.
- d) La interpretación sociológica, que permite la adaptación de la ley al momento histórico social en el que debe aplicarse, tam-

23 Cfr. <https://dej.rae.es/lema/lex-non-distinguit-nec-nos-distinguere-debemus> (fecha de consulta: 26 de marzo de 2020)

24 Vid. nota 4.

25 Así, el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia establece: «Esta garantía [la interdicción procesal de la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental] deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto –público o, en su caso, privado– violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales».

poco parece sostener la doctrina sobre el alcance de la prueba ilícita prevista en la STC 97/2019. Es muy posible que no haya en la actualidad un motivo sociológico especial que justifique adaptar el sentido del art. 11.1 LOPJ en los términos que propone el TC y limitar el ámbito de aplicación de la prueba ilícita.

De lo hasta aquí apuntado, se hace muy difícil encontrar un criterio interpretativo del Código Civil que avale la lectura que del art. 11.1 LOPJ efectúa la STC 97/2019. Desde el punto de vista gramatical, histórico, teleológico y sociológico, el art. 11.1 LOPJ debería seguir alcanzando a cualquier derecho fundamental, independientemente de su carácter sustantivo o procesal.

Sin embargo, existe todavía un relevante criterio hermenéutico del derecho, el sistemático, en función del cual debe relacionarse la norma interpretada con el resto del ordenamiento jurídico y, muy especialmente, con la Constitución. Y aquí lo cierto es que en nuestro sistema jurídico se reconoce con el máximo nivel de protección, esto es, como derecho fundamental, al derecho a la prueba, que tiende a permitir la mayor actividad probatoria, máxime cuando el propio texto constitucional no prevé la interdicción de la prueba ilícita²⁶, por lo que, en principio, no hay otro derecho fundamental en juego que

26 Como sucede en otras constituciones: así, por ejemplo, el art. 94 de la nueva Constitución cubana de 2019 prescribe: «Toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el administrativo y, en consecuencia, goza de los derechos siguiente: [...] c) aportar los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido»; y en la misma línea, la Constitución colombiana, en su art. 29.V, prevé: «Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso»; y la Constitución brasileña, en su art. 5.LVI, dentro «De los derechos y garantías fundamentales» establece: «Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos.»

justifique la limitación del derecho a la prueba. Desde esta perspectiva sistemática, solo cuando se vulnere un derecho fundamental de contenido procesal –el mismo que tiene el derecho a la prueba– podría justificarse la limitación del derecho a la prueba. Y ello nos lleva al segundo problema que paso a analizar, esto es, si la nueva interpretación del art. 11.1 LOPJ del TC tiene suficiente base argumental constitucional.

5. JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA NUEVA LECTURA DEL ART. 11.1 LOPJ QUE FORMULA LA STC (PLENO) 97/2019, DE 16 DE JULIO

Es necesario empezar por recordar que la nueva interpretación del art. 11.1. LOPJ que efectúa la STC 97/2019 supone la más restrictiva posible que se ha efectuado hasta la actualidad, y en función de la cual la prueba ilícita ya no puede definirse por la vulneración de cualquier derecho fundamental sino solo la violación de un derecho fundamental sustantivo con la intención de perjudicar una garantía procesal de la parte contraria²⁷.

La justificación de esta nueva interpretación la encontramos en el derecho fundamental a la prueba: como tuve ocasión de analizar en otro lugar²⁸, el aspecto objetivo de este derecho comporta dos consecuencias, a saber, la necesidad de efectuar siempre una lectura amplia

27 Siendo intrascendente si el sujeto vulnerador del derecho fundamental sustantivo es un particular o un poder del Estado. Así, la STC 97/2019 viene a corregir lo que indicó la STS objeto del recurso de amparo –la STS116/2017, de 23 de febrero– que justificaba la exclusión de la aplicación del art. 11.1 LOPJ cuando el sujeto infractor era un particular.

28 PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., p. 158; ídem, *El derecho a la prueba en el proceso civil y su nueva configuración legal*,

y flexible de las normas probatorias²⁹, y la exigencia de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba³⁰. Ambos consecuencias convergen en una misma idea: siempre debe optarse por aquella interpretación de la ley que tienda a permitir la máxima virtualidad y eficacia del derecho a la prueba. En nuestro caso, la lectura del art. 11.1 LOPJ que propone la STC 97/2019 cumple este objetivo.

Lo cierto es que nuestra Constitución solo ha recogido el derecho fundamental a la prueba y no ha previsto expresamente como límite al mismo la ilicitud en la obtención de la prueba como así lo han hecho otras constituciones³¹. En consecuencia, en la Constitución española todos los litigantes tienen garantizado su derecho a la

en «Libro Homenaje a Don Eduardo Font Serra», T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, p. 881-882.

- 29 Siendo preferible el exceso en la admisión de pruebas a la postura restrictiva (*favor probationes*). Y esta lectura favorable de la ley a favor de maximizar el derecho a la prueba ya lo encontramos por ejemplo en la STS de 10 de febrero de 1992, cuando afirma que esta constitucionalidad del derecho a la prueba «[...] impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben ser los Tribunales de justicia los que deben proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo u obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de prueba que el de su denegación». Igualmente vid. las SSTC 10/2009, de 12 de enero; 71/2008, de 23 de junio; 236/2002, de 9 de diciembre; 140/2000, de 29 de mayo; 10/2000, de 17 de enero; 33/1992, de 18 de marzo; 1/1992, de 13 de enero; 205/1991, de 30 de octubre; 59/1991, de 14 de marzo; 147/1987, de 25 de septiembre; la 30/1986, de 20 de febrero 158/1989, de 5 de octubre; o la 51/1985, de 10 de abril.
- 30 En este sentido, vid. por ejemplo las SSTC 60/2007, de 26 de marzo; y 140/2000, de 29 de mayo.
- 31 Ver la nota 26.

prueba, por lo que éste debe ser el verdadero protagonista de la actividad probatoria. Además, si como indica el TC la inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado, es evidente a la conclusión a la que debe llegarse: la primacía del derecho a la prueba.

Y en la doctrina encontramos autores que mantienen conclusiones similares. Así, por ejemplo, MUÑOZ SABATÉ, al estudiar el art. 11.1 LOPJ, afirma: «Este enfrentamiento entre ambas normas [el 11.1. LOPJ y el 24.2 CE –reconocedor del derecho a la prueba–] no debería tener ninguna salida transaccional dado el superior rango de la norma constitucional y la inexistencia en la propia Constitución de un precepto que expresamente declare la ineficacia de las pruebas ilícitamente adquiridas. Siempre que existe indefensión auténtica por causa de la inadmisión de una prueba resulta altamente problemática la oportunidad y legalidad del precepto que comentamos en este apartado»³². Y de igual modo, con carácter general, TARUFFO destaca que «dado que el derecho a la prueba tiene rango constitucional, deberíamos inclinarnos a concluir que tiene que encontrarse un equilibrio favorable a la admisión de todas aquellas pruebas relevantes de las que dispongan las partes, ya que otras razones procesales no deberían afectar el derecho fundamental a la prueba, y mucho menos anularlo»³³.

32 MUÑOZ SABATE, LL., *Técnica probatoria*, 3ª edición, edit. Praxis, Barcelona, 1993, p. 80 (4ª edición, edit. Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 115).

33 TARUFFO, M., *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer, edit. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 57-58. A idéntica solución favorable a proteger el derecho a la prueba –y a garantizar la máxima efectividad de los derechos judicialmente reclamados– se pronuncia PASSANATE, para quien «e premesso altresì che è un dato ormai acquisito che rientra a pieno titolo nel diritto d'azione costituzionalmente garantito il cosiddetto diritto

Debo advertir que esta nueva interpretación no comporta dejar huérfana de protección la vulneración del derecho fundamental sustantivo, pues dará lugar a la correspondiente responsabilidad penal, civil o disciplinaria del infractor³⁴. Lo único que sucede es que la sanción procesal —de rechazar la prueba ilícita— se desplaza a su ámbito natural, la del proceso, entendiéndose que si la fuente probatoria lograda con dicha vulneración se hizo con la intención de generar una desigualdad en el proceso, o provocar una ruptura del proceso justo, no debe surtir efecto alguno³⁵.

alla prova, resta da spiegare per quali ragioni quest'ultimo debba essere sacrificato sull'altare di altri diritti pure —certo— costituzionalmente garantiti, ma irrelati agli scopi propri del processo. Infatti, escludere una prova illecita, rilevante e attendibile, comporta necessariamente il sacrificio di un mezzo probatorio che può essere essenziale alla tutela (effettiva) dei diritti e si pone, su un piano tecnico, in potenziale conflitto con il fine istituzionale del processo» (*Prova illecita (diritto processuale civile)*, en «Enciclopedia del diritto», Annali X, edit. Giuffré, Milano, 2017, pp. 689 y 694; y del mismo autor vid igualmente, *La prova illecita nel processo civile*, edit. Giappichelli, Torino, 2017, pp. 353 a 389).

- 34 Curiosamente, en EEUU, a partir del caso Hudson v. Michigan (2006), se está abandonando la inadmisión de la prueba ilícita (*exclusionary rule*) como mecanismo disuasorio de los órganos policiales de sus diferentes estados (*deterrent effect*), para dar validez a la prueba y lograr el mismo efecto disuasorio a través de la responsabilidad directa a la concreta persona integrante de dichos órganos que haya vulnerado alguna Enmienda a su Constitución (cfr. MIRANDA ESTRAMPES, M., *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense*, ob. cit., pp. 155 y 180).
- 35 Igual proceso de reducción del ámbito de aplicación de la prueba ilícita se está produciendo en el derecho comparado, como puede comprobarse en el estudio de ANDINO LÓPEZ, J.A., *Estudio comparativo sobre la prueba ilícita en Estados Unidos y en el Derecho Continental*, publicado en los presentes «Cuadernos».

Finalmente, deseo hacer tres reflexiones sobre distintos aspectos críticos que se han formulado a raíz de la STC 97/2019:

- a) es cierto que esta nueva interpretación jurisprudencial del art. 11.1 LOPJ genera más inseguridad jurídica que la realizada hasta la actualidad, puesto que deberemos ir a cada caso concreto para que el juez determine si la vulneración del derecho fundamental sustantivo comporta además el desprecio de una garantía procesal del art. 24 CE³⁶. Pero estamos acostumbrados a vivir con normas que se refieren a una determina realidad cuyos límites no pueden fijarse inicialmente con precisión y que requieren de los concretos hechos litigiosos para que el juez las aplique. Es lo que sucede con los conceptos jurídicos indeterminados, en los que pese a su inicial indefinición siempre es posible precisar, para cada caso concreto, su verdadera existencia. Por ello, también aquí respecto a la prueba ilícita, en función de los concretos hechos que hayan sucedido, el juez estará en condiciones de determinar si se ha comprometido la vigencia del derecho a la igualdad de las partes y a un proceso justo. Y ello podrá verificarse a través de la motivación de la resolución judicial que declare la licitud de la prueba que, como cualquier otra, podrá ser objeto de revisión en méritos de los correspondientes recursos³⁷. En definitiva, esta motivación judicial revisable es la que debe evitar que el juez actúe de forma

36 Así vid. ASECIO MELLADO, J.M., *La STC 97/2019 ...*, ob. cit., pp. 3, 16 y 18.

37 Por otro lado, debemos admitir que la nueva interpretación no genera más inseguridad jurídica que la originada, por ejemplo, por la «teoría de la conexión de antijuricidad» que también tiene por objeto limitar la eficacia de la prueba ilícita.

inquisitiva permitiendo indebidamente actividad probatoria ilícita –en los términos de la STC 97/2019–³⁸.

- b) También es cierto que la eficacia directa de cualquier derecho fundamental –ya sea sustantivo o procesal– debería comporta, en principio, el rechazo de todos los efectos que, directa o indirectamente, se deriven de su vulneración. Sin embargo, no es menos cierto que aquí entra en escena el derecho a la prueba, igualmente fundamental, por lo que en la ponderación de intereses en conflicto es posible que deba prevalecer este último: esta es la opción por la que apuesta la STC 97/2019. Así, si lo que se vulnera es un derecho fundamental procesal (a la defensa, al proceso justo, etc) debe primar este último derecho y no admitir efecto alguno a la prueba ilícita. Y, por el contrario, si lo infringido solo es un derecho fundamental sustantivo, ya tiene su sanción en el ámbito material (penal, civil o disciplinario) por lo que, salvo que la admisión de la prueba alcanzada con dicha infracción suponga vulnerar una garantía constitucional del debido proceso, deberá admitirse ese problema, lo que me lleva a la tercera reflexión.
- c) Y, por último, podría pensarse que toda vulneración de un derecho fundamental sustantivo del que se derive una prueba comporta una situación de ventaja procesal en favor del infractor, por cuanto podrá utilizar un elemento de convicción judicial del que no podrá contar la parte contraria que ha actuado

38 Este rebrote de posibles actuaciones inquisitorias constituye la conclusión final del muy crítico estudio de ASECIO MELLADO, quien llega a afirmar: «Es regla ordinaria que, tras tener vigencias durante tres décadas, recorre el camino de regreso al mundo del proceso inquisitivo, que se vislumbra cercana y solo disimulado tras la retórica, muchas veces vacía, de la seguridad y la justicia» (*La STC 97/2019* ..., ob. cit., p. 19).

correctamente, esto es, quien no ha violentado derecho fundamental alguno: así reflexionó la conocida STC 114/1984, de 29 de noviembre, cuando afirmó que partiendo de «la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro». Ello es cierto, y precisamente por este motivo, la propia STC 97/2019 entiende que la fuente de prueba alcanzada con la vulneración de un derecho fundamental sustantivo y la intención de utilizarse como medio de prueba debe proscribirse del proceso. Y la verdad es que ésta será la situación más habitual en la práctica, por lo que el problema aquí planteado ya no se producirá: quien busque ilícitamente elementos probatorios para ser empleados en un proceso debe saber que tendrá la máxima sanción procesal, esto es, la invalidez probatoria de dichos elementos. Pero cuando ello no sea así, no debe entrar en juego la doctrina de la prueba ilícita y sus efectos invalidantes, como sucede, por ejemplo, en el caso enjuiciado en la STC 97/2019, en el que el Sr. Falciani sustrajo documentos financieros de una entidad bancaria solo con la finalidad lucrativa de su posterior venta, por lo que no había ninguna intención de preconstituir prueba alguna³⁹. Y en este sentido, si nos fijamos bien, la propia STC 114/1984, en el párrafo que acabo de transcribir, asocia la

39 Otro supuesto podría ser el de los servicios sociales municipales que entran en un domicilio (sin los requisitos del art. 18.2 CE) alertados por los vecinos que denuncian un fuerte olor desagradable proveniente de su interior,

idea de desigualdad a la de «recabar» en provecho propio instrumentos probatorios. En consecuencia, con la expresión «recabar»⁴⁰ se pone expresamente de manifiesto la voluntariedad o consciencia de obtener elementos probatorios con la vulneración de los derechos fundamentales de otra persona, por lo que quien accede a una fuente de prueba sin esa voluntariedad, esto es, sin desear «recabarla», pierde fuerza argumental la ineficacia probatoria, máxime cuando está en juego la virtualidad del derecho fundamental a la prueba. En definitiva, como podemos comprobar, las circunstancias de cada caso nos aportarán los elementos suficientes para valorar cuando estamos ante una prueba lícita o ilícita.

6. REFLEXIÓN FINAL

La prueba ilícita, desde su configuración normativa en el art. 11.1 LOPJ, siempre ha dado lugar a un continuo debate doctrinal y jurisprudencial. La STC 69/2019 es el último hito en este debate, y ha venido a restringir al máximo el ámbito de aplicación de la prueba ilícita, exigiendo para su apreciación no solo la vulneración de un derecho fundamental sustantivo sino además la infracción de alguna garantía procesal del art. 24 CE. Si bien es cierto que resulta muy difícil efectuar una lectura del art. 11.1 LOPJ en los términos efectuados en dicha sentencia, lo que está dando pie a una dura crítica doctrinal, esta nueva interpretación puede justificarse sistemáticamente en la necesidad de permitir la máxima eficacia del derecho fundamental a la prueba.

y se encuentran el cuerpo de una persona muerta y restos orgánicos del presunto agresor.

40 Que según el diccionario de la Real Academia Española de la lengua, supone «Conseguir una cosa que se desea», esto es, buscar algo con algún fin.

Esta exégesis restrictiva del concepto de prueba ilícita es plenamente acorde a nuestro marco constitucional: el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más reducido posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad.

Sin embargo, al igual que la famosa STC 114/1984 motivó la redacción del actual art. 11.1 LOPJ, la STC 97/2019 justificaría su modificación para ajustarlo a la nueva interpretación constitucional y evitar así los problemas hermenéuticos que he analizado.

LA TECNOLOGÍA AL SERVICIO DE LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

TECHNOLOGY AT THE SERVICE OF IMPARTING JUSTICE

CARINA GÓMEZ FRÖDE

Profesora de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM.
Doctora en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.
Vicepresidenta por México, Centroamérica y el Caribe del
Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

Fecha de recepción: 1 de abril de 2021

Fecha de aceptación: 12 de mayo de 2021

RESUMEN: Este trabajo expone el creciente desarrollo en el uso de herramientas tecnológicas por parte de abogados y jueces durante la pandemia de Covid-19. Así mismo se plantea la tensión existente entre el derecho fundamental de acceso a la justicia y el derecho de protección de la salud.

PALABRAS-CLAVE: Beneficios del desarrollo tecnológico, Legal Tech, Proceso civil electrónico, Brecha Digital.

ABSTRACT: This work exposes the growing development in the use of technological tools by lawyers and judges during the Covid-19 pandemic. Likewise, the tension between the fundamental right of access to justice and the right to health protection is raised.

KEYWORDS: Benefits of technological development, Legal Tech, Electronic civil process, Digital Divide.

SUMARIO: 1. Hacia una nueva era de justicia digital. 2. El uso de la tecnología dentro de los procesos civiles. 3. El papel que desempeñan los jueces dentro del nuevo rol tecnológico. 4. Los costos por el uso de la tecnología. 5. Valor probatorio de los documentos electrónicos. 6. La garantía de origen, integridad, inalterabilidad y autenticidad de la prueba electrónica. 7. Legal Tech (tecnología al servicio de los abogados). 8. Conclusiones.

1. HACIA UNA NUEVA ERA DE JUSTICIA DIGITAL

Como todos sabemos, la pandemia generada por Covid-19 ha afectado sensiblemente las actividades judiciales cotidianas. En todos los países, los esfuerzos para frenar la propagación de este virus han impactado masivamente en el funcionamiento del sistema de justicia. La mayoría de los procesos judiciales fueron inevitablemente diferidos, algunos incluso, paralizados.

Los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial¹ determinan que: «*Un juez debe aceptar restricciones personales que el ciudadano común pueda considerar gravosas y debe hacerlo de manera libre y voluntaria*». Es decir, se requiere que los jueces estén fácilmente disponibles para servir a los conciudadanos con un espíritu de servidores públicos, siempre y cuando no se ponga en riesgo su salud.

Es decir, los jueces desempeñan una función de alta responsabilidad frente al ciudadano, y por tanto deben estar disponibles, especialmente cuando deba resolverse una medida urgente, ante la violación de derechos fundamentales o cuando haya que proteger a los miembros más frágiles en nuestras comunidades, especialmente los más vulnerables; las personas mayores o con discapacidades, las víctimas de violencia doméstica ahora fuertemente presionadas por el confinamiento de las familias y, en general, todos los necesitados.²

En este contexto, la nueva realidad nos ha impulsado a salir de nuestra zona de confort en muchos ámbitos y no hay duda de que debemos acelerar el proceso de vinculación con las nuevas tecnologías en la práctica del Derecho.

1 https://www.unodc.org/documents/ji/training/19-03891_S_ebook.pdf

2 <https://www.unodc.org/dohadeclaration/es/news/2020/03/access-to-justice-in-times-of-judicial-lockdown.html>

Es importante tomar en cuenta las diversas ventajas que dicha vinculación trae consigo, como: i) la generación de procesos judiciales más ágiles; ii) una mayor y mejor protección al derecho humano de acceso a la justicia, y iii) la disminución de costos en su impartición, así como los elementos que requerimos en oficinas públicas, juzgados, despachos de abogados, escuelas y facultades de Derecho para concretar esta transformación tecnológica como: a) la necesidad de invertir más en infraestructura para tener cada día más y mejor hardware y software, o bien b) generar las herramientas que nos permitan salvaguardar el derecho humano a la seguridad jurídica a través de elementos como una firma digital única –como ya se está realizando, resulta fundamental preguntarnos cómo hemos enfrentado los retos mencionados.

Francisco Vázquez Gómez Bisogno,³ exige a todos los integrantes del foro jurídico –oficinas públicas, juzgados, despachos de abogados, escuelas y facultades de Derecho– la mayor disposición, pero ante todo, se requiere que cada uno de nosotros en lo personal estemos abiertos al cambio, no sólo para convencernos sino para potencializar dicha transformación. Es un tema de actitud frente al cambio. Todos debemos poner de nuestra parte. Los legisladores y los poderes judiciales deben urgentemente establecer bases legales que permitan ordenar este proceso digital que, hasta hoy, se advierte como un conjunto de esfuerzos un tanto desarticulados e improvisados.

Como la tecnología no va a dejar de avanzar, las regulaciones deberán plantear diferentes cambios hacia lo digital, por lo que convendría considerar si será más conveniente contar con una legislación general que considere de manera autónoma los procesos jurisdiccionales digitales.

3 <https://elmundodelabogado.com/revista/opinion/item/derecho-justicia-y-tecnologia>

Se requiere urgentemente un cambio cultural de todos los operadores de justicia, acostumbrados al papel como forma de documentar los distintos actos del proceso judicial. Se debe trabajar en capacitación en forma conjunta entre profesionales en informática y en derecho, para brindar todas las garantías necesarias a los usuarios del sistema judicial.⁴

La pandemia aceleró el camino hacia los procesos electrónicos y parece que no habrá vuelta atrás. Como se puede evidenciar, se nos presenta un cambio de paradigma que llegó para quedarse. Esta situación nos ha obligado a ver las cosas de manera diferente y a darle prioridad e importancia a los tribunales virtuales. Ya llegó el momento en que todas nuestras promociones y especialmente, nuestros todos los juicios sean en línea. Debemos entrar en esta dinámica de comunicación a distancia especialmente todos aquellos preocupados por la impartición de justicia, pero además, interesados por conservar la salud.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Relator Especial de las Naciones Unidas⁵ observan que el uso de medios tecnológicos en la prestación de servicios de justicia ha tenido en ocasiones un impacto negativo en el acceso a la justicia de algunos sectores de la población, como consecuencia de la brecha digital existente, ya que el uso de estos medios presupone el acceso a medios electrónicos y al conocimiento tecnológico para acceder a los servicios de justicia. Además, existe una falta de cobertura para el acceso a internet, en va-

4 Gómez Fróde, Carina, *La prueba electrónica. Problemas del presente y retos del futuro. El uso de recursos tecnológicos y electrónicos durante la tramitación de procesos jurisdiccionales*, en *La prueba en el proceso*, Atelier, Barcelona, pp.367-389

5 Declaración conjunta sobre el acceso a la justicia en el contexto de la pandemia del COVID-19 (oas.org)

rias partes del territorio de los Estados. Por ello, han hecho un llamado a los Estados, para que garanticen el acceso a un internet asequible y pluralista para todas las personas que se encuentren en su territorio, y en particular a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad, y los exhortan a tomar medidas positivas para reducir la brecha digital. También señalan que, hasta que se disminuya considerablemente la brecha digital, debe garantizarse el acceso presencial a los servicios de justicia, acompañado de medidas adecuadas para proteger la salud y la integridad de los operadores de justicia, el personal judicial y los usuarios. Es importante destacar que el uso de medios tecnológicos para la prestación de servicios de justicia no puede menoscabar los derechos al debido proceso de las partes y los participantes en las audiencias virtuales, especialmente el derecho de defensa en materia penal, a la asistencia letrada, a un procedimiento adversarial, y el derecho a ser juzgado sin demora; la confidencialidad y seguridad de la información transmitida mediante este tipo de mecanismos debe asegurarse de la mejor manera.

De acuerdo al Relator de la ONU, en el contexto de la declaración de los Estados de excepción, que ha llevado en muchos países de la región a la suspensión de ciertos derechos y libertades fundamentales, el funcionamiento de sistemas de justicia independientes, tanto a nivel individual (alternativos) como institucional, es un componente fundamental para el control de la legalidad de las decisiones implementadas por los diferentes poderes del Estado.

2. EL USO DE LA TECNOLOGÍA DENTRO DE LOS PROCESOS CIVILES

Es un hecho que gracias a los avances de la ciencia y la tecnología, la forma en la que nos relacionamos los seres humanos se ha modificado radicalmente.

Casi el 75% de la población mundial cuenta con un teléfono inteligente o con un ordenador o computadora.⁶ La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) reveló que el 51,2 por ciento de la población mundial tiene acceso a internet, es decir, que el equivalente a unas 3.900 millones de personas alrededor del mundo navegan en la web. Según la UIT, los países desarrollados tuvieron un crecimiento de 29,6 puntos porcentuales en tres años, al conectar el 80,9 por ciento de su población en 2018. Mientras que en las economías en desarrollo el aumento, en el mismo periodo, fue desde el 7,7 por ciento hasta el 45,3 por ciento.⁷

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) constituyen herramientas privilegiadas para el desarrollo de los individuos y de las sociedades al facilitar el manejo de información: crearla, compartirla, modificarla, enriquecerla y transformarla en conocimiento. El uso de las TIC se encuentra cada vez más difundido, tanto por la aparición de nuevos dispositivos como por la reducción de los costos asociados. En virtud de la introducción de la tecnología a nuestros procesos jurisdiccionales nos hemos cuestionado si los futuros litigios serán resueltos por una computadora, configurada con base a sistemas binarios que comprendan las diversas variables y automáticamente se obtenga la resolución final o por el contrario, ¿un juez de carne y hueso continuará en el vértice superior del triángulo procesal? ¿Será como hasta hoy, una persona con sentimientos y valores, una persona que respete los derechos humanos?⁸

6 <http://www.enter.co/cultura-digital/negocios/casi-el-75-de-la-poblacion-mundial-tiene-un-telefono-movil/>

7 Más de la mitad de la población mundial tiene acceso a internet – Novedades Tecnología – Tecnología – ELTIEMPO.COM

8 CHARRY GONZÁLEZ, A. "Por un proceso civil con rostro humano", *Escritos sobre diversos temas de derecho procesal*, www.letrujil.files.wordpress.com

En un pasado no tan remoto, los abogados escribíamos nuestras demandas, vistas, ofrecimientos de pruebas, alegatos o sentencias a mano; posteriormente las mecanografiábamos utilizando una máquina Remington, Olimpia, Olivetti, Smith Corona, Underwood (actualmente tesoros de los anticuarios). Le insertábamos papel calca para contar con copias de nuestros escritos. Acudíamos a la oficialía de partes del juzgado y se nos estampaba un sello que consignaba la fecha y la presentación del documento. Todavía hoy en México se suele utilizar hilo para coser los expedientes.⁹

Es una paradoja que actualmente muchos abogados contamos con una computadora con internet, tenemos correos electrónicos personalizados, usamos Whats-up gracias al Wi fi, nos comunicamos por medio de mensajes, Twitter, Viber, Facetime, Skype, compramos libros y música gracias a App Store, llegamos a cualquier lugar del mundo gracias a Google maps, escaneamos fotos y documentos, ya no necesitamos ir a clases de idiomas pues podemos bajar aplicaciones como Duolingo, dictamos nuestros escritos y aparecen convertidos en letras automáticamente gracias a Dragon o Speechy. La imaginación no nos alcanzará para poder predecir lo que nos espera en el futuro. Si la tecnología que actualmente utilizamos cotidianamente, la aplicamos a nuestros procesos civiles y enviamos todos nuestros escritos por internet, celebramos las audiencias vía teleconferencias, notificamos vía electrónica a todos los que intervienen en el proceso, nos encontraremos ante un nuevo paradigma para el proceso jurisdiccional.¹⁰

9 GÓMEZ FRÖDE, Carina, (Coord.) El arte de litigar. Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, 2004, pp.101-120

10 GÓMEZ FRÖDE, Carina, *El proceso civil electrónico, una reflexión prospectiva*, en la Revista CONAMED, Comisión Nacional de Arbitraje Médico, Vol.22, Número 1, enero-marzo, 2017, p.23

El Derecho procesal civil se ha caracterizado por llevar implícito su tecnicismo, ser muy conservador y resistente a los cambios; sin embargo ya no puede escaparse de la era digital. La mayoría de las administraciones de justicia civil en el mundo, padecen una excesiva lentitud, al tener cargas de trabajo extraordinarias, además de que los juicios tradicionales resultan costosos, lo que ha provocado una percepción en la población de desconfianza ante la lenta respuesta, que presentan los tribunales para resolver los litigios de forma eficiente, rápida y contundente.

El proceso civil como lo comprendíamos desde siempre, resulta hoy fastidioso y anticuado. Actualmente, las sociedades requerimos una impartición de justicia rápida y efectiva. Ante el incremento en el uso del internet, la justicia civil se ha venido transformando, a efecto de que sea más evidente para todos aquellos que desean un justo y debido proceso legal.

Para ello, en la mayoría de los países están transformando los principios tradicionales del proceso civil con reformas legislativas que cambiarán las reglas y la estructura con la que funcionaron por siglos.

Existen numerosos esfuerzos para modernizar nuestros sistemas procesales con la utilización de las nuevas tecnologías de información y comunicación, así como herramientas para que el proceso sea rápido, eficaz, e incluso se utiliza el calificativo de «neutro».¹¹

En Holanda, la juez Dory Reiling¹² sostiene que los niveles de implementación de las tecnologías de la información varían en Europa. Por ejemplo, en su país, han servido para apoyar los procesos

11 <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/normativa/electronico/documentos/110728.pdf>

12 RERILING, Dory. (2014) *E-justicia: experiencias con las tecnologías de la información en los tribunales de Europa*, www.ijjusticia.com.

basados en formato de papel, pero no han usado la tecnología para cambiar radicalmente los procesos. Si bien, los jueces sí utilizan conexiones de internet para el correo electrónico y para consultar información. La conexión facilita el acceso a fuentes de investigación legal como leyes, decisiones de la corte o jurisprudencia. En cuanto a las videoconferencias en Europa son utilizadas con mucha frecuencia primordialmente debido a las distancias, *la ventaja es que las personas no tienen que desplazarse, no solo los testigos, sino también los expertos y las partes*. La videoconferencia constituye una gran herramienta para el buen funcionamiento de un proceso y evita los desplazamientos inútiles.

En España se utilizan las videoconferencias desde la promulgación de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000. Alemania también cuenta con una modernización de las comunicaciones en materia jurisdiccional, además de registrar electrónicamente sus expedientes, permite al juez dictar la sentencia a través de una computadora con firma y sellos escaneados.

Muchos tribunales han implementado sistemas de administración tecnológica de flujo de trabajo y de interacción entre los jueces y las partes. Se confeccionan firmas y archivos electrónicos para cada litigio, del cual se forman expedientes electrónicos. Si partimos de la base de que, no todos los procesos civiles tienen la misma complejidad, ya que existen áreas que se inclinan por sí mismas a la automatización como los procesos de pago, se podría afirmar que se abren diferentes oportunidades tecnológicas.

Gracias a los diversos procesos de información, un proceso con resultados predecibles llevará fácilmente a la automatización del mismo, sin embargo igual sucederá si se trata de un proceso más complejo con más pruebas por desahogar. Es una realidad: los poderes judiciales en todo el mundo están utilizando las tecnologías para mejorar su desempeño y por tanto la administración de justicia. Pero

reiteramos que en caso de mecanizar los procesos de pago, es probable que deje de intervenir la voluntad y la mente ser humano en la resolución del litigio.

Por su parte, el expediente electrónico contribuye de manera importante a la cultura de ahorro de papel y protección del medio ambiente. Es el medio informático por el cual se registran las actuaciones judiciales. En el expediente electrónico se almacenan las peticiones y documentos que las partes pretenden utilizar en el proceso. Las reproducciones digitalizadas o escaneadas de documentos públicos o privados que se agreguen al expediente electrónico tienen la misma fuerza probatoria que en original. Estos expedientes electrónicos deben estar protegidos por medio de sistemas de seguridad de acceso y almacenados en un medio que garantice la preservación e integridad de los datos. Las actuaciones procesales se realizan a través de medios electrónicos, informáticos, magnéticos, telemáticos u otros producidos por la tecnología.

Los cinco beneficios o ventajas al utilizar nuevas tecnologías en el sistema de justicia según Kattia Morales¹³ son:

1. Expedito. Facilita a las partes involucradas en los procesos revisar directamente sus procesos judiciales sin tener que acudir a las Cortes o Tribunales.
2. Exclusivo. Con una única clave y un usuario se pueden consultar todos los procesos judiciales que se tramitan por la administración de justicia.

13 MORALES NAVARRO, Katia, *La inclusión de las tecnologías en la gestión judicial, Poder judicial de la República de Costa Rica*, en *Sistemas Judiciales, El rol de las nuevas tecnologías en el sistema de justicia*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Año 9, No. 16, pp.48-55

3. Económico. Ahorra tiempo y costos materiales a los usuarios del sistema.
4. Eficiente. Garantiza efectividad por cuanto a que se agiliza la tramitación de los procesos.
5. Ecológico. Se reduce el uso de papel

Para Nguyen Bich Thao¹⁴, la aplicación de tecnologías en el desarrollo de los procedimientos civiles debe enfocarse en las siguientes áreas:

- a) Contar con un servicio electrónico procesal por el cual de forma digital se presenten las demandas, se realicen las notificaciones, se dé contestación a las demandas, se realicen las audiencias de conciliación, se revisen cuestiones de legitimación y se depuren las excepciones procesales, se abra el juicio a prueba, se ofrezcan, admitan, preparen y se desahoguen las pruebas, se realice la audiencia de ley, se oigan los alegatos y se dicte sentencia electrónica y se notifique la misma.
- b) La utilización de tecnología para videoconferencias a efecto de recabar pruebas y desarrollar las audiencias judiciales. Por muchos años ya se han utilizado las videoconferencias para recibir testimonios de testigos, sin embargo, las videoconferencias deben ampliarse para servir para todos los actos procesales, incluyendo la celebración de audiencias en las que se reciba la evidencia y también para producir argumentaciones y alegatos entre las partes y ante el Tribunal.
- c) La constitución de Tribunales digitales.

14 Bich Thao, Nguyen, *Civil Procedure Law in digital age*, Trung tâm Thông tin – Thư viện – Library and Information Center (vnu.edu.vn), p. 139.

- d) La aplicación de tecnología digital para la creación, preservación y aseguramiento de la autenticidad de las pruebas o evidencias ofrecidas durante el proceso.
- e) Utilizar inteligencia artificial en la justicia civil, ya que proporciona información legal y vigente para el público en general, apoya la rápida y efectiva comunicación entre los tribunales y la ciudadanía. Facilita la resolución de conflictos ofreciendo mecanismos alternativos por vía digital, además de contar con herramientas digitales que pueden predecir el resultado del litigio, así como también podrán apoyar a los jueces a efecto de dictar sentencias más consistentes, bien argumentadas e incluso convincentes para todos.

3. EL PAPEL QUE DESEMPEÑAN LOS JUECES DENTRO DEL NUEVO ROL TECNOLÓGICO

Por ejemplo, La Corte Federal, así como Cortes locales en Australia utilizan tecnologías para el desarrollo, tanto de fases prejudiciales, como dentro del proceso mismo. Invitan a las partes litigantes y a sus abogados a someterse a juicios en línea, así como a utilizar datos electrónicos, crear listas de las probanzas, demandas, alegatos y demás escritos; intercambiar incluso versiones electrónicas entre ellos, de acuerdo a un protocolo previamente acordado. También se les exhorta para que utilicen los recursos tecnológicos durante el proceso judicial.¹⁵

Durante la etapa prejudicial se les sugiere a las partes discutir un plan de descubrimiento probatorio, así como todos los asuntos relacionados con documentos electrónicos, incluidas las medidas de

15 JACKSON, Sheryl, *New Challenges for litigation in the electronic age*, <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLawRw/2007/3.pdf>

seguridad que se tomarán, cuál es el medio que escogerán para la producción de los documentos y datos, las posibilidades de que pueda ocurrir la eliminación de archivos, así como recuperación de los mismos, y también el alcance y el valor de los correos electrónicos.

En Australia, en la mayoría de los juicios en los cuales se usa la tecnología, las partes, previamente alcanzaron un acuerdo al respecto. Sin embargo ya existen precedentes muy importantes, como los casos *Idoport*¹⁶ y *Harris Scarfe*¹⁷, en los que las Cortes han dejado claro que, si existe oposición al uso de tecnologías por una de las partes, en virtud de la inequidad en cuanto al manejo de los dispositivos digitales y sus aplicaciones, la Corte ordenará que dicha tecnología sea utilizada durante el proceso, pero para ello deberá dictar las medidas necesarias para facilitar la conducción del juicio electrónico.¹⁸

Se espera que en los próximos años se incremente el número de juicios electrónicos y por ello, como primer paso es importante adoptar un sistema de administración de datos y documentos, el cual será benéfico para todos.

Además se contará con una base de datos personalizada. Cada día, como es natural se encuentran más firmas de abogados que han contratado software para el manejo de documentos durante el juicio, a través de acceso a bases de datos de Microsoft.¹⁹ Las bases de datos tienen dos partes esenciales: Los documentos en concreto y la información descriptiva en relación a dichos documentos, como el autor y

16 *Idoport Pty Ltd v National Australia Bank Ltd and Ors – BarNet Jade – BarNet Jade*

17 *Harris Scarfe Ltd v Ernst & Young (No 4) [2005] SASC 443 – BarNet Jade – BarNet Jade*

18 *Ibidem*, p.87

19 *Idem*.

la fecha. Si los documentos no fueron producidos electrónicamente, como son las cartas, facturas, recibos, etc. emitidas por terceros, deberán de ser escaneados y crear una copia electrónica, para posteriormente incluirla en la base de datos.

Por otro lado, se están desarrollando estándares para crear documentos electrónicos legales, los cuales serán mucho más manejables y localizables que antes, cuando se encontraban en extensos tomos de expedientes en papel, los cuales debían cargarse de un lugar a otro. Es importante considerar la facilidad que tendrán todos los involucrados al acceder al proceso electrónico desde cualquier parte del planeta.

Si bien, todavía se encuentra en construcción, lo que podríamos concebir como una Corte o Juzgado electrónico, A. Stanfield²⁰ sugiere tomar en consideración los siguientes elementos para un efectivo trabajo de una E-Corte:

- a) Captación de documentos dentro de un formato electrónico efectivo,
- b) Adecuada capacitación en la utilización de las herramientas electrónicas,
- c) Contar con un hardware, un libro electrónico judicial, una administración de transcripción, un sistema de pantallas, un equipo experto en informática que apoye el sistema, una adecuada preparación y un entrenamiento para el uso de las herramientas electrónicas, d) poseer datos de contacto de las partes, calendarios de actuaciones, facultades para enviar y recibir mensajes, contar con un proveedor de internet a efecto de otorgar acceso inmediato a legislaciones y jurisprudencias y precedentes.

20 A. STANFIELD, *E-Litigation*, Thomson Legal and Regulatory Group, 2003, 71

El otorgar facilidades para la celebración de videoconferencias, frecuentemente utilizadas para recibir los testimonios de personas en cualquier parte del mundo, es otra ventaja para el sistema de justicia digital.

Con la instauración de los tribunales electrónicos se crean mecanismos para que los abogados y las partes puedan enviar por gestión en línea, las demandas y los escritos, los cuales al ser firmados digitalmente, son validados por el sistema. Servicios como la comprensión de documentos escaneados o elaboración de plantillas o formatos para presentar demandas en forma masiva. Los emplazamientos y las notificaciones en general que se realizan de manera electrónica y automatizada a los medios electrónicos establecidos, los cuales pueden ser correos electrónicos o por medio de mensajería móvil.²¹

4. LOS COSTOS POR EL USO DE LA TECNOLOGÍA

La vida útil de la tecnología se acorta proporcionalmente a la velocidad de los desarrollos de nuevas tecnologías. En el caso de los equipos, la vida se estima actualmente en unos pocos años, y se suele utilizar, para fines comparativos, el número de años que permite la tributación directa para su depreciación. Durante la vida útil de un equipo, los costos asociados van desde la electricidad, hasta el mantenimiento (consumible, repuestos y reparaciones) y los servicios asociados con la instalación de nuevas versiones de *software*.²²

En algunos países han reconocido que, en la falta de definición de la vida útil del *software* radican los enormes problemas que traen los

21 MORALES NAVARRO, Katia, *La inclusión de las tecnologías en la gestión judicial*, op.cit.p. 53

22 <https://www.nacion.com/archivo/costo-de-la-tecnologia/>

sistemas legados (tecnologías totalmente obsoletas, pero con funcionalidad vigente) y, hasta cierto punto de manera arbitraria, han definido la vida útil de los sistemas de *software* en 5 o 7 años –por lo general han llegado a ese número calculando en qué momento se torna más caro mantener un *software* que reemplazarlo. El *software* atrae costos de soporte y mantenimiento, desde contestar el teléfono al usuario que no entiende cómo salir de una opción, hasta visitar todos los equipos de una organización para instalar (o reinstalar) nuevas versiones.

Ahora bien, todavía se discute si debe obligarse a una de las partes a someterse a un proceso electrónico en contra de su voluntad. Además si no desea asumir los costos que implica pagar los honorarios de consultores externos en electrónica, la adquisición del *software*, el escanear los documentos, y la codificación de los mismos de acuerdo con los protocolos que se convengan. Algunos sostienen que dichos costos deben ser asumidos por el Estado, bajo el esquema que los gobernados pagan impuestos que se podrían reflejar en el apoyo a la implementación de dichos sistemas electrónicos.

Por otro lado, la parte que obtenga una sentencia favorable podrá en su momento demandar a su contraparte los costos que le fueron ocasionados al someterse a un juicio electrónico. Aunque en algunas instancias se ha considerado que sería apropiado que la Corte imponga el pago del costo a aquella parte, cuyo desahogo de la prueba le hubiese favorecido.

5. VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

La información que circula por internet puede ser importante para acreditar o probar la vulneración de un derecho fundamental como la intimidad, el honor, la imagen, el secreto de las comunicaciones, así como el uso ilegítimo de la propiedad intelectual, fotos, textos, videos. Puede servirnos para probar en juicio, la comisión de delitos

dentro de la red, como lo son entre otros, las amenazas, la revelación de secretos, fraudes, estafas, injurias y calumnias, uso no autorizado de datos personales, incumplimiento de contratos etc.²³

Producto de la actividad digital se crean rastros o evidencias que pueden servir para probar conductas como ciber-acoso laboral, competencia desleal, fugas de información confidencial, uso indebido de medios tecnológicos, propiedad de las empresas.²⁴ También funciona para acreditar conductas de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, captación de grabaciones de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imágenes, registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, así como los registros remotos sobre equipos informáticos están ya reguladas y permitidas siempre y cuando éstas sean ordenadas judicialmente y bajo los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

Sin embargo, la mayor parte de la información digital que se utiliza como prueba en los procesos judiciales carece del rigor suficiente para ser considerada legalmente como documento digital. En la práctica se observa que, gran parte de los operadores jurídicos aporta tanto una prueba copia impresa o transcrita, así como el documento electrónico; sin embargo, el principal problema aparece cuando convertimos esta prueba original en soporte electrónico a una copia impresa y únicamente facilitamos ésta última. Un acto en apariencia tan inocente como la impresión de una imagen, un pantallazo, un correo

23 OLIVA LEÓN, *Presentación de la Prueba Electrónica, Validez y eficacia probatoria*. p.10, <https://www.juristasconfuturo.com/desafios-legales/>

24 ROJAS ROSCO, *La prueba digital en el ámbito laboral. ¿Son válidos por pantallazos? La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los pantallazos?* – Dialnet (unirioja.es)

o mensajes enviados por WhatsApp, para su posterior aportación al proceso judicial supone la omisión de importantes datos de los que puede depender la valoración que finalmente se haga de los mismos.²⁵

La prueba electrónica al ser ofrecida mediante la aportación de un mero documento privado, por ejemplo, la impresión directa del equipo de informática particular sin la intervención de un funcionario público, puede constituir la impresión de un correo electrónico o un pantallazo de un mensaje de WhatsApp. Al presentarla de esta forma, al juez le podrían surgir serias dudas en cuanto a la autenticidad, por lo que en su caso deberá ser administrada y valorada en su conjunto con otras pruebas, como puede ser el interrogatorio de parte o testimoniales. Para poder realizar una correcta apreciación sobre el valor probatorio y alcance de la evidencia digital, tribunales españoles han establecido por ejemplo, cuatro supuestos en los que una captura de pantalla puede constituirse como una prueba digital:

El TSJ establece cuatro supuestos para aceptar como documento una conversación o mensaje de este tipo: a) cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación; b) cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido; c) cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (exhibición); d) cuando se practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores.²⁶

25 CARRASCO MAYANS, *La alegalidad o limbo legal la prueba electrónica*, p.43, <https://www.faseconsulting.es/legal/la-alegalidad-o-limbo-legal-de-la-prueba-electronica>

26 <https://www.iberley.es/jurisprudencia/whatsapp-proceso-laboral-sentencia-n-556-2016-tsj-galicia-sala-social-sec-1-rec-4577-2015-27-01-2016-47577258>

Existe poco material escrito dedicado expresamente a las percepciones de los jueces en relación a la prueba digital²⁷. Varias investigaciones coinciden en que se suelen presentar complicaciones al momento de obtener información por las siguientes razones:²⁸ Su alto *status* social, sus deberes de confidencialidad y el distanciamiento profesional, reticencia a participar en estudios que puedan mostrar las áreas en las que les son intelectualmente desfavorables, falta de relaciones y desconfianza en los investigadores o la academia. El problema se complica cuando no todos los jueces han tenido contacto con la evidencia digital, o tienen poca experiencia al valorar este tipo de pruebas.

Con el propósito de lograr la autenticidad de la información en la transcripción de un correo electrónico, mensajería instantánea y *chats*, se ha sostenido por una corte de Estados Unidos de Norteamérica que «la presencia de obvias omisiones» en algunas comunicaciones tiende a quitarle peso probatorio a la evidencia. *U.S. v. Lebowitz* 647 F. Supp. 2d 133 (N.D. Ga. 2009).²⁹

Sin embargo, una corte federal en Nebraska excluyó completamente una versión «copiada y pegada» de un chat, al encontrar que las omisiones convertían a la evidencia en «no auténtica» *United States v. Jackson*, 2007 WL 1381772 (D. Neb. 2007).³⁰

27 KESSLER GARY, «Judges awareness, understanding, and application of digital evidence». *Journal of Digital Forensics, Security and Law*, Vermont, 2011, Vol. 6, [Phttp://commons.erau.edu/db-security-studies/25](http://commons.erau.edu/db-security-studies/25)

28 ANLEU Y MAC, *The professionalization of Australian magistrates Autonomy, credentials and prestige*<http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1440783308089169>

29 The place to find U. S. Law, Lawyers and Opinions (leagle.com)

30 *United States v. Jackson*, 488 F. Supp. 2d (D. Neb. 2007): Case Brief Summary – Quimbee

El sistema de valoración de la prueba electrónica en muchos países de tradición hispánica es el de la libre valoración de la prueba bajo las reglas de la sana crítica, son aplicables las reglas generales de valoración y adminiculación de las pruebas. El juez además puede contar con el apoyo del perito informático que acredita la existencia o no de manipulación del medio de prueba y con el apoyo de un prestador de servicios de certificación, determina la integridad de los datos y la corrección del origen de los mismos. Es decir, el valor probatorio de la evidencia digital dependerá del procedimiento elegido para su aportación en el juicio, así como las garantías ofrecidas para la verificación judicial de su autenticidad e integridad de la evidencia. Si del cotejo no se dedujera la autenticidad de una prueba electrónica el tribunal debería valorarla conforme a los principios de la sana crítica sin perjuicio de utilizar también testimoniales, interrogatorios a las partes y reconocimientos judiciales.

6. LA GARANTÍA DE ORIGEN, INTEGRIDAD, INALTERABILIDAD Y AUTENTICIDAD DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

La ciencia nos proporciona herramientas tecnológicas destinadas a garantizar el origen e integridad de los datos incorporados en un documento electrónico, la prueba electrónica por excelencia, gracias a los sellos de tiempo electrónico. Las funciones del hash constituyen una técnica informática de máxima importancia en lo relativo al aseguramiento de la prueba informática. Se basan en la obtención de datos a través de una copia espejo e identificando la información que se copia de forma única.³¹ Así mismo, en muchas legislaciones se encuentran contempladas disposiciones relativas a la labor de los di-

31 PEREIRA, Silvia, *La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*. Universidad de Girona, www.LibreríaDykinson – *La exhibición de*

versos profesionales especializados, dedicados a dotar de las máximas garantías a las pruebas obtenidas por medios digitales: notarios, los peritos informáticos, prestadores cualificados de servicios de confianza así como prestadores de servicios de certificación. El apoyo que estos auxiliares de la justicia brindan al proceso es muy importante si pretendemos dotar de validez y eficacia procesal a la prueba electrónica, es decir contar con la seguridad de que la prueba es fidedigna y descartar cualquier posibilidad de manipulación en el contenido de la información a efecto de estar en la aptitud de acreditar la autenticidad de la misma ante la autoridad judicial.

En Estados Unidos de Norteamérica, las Barras de abogados de los Estados de Florida y Carolina del Norte,³² pretenden capacitar a sus miembros para convertirlos en expertos tecnológicos. Contrarios a dicha postura, abogados como jueces, no pretendemos convertirnos en peritos informáticos. El perito experto asesor del juez y de los abogados debe serla persona idónea que podrá acceder al sistema e informar fehacientemente sí se ha producido una modificación a la prueba original. Es común que algunos especialistas (expertos en evidencia digital y /o electrónica) ofrezcan sus servicios privados para empresas. Estos peritos llamados informáticos se encargan de una labor de rastreo de la evidencia. Sin embargo, si esta actividad de rastreo o recuperación de información es realizada sin el conocimiento de la autoridad, la prueba podría estarse manipulando y tratándose de procesos penales se rompería la cadena de custodia, directriz esen-

documentos y soportes informáticos en el proceso civil – Pereira Puigvert, Silvia | 978-84-9014-396-4

- 32 GREENE, Michael, *Do attorneys need mandatory Technology CLEs? N.C.Bar Says Yes*, <https://biglawbusiness.com/do-attorneys-need-mandatory-technology-cles-n-c-bar-says-yes/81>

cial en materia electrónica.³³ Si la evidencia es manipulada u obtenida de manera ilegal corre el riesgo de ser inadmisibile.

Algunas de las pruebas que pueden ser autenticadas con la ayuda de la informática forense son: correos electrónicos, agendas electrónicas, teléfonos celulares, computadoras portátiles, grabaciones de voz con análisis de sonografía y espectrografía, correo fotográfico, nóminas digitales, pagos por medios electrónicos. Pese a que los jueces y abogados no buscamos ser expertos en tecnología, cierto es que actualmente manejamos un ciberhabla, como un vehículo comunicativo virtual por excelencia, y no hay duda que por ejemplo, el emoticon es un importante elemento del mismo que debe ser estudiado de cara a comprender sus implicaciones en el futuro. Su uso e interpretación no es algo que se adquiera de manera natural y tampoco es universal, tal y como ocurre con la expresión e interpretación de las emociones en el lenguaje no verbal.³⁴

7. LEGAL TECH (TECNOLOGÍA AL SERVICIO DE LOS ABOGADOS)

Las herramientas tecnológicas relacionadas con el mundo jurídico son generalmente conocidas bajo el concepto genérico de «*Legal Tech*». Están revolucionando la industria legal, al aumentar la velocidad y eficiencia de los servicios jurídicos tradicionales y en algunos casos de plano, reemplazando a los abogados tradicionales, con nuevas aplicaciones y formas de prestación de servicios.

33 NAVA GARCÉS A., *La prueba electrónica en materia penal*, México, Porrúa, 2015, p. 232

34 CUADRADO MARTÍN FERNÁNDEZ, *La expresión de las emociones en la comunicación virtual: El ciberhabla*, <http://dehesa.unex.es/handle/10662/5647>

Este proceso de disrupción en las profesiones jurídicas ofrece oportunidades significativas para todos los juristas. Sin embargo, también plantea una serie de desafíos para los profesionales, aquellos que ejercen su profesión por cuenta propia u otros que están integrados a despachos o prestan asesorías jurídicas. Su finalidad es también identificar las implicaciones estratégicas y legales de tecnologías como *blockchain*, la inteligencia artificial (IA) o los *smart contracts*, responder a los interrogantes que plantea su utilización y proporcionar las claves prácticas que desde la práctica profesional plantea el uso de estas tecnologías, todo ello, de la mano de expertos en todos los sectores afectados.³⁵

El origen de *Legal Tech* se puede encontrar en el ecosistema emprendedor de *Silicon Valley*, específicamente en la Universidad de *Stanford*, en la década de los noventa, cuando se crea el *The Stanford Center for Computers and the Law (Codex)*, un centro de investigación interdisciplinario de ciencias computacionales operado por las escuelas de Derecho e Ingeniería. Es allí donde inician las primeras startups que buscan solucionar los litigios y retos de los operadores jurídicos. *Codex* es una iniciativa que no tiene parangón en el mundo: ellos determinaron el «*future law*», sentencia Guillermo Miranda, director general de la empresa *Lucius Report*, una *Legaltech* latinoamericana.³⁶

35 BARRIO ANDRÉS, Moisés, *La transformación digital de la abogacía*, La Ley, 2019

36 *La revolución Legaltech llega a América Latina* | tecno.americaeconomia.com
| AETecno – AméricaEconomía

Servicios Legaltech

The Stanford Center for Computers and the Law clasifica los servicios de las Legaltech en nueve categorías:

- Marketplaces legales
- Firma electrónica
- Automatización de documentos
- Gestión y administración jurídica
- Investigación jurídica
- Educación jurídica
- Resolución de disputas *online*
- *E-discovery*
- Análisis de datos para *compliance*



37

La revolución digital de las profesiones jurídicas está reemplazando con tecnología, las tareas que antes consumían mucho tiempo, con lo cual se consigue que los abogados tomen mejores decisiones, optimicen las formas de interactuar con el cliente y ofrezcan un servicio más especializado. Estas herramientas ya existen, ya se ofrecen y muchos abogados ya disfrutan de ellas.³⁸

Andrés Barrio³⁹ distingue siete modalidades principales de aplicaciones y empresas Legal Tech:

37 Idem

38 [www-¿Qué es el Legaltech? Ventajas para abogados y profesionales legales \(tucaso.es\)](http://www.tucaso.es)

39 BARRIO, Andrés, Legal Tech. *La transformación digital de la abogacía* (moisesbarrio.es)

Productos de asesoramiento legal automatizado para los ciudadanos (*automated legal advice products*); *marketplaces* o plataformas de encuentro entre clientes y abogados; empresas de externalización del trabajo jurídico para los despachos y departamentos jurídicos (*legal process outsourcing*); automatización documental; herramientas de *e-discovery* y revisión de documentos; análisis predictivo de casos; y plataformas *e-Learning*.

Para María Jesús González Espejo⁴⁰, se trata de soluciones desarrolladas por las administraciones públicas para prestar al ciudadano servicios de naturaleza jurídica o las que se dirigen a ayudar al profesional jurídico en ciertas tareas como la comunicación con los órganos judiciales o las que mejoran la gestión de las organizaciones, como los software de gestión financiera, documental o de clientes, que no han desarrollado *startups*, sino editoriales jurídicas que son grandes corporaciones con años de experiencia a sus espaldas y que, en consecuencia, poco o nada se parecen a una *startup*. Por ello, nosotros optamos por una definición más amplia del término, entendiendo que es *LegalTech*: La tecnología en la que el componente legal es crítico, sirve para prestar un servicio de naturaleza legal o bien presta servicios de cualquier naturaleza al colectivo de profesionales jurídicos. Es importante además, tener en cuenta que el término *LegalTech* no puede entenderse disociado del concepto «innovación legal», entendiendo por tal, la solución de problemas o retos jurídicos a través de la creatividad. Para que una solución informática pueda calificarse de *LegalTech* debe tener carácter innovador, es decir, aportar soluciones creativas a problemas existentes o retos que van surgiendo como consecuencia del nacimiento de nuevos modelos económicos o nuevas necesidades de la sociedad.

40 María Jesús González-Espejo – WOLT (womenoflegaltech.eu)



41

41 Legal Tech en España, www.legaltech.España



42

Para David Freeman y Jonah Gelbach,⁴³ *Legal Tech* está transformando los procesos judiciales y el ejercicio de la práctica jurídica. El concepto es completamente futurista y se hace referencia a abogados robots y jueces robots. ¿Qué impacto y consecuencias se van a generar en el procedimiento y la estructura actual de los procesos civiles que se tramitan ante el sistema de justicia? No es difícil sugerir que

42 Legal Tech en México, www.LegatechenMexico

43 FREEMAN ENGSTORM, DAVID, GELBACH, JONAH B, *Legal Tech, Civil Procedure, and the future of adversarialism*, *Fortcoming*, 169, U. Pa.L.Rev._2020. [www.DavidFreemanEngstrom – Legal Tech and the Future of Civil Justice Legal Tech and the Future of Civil Justice \(stanford.edu\)](http://www.DavidFreemanEngstrom-LegalTechandtheFutureofCivilJusticeLegalTechandtheFutureofCivilJustice(stanford.edu))

cuando este entramado de tecnologías permeen en el mundo de los abogados y jueces, el proceso adversarial, tal como lo conocemos hasta hoy, se tendrá que modificar, no precisamente convirtiéndonos en robots, pero seguramente tendremos que adaptarnos a otra realidad muy diferente. El reto para las Cortes y Tribunales es mayor, así como para los legisladores a efecto de analizar las mejores formas para adaptar el sistema de proceso digital creando normas de procedimiento diferentes para esta era analógica.

Freeman y Gelbach han detectado 9 categorías de herramientas tecnológicas en los Estados Unidos de Norteamérica:

Mercado legal y compatibilidad, Búsqueda legal, Evaluación de resultados, Analítica legal, Prueba, Creación y montaje de documentos y Manejo de gestión, Administración de contratos y análisis, Resolución de controversias, servicios legales en línea, servicios ofrecidos por la Corte o Tribunal.⁴⁴

Las herramientas tecnológicas pueden variar dependiendo de, si las mismas se usan dentro del sistema judicial o fuera del mismo, así como también pueden contener procedimientos legales diferentes a los de otros sistemas jurídicos. Estas herramientas representan un apoyo muy valioso para todos aquellos abogados en busca de precedentes de resolución de litigios. También hay herramientas tecnológicas que ofrecen a los interesados la posibilidad de negociar convenios con aseguradoras o someterse a arbitrajes, sin siquiera interponer demandas antes los tribunales. Puede ser que, simplemente al apretar una tecla o un botón se pueda generar una denuncia ante una agencia investigadora.

44 Op.cit, p.9

La tecnología legal alcanzará seguramente grados de sofisticación maravillosos. Como por ejemplo, muchos abogados nos formulamos un juicio prescriptivo en la sombra. ¿Qué casos se ganarán y cuáles se perderán? ¿Qué documentos serán los decisivos y relevantes y cuáles pueden guardarse gracias a una conducta defensiva? Las predicciones de las máquinas tecnológicas replicarán estos conocimientos fundamentales de los abogados. Además, las herramientas tecnológicas identificarán no solo argumentos lingüísticos, sistémicos analógicos, probatorios, teleológicos, sino que desarrollarán procedimientos del tráfico, que al navegar presentan las diversas herramientas. La predicción de una máquina en el sentido de que un asunto tiene 80% de posibilidades de ganarse puede conducir a los abogados a tomar decisiones de llegar a celebrar convenios, para resolver el litigio.

Los académicos brasileños han identificado algunas nuevas características de los procesos electrónicos civiles, entre ellas la inmaterialidad o lo digital que reduce tiempo, trabajo y costos en la administración, manejo y búsqueda, así como actualización de registros, previniendo la falsificación o modificación de dichos registros.⁴⁵

45 Bich Thao, Nguyen, Civil Procedure Law in digital age, Trung tâm Thông tin – Thư viện – Library and Information Center (vnu.edu.vn), p. 138.

Legaltech in Brazil (beta)*

Legal Documents

LEXIO, docsales, KURIER, JURIDOC, VERIFACT, JURIMETRIC, SANTO CONTRATO, linte, MEUS DOCS, Clicksign, Aprova Digital, Looplex

Legal Research

JUITJI, docket

Marketplace

mol, Jusbrasil, sigalei, LIDE, portal de COMPRAS PUBLICAS

Management Software

Projuris, Privacy tools

Online Legal Services & Advice

LIBERFLY, xmultas, QUICKBRASIL, resolvi

Created by: **contxto DATABASE**

*This infographic is a work in progress

Is your startup missing? Submit it into database.contxto.com

46

Otra característica es la conexión, que apoya a que se produzcan las interacciones entre las partes, los jueces y los tribunales, de manera rápida amable y conveniente. Además, estas conexiones abren el procedimiento a otras ligas en el mundo, lo que hace al proceso jurisdiccional público y transparente, removiendo las barreras físicas de papeleo para acceder a la información de la Corte.

También es intermedial y facilita la comunicación interconectada, gracias a las redes, las partes y el juez pueden navegar libremente en plataformas de internet, utilizar software y programas computacionales.

Es hiper-realista e instantánea, porque gracias a la tecnología, en un juicio en línea percibimos perfectamente el comportamiento de testigos, su expresión facial, sus gestos y su comportamiento sin tenerlos físicamente presentes, sin pedir nada a lo presencial. Antes teníamos que esperar meses para contar con un testimonio, sobre todo si se trataba de testigos que radicaban en otras provincias o países diferentes a donde se desarrollaba el proceso.

Por último, el uso de las tecnologías en un futuro puede provocar que, la competencia de los jueces en materia de territorio no tenga más sentido, ya que desde cualquier parte se puede acceder a la justicia digital.

8. CONCLUSIONES

Gracias al desarrollo tecnológico y en virtud de la llegada de la pandemia por el Covid 19 y la necesidad apremiante de obtener justicia de los tribunales, los juicios en línea y los tribunales digitales son una realidad que ha llegado para quedarse en todas partes.

Los profesionales del derecho, tanto abogados como jueces debemos adaptarnos a estas nuevas realidades y modificar por completo nuestra forma de trabajo. El uso de herramientas que nos ofrecen las plataformas de *Legal Tech* optimizan y facilitan de manera extraordinaria el trabajo legal. Como sucede en la naturaleza, o nos adaptamos a estos cambios o desapareceremos.

Todavía hay muchos retos que enfrentar. Habrá que re-pensar la estructura y las reglas de los procedimientos que tenemos legislados en nuestros Códigos de Procedimientos Civiles. Nuestras leyes en general, pero el proceso civil en particular ha defendido los principios de imparcialidad, igualdad entre las partes, respeto a los derechos humanos, los cuales debemos de proteger y respetar dentro de los procedimientos civiles digitales.

Es decir, el derecho a contar con un proceso justo, el derecho de ser oído, el derecho de audiencia, el derecho a contar con una justicia gratuita, deben ser derechos fundamentales para todos los justiciables, incluso dentro del desarrollo de un proceso civil electrónico.

Otro reto a vencer es la brecha digital, ante un mundo con tantas desigualdades económicas y sociales. No es solamente cuestión de tener acceso a las TIC, sino de acceder en las mejores condiciones, para lo cual se requiere considerar aspectos técnicos, como el ancho de banda, pero también la presencia o ausencia de políticas públicas que apoyen a personas pobres o de bajos recursos; el pago de rentas por transferencia de tecnología, por la propiedad intelectual y hasta por el manejo de diversos idiomas.

EL PRECEDENTE JUDICIAL. LA PREVISIBILIDAD DE LA SENTENCIA Y LA DECISIÓN AUTOMATIZADA DEL CONFLICTO¹

*THE JUDICIAL PRECEDENT. THE PREDICTABILITY OF THE JUDGMENT
AND THE AUTOMATED JUSTICE DECISION OF THE CONFLICT*

VICENTE PÉREZ DAUDÍ

Catedrático de Derecho Procesal.
Universitat de Barcelona

Fecha de recepción: 12 de abril de 2021

Fecha de aceptación: 12 de mayo de 2021

RESUMEN: En este trabajo se analiza la premisa para implantar mecanismos de decisión automatizada de la justicia que es la previsibilidad de las resoluciones que se van a adoptar. Para ello se desarrolla el precedente judicial y la vinculación del órgano jurisdiccional las sentencias dictadas por los tribunales superiores y por ellos mismos. Finalmente se desarrolla el fracaso de la función nomofiláctica de los tribunales superiores por la existencia de un ordenamiento jurídico multinivel y el intento de superación de estas dificultades con la regulación de los procedimientos testigo.

ABSTRACT: This paper analyzes the premise for implementing mechanisms of automated justice decision that is the predictability of the decisions to be adopted. For this purpose, the judicial precedent and the connection of the court with the judgements handed down by the higher courts and by themselves are developed. Finally, the paper explains the failure of the nomophylactic function of the higher courts due to the existence of a multilevel legal system and the attempt to overcome these difficulties with the regulation of witness proceedings.

-
1. Este trabajo se realiza en el ámbito del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades PGC2018-096260-B-C21.

PALABRAS-CLAVE: Precedente judicial, previsibilidad de las decisiones judiciales, recurso de casación, igualdad.

KEYWORDS: Judicial precedent, predictability of judicial decisions, appeal, equality.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Premisas para la aplicación de la inteligencia artificial a la decisión judicial: la vinculación al precedente judicial. 2.1. La igualdad en la aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales. 2.1.1. La jurisprudencia, la vinculación con la decisión de los tribunales superiores y la independencia judicial. 2.1.2. La vinculación del órgano jurisdiccional a sus criterios jurisdiccionales previos. 2.1.3. La vinculación de los tribunales a las sentencias del tribunal constitucional y del tribunal de justicia de la unión europea. 3. El precedente judicial, la previsibilidad de la respuesta judicial y el tratamiento procesal de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. 3.1. El fracaso de la función nomofiláctica del tribunal supremo. 3.2. Los procedimientos testigo. 4. Los ataques a la previsibilidad de las resoluciones judiciales. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones que se están debatiendo actualmente es la posibilidad de implantar los medios electrónicos en el juicio jurisdiccional. Es decir, la aplicación de la Inteligencia Artificial en la resolución de conflictos. En este trabajo no voy a analizar esta cuestión, sino su presupuesto como es la vinculación de los órganos jurisdiccionales a las resoluciones en España y la previsibilidad de la justicia como medio para dotar de mayor efectividad al proceso judicial. Es decir, las aplicaciones informáticas que afirman que pueden anticipar la resolución deben ser utilizadas para que las partes de un conflicto sean conscientes de cuál es su posible decisión por un tribunal estatal².

Una cuestión distinta se plantea cuando se intenta implementar la Inteligencia Artificial en la toma de decisiones judiciales. En mi opinión se parte de un error conceptual y es la función del Juez en la resolución de los conflictos. Tal como entendemos hoy la división de poderes el Juez ya no es la boca muerta que pronuncia las palabras de la ley, tal como afirmaba Montesquieu³, sino que es el que dicta la

-
- 2 Las aplicaciones informáticas no pueden anticipar la decisión judicial, pero sí que pueden realizar un análisis de las probables soluciones. Esta labor le corresponde realizarla a los abogados de las partes, que podrán utilizarlas para facilitar su trabajo. En este contexto estoy de acuerdo con que será una herramienta muy útil, pero no podrán reemplazar ni la función del abogado ni del órgano jurisdiccional. En este sentido se pronuncia el CEPEJ en la *Carta ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, adoptada en la 31 Reunión plenaria del CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 3 y 4 de diciembre de 2018, párrafo 97.
 - 3 Ver PEDRAZ PENALVA, «La Jurisdicción en la Teoría de la División de Poderes de Montesquieu», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, p. 919.

sentencia judicial tomando como referencia la ley y otros elementos como la determinación de los hechos probados.

En mi opinión defender que una aplicación informática puede sustituir a un Juez o Tribunal implica, entre otras cosas, resucitar la teoría del silogismo judicial⁴, que ya se demostró que no explica la formación del juicio jurisdiccional⁵. Esta posibilidad implica el triunfo de las teorías monistas del proceso sobre las dualistas. Es decir, las que afirman que el juez crea el derecho del caso concreto y no se limita a aplicar la ley. El problema es que existen tantas normas concretas como casos resueltos, lo que hace muy complicado llegar a una solución general que permita la previsibilidad del resultado⁶.

4 En este sentido también se pronuncia el CEPEJ en la *Carta Ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, adoptada en la 31 Reunión plenaria del CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 3 y 4 de diciembre de 2018, p. 78.

5 Ver por todos SERRA DOMÍNGUEZ, en «El juicio jurisdiccional», en *Estudios de Derecho Procesal*, edit. Ariel, Barcelona, 1967, pp. 94 y ss.

6 Esta cuestión integra uno de los conceptos esenciales del derecho procesal como es el juicio jurisdiccional. La doctrina que lo ha analizado se ha decantado entre la visión dualista del proceso, en el que el juez aplica la ley, y la dualista, en la que crea el derecho. Es imposible realizar una cita de los autores que se han decantado por uno u otro ya que la bibliografía existente es muy abundante. Tal como indico en el texto el intento de integrar el precedente judicial o la previsibilidad de las resoluciones judiciales en el concepto de seguridad jurídica implica una opción por el monismo ya que se reconoce que no es suficiente con la ley formal, sino que es esencial la uniformidad de la resolución de los procesos y esta función se reserva a los órganos de la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE). Para esta cuestión remito al análisis que realiza RAMOS MÉNDEZ (en *Derecho y proceso*, edit. Librería Bosch, Barcelona, 1978), que es el pionero en España en asumir el monismo y divulgarlo en la totalidad de sus trabajos.

En este trabajo analizaré el precedente judicial y la previsibilidad de las resoluciones judiciales como premisa para la aplicación de la Inteligencia Artificial para ayudar al órgano jurisdiccional a la adopción de sus decisiones.

2. PREMISAS PARA LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LA DECISIÓN JUDICIAL: LA VINCULACIÓN AL PRECEDENTE JUDICIAL

2.1. *La igualdad en la aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales*

Una cuestión previa al análisis del uso del tratamiento de los datos jurisprudenciales ya existentes en un intento de predecir la decisión judicial en el caso concreto es determinar la vinculación del órgano jurisdiccional que debe juzgar un asunto a las decisiones anteriores adoptadas por él mismo o por otros Tribunales⁷. Para responder hay que diferenciar dos cuestiones: la vinculación a las decisiones adoptadas por otros Tribunales y a las adoptadas por él mismo en supuestos similares.

Lo habitual es que no haya ni dos casos en que los hechos sean idénticos ni la misma solución jurídica. Los abogados de las partes, antes de iniciar el proceso o en el momento de contestar a la demanda analizan las leyes aplicables y la jurisprudencia existentes, además de la doctrina, para determinar las posibilidades procesales de éxito y perfilar la estrategia procesal a seguir para lograr el mejor resultado.

7 Ver CARRATTA, Antonio, en «Decisioni robotica e valori del processo», en *Rivista di Diritto Processuale*, 2020, número 2, pp. 491 y ss.

En esta labor de búsqueda es importante conocer la respuesta judicial que ha dado el mismo juez o Tribunal. El abogado es consciente de que no va a encontrar dos casos similares, por lo que es esencial esa labor de búsqueda para extraer los argumentos comunes que se han utilizado para resolver casos similares que permitirán defender a su cliente. Además, debe analizar en el caso concreto que hechos va a alegar y como va a intentar acreditarlos ante el órgano. Una vez efectuada estas reflexiones diseñará su estrategia procesal.

Desde el punto de vista judicial la postura no es tan distinta. El Juez, en la soledad de su labor tomará la decisión jurisdiccional que estime más oportuna a la vista de los hechos que considere probados, la ley aplicable y la jurisprudencia que la ha interpretado. Es cierto que una vez tomada esa decisión puede tender a cortar y pegar los argumentos ya utilizados en otra resolución judicial, propia o ajena. Pero es indudable que previamente habrá adoptado ese juicio jurisdiccional, que es la finalidad última del proceso judicial, y lo habrá revisado a través de la motivación de la resolución judicial⁸.

En esta labor, de unos y de otros, un instrumento importante será conocer lo que han dicho los Tribunales, básicamente las resoluciones dictadas por aquéllos que deben conocer de los recursos que

8 El artículo 120.3 de la Constitución Española regula la obligación de motivar las resoluciones judiciales, reproduciéndose en los artículos 248.2 LOPJ, 218.2 LEC y 142 LECRIM. Esta exigencia la ha incluido el Tribunal Constitucional en el derecho a la tutela judicial efectiva (ver por todas la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de mayo de 2000) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el derecho a un proceso justo previsto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (ver la Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, derecho a un proceso equitativo –parte civil–, Consejo de Europa/Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2013, p. 48). Sobre la obligación de motivar ver por todos TARUFFO, *la motivazione de la sentenza civile*, Padua, 1975, pp. 319 y ss.

se puedan interponer contra la sentencia que dicte el de primera instancia. En España, al igual que en otros países, es posible acceder a la jurisprudencia de los Tribunales a través de la web del Consejo General del Poder Judicial. Incluso hay empresas privadas como westlaw, vlex o la wolters kluwer que facilitan aplicaciones informáticas a los abogados y jueces para que tengan conocimiento de las estadísticas de casos similares y los argumentos jurídicos que pueden ser utilizados.

Ante esta realidad la cuestión que se plantea es si no sería suficiente con que el órgano judicial se limitase a indicar cuáles son los hechos acreditados y la aplicación informática, teniendo en cuenta la decisión de los tribunales en casos similares, dictase la sentencia. La sociedad puede entender que esto debe ser así atendiendo a la seguridad jurídica, el principio de igualdad y la celeridad de los procesos judiciales. Sin embargo, este criterio es contrario a la independencia judicial y al principio de separación de poderes.

La previsibilidad de las decisiones judiciales es esencial para que la justicia sea eficaz⁹. Ésta aporta seguridad jurídica¹⁰ y permite que los litigantes valoren la conveniencia o no de iniciar un proceso judicial. Si el resultado de éste es aleatorio la tendencia puede ser interponer la demanda ya que la sentencia judicial no empeorará la situación preprocesal existente, sino que tan sólo la puede mejorar. Por otro lado, desde la perspectiva del demandado el razonamiento es similar. Por ello la existencia de una doctrina jurisprudencial uni-

9 En este sentido ver CONSTANTINO, en «La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza», en *Rivista di Diritto Processuale*, 2015, pp. 645 y ss.

10 FERRERES COMELLES, en «Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia», en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, edit. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 54.

forme y constante¹¹ evita la interposición de pleitos infundados. Así se ha afirmado que puede favorecer que las partes acudan a un sistema de ADR y/o ODR¹².

Estas reflexiones las realizo con la actual situación legislativa en España. A continuación, analizaré la vinculación que tienen los tribunales con la decisión de los Tribunales Superiores y la relación con la independencia judicial, con sus resoluciones anteriores y con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.1.1. *La jurisprudencia, la vinculación con la decisión de los tribunales superiores y la independencia judicial*

El artículo 1.6 del Código Civil prevé que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del proceso». Es decir, la jurisprudencia no es una fuente del derecho, sino un com-

11 Tal como afirma ROSADO IGLESIAS la previsibilidad exige un conocimiento previo de lo previsto por el ordenamiento jurídico y del modo en que se aplica el ordenamiento jurídico (en «Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia», en *Cuadernos de Derecho Público*, número 28, mayo-agosto 2006, p. 84).

12 En este sentido se pronuncia el CEPEJ afirmando que «el cálculo de la información jurídica fundada en la jurisprudencia ayudará a las partes a evaluar la situación y a decidir si prefieren ir a los tribunales o regular sus diferencias por la vía de la regulación extrajudicial de las diferencias» (en *Herramientas para aplicar las líneas directrices que conduzcan al cambio hacia la cyberjusticia*, Documento adoptado en la 32 Reunión plenaria de la CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 13 y 14 de junio de 2019, p. 14).

plemento de este. Su función es esencial para la interpretación y aplicación de la ley al caso concreto.

Es indudable que uno de los principios que informan la legislación es el de seguridad jurídica. El legislador refleja en las leyes aprobadas los principios esenciales de la comunidad en un momento determinado y ésta las utiliza para tomar sus decisiones. La problemática se genera cuando caben distintas interpretaciones y las partes no llegan a un acuerdo al respecto. En este caso hay que acudir a los mecanismos de resolución de conflictos para resolverlo. Si nos hallamos ante una materia de carácter dispositivo las partes podrán resolverlo llegando a un acuerdo o a través de la conciliación, mediación y arbitraje. Si no es posible será la jurisdicción estatal la que deba resolverlo aplicando e interpretando la ley aplicable a los hechos objeto de litigio y creando el derecho del caso concreto de forma irrevocable. Para unificar las distintas interpretaciones jurídicas se articula el recurso de casación y la función nomofiláctica del mismo.

SERRA DOMÍNGUEZ afirma que «en línea de principios, el recurso de casación resulta incluso más necesario que el recurso de apelación, en cuanto encuentra sus propias raíces en uno de los derechos más fundamentales de la persona, la igualdad ante la norma jurídica, y constituye la clave de bóveda del principio de unidad jurisdiccional»¹³. La uniformidad de la jurisprudencia se vincula con el principio de igualdad de los ciudadanos¹⁴ que se reconoce como derecho fundamental en el artículo 14 de la Constitución Española.

13 SERRA DOMINGUEZ, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1984, p. 785.

14 MARINONI, «El precedente interpretativo», en *Revista Jurídica Luso Brasileira*, año 3, 2017, número 2, p. 442.

Desde este punto de vista las Sentencias del Tribunal Supremo tendrían fuerza vinculante para los órganos jurisdiccionales de instancia, los que no podrían apartarse de la doctrina jurisprudencial declarada por éste. Precisamente en este contexto se ha intentado la reforma del artículo 5 de la LOPJ en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial remitido por el Gobierno a las Cortes Generales el 27 de enero de 2006, y que decayó por la convocatoria de elecciones generales¹⁵. Del mismo modo el gobierno aprobó el 4 de abril de 2014 el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial que preveía en su artículo 32 la doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Supremo que «será de obligada aplicación para todos los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional»¹⁶.

La cuestión que surge de forma inmediata es si realmente la aplicación uniforme del derecho por los Tribunales integra el derecho a la igualdad de los ciudadanos ante la ley o vulnera la independencia judicial de los Tribunales¹⁷. El antecedente legislativo lo hallamos en el recurso en interés de ley del proceso contencioso administrativo

15 Ver ampliamente el análisis que efectúa MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, en «Comentario sobre las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 y 26 de noviembre de 2007. A vueltas con el valor vinculante de la jurisprudencia», en *Revista General de Derecho Procesal*, 2009, 17, p. 3 de la versión digital.

16 La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre el anteproyecto de 4 de abril de 2014 de LOPJ analiza este precepto y llega a la conclusión de que «no considera conveniente la incorporación de la noción de jurisprudencia vinculante, en la medida que puede llegar a alterar el sistema de fuente establecido».

17 Ver el análisis que efectúa ARMENTA DEU (en «Recurso de casación: entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales», en *Indret, Revista para el análisis del derecho*, enero 2018, pp. 28 ss) y CABAÑAS GARCÍA (en *El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 32 y ss).

(art. 100.7 LJCA)¹⁸ que preveía que «La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional»¹⁹.

Para enfrentarnos a este conflicto debemos tener en cuenta que los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto, sino que se pueden limitar cuando entren en conflicto con otros derechos o intereses de similar categoría y aplicando el principio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva sería viable que se establezca como límite de la independencia judicial la seguridad jurídica²⁰.

Estos límites deben establecerse por el legislador ordinario. En mi opinión debe realizarlo a través de Ley Orgánica, ya que el artículo 81.1 de la Constitución Española prevé que «son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales» y nos enfrentamos ante la resolución de un conflicto entre dos derechos fundamentales como es la independencia judicial, que se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva, y el derecho a la igualdad y el principio de seguridad jurídica²¹.

18 Ver por todos el análisis crítico realizado por DOMÉNECH PASCUAL, en «Creación Judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de ley», en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, enero 2013.

19 Este precepto fue suprimido por la disposición final 3.2 de la ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

20 Sobre esta cuestión ver ampliamente el análisis que efectúa TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, en «¿El Tribunal Supremo legislador? (el valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)», en *Justicia* 2017, número 2, p. 58.

21 En este sentido se pronuncia TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, op. cit., pp. 57 y 58.

En esta dualidad de principios se mueve el Tribunal Supremo cuando analiza el carácter vinculante de su doctrina jurisprudencial y el principio de independencia judicial. Así la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 927/2007, de 26 de noviembre, afirma al resolver el motivo primero del recurso de casación, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1994, que «en virtud el principio de independencia judicial y a tenor de los cambios sociales y legales producidos, es legítimo que una sentencia de un órgano jurisdiccional inferior se separe de la doctrina del Tribunal Supremo». A continuación, desestima el motivo de casación argumentándolo en que la Audiencia Provincial «se separa de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, pero no la desconoce, pues la cita, pero lo hace al considerar un elemento de derecho no tenido en cuenta por el Alto Tribunal que le permite promover una reorientación de la jurisprudencia».

TARUFFO al analizar la eficacia del precedente afirmaba que «el juez posterior no se encuentra nunca obligado a someterse al precedente. Por el contrario, está obligado a justificar de manera adecuada su decisión cuando opte por no adherirse a aquel exponiendo las razones de su actuación»²².

En mi opinión el Tribunal Supremo parte de un error de concepto y es considerar que su doctrina jurisprudencial es un precedente en sentido técnico. La referencia indudable en esta cuestión es el profesor TARUFFO que ya afirmaba que la declaración de una corte suprema sobre la determinada interpretación de una norma no es un precedente²³. Tal como afirma «el precedente provee una regla

22 TARUFFO, en *Aspectos del precedente judicial*, edit. Coordinación Editorial, Nuevo León, 2018, p. 17.

23 TARUFFO, op. Cit., p. 15.

– susceptible de ser universalizada, como ya se ha dicho– que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso», siendo el Tribunal posterior el que debe establecer si existe o no el precedente fundándose en el análisis de los hechos²⁴.

El Tribunal Supremo en España no establece precedentes, sino que dicta sentencias en las que realiza la función nomofilática que le está atribuida por el ordenamiento jurídico. Pero ésta sólo será eficaz en el caso en el que se pueda interponer recurso de casación que no siga esa regla establecida por el Tribunal. Es contraria a nuestro sistema de fuentes considerar que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo es un precedente. La oposición a la misma por parte de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial tan sólo constituye una de las causas previstas para interponer el recurso de casación²⁵

El Tribunal Constitucional se ha planteado esta cuestión en numerosas sentencias en las que ha declarado la no vinculación del órgano jurisdiccional a la jurisprudencia anterior de otros Tribunales. La excepción serían aquellos casos en los que el legislador prevé el efecto vinculante de la sentencia que dicte el Tribunal Supremo al resto de órganos jurisdiccionales de la jurisdicción ordinaria. Este es el caso del suprimido artículo 100.7 LJCA del recurso de casación en interés del proceso contencioso administrativo que prevé que «La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará

24 TARUFFO, en «Precedente y jurisprudencia», en *Precedente Revista Jurídica*, 2007, p. 88.

25 El artículo 477.3 LEC prevé que «se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo».

en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional»²⁶.

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre este precepto en la Sentencia del pleno 37/2012, de 19 de marzo, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 9689/2009, interpuesta por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Elche, descartando su inconstitucionalidad. Lo fundamenta en que:

«porque el legislador, conforme a la libertad de configuración que le corresponde al establecer el régimen jurídico de los recursos y en atención a preservar intereses constitucionalmente garantizados, como lo son el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la aplicación igual del Derecho en todo el territorio nacional (arts. 1.1, 14 y 139.1 CE), ha establecido en el art. 100.7 LJCA el carácter vinculante de la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo al resolver recursos de casación en interés de ley, lo que, aparte de ser ejercicio legítimo de las facultades del legislador, no puede en modo alguno considerarse lesivo para la independencia judicial, que implica la sumisión al imperio de la Ley (art. 117.1 CE), y que incluye también, como ya se dijo, el respeto «a la doctrina legal del Tribunal Supremo con valor complementario del ordenamiento jurídico» (STC 133/1995, F. 5). Recuérdese, por otra parte, el carácter excepcional del recurso de casación en inte-

26 Este recurso tenía su antecedente en el recurso de casación en interés de ley regulado en los artículos 1718 y ss LEC de 1881 (ver por todos el comentario que realiza SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 923 y ss.). En el proceso laboral también se regulaba el recurso en interés de ley en los artículos 185 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral (ver por todos CREMADES, Bernardo María, *el recurso en interés de ley*, edit. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1969).

rés de ley, tanto por la limitación de los legitimados para su interposición, como por su finalidad específica: corregir las sentencias de los Tribunales inferiores que se estiman «gravemente dañosas y erróneas», de manera que el Tribunal Supremo pueda fijar, en su caso, una doctrina legal correctora y vinculante, pero respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia impugnada (STC 111/1992, F.4)».

En España el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico no contempla la jurisprudencia como una de ellas, sino como un complemento de las mismas²⁷. La función de los Tribunales no es el dictar normas generales y abstractas, sino el resolver los casos concretos que se someten a su enjuiciamiento. Tal como afirma la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en el informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014 «la función que posee la doctrina sentada de modo reiterado por el Tribunal Supremo, tanto en nuestro sistema jurídico cuanto en aquellos otros pertenecientes a la misma concepción del Derecho, no es la de redactar normas generales, sino la de establecer el sentido que una disposición tiene ante un concreto litigio»²⁸.

Además, reconocer este carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es contrario a la división de poderes que informa nuestro Estado de Derecho²⁹. Ello implicaría reconocer fun-

27 Ver por todos NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho Procesal I, Introducción*, edit. Tirant lo Blanc, Valencia, 2019, pp. 41 y ss.

28 Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014, p. 33.

29 En este sentido se pronuncia la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en el informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014, cit., p. 33. En este sentido ver COMOGLIO, Luigi Paolo, en «Riflessioni su rule of law e precedente giudiziale», en *Rivista di Diritto Processuale*, 2018, pp. 942 y ss.).

ciones legislativas a los tribunales y sería contrario al artículo 117.3 de la Constitución Española que recoge la función de los tribunales de Justicia³⁰.

2.1.2. *La vinculación del órgano jurisdiccional a sus criterios jurisdiccionales previos*

Para que estas aplicaciones predictivas funcionasen sería necesario que los órganos jurisdiccionales estuvieran vinculados por sus decisiones anteriores³¹. Lo expuesto tiene una relación directa con el derecho a la igualdad y de seguridad jurídica³².

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado de forma reiterada sobre esta cuestión³³. El Auto de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 176/2005, de 5 de mayo inadmite un recurso de amparo en el que se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. En el fundamento jurídico segundo lo motiva con cita de sentencias anteriores del Tribunal Constitucional:

«Por lo que se refiere a la pretendida violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE), debemos recor-

30 Tal como afirma TARUFFO en Italia «sería inconstitucional que una norma ordinaria intentara introducir en dicho ordenamiento la norma del precedente vinculante» (en *Aspectos del precedente judicial*, cit., p. 27).

31 Tal como he analizado anteriormente no es el caso de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico español. La excepción lo constituye las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que sí que tienen carácter preceptivo (artículos 5.1 LOPJ).

32 Ver ARMENTA DEU, «Recurso de casación...», cit., pp. 28 y ss.

33 Ver ampliamente el análisis que realiza ROSADO IGLESIAS, en «Seguridad jurídica...», cit., pp. 89 y ss.

dar que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, desde la STC 8/1981, de 30 de marzo, F. 6, el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley proscribire el trato desigual carente de adecuada justificación. En el ámbito de protección de tal derecho, la doctrina constitucional ha ido perfilando una serie de criterios, que resultan relevantes para el caso examinado, y que se sintetizan, entre otras muchas, en las SSTC 266/1994, de 3 de octubre, F. 3, 188/1998, de 28 de septiembre, F. 4, 240/1998, de 15 de diciembre, F. 6, y 176/2000, de 26 de junio, F. 3, tales como: a) el trato desigual debe provenir de un mismo órgano judicial; b) sólo cabe apreciar trato desigual en la decisión de casos sustancialmente iguales, y c) el tratamiento desigual ha de concretarse en la quiebra injustificada del criterio aplicativo mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional, respondiendo así a una *ratio decidendi* sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad.

Como se puede comprobar la doctrina del Tribunal Constitucional llega a las siguientes conclusiones:

- un órgano jurisdiccional no está vinculado por la jurisprudencia de otro Tribunal.
- respecto de su jurisprudencia anterior tan sólo está vinculado cuando concurren los siguientes requisitos: que los casos sean sustancialmente iguales y que el trato desigual se concrete en una quiebra injustificada del criterio mantenido hasta entonces³⁴.

Cuando concurren estas circunstancias y el Tribunal no justifique su cambio de criterio estará vulnerando el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

34 Ver ampliamente CABAÑAS GARCÍA, op. cit., pp. 86 y ss.

2.1.3. *La vinculación de los tribunales a las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

Las reflexiones anteriores se realizaban en referencia a los órganos de la jurisdicción ordinaria. En la organización jurisdiccional existen otros Tribunales, cuyas decisiones tienen carácter vinculante para la jurisdicción ordinaria. Me refiero al Tribunal Constitucional y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional está previsto en el artículo 5.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

«La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

Tal como afirma PÉREZ GORDO el Tribunal Constitucional va a «actuar como legislador o como juez a decir el derecho, el nuevo derecho, e incluso a dar el derecho»³⁵. Estoy de acuerdo con esta conclusión que PÉREZ GORDO ya vaticinaba en 1972³⁶. El Tribunal

35 PÉREZ GORDO, Alfonso, *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, edit. Bosch. Barcelona, 1982, p. 32. Posteriormente analiza las sentencias interpretativas y afirma que «en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución o no la interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados, o, incluso, integrativas, colmando insuficiencias de los textos legales a aplicar, realmente lo que hace es legislar» (op. cit., p. 64).

36 PÉREZ GORDO, Alfonso, en «El control de constitucionalidad de las leyes», *Revista Jurídica de Catalunya*, número 3, 1972, pp. 83 y ss., que se

Constitucional en su función de controlar la constitucionalidad de las leyes se ha convertido en un auténtico legislador. Y esta función se ha recogido en el artículo 5.1. LOPJ.

A diferencia de las reflexiones que he realizado anteriormente, la jurisprudencia que dicta el Tribunal Constitucional sí que tiene carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales de la jurisdicción ordinaria³⁷. A idéntica conclusión tenemos que llegar cuando España cede parte de su soberanía al firmar un tratado internacional, que en lo que nos interesa hace referencia a la sumisión a determinados tribunales internacionales. Este es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁸.

Uno de los aspectos más controvertidos del derecho comunitario son los efectos de las Sentencias que el TJUE dicta en toda clase de procedimientos. En este apartado podemos partir de la base que las sentencias del TJUE tiene el mismo valor que las que dictan los Tribunales Constitucionales estatales en el ámbito de su competencia³⁹.

publicó también en Estudios de Derecho Procesal, edit. Portico, Zaragoza, 1981, pp. 365 y ss.

- 37 XIOL RIOS afirma que «el artículo 5.1 de la LOPJ no trat de regula la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional como mandatos (lo que entra en el concepto de cosa juzgada), sino su valor como precedente, al margen del caso concreto resuelto y de aquellos a los que el fallo afecte por extensión. El artículo 5.1 de la LOPJ consagra el precedente constitucional» (en «El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional», en *Revista del Poder Judicial*, número 3, septiembre 1986, p. 13 de la versión digital).
- 38 TARUFFO afirma que «es probable que se pueda hablar d un precedente en el sentido propio de la palabra» (en *El precedente judicial*, cit., p. 22).
- 39 Sobre esta cuestión ver ampliamente el análisis que realiza JIMENO BULNES, Mar, en *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, 1991, pp 455 y ss. Tras desarrollar la doctrina y jurisprudencia, nacional e inter-

Para comprender la función del TJUE es esencial partir de la razón de su creación, que es unificar la interpretación o aplicación del derecho de la Unión Europea. Para que pueda realizarlo se obliga al órgano jurisdiccional nacional, que actúa como Juez Comunitario, a plantear una cuestión prejudicial al TJUE cuando tenga una duda sobre la interpretación o aplicación del derecho de la Unión Europea, original o derivado. Una vez que éste ha declarado la interpretación o la aplicación de una norma de la Unión, original o derivada, los jueces nacionales tienen la obligación de seguir el criterio indicado. En caso contrario estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁰.

Otro Tribunal Internacional al que España se ha sometido es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Doctrinalmente se ha discutido el carácter vinculante para los jueces nacionales de su jurisprudencia. Además, a nivel interno la única norma que regula la efectividad de las sentencias que dicte es la causa de la acción de revisión de sentencias firmes⁴¹.

nacional, que se ha pronunciado sobre los efectos de las Sentencias dictadas por el TJUE al resolver una cuestión prejudicial planteada al amparo del artículo 177 TCE concluye que «el esquema previsto en la Constitución y en la LOTC con relación al valor de las sentencias constitucionales procedentes de nuestro Tribunal Constitucional puede ser trasladado al espacio comunitario» (op. cit., p. 506).

40 Ver por todas la Sentencia del Tribunal Constitucional número 241/2015, de 5 de noviembre y el análisis que realizo en *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.

41 La Ley Orgánica 7/2015, reformó las leyes de enjuiciamiento de los cuatro órdenes jurisdiccionales para incluir como causa de revisión de sentencias firmes «cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y

Tal como afirma GUILLÉN LÓPEZ «el activismo el Tribunal ha logrado poner la obligatoriedad y la eficacia de sus sentencias como principio de general observancia, como concepto al que se concede una vis atractiva respecto del resto de los constructos procesales»⁴².

En la práctica judicial el Tribunal Supremo ha admitido la eficacia directa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en procesos distintos a los que se alegó la vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así el auto del pleno del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 se plantea si puede valorar de nuevo lo ya resuelto por sentencia firme cuando posteriormente a la misma el TEDH dicta una sentencia que puede influir en el sentido de la decisión, admitiendo el incidente de nulidad de actuaciones después de sentencia firme que se había planteado alegando la vulneración de un derecho fundamental. Lo fundamenta en el fundamento jurídico sexto en que «La función y las competencias que los actuales arts. 32 y 46 del Convenio atribuyen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacen que la interpretación de los preceptos del Convenio por dicho Tribunal tenga una eficacia interpretativa muy relevante respecto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en nuestra Constitución».

Como se puede comprobar no le reconoce directamente la eficacia directa, pero al admitir el incidente está haciéndolo implícitamente.

no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas». Así da nueva redacción a los artículos 102 LJCA, 510 LEC, 328 Ley Procesal Militar,

42 GUILLÉN LÓPEZ, Enrique, en «Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo», en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, número 42, 2018, p. 356.

3. EL PRECEDENTE JUDICIAL, LA PREVISIBILIDAD DE LA RESPUESTA JUDICIAL Y EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Un fenómeno judicial que se ha producido en los últimos años ha sido la litigiosidad masiva provocada por las cláusulas abusivas existentes en los contratos de préstamo hipotecario celebrados en la primera década del año 2000. La crisis económica que se inició a nivel global en el año 2008 provocó que los deudores hipotecarios devinieran insolventes, que se impagasen y que se ejecutasen. La LEC limitaba las posibilidades de oposición del deudor hipotecario y los Tribunales venían abocados a inadmitirlas y proseguir la ejecución iniciada, terminando con el lanzamiento del deudor hipotecario.

Los Tribunales recogieron el sentimiento social de la injusticia que se estaba produciendo ya que los acreedores eran entidades financieras que habían recibido ayudas públicas para su mantenimiento. Así promovieron distintas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, finalmente, provocó la transformación del tratamiento procesal del consumidor en el proceso civil, tanto declarativo como de ejecución⁴³. El deficiente tratamiento legislativo ha provocado una litigiosidad masiva que ha provocado el colapso de los Tribunales.

Las opciones para solventarlas han sido varias. La primera fue la utilización de las acciones colectivas. Un sector de la jurisprudencia extendió los efectos de litispendencia y de cosa juzgada a las ac-

43 Ver extensamente el análisis que realizo en mi monografía *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.

ciones individuales de los consumidores⁴⁴. El efecto fue que éstas se desestimasen. Sin embargo, los afectados plantearon varios recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectivo en su modalidad de acceso a los Tribunales. Los Juzgados de instancia, a los que se revocaban las decisiones que habían adoptado desestimando la excepción de litispendencia y de cosa juzgada alegada por las entidades financieras demandadas, interpusieron una cuestión prejudicial ante el TJUE⁴⁵

44 Esta interpretación la realizó la Sección 15^a de la Audiencia Provincial de Barcelona. Ver por todas las resoluciones de la sección 15^a de la Audiencia Provincial de Barcelona número 326/2014, de 13 de octubre, que aprecia la excepción de cosa juzgada, y el auto de la Sección 15^a de la Audiencia Provincial de Barcelona número 112/2014, de 9 de octubre, que estima la existencia de litispendencia.

45 El Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona planteó las cuestiones prejudiciales C-381/14 y C-385/14, que fueron resueltas por la Sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016. Su planteamiento provocó el acuerdo de Magistrados de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona de 21 de noviembre de 2014, en que suspendían los procesos en que se hubiera alegado la litispendencia o prejudicialidad hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviera las cuestiones prejudiciales planteadas. El motivo del acuerdo indicado era que: «los Jueces de lo Mercantil de Barcelona estamos resolviendo de forma diferente sobre las consecuencias jurídicas que tiene sobre el ejercicio de una acción individual de nulidad de una condición general de la contratación, el ejercicio de una acción colectiva de cesación y reclamación de daos y perjuicios por unas asociaciones de consumidores impugnando esa misma cláusula contra los mismos-a entidad bancaria. En unos casos desestiman las excepciones de prejudicialidad civil y en otros se archiva el procedimiento por litispendencia. Ello se debe a que las normas no son claras en esta materia, ya que las diferentes soluciones tienen una sólida fundamentación, pero lo cierto es que se están causando agravios comparativos graves entre los ciudadanos que acuden ante estos Juzgados».

El TJUE respondió a la cuestión prejudicial planteada en la Sentencia de 14 de abril de 2016 afirmando que «las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 9/13, objetos y efectos jurídicos diferentes». Posteriormente afirma que «sin que la articulación sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13».

En el mismo sentido se pronunció Tribunal Constitucional en las Sentencias 148/2016, de 31 de octubre y 208/2016, de 12 de diciembre, que declaró que las acciones individuales y colectivas no tienen identidad objetiva porque «lo cierto es que en ese proceso no se conoció la cláusula sueldo de su contrato», además de no concurrir tampoco la subjetiva porque los afectados no habían sido parte en el proceso colectivo.

Lo que realmente sucedió es que las acciones colectivas ejercitadas no eran tales, o al menos tenían un talón de Aquiles que determinó la no extensión de los efectos de las sentencias dictadas en el proceso colectivo al individual, con lo que perdía toda su eficacia. Así lo reconoció el Tribunal Supremo al no reconocer efectos de cosa juzgada del primero sobre el segundo en las Sentencias 139/2015, de 25 de marzo, 357/2017, de 6 de junio, 486/2017, de 20 de julio respecto del efecto negativo de cosa juzgada. Sobre el efecto positivo se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia número 367/2017, de 8 de junio, que declara que tienen efecto de cosa juzgada pero que el Tribunal que conozca de la acción individual podrá «resolver en un sentido diferente... cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual».

Es decir, produce efecto de cosa juzgada salvo que las entidades financieras acrediten que las circunstancias personales del cliente o la información suministrada provoque que los elementos fácticos que fueron tenidos en cuenta en el proceso colectivo no concurren en el caso concreto, con lo que el Juez que conozca de la acción individual podrá pronunciarse en un sentido distinto.

Este matiz de las circunstancias personales, junto con la inactividad legislativa, fue aprovechado por las entidades financieras y por algunos asesores de los afectados. Las primeras para negar la extensión de los efectos de las sentencias dictadas a los afectados por concurrir circunstancias personales que los excluían y los segundos para interponer las acciones judiciales a través de demandas estereotipadas en las que no se hacía referencias a ésta.

El resultado ya se conoce y ha sido la alta litigiosidad que provocó la creación de juzgados especializados para evitar el colapso de la Administración de Justicia.

Desde la perspectiva del objeto de este artículo, que es el análisis del precedente judicial, lo que interesa resaltar es el fracaso del Tribunal Supremo en su función nomofiláctica y la propuesta de crear procedimientos testigo.

3.1. *El fracaso de la función nomofiláctica del Tribunal Supremo*

En el sistema procesal español el Tribunal Supremo tiene la función nomofiláctica a través del recurso de casación. De esta forma se intenta lograr una interpretación y aplicación uniforme de la norma jurídica para dotar de seguridad jurídica a los justiciables. Sin embargo, los tribunales no están vinculados a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas. Para lograr su efectividad las partes pueden inter-

poner el recurso de casación, siendo uno de los motivos que pueden alegar el interés casacional consistente en que la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Actualmente el Tribunal Supremo ya no es en todos los casos el máximo intérprete del ordenamiento jurídico. Cuando se aplica, directa o indirectamente, el Derecho de la Unión esta función está reservada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La problemática se plantea por el hecho de que las partes no pueden interponer ningún recurso ante el mismo, sino que es el juez nacional el que tiene la obligación de plantear la cuestión prejudicial si tiene alguna duda sobre su interpretación o aplicación. Cuando el TJUE las resuelve no se pronuncia sobre el caso concreto, sino que responde a la pregunta que le ha formulado el juez nacional, que actúa como juez comunitario, y es éste el que debe aplicarla dictando la sentencia definitiva.

El problema que se plantea es que la aplicación que haga el juez nacional de la interpretación realizada por el TJUE también puede generar dudas y decisiones contradictorias. Actualmente tenemos un ejemplo de este sistema la posibilidad de considerar o no como abusiva la cláusula de un préstamo hipotecario que referencia al IRPH el interés remuneratorio. Cronológicamente las resoluciones judiciales han sido las siguientes:

- La Sentencia del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre, afirma que la cláusula de interés variable que referencia al IRPH es un índice definido y regulado legalmente, pero que no se define contractualmente, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales. El Tribunal Supremo afirma que es la Administración Pública la que debe controlar que estos índices se ajustan a la normativa, por lo que quedan fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil y no puede ser objeto del control de

transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE al estar excluido en su artículo 1.2.

- La sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18, que interpreta que «la referencia al IRPH de las cajas de ahorros en la cláusula controvertida para el cálculo de los intereses adeudados en el marco del contrato sobre el que versa el litigio principal no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, en el sentido de la jurisprudencia que se ha recordado en los apartados 31 y 32 de la presente sentencia» (pf. 36).
- La sentencia del Tribunal Supremo número 581/2020, de 6 de noviembre, que lo analiza al aplicar la doctrina de la Sentencia del TJUE citada, pero desestima el recurso de casación interpuesto afirmando que «no puede admitirse que la cláusula que fija como índice de referencia del préstamo hipotecario el tipo de interés previsto para la financiación de las viviendas de protección oficial en el Real Decreto 801/2005 sea abusiva. No se entiende cómo el ofrecimiento al consumidor de un préstamo sometido al sistema de financiación previsto para las viviendas de protección oficial en su normativa reguladora, puede considerarse como una actuación del predisponente contraria a las exigencias de la buena fe. Tampoco puede aceptarse que la dispar evolución en los años posteriores del índice de referencia de este sistema respecto de otros índices, por causas no atribuibles al predisponente, o la falta de información sobre la evolución futura de tal índice, causara, en el momento de la contratación, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, contrario a las exigencias de la buena fe.»
- Contra esta interpretación del Tribunal Supremo el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona ha vuelto a plantear

una cuestión prejudicial mediante auto de 2 de diciembre de 2020, asunto Gómez del Moral Guasch II (C-655/20).

Lo cierto es que a pesar del carácter vinculante de la jurisprudencia del TJUE la aplicación de la misma por los jueces nacionales generan problemas de interpretación. El Tribunal Supremo ha intentado en varias ocasiones unificar la aplicación del derecho interno para adecuarlo al derecho de la Unión, pero la posibilidad de que los Tribunales de instancia formulen cuestiones prejudiciales ante el TJUE permite que éstos cuando tengan dudas de la solución aportada por el Tribunal Supremo interpongan cuestiones prejudiciales, con lo que el TJUE revisa la decisión adoptada por el TS. Esta situación recuerda al conflicto que se generó entre el TS y el TC⁴⁶. El TS debe aceptar que el máximo intérprete de la legislación de la Unión Europea, directa o indirecta, es el TJUE. Es cierto que de manera formal ya lo reconoce, pero es irremediable que la interpretación que realice del Derecho de la Unión pueda ser revisada posteriormente por el TJUE, lo que dará lugar a discrepancias. Y el perjudicado será la previsibilidad de las resoluciones judiciales, que incide en una falta de seguridad jurídica y en un incremento de la litigiosidad.

Esta circunstancia se produce por el sistema normativo multi nivel. El TJUE recuerda constantemente que la aplicación de la interpretación del derecho de la Unión que realiza en sus sentencias es competencia del Juez nacional, que lo realizará aplicando la doctrina del TJUE a su normativa interna. El problema es que, por un lado, la función nomofiláctica del derecho nacional la tiene el Tribunal Supremo y, por otro, el máximo intérprete del derecho de la Unión es el TJUE. La coordinación de ambas normativas, desde la perspectiva que estamos analizando que es fijar unos criterios uniformes de interpre-

46 Ver ampliamente el análisis que realice en *La protección civil de los derechos fundamentales*, edit. Atelier, Barcelona, 2011, pp. 101 y ss.

tación que pueda ser aplicado por los Tribunales, no está prevista. Y ello provoca que la fijación de esta doctrina jurisprudencial uniforme que aporte seguridad jurídica no se realiza de una manera sencilla.

La debilidad del derecho de la Unión es que las partes no pueden recurrir al TJUE ante una sentencia que sea contraria al mismo, sino que la revisión del criterio judicial se realiza en el ámbito judicial nacional. También debo advertir que a nivel interno el Tribunal Constitucional ha reforzado la aplicación del derecho de la Unión y la interpretación que realiza el TJUE declarando que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva las sentencias nacionales que no las aplican. Siendo cierto, también lo es que deja al margen numerosos procesos en los que el juez nacional no planteó la cuestión prejudicial ante el TJUE y dictó una sentencia aplicando un criterio que luego el TJUE ha afirmado que vulnera el derecho de la Unión⁴⁷.

3.2. *Los procedimientos testigo*

Los artículos 37.2 y 3, 110 y 111 de la Ley de La Jurisdicción Contencioso Administrativa desarrollan el procedimiento testigo. Esta regulación se incorporó al ordenamiento jurídico español con la aprobación de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁴⁸. En el apartado III in fine de la

47 Sobre esta cuestión ver ampliamente al análisis que realizo en mi monografía sobre *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.

48 Estos preceptos han sido objeto de diversas modificaciones legislativas, siendo la última de ellas las de la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que dio nueva redacción a los artículos 37.2 y 3 y 110.4, y la ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado que modifica el artículo 110.1 LJCA.

Exposición de Motivos el legislador justifica la regulación en «La preocupación por agilizar la tramitación de las causas es dominante y, en particular, explica la regla que permite al Juez o Tribunal suspender la tramitación de los recursos masivos que tengan idéntico objeto y resolver con carácter preferente uno o varios de ellos. De esta manera se puede eludir la reiteración de trámites, pues los efectos de la primera o primeras sentencias resultantes podrían aplicarse a los demás casos en vía de ejecución o, eventualmente, podrían inducir al desistimiento de otros recursos»⁴⁹.

La Sección Especial para la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de la Comisión General de Codificación ha advertido que la eficacia de este instrumento ha sido nula y ha provocado un incremento de los litigios⁵⁰, realizando una serie de propuestas de mejora, entre las que destaco:

- Extender los efectos del pleito testigo no sólo a los supuestos de sentencia favorable, sino a todas ellas.
- Que sea la Administración y no el órgano judicial el que acuerde extender los efectos de la sentencia.

49 Ver el análisis que realiza NOYA FERREIRO, Lourdes, en «La extensión procesal. Del ámbito del enjuiciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Tratado sobre el Proceso Administrativo*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, documento TOL7.435.014.

50 Tal como afirma la Comisión General de Codificación, Sección Especial para la reforma de a Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa «el resultado final es que, lejos de disminuir, el número de recursos se ha incrementado en todas las instancias y también se ha multiplicado el número de recursos de casación que se pronuncian sobre temas referidos a la extensión de efectos, llegando a generar cientos de sentencias del Tribunal Supremo que han congestionado algunas secciones» (en *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013, p. 53).

Además, la doctrina ha puesto de manifiesto numerosas dudas que genera la aplicación de estos preceptos. Así GASCON INCHAUSTI analiza hasta diez cuestiones no resueltas por el legislador, que son las siguientes: la imprecisión del legislador al no indicar el número de recursos que justifique el recurso al procedimiento testigo; el criterio al qué debe atenerse el órgano jurisdiccional para seleccionar el proceso o procesos que han de servir de tipo y que se tramitarán de forma preferente; si se tramita más de un proceso de forma preferente cómo debe tramitarse; si se ha de esperar a la firmeza de la sentencia testigo para proceder a su notificación y dar cabida a la triple opción de los litigantes de los procesos suspensos; el plazo del que disponen los litigantes de los procesos suspensos para solicitar la extensión de la eficacia, la continuación del procedimiento o el desistimiento; si debe incoarse el proceso de ejecución de la sentencia testigo; las consecuencias que tiene en el proceso suspenso la extensión de la eficacia de la sentencia-testigo; cuándo se entiende que la pluralidad de recursos tiene objeto idéntico; quién debe y en que momento procesal analizar la concurrencia de la identidad de objetos; y la eficacia de la sentencia testigo cuando la doctrina determinante de su fallo fuera contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina de los TSJ en el recurso de casación para unificación de doctrina al amparo del artículo 99 LJCA⁵¹.

En el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, aprobado por el Consejo de Ministros el 16 de diciembre de 2020, se regula el pleito testigo en el orden civil. Lo que se pretende es solucionar la problemática planteada por la

51 GASCON INCHAUSTI, Fernando, «Suspensión del proceso, tramitación preferente y extensión de los efectos de la sentencia-testigo en el proceso administrativo», en *Tribunales de Justicia*, 2001 (3), pp. 69-77. Se puede consultar en <https://eprints.ucm.es/26589/>.

litigiosidad masiva derivada de las condiciones generales de la contratación. En la exposición de motivos justifica la reforma a que los actores utilizan demandas o plantillas iguales o similares para el ejercicio de las mismas pretensiones, de modo que un gran número «termina litigando con demandas prácticamente idénticas». Afirma que «este procedimiento testigo reducirá notablemente la litigación en masa».

La propuesta de regulación la realiza en un nuevo artículo 438 ter LEC, que se inserta como una especialidad del juicio verbal porque también modifica el artículo 250.1 LEC añadiendo el inciso 14º para remitir a este procedimiento la tramitación de las demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia».

La especialidad del procedimiento testigo está en que cuando el Juez aprecie que una demanda «incluye pretensiones que han sido objeto de procedimientos anteriores planteados por otros litigantes que no es preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante y que las condiciones generales de la contratación cuestionadas tienen identidad sustancial», lo suspenderá mediante auto hasta que se dicte sentencia firme. Contra este auto se puede interponer recurso de apelación.

Una vez que se dicte sentencia firme en el proceso que se ha elegido como procedimiento testigo, el actor del juicio suspendido podrá:

- Desistir de sus pretensiones.
- Solicitar la continuación del procedimiento suspendido, indicando las razones que deben ser, a su juicio, resueltas.
- La extensión de efectos de la sentencia dictada en el procedimiento testigo, remitiéndose al incidente del artículo 519 LEC.

Como se puede comprobar la regulación propuesta en el anteproyecto incurre en los mismos defectos que la regulación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que han provocado el fracaso de la regulación del procedimiento testigo.

Al margen de ello hay que plantearse la vinculación de esta regulación con el de las acciones colectivas. Tal como he expuesto en el apartado anterior éstas están previstas en el ordenamiento jurídico español, pero de forma deficiente. Actualmente estamos pendientes de la trasposición de la Directiva UE 2020/1828, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, que debe ser traspuesta por los Estados miembros antes del 25 de diciembre de 2022, tal como prevé en su artículo 24.

La regulación propuesta incide directamente en la institución del precedente judicial y, en mi opinión, está abocada a su ineficacia. Tal como ha sucedido en el orden contencioso administrativo si se aprueba al menos se duplicarán los litigios:

- El primero será el incidente de suspensión de procedimiento en el que el órgano judicial acuerda suspender el proceso, en el que se puede interponer recurso de apelación si se acuerda.
- El segundo será o bien la continuación del proceso judicial o la solicitud de aplicar el resultado del proceso testigo al suspendido, de conformidad con lo previsto en el artículo 519 LEC.

Además, hay que recordar que el Tribunal Supremo declara la eficacia de las sentencias dictadas en los procesos en los que se ha ejercitado la acción colectiva, salvo que se acredite la concurrencia de circunstancias subjetivas en el caso concreto que justifiquen su no aplicación. Las entidades financieras se han acogido a ella para no reconocer la existencia de cláusulas abusivas a los afectados y de esta

forma seguir aplicándola, no dejando otra opción que la reclamación judicial. Y en estos procesos una de los hechos controvertidos es la información y conocimiento que tenía el deudor.

La opción por el procedimiento testigo implicaría imponerlo a las partes, lo que podría ser contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de las partes a obtener una resolución de fondo fundada en derecho.

4. LOS ATAQUES A LA PREVISIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

En España no se puede hablar técnicamente del precedente judicial, salvo las excepciones de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tal como he expuesto debemos hablar de previsibilidad de las decisiones judiciales, que es esencial para lograr una justicia efectiva. Lamentablemente en muchos de los temas que se están planteando ésta no existe, lo que provoca una mayor litigiosidad.

En este último apartado quiero realizar una reflexión sobre los ataques a la previsibilidad de las decisiones judiciales, que considero que son los siguientes:

- La existencia de un ordenamiento jurídico multinivel.
- La frenesís legislativa.
- La sumarización del proceso.
- La no recurribilidad de las resoluciones judiciales ante los tribunales superiores.
- Los intentos de excluir del conocimiento judicial determinados litigios.

En la actualidad una de los principales inconvenientes que se plantean es la existencia un sistema normativo multinivel y policéntri-

co⁵². En España las leyes las dicta el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias. Además, también se dictan normas legales por la Unión Europea, que son aplicables directamente (los Reglamentos) o a través de su trasposición por los Estados (Directiva). Esta diversidad de fuentes legislativas provoca que, en ocasiones, deban interpretarse conjuntamente previsiones que están informadas por distintos principios y que son interpretadas por distintos Tribunales. Las soluciones no son uniformes y pueden generar mayor inseguridad jurídica.

A título de ejemplo basta con considerar en la situación actual la regulación aprobada por el Estado y por la Comunidad Autónoma de Catalunya para afrontar los efectos de la pandemia del COVID 19 en los desahucios judiciales y su relación con el derecho a la vivienda. En la Comunidad Autónoma de Catalunya el Govern aprobó el Decreto Ley 37/2020, de 3 de noviembre, de refuerzo a la protección del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia de la COVID-19 en que se acordaba la suspensión de los lanzamientos judiciales hasta la finalización del estado de alarma. Posteriormente el Gobierno de España aprobó el Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a la situación de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda, que regula la suspensión de los lanzamientos judiciales cuando concurren una serie de circunstancias. Los requisitos previstos en esta normas son distintas.

Ante esta doble regulación se plantea cuál debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales con sede en Catalunya. Es criticable que el legislador haya provocado esta situación de inseguridad jurídica, pero la pregunta es qué norma aplicarán. El mecanismo de solución del conflicto es que el Gobierno plantease cuestión de inconstitucio-

52 Expresión utilizada por CARRATTA (op. cit., p. 507).

nalidad contra el Decreto autonómico, lo que implicaría su suspensión automática. Sin embargo, no lo ha hecho.

Los tribunales, pueden plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Pero solo se suspendería el proceso concreto y el resto de tribunales podrían realizar una interpretación distinta y aplicar el derecho autonómico.

Por último, el Tribunal Constitucional ha cambiado su criterio sobre la obligación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad por los órganos jurisdiccionales cuando deban aplicar una normativa autonómica que sea incompatible con una norma estatal. El TC en la Sentencia del pleno 102/2016, de 25 de mayo, declaró que el aplicador del derecho debe realizar un juicio de prevalencia e inaplicar la norma de derecho autonómico cuando sea incompatible con el derecho estatal. Esta doctrina ha sido ratificada en las Sentencias del TC 112/2016, de 20 de junio, 127/2016, de 7 de julio, 204/2016, de 1 de diciembre y en los autos 167/2016, de 4 de octubre y 27/2019, de 9 de abril.

Todo ello lo que crea es inseguridad jurídica sobre la norma aplicable, tal como advierten los votos particulares que se han formulado a las resoluciones citadas.

En este contexto MARINONI afirma que las causas que acaban con la previsibilidad es la subordinación de la ley a los derechos fundamentales, lo que obliga a que el Juez razone a partir de las normas-principios y la necesidad de «considerar cuestiones de orden moral, político y económico, que se encuentran en la estructura abierta de las disposiciones constitucionales» y el uso legislativas de técnica de cláusulas abiertas para evitar una multiplicidad de normas jurídicas en casos iguales⁵³. Estoy de acuerdo con el diagnóstico rea-

53 MARINONI, op. cit., p. 428.

lizado indicando que, por otro lado, son irremediables. Por un lado, la aplicación de los derechos fundamentales y la irrupción de los derechos sociales obligan a interpretar la ley de conformidad con éstos, y esta función la tiene que hacer el órgano jurisdiccional al dictar la sentencia del caso concreto. Del mismo modo el legislador debe regular de forma general, siendo el juez el que decidirá la controversia del caso concreto interpretando, entre otros elementos, la norma jurídica aprobada. Ambos elementos implican que la decisión final del juez sea imprevisible.

En otro nivel nos encontramos con la incompatibilidad entre las normas estatales y el derecho de la Unión y la interpretación que realicen los Tribunales. Me remito al apartado 3.1. en que analizaba el fracaso de la función nomofilática del Tribunal Supremo en estos casos.

Lo cierto es que la existencia de un sistema normativo multi-nivel o policéntrico genera inseguridad jurídica e impide la imprevisibilidad de las decisiones judiciales, lo que potencia la litigiosidad.

CONSTANTINO afirma que la «frenesís legislativa» y la sumarización del proceso afectan a la previsibilidad de las sentencias⁵⁴. Trasladando sus reflexiones al proceso español debemos compartir sus conclusiones.

Por un lado, la frenesís legislativa provocan que no se asiente la interpretación uniforme de las leyes aprobadas, lo que implica que cada órgano jurisdiccional la interprete según su criterio, que es válido, pero no único ni uniforme con el del resto de Juzgados y Tribunales. Ello implica una gran inseguridad jurídica ya que las partes antes de iniciar el proceso no saben la interpretación que se realizará de la norma jurídica, con lo que no se podrá valorar la conveniencia

54 CONSTANTINO, en «La prevedibilità...», cit., pp. 654 y 656 respectivamente.

ni determinar la estrategia a seguir para solucionar el litigio. Por otro lado, el criterio que en un principio se siga tampoco garantiza nada ya que luego podrá ser modificado a medida que se resuelvan los recursos que se interpongan contra la decisión judicial. La doctrina jurisprudencial que fije el tribunal superior no tiene el valor de precedente, pero sí que garantiza a las partes que en el caso en el que el Tribunal de instancia no lo siga se podrá adecuar al mismo por la vía de los recursos.

Para ello lo que hace falta es la norma jurídica se asiente y la misma tenga una vigencia que lo permita. CONSTANTINO nos informa de las modificaciones que se han producido en Italia del Codice di Procedura Civile, criticándolas. En España se ha producido un fenómeno similar⁵⁵ que se ha incrementado con motivo de la pandemia. Lo que provoca es inseguridad jurídica al no saber las partes el criterio interpretativo que a va a ser aplicado por los Tribunales.

Otro elemento que hay que valorar es que la interpretación no es uniforme, sino que la jurisprudencia evoluciona en la misma para adecuarla a la realidad social. Por ello es fundamental que se articule un sistema de recursos adecuado que permita que la jurisprudencia se vaya formando. La doctrina jurisprudencial se fija y establece tras el análisis de una multitud de procesos, que son aparente similares pero que en la práctica difieren en los hechos, lo que puede provocar distintas respuestas judiciales. Por ello la solución no es provocar una decisión rápida por parte del Tribunal Supremo, para que fije su interpretación y se impongan su carácter vinculante a los tribunales de instancia. Ya he analizado antes que esta previsión implicaría convertirlo en legislador, lo cuál es contrario al sistema jurídico vigente en la actualidad.

55 A título de ejemplo en el momento de la redacción de este trabajo, enero de 2021, la Ley 1/2000, de 8 de enero, de Enjuiciamiento Civil ha sido reformada en 73 ocasiones.

Desde esta perspectiva debe mantenerse una estabilidad en las leyes, que permitan que se forme la doctrina jurisprudencial por los Tribunales que permitan que las partes prevean las posibles decisiones.

Lamentablemente no es la situación actualmente existente en España, ni en países de nuestro entorno como Italia. Esta inflación legislativa lo que provoca son incoherencias en las leyes aplicables para resolver el conflicto, lo que determina la imprevisión de las decisiones judiciales. Y todo ello hace que la justicia sea más ineficaz ya que las partes no saben cuál es el criterio que va a seguirse para resolver el conflicto, lo que determina el incremento del número de litigios.

CONSTANTINO también denuncia que otro de los obstáculos a la previsión de las decisiones judiciales es la tendencia a la sumariación del proceso civil por el riesgo que concurre de que dependa de la persona del Juez.⁵⁶ Esta afirmación la realiza en el contexto legislativo italiano en el que se ha potenciado la sumarización permitiendo que el Juez opte por tramitar el procedimiento con cognición plena o sumaria. Desde esta perspectiva es lógica la posición de CONSTANTINO, pero no es la situación en nuestro país.

En España, el legislador también ha potenciado los procesos sumarios como un instrumento para dotar de mayor eficacia al pro-

56 CONSTANTINO lo justifica en que «la difusión de la tutela sumaria, no vinculada a razones objetivas, como la economía procesal o la naturaleza de los intereses en juego, y, sobre todo, sin ninguna posibilidad de una sucesiva declaración y cognición plena, determina inevitablemente la incertidumbre aplicativa y es fuente de vulneración del principio de igualdad, porque la ausencia de las reglas procesales predeterminadas genera el riesgo de formación de prácticas deformadas de oficio a oficio judicial, y sobre todo de una vuelta al sistema feudal en el cual prevalece la lógica de la pertenencia a la decisión de un *favor principis* y no la aplicación de una regla predeterminada y preventivamente adoptada». (en «La prevedibilità...», cit., pp. 654 y ss).

ceso judicial⁵⁷. Así por ejemplo lo realiza con la creación del juicio especial para recuperar la posesión de los bienes inmuebles cuando el ocupante no tenga título legítimo regulado en la ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas para permitir la recuperación de la posesión por su titular legítimo de una forma rápida ante la insuficiencia de los procedimientos previstos en la LEC. Es cierto que en estos casos el juez tiene mayores facultades procesales, pero no se le permite elegir el procedimiento por el que debe tramitarse. Sin embargo, la imposibilidad de recurrir alguna de las resoluciones que se dictan, como el auto adoptando medidas cautelares, impedirán la creación de esa doctrina jurisprudencial uniforme y deberemos atender al criterio particular que haya adoptado el órgano jurisdiccional que conozca del asunto.

En mi opinión otros elementos que atacan a la previsibilidad de las decisiones judiciales son la no posibilidad de recurrir una decisión ante los tribunales superiores o la derivación obligatoria a un mecanismo complementario de resolución de conflictos.

Finalmente debo manifestar mi preocupación en esta materia por la tendencia legislativa. El 15 de diciembre de 2020 el Consejo de Ministros del Gobierno de España aprobó el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia. Con la excusa de introducir mecanismos eficientes para «acoger el previsible incremento de la litigiosidad» y «recuperar el pulso de la actividad judicial» plantea la reforma de la LEC regulando un sistema obligatorio de negociación antes de iniciar el proceso judicial y el procedimiento testigo.

57 Esta opción ha sido criticada por la doctrina. Ver por todos GIMENO SENDRA, en *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, edit. BOE, Madrid, 2021, pp. 71 y ss.

La obligatoriedad del intento previo de negociación previa a la vía jurisdiccional implica un intento de excluir del conocimiento judicial de determinados asuntos, al margen de otras consideraciones sobre su eficacia⁵⁸. Desde esta perspectiva es criticable que no se permita la formación de una doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de una cuestión jurídica.

Otra de las medidas que propone este Anteproyecto de ley es la regulación de los procedimientos testigo en el ámbito de las reclamaciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación, que se tramitan a través del juicio verbal (art. 250.1.14 LEC) y que he analizado anteriormente. En mi opinión no contribuirá a la formación de una doctrina jurisprudencial ya que son acciones en las que para excluir la eficacia de cosa juzgada de las sentencias ya dictadas en las acciones colectivas que se han ejercitado se centra en las circunstancias personales de las partes y, concretamente, en la información precontractual recibida por el consumidor.

Por ello, desde la perspectiva de la previsibilidad de las decisiones judiciales, creo que estas medidas no contribuirán a que las partes sepan cuáles son los criterios que siguen los órganos jurisdiccionales y se volverá a atender al del órgano jurisdiccional que específicamente conozca del proceso judicial.

5. BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, Teresa. «Recurso de casación: entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales», en *Indret, Revista para el análisis del derecho*, enero 2018.

58 Ver ampliamente al respecto el análisis que realicé en «La problemática de los ADR en materia de consumo y vivienda y la aplicación de las decisiones automatizadas», en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 2020, número 1, pp. 88 y ss.

- CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos. *El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley*, edit. Aranzadi, 2010.
- CARRATTA, Antonio. «Decisioni robotica e valori del processo», en *Rivista di Diritto Processuale*, 2020, número 2, pp. 491 y ss.
- CEPEJ, *Herramientas para aplicar las líneas directrices que conduzcan al cambio hacia la cyberjusticia*, Documento adoptado en la 32 Reunión plenaria de la CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 13 y 14 de junio de 2019.
- CEPEJ. *Carta Ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, adoptada en la 31 Reunión plenaria del CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 3 y 4 de diciembre de 2018.
- Comisión General de Codificación, Sección Especial para la reforma de a Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. «Riflessioni su rule of law e precedente giudiziale», en *Rivista di Diritto Processuale*, 2018, pp. 942 y ss.
- CONSTANTINO, Giorgio. «La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza», en *Rivista di Diritto Processuale*, 2015, pp. 645 y ss.
- CREMADES, Bernardo María, *el recurso en interés de ley*, edit. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1969.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. «Creación Judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de ley», en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, enero 2013.
- FERRERES COMELLES, Víctor. «Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia», en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, edit. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- GASCON INCHAUSTI, Fernando, «Suspensión del proceso, tramitación preferente y extensión de los efectos de la sentencia-testigo en el proceso administrativo», en *Tribunales de Justicia*, 2001 (3), pp. 69-77. Se puede consultar en <https://eprints.ucm.es/26589/>.
- GIMENO SENDRA, Vicente. GIMENO SENDRA, en *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, edit. Boe, Madrid, 2021.

- GUILLÉN LÓPEZ, Enrique. «Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo», en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, número 42, 2018, pp. 335 y ss.
- JIMENO BULNES, Mar. *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, 1991.
- MARINONI, «El precedente interpretativo», en *Revista Jurídica Luso Brasileira*, año 3, 2017, número 2, pp. 423 y ss.
- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo. «Comentario sobre las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 y 26 de noviembre de 2007. A vueltas con el valor vinculante de la jurisprudencia», en *Revista General de Derecho Procesal*, 2009, 17.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal I, Introducción*, edit. Tirant lo Blanc, Valencia, 2019.
- NOYA FERREIRO, Lourdes, en «La extensión procesal. Del ámbito del enjuiciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Tratado sobre el Proceso Administrativo*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, documento TOL7.435.014.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto. «La Jurisdicción en la Teoría de la División de Poderes de Montesquieu», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, pp. 905 y ss.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente. «La problemática de los ADR en materia de consumo y vivienda y la aplicación de las decisiones automatizadas», en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 2020, número 1, pp. 88 y ss.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *La protección civil de los derechos fundamentales*, edit. Atelier, Barcelona, 2011.
- PÉREZ GORDO, Alfonso. «El control de constitucionalidad de las leyes», *Revista Jurídica de Catalunya*, número 3, 1972, pp. 83 y ss., que se publicó también en *Estudios de Derecho Procesal*, edit. Portico, Zaragoza, 1981, pp. 365 y ss.

- PÉREZ GORDO, Alfonso. *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, edit. Bosch. Barcelona, 1982
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho y proceso*, edit. Librería Bosch, Barcelona, 1978.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Civil*, tomo I, edit. Atelier, Barcelona, 2008.
- ROSADO IGLESIAS, Gema. «Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia», en *Cuadernos de Derecho Público*, número 28, mayo-agosto 2006, pp. 83 y ss.
- SATTA, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*, volumen I, edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. «El juicio jurisdiccional», en *Jurisdicción, acción y proceso*, edit. Atelier, Barcelona, 2008, pp. 69 y ss.
- SERRA DOMINGUEZ, Manuel. en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1984, p. 785.
- TAPIA FERNANDEZ, Isabel. «¿El Tribunal Supremo legislador? (el valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)», en *Justicia* 2017, número 2, pp. 21 y ss.
- TARUFFO, Michele. *La motivazione de la sentenza civile*, Padua, 1975.
- TARUFFO, Michele. TARUFFO, en «Precedente y jurisprudencia», en *Precedente Revista Jurídica*, 2007, pp. 86 y ss.
- TARUFFO, Michele. *Aspectos del precedente judicial*, edit. Coordinación Editorial, Nuevo León, 2018
- TRIBUNAL SUPREMO, Sala de Gobierno. *Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014*.
- XIOL RIOS, Juan Antonio. «El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional», en *Revista del Poder Judicial*, número 3, septiembre 1986.

EL PROBLEMA DE LAS DEMANDAS CONFUSAS E IMPRECISAS (O CÓMO INTERPRETAR LA DEMANDA)

THE PROBLEM OF CONFUSING COMPLAINTS (OR HOW TO INTERPRET THE LAWSUIT)

IGNACIO M. SOBA BRACESCO

Profesor Adjunto y Profesor Adscripto en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro fundador de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal Eduardo J. Couture y del Foro Uruguayo de Derecho Probatorio. Magister en Derecho, orientación en Derecho de Daños por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. @IgnacioSoba / Montevideo, noviembre de 2020.

Fecha de recepción: 16 de noviembre de 2020

Fecha de aceptación: 21 de diciembre de 2020

RESUMEN: Resulta muy difícil eliminar por completo lo que es el problema de las demandas confusas o imprecisas. Distintos ordenamientos jurídicos han buscado imponer a las partes ciertos estándares en materia de formulación o redacción de sus escritos, así como algunos remedios, pero –a pesar de ello– los litigantes y los jueces deben seguir lidiando con la confusión y la imprecisión en el proceso. Las consecuencias que se derivan de esa confusión e imprecisión pueden ser muy significativas, tanto para el adecuado ejercicio del derecho de defensa, como para adoptar la decisión jurisdiccional (impactando en temas como la congruencia, la cosa juzgada, etc.), e incluso para la suerte del

ABSTRACT: Confusing or imprecise complaints are a very difficult problem to solve. Different legal systems have imposed certain standards on the parties regarding the drafting of their lawsuits, as well as some remedies, but –despite this– litigants and judges continue to deal with confusion and imprecision in legal process. The consequences that arise as a result of the confusion in the petitions can be very significant, both for the proper exercise of the right of defense, and for adopting the jurisdictional decision (impacting on issues such as congruence, res judicata, etc.), and even for the success of the claim itself. In this sense, the analysis proposed in the paper is also relevant from the point of

propio reclamo. En ese sentido, puede también estar en juego la responsabilidad de los profesionales del derecho que intervienen en el proceso con cierta ligereza o temeridad.

PALABRAS-CLAVE: interpretación de la demanda, derecho de defensa, lucro cesante, objeto del proceso, pérdida de la chance, principio de congruencia.

view of the responsibility of legal professionals who intervene with lack of diligence in judicial processes.

KEYWORDS: interpretation of lawsuits, due process, loss of profit, litigated matter, loss of chance, congruence.

SUMARIO: 1. Lidiando con la confusión en el proceso. 2. Los criterios de interpretación de los actos de las partes: ¿existen? 2.1. La voluntad declarada y la necesidad de precisión en los enunciados. Aportes de Derecho comparado. 2.2. Lo no reclamado y las cuestiones implícitas. Aspectos problemáticos. 2.3. La buena fe y veracidad en el «diseño» de la demanda. 2.4. La teoría del acto propio y el aporte del análisis contextual. 3. La interpretación flexible y un límite infranqueable: el adecuado ejercicio del derecho de defensa. 4. Un caso problemático de la praxis uruguaya. La reclamación del lucro cesante y la pérdida de la chance. 5. A modo de cierre: el futuro.

1. LIDIANDO CON LA CONFUSIÓN EN EL PROCESO

Entiendo oportuno, como parte de la introducción, una breve justificación del presente artículo y explicar por qué considero relevante estudiar la interpretación de los actos de los interesados principales y, fundamentalmente, la interpretación de uno de esos actos procesales: la demanda.¹

-
- 1 En Uruguay, resulta ineludible citar a Odriozola (1976), quien hace ya tiempo escribió sobre la interpretación de la demanda y que, hasta nuestros días, aparece referido por la jurisprudencia uruguaya en una gran cantidad de sentencias. Mucho tiempo ha transcurrido desde la publicación efectuada por el citado magistrado, sin embargo, los problemas de interpretación persisten, y quizás -aunque la afirmación carezca de respaldo empírico- se han profundizado. Puede llegar a ser un indicio la reiterada citación de la publicación de Odriozola en sentencias de distintos tribunales (que se puede corroborar a través de la consulta en línea a la Base de Jurisprudencia Nacional: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>). Quizás ello se deba a su aceptación por parte de los juristas, pero quizás también a la falta de otros trabajos dogmáticos o investigaciones sobre ese punto, pero en cualquier caso sirve para apreciar su utilidad práctica. Solo a modo de ejemplo, véase lo manifestado en sent. n° 330/2020, de 8 de octubre de 2020 de la Suprema Corte de Justicia (Uruguay): «...Es claro que la carga de la sustanciación, entre otros fines y fundamentos, busca que no se altere el derecho de defensa de la demandada. Por ello, una eventual denuncia de tal indefensión por parte interesada, resultaba de utilidad a fin de perfilar el incumplimiento de la mentada carga. Sin embargo, ello no aconteció en autos. La enjuiciada no acusó dificultad alguna para interpretar el alcance de la demanda, ni tampoco vio retaceado los medios de defensa. Por el contrario, en su acto contradictorio, la accionada siguió el mismo hilo conductor propuesto en la demanda; incluso, lo hizo enriqueciendo el cuadro fáctico introductorio. Es cierto que la demanda confusa habrá de requerir una labor interpretativa más laboriosa y afinada. Pero también es verdad que al Juez, como intérprete de la demanda, le corresponde establecer si, a pesar de las carencias o confusiones, contiene aquélla otras especificaciones que permitan detectar la

El tema concierne a todos los sujetos que necesariamente intervienen en los procesos jurisdiccionales, tanto a aquellos que elaboran o confeccionan las demandas² (pues pueden estar en juego -según se verá- cuestiones que hagan a la libertad en el diseño de sus reclamos, tanto desde el punto de vista de la parte como incluso de su abogado), como a aquellos otros a quienes se dirigen esos escritos y que, para asumir determinadas actitudes o para adoptar ciertas decisiones que hacen a su estrategia procesal, deben interpretar lo dicho (y en ocasiones, lo no dicho).

Puede existir importante actividad interpretativa cuando el sujeto emplazado se enfrenta a la demanda y se dispone a elaborar su estrategia, ejerciendo su defensa y determinando las actitudes que, según los casos, pueda o deba adoptar. El ejercicio del derecho de defensa se podría ver menguado (incluso, a veces muy seriamente) por una demanda confusa, aunque claro que, a medida que transcurre el proceso, se pueden advertir nuevas falencias de los relatos, narracio-

presencia de una acción adecuada al derecho que se invoca (cf: Héctor Luis ODRIOZOLA, «Interpretación de la Demanda», publicado en «Judicatura», Año I, No. 10, Vol. II, diciembre 1976, págs. 245 y ss.). Y en el sentido apuntado, se estima que la demanda de autos admite una interpretación que, razonablemente, permite tener por cumplida las exigencias formales en la materia. El esfuerzo probatorio dirigido a acreditar las concretas notas características que perfilan la categoría «supervisor» [se trataba de un reclamo laboral contra una aerolínea], así como el dirigido a contradecir la verificación fáctica de tales características, dan cuenta de que las partes comprendieron cabalmente cuál era la específica causa del reclamo».

- 2 Demandas, escritos, súplicas, libelos o memoriales, o como se les quiera o prefiera denominar, según esas u otras expresiones de similar tenor empleadas en textos de Derecho positivo o en la dogmática. Algunos de dichos términos aparecen definidos en el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, de la Real Academia Española (<https://dpej.rae.es/>) o en otros diccionarios jurídicos, como el *Vocabulario jurídico* de Couture (1983).

nes o enunciados que contiene la demanda o, porque no, descubrir bondades de dichos relatos que en un principio ni siquiera habían sido percibidas.

Demandas confusas e imprecisas hay muchas, y la casuística y –eventualmente– las patologías son enormes.

Todo esto se debe a múltiples factores casi que imposibles de agotar. A modo ilustrativo: el laconismo (a veces necesario, otras inoportuno), la reticencia, la inconsistencia o incoherencia (interna o externa), en ocasiones la mala fe procesal, en otras, la negligencia, la falta de pericia.

Esa falta de rigor, a su vez, puede tener diversos orígenes, desde carencias culturales y, más precisamente, en la formación universitaria, pasando por la falta de actualización o capacitación de los profesionales, hasta casos ya más groseros, como he dicho, de ligereza, temeridad o mala fe.³

La proliferación de demandas confusas, y la tolerancia respecto de las mismas, en caso reiterarse a nivel de ciertos procesos o tribunales, podría afectar seriamente el ejercicio de las profesiones jurídicas,

3 La actuación del abogado podría ameritar la aplicación de correctivos o sanciones de tipo disciplinario-administrativo, sin perjuicio de las de corte deontológico. Además, ello podría derivar en la eventual responsabilidad civil del profesional actuante. A modo ilustrativo, como aconteció en el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Badajoz (España), Sección 2ª, sentencia nº 317/2020, de 29 Mayo de 2020, no se podría intentar demandar la ejecución de una supuesta obligación dineraria cuando el título de ejecución reconocía una obligación de hacer. Entiendo que hay límites para la tolerancia de los errores o defectos en el ámbito procesal, y que las deficiencias técnicas atribuibles al abogado, en ciertas situaciones que no son habituales, pero tampoco ilusorias, podrían derivar en responsabilidad por *mala praxis*.

lo que trasunta –a corto, mediano o largo plazo– en problemas para el funcionamiento de la administración de justicia y los derechos sustanciales de las personas.

No quiero hacer aquí una oda a la liturgia, a lo ceremonial, a la forma por la forma misma, a la rigidez absurda, aquellos que hace complejo lo simple. Se trata, en cambio, de respeto y empatía profesional, de permitir que el «diálogo» y el encuentro en el proceso se genere en base a cierto nivel técnico, sin tener que menoscabar el lenguaje claro.⁴ A veces se requieren ciertos convencionalismos, ciertos consensos, incluso dogmas, porque el proceso no puede ser todo *tabula rasa*. Esto parece obvio, pero es que a veces se pierde la seriedad.

En la jurisprudencia uruguaya se encuentra un caso paradigmático, en el cual este tipo de defecto llegó a ser considerado por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno (sentencia n° 263/2017, de 20/09/2017, Morales, Posada –r–, Rossi), para declarar improcedente un recurso de apelación⁵:

En tal sentido el escrito de apelación presentado en autos resulta absolutamente inentendible, plagado de faltas de ortografía garrafales, errores de sintaxis, de tecleo, excesivo uso de abreviaciones,

-
- 4 No hay que ser tremendista, pero basta ponerse en el lugar de quien, día tras día, tiene que lidiar –sea como abogado, sea como juez– con demandas confusas, para entender que, llegado cierto punto, se podría hacer cada vez más difícil ejercer el derecho de defensa (en particular, cuando los plazos procesales son breves) y tomar decisiones de calidad. Por eso, entiendo, se debería contar con mecanismos que permitieran llamar la atención de los abogados que presentan escritos a los que les falta rigor técnico, carecen de sentido o directamente tienen defectos gramaticales o carencias ortográficas severas.
 - 5 A modo de aclaración al lector: se desconocen los motivos por los cuales el abogado presentó una apelación de ese tenor. Por cierto, quizás exista alguna justificación o excusa de tipo razonable. Aquí simplemente difundí lo expresado por el Tribunal.

con incoherencias absolutas, con un lenguaje inapropiado, que solo se hace preguntas respondiéndose a sí mismo, reprochando a fs. 449 vta. que la sentencia dictada es 'imparcial', o sea que aparentemente pretende que las sentencias sean parciales. Dice que la liquidación 'esta toda mal efectuada' (fs. 456), pero no dice cuáles son los errores ni cuál es concretamente la liquidación correcta y el monto de lo adeudado. En suma, se trata de un escrito recursivo que no se ajusta a la dignidad y respeto de la justicia (art. 5 del C.G.P. y 148 de la Ley N° 15.750) Por ende, lo que pretende ser una expresión de agravios no cumple en lo más mínimo con lo exigido por el art. 253.1 inciso 1° del C.G.P. por lo que la consecuencia no puede ser otra que la prevista en el inciso 3° de dicha norma: tenerlo por desistido del recurso. Como expresara la Sala anteriormente, el memorial de agravio debe contener referencias concretas a la sentencia, discutiendo el razonamiento efectuado por el Juez a quo, es decir criticando las conclusiones a que se arribó, en función de los extremos que de autos surjan y que permitan arribar a una diferente conclusión. Sin dudas las inentendibles expresiones de la recurrente ya referidas, no constituyen una adecuada expresión de agravios, en tanto no realizan ningún análisis de la sentencia y no contienen una crítica concreta y debidamente fundamentada, contra los argumentos desarrollados por la a-quo. (...) Las faltas de ortografía, los errores de sintaxis, el exceso en la utilización de abreviaciones no hacen sino indicar que la apelante incorporó un borrador, que ni siquiera revisó, sometiendo al Tribunal y a su contraparte a un ejercicio de develación de un acertijo supuestamente argumentativo.

Como se verá en los apartados siguientes, en el Derecho comparado se exige la precisión respecto de los enunciados, relatos o narraciones contenidas en diversos tipos de escritos judiciales.

Esa precisión, sin duda, es más relevante cuando se trata de los actos que incluyen las pretensiones o defensas que conformarán el objeto del proceso (sea en el proceso civil, entendido en sentido amplio, como en el proceso penal). *A contrario sensu*, se puede decir que una demanda confusa o imprecisa es aquella que carece de comple-

titud, coherencia, consistencia, en lo que refiere a la formulación de los enunciados lingüísticos que integran el relato procesal, así como aquella que carece de rigor técnico-jurídico al momento de formular solicitudes de diverso tipo, y en particular, la requisitoria o petitorio principal.⁶ Vale aclarar que una demanda puede ser precisa, completa, coherente y consistente y no por ello ser compleja.

En similar sentido, se pueden interpretar los actos procesales provenientes de las partes o los interesados, en las audiencias o vistas. Según el sistema procesal de que se trate, ello sucede al cumplirse con actividades del estilo de la ratificación o aclaración de los extremos que resultaren oscuros o imprecisos, o eventualmente al fijarse el objeto del proceso en la resolución judicial correspondiente.

También se interpreta al sentenciar con carácter definitivo, pues así lo exige el principio de congruencia. Problemas en el terreno de la interpretación de la demanda podrían contribuir a generar vicios relacionados con la (in)congruencia de las decisiones que se adopten en el proceso. En ocasiones, las dificultades que se le presentan al sentenciante, por ejemplo, para interpretar las pretensiones que han sido expresadas en el libelo inicial del actor o demandante, terminan repercutiendo en la tutela jurisdiccional que se debería concretar en la sentencia respecto de la cuestión sustancial.

Todos, en alguna medida y en diferentes etapas del proceso, interpretan. Ningún sujeto tiene la exclusividad en esa tarea.

De ahí que se tenga que pasar, luego, al siguiente nivel: ¿cómo se interpreta? En el proceso confluyen varios relatos o narraciones (de

6 Por cierto, a veces no se puede eludir la complejidad, por ejemplo, por los problemas de demarcación, interpretación, ámbito de aplicación o imprecisión en las discusiones y debates que traen consigo, en ciertos supuestos, algunos institutos o conceptos del Derecho sustancial.

los abogados, de los testigos, de los peritos, de los jueces, etc.); por lo que es indiscutible que el lenguaje adquiere notable incidencia en el proceso (como también lo tiene en otras áreas del Derecho).

En definitiva, para que no pase como una cuestión sin incidencia práctica (que a todas luces no lo es, por las diversas garantías en juego), se recurrirá al análisis de algunos casos particulares y de ciertos tópicos que considero pueden servir de caja de herramientas conceptual para el abordaje del problema.

2. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS ACTOS DE LAS PARTES: ¿EXISTEN?

Mucho de lo que se puede decir aquí podría ser una reiteración de los problemas, discusiones, debates, investigaciones, etc., que existen en la teoría del derecho acerca de la interpretación. Con ello no pretendo sino advertir que aquí no se agota el tema, sino que se realizan algunas consideraciones exclusivamente desde el punto de vista de la dogmática procesal, tomando como insumo algunos pronunciamientos jurisprudenciales y aportes de Derecho comparado.

Como afirma Guastini (2017, pp. 104-105), en la cultura jurídica occidental, es habitual para los juristas (y obligatorio para los jueces), motivar sus decisiones interpretativas. Esto es, brindar razones (argumentos) para justificar sus decisiones. Eso son los métodos o técnicas de interpretación para Guastini: un conjunto de razones que, dentro de una cultura jurídica determinada, pueden ser adoptadas como sustento de la interpretación elegida.

Claro que, en ocasiones, esos argumentos no son más que intuiciones, lugares comunes, ya visitados y superados en la teoría del derecho (por ejemplo, cuando se lee que se pretende «auscultar» el sentido o la intención del demandante plasmada en un escrito «X»).

Por ello se debe ser sumamente cauto, para evitar una confianza desmedida o injustificada a la hora de ejecutar la tarea.

Las demandas se basan en el lenguaje técnico y no técnico, a veces simple, a veces -innecesariamente o necesariamente- complejo. Los límites del lenguaje empleado, así como las carencias, deficiencias del conocimiento del Derecho por parte del abogado que formula la demanda (más allá que se tomen o copien fórmulas forenses que en otros casos podrían haber resultado exitosas) repercuten en el proceso.

Como se ha dicho, los profesionales del Derecho necesitamos del lenguaje para lograr múltiples objetivos, no siendo el ámbito del proceso una excepción.

Trazando una especie de analogía entre la demanda y los textos normativos, se podría decir que la pretensión –como sucede con la norma jurídica– es el resultado o el producto de una actividad interpretativa. Nuevamente, toda demanda, sea de aquellas que se pueden considerar sencillas o simples, como las difíciles o complejas, exige de interpretación.

A los problemas propios del lenguaje se agregan otros derivados de las situaciones jurídicas en las que se encuentran los sujetos del proceso, y las consecuencias jurídicas que se le asigna a determinadas conductas (acciones u omisiones) procesales.

En ese sentido, y como ya he dicho, se pueden encontrar demandas confusas o defectuosas tanto por razones de tipo lingüístico (vaguedades, ambigüedades, indeterminaciones, anomalías, etc.⁷); así

7 Mendonca (2000, pp. 151-172), en su capítulo sobre interpretación y argumentación jurídica, hace mención a la ambigüedad; a la vaguedad, que se asocia con la imprecisión en las expresiones lingüísticas (el autor hace referencia a problemas de graduación: que refieren a la falta de un límite preciso para la aplicabilidad o inaplicabilidad de una palabra; y a proble-

como por imprecisiones en el manejo de conceptos jurídicos –normalmente, cuando ello no tiene su origen en el propio concepto– o contradicciones en las proposiciones fácticas elegidas para conformar el relato o la teoría del caso.

Acaso, da lo mismo pedir la indemnización del lucro cesante y no referir a la pérdida de la chance (situación que se habrá de analizar más adelante), es indiferente señalar si el despido fue directo o indirecto, plantear una situación de acoso sexual o psicológico-moral, reclamar por responsabilidad contractual o extracontractual, por acto lícito o ilícito, etc. ¿Hasta dónde pueden tolerarse las deficiencias o los defectos de una demanda? ¿Existe algún criterio para determinar cuándo las deficiencias o impresiones son minucias y cuándo son de relevancia?

Cabe, por tanto, preguntarse si es posible ubicar algunos criterios o pautas de que ayuden a llevar a cabo la actividad interpretativa con relación a los actos procesales de parte, y en especial, aquellos de proposición, como la demanda.

mas de combinación: en los que no existe un conjunto de condiciones definido que gobierne la aplicación de la palabra). Luego, refiere también a otros fenómenos como las anomalías (violación de reglas lingüísticas), etc. Por su parte, Moreso & Vilajosana (2004, pp. 152-158) destacan que la particularidad del lenguaje natural (por contraposición al formal, que se emplea en lógica o en matemáticas), es que cumple la función de comunicación de manera bastante aceptable, pero a costa de un grado considerable de imprecisión. El lenguaje jurídico puede ser un lenguaje técnico, pero no es un lenguaje formal. También refieren a la ambigüedad, señalando que se presenta cuando la palabra o expresión lingüística tiene más de un significado o expresa más de un concepto (luego refieren a la homonimia, a la ambigüedad relacional y a la sintáctica). Por su parte, refieren a la vaguedad cuando estamos ante la indeterminación de la extensión o denotación de la palabra en relación con su connotación o intensión (zona de penumbra), y se señala que mientras la ambigüedad es una propiedad de las palabras, la vaguedad lo es de los conceptos o significados.

La legislación procesal no nos ayuda. Por lo general, no se pueden ubicar disposiciones sistematizadas que refieran a cómo deben guiarse los prácticos en la interpretación de los actos de las partes.

Los criterios que a continuación ofrezco se podrían decir que agrupan dogmáticamente ciertos principios o reglas que inciden de algún modo en la cuestión que aquí se analiza.

2.1. *La voluntad declarada y la necesidad de precisión en los enunciados. Aportes de Derecho comparado*

La voluntad es un requisito esencial del acto procesal. En Italia, señala Picardi (2019, p. 261), que la voluntariedad del comportamiento es la que se tiene en cuenta respecto de quien ha realizado cierto tipo de acto, prescindiéndose de la intención de su autor de conseguir el fin o el efecto que se ha previsto por el legislador para aquel tipo de acto.

Con relación a este tópico de la voluntad declarada, el profesor colombiano Devis Echandía (1966, pp. 455-456) señaló en su momento que:

... El carácter preponderantemente formal de los actos procesales y la circunstancia de que el funcionario judicial que los recibe o conoce debe proveer de conformidad con lo que la parte o las partes le manifiestan verbalmente o por escrito, hace que para el derecho procesal civil interese más la voluntad externa o declarada. Por eso observa GUASP que 'como regla general ha de afirmarse, en derecho procesal, la prevalencia de la voluntad declarada sobre la voluntad real'...; ...no debe confundirse la voluntad externa o declarada con el tenor literal del escrito o de la petición oral, porque esto conduciría a suprimirle al juez toda facultad de interpretación de los actos jurídicos procesales, lo cual es inadmisibles en el derecho moderno, y especialmente en el fecundo campo de la interpretación de la demanda y de las excepciones...

Es más, agrega Devis Echandía (1966, p. 456):

... los funcionarios del orden judicial deben tener en cuenta, cuando profieren sus decisiones, 'que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva'. Con mayor razón **deben guiarse por ese criterio cuando se trata de la interpretación de los actos procesales de las partes**, especialmente de la demanda (incluyendo la casación) y de las excepciones. De este modo, es en la clara intención de las partes donde radica el verdadero contenido y alcance del acto procesal, como acontece en los contratos. Con este criterio debe considerarse que en las demandas y excepciones lo que importa es la relación o presentación de los hechos y su prueba, no la calificación que de ellos hagan las partes, que puede ser equivocada, tanto para determinar la pretensión (o acción, según suele decirse, erróneamente), como para formular determinada petición o proponer una excepción. El **criterio de interpretación debe ser igual tanto para los actos procesales como para los extraprocesales** (v. gr., los contratos), y por esta razón las normas civiles que ordenan darle preferencia a la intención que las partes hayan tenido al celebrar estos, tienen perfecta aplicación en el campo del derecho procesal. De este modo, es indispensable distinguir entre los casos de discrepancia intencional de las dos voluntades y aquellos en que pueda resultar una discrepancia no intencional, por ignorancia o error de las partes. En los primeros, el juez debe atenerse a la voluntad declarada o externa, porque ella coincide con la clara intención de quien ejecuta el acto, y de este modo no cabe recurrir a su interpretación para desentrañar un diferente significado; en los segundos, el funcionario judicial debe buscar la verdadera intención, mediante una científica interpretación del contexto general del acto procesal y teniendo en cuenta especialmente los hechos que en él se relacionan, para darles preferencia sobre los términos o calificaciones que se hayan utilizado. (énfasis agregado).

En Uruguay, Simón (1989, p. 90) define el acto jurídico procesal como «...aquel hecho humano voluntario al cual la norma procesal confiere efectos jurídicos». El art. 62 del Código General del

Proceso (CGP) uruguayo refiere al requisito de la voluntad, al asignarle predominio a la voluntad declarada. Según Simón (1989, p. 91), allí se presume la realización voluntaria del acto y la idoneidad de tal voluntad (identificándose con la declarada). La presunción cesa únicamente en los casos clásicos de violencia o dolo y en el novedoso del error que no merezca el calificativo de culpable (exigiéndose, en cualquier caso, prueba fehaciente).

Abal Oliú (2011, p. 13), en tanto, conceptualiza el acto procesal como «...todo cambio de la realidad objetiva o exterior, previsto y regulado por el Derecho Procesal, que implica la intervención de la voluntad, considerada relevante por la norma, de un sujeto del proceso, y al que se le atribuye la virtualidad de hacer nacer (o actualizar), modificar o extinguir situaciones jurídicas procesales».

Ahora bien, además de la voluntad declarada se exige, principalmente para los actos procesales más trascendentes, algo más: la precisión.

La precisión, la claridad, la coherencia, consistencia y el orden, hace a la voluntad expresada en los escritos judiciales, siendo requerida con énfasis en diversos textos positivos relativos a las demandas o a solicitudes de procesos voluntarios.

Siguiendo una perspectiva de Derecho comparado, referiré a continuación –con carácter ilustrativo– a los casos de Argentina, Brasil, Colombia, España y Uruguay.⁸

8 Algunas de las reflexiones aquí consignadas se pueden trasladar al ámbito del proceso penal (cuyo análisis escapa al objeto del presente estudio). No obstante, esa necesidad de precisión que también se aplica principalmente a la acusación, se puede ejemplificar en base a algunas reseñas puntuales de Derecho positivo y de jurisprudencia. En ese sentido, en el proceso penal uruguayo, la acusación solo podrá referirse a los enunciados fácticos y personas sobre las que se formalizó la investigación, aunque se efectuare

En **Argentina**, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), prevé en su art. 330 que la demanda debe incluir la identificación de la cosa demandada, designándola «con toda exactitud», los hechos en que se funde, «explicados claramente», el derecho expuesto sucintamente, evitando repeticiones innecesarias y la petición «en términos claros y positivos». A su vez, la demanda deberá precisar el monto reclamado, salvo cuando al actor no le fuere posible determinarlo al promoverla, por las circunstancias del caso, o porque la estimación dependiera de elementos aún no definitivamente fijados y la promoción de la demanda fuese imprescindible para

una distinta calificación jurídica (art. 127 *in fine* del CPP uruguayo). En efecto, el lit. d) del citado art. 127 del CPP (Uruguay) aclara que la acusación deberá contener la expresión precisa de las disposiciones legales aplicables (sin perjuicio de lo que puede significar, luego, el *iura novit curia*) y su debida correlación con aquellas proposiciones sobre hechos y con la intervención atribuida al imputado. También aquí se exige, entonces, a modo de deber procesal (aplicable al acusador público), incluir la relación clara, precisa y circunstanciada del sustrato fáctico que se le atribuye al imputado, así como los fundamentos de la imputación, con expresión de los medios de prueba que lo motivan. En la jurisprudencia española, por su parte, se ha analizado la importancia de la acusación precisa y clara, señalándose que: «El principio acusatorio que informa nuestro proceso penal particularmente en la fase plenaria o de juicio oral, es una consecuencia más del sistema constitucional de garantías procesales. Lo esencial es que la defensa del acusado tenga conocimiento con antelación suficiente de lo que se le atribuye y la oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates del juicio, sin que la sentencia pueda condenar de modo sorpresivo por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual, consiguientemente, no pudo articular su estrategia defensiva. La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula, y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación, sin introducir elementos nuevos respecto de los cuales no haya existido antes posibilidad de defenderse.». Cfr., Tribunal Supremo (España), Sala de lo Penal, sentencia n° 192/2020, de 20/05/2020 (Ferrer García, ponente).

evitar la prescripción de la acción (se dice que, en estos supuestos, relacionados al monto, no procederá la excepción de defecto legal). En similar sentido se expresa el Proyecto de nuevo CPCCN, cuyo art. 402 dispone que la demanda tendrá que incluir, entre otras cuestiones, los hechos en que se funde, «explicados claramente y en forma ordenada» con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar la demanda (apreciándose, como en el caso de otras legislaciones a las que se hará referencia, la vinculación necesaria con el ejercicio del derecho de defensa). También las peticiones serán formuladas «en términos claros y positivos».

La situación varía un poco en **Brasil**, ya que de la lectura de los requisitos del pedido inicial (art. 319 del Código del Proceso Civil -CPC), no se extraen referencias concretas a la precisión, claridad u orden de los enunciados incluidos en ese escrito judicial.⁹ Sin embargo, en el art. 330 de dicho Código, al regularse las hipótesis de rechazo por improcedencia de la petición inicial, se prevé que ello será posible cuando: «fuese inepta»; fuese manifiestamente ilegítima; se careciese -por el demandante- de interés procesal; etc. Se aclara que se considera inepta la petición inicial cuando le falte pedido o causa de pedir; el pedido fuese indeterminado, exceptuadas las hipótesis legales en que se permite el pedido genérico; de la narración de los hechos no se siguiese lógicamente la conclusión (que sería el punto que más interesa a los efectos de este análisis); contuviese pedidos incompatibles entre sí.

9 Por su parte, según lo previsto en el art. 321 del CPC brasileño, el juez, al verificar que la petición inicial no cumple los requisitos de los arts. 319 y 320 o que presenta defectos e irregularidades capaces de dificultar el juzgamiento de mérito, ordenará que el demandante, en el plazo de 15 (quince) días, la enmiende o complete, debiendo indicar con precisión lo que debe ser corregido o completado. Si el demandante no cumplierse con lo solicitado, el juez rechazará la petición inicial.

Con relación al demandado el art. 341 del CPC brasileño señala que corresponde también al demandado -lo que es razonable, principio de igualdad procesal mediante, a mi criterio- manifestarse con precisión sobre las alegaciones de hecho contenidos en la petición inicial, presumiéndose verdaderas las no impugnadas, salvo algunos casos especificados en el propio artículo.

En **Colombia** su Código General del Proceso (CGP), dispone, en el art. 82 que, salvo disposición en contrario, la demanda con que se promueva todo proceso deberá reunir los siguientes requisitos: entre los que se destaca, a estos efectos, «Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad.» y «Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.». Esta precisión o claridad también se encuentra presente entre las exigencias previstas para otros actos de proposición, como la demanda del proceso monitorio (art. 420 del citado Código). La contestación de demanda, según el art. 96 del CGP colombiano, también deberá incluir un pronunciamiento «expreso y concreto» sobre las pretensiones y sobre los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten, los que se niegan y los que no le constan. En los dos últimos casos manifestará en forma «precisa y unívoca» las razones de su respuesta. Si no lo hiciere así, se presumirá cierto el respectivo hecho.

En **España**, el art. 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), 1/2000, prevé que en la demanda se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida. Respecto, de los hechos (o, mejor dicho, proposiciones o enunciados sobre hechos), se dice que se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar.¹⁰

10 La cuestión se simplifica en el caso de las formalidades de la demanda prevista para el juicio oral (según el art. 437 de la LEC 1/2000), refiriendo

Se aprecia aquí el vínculo ineludible que se presenta entre lo afirmado en la demanda y las posibilidades de control y defensa de la demandada. Se verá a lo largo de la reseña del Derecho comparado la proporcionalidad que hay, de regla, entre mayor claridad, precisión, orden en lo afirmado al demandar y las mayores posibilidades de defensa del contrario. A menor claridad, precisión, orden, la defensa se torna más compleja. Como suele suceder en la práctica forense, a veces las demandas más difíciles de contestar, de controvertir, son aquellas más defectuosas.

El citado art. 399 de la LEC 1/2000 agrega que con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones y, finalmente, se formularán, valoraciones o razonamientos sobre éstos, si parecen convenientes para el derecho del litigante.

Por último, en **Uruguay**, dentro del Derecho procesal civil, se pueden destacar el art. 117 del CGP uruguayo, en sus n° 4, 5 y 6, como un claro ejemplo de ello. En estas y otras disposiciones encuentra justificación la teoría de la sustanciación a la que volveré a referir luego.

incluso a la utilización de «impresos normalizados». A su vez, respecto a las solicitudes de medidas cautelares, el art. 732 de la LEC también se formulará con claridad y precisión. Con relación a la utilización de formularios a modo de demanda también se prevé en la legislación uruguaya para reclamos de menor cuantía en asuntos vinculados a consumidores. Así, la Ley N° 18.507, de 26 de junio de 2006, prevé en su art. 2.1 que: «El reclamante presentará su solicitud de audiencia ante el Juzgado competente en un formulario donde consten los datos requeridos por el artículo 117 del Código General del Proceso y, especialmente, el monto máximo a reclamar.». Este tipo de presentación estandarizada, en casos relativamente simples, de cierta cuantía, o repetitivos, puede llegar a ser una de las modalidades que, en el futuro, asuman algunos reclamos que se reciban y sustancien a través de ciertos canales digitales y/o de justicia en línea.

También pone énfasis en la precisión el art. 130 del CGP uruguayo, al asignarle consecuencias negativas a ciertas deficiencias en la narración o relato (las respuestas evasivas), o a ciertas peculiaridades (porque no, en algunos casos, deficiencias), lingüísticas (las respuestas ambiguas).

Por supuesto, todo esto se conecta con otros criterios como la buena fe (que ha permeado en la regulación procesal comparada, plasmándose -en el caso uruguayo- como exigencia para todos los sujetos del proceso en los arts. 5 y 63 del CGP). A su vez, se encuentra emparentado con lo que se conoce como la teoría de la sustanciación y la cuestión de un estándar del buen litigante.

Entiéndase bien, para litigar de acuerdo a ese estándar una de las exigencias que se imponen es cumplir con individualizar y expresar con claridad, exactitud, precisión, ciertos aspectos de la pretensión.

Por ello, la jurisprudencia uruguaya, desde hace ya años (en tendencia que se mantiene), viene sosteniendo que:

...el ordenamiento jurídico patrio, se afilia a la teoría de la sustanciación. Y conforme a ella, '...la fundamentación de la demanda corresponde esencialmente a la suma de hechos constitutivos (causa agendi remota) o sea la relación fáctica aportada por el actor al proceso a título de justificación de su afirmación jurídica (Rechtsbehauptung), y base de su pretensión' (Fairen Guillen, op. cit., pág. 21; Vé. además, Hugo Alsina, Derecho Procesal, t. 3, pág. 35 y en especial, nota 15/1) (Sentencia No. 64/91)...¹¹

...la carga de contradecir por parte del demandado, tiene como presupuesto la afirmación del actor; siendo imposible pensar cuando se contesta una demanda se haga sobre la base de distin-

11 Suprema Corte de Justicia (Uruguay), sentencia n° 76/1993, de 29/11/1993, Marabotto -redactor-, Torello, Alonso de Marco, Cairoli, Monserrat.

tas hipótesis eventuales, que puedan subyacer de aquélla y, es por ello, que se exige la enumeración clara y precisa de los hechos que conforman la pretensión (sent. No. 173/95).¹²

Se exige una precisa relación de los hechos jurídicos relevantes que dieron nacimiento al derecho que se hace valer (...) y asimismo debe tenerse en cuenta que los datos omitidos impiden el necesario control de la demandada afectando el derecho a la defensa. (...)

En el mismo sentido, en la Obra Colectiva sobre el C.G.P. se definió: 'Debe destacarse la indudable trascendencia práctica de que el acto de proposición cumpla cabalmente con los postulados de la teoría de la sustanciación. Ello significa que cada petición debe presentarse con el relato de los hechos históricos que la sustentan y de las consecuencias jurídicas que pretenden extraerse de los mismos. No basta entonces con una mera invocación genérica respecto de lo que se pretende, sino que en todos los casos deben aducirse los hechos relevantes que den sustento a la acción o la excepción propuesta' (Cfme. 'Código General del Proceso Comentado', Obra Colectiva, T.3, Abaco, pág. 40).

(...) si la actora necesitaba de documentos que estaban en poder de la contraparte para poder confeccionar su demanda, debió plantear una diligencia preparatoria para obtener esa documentación y así poder articular adecuadamente su pretensión (arts. 168, 306 numeral 3° in fine; 309 num. 7° C.G.P.).

En definitiva, de lo expuesto se desprende con toda claridad que la recurrente no puede alegar válidamente que no cumplió con la carga de la debida sustanciación de su demanda (art. 117 num. 4° C.G.P.) porque no tenía documentos que estaban en poder de XX y recién pudo acceder a ellos en el curso del juicio.¹³

12 Suprema Corte de Justicia (Uruguay), sentencia n° 290/2002, de 18/09/2002, Guillot, Alonso de Marco -redactor-, Cairoli, Parga, Van Rompaey.

13 Suprema Corte de Justicia (Uruguay), sentencia n° 288/2020, de 28/09/2020, Martínez, Sosa -redactor-, Minvielle, Tosi, Turell.

Pero claro, determinar cuándo se cumple o no con el estándar de precisión que imponga el legislador (o eventualmente el juez), puede ser en sí mismo un motivo de discusión.

Incluso no sólo desde el punto de vista de si en un caso concreto se pasa del grado de precisión mínimo (parece un oxímoron, pero la precisión podría ser un concepto vago), sino también desde la perspectiva del conflicto de principios o reglas: por un lado, aquellos que favorecen el acceso a la justicia, la efectividad de los derechos sustanciales, la tutela jurisdiccional efectiva, y por otro lado, la igualdad, el ejercicio adecuado del derecho de defensa, el debido proceso.

2.2. *Lo no reclamado y las cuestiones implícitas.* *Aspectos problemáticos*

El criterio de la precisión se entiende que encuentra fundamento también en la libertad (aunque podría ser visto, al igual que otros deberes o principios, como el de la buena fe, como un límite a esa libertad – Pico i Junoy, 2013, p. 146), y en el principio dispositivo, puede llegar a influir incluso en el alcance de la sentencia (congruencia mediante) y la cosa juzgada, en particular, por lo que se ha dado en llamar como individualización negativa de la demanda.

El problema podría ser formulado descriptivamente de la siguiente manera (sin considerar normas sobre prescripción o caducidad, y expresado en términos generales): En el año 2010, «A» demanda a «B» por daños o por rubros salariales impagos correspondientes al período 2005-2010, y que tienen su causa en el evento «C» (hecho dañante, incumplimiento contractual o de cierta normativa laboral). Luego, en el año 2015, «A» demanda a «B» por el evento «C», a raíz de los efectos continuados del mismo, formulando dos pretensiones: una por los daños o rubros generados entre 2010-2015, otra de condena a futuro por los daños o rubros que se sigan generando luego del

año 2015, de mantenerse la situación fáctica (aunque por un período temporal que al momento de demandar todavía no tuvo lugar). ¿Se le puede exigir al demandante que al formular su demanda original incluya la condena a futuro, o se pueden promover procesos sucesivos? Quizás no estemos estrictamente ante demandas confusas o imprecisas (puede que sí, ya que de imprecisión o confusión pueden adolecer pretensiones actuales o de condena a futuro), pero el tema hace a la libertad al momento de formular la demanda y, más específicamente, al momento de concretar el período temporal del reclamo y la requisitoria.

La discusión en Uruguay se está dando actualmente en la litigación y la jurisprudencia entre quienes sostienen la teoría de la cosa juzgada eventual y de la llamada «individualización negativa de la demanda» (Giuffra & Garderes, 2003), postulando que es una teoría que se puede aplicar para la resolución de casos, y aquellos que entienden, en cambio, que su empleo carece de respaldo normativo (Abal Oliú, 2016b, p. 134, entre otras)¹⁴ o que directamente, se recoge normativamente la solución contraria. Por mi parte, considero que es argumento de peso el que, desde el punto de vista de su literalidad, el art. 11 del Código General del Proceso (CGP) uruguayo, refiera a

14 Manifiesta Abal Oliú (2016b, p. 134) que la cosa juzgada eventual tiene como base el principio de eventualidad o de acumulación eventual de las afirmaciones o defensas o de ataque y defensa global, por el cual, «un mismo sujeto, encontrándose en condiciones de deducir todos los medios de ataque o de defensa, no lo hace y en consecuencia de esa conducta se extrae la presunción de que dichos medios fueron renunciados. De allí que algunos autores hayan sostenido que no son admisibles los planteos sucesivos (en cascada) de cuestiones que no se hicieron valer al mismo tiempo que las demás planteadas, y que ello tiene efectos inmodificables («cosa juzgada»)), pero a continuación agrega el citado profesor: «A mi entender esta regla o «principio» no encuentra absolutamente ningún asidero en nuestra legislación, y no debería ser aceptada».

que se «podrá» solicitar la condena de futuro (no imponiendo ningún tipo de deber procesal en ese sentido).¹⁵

A través de esa teoría de la individualización negativa (Giuffra & Garderes, 2003) o de la reserva estratégica de planteos (en similar sentido, Nieva Fenoll, 2006, pp. 37-38), se procura evitar la formulación sucesiva de estos planteos que refieren a la misma cuestión litigiosa (precisamente allí radica el problema práctico), al margen de la concreta denominación o presentación de la nueva y futura pretensión, que en ocasiones representa un intento de eludir las consecuencias de una formulación negligente o incompleta de la pretensión original. La individualización negativa de la demanda reclamaría cumplir con un estándar de conducta diligente en la formulación de la pretensión, procurando evitar el fraccionamiento arbitrario del asunto litigioso, mediante la afirmación del efecto extensivo de la cosa juzgada respecto de las cuestiones omitidas por el actor en el proceso inicial, que –por ende– pudieron y debieron ser planteadas y decididas en

-
- 15 Código General del Proceso (Uruguay), art. 11: «Derecho al proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.- 11.1 Cualquier persona tiene derecho a acudir ante los tribunales, a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal y el Tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus peticiones. 11.2 Para proponer o controvertir útilmente las pretensiones, es necesario invocar interés y legitimación en la causa. 11.3 El interés del demandante puede consistir en la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, aún cuando éste no haya sido violado o desconocido, o de una relación jurídica, o de la autenticidad o falsedad de un documento; también podrá reclamarse el dictado de sentencia condicional o de futuro. 11.4 Todo sujeto de derecho tendrá acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones, así como el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva.» (énfasis agregado). Sobre la condena a futuro véase, además, la jurisprudencia reseñada a continuación.

dicho proceso. Para decirlo gráficamente, la individualización negativa importa admitir que en la demanda no sólo se incluye aquello que el litigante individualiza positivamente, sino también aquello que no individualiza, pudiendo haberlo hecho. Es como consecuencia de esa decisión (de no incluir lo que se podría haber incluido), que habría cosa juzgada respecto de todo el objeto del proceso (el individualizado positivamente y el que se decidió excluir, *a contrario sensu*). Pero precisamente en esos puntos es en los cuales cabe el debate: ¿se vulnera el estándar de diligencia cuando no se pide la condena a futuro? ¿existen reglas que coloquen al actor en la situación jurídica de deber respecto de requerir la condena a futuro o de formular pretensiones sobre períodos temporales pasados que pudiendo ser deducidas, no se deducen?, en su caso, ¿son situaciones equiparables? etc. A mi criterio, el punto se relaciona, además, con el principio *pro actione* y la tutela jurisdiccional efectiva, y la interpretación de las normas procesales, en caso de duda, en favor de la efectividad de los derechos sustanciales.

En Uruguay, la indeterminación y polémica a nivel judicial ha llevado a que, incluso, a nivel de la Suprema Corte de Justicia (Uruguay), en un mismo día, se emitieran dos fallos con fundamentación contradictoria relacionada al punto (cierto es que ello aconteció -como se dirá- en función de ser integrada con distintos Ministros).

En un caso, los propietarios de un predio rural que explotaban un tambo reclamaban de la empresa eléctrica estatal por la falta de conexión con el sistema de energía eléctrica desde hacía veinticinco años (a pesar de que en su omento se habían inscripto a un plan de electrificación de la cuenca lechera). Concretamente se pedía una condena a hacer (a que la empresa eléctrica conectara el predio de los actores a la red de suministro) y una condena por daños y perjuicios generados entre el año 2007 en adelante. En ese caso, por sent. interlocutoria n° 2433/2019, de 02/12/2019 (con Ministros que integraron legalmente la Corte para ese proceso en particular

por la inhibición de oficio de dos de sus integrantes naturales, y con dos discordias), la Corte entendió que operaba la cosa juzgada eventual en tanto en el año 2007 se había promovido una demanda por concepto de lucro cesante correspondiente al período 2003-2007, derivado de la misma situación que ya se explicó. Se sostuvo que en aquella oportunidad se podría haber peticionado una condena a futuro (CGP, art. 11), cosa que no se hizo. Respecto de ese punto, vale aclarar, que la parte que había interpuesto el recurso de casación entendía que los litigantes tienen constitucionalmente reconocida la libertad de decidir si presentan o no una demanda con condena a futuro, y que no hay nada que obligue a formular una pretensión con ese contenido. En una de las discordias, en tanto, se sostuvo que la Corte no podía hacer lugar a la excepción de cosa juzgada eventual respecto de la pretensión de hacer (sí cabía en el caso de la pretensión resarcitoria), mientras que en la otra discordia se consignó que la teoría de la cosa juzgada eventual no tiene respaldo normativo en nuestro derecho.

Por su parte, en sent. n° 1402/2019, de la misma fecha (02/12/2019), la Corte consideró que no había cosa juzgada luego de comparar dos procesos laborales, aun cuando en el anterior no se había reclamado condena a futuro respecto de un mismo rubro laboral, ya que correspondían a períodos diferentes. Comparto, en ese sentido, lo afirmado por la Corte, en tanto no se trata de un fraccionamiento arbitrario de la pretensión que se aparte del estándar de buen litigante, al tratarse de un período temporal diferente (futuro, en lo que refiere a la pretensión original y que si bien tolera la solicitud de condena a futuro, puede ser más que razonable esperar a la evolución y eventual cambio de las circunstancias). Claro que, en sede laboral convergen además otras perspectivas de análisis que entiendo relevantes. La admisibilidad de la teoría de la cosa juzgada eventual se podría discutir en función de ciertos principios y reglas que tutelan a los trabajadores y sus derechos (principio protector, irrenunciabilidad, etc.).

Con anterioridad, la Suprema Corte de Justicia (Uruguay), en sent. n° 1006/2012, de 16/04/2012 ha fundado dicho fallo -por el cual se hace lugar a una excepción de cosa juzgada- en que ha de tenerse presente el principio de eventualidad o de acumulación eventual de las afirmaciones o defensas. Dicho principio, según se señala en jurisprudencia citada por la propia Corte, es una consecuencia del de preclusión, refiere a hipótesis en las que un mismo sujeto, encontrándose en condiciones de deducir todos los medios de ataque o de defensa, no lo hace y, en consecuencia, de esa conducta se extrae la presunción de que dichos medios fueron renunciados. Por ello, se concluye que no son admisibles los planteos sucesivos de cuestiones que no se hicieron valer al mismo tiempo que las demás planteadas. Se agrega, luego de referir a varios autores y entre ellos a las Instituciones de Chiovenda, que ese principio también proyecta sus efectos en la cosa juzgada en lo que se conoce como «cosa juzgada eventual», que no solo alcanza a las cuestiones alegadas y decididas, sino a las que hubieran podido plantearse y no lo fueron. Luego, la Corte refiere a la carga que grava al damnificado en cuanto a demandar por los daños cuya reparación pretende.¹⁶

La voluntad declarada y la precisión de los enunciados, se deberá complementar, pues, con el estudio de lo no reclamado en cada caso concreto, lo que no coincide necesariamente -a mi criterio- con las llamadas cuestiones implícitas.

16 Sin perjuicio de otros pronunciamientos de la jurisprudencia uruguaya, en los que también se compendian las opiniones de reconocida doctrina acerca de la cosa juzgada eventual y la individualización negativa de la demanda, tanto a nivel nacional como extranjero, como ser: Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno, sent. int. n° 454/2010, de 01/09/2010 y Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno, sent. n° 269/2013, de 13/05/2013.

Entiendo que cuestiones implícitas hay en muchos actos del proceso (sean de parte, sean resoluciones del propio tribunal), dada las limitaciones institucionales que estos tienen, así como por razones que hacen al propio uso del lenguaje y a la conformación de los relatos o narraciones.

Nieva Fenoll (2006, p. 69), comentando la posición de Serra Domínguez, remarca la importancia de lo dicho por ese autor respecto a la distinción entre las «cuestiones no deducidas, pero deducibles», o sea, aquellas cuestiones que guardan directa relación con el objeto del proceso y que pudieron haber sido discutidas, y como todo ello puede ser relevante a los efectos de determinar si a ellas (que no han sido deducidas, se reitera) las alcanza o no la cosa juzgada.

Klett (2014, p. 243), por su parte, considera que el relato fáctico jurídico que se incluye en la demanda (y que refiere a la pretensión), tiene que contener los hechos conocidos (o más precisamente, entiendo, proposiciones sobre hechos o enunciados fácticos pasibles de ser conocidos y formulados como tales), así como los que se pudo haber conocido aplicando la diligencia media del buen litigante. Hay, según la profesora uruguaya, una carga de plenitud e integridad respecto de los actos de proposición (que la autora también correlaciona con lo que acontece en sede de negocios jurídicos y que se denomina -según Betti- como carga de sagacidad y claridad). Por el contrario, agrega (Klett, 2014, p. 245), los hechos secundarios (*i.e.*, proposiciones sobre hechos, o enunciados fácticos de tipo secundario, según mi parecer) no se deben incluir necesariamente, porque no hacen a la identidad o conformación de la pretensión o defensa deducida.

En la jurisprudencia uruguaya, en tanto, también existen pronunciamientos acerca de ese tópicico identificado como «individualización negativa de la demanda» para señalar, por ejemplo, que si se está en presencia de la misma cuestión litigiosa (objeto y causa de la pretensión –el cese de una única relación laboral o también podría ser un

mismo accidente de tránsito—). Y, si algún rubro laboral (esto es, por ejemplo, horas extras, salarios impagos, despido, etc.) o civil (esto es, distintos tipos de daños) no fue reclamado, cabría aplicar el principio de eventualidad, en tanto todo aquello que no haya sido reclamado (pero que se podía reclamar, porque se conocía) en el proceso inicialmente deducido no puede ser planteado en un segundo proceso.¹⁷

Se insiste en lo opinable del punto. Ya no se trataría en esos casos de un efecto positivo de la cosa juzgada, sino de una especie de análisis contra fáctico, negativo, como de una prescripción o caducidad de creación pretoriana, que llevaría a impedir un nuevo proceso judicial respecto de una cuestión no reclamada antes.

Parece, oportuno, conectar esa cuestión con los fundamentos de la cosa juzgada. Acaso, ¿hay argumentos para justificar que no se inicie un segundo proceso en esos casos?

La seguridad jurídica podría ofrecer razones para unos y para otros. Estarán aquellos que -como se ha dicho- sostengan que no hay ninguna regla positiva que excluya a texto expreso la posibilidad de pedir o reclamar rubros que no fueron incluidos antes en la demanda, y otros que afirmarán que ese tipo de litigio en cascada, fruto quizás de una reserva estratégica del demandante, afectan la seguridad jurí-

17 Suprema Corte de Justicia (Uruguay), sent. n° 1538/2018, de 20/08/2018. En dicho pronunciamiento se señala, además, citando otros fallos jurisprudenciales, que la formulación de la pretensión en el plano subjetivo, a partir de la decisión del reclamante de demandar contra «A», «B», «C» y «D» (o la decisión de demandar contra uno, o acumular inicialmente pretensiones contra algunos o todos esos sujetos), se debe entender como el ejercicio de una facultad, cuando se trata de un litisconsorcio facultativo. En ese escenario no cabría -según la jurisprudencia citada por la Corte- aplicar los fundamentos del llamado principio de individualización negativa de la demanda, que han sido elaborados para el elemento objetivo de la pretensión (y no resultan extensibles al elemento subjetivo).

dica (o para algunos la tranquilidad o paz social que se procura lograr a través de la resolución de los conflictos por parte de la administración de justicia), en tanto sucesivamente el demandado tendría que afrontar litigios.¹⁸

Es que, en última instancia, y en mérito a una de las derivaciones o manifestaciones que tiene el principio dispositivo en el proceso jurisdiccional, el objeto del proceso se conforma con aquellos enunciados o proposiciones sobre hechos que las partes o interesados principales quiere que sean tomados en cuenta (ya sea en forma explícita o implícita). Según Valentin (2013, pp. 108-109), la doctrina generalmente acepta que los llamados hechos secundarios no necesitan ser alegados para integrar el objeto del proceso. El citado profesor, en tanto, sostiene que «quien afirma explícitamente la existencia o inexistencia de los hechos principales también afirma, al menos implícitamente, la existencia o inexistencia de los hechos secundarios que los confirman o niegan».

Sin embargo, no queda claro que ese objeto se deba integrar con aquellos enunciados o proposiciones que se ha decidido, libremente,

18 El tema de la reserva táctica de argumentos para futuros procesos no es nada nuevo. Nieva Fenoll (2006, pp. 37-38) pone de manifiesto su visualización como problemática ya en el Derecho romano. Señala el citado autor como en el Derecho romano se quiso prevenir los fraudes que provocaba la aplicación estricta de la regla por la cual la cosa juzgada actúa entre las mismas personas y por la misma cuestión (*i.e.*, mismo bien, misma cantidad, mismo derecho, misma causa de pedir, misma condición de las personas), impidiendo la reserva táctica de argumentos para futuros procesos, ya que hubiera provocado el mismo mal que la cosa juzgada trataba de remediar (sin perjuicio de señalar también que ha habido matizaciones de esa regla, permitiendo en algunos casos nuevos reclamos por cuestiones desconocidas o inexistente al tiempo de interponer la primera demanda, o en otros supuestos, incluso, sin esa exigencia).

excluir del reclamo. El punto es sumamente trascendente (aunque difícil de delimitar), en el análisis de la litispendencia y la cosa juzgada.

Detrás de estos conceptos se encuentra la situación jurídica en la que se ubica a dichos interesados principales, esto es, básicamente, el derecho subjetivo (*v.gr.*, acción o en su caso, contradicción, excepción o reacción). Tratándose de sujetos particulares, dicha situación se puede ver integrada –en lo que ahora interesa– por la facultad de elegir presentar o no la demanda.¹⁹ Hago alusión a una facultad en sentido auténtico o en sentido estricto, esto es una autorización conferida por una norma que ubica al sujeto del proceso en una posición que le permite determinar libremente la conducta propia (en un sentido u otro) y resolver, por tanto, hacer o no hacer un acto procesal (Abal Oliú, 2016a, p. 260).²⁰

Claro que, una vez tomada libremente la decisión de demandar (siguiendo con la hipótesis de que se trata de un sujeto particular), se tendrá la carga de cumplir con los postulados que se imponen en las diferentes regulaciones legales.

19 Si se tratara por ejemplo del Estado, esa afirmación se debería relativizar, en función de los deberes que se imponen en el ejercicio de determinadas funciones públicas.

20 Agrega Abal Oliú (2016a, p. 260), con relación al derecho subjetivo de acción: «se integra con facultades (las facultades de ejercer o no, libremente, los diferentes poderes a que hemos hecho mención: la parte puede o no, libremente, presentar la demanda, proponer pruebas, etc.); con cargas (consistentes en la necesidad de ejercer dichos poderes en beneficio propio; esto es, para no perjudicar el propio interés el titular de los poderes); con deberes (en particular la necesidad de obrar con buena fe y lealtad destacada por el art. 5 del C.G.P.); con sujeciones (especialmente por la necesidad de no traspasar los límites de sus poderes, incurriendo en abuso de su derecho); y, finalmente con responsabilidades (que nacen si se transgreden los límites establecidos, por ejemplo haciendo abuso de su derecho)».

2.3. *La buena fe y veracidad en el «diseño» de la demanda*

Picó i Junoy (2013, p. 154) destaca la opinión de Schonke, al señalar que el deber de veracidad no ha derogado, pero sí ha modificado, el principio dispositivo, en tanto las partes tienen que hacer sus manifestaciones sobre las circunstancias de hecho, íntegra y verazmente. Ello, sin perjuicio de la parcialidad de los abogados y de la defensa de los intereses de sus clientes en el caso concreto (Picó i Junoy, 2013, p. 157).

No se puede obviar, habiendo llegado a este punto, aquello que nos recuerda Atienza (2006, p. 224) respecto de la argumentación, pero que resulta trasladable a lo que aquí se plantea:

... los jueces argumentan (o, al menos, ése es su deber institucional) a favor de una cierta tesis porque consideran que, de acuerdo con el Derecho, eso es lo correcto; los abogados, porque eso favorece los intereses de su cliente y porque los jueces pueden considerarlo correcto (o sea, argumentan con el propósito de que sus argumentos sean recogidos, aceptados, por los jueces). Hay, además, otra faceta característica de la argumentación de los abogados (de cara a su cliente) que obedece al modelo del esquema finalista: las premisas consisten en la fijación de un determinado objetivo (maximizar los intereses de los clientes), que constituye la razón operativa; la razón auxiliar son los medios jurídicos que permitirían alcanzar el objetivo, y la conclusión, el deber o la necesidad de realizar una determinada acción.

Pero claro, esa nota de parcialidad requiere ser armonizada con el principio o regla de la buena fe, la lealtad y la colaboración, que también hacen al estándar de buen litigante.²¹

21 Todo esto, a su vez, se puede relacionar con el estudio de las narrativas en los procesos jurisdiccionales, las cuales no escapan a los postulados de la

El profesor Picó i Junoy también alude a los *Principles of Transnational Civil Procedure* (The American Law Institute / UNIDROIT), destacando que, en el principio 11, se establece que en la fase inicial del proceso las partes deberán presentar los hechos relevantes, los argumentos jurídicos, la pretensión, las pruebas, con razonable detalle.

En Uruguay, por su parte, el art. 5 del CGP –en sede de principios generales– refiere a que, en general, todos los partícipes del proceso ajustarán su conducta a la buena fe. Allí se destaca que todos los sujetos del proceso, sin exclusión alguna, deberán actuar con veracidad y brindar la máxima colaboración para la realización de todos los actos procesales (véase, entre otros, Klett, 2014, pp. 263-264).

La buena fe procesal es, por tanto, un aspecto a considerar, sea al comienzo del proceso (cuando es posible controlar, deviniendo muy importante, por ejemplo, en algunos casos, como los procesos monitorios²²), o en etapas más avanzadas del mismo (cuando es po-

coherencia narrativa, la dimensión analítica, y también la dimensión ética (Marinoni & Cruz Arenhart, 2015, pp. 332-334; Taruffo, 2008, pp. 197-202).

- 22 En ese sentido, Pico i Juno (2013, p. 157), refiere a los casos de peticiones que se formulan *inaudita parte* o *inaudita altera pars*. Señala el citado profesor que, en esos supuestos, en los que se exige un pronunciamiento judicial sin audiencia al demandado, el grado de plenitud fáctica de las alegaciones de quien solicita, debe ser completo. Conuerdo totalmente. Por ejemplo, en el caso de la estructura monitoria, ¿por qué puede operar de ese modo? Pues, porque como habitualmente se reconoce por el legislador, la dogmática procesalista o la jurisprudencia, existe «certeza» de la pretensión, «fehaciencia» inicial, que permite el dictado inmediato de una resolución judicial, pero para ello, antes, el demandante tiene la carga o el deber de integridad o plenitud (consignará todo lo relativo a la pretensión,

sible efectuar la compulsa con otras manifestaciones de las partes, o con pruebas diligenciadas en el proceso).

2.4. *La teoría del acto propio y el aporte del análisis contextual*

La teoría del acto propio puede tener una aplicación sustancial-procesal y otra netamente procesal. La primera, en algunos casos como los que refieren al tratamiento de algunas cuestiones del Derecho del trabajo o del Derecho de familia, son muy cuestionables. Por ejemplo, en virtud del principio de irrenunciabilidad y del principio protector, considero que no se podrían extraer conclusiones desfavorables para el demandante, por el mero hecho de no haber reclamado antes (González Miragaya & Soba Bracesco, 2020, pp. 18-19).

Ahora bien, una aplicación netamente procesal podría tener sentido, pues permitiría considerar las contradicciones internas (endoprocerales), de ciertas expresiones de voluntad.

Con respecto a esa contradicción, la doctrina uruguaya ha puesto como ejemplo (Klett, 2014, pp. 264-266; Nicastro, 2008, pp. 240-245), el caso del actor que brinda una versión de los hechos en la demanda y otra diferente en la ampliación de la demanda (atribuyendo la diferencia en los relatos, al cambio de abogado patrocinante).

a las razones que avalan la utilización de la estructura, a la configuración del título monitorio, a las razones por las cuales se debe hacer lugar a los solicitado, condenando sin escuchar a la otra parte, etc.). Se dice que son pocas las chances de que el demandado cuestione lo peticionado y que en la gran mayoría de los casos, los procesos de estructura monitoria culminan rápidamente, sin oposición de excepciones, cuando deviene firme la resolución judicial inicial que se encontraba condicionada. Esto también se explica por las razonables exigencias que -según acaba de mencionarse- se le imponen a la demanda monitoria.

3. LA INTERPRETACIÓN FLEXIBLE Y UN LÍMITE INFRANQUEABLE: EL ADECUADO EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA

Un rubro o daño –pasible de ser identificado jurídicamente como tal– y que no se ha incluido en una demanda no es una cuestión implícita, ni un elemento subsanable –sorpresivamente quizás– por el juez.

Quizás sea una cuestión de grados, pero hay allí algo que no se pide (y obviamente, por esa razón no se encuentra explicitado en la demanda), y que no se trata de una cuestión simplemente no desarrollada (y por eso omitida), secundaria o accesorio, que se encuentra conectada con los enunciados fácticos que sí integran el objeto del proceso, y a los que se les asigna relevancia desde el punto de vista de sus efectos jurídicos.

En ese sentido, no resultan admisibles las demandas genéricas, por ejemplo, por «daños y perjuicios», que llevan a que el juez sea quien establezca los confines de la pretensión resarcitoria o reparatoria (en ese sentido, Klett, 2014, p. 239).

Ahora bien, existen algunas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales que han flexibilizado la carga de afirmación del actor en su demanda. La rigurosidad que *a priori* parece imponerse en la elaboración e interpretación de la demanda puede ser atenuada en algunos casos, en función de otros criterios de interpretación que también se deben aplicar y que, en definitiva, apuntan a la instrumentalidad del Derecho procesal, a interpretaciones *pro actione* (Klett, 2014, p. 185), y a tutela jurisdiccional efectiva sobre la cuestión de fondo o sustancial que se plantea en el caso concreto (y, eventualmente, a decisiones de política legislativa, que apunten, por ejemplo, a la tutela del interés superior del niño, del incapaz, al informalismo a favor de los planteos de los trabajadores, etc.).

Claro que, aun en esos supuestos, hay un límite que se considera infranqueable: no menoscabar el ejercicio adecuado del derecho de defensa.²³

Se podrá flexibilizar la interpretación de la demanda, llevándola más allá de lo declarado, por ejemplo, en función del contexto (en pos de la más que loable protección de los derechos sustanciales y de los postulados de la tutela jurisdiccional efectiva), pero no por ello se puede menoscabar derecho de la contraria a ejercer su defensa, en el marco del debido proceso. No se debe pasar por alto que la precisión es un requisito que se exige especialmente para la demanda, como acto procesal especial y trascendente en cualquier proceso.

En ese sentido, en Colombia, la sala civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC 780-2020, del 10 de marzo del 2020, ha señalado que de la interpretación que hace el juez de la demanda se derivan consecuencias de naturaleza procesal (que exigen que el juez se pronuncie sobre las pretensiones y excepciones ejercidas por los

23 La excepción de defecto legal, reconocida en diversos ordenamientos jurídicos (a modo ilustrativo, CPCCN [Argentina], art. 347 n° 5; LEC 1/2000 [España], art. 416 n° 5; CGP [Uruguay], art. 133 n° 3) no siempre es un remedio idóneo para contrarrestar la imprecisión o los defectos de las demandas. Es más, en ocasiones, se la considera desde el punto de vista forense como una herramienta peligrosa, pues podría significar una valiosa oportunidad para que el contrario mejore la calidad de su relato, en desmedro de las chances de triunfar del demandado (justamente, por las deficiencias del otro). En algunos casos, se han propugnado interpretaciones restrictivas, que dicen que si se contesta la demanda no se puede oponer la excepción de defecto legal (precisamente, porque al contestar se estaría demostrando que la imprecisión o los defectos del libelo del contrario no fueron un obstáculo). Por mi parte, he propiciado una interpretación amplia, que permite oponer la excepción y contestar, en la medida de lo posible, la demanda -principio de eventualidad y concentración procesal mediante- (Gaiero Guadagna & Soba Bracesco, 2006, pp. 27-41).

litigantes, de indiscutible trascendencia en temas como la litispendencia, la *non mutatio libelii*, la cosa juzgada o la congruencia), y otras de tipo sustancial, que está referida a la acción (entendida en su significado de derecho material). La Corte afirma que la interpretación que el juez hace de la demanda con la finalidad de calificar el tipo de acción sustancial que rige el caso, ejerciendo la potestad del *iura novit curia*, es distinta de la interpretación de las pretensiones (en sentido procesal) y de la *causa petendi*, que servirán para la conformación de los enunciados fácticos, la cual si está limitada por las alegaciones de las partes. Se trata de dos funciones perfectamente diferenciables y citan lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 42 del Código General del Proceso colombiano, cuando impone al juez el deber-obligación de interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto, con la restricción de que ‘esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia de las sentencias.’²⁴

-
- 24 Concluye la Corte entonces que cuando el demandante se equivoca en el tipo de acción sustancial que rige el caso, el juez tiene que adecuar la controversia al instituto jurídico que corresponde, pues esa es una de sus funciones; sin que ello afecte el debido proceso de las partes. En el caso bajo estudio, la demandante, víctima de un accidente de tránsito, reclamaba la indemnización de los perjuicios materiales y morales sufridos, y había calificado su acción como una de responsabilidad civil extracontractual. El hijo de la víctima directa reclamaba a su vez los perjuicios morales por él sufridos consecuentemente al sufrimiento de su madre y había calificado también su acción en contra del transportador como una de responsabilidad civil extracontractual. El juez de primera instancia desestimó las pretensiones de la víctima directa al considerar que en realidad se trataba de una acción de responsabilidad de tipo contractual (por incumplimiento de la obligación contractual de resultado de conducir la pasajera sana y salva a su lugar de destino, originada en el contrato de servicio público de transporte terrestre). El juez negó también las pretensiones del hijo de la víctima directa al considerar que el demandado no tenía ninguna

4. UN CASO PROBLEMÁTICO DE LA PRAXIS URUGUAYA. LA RECLAMACIÓN DEL LUCRO CESANTE Y LA PÉRDIDA DE LA CHANCE

La cuestión analizada presenta una manifestación práctica concreta en múltiples fallos que analizan la problemática del lucro cesante, la pérdida de la chance y la congruencia respecto de lo originalmente petitionado, así como del objeto del proceso. El tema que aquí se introduce, y complementa lo expresado anteriormente, hace también a la acumulación de pretensiones, la posibilidad

responsabilidad frente a terceros ajenos a la relación contractual. El juez de segunda instancia confirmó dicha decisión. La Corte casa la sentencia recurrida por considerar que ésta violó indirectamente las normas de derecho sustancial que rigen el fondo del asunto, al haber realizado el juez una «interpretación equivocada de la demanda por no identificar el instituto jurídico que rige el caso y por dejar de elaborar el enunciado calificativo que habría de orientar la decisión judicial». En la sentencia sustitutiva la Corte, luego de estimar que los daños reclamados por los dos accionantes tienen su fuente en un hecho dañino constitutivo de una actividad peligrosa cuya indemnización mezcla elementos tanto de la responsabilidad civil contractual como de la extracontractual, recalifica la acción de la pasajera en una acción de responsabilidad civil contractual y, luego de estimar que todos los elementos de dicho tipo de responsabilidad habían sido debidamente debatidos y probados en la etapa probatoria del proceso, condena al responsable a la indemnización de los perjuicios materiales y morales reclamados por la pasajera. En cuanto a la acción ejercida por el hijo de la víctima directa, la Corte estima que se trata de una acción de responsabilidad extracontractual y, concediendo parcialmente las pretensiones del demandante, condena al responsable a la indemnización del perjuicio moral de aflicción sufrido por aquel. Extracto y comentarios del Departamento de Derecho Procesal (2020). El texto íntegro de la sentencia se puede consultar en Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/04/SC780-2020-2010-00053-01.pdf>.

de formular pretensiones subsidiarias y a las llamadas pretensiones implícitas.

Se selecciona dicha problemática porque permite apreciar diferentes aristas del tema que aquí se estudia, ya que en las demandas confusas e imprecisas se pasan por alto preguntas como las que seguidamente se formulan: ¿se deben acumular inicialmente pretensiones –separadas– de lucro cesante y de pérdida de chance? ¿se debe reclamar en subsidio una de otra? ¿está implícito en el reclamo del lucro cesante el de la pérdida de chance?

Concretamente, el problema surge cuando en esas demandas no se reclama expresamente la pérdida de la chance (ni siquiera de modo subsidiario), ni se individualiza ese reclamo como un rubro preciso.

En ocasiones, como se podrá apreciar en los casos jurisprudenciales citados a continuación, tampoco se hace alusión a los fundamentos de dicho instituto (aspecto de por sí problemático) o, lo que es más grave, a los enunciados fácticos que podrían sustentar una condena de ese tipo. Es así, entonces, cómo se vuelve vital la interpretación de los confusos o imprecisos enunciados que han sido narrados en el libelo o que los que han sido formulados en el petitorio o requisitoria de la demanda. Es vital ese tipo de actividad interpretativa –junto a la consideración de lo que se hubiese dicho al ejercer el derecho de defensa (si es que ello fue posible)– para determinar, a la postre, si se puede condenar o no al demandado a reparar la mentada pérdida de la chance.

A partir de dos pronunciamientos seleccionados a modo ilustrativo, el lector podrá apreciar las diferentes posiciones jurisprudenciales que se han suscitado en Uruguay. En primer lugar, un caso decidido por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno, en el cual se manifestó lo siguiente:

...interpretada la demanda con la mayor amplitud, no puede concluirse que el daño y lucro cesante reclamados por los actores tuvie-

ran como base fáctica la pérdida de la chance de que hizo caudal la apelada. Antes bien en su escrito introductorio los actores imputan el daño y lucro que reclaman al dolor provocado por la muerte de la joven y no a la pérdida de la probabilidad de haberse curado para el caso de diagnóstico correcto y tempestivo (...), de lo que se deriva que reparar los rubros pretendidos por pérdida de la chance, supone introducir hechos no alegados y por ende violación del principio de congruencia. Tampoco puede obviarse que la mentada pérdida de la chance no integró el objeto del proceso ni de la prueba (...). Los hechos alegados por las partes vinculan al juzgador, (...) el juez debe estar a los límites de la pretensión deducida, y en especial a la causa, la que como enseña Vescovi es ‘...el fundamento jurídico de la pretensión. Es la razón de ésta, la causa de pedir (causa petendi)... Es decir, que en la razón se distingue una razón de hecho y una razón de derecho... Es, entonces, el conjunto de hechos, que constituyen el relato histórico, del que se pretende deducir lo que se pide y la afirmación jurídica que de ella se deduce. Hay, en este elemento una conjunción entre el hecho y el derecho...» (cfr. Derecho Procesal Civil, T. II, ps. 287 y 288). (...) Como ha sostenido el Homónimo de 5° Turno en Sentencia 33/2012, y resulta trasladable al sublite ‘...En discordia formulada en Sentencia n° 70/2009, los Dres. Fiorentino y Simón, ..., sostuvieron: ‘Cabe destacar que, a nuestro juicio, cuando lo único fundado y peticionado por la parte es una condena a título de causalidad directa, condenar a título de pérdida de la chance no constituye amparar un minus en relación a un perjuicio mayor, en plano meramente cuantitativo (habilitado a todo Tribunal) sino lisa y llanamente, condenar a algo diferente a lo peticionado (vicio de extrapetita, inhabilitado al Juez actuante en un proceso civil) en ámbito diverso, que ya es cualitativo. No se trata de analizar la cuestión de mayor o menor, sino de algo diverso, de perjuicios ontológicamente distintos.’ (...) **Condenar a indemnizar por pérdida de la chance, cuando se ha reclamado indemnización del perjuicio final, solamente puede estar habilitado por la petición expresa de la parte, aún formulada como pretensión subsidiaria**, porque si la fundamentación y petición no es introducida por el litigante, la condena incongruente no solamente versa sobre un perjuicio diferente a aquel por el cual se demandó,

sino que incluso debe conceptualizar una chance que el demandante nunca expresó, ubicándose ilegítimamente el Juez en posición de explicitar cual o cuales fueron las concretas chances perdidas: si la de un tratamiento tempestivo, de menor sufrimiento, de evitar un determinados riesgos o consecuencias, de lograr un resultado exitoso, y muchas otras que podrían diseñarse... (énfasis agregado).²⁵

Por otro lado, la posición de la Suprema Corte de Justicia, de la cual se destaca lo siguiente:

...El lucro cesante es el daño futuro y se resarce en mérito a un cálculo de probabilidades; cuando según dicho cálculo la ganancia esperada no alcanza un grado de verosimilitud sino el de una probabilidad concreta se habla de pérdida de una chance y en definitiva se repara 'una fracción de la ganancia esperada' (...). En el lucro cesante se indemniza la privación que padece el patrimonio del damnificado, en la obtención de lucros a los cuales el titular tenía derecho al tiempo de acaecer el evento dañoso (...) mientras que en la chance, lo que se resarce es la posibilidad de ganar que tenía la víctima al momento del perjuicio (...). La chance es así, como afirma Gamarra, una especie del lucro cesante y la condena a su reparación - es decir a una parte de la ganancia - **cuando se ha reclamado la pérdida de toda la ganancia, no infringe la congruencia conforme a la obvia regla procesal que autoriza a condenar a parte de lo pedido** (Tarigo, Enrique, 'Curso de Derecho Procesal Civil', tomo 2, pág. 184). La llamada pérdida de chance no es un rubro específico del daño reparable sino que se estudia en los caracteres del perjuicio (debe ser personal, lícito, cierto y directo), esto es, cuando se analiza la debida certidumbre. El elemento del perjuicio constituido por la pérdida de una chance presenta los caracteres de directo y cierto cada vez que está constatada la desaparición de la probabilidad de un acontecimiento favorable aunque, por definición, la realización de una chance no es jamás cierta. Se ha dicho

25 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno (Uruguay), sentencia n° 126/2015, de 11/11/2015, Macció -redactor-, Salvo, Vázquez.

que la pérdida de chance se ubica entre el perjuicio cierto y el eventual; como el primero y a diferencia del segundo, es reparable. (...) En conclusión, la pérdida de chance puede referirse al lucro cesante así como también a otros rubros como por ejemplo el daño moral (pérdida de chance de rendir un examen o un concurso). Queda así sin sustento el motivo de agravio relativo a la aparente incongruencia por haberse pedido lucro cesante y condenarse por pérdida de chance. Lo que ocurrió fue que al no existir la certidumbre sobre tal rubro se condenó por pérdida de chance del mismo, solución por demás congruente con la relación jurídica entablada en la demanda, se pidió por tal rubro con todos sus caracteres y no configurándose totalmente el carácter de la certidumbre se amparó parcialmente el rubro bajo la denominación 'pérdida de chance' que es en el caso un lucro cesante parcial. No existe un rubro autónomo del daño reparable que se denomine pérdida de chance... (énfasis agregado).²⁶

De forma parecida a lo que sucede con la causalidad o la culpa, el daño plantea una especie de bifurcación (que se podría considerar artificial) entre la cuestión fáctica y la jurídica. Lo que sí es claro, es que la confusión de las demandas no es patrimonio exclusivo de ningún tipo de *quaestio*.

En definitiva, se debe abogar por mayor precisión en el lenguaje técnico-jurídico empleado para describir enunciados sobre hechos y para peticionar rubros o daños al demandar. Resulta pertinente la exigencia de precisión a efectos de evitar problemas de tipo procesal como los que se han identificado antes. Todo ello contribuye a mejorar la efectividad de la respuesta jurisdiccional con relación a la tutela de los derechos sustanciales de las personas. Esas personas que confían en los abogados –que, en ese sentido, cumplen un rol clave y

26 Suprema Corte de Justicia (Uruguay), sentencia n° 425/2000 (y otras muchas más que se remiten a ella), de 27/09/2000, Mariño, Cairolí -redactor-, Alonso, Guillot, Sosa.

positivo en la sociedad— para que redacten o formulen, sea por escrito u oralmente, sus reclamos (Naciones Unidas, 1990; Unión Internacional de Abogados, 2018).

5. A MODO DE CIERRE: EL FUTURO

Me atrevo a decir que lidiar con demandas confusas es la causa no diagnosticada de varios dolores de cabeza en litigantes y jueces. Ahora bien, el presente estudio no ha sido una mera catarsis. Es, quizás, el intento de advertir acerca de una problemática que, entiendo, no ha recibido la correspondiente atención teórica.

Aliento a que sigamos debatiendo en la academia sobre estos problemas, para colaborar en la solución de los dramas procesales que en ocasiones sufren los prácticos cuando se enfrentan al plazo y al escrito confuso e impreciso del contrario.

Solo una reflexión adicional para el futuro. La presentación de demandas a través de canales digitales, en línea (respecto de los que se aplique, incluso, la inteligencia artificial), podría llevar a otro tipo de exigencia y control, con las consecuentes ventajas y desventajas.

Adaptar las formas a los requerimientos de la tecnología podría derivar en que se tenga que cumplir necesariamente con ciertos niveles de especificación o exigencia diferentes a los previstos actualmente para la justicia tradicional, pues de lo contrario, la tecnología (aplicación, plataforma, sitio web, etc.) no llegaría siquiera a admitir el escrito o reclamo por parte de dicho sistema.

Y aún más, ello podría retacear ciertas narrativas o argumentaciones de los abogados, afectando la extensión y eventualmente la calidad de ciertos relatos o teorías del caso.

Sin duda, para no afectar la tutela jurisdiccional efectiva y otras garantías, la implementación de la tecnología, en lo que refiere a los

requisitos y controles de los actos iniciales de las partes en el proceso, se deberá realizar sopesando estas y otras aristas.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ABAL OLIÚ, A. (2016a). *Derecho procesal* (tomo II, quinta edición ampliada y actualizada). Montevideo: FCU.
- (2016b). *Derecho procesal* (tomo V, primera edición). Montevideo: FCU.
- (2011). *Derecho procesal* (tomo III, tercera edición actualizada). Montevideo: FCU.
- ATIENZA, M. (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- COUTURE, E. J. (1983). *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires: Depalma.
- Departamento de Derecho Procesal (2020). *Boletín Virtual de Derecho Procesal*, 129, Mayo 2020, Universidad Externado de Colombia. <https://procesal.uexternado.edu.co/boletin-virtual-numero-129/>.
- DEVIS ECHANDÍA, H. (1966). *Nociones generales de Derecho procesal civil*. Aguilar.
- GAIERO GUADAGNA, B. & SOBA BRACESCO, I. M. (2006). La interpretación de la demanda y la excepción de defecto en el modo de proponer la demanda. En *XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal (Madonado-2006)*, 27-41. Montevideo: Mastergraf.
- GIUFFRA, C. & GARDERES, S. (2003). El principio de la ‘individualización negativa de la demanda’ y su incidencia en el alcance objetivo de la cosa juzgada. En *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 2003(2), 205-221. Montevideo: FCU.
- GONZÁLEZ MIRAGAYA, S. & SOBA BRACESCO, I. M. (2020). *Introducción a los procesos laborales*. Recuperado de: https://www.academia.edu/44176012/Introducci%C3%B3n_a_los_procesos_laborales
- GUASTINI, R. (2017). *Teoría analítica del Derecho. Estudios*. Puno: Zela.
- KLETT, S. (2014). *Proceso ordinario* (tomo I). Montevideo: FCU.
- MARINONI, L.G. & CRUZ ARENHART, S. (2015). *La prueba*. Santiago de Chile: Thomson Reuters – La Ley.

- MENDONCA, D. (2000). *Las claves del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- MORESO, J. J. & VILAJOSANA, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- NICASTRO, G. (2008). Contradicción entre los hechos narrados en la demanda y los expuestos en la ampliación de demanda. En *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (2)2008, 237-245. Montevideo: FCU.
- NIEVA FENOLL, J. (2006). *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier.
- ODRIOZOLA, H. L. (1976). Interpretación de la Demanda. En *Judicatura*, II(10), 245-254, Montevideo: Asociación de Magistrados Judiciales del Uruguay.
- PICARDI, N. (2019). *Manuale del processo civile*, aggiornamento a cura di: Martino, R., Panzarola, A., Picardi, L., Milano: Gaiuffré Francis Lefebvre.
- PICÓ I JUNOY, J. (2013). *El principio de la buena fe procesal*, segunda edición, Barcelona: Bosch.
- SIMÓN, L. M. (1989). Actividad procesal. En AA.VV. *Curso sobre el Código General del Proceso* (tomo I, pp. 89-105). Montevideo: FCU.
- TARUFFO, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- VALENTIN, G. (2013). *Principio de congruencia y regla iura novit curia. En el proceso civil uruguayo*. Montevideo: FCU.

7. LEGISLACIÓN²⁷

Argentina. Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (diciembre 2019). Ediciones SAIJ, Buenos Aires, 2019.

- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN). Texto actualizado de la Ley N° 17.454 (t.o. 1981) <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#7>

Brasil. Código del Proceso Civil (CPC). Ley N° 13.105 (16 de marzo de 2015). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

Colombia. Código General del Proceso (CGP). Ley N° 1564 (julio de 2012). <https://secretariageneral.gov.co/transparencia/marco-legal/normatividad/ley-1564-2012>

Chile. Código de Procedimiento Civil (CPC). Ley N° 1552 (agosto de 1902). <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740>

España. Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000 (7 de enero de 2000) y modificativas. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

- Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (3 de febrero de 1881). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1881-813>
- Ley de Enjuiciamiento Civil (1855). <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/ley-DeEnjuiciamientoCivil1855.pdf>

Uruguay. Código General del Proceso (CGP). Ley N° 15.982 (18 de octubre de 1988) y modificativas. <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988>

27 Aclaración: las referencias a la legislación incluyen normalmente las modificaciones ya incorporadas a los textos, en base al trabajo de compilación y/o actualización que se lleva a cabo en las bases de datos oficiales que han sido consultadas. Asimismo, como el Derecho avanza con más o menos ímpetu (y en función de diversas circunstancias), los procesos de reforma integral o parcial a nivel procesal están a la orden del día en los diferentes ordenamientos jurídicos. Resulta conveniente, pues, que el propio lector corrobore la actualización de la legislación comparada directamente con su fuente.

- Constitución de la República (de 1967, con reformas de los años 1989, 1994, 1997 y 2004). <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967>
- Ley de defensa del consumidor. Ley N° 17.250 (11 de agosto de 2000) y modificativas. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17250-2000>
- Ley de procesos laborales. Ley N° 18.572 (13 de septiembre de 2009) y modificativa. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18572-2009>
- Ley de urgente consideración. Ley N° 19.889 (9 de julio de 2020). <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19889-2020>
- Ley orgánica de la judicatura y de organización de los tribunales. Ley N° 15.750 (24 de junio de 1985). <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/15750-1985>
- Ley orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Decreto Ley N° 15.524 (9 de enero de 1984) y modificativas. <https://www.impo.com.uy/bases/decretos-ley/15524-1984>

Reino Unido. Civil Procedure Rules (actualización a febrero de 2020). <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>

Otros

- Naciones Unidas (1990). Principios básicos sobre la función de los abogados. Adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, Cuba 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfLawyers.aspx>
- The American Law Institute / UNIDROIT. Principles of Transnational Civil Procedure. Recuperado de: <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/ali-unidroit-principles#:~:text=These%20Principles%20are%20standards%20for,initiatives%20in%20reforming%20civil%20procedure.>
- Unión Internacional de Abogados (2018). Principios esenciales de la profesión de abogado. Adoptados por la Asamblea General de la Unión Internacional de Abogados, en Oporto, el 30 de octubre de 2018. Recuperado de: <https://www.uianet.org/sites/default/files/prporto2018-es.pdf>

ASPECTOS PROCESALES DE LAS ACCIONES DE GRUPO EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS CORTES EN COLOMBIA

PROCEDURAL ASPECTS OF THE CLASS ACTIONS IN THE JURISPRUDENCE OF THE COURTS IN COLOMBIA

MAYDA SORAYA MARÍN GALEANO

Investigadora del grupo derechos fundamentales y teoría política de la Universidad Nacional de Colombia-Sede Medellín y profesora de derecho procesal de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Doctora en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. El presente artículo es un producto derivado de la tesis doctoral: «La pretensión procesal y la acción de grupo en Colombia: análisis desde una perspectiva crítica», dirigida por el profesor Joan Picó i Junoy, de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Contacto: maydasoraya@gmail.com

MÓNICA MARÍA BUSTAMANTE RÚA

Directora de la Maestría en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Doctora en Derecho de la Universidad del Rosario en Argentina. Integrante Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Contacto: mmbustamante@udem.edu.co

Fecha de recepción: 3 de febrero de 2021

Fecha de aceptación: 4 de mayo de 2021

RESUMEN: La acción de grupo en Colombia desde su consagración legal en la Ley 472 de 1998 ha venido teniendo una serie de dificultades al momento de implementar sus instituciones procesales. Para demostrar lo anterior, se analizó la aplicación de algunas de estas instituciones en la acción de grupo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de

ABSTRACT: The class actions action in Colombia since its legal consecration in Law 472 of 1998 has been having a series of difficulties when implementing its procedural institutions. To demonstrate the above, the application of some of these institutions in the class action was analyzed in the jurisprudence of the Constitutional Court, Council of State and Supreme Court of Justice, Civil

Justicia, Sala Civil. Con el fin de dar cuenta de los problemas y dificultades para los demandantes y las posibles soluciones desde la aplicación de la norma por parte de los jueces; se usó como técnica de investigación el análisis de contenido en las sentencias sobre acciones de grupo desde 1999 a 2017. En primer lugar se realizó un estado del arte que dio cuenta de los resultados de investigación sobre los litigios denominados: intereses individuales homogéneos, intereses plurisubjetivos o accidentalmente colectivos o de grupo. Y, en segundo orden, se estudiaron las instituciones procesales: conformación del grupo, inclusión y exclusión de los afectados, legitimación, las pruebas de oficio, la carga de la prueba, el *petitum*, reparación integral, la sentencia y la cosa juzgada.

PALABRAS-CLAVE: Acción de grupo, conformación del grupo, prueba, reparación integral y sentencia.

Chamber. In order to give an account of the problems and difficulties for the plaintiffs and the possible solutions from the application of the rule by the judges; the analysis of content in judgments on class actions from 1999 to 2017 was used as a research technique. In the first place, a state of the art, where they were display of the results of the investigation on the litigations denominated: homogeneous individual interests, plurisubjective or accidentally collective or group interests. And, secondly, the procedural institutions will be studied: the conformation of the group, opt-in or opt-out collective procedures, the legitimation, the ex officio evidence, the burden of evidence, the *petitum*, the integral reparation, the sentence and the thing judged.

KEYWORDS: class action, conformation of the group, evidence, the integral reparation and the sentence.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Estado del arte sobre los intereses individuales homogéneos, plurisubjetivos o acciones de grupo. 3. Análisis jurisprudencial de las instituciones procesales propias de la acción de grupo en Colombia. 3.1. Conformación del grupo. 3.2. Inclusión y exclusión de afectados en diferentes oportunidades. 3.3. Legitimación activa en la acción de grupo. 3.4. El papel del juez y el uso de las pruebas de oficio en las acciones de grupo. 3.5. Las peticiones en la acción de grupo. 3.5.1. Procedencia de la reparación integral en la acción de grupo. 3.6. La sentencia y la cosa juzgada en la acción de grupo. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía citada. 6. Jurisprudencia citada.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo se centrará en la acción de grupo en Colombia, aunque es de resaltar que la Ley 472 de 1998 reguló las acciones populares y de grupo. La primera acción es de carácter público, tiene una finalidad preventiva y procura la protección de los derechos e intereses colectivos; de ahí que se instaure para evitar el daño contingente –que puede suceder o no suceder–, suspender o hacer cesar el daño o la vulneración, o restituir las cosas al estado anterior¹. La segunda busca obtener el reconocimiento y pago de una indemnización de perjuicios a una pluralidad de personas que sufrieron un daño derivado de la misma causa².

La acción de grupo ha tenido diferentes problemas a la hora de ser aplicadas, y las instituciones procesales han sido aclaradas, cuestionadas y reformadas en los más de veinte años de vigencia de la ley; ya que se presentan dificultades para llevar a cabo dichos litigios, especialmente, en torno a la conformación del grupo, la legitimación, el tipo de derechos a proteger, el manejo de la prueba, el tipo de indemnización, los montos, la inclusión y la exclusión del grupo en diferentes oportunidades procesales, la duración del proceso, la caducidad, las medidas cautelares, los recursos frente a la sentencia, la morosidad, la falta de decisiones de fondo y la procedencia de las acciones frente a actos administrativos y contratos administrativos.

Ello se refleja en la *Estadística de ingresos, egresos y fallos de acciones populares y de grupo de la Rama Judicial en Colombia*, entre los años 1999 a 2015, cuyo registro indica que durante el periodo señalado se tramitaron 723 acciones de grupo; de ellas 460 egresaron en alguna

1 Art. 3, Ley 472 de 1998.

2 Arts. 3 y 4, Ley 472 de 1998.

etapa del proceso y solo se fallaron 263, que corresponden al 37 % de las recibidas³.

En la búsqueda internacional los siguientes autores: Pablo Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes (1999), Lorenzo Bujosa Vadell (1995), Nicolás López Calera (2000), Antoni Gidi (2004), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2004), Andrea A. Meroi (2008), Ricardo Luis Lorenzetti (2010), Teresa Armenta Deu (2013), Andrea Planchadell Gargallo (2014). En Colombia, se reconoce el trabajo de: Germán Sarmiento Palacio (1988), Ramiro Bejarano Guzmán (2001 y 2004), Pedro Pablo Camargo (2006), Javier Tamayo Jaramillo (2011) y Juan Carlos Guayacán Ortiz (2013), hacen un análisis sobre los procesos colectivos, y en ocasiones, cuestionan las dificultades procesales que tiene la implementación de los intereses individuales homogéneos.

Teniendo en cuenta este panorama, es válido preguntarse si las dificultades teóricas planteadas a la hora de aplicar las instituciones procesales en las acciones de grupo se ven reflejadas en los respectivos litigios. Para responder dicho interrogante se analizó la jurisprudencia colombiana emitida por la: Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, durante el periodo 1999-2017, que describe la forma cómo se están aplicando estas instituciones procesales en dicha acción de rango constitucional y por qué la aplicación de las mismas puede estar afectando el acceso a la justicia en Colombia.

Para lo anterior, se planteó como objetivo general: analizar la aplicación de las instituciones procesales de la acción de grupo en Colombia (conformación del grupo, inclusión y exclusión de los afectados, legitimación, las pruebas de oficio, la carga de la prueba, el

3 RAMA JUDICIAL (2015).

petitum, reparación integral, la sentencia y la cosa juzgada) en la jurisprudencia de las altas cortes. Metodológicamente se realizó una construcción teórica que da cuenta de las dificultades halladas por los investigadores sobre esta temática y, posteriormente, se indagó desde la doctrina, las normas y la jurisprudencia; usando como técnica de investigación el análisis de contenido en las sentencias estudiadas sobre acciones de grupo desde 1999 a 2017.

Este artículo sobre la acción de grupo, se dividió en dos apartados. El primero es un estado del arte que da cuenta de los resultados de investigación sobre los litigios denominados: intereses individuales homogéneos, intereses plurisubjetivos o accidentalmente colectivos o de grupo. El segundo, sobre las instituciones procesales: conformación del grupo, inclusión y exclusión de los afectados, legitimación, las pruebas de oficio, la carga de la prueba, el *petitum*, reparación integral, la sentencia y la cosa juzgada.

2. ESTADO DEL ARTE SOBRE LOS INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS, PLURISUBJETIVOS O ACCIONES DE GRUPO

Estas problemáticas derivadas de la protección jurisdiccional, por un lado, a los derechos e intereses colectivos, y por otro, a grupo, pluralidad de derechos subjetivos o intereses individuales homogéneos como tal, no solo son apreciables en Colombia, sino también en los diversos ordenamientos jurídicos que prevén su protección. De ahí que las dificultades identificadas por la doctrina internacional sirvan de comparativo con la jurisprudencia de las Altas Cortes colombianas. Sobre estas se encontraron las siguientes:

- a) Para Planchadell, los sistemas procesales civiles basados en los principios de autonomía de la voluntad y de oportunidad tienen instituciones procesales civiles que se articulan sobre la idea de un individuo que reclama frente a otro y no tiene ca-

bida en dichas estructuras «tradicionales», al menos en principio, la litigación en masa⁴. Otros han priorizado los derechos individuales por la hegemonía de la ideología del individualismo derivado de una política moderna revolucionaria, burguesa, liberal⁵ que, gracias a la influencia del liberalismo, reivindicó la libertad individual en todas las esferas (política, económica y espiritual)⁶. Por eso los Estados liberales constitucionales⁷ han gozado de mayor aceptación de estos derechos en detrimento de los derechos colectivos, lo que supone una gran dificultad para introyectarlos en la sociedad, concretamente en la colombiana. Además, en las acciones de grupo se agudiza el problema, en tanto se hace complejo identificar su naturaleza colectiva porque el ordenamiento jurídico colombiano comprende dicha acción como protectora de derechos subjetivos netamente individuales⁸.

- b) No existe unidad conceptual y, por ello, pueden tener múltiples regulaciones e interpretaciones. El autor Lorenzo Bujosa Vadell reconoce que «intereses de grupo» tienen múltiples teorías, por ello, «en los últimos veinte años se ha escrito muchísimo sobre estos intereses, generándose con ello bastante confusión»⁹ y analiza que «entre la variedad terminológica que utiliza la doctrina [...] se encuentran en la diversa adjetivación de un sustantivo que permanece constante para la

4 PLANCHADELL (2014), p. 37.

5 LÓPEZ (2000), pp. 13-15.

6 BOBBIO (1999), pp. 50-51.

7 ZAGREBELSKY (1997), pp. 49-68.

8 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-215, 14 de abril de 1999.

9 BUJOSA V. (1995), pp. 54-55..

mayoría de los autores»¹⁰. Dicha postura es compartida con el profesor Pablo Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes.

Es decir, hay un reconocimiento teórico sobre la multiplicidad de términos en el derecho comparado para referirse a los procesos colectivos, reconocido, igualmente, en las obras de los estudiosos del derecho¹¹.

En Colombia la acción de grupo no gozó de precisión conceptual, ya que para tratar de establecer qué se estaba regulando se presentaron diferentes denominaciones; bien sea desde el instrumento procesal o de acuerdo con los derechos protegidos, a saber: la *class action* o acción de clase, los derechos accidentalmente colectivos, individualmente homogéneos, individuales plurales, plurisubjetivos, pluriindividuales, etc., los cuales causan confusión para su identificación conceptual. Esta falta de claridad en la conceptualización se dejó ver desde los debates de la Asamblea Nacional Constituyente¹², pasando por el legislador, y aún hoy se observa en algunas sentencias. Ello se debe a que históricamente su legislación había restado interés a la consagración de los procesos colectivos, concretamente, a la acción de grupo.

- c) Adicionalmente, se identificó como problemático por la doctrina internacional el inconveniente para encajar las diferentes situaciones de la realidad social a las acciones colectivas, porque «bajo el término «interés de grupo», por lo menos si se entiende en sentido amplio, no hay homogeneidad de situaciones, lo

10 *Ibidem*, p. 4.

11 Ver, por ejemplo, a: FERRER (2004), p. IX; MEROI (2008), p. 44; LORENZETTI (2010), p.11; PLANCHADELL (2014), pp. 19-20.

12 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (1991), p.p. 6-9,

cual complica la consecución de una definición clara»¹³ (, y genera como reto repensar las instituciones procesales pertinentes en esta clase de procesos.

- d) Otra dificultad son las inadecuadas estructuras tradicionales del derecho procesal para la protección de las acciones colectivas en los ordenamientos jurídicos, pues la doctrina jurídica nacional y extranjera ha identificado problemas de carácter organizativo y procedimental, y desde hace algún tiempo se han señalado algunos otros aspectos del proceso clásico en los que se perciben quiebres, en especial, por lo que se refiere al tema de los sujetos intervinientes en un litigio¹⁴. Este obstáculo de la inadecuación de las estructuras procesales tradicionales en muchos casos aleja al ciudadano de la justicia e impide el efectivo ejercicio y la vigencia del derecho de acceso a la justicia, sin trabas y en condiciones de igualdad¹⁵.
- e) Igualmente, derivado de las inadecuadas estructuras procesales tradicionales para enfrentar los retos de los litigios colectivos, existe consecuentemente el problema de determinar el elemento subjetivo con relación a la conformación del grupo, sujetos que protege¹⁶, legitimación por activa¹⁷, la función del juez y el manejo de la prueba¹⁸. Aunque también la doctrina ha

13 BUJOSA V. (1995), pp. 146-147.

14 *Ibidem*.

15 GUTIÉRREZ DE CABIEDES (1999), p. 121.

16 Ver, por ejemplo, a: BUJOSA V. (1995) y GUTIÉRREZ DE CABIEDES (1999).

17 Ver, por ejemplo, a: MONTERO (2007), pp. 212-114; SÁNCHEZ (2014), pp. 62, 170-180; y CARBONELL *et al.* (2014).

18 PLANCHADELL (2014), p. 17.

propuesto la posibilidad de «una revolución que acarrea reelaborar gran parte de las instituciones sobre las que se asienta la teoría general del proceso»¹⁹.

- f) A lo anterior se suma que en la mayoría de los países en donde se presentan inconvenientes en los esquemas procesales en las acciones de grupo se deben principalmente a su esquema legal-formal, típico del sistema continental-francés, es decir, no tienen el esquema casuístico-jurisprudencial típico del *common law*, donde se litigan estas acciones a través de las *class actions*²⁰. Lo anterior hace de su aplicación un maremágnum de dificultades, porque mientras el *common law* requiere los hechos, la identificación de los individuos o colectivos, las pruebas, la comunidad probatoria, la libre disposición de ser parte, el nombramiento del actor o apoderado con mejores condiciones y la notificación de los posibles miembros; en el sistema continental colombiano se requiere lo anterior, sumado al cumplimiento de un mayor número de requisitos formales previos a la admisión, (como la conformación del grupo con por lo menos 20 personas, etc.) lo que hace aún más complejo su cumplimiento.
- g) Adicionalmente, en Colombia, a diferencia del sistema de *common law*, se da una separación entre las acciones populares y las de grupo, a pesar de que ambas protegen derechos colectivos desde una óptica ampliada, permitiendo compartir la comunidad de la prueba y las partes dentro del proceso, y solo se diferencian por el resarcimiento dentro de la acción de grupo.

19 ARMENTA (2013), p. 11.

20 HARKINS,(1997). p.p. 705-710.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS INSTITUCIONES PROCESALES PROPIAS DE LA ACCIÓN DE GRUPO EN COLOMBIA

En este apartado se presentarán las instituciones procesales más destacadas en las acciones de grupo, dado que implicó un cambio en la realización de los litigios tradicionales y el cómo la jurisprudencia interpretó las figuras procesales como: conformación del grupo, inclusión y exclusión de los afectados, legitimación, las pruebas de oficio, la carga de la prueba, el *petitum*, reparación integral, la sentencia y la cosa juzgada.

3.1. Conformación del grupo

La conformación del grupo se configura en el segundo párrafo del artículo 88 de la Constitución Política de Colombia de 1991, donde se concede la tutela jurídica a una pluralidad de personas que haya sufrido un daño derivado de la misma causa. Luego, el legislador, por medio de la Ley 472 de 1998, delimitó en sus artículos 3 y 46 la pluralidad de personas, exigiendo que la afectación debía darse a un grupo de por lo menos 20, en «condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas»²¹ y, adicionalmente, exigió condiciones uniformes respecto de los elementos que configuran la responsabilidad, integrando el grupo en términos de homogeneidad.

Por lo anterior, el Consejo de Estado, al enfrentarse por primera vez ante los requisitos que imponía la Ley 472, se refirió a las «condiciones uniformes respecto de todos los elementos de la responsabilidad», sustentando la tesis de la preexistencia del grupo y consideró que, ante la ocurrencia de un daño, se debían compartir

21 Art. 46, Ley 472 de 1998.

características comunes con antelación al daño –ser consumidores de determinado producto–.

Dicha teoría, aplicada entre 1999 y 2004, trajo una interpretación regresiva de los derechos y creó confusión en la judicatura, a la par que restringió ampliamente el acceso a la justicia, porque entendía que solo se debía proteger a los sujetos a quienes se les había causado el daño en el mismo tiempo y espacio, y que las agrupaciones debían estar conformadas con antelación al daño. Dicha situación se produjo porque el Consejo de Estado tomó las características sociológicas del autor clásico Émile Durkheim (1988), de donde sustentó su posición de la preexistencia del grupo.

Ante estas limitaciones los ciudadanos acudieron a la Corte Constitucional y exigieron que se revisara el concepto. Fue así como el máximo tribunal en lo constitucional, reconoció las restricciones del acceso a la jurisdicción que trajo la exigencia de las condiciones uniformes respecto de las características de las personas que se agrupan y el origen del perjuicio, y se pronunció en sentencia C 569 de 2004, apoyándose en las *class action* norteamericanas y en la doctrina de los grupos, y su clasificación para desvirtuar la obligación de la preexistencia del grupo. Sin embargo, esa concepción jurisprudencial resolvió solo en parte la exigencia de las condiciones uniformes del fenómeno del agrupamiento, pues dejó cabos sueltos sobre este aspecto²², que se tratarán al finalizar este tema.

*Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre
la teoría de la preexistencia del grupo*

El Consejo de Estado ha sido el ente al que se le ha adjudicado la competencia general para conocer las acciones de grupo, tratán-

22 MARÍN (2011), p. 5.

dose de entidades públicas, y por ello su jurisprudencia ha sido vital para el desarrollo de la ley, en especial, para aquellas que disponen de forma precisa la conformación y el entendimiento del concepto de grupo, ejemplificando los casos de mayor representatividad. Esta corporación emitió a partir de 1999 las primeras sentencias sobre las condiciones uniformes respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad, y las desarrolló en el 2001, con la ponencia del consejero Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

El jurista afirmó que para la conformación del grupo debían existir condiciones uniformes frente a todos los elementos que configuran la responsabilidad, ocurridas a un grupo determinado o determinable de personas que se pusieron en una situación común, de donde se derivó para ellos un perjuicio; lo que significaba que para acceder al mecanismo procesal de la acción de grupo debían existir unas características compartidas por las personas con antelación a la ocurrencia del daño, es decir, que fueran organizaciones sociales ya constituidas o un colectivo identificable como los consumidores.

En efecto, cumpliría con la teoría de la preexistencia del grupo un consumidor dentro del ámbito propio del mercado y respecto de la actividad y las personas vinculadas, de una u otra forma, a la relación jurídica en virtud de la cual adquiere determinados bienes o accede a determinados servicios. Es en el ámbito del mercado en el que es posible que se generen situaciones en torno de las cuales unas personas ostenten características comunes que las hacen parte de un determinado grupo social, identificado como consumidores de X producto, y en esa condición puedan resultar perjudicadas. De esta manera, si el daño se produce por la adquisición de un producto defectuoso resulta claro que los consumidores del mismo reúnen condiciones uniformes respecto de la causa que lo originó. Así las cosas, es claro que la condición de damnificado o desplazado no podría constituir, en ningún caso, la condición uniforme que identifique a unas personas como integrantes de un grupo.

Un ejemplo de la aplicación de la teoría de las condiciones uniformes respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad y la preexistencia del grupo fue la indemnización a los ahorradores que dejaron de percibir ganancias por concepto de capital e intereses incorporados en cada uno de los certificados de depósito a término (CDT) que figuraban a 30 de junio de 1999. La uniformidad de las condiciones de los demandantes está determinada por la circunstancia de que todos son directamente perjudicados o lesionados por el mismo hecho generador del daño²³.

Interpretación de la Corte Constitucional sobre la conformación del grupo en las acciones de grupo

El requisito de la preexistencia del grupo es fundamental en la línea jurisprudencial que asume el Consejo de Estado hasta que, a mediados del 2004, por su parte la Corte Constitucional resquebraja dicho requisito por medio de la sentencia C-569 de 2004, nacida de la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 3 y 46 de la ley 472 de 1998. En esta, la Corte se planteó como problema jurídico si la exigencia legal de que el grupo que aspira a una indemnización por un daño que le es común a sus miembros deba preexistir a la ocurrencia del daño riñe o no con la naturaleza y finalidad de las acciones de grupo, y constituye o no una restricción desproporcionada del derecho de acceso a la administración de justicia. En tal sentido, la Corte Constitucional hizo un análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado, para dilucidar tres temas: el primero, si existía cosa juzgada constitucional; el segundo, si la interpretación sobre derecho viviente que condujo a la teoría de la preexistencia del Consejo de Estado estaba bien aplicada, y el tercero, si era o no constitucional la norma

23 Consejo de Estado, Auto AG-007 del 23 de marzo de 2001.

demandada. A la primera pregunta se respondió de forma negativa, para la segunda se evidenció que el Consejo de Estado había aplicado bien la teoría y a la tercera, a la luz de los fines constitucionales, se definió que la norma era inconstitucional en algunos apartes.

Para la solución de esta demanda, la alta corporación aplicó la doctrina del derecho viviente, con el propósito de armonizar el carácter abstracto del control constitucional con los significados concretos y efectivos de las disposiciones jurídicas demandadas (artículos 3 y 46 de la Ley 472 de 2008), y armonizar el reconocimiento y la protección de la autonomía de los funcionarios judiciales en la interpretación de la ley (teoría de la preexistencia).

Se concluyó que al aplicar la teoría de la preexistencia del grupo como requisito de procedibilidad el Consejo de Estado violaba el derecho fundamental al libre acceso a la justicia y estaba en contravía de la finalidad de las acciones de grupo, porque imponía una exigencia desproporcionada, vulnerando la protección de grupos de especial entidad, o se perdería la indemnización de daños de importantes repercusiones sociales; por ello la sentencia terminó por declarar inconstitucional la expresión: «Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad»²⁴.

Cambio jurisprudencial desde el año 2004 hasta el estado actual de la conformación de grupo

A pesar de la emisión de la Sentencia C-569 de 2004, el Consejo de Estado mantenía contradicciones en cuanto a la aplicación de la doctrina de la preexistencia del grupo. Sin embargo, por vía de autoridad, la Corte Constitucional, en su Sentencia T 728 de 2004,

24 Corte Constitucional, Sentencia SC-569 del 8 de junio de 2004.

ratificó el valor jurisprudencial de la Sentencia C-569 de 2004 y con ella la improcedencia para continuar aplicando la doctrina de la preexistencia del grupo.

Dicha sentencia de tutela revisó los fallos adoptados por las Secciones Cuarta y Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el caso de los habitantes del municipio de Bojayá (Chocó), víctimas de una toma paramilitar en el año 2002. Esta población presentó una acción de grupo en contra de la Nación –Ministerio de Defensa (Ejército, Armada y Policía Nacional)–, debido a la omisión del servicio de seguridad y protección a los residentes, a pesar de las alertas sobre los riesgos de presencia paramilitar emitida por la ONU y la Defensoría del Pueblo. Esta acción de grupo había sido inadmitida por el no cumplimiento de la preexistencia²⁵.

Es de resaltar que los jueces ordinarios en Colombia mantenían para el 2005 la teoría de la preexistencia del grupo y ello generó el rechazo de muchas demandas. Entre ellas se encuentra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, en el cual Jhon Grover Roa presentó acción de grupo por los cobros de las operaciones financieras que eran inconstitucionales, ilegales, injustas no causados y exorbitantes por parte de la entidad demandada Banco Agrario de Colombia. El Tribunal, una vez presentada la demanda, ordenó al actor que debía justificar la procedencia de la acción en los términos de los artículos 3, 46 y 49 de la Ley 472 de 1998, y 52 –numeral 6– *ibidem*, expresando las razones por las cuales las personas que se dice integran el grupo reúnen condiciones uniformes respecto de la misma causa generadora de los perjuicios individuales. No obstante, el Tribunal consideró que el apoderado no logró cumplir con dicha carga y, por consiguiente, se rechazó la demanda por el

25 Corte Constitucional, Sentencia ST-728 del 4 de agosto de 2004.

incumplimiento del requisito objetivo de las condiciones uniformes respecto del grupo²⁶.

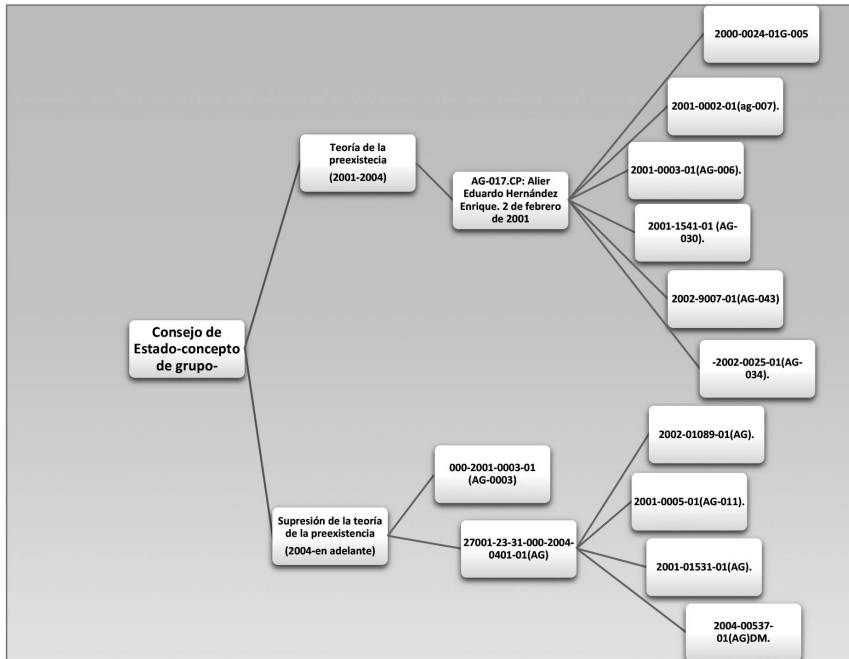


Gráfico 1. Línea jurisprudencial del Consejo de Estado respecto a la conformación en las acciones de grupo²⁷.

Entre los años 2007 y 2015 hay diferentes puntos de vista sobre la conformación del grupo entre los órganos que conocen de este tipo de procesos, no obstante, permanecen interpretaciones regresivas en

26 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, AG-200402556 del 3 de febrero de 2005.

27 MARÍN GALEANO (2011), p. 58.

estos procesos colectivos, a pesar de existir una interpretación jurisprudencial más laxa cuando la Corte Constitucional ha interpretado la ley 472 de 1998²⁸ y un cambio normativo a través de la Ley 1437 de 2011, artículo 145, donde en lo contencioso administrativo se insiste en que solo debe acreditarse que se trata de una pluralidad de personas (20).

Las dificultades en torno a la interpretación aún se presentan en casos como el de Óscar Fernando Gracia y otros contra Patrimonio Autónomo-Inurbe. En este se exigieron las condiciones uniformes frente a una misma causa como requisito de admisibilidad de la acción de grupo, ante la supuesta existencia de dos grupos diferentes y que cada uno debiera estar integrado por veinte individuos, extralimiándose en la interpretación de la ley²⁹.

Número de afectados

En la acción de grupo, la identificación del conjunto de afectados se les impone al representante de este y a su apoderado dentro de la demanda, sea que se identifique plena e individualmente a las veinte (20) personas o se ofrezcan criterios subjetivos para la identificación del mismo, en cumplimiento del artículo 52, numeral 4, de la Ley 472 de 1998. No obstante, este requisito se ha convertido en algo objetivo que influye plenamente para el rechazo de la demanda, dado que la interpretación jurisprudencial de la Sentencia C-116 de 2008 determina la conformación del grupo y la legitimación como requisito de procedibilidad, sumados a las interpretaciones de los falladores que exigen la identificación del grupo plenamente u objetivamente;

28 Corte Constitucional Sentencia C-569, del 08 de junio de 2004.

29 Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Sentencia AG-11001333170520100014301 del 24 de enero de 2013.

lo que ha hecho, en muchos casos, nugatorio el derecho y la violación al libre acceso a la jurisdicción.

Un ejemplo de lo anterior se da con el caso del desplazamiento forzado ocurrido en el año 2003 en los municipios Argelia y Puerto Rico, en Caquetá, y Samaná, en Caldas, donde las acciones de grupo presentadas ante el Tribunal Administrativo para declarar la responsabilidad del Estado por la omisión de protección e indemnización de perjuicios ocasionados fueron inadmitidos por la falta de los siguientes requisitos: identificación de las 20 personas, presentarse a través de apoderado judicial, precisarse los hechos generadores del desplazamiento forzado e indicar el responsable³⁰. Y aunque los actores trataron de subsanar la demanda presentando como grupo a su núcleo familiar, el Tribunal la rechazó y el Consejo de Estado confirmó el rechazo³¹.

Esta situación deja dos temas para analizar. De un lado, la poca injerencia o poderes oficiosos del juez frente a la identificación y conformación del grupo, a pesar de poderlo hacer por medio de los exhortos al Observatorio del Programa Presidencial de DH y DIH de la Vicepresidencia de la República, que documentó el caso Samaná³² e, igualmente, en el caso de Puerto Rico³³, es decir, a pesar de que la Sentencia C-116 de 2008 indicó que era suficiente que un miembro del grupo señalara los criterios que permitan establecer la identificación del grupo afectado, este no realizó actividad alguna en pro de

30 Consejo de Estado, Sección Tercera, AG-63001233300020120005601 del 13 de febrero de 2013 y AG-63001233300020120005201 del 13 de febrero de 2013.

31 *Ibidem*.

32 REPÚBLICA DE COLOMBIA, VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2007a), p. 4.

33 REPÚBLICA DE COLOMBIA, VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2007b), p. 3-10.

su identificación. Igualmente, la exigencia que hace el juez de postulación del artículo 49, de la Ley 472 de 1998, no es bien aplicada porque puede ser suplida por el Ministerio Público en los casos en el que los titulares están en situaciones de desamparo o indefensión³⁴.

Por otro lado, en ocasiones la jurisdicción ordinaria civil se ha basado en la jurisprudencia de lo contencioso administrativo e incluso ha llegado a ser más restrictiva en cuanto a la forma de cómo debe satisfacerse el requisito de la conformación del grupo. Ello se aprecia en la demanda en acción de grupo instaurada contra Comunicación Celular S.A. Comcel, donde el Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, Sala Civil, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el proveído del Juzgado Veintiocho Civil, confirmó el rechazo de la demanda con fundamento en que:

- 1) Que no es admisible jurídicamente tener por satisfecho el requisito de la conformación del grupo con la simple afirmación de especificar un número aproximado de un millón de personas;
- 2) El Consejo de Estado exige que en la demanda se identifiquen al demandado y a todos los individuos perjudicados, o se expresen los criterios objetivos para identificarlos y así definir el grupo;
- 3) Que la finalidad no es otra que el resarcimiento de perjuicios ocasionados a un número plural de personas que se encuentren en condiciones uniformes respecto de la fuente de los daños y los elementos que configuran la responsabilidad;
- 4) Es por ello que para establecer las circunstancias de homogeneidad es requisito *sine qua non* la identificación de los beneficiarios de los perjuicios;

34 Art.48, Ley 472 de 1998.

- 5) Por lo anterior, sería contraproducente que el demandante simplemente afirmara la existencia de esas 20 personas, sin identificarlas, y que al final del litigio aparezca un número de perjudicados inferior a 20³⁵.

Lo anterior evidencia que, a pesar de los cambios jurisprudenciales, todavía no es posible percibir las razones de hecho y de derecho que establezcan por qué razón se debe limitar el acceso a la justicia ante el incumplimiento de las condiciones uniformes o la identificación de las personas sin existir un estudio sociológico, jurídico o estadístico que defina por qué del número caprichoso de 20 individuos para conformar el grupo.

3.2. *Inclusión y exclusión de afectados en diferentes oportunidades*

La ley colombiana reguló las posibilidades que tienen los afectados para participar en las acciones de grupo ya interpuestas o excluirse de ellas, que contemplan presentarse a partir del inicio de la demanda y hasta antes de la apertura a pruebas. Igualmente, el afectado podrá hacer parte del grupo dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia –pero no podrá invocar los mismos daños³⁶– y tiene incluso la posibilidad de indicar expresamente su intención de excluirse del grupo dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda³⁷. Estas hipótesis se describen a continuación para indicar los alcances de la jurisprudencia.

35 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, AG-11001310302820120058001, del 26 de julio de 2013.

36 Art. 55, Ley 472 de 1998.

37 Art. 56, Ley 472 de 1998.

En el momento de admitir la demanda, la ley le ordena al juez avisar a los miembros del grupo que aún no han comparecido, a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier otro mecanismo eficaz³⁸. El propósito es que el individuo manifieste su intención de pertenecer al grupo hasta antes de la etapa procesal de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito con su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo, el deseo de acogerse al fallo para pertenecer al conjunto de individuos que interpuso dicha demanda³⁹ y, adicionalmente, si su deseo es solicitar o presentar pruebas que colaboren con el grupo, o que ayuden a identificarlo, o para acreditar su perjuicio individual⁴⁰; esto por su interés jurídico en defender su derecho.

En relación con los alcances de las facultades que tienen las personas que se adhieren a un proceso por acción de grupo, el Consejo de Estado consideró lo siguiente: 1) Que las solicitudes de integración no pueden rechazarse porque soliciten pruebas o adicione fundamentos a la demanda inicial; 2) Debe entenderse satisfecho este requisito según lo preceptuado por el artículo 55 de la Ley 472 de 1998, es decir, que los solicitantes aleguen haber sufrido un perjuicio originado en los mismos daños que se demandan, y se dé cumplimiento a los requisitos de «indicar» el nombre, el daño, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al grupo. 3) A lo sumo, el juez, al fallar de fondo, deberá hacer un pronunciamiento que tal hecho le merece⁴¹.

Hay otra oportunidad para ser beneficiario de la acción de grupo ya presentada, y es dentro de los veinte (20) días siguientes a la

38 Art. 53, Ley 472 de 1998.

39 Art. 55, Ley 472 de 1998.

40 TAMAYO (2011), p. 252.

41 Consejo de Estado, Sala Plena, AG-002 del 8 de septiembre de 2000.

publicación de la sentencia, suministrando la información solicitada por el fallador ante el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos de la Defensoría del Pueblo. Sin embargo, no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor ni se beneficiará de la condena en costas⁴².

En el momento de su creación, este artículo tenía un aparte que expresaba que quien no concurría al proceso tenía la oportunidad de reclamar su derecho, siempre y cuando no hubiera prescrito o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes. Frente a este apartado, el Consejo de Estado comenzó, para el año 2005, a inaplicar dicho mandato por considerarlo inconstitucional; máxime cuando los hechos se derivaban de graves violaciones a derechos humanos, porque impedía el acceso a la justicia consagrado en la Constitución Política de 1991⁴³

Con posterioridad, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-241 de 2009, concluyó declarar inexecutable la expresión «y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes», contenida en el artículo 55 de la Ley 472 de 1998, porque lesionaba los derechos de acceder a la administración de justicia, al debido proceso y a la igualdad, que tratan los artículos 229, 29 y 13 de la misma Constitución.

En cuanto a la exclusión del grupo por parte de los afectados que no quieren hacer parte de este, tienen que hacerlo dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, a través de un pronunciamiento expreso, porque de lo contrario la sentencia los vincularía. En la legislación colombiana se

42 Art. 55, Ley 472 de 1998.

43 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia AG-41001233100020010094801, del 6 de octubre de 2005.

contemplan dos posibles escenarios para que las personas aleguen que la conciliación o la sentencia no les obliga: de un lado, cuando hayan informado expresamente su deseo de ser excluidos en el término anteriormente expuesto; del otro, cuando la persona demuestre que sus intereses no fueron representados de manera adecuada por el representante del grupo, o hubo errores graves en la notificación, situación que debe demostrarse dentro de los 5 días siguientes al fallo⁴⁴. No obstante, algún sector de la doctrina advierte la imposibilidad práctica de que las personas demuestren el anterior supuesto:

«Pero, en la práctica, ese beneficio no va a tener efecto ya que es casi imposible que, dentro del término de 5 días contados a partir de la sentencia, una víctima tenga la posibilidad de leer el fallo para así determinar si fue bien o mal representado. Una vez más, la coincidencia de que todos los vacíos van en contra de los perjudicados»⁴⁵.

Aún hoy persisten las dudas en los jueces de primera instancia sobre cómo aplicar la figura de la inclusión y exclusión del grupo en los casos donde los afectados han instaurado su respectiva demanda individual por los mismos hechos, pues la ley les da la opción voluntaria de acumularse a la acción de grupo, a solicitud del interesado⁴⁶. En este sentido, hay una posición del Tribunal Administrativo de Antioquia en la que realiza una interpretación más acorde con la efectividad del derecho y del respeto por el acceso a la administración de justicia, que permite el ejercicio de la acción individual en la medida que se verifique en el expediente si existió plena identidad de esa par-

44 Art. 56, Ley 472 de 1998.

45 TAMAYO (2011), p. 384.

46 Art. 55, Ley 472 de 1998.

te porque, de lo contrario, debe permanecer incólume el libre acceso a la jurisdicción y no obstaculizar la acción individual⁴⁷.

3.3. *Legitimación activa en la acción de grupo*

Se inicia este tema anunciando la importancia procesal que tiene la institución de la legitimación activa en las acciones de grupo, dado que es el primer acto que se analiza en el proceso. También, por las características sui géneris que tiene esta acción constitucional, en cuanto rompe con la doctrina tradicional de la legitimación en la teoría del proceso. Además, la tutela de esta pluralidad de personas en la acción de grupo supone un mayor compromiso e implicaciones en las demás etapas procesales. Para demostrar lo anterior, se desarrollan primero los tipos de legitimación y, segundo, su tratamiento.

Tipos de legitimación en la Ley 472 de 1998

En la ley se pueden diferenciar tres clases de legitimados:

1. La ordinaria, propia o directa. Son las personas naturales, una o una pluralidad, que pueden presentar una acción de grupo como afectadas de un perjuicio individual, siempre y cuando su acción no haya caducado. En relación con el número de personas necesarias para interponerla han existido diferentes posturas, una de ellas permite a una sola persona presentar la demanda a través de apoderado judicial para representar a todo el grupo conforme al parágrafo del artículo 48 de la Ley 472. Ahora bien, la otra interpretación establecía que para la presentación de la demanda se requerían los veinte poderes indivi-

47 Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera, AG: 05001233300020130028600 del 21 de julio de 2015.

dualmente otorgados. Esta última fue una posición aplicada por el Consejo de Estado en los primeros cuatro años, y compartida por tratadistas como Hernán Fabio López Blanco, derivada de los artículos 46 y 52, numeral 2°, de la Ley 472 de 1998⁴⁸.

Dicha interpretación fue tocada de manera colateral en las sentencias C-898 de 2005 y C-116 de 2008, donde se precisa que para la presentación de la demanda de una acción de grupo no se requiere que el apoderado cuente con el poder de por lo menos veinte de las personas afectadas con el daño colectivo y, por ende, sí es posible ejercer la acción con el poder de una sola de las víctimas, siempre y cuando se determine la existencia de un grupo de afectados superior a veinte. Esta decisión se sustenta en los derechos fundamentales a la igualdad y el libre acceso a la jurisdicción⁴⁹.

2. El artículo 48 de la Ley 472 de 1998 se refiere de manera genérica a las personas jurídicas, pero es necesario distinguir dos supuestos: primero, toda persona jurídica puede ser titular de derechos materiales⁵⁰, reclamando indemnizaciones para sí misma. Este es un caso típico de legitimación ordinaria. A manera de ilustración: un sindicato puede solicitar indemnización para la misma organización, como titular del derecho, por la afectación moral, psicológica y corporativa padecida dentro de la organización por la muerte violenta de su líder.

El segundo es un caso que ha de ser calificado como representación⁵¹, y es cuando las personas jurídicas integradas por los

48 Corte Constitucional, Sentencia SC-898, del 30 de agosto de 2005.

49 Corte Constitucional, Sentencia SC-898, del 30 de agosto de 2005; Sentencia C-116 del 13 de febrero de 2008.

50 MONTERO AROCA (2007), p. 423.

51 *Ibidem*.

grupos y organizaciones sociales legalmente constituidas tienen entre sus asociados a las personas afectadas por el mismo hecho generador del daño, para ejercer la defensa de sus derechos a través de la figura de la representación, y la oportunidad de ser indemnizados posteriormente. Allí se trató de exaltar el fenómeno asociativo, se abrió paso a la tutela jurisdiccional de una pluralidad de sujetos y se permitió que a estas personas las represente una organización u asociación, u otra entidad consagradas en la ley.

Esta posibilidad no se aplicó por parte de los jueces y tribunales de manera inmediata. Muestra de ello se dio cuando el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante auto del 2006, rechazó la demanda por considerar, entre otros, que el sindicato no se encontraba legitimado para presentar la acción de grupo en defensa de los intereses particulares de cada uno de los afiliados a esa organización, al tratarse de derechos subjetivos-particulares, como la reclamación de prestaciones laborales de carácter legal. Ante esta situación, el Consejo de Estado aclaró que, según el artículo 48 de la Ley 472 de 1998, se permite a través de la figura de la representación impetrar la acción de grupo a las personas jurídicas como los sindicatos; aunque aclara que el sindicato de empleados del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no es un legitimado, toda vez que dicho sujeto de derechos no es quien padece el perjuicio⁵².

Lo normal es que el ordenamiento jurídico colombiano, por ministerio de la ley, permita a este segmento de la población –sindicatos, asociaciones, fundaciones, grupos sociales, corporaciones, cooperativas, fondos, cabildos, consejos comunitarios,

52 Consejo de Estado, Sección Tercera, AG- 08001233100020060375301, del 7 de febrero de 2007.

propiedades horizontales, entre otros, legalmente constituidos—presentar las demandas en acción de grupo como interesados y a sus miembros actuar a través del presidente o la junta de la organización a la cual pertenecen. Se ha aceptado la representación a las cooperativas de trabajo asociado⁵³, a fondos individuales de inversiones⁵⁴, al Consejo Comunitario Mayor de la Comunidad Negra del Río Anchicayá⁵⁵, entre otros.

3. El Ministerio Público, compuesto por el Defensor del Pueblo y los personeros, tienen legitimación extraordinaria⁵⁶, y podrán interponer acciones de grupo en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión. En este caso, será parte en el proceso judicial, junto con los agraviados⁵⁷. Es un supuesto donde, con fundamento en un interés que la sociedad recoge como superior, reconoce a la institucionalidad la legitimación para que reclame en juicio un derecho ajeno, es decir, la tutela puede ser pedida por una persona diferente a la portadora del derecho sustancial y en representación de un tercero, en nombre propio; son casos taxativos en la ley⁵⁸.

53 Consejo de Estado, Sección Quinta, AG REV-66001333100220070010701, del 28 de julio de 2011.

54 Consejo de Estado, Sección Tercera, AG-2500023250002000901405, del 29 de septiembre de 2015.

55 Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, AG-76001233100020020458401, del 2 de febrero de 2016.

56 PLANCHADELL (2014), p. 359.

57 Art. 48, Ley 472 de 1998.

58 CORDÓN MORENO (1997), p. 46.

3.4. *El papel del juez y el uso de las pruebas de oficio en las acciones de grupo*

En este tipo de procesos se confía la carga de la prueba a las partes. En el caso del demandante le corresponde identificar y conformar el grupo, establecer el presunto responsable del hecho dañoso, presentar los hechos y pruebas que pretenden demostrar el daño, la responsabilidad del implicado, los perjuicios y los montos del mismo; además de los requisitos de este tipo de demanda⁵⁹ y el cumplimiento de los artículos 3, 46, 47, 48 y 49, de la Ley 472 de 1998. Al juez se le otorgó el deber de velar por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes. Adicionalmente, debe impulsar oficiosamente y producir decisión de mérito, so pena de incurrir en falta disciplinaria⁶⁰, además, el poder de ordenar pruebas de oficio para el esclarecimiento de los hechos.

En realidad, la oficiosidad del juez frente a la dirección de procesos de reparación de perjuicios a un número plural de personas ha sido cuestionada, incluso, el juez se ha limitado a decretar la improcedencia de la acción de grupo, para declararse inhibidos para realizar observaciones al respecto⁶¹.

Esto significa que, según la ley, son compatibles las pruebas de oficio con las acciones de grupo, toda vez que dicha institución pretende proteger derechos que se encuentran respaldados en el Estado social de derecho, no con fundamento en la realización de un juicio formal sino en medio de un proceso orientado a la búsqueda de la verdad, para

59 Art. 52, Ley 472 de 1998.

60 Art. 5, Ley 472 de 1998.

61 Consejo de Estado, Sección Tercera, AG-25000232600020010003101, del 4 de septiembre de 2003.

que se dé una resolución del conflicto. Lo anterior teniendo en cuenta que es más justo perder un proceso en el cual se encontró que no eran verdad las afirmaciones alegadas, que cuando no se hallaron por falta de pruebas; se trata de dar al juez iniciativa probatoria razonable y limitada por los hechos alegados por los litigantes, buscando verificar los mismos y garantizando el derecho de defensa; esto para lograr el convencimiento del juez y la tutela judicial efectiva⁶².

Igualmente, en el marco de la Ley 472 de 1998 se prevé la norma general sobre la carga de la prueba –a cargo de la parte que pretende que se den por probadas las afirmaciones en disputa en el proceso– y se le dan poderes al juez para que ordene pruebas de oficio, sin que ello supla las cargas que se les imponen a las partes.

Así, en la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha sostenido la tesis de que la carga de la prueba en la acción de grupo corresponde al actor, con el fin de determinar la responsabilidad de la entidad, e igualmente se hace necesario probar por parte del demandante la existencia del daño, su generación y el monto de los perjuicios. Ejemplos de ello se dan en sede apelación, cuando este alto tribunal comparte lo manifestado por el *a quo*, en el sentido de que con la sola afirmación por parte del accionado de la existencia de un daño que ocasionó perjuicios no se puede acreditar la existencia de estos, pues deben estar debidamente probados y, en el caso concreto, según su interpretación, no se probó el elemento indispensable para la determinación de la responsabilidad de la entidad accionada y ello le correspondía al actor⁶³, teoría aceptada por jueces ordinarios⁶⁴.

62 PICÓ I JUNOY (2007). P.127.

63 Consejo de Estado, Sección Cuarta, AG-190012331000200200885, del 1 de abril de 2004.

64 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, AG-25000231500020060039604, del 30 de abril de 2014.

En igual sentido, el máximo órgano de lo contencioso administrativo ha sostenido la imposibilidad de exonerar a los demandantes de probar los supuestos de hecho de la demanda, argumentando prevalencia del derecho sustancial, así:

«[...] la prevalencia del derecho sustancial, [...] no puede llegar al extremo de relevar totalmente a las partes de su carga de probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persiguen, según lo establece el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que no contraría las normas de la Ley 472 de 1998 y, por tanto, es aplicable por disposición del artículo 68 de la misma ley, y no es viable que el apoderado de los demandantes quiera suplir esa deficiencia exigiendo que en la segunda instancia se decreten pruebas que no fueron solicitadas por él en la oportunidad debida»⁶⁵.

Ha existido incluso contradicción de esta alta corporación al momento de plantear la posibilidad de decretar pruebas de oficio en segunda instancia, ya que en el caso anteriormente presentado las niega; sin embargo, en el 2007, en la demanda grupal por los hechos ocurridos en la ciudadela Santa Rosa, la Sección Tercera del Consejo de Estado ordena en segunda instancia y practica pruebas de oficio, dado que acá no solo se involucran derechos individuales sino también algunos derechos de naturaleza colectiva, tales como «la seguridad pública» y «la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes»⁶⁶.

65 Consejo de Estado, Sección Quinta, AG-5200123310001999106201 (AG-017), del 12 de diciembre de 2002.

66 Consejo de Estado, Sección Tercera, AG-25000232700020010002901, del 18 de octubre de 2007.

3.5. *Las peticiones en la acción de grupo*

En los casos de las acciones de grupo, el *petitum* es más complejo porque se debe armonizar la tasación de los perjuicios individuales con la suma global y la sostenibilidad de las entidades o empresas demandadas; de ahí han surgido preguntas como: ¿cómo deben tasarse los perjuicios materiales de los que comparecen al proceso antes de la etapa de prueba y los afectados que no comparecen, pero se pueden beneficiar de la sentencia?, ¿cómo fijar la cuantía de la pretensión sin saber el número de afectados?⁶⁷, ¿Solo es procedente la indemnización de perjuicios en sumas dinerarias? Conviene describir, entonces, las complejidades de las peticiones en este tipo de procedimientos en Colombia.

La Ley 472 de 1998 estableció dos procedimientos diferentes que el actor debe tener en cuenta al momento de demandar; en este punto la norma fragmentó la realidad social, de tal suerte que imposibilitó que el juez de conocimiento, una vez ordene la cesación de perjuicio, pueda fijar la indemnización o viceversa, implicando que deba realizarse dos procedimientos por separado sobre los mismos hechos en discusión con peticiones diferentes.

En las acciones populares solo se resuelven peticiones declarativas de condena a hacer, no hacer o dar; lo que implica que en la sentencia solo se ordena, primero, la declaratoria de responsabilidad, y segundo, como consecuencia de ello, a la entidad o empresa responsable suspender la conducta dañosa o no realizarla o restablecer las cosas para no generar el perjuicio., Por tanto, no se podría solicitar por esta vía indemnización de perjuicios, así se hayan establecido o

67 PLANCHADELL (2014), p. 174.

sean evidentes a menos de que lo pretendido sea la aplicación de una justicia restaurativa»⁶⁸.

Este razonamiento ha sido sostenido por la vía jurisprudencia por el Consejo de Estado, de la siguiente forma:

«La Sala considera pertinente precisar el alcance que tendrá el fallo en virtud de la naturaleza de la acción promovida, pues no podrá condenar a una indemnización, pero sí ordenar el amparo al derecho colectivo vulnerado»⁶⁹.

Finalmente, en el 2009, la Sala concluyó que las acciones populares no indemnizan perjuicios a particulares: «*esta Sala ha señalado en reiterados pronunciamientos que sólo proceden con fines restaurativos del daño* En consecuencia, para la jurisprudencia no es procedente que los particulares cobren los daños individuales plurales mediante el ejercicio de una acción popular, pues lo razonable es el ejercicio de la acción de grupo. Por ello, el Consejo de Estado, ante una solicitud de revisión eventual, no accedió a la insistencia de selección para revisión: «lo anterior por cuanto para el resarcimiento de perjuicios sufridos por una colectividad la acción idónea consagrada en el ordenamiento jurídico es la de grupo atendiendo a su naturaleza resarcitoria»⁷⁰.

La Ley 472 de 1998 hace énfasis, en forma expresa, en el carácter indemnizatorio de la acción de grupo (arts. 3 y 46), lo cual excluye la posibilidad de interponer esta acción con objeto diferente. Es

68 Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia AP-0500123310002004-0527401, del 19 de noviembre de 2009.

69 Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia AP-68001231500020010-147201, del 31 de agosto 2006.

70 Consejo de Estado, Sección Quinta, (AP)REV-05001233100020060272001, del 21 de mayo de 2014.

decir, en este procedimiento solo se ventilan peticiones declarativas de condena a pagar sumas dinerarias, situación cuestionada por no responder a las particularidades de la realidad social:

«En consecuencia, habrá situaciones en las que un grupo de personas, tengan pretensiones comunes que no sean indemnizatorias, en cuyo caso, lamentablemente, la Ley 472 les imposibilitaría el ejercicio de una acción de grupo individual⁷¹.

3.5.1. *Procedencia de la reparación integral en la acción de grupo*

Para el año 2012 cobró fuerza la tesis de la posibilidad de aplicación de la justicia restaurativa en las acciones de grupo cuando se resuelven casos de grave violación a derechos humanos.

Parafraseando a Carlos Mauricio López Cárdenas⁷², estas posiciones divididas entre si se pueden o no usar los estándares de reparación integral en las acciones de grupo no ha permitido que las víctimas obtengan un verdadero acceso a la justicia, lo que termina violando y desconociendo los derechos de los perjudicados sobre todo en un

«contexto de interacción entre el DIDH y el derecho interno exigiendo un estudio de los mecanismos y criterios que han desarrollado los tribunales internos para solucionar casos concretos. El juzgador al momento de interpretar y aplicar el derecho ya no se encuentra solo ante la norma nacional, sino que se encuentra frente a una multiplicidad de tratados sobre derechos humanos y jurisprudencia y resoluciones de organismos de protección»⁷³.

71 TAMAYO (2011), pp. 217-218.

72 LÓPEZ CÁRDENAS, 2011, p.p. 1-4.

73 NASH Y NÚÑEZ, 2017, p. 45.

En igual sentido, la Defensoría del Pueblo ha hecho un llamado a los operadores jurídicos para que, en estos casos (como el de la masacre de Bojayá), en las acciones de grupo se empleen los parámetros y obligaciones internacionales de Colombia en materia de derechos humanos; teniendo en cuenta que el Estado hace parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por tanto, el juez deberá evaluar los daños materiales, morales y, adicionalmente, decretar otro tipo de medidas, encaminadas a la rehabilitación y no repetición.

Los estándares de reparación reconocidos por la jurisprudencia constitucional y administrativa a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos desde su dimensión individual abarcan todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima y comprenden los componentes de: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, garantía de no repetición y proyecto de vida. En su dimensión colectiva involucran la adopción de medidas de satisfacción de alcance general encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las comunidades afectadas por las violaciones. Igualmente, que se adopten una serie de medidas simbólicas y conmemorativas para la resignificación de sentidos y la transformación individual y colectiva⁷⁴.

En la práctica judicial, la utilización de estos estándares en las acciones de grupo realmente es escasa y solo hay vestigio de un intento de aplicación en hechos de desplazamiento forzado, derrumbes y daños a construcciones de conjuntos poblacionales.

Ya desde el año 2005 se advertían las discusiones en la jurisprudencia sobre la posibilidad de condenar por perjuicios morales, por los momentos de angustia y terror sufridos por los habitantes de Algeciras, cuyas viviendas fueron destruidas por la toma guerrillera y los combates perpetrados; no obstante, en este proceso en concreto,

74 LÓPEZ CÁRDENAS, 2011, p. 168.

la Sala consideró que este tipo de perjuicios debía ser demostrado a través de prueba legal y oportunamente allegada y, en el particular, el grupo no demostró la existencia de perjuicios morales por la destrucción o deterioro de las viviendas de propiedad del grupo afectado ni acreditó la existencia de un daño moral sufrido por los demandantes u otras personas con ocasión del ataque guerrillero⁷⁵.

En el proceso por el desplazamiento forzado ocurrido en La Gabarra, Norte de Santander, en el que los demandantes solicitaron, entre las pretensiones, indemnización por la totalidad de los perjuicios morales de vida de relación, el Consejo de Estado confirmó la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que consideró que estaba acreditado el daño moral sufrido por los miembros del grupo, consistente en el dolor, sufrimiento, privaciones físicas, afectación subjetiva, sensación de abandono, impotencia y tristeza.

Además, ratificó que dicha indemnización era viable de acuerdo con el bloque de constitucionalidad, con el «Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional» (Protocolo II). Por ello, el Estado debía brindar a la población en situación de desplazamiento un trato preferencial que le permita gozar de la dignidad humana y de la plenitud de sus derechos fundamentales⁷⁶.

Se han dictado otras sentencias producto de la declaración de responsabilidad del Estado por los hechos de amenazas, incursión armada y desplazamiento condenando por perjuicios morales en los

75 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia AG- 4100123310002-0010094801, del 6 de octubre de 2005.

76 Consejo de Estado, Sección Tercera, Consulta AG-250002326000-20010021301, del 26 de enero de 2006.

cosos de: los habitantes del corregimiento de Filo Gringo⁷⁷, además, del grupo afectado de campesinos, indígenas y colonos de la región del Naya⁷⁸.

Quizás el fallo más emblemático hasta hoy en aplicación de la justicia restaurativa es el derivado de la tragedia ambiental por el derrumbe del relleno sanitario Doña Juana el 26 de septiembre de 1997, que trajo como consecuencias plagas y un ambiente insano a habitantes de diferentes localidades del área de influencia.

En este caso, el Consejo de Estado tomó medidas de justicia restaurativa encaminadas a la satisfacción y el restablecimiento del derecho o derechos lesionados, ordenando al distrito capital la adopción de un reglamento técnico que garantizara un manejo seguro de los rellenos sanitarios, aplicando para ello los avances que la ciencia ofreciera en la actualidad y se ordenó remitir copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para que difundiera el contenido de la misma⁷⁹.

Este fallo mostró las dificultades procesales, técnicas y pedagógicas para aplicar una decisión de tal magnitud. Para comenzar, no se logró identificar plenamente a los afectados. Se trataba de los habitantes de las localidades aledañas de Ciudad Bolívar, Usme, Rafael Uribe, Kennedy, Tunjuelito y San Cristóbal, que sumaban 902 barrios. Este obstáculo se hizo presente en todo el proceso: durante las diferentes oportunidades para hacerse parte, en la aclaración a la

77 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia AG-2500023270002002-0000401, del 15 de agosto de 2007.

78 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia AG-190012331000200300-38501 del 15 de agosto de 2007.

79 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia AG-250002326000199900-00204 y 20000000304 del 1 de noviembre de 2012.

sentencia e, incluso, cuando los afectados se adhirieron posteriormente a este.

Frente a cómo se deben calcular los montos de las indemnizaciones en las sentencias, a pesar de que la Ley 472 de 1998 habla de ordenar una indemnización colectiva que contenga la suma ponderada de estas, la anterior situación refleja que no es un cálculo fácil; esto ha llevado a que el Consejo de Estado seleccione este tema para revisión, porque reconoce la dificultad en la fase de ejecución de la sentencia, la falta de desarrollo consolidado y las diferentes interpretaciones en relación con determinar cómo debe entenderse el concepto de suma ponderada, y la manera como deben reconocerse y liquidarse en concreto las indemnizaciones de las personas integrantes del grupo que no hubieren intervenido en el proceso, y que pretendan acogerse a los efectos de la sentencia que ponga fin al mismo; este aspecto aún no ha sido unificado por esta corporación⁸⁰.

Del mismo modo, en la acción de grupo por la afectación que trajo la explosión del relleno Doña Juana, se cuestionó la efectividad de la sentencia por tratarse de un proceso supremamente demorado, pues a junio del 2016 no se había reparado a todas las víctimas⁸¹. Para ilustrar al lector sobre el tiempo que ha demorado el trámite, cabe citar que: el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda el 11 de octubre de 1999, se profirió sentencia de primera instancia el 24 de mayo de 2007, se dictó sentencia de segunda ins-

80 Consejo de Estado, Sala Plena, (AG) REV-20001233100020070024401, del 14 de julio de 2009 y Sección Tercera, (AG) REV-0500123310-0020030350202, del 23 de marzo de 2011.

81 ASPRILLA REYES (2016)

tancia el 1.º de noviembre de 2012⁸², se dio aclaración al fallo el 3 de diciembre de 2012⁸³.

De igual forma, se presentó por parte de la Procuraduría General de la República un incidente de impacto fiscal sobre las finanzas del Distrito de Bogotá el 27 de febrero de 2013⁸⁴; y la respuesta al incidente de impacto fiscal se dio el 25 de noviembre de 2014, que permitió a la entidad accionada desembolsar hasta el 31 de enero de 2015⁸⁵. Finalmente, la Defensoría del Pueblo informó que, a 19 de mayo de 2016, ya se había pagado la demanda a las personas que hicieron parte del proceso hasta antes de la apertura a pruebas; aún a septiembre de 2018, se debe suscribir un nuevo acuerdo con la Universidad Nacional para la revisión de documentos de las solicitudes de adhesión al proceso⁸⁶.

Con relación a las medidas de justicia restaurativa del fallo del Consejo de Estado, no ha sido suficiente para que los hechos no se vuelvan a repetir, pues para octubre del 2015 hubo un derrumbe de basuras en la zona de disposición del relleno sanitario Doña Juana⁸⁷. Además, la Corporación Autónoma Regional (CAR), en el informe técnico, sostuvo que no existía un buen manejo técnico y se estaban

82 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia AG-25000232600019990-000204 y 20000000304 del 1 de noviembre de 2012.

83 Consejo de Estado, Sección Tercera, aclaración de fallo AG-2500-0232600019990000204 y 20000000304, 3 de diciembre de 2012.

84 Procuraduría General de la Nación, 27 de febrero de 2013.

85 Consejo de Estado, Sala Plena, IJ 25000232600019990000205, del 25 de noviembre de 2014.

86 DEFENSORÍA DEL PUEBLO (19 de mayo de 2016).

87 EL TIEMPO (12 de octubre de 2015a).

desacatando las normas⁸⁸. Incluso se presentó una nueva acción de tutela por mal manejo de las plagas⁸⁹.

A partir de las experiencias presentadas, se observa cómo en las acciones de grupo por graves violaciones a derechos humanos pueden aplicarse los estándares de reparación integral, pero la jurisprudencia muestra que el único avance es la eventual condena pecuniaria por perjuicios morales o alteraciones a la condición de existencia, siempre y cuando, estos resulten plenamente probados y los demandantes cumplan con la carga de la prueba.

3.6. *La sentencia y la cosa juzgada en la acción de grupo*

La sentencia se enfrenta a la aplicación de figuras novedosas en relación a los límites subjetivos de la cosa juzgada, como son: los efectos de esta frente a las personas que no comparecieron al proceso, el respeto del derecho de defensa de los demandados, la posibilidad de interponer un nuevo litigio para las personas ausentes y, en relación con el límite objetivo, sobre si es posible interponer un nuevo proceso invocando peticiones diferentes.

Para dilucidar el límite subjetivo es preciso distinguir dos situaciones que permiten comprender cómo puede ser integrado el grupo, a partir de la Ley 472 de 1998, y los efectos del fallo en estas dos hipótesis:

- 1) Cuando sea posible determinar de manera clara y precisa quiénes son los perjudicados desde el momento de la presentación

88 EL TIEMPO (17 de noviembre de 2015b).

89 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC15985-2017, del 3 de octubre de 2017.

de la demanda⁹⁰ o, incluso en la notificación, el juez podría discrecionalmente identificarlos en busca de la representatividad adecuada⁹¹. Por lo tanto, el auto admisorio de la demanda será notificado personalmente y la sentencia (absolutoria o condenatoria) los vinculará.

- 2) Cuando no sea posible establecer desde el comienzo del proceso la individualización de los afectados, contando solo con los criterios para identificarlos⁹², se les informará del auto admisorio de la demanda por los medios de comunicación masivos más eficaces. Si en el transcurso del proceso el juez evidencia otras circunstancias determinará la composición del grupo y, con fundamento en esto, lo señalará en la sentencia, razón por la cual personas «ausentes» serán vinculadas como partes, con posterioridad al fallo⁹³.

Esta interpretación debe ampliarse, teniendo en cuenta las reglas de la Corte Constitucional señaladas en sentencia C-898 de 2005, presentando las siguientes alternativas:

- a) Los afectados que concurren al proceso pueden someterse al mismo vinculándoles la sentencia o pueden excluirse expresamente dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, y así conservar el camino para impetrar la acción ordinaria individual o de reparación directa⁹⁴, siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad.

90 Art. 52, N.º 2 y 4, Ley 472 de 1998.

91 Art. 53, *ibidem*.

92 Art. 52, N.º 4, *ibidem*.

93 Art. 65, N.º 2 y 3, *ibidem*.

94 Art. 56, *ibidem*.

- b) La sentencia condenatoria fallada con una cifra ponderada de las indemnizaciones individuales beneficiará aún a los que no fueron parte porque no se integraron al grupo, pero reúnen las condiciones exigidas para pertenecer al mismo. Estos disponen de un plazo de veinte días para presentarse ante el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos y reclamar su indemnización. Se benefician de los efectos de la sentencia suministrando la información requerida, pero no podrán invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor, y tampoco se beneficiarán de la condena en costas⁹⁵.
- c) La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada, en relación con quienes fueron parte del proceso y de las personas que, perteneciendo al grupo interesado, no manifestaron expresamente su decisión de excluirse de este⁹⁶.

En las acciones de grupo, la cosa juzgada referida para evitar que se repita un proceso por razones de seguridad jurídica y paz social⁹⁷, en cuanto al límite subjetivo, merece atenta discusión, pues se hace necesario preguntarse quién es parte en estos procesos. La Ley 472 es ambivalente al definir el concepto de «parte». De un lado, parece indicar que lo es el grupo, categoría o conglomerado de afectados y, debido a ello, consagra la novedosa institución de la representación en que uno solo de los miembros representa al grupo⁹⁸. De otro lado,

95 Art. 55, *ibidem*.

96 Art. 56, *ibidem*.

97 NIEVA FENOLL (2006), pp. 219-220.

98 Art. 48, Ley 472 de 1998; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-898, del 30 de agosto de 2005 y Sentencia C-116, del 13 de febrero de 2008.

la ley parece considerar a los afectados como una pluralidad de individuos que aún después de presentada la demanda pueden comparecer directamente al proceso o beneficiarse de sus resultas.

Esto hace que las personas que comparecen de manera directa en las diferentes etapas procesales, antes de que se dicte sentencia, queden vinculadas por la cosa juzgada; pero las personas representadas que no comparecieron al proceso, tal como está diseñada la Ley 472, quedarán vinculadas con efectos ultra-partes, dado que no se excluyeron de este grupo. Esta situación se cuestiona en relación al derecho de defensa de estos terceros y el acceso a la justicia, ya que si el fallo es adverso habrán perdido el litigio sin haber comparecido al mismo⁹⁹.

Al respecto, la solución para que el derecho de defensa de las personas que no comparecieron al proceso colectivo sea salvaguardado de un posible fraude el ordenamiento colombiano brinda dos posibilidades: cuando la persona vinculada por la sentencia que no participó en el proceso demuestre que el representante del grupo no lo defendió de manera adecuada o cuando existieron graves errores en la notificación¹⁰⁰. Al respecto, no hay una forma muy clara para determinar qué debe entenderse por estos supuestos; adicionalmente, la Ley 472 de 1998 no trae para el juez la obligación de hacer todas las gestiones necesarias para identificar el grupo, con el objetivo de lograr la representatividad adecuada y una debida notificación.

En el marco de la Ley 472 de 1998, y de la interpretación jurisprudencial, las personas ausentes no podrán proponer un nuevo litigio sino se excluyeron oportunamente, no fueron bien representadas o no demuestran errores graves en la notificación. Sin embargo, una interpretación más armónica con los derechos de las colectividades se

99 ARMENTA (2013), p. 66.

100 Art. 56, Ley 472 de 1998.

refiere a la cosa juzgada eventual o *secundum eventum litis* en los casos en que se dicta sentencia absolutoria y las personas ausentes no se adhirieron, guardando silencio sobre sus pretensiones. Para el caso, les queda abierta la posibilidad de la acción individual, siempre y cuando no haya caducado¹⁰¹.

Frente al límite objetivo, que se refiere a la indemnización de los perjuicios reclamados por los demandantes, el fallo establece la indemnización de manera individual a aquellos que se consideran «partes» del proceso; es decir, a todos los sujetos determinados (grupo demandante) y de manera global a las personas indeterminadas (que no comparecieron al proceso y se establecieron criterios de identificación).

4. CONCLUSIONES

Al contrastar el aspecto teórico de los intereses individuales homogéneos o derechos plurisubjetivos o de grupo con la aplicación de las instituciones procesales de la acción de grupo en Colombia, se encontró que en los diferentes países como: España, Italia y Brasil, tienen origen legal; mientras que en Colombia tienen rango constitucional y su desarrollo está en la ley; sin embargo, se comparte en la práctica las mismas dificultades señaladas por la doctrina internacional.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia- Sala Civil, se hallaron dificultades para entender en un comienzo ciertas instituciones procesales propias de esta acción como: la conformación del grupo, la legitimación, representación, inclusión y exclusión del grupo, peticiones, indemnizaciones, aplicación de estándares de reparación integral y la cosa juzgada, esta situación provocó en algunas ocasiones la aplicación de

101 NIEVA FENOLL (2006), p. 211.

teorías restrictivas, como ocurrió con la ya derogada preexistencia, vulnerándose el derecho al libre acceso a la jurisdicción.

A pesar de que la Corte Constitucional en las sentencias analizadas tomó como referente las *class actions* norteamericanas no las aplicó a plenitud; porque en Colombia, tanto la Ley 472 de 1998 como la línea jurisprudencial, han construido sus particularidades procesales como: la legitimación por activa, derecho de postulación, tipo de petición y cosa juzgada, los cuales, por contener muchos aspectos formales pueden llegar a desmotivar al afectado frente a la interposición de una acción de grupo, además, pueden llegar a comprometer el acceso a la justicia sobre todo en materia de protección a derechos humanos.

En Colombia, es interesante resaltar que a pesar de las dificultades procesales, la jurisprudencia ha ido avanzando en la aplicación de medidas de justicia restaurativa por graves violaciones a derechos humanos, condenando por perjuicios morales en favor de población protegida, no obstante, se reconoce que esta jurisprudencia por parte del Consejo de Estado ha sido un proceso lento, y aun sus medidas no son suficientes para restituir los derechos de los afectados.

Sí bien la acción de grupo es para la protección de cualquier derecho subjetivo, en muchos procesos de esta índole hay compromisos de derechos fundamentales, colectivos y humanos, es por ello que, una interpretación restrictiva como la que sostiene en muchos casos la jurisprudencia, frente a la no aplicación de la facultad que tiene el juez de decretar y practicar pruebas de oficio cuando se requiera para el esclarecimiento de los hechos, puede llegar a ser nugatorio del derecho y no hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARMENTA DEU, Teresa (2013): *Acciones colectivas: Reconocimiento, cosa juzgada y ejecución* (Madrid, Marcial Pons).

- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (1991). Periódico Gaceta Constitucional N° 136. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente.
- BEJARANO GUZMÁN, Ramiro (2004): *Divagaciones sobre la acción de grupo*. (Memorias del XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, Departamento de Publicaciones de la Universidad Libre).
- BEJARANO GUZMÁN, Ramiro; GONZÁLEZ, Julio; QUINTERO, Rodolfo; IGUARÁN, Mario y HERRERA, Ricardo (2001): *Justicia ambiental: las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- BOBBIO, Norberto (1999): *Liberalismo y democracia* (Bogotá, Fondo de Cultura Económica).
- BUJOSA, Lorenzo (1995). *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo* (Barcelona, Bosch Editor S. A.).
- CAMARGO, Pedro Pablo (2006): *Las acciones populares y de grupo: Guía práctica de la Ley 472 de 1998* (Bogotá, Leyer).
- CARBONELL PORRAS, Eloísa (2014): *Intereses colectivos y legitimación activa* (Navarra, Thomson Reuters. Aranzadi).
- CORDÓN MORENO, Faustino (1997). «De nuevo sobre la legitimación», en *Revista de Derecho Procesal* (N.º. 1), pp. 45-83.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (19 de mayo de 2016). Respuesta derecho de petición. Bogotá D.C. [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2016]. [Disponible en: <http://www.donajuana.defensoria.gov.co/20160519.pdf>]
- DURKHEIM, Émile (1988): *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales* (Madrid, Alianza Editorial).
- EL TIEMPO (12 de octubre de 2015a): *Doña Juana puede ir hasta 2030* [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2016]. [Disponible en: <http://www.eltiempo.com/bogota/relleno-sanitario-dona-juana/16401482>]
- EL TIEMPO (17 de noviembre de 2015b). *Hay mal manejo de residuos en Doña Juana: CAR*. [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2016]. [Disponible en: <http://www.eltiempo.com/bogota/relleno-dona-juana-car-dice-que-hay-mal-manejo-de-residuos/16434108>]

- FERRER MACGREGOR, Eduardo (2004). *Juicio de amparo e interés legítimo: La tutela de los derechos difusos y colectivos* (México, Editorial Porrúa).
- GUAYACÁN ORTIZ, Juan C. (2013): *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas: Elementos para la integración del derecho latinoamericano* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo (1999). *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos* (España, Aranzadi editorial).
- HARKINS, JR. JOHN G. (1997). Federal rule 23-the early years. *Arizona Law Review*, 39 (2), 705-710. [fecha de consulta: 18 de septiembre de 2016]. [Disponible en: <http://arizonalawreview.org/pdf/39-2/39arizrev705.pdf>]
- LORENZETTI, Ricardo Luis (2010): *Justicia colectiva* (Buenos Aires, Editores Rubinzal – Culzoni).
- LÓPEZ CALERA, Nicolás M. (2000). *¿Hay derechos colectivos?: Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos* (Barcelona, Ariel).
- LÓPEZ CÁRDENAS, C. M. (2011): *La acción de grupo: Mecanismo adecuado y efectivo para reparar graves violaciones a los derechos humanos* (Bogotá D.C., Universidad del Rosario).
- MARÍN GALEANO, Mayda S. (2011): *La acción de grupo en Colombia: ¿Cómo entender el concepto de grupo para efectos de la legitimación por activa?* (Medellín, Universidad de Medellín).
- MEROI, Andrea A. (2008): *Procesos colectivos: recepción y problemas* (Buenos Aires, Editores Rubinzal – Culzoni).
- NASH, Claudio y NUÑEZ, Constanza (2017): Los usos del derecho internacional de los derechos humanos de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de justicia en Chile. En: *Estudios Constitucionales*, Año 15, N° 1, pp. 15 - 54
- MONTERO AROCA, Juan (2007): *De la legitimación en el proceso civil* (Barcelona, Editorial Bosch S. A.).
- NIEVA FENOLL, J. (2006). *La cosa juzgada* (Barcelona, Atelier, libros jurídicos).
- PLANCHADELL G., ANDREA (2014): *Las «acciones colectivas» en el ordenamiento jurídico español (Un estudio comparado)* (Valencia, Tirant lo Blanch).

- PICÓ I JUNOY (2007). *El juez y la prueba* (Barcelona Editorial J.M. Bosch Editor).
- RAMA JUDICIAL DE COLOMBIA (2015): *Estadística de ingresos, egresos y fallos de acciones populares y de grupo. Respuesta a derecho de petición* (Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa).
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2007a). *Diagnóstico Departamental Caldas. Observatorio del Programa Presidencial de DH y DIH* [fecha de consulta: 18 de septiembre de 2016]. [Disponible en: http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_2175.pdf?view=1]
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2007b). *Diagnóstico Departamental Caquetá. Observatorio del Programa Presidencial de DH y DIH* [fecha de consulta: 18 de septiembre de 2016]. [Disponible en: <http://historico.derechoshumanos.gov.co/Observatorio/DiagnosticoEstadisticoDepto/dd/2003-2007/caqueta.pdf>]
- SARMIENTO PALACIO, Germán (1988). *Las acciones populares en el derecho privado colombiano*. Bogotá: Banco de la República.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier (2011). *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*. Medellín: Diké.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1997): *El derecho dúctil* (Madrid, Editorial Trota).

6. NORMAS JURÍDICAS CITADAS

- Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Congreso de la Republica.
- Ley 472 de 1998, por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial, 6 de agosto de 1998.

7. JURISPRUDENCIA CITADA

- Ahorrradores de la Financiera Bermúdez y Valenzuela S. A. contra Ministerio de Hacienda y Superintendencia Bancaria* (2001): Consejo de Estado, Sección Quinta, AG-007 de 23 de marzo de 2001(resolvió la impugnación formulada por

el demandante, contra el auto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 9 de febrero de 2001, mediante el cual se rechazó de plano por improcedente la acción de grupo) en: *Lexbase*, Bogotá.

Alvarado Acosta y otro contra Municipio de Chiriguana (2009): Consejo de Estado, Sala Plena, (AG) REV-20001233100020070024401 del 14 de julio de 2009 (Auto que selecciono el caso para el recurso de revisión) en: *Relatoría del Consejo de Estado*, Bogotá.

Arias Escobar y Ortiz Lozano (2008): Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-116 del 13 de febrero de 2008 (Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 46 de la Ley 472 de 1998 (parcial),) en: *Relatoría de la Corte Constitucional*, Bogotá.

Arrendatarios de los Puestos y Locales de la Galería las Palmas de Popayán contra Municipio de Popayán (2004): Consejo de Estado, Sección Cuarta, AG-19001233100020020088501 del 1 de abril de 2004 (sentencia de segunda instancia que niega las pretensiones de la demanda) en: *Lexbase*, Bogotá.

Basto contra Alcaldía de Floridablanca y Corporación de la Defensa de la Meseta de Bucaramanga –CDMB (2006): Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia AP-68001231500020010147201 del 31 de agosto 2006 (Sentencia acción popular) en: *Relatoría Consejo de Estado*, Bogotá.

Bolaños Molina y otros contra Municipio de Puerto Asís (2002): Consejo de Estado, Sección Quinta, AG-5200123310001999106201(AG-017) del 12 de diciembre de 2002 (Confírmase la sentencia de 6 de abril de 2.001 dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño mediante la cual fueron denegadas las súplicas de la demanda.) en: *Lexbase*, Bogotá.

Borrero Meneses y otros contra el Municipio de Bello y otros (2015): Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera, AG: 05001233300020130028600 del 21 de julio de 2015 (decisión de no acceder a la acumulación de procesos de reparación directa) en: *Rama Judicial Medellín*.

Buitrago Quintero y otros contra Distrito Capital de Bogotá y otro (2012): Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia AG-25000232600019990000204 y 20000000304 del 1 de noviembre de 2012 (Sentencia de impugnación que declara responsable al Distrito) en: *Relatoría del Consejo de Estado*, Bogotá.

Buitrago Quintero y otros contra Distrito Capital de Bogotá y otro (2012): Consejo de Estado, Sección Tercera, aclaración de fallo AG-25000232600019990000204

y 20000000304, 3 de diciembre de 2012 (Aclara el fallo de impugnación) en: *Relatoría del Consejo de Estado*, Bogotá.

Consejo Comunitario contra Empresa de Energía del Pacífico EPSA (2016): Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, AG-76001233100020020458401 del 2 de febrero de 2016 (Rechazo del recurso de reposición impetrado por la entidad demandada) en: *Vlex*, Bogotá.

Contribuir Empresarial Cta y otras contra Ministerio de la Protección Social y otros (2011): Consejo de Estado, Sección Quinta, AG REV-66001333100220070010701 de 28 de julio de 2011 (auto de selección para revisión de la sentencia proferida el veintinueve (29) de abril de dos mil nueve (2009)) en: *Vlex*, Bogotá.

Correa Flórez y otros contra Instituto Nacional de Vías-Invias (2011): Consejo de Estado, Sección Tercera, (AG) REV-05001233100020030350202 del 23 de marzo de 2011 (Selección para revisión la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia) en: *Defensoria del pueblo*, Bogotá.

Cuesta Valencia y otros contra el Consejo de Estado (2004): Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-728 del 4 de agosto de 2004 (acciones de tutela instauradas contra la Sección Tercera la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado) en: *Gaceta de la Corte Constitucional*, Bogotá.

Espinosa Pulecio y otros contra Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S (2014): Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, AG-25000231500020060039604 del 30 de abril de 2014 (providencia complementaria, mediante la cual se tasó la indemnización) en: *Vlex*, Bogotá.

Gracia y otros contra Patrimonio Autónomo-Inurbe en Liquidación (2013) Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Sentencia AG-11001333170520100014301 del XXXXX de 2013 (Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada en contra de la sentencia del 23 de abril de 2012) en: *Lexbase*, Bogotá.

International Coal Financial Fondo Individual de Capital Extranjero S.A. contra Superintendencia Bancaria y otros (2015): Consejo de Estado, Sección Tercera, AG-2500023250002000901405 del 29 de septiembre de 2015 (Revoca la sentencia del 4 de mayo de 2006) en: *Legis*, Bogotá.

Isaza Castaño y otros contra La Nación –Ministerio del Interior y otros– (2013): Consejo de Estado, Sección Tercera, AG-63001233300020120005201 del

13 de febrero de 2013 (Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el proveído dictado el 27 de septiembre de 2012, mediante el cual se rechaza la demanda) en: *Vlex*, Bogotá.

Jaime Vacca y otros contra Ministerio de Defensa y otros (2006): Consejo de Estado, Sección Tercera, Consulta AG-25000232600020010021301 del 26 de enero de 2006 (Sentencia en segunda instancia que declara responsable al Ejército y Policía Nacional) en: *Lexbase*, Bogotá

Jaramillo Escalante y otros contra Banco de la República (2000): Consejo de Estado, Sala Plena, AG-002 del 8 de septiembre de 2000 (Decisión sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la providencia que rechaza la demanda) en: *Vlex*, Bogotá.

Libardo Melo Vega contra Comunicación Celular S.A., Comcel S.A. (2013): Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, AG-11001310302820120058001 del 26 de julio de 2013 (Decisión sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la providencia que rechaza la demanda) en: *Vlex* Bogotá.

Muñoz López contra Área Metropolitana del Valle de Aburra (2009): Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia AP-05001233100020040527401 del 19 de noviembre de 2009 (Impugnación de la sentencia que negó las pretensiones) en: *Relatoria del Consejo de Estado*, Bogotá.

Ordóñez Sandoval y otros contra Ministerio De Defensa Nacional–Ejercito Nacional (2007): Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia AG-19001233100020030038501 del 15 de agosto de 2007 (Apelación de sentencia que declara responsable al Ministerio de defensa) en: *Relatoria del Consejo de Estado* Bogotá.

Oyola y otros contra La Nación–Ministerio de Defensa (2005): Consejo de Estado, Sección Tercera, AG- 41001233100020010094801 del 6 de octubre de 2005 (Sentencia que declaro patrimonialmente responsable a la Policía Nacional) en: *Vlex*, Bogotá.

Palacios Córdoba (2004): Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-569 del 8 de junio de 2004 (demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 46 y 48 de la Ley 472 de 1998) en: *Gaceta de la Corte Constitucional*, Bogotá.

Procuraduría General de la Nación. Solicitud de apertura de impacto fiscal, 27 de febrero de 2013, (Solicitud para que el Consejo de Estado para que se

- modifique las fechas de pago de la sentencia por las consecuencias negativas para las finanzas del Distrito Capital) en: *Defensoría del Pueblo*, Bogotá D.C.
- Procuraduría General de la Nación contra Leonardo Buitrago Quintero* (2014): Consejo de Estado, Sala Plena, incidente de impacto fiscal IJ 25000232600019990000205 del 25 de noviembre de 2014 (Decisión sobre acceder a la acción de impacto fiscal) en: *Lexbase*, Bogotá.
- Proteínas de Pereira S.A. contra Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia y otros* (2014): Consejo De Estado, Sección Quinta, (AP) REV -05001233100020060272001 del 21 de mayo de 2014 (Auto de rechazo del recurso) en: *Vlex*, Bogotá.
- Roa Sarmiento contra Banco Agrario de Colombia S. A.* (2005): Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, AG-200402556 del 3 de febrero de 2005 (decisión de rechazo de la demanda) en: *Vlex*, Bogotá.
- Rocha Márquez y otros contra Municipio de Ubaté* (2003): Consejo de Estado, Sección Tercera, AG-25000232600020010003101 del 4 de septiembre de 2003 (Declaró la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio) en: *Lexbase*, Bogotá.
- Sabogal Prieto contra Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Distrital de Salud y otro* (2017): Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de tutela STC15985-2017 del 3 de octubre de 2017 (Sentencia de tutela al derecho al ambiente sano de la población aledaña al relleno de Doña Juana) en: *Relatoría de la Corte Suprema*, Bogotá.
- Saldaña Calimán y otros contra La Nación—Ministerio de Justicia y del Derecho—* (2013): Consejo de Estado, Sección Tercera, AG-63001233300020120005601 del 13 de febrero de 2013 (decisión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el proveído dictado el 27 de septiembre de 2012, donde se rechazo la demanda) en: *Vlex*, Bogotá.
- Segura Quintero y otros contra Distrito Capital De Bogotá y otro* (2007): Consejo de Estado, Sección Tercera, AG-25000232700020010002901 del 18 de octubre de 2007 (Confirma sentencia condenatoria contra el distrito) en: *Lexbase*, Bogotá.
- Sindicato de Empleados del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar contra La Nación—Ministerio de Hacienda y Crédito Público* (2007): Consejo de Estado,

Sección Tercera, AG- 08001233100020060375301 del 7 de febrero de 2007 (admisión de la demanda de acción de grupo) en: Lexbase Bogotá.

Torres Poveda (2005): Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-898 del 30 de agosto de 2005 (Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 56) en: *Relatoría de la Corte Constitucional*, Bogotá.

Yudy E. Cáceres y otros contra Ministerio de Defensa y otros (2007): Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia AG-25000232700020020000401 del 15 de agosto de 2007 (Revoca la sentencia de primera instancia y declara responsable de la Nación) en: *Lexbase*, Bogotá.

Zubiría Samper, Cuervo Pontón y Palau Aldana (1999): Corte Constitucional de Colombia, C-215 de 14 de abril de 1999 (acción pública de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley 472 de 1998, por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones) En: *Gaceta de la Corte Constitucional*, Bogotá.

LOS LÍMITES SUBJETIVOS DE LA COSA JUZGADA Y SUS COMPLICACIONES

THE SUBJECTIVE LIMITS OF RES IUDICATA AND ITS COMPLICATIONS

LUIS PATRICIO RÍOS MUÑOZ

Magister en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina); Becario por la Fundación Serra Domínguez para el I Curso de Profundización en Derecho Procesal dictado en conjunto por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España, 2018); Premio (VIII versión) Instituto Vasco de Derecho Procesal (San Sebastián, País Vasco, 2018); Finalista de los Premios Gabilex (Castilla, La Mancha, 2020); Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Arturo Prat, Iquique (Chile). Correo electrónico: luispriosm@gmail.com. Sitio web <http://luispatricio-riosmunoz.webnode.cl>

Fecha de recepción: 16 de septiembre de 2020

Fecha de aceptación: 23 de octubre de 2020

RESUMEN: La cosa juzgada dota a la sentencia de una certeza inamovible e inalterable, para evitar que vuelva a generarse una y otra vez el mismo conflicto ya resuelto. La doctrina dominante sostiene que los límites subjetivos de la cosa juzgada son relativos y alcanzan sólo a las partes y a quienes han intervenido jurídicamente en el litigio; no obstante existir un sinnúmero de casos en que tales efectos se extienden *ultra partes*.

La máxima *res iudicata tertio non nocet* no es absoluta, y en numerosas circunstancias de hecho, los terceros resultan alcanzados por la sentencia, por lo que existe un sinnúmero de excepciones a la «regla general» sobre el

ABSTRACT: The *res iudicata* endows the sentence with an immovable and unalterable certainty, to prevent the same conflict from being generated over and over again. The dominant doctrine maintains that the subjective limits of *res iudicata* are relative and only affect the parties and those who have legally intervened in the litigation; however, there are countless cases in which such effects extend to *ultra parties*.

The maximum *res iudicata tertio non nocet* is not absolute, and in many factual circumstances, third parties are affected by the judgment, so there are countless exceptions to the «general rule» on the relative effect of

efecto relativo de las sentencias, o lo que es lo mismo, el límite subjetivo de la cosa juzgada, que nos demuestran que la regla general no es tal: 1) Las sentencias constitutivas, 2) Las resoluciones cautelares y el despacho de la ejecución, 3) La resolución que concreta la enajenación forzosa, adjudicando el bien objeto de embargo, al ejecutante o al mejor postor en subasta pública, 4) La resolución de apertura del procedimiento concursal, 5) La sentencia firme que declara el divorcio, 6) Cualquier otra sentencia que recaiga sobre el estado civil de una persona, especialmente los que determinan la filiación, 7) La sentencia absolutoria o condenatoria en materia penal, 8) La declaración de inconstitucionalidad de norma legal, 9) La sentencia que declara la nulidad de derecho público, 10) La sentencia de Tribunales Ambientales, en materia anulatoria, etc.

Estas numerosas excepciones confirman que en realidad no existe tal cosa como la regla general del efecto relativo de las sentencias; lo que se ve reforzado con la inmutabilidad que conlleva la cosa juzgada, que consiste que ninguna otra autoridad (jurisdiccional o no) podrá alterar los términos de una sentencia, efecto que no podría llevarse a cabo si la sentencia sólo alcanzara a las partes.

PALABRAS-CLAVE: Cosa Juzgada, Parte y Tercero, Límites Subjetivos, Efecto *ultra partes*, Extensión *erga omnes*.

judgments, or which is the same, the subjective limit of *res judicata*, which shows us that the general rule is not such: 1) Constitutive judgments, 2) Precautionary resolutions and execution dispatch, 3) The resolution that specifies the alienation forced, awarding the property subject to seizure, to the executor or the highest bidder in public auction, 4) The resolution to open the bankruptcy procedure, 5) The final judgment declaring the divorce, 6) Any other judgment that falls on the civil status of a person, especially those that determine filiation, 7) The acquittal or conviction in criminal matters, 8) The declaration of unconstitutionality of legal norm, 9) The sentence that declares the nullity of the and public law, 10) The judgment of Environmental Courts, in annulment matter, etc.

These numerous exceptions confirm that there really is no such thing as the general rule of relative effect of judgments; This is reinforced by the immutability that *res judicata* entails, which consists in that no other authority (jurisdictional or not) may alter the terms of a sentence, an effect that could not be carried out if the sentence only reached the parties.

KEYWORDS: *Res Iudicata*, Part and Third, Subjective Limits, *Ultra-parts* effect, *erga omnes* extensión.

SUMARIO: 1. Planteamiento del tema. 2. Los límites subjetivos de la Cosa Juzgada. 2.1. ¿Qué son los límites de la Cosa Juzgada? 2.2. El concepto de «Parte» y de «Tercero» para estos efectos. 2.3. La errónea interpretación del inciso 2º del Art. 3 del Código Civil chileno. 3. Las complicaciones de los límites subjetivos. 3.1. Terceros titulares de un interés directo. En especial, la Sustitución Procesal. 3.2. Efecto Reflejo: Terceros titulares de un interés indirecto. 3.3. Terceros titulares

de un interés incompatible y autónomo. 3.4. Terceros titulares de un interés meramente fáctico. 3.5. Problemas de la cosa juzgada penal en materia civil. 3.6. Extensión *erga omnes*. 4. La insuficiencia de la justificación legal y doctrinal de la expansión de los Límites Subjetivos de la Cosa Juzgada. 4.1. Error e inexactitud de las premisas de los Límites Subjetivos. 4.2. Planteamiento del problema de los Límites Subjetivos. 5. Cuando la regla general es la excepción. 5.1. Efecto reflejo de la Cosa Juzgada. 5.2. Las Sentencias constitutivas de dominio o propiedad. 5.3. Sentencias que recaen sobre el estado civil. 5.4. Resoluciones cautelares y ejecutivas. 5.5. Procedimientos concursales de liquidación (ex Quiebra). 5.6. Sentencias penales. 5.7. Control de Constitucionalidad y Convencionalidad. 5.8. Resoluciones del Contencioso Administrativo. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía citada.

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

La vinculación en que se resuelve la cosa juzgada formada en un proceso con relación a otro proceso posterior es obvio que ha de requerir una serie de identidades entre los dos. La cosa juzgada sólo podrá oponerse en el segundo proceso cuando la pretensión ejercitada en éste sea la misma que se resolvió en el primero. Estamos así diciendo que los límites de la cosa juzgada han de referirse a la pretensión y a sus elementos identificadores¹. Conforme Alvarado, el tema enseña quiénes son las personas respecto de las cuales se extiende la autoridad y los efectos propios del caso juzgado, en otras palabras, de establecer quiénes son las personas que no pueden discutir nuevamente lo sentenciado luego de generado este efecto².

Por de pronto, es obvio que alcanza a todas las partes intervinientes en el proceso y respecto de las cuales fue dictada la sentencia. De

1 MONTERO AROCA, Juan [et al.], *Derecho Jurisdiccional...*, cit., t. II, p. 477.

2 ALVARADO VELLOSO, Adolfo, ob. cit., p. 627.

ahí que existan autores que hayan llegado a afirmar que la cosa juzgada sea la primera institución procesal ideada para la defensa o protección de los intereses o derechos de personas ajenas al juicio, implicando en primer término la protección de terceros, porque, en principio, la cosa juzgada no aprovecha ni perjudica a terceros ajenos a ella³. Sin embargo, muchas veces hay relaciones jurídicas que trascienden la mínima esfera de los propios litigantes y ello genera lo que se denomina efecto reflejo o indirecto o de hecho del caso juzgado. A raíz de ello hay personas que, sin haber litigado en el proceso en cual se emitió la sentencia que ganó el efecto de marras, son también alcanzadas por él.

En este orden de ideas, las razones que explican la extensión de los efectos el caso juzgado a ciertos terceros parten de casos de sucesión de derechos y de conexión por el hecho causal existente entre una de las partes y algunos terceros. Y es ya valor entendido por todos que, entonces, tales efectos alcanzan: 1º) A los sucesores universales. Aquí cabe distinguir entre: personas físicas que pueden invocar a su favor la calidad de caso juzgado de la sentencia que se haya dictado a favor del causante; y personas jurídicas, en cuyo caso el nuevo ente adquiere de una vez todos los derechos y obligaciones de la persona disuelta a la cual sucede y, por tanto, le alcanza cualquiera sentencia dictada a favor o en contra de ella; 2º) A los sucesores singulares de las partes respecto del derecho que se encuentra actualmente litigioso: la que se denomina extensión refleja; y 3º) Y, a los sustitutos procesales⁴.

Como se ha visto hasta aquí, importa la identidad jurídica de la persona y no la meramente física. Al margen de lo anterior, y en razón de la especial naturaleza de ciertas relaciones jurídicas, en situaciones

3 En tal sentido se manifiesta RODRÍGUEZ GARCÉS, Sergio, *Tratado de las Tercerías*, 4ª ed., El Jurista, Santiago, 2017, t. I, p. 61.

4 ALVARADO VELLOSO, Adolfo, ob. cit., pp. 627 y 628.

muy puntuales las leyes extienden a veces los efectos de la cosa juzgada a otros terceros aunque no hayan intervenido en el respectivo proceso, y que revisaremos más adelante.

2. LOS LÍMITES SUBJETIVOS DE LA COSA JUZGADA

La doctrina no se ha puesto de acuerdo en cuál sería el origen de los límites subjetivos de la cosa juzgada. Así, mientras algunos la remontan al Derecho Romano, otros la sitúan en el auge de la teoría contractualista de la naturaleza jurídica del Proceso.

Representa a los primeros Allorio, quien sostiene que se trata de una tradición muy antigua formulada de manera absolutamente clara por los juristas romanos bajo las siguientes fórmulas (propone tres, pero dos resultan ser las más expresivas): 1º) *Saepe constitutum est res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare*; y 2º) *Res inter alios iudicatas neque emolumentum adferre his, qui iudicio non interfuerunt, neque praeiudicium solent inrogare*⁵.

Los segundos son representados por Carpi, para quien el principio de la limitación a las partes de la autoridad de la cosa juzgada, encontraría sus precedentes principalmente en la obra de escritores franceses, entre los que destaca Pothier⁶, según vimos en la referencia histórica, cuestión que tiene mucha lógica si recordamos que fue precisamente éste uno de los impulsores de la Teoría Contractualista de la naturaleza jurídica del Proceso.

Si bien ambas teorías parten de la base del Derecho Romano, ya en la aproximación histórica a la cosa juzgada hemos dejado claro que aunque los romanos reconocieron la existencia de la institución, ella no

5 ALLORIO, Enrico, ob. cit., p. 45.

6 CARPI, Federico, ob. cit., p. 28.

se encontraba regulada bajo una única y exclusiva regla básica absoluta, como si se comenzó a hacer tras las obras de Pothier y Savigny, por lo que hemos de inclinarnos por la postura de Carpi sobre la de Allorio.

En tal sentido, si bien la Teoría Contractualista del Proceso basa su fundamento en la figura del Derecho Romano de la *litis contestatio*, su formulación se debe a la doctrina francesa de los siglos XVIII y XIX, destacando Robert Joseph Pothier y su *Tratado de las Obligaciones*, a quien luego seguirían Merlin, Demolombe, Aubry y Rau. Esta teoría surge, además, en la Europa de ese entonces, en que la ideología imperante consideraba que la trama de las relaciones sociales tenía siempre una base contractual; así, se afirmaba que el orden social se lograba a través del *Contrato Social* elaborado por Jean Jacques Rousseau, cuya obra sirvió de inspiración a Pothier para explicar qué era el proceso judicial, por lo que la teoría contractualista lo que hace es reducir la escala de aplicación del contrato social al proceso jurisdiccional⁷. De esta manera, entendiendo el proceso jurisdiccional como un contrato, la consecuencia lógica de esta teoría es que los efectos de la sentencia que en dicho proceso se dicte, sólo afecte a las partes «contratantes».

Respecto a la expansión de los límites subjetivos de la cosa juzgada, siguiendo a Cornelis H. van Rhee, podemos atribuirlo a la expansión de la ideología francesa del proceso, pues se generó durante la expansión del imperio francés de la mano de Napoleón. Así, el Código de Procedimiento Civil francés sirvió de influencia para el Derecho Procesal de la mayoría de los estados europeos, situación que cambió a fines del siglo XIX, tras la caída del imperio napoleónico y debido a la influencia de la modificación de las creencias políticas y sociales⁸.

7 SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, ob. cit., pp. 239-242.

8 RHEE, Cornelis Hendrik van, «Tradiciones Europeas en el Procedimiento Civil: una introducción» en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 15, 2011, p. 19.

El problema entonces, proviene de Pothier, se mantuvo con la Pandectística alemana, pues Savigny no tuvo reparos al respecto, y se perpetuó con la idea del Proceso Jurisdiccional de naturaleza contractual, por lo que pasamos por extensión a pensar que la sentencia que resuelve el conflicto obliga sólo a las partes. En el antiguo Derecho Germánico en tanto, nos encontramos con un sistema muy diferente, en el que sometían el conflicto a una asamblea de hombres libres, en donde se dictaba sentencia, la cual era vinculante para todos aquellos que, habiendo estado presentes en la asamblea en que se celebró el juicio y se pronunció la sentencia, optaron por no oponerse a la misma⁹. De esta forma, todos los hombres libres asistentes a la asamblea sabían cuál era el fallo y a todos ellos les incumbía el mismo (*erga omnes* o *ultra partes*). Ambas soluciones se vieron enfrentadas en el Derecho Canónico, pero prevaleció la romana, básicamente porque la asamblea de hombres libres como órgano jurisdiccional ya había desaparecido como tal, razón por la cual, en la actualidad, el principio de los límites subjetivos de la cosa juzgada continúa gozando de buena salud y de la mayor credibilidad doctrinaria y práctica.

2.1. ¿Qué son los Límites de la Cosa Juzgada?

Los límites de la cosa juzgada significan establecer hasta dónde es aplicable la misma¹⁰. Un autor establece una inteligente relación entre el principio de congruencia y la cosa juzgada, señalando que la congruencia subjetiva implica que el fallo no puede involucrar derechos de sujetos que no hayan intervenido en el proceso en calidad de parte o en rol asimilable como tercero interesado; razón por la cual, concluye que

9 ALLORIO, Enrico, ob. cit., p. 45.

10 FALCÓN, Enrique M., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, t. III, p. 681.

la sentencia sólo es apta para juzgar los derechos de las partes y terceros equiparables a ellas, por lo que la cosa juzgada formada en un proceso es inoponible al tercero que ha sido ajeno a ese proceso, encontrándose en condiciones de plantear ante la justicia una pretensión idéntica a la que fuera materia de tratamiento en la contienda primigenia, cualquiera haya sido el resultado del primer proceso, debiendo ser juzgada *ex novo*, tal como si se planteara por primera vez¹¹.

Ya dijimos que es un principio asentado en los países de tradición romanista que, precisamente, siguiendo al Derecho Romano, la cosa juzgada que emana de una sentencia firme, sea obligatoria sólo para los sujetos de la relación procesal¹², es decir, sólo para quienes intervinieron como parte en el juicio, no pudiendo perjudicar a aquellos que no participaron en él. Este principio se encuentra reflejado en el aforismo latino *res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*, que significa que la cosa juzgada entre partes no perjudica a los demás¹³. En efecto, indica Goldschmidt, en el Derecho Romano el efecto propio de cosa juzgada se muestra en el área procesal, en su función negativa: la litis contestatio y la sentencia destruyen la posibilidad procesal de repetir el juicio con el mismo objeto, de modo que cualquier juez que en el futuro se ocupe de la misma cuestión utilizará el contenido de la sentencia como base de su decisión¹⁴.

11 FERRER, Sergio Enrique, «Causales de exclusión del efecto expansivo de la sentencia pronunciada en procesos colectivos» en VV.AA., *Procesos Colectivos*, Coordinador: Eduardo Oteiza, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pp. 334 y 336.

12 CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones...*, cit., t. I, p. 352.

13 Existe otro aforismo latino para referirse al tema: *res iudicata tertio neque nocet neque prodest*, que significa que la cosa juzgada, al tercero ni le perjudica ni le aprovecha. Citado por ROMERO SEGUÉL, Alejandro, *Curso...*, cit., p. 164.

14 GOLDSCHMIDT, James, ob. cit., pp. 202 y 203.

Rosende señala que el fundamento de la eficacia limitada de la cosa juzgada a las partes emana del hecho que son precisamente ellas (las partes) las que deciden qué se debate en juicio, las que formulan las alegaciones pertinentes y las que ponen de manifiesto los medios de prueba con los que cuentan para hacer valer sus pretensión¹⁵, es decir, redirecciona el límite subjetivo de la cosa juzgada al denominado *Principio Dispositivo*. En tanto, el resto de la doctrina nacional tradicionalmente relaciona los límites subjetivos de la cosa juzgada con los efectos relativos de las sentencias judiciales, para lo cual invocan la regla del Artículo 3º, inciso segundo, del Código Civil, que más adelante examinaremos.

El efecto que deriva directamente del límite subjetivo de la cosa juzgada de las sentencias, es la inoponibilidad. Este efecto se traduce en que la cualidad de inmutable de la sentencia definitiva firme alcanzará solamente a las partes que lo han sido en el litigio (sin perjuicio de la cosa juzgada refleja que alcanzará a algunos terceros por la relación conexa que tengan con las partes). Éste es un efecto básico del ordenamiento jurídico, afirma Colombo¹⁶. En tanto, Montero Aroca señala que este límite subjetivo de la cosa juzgada, es una mera consecuencia del derecho de defensa o del principio de contradicción¹⁷.

Devis distingue los límites subjetivos en los procesos civiles, laborales, comerciales y contencioso-administrativos, de los procesos penales, porque la sentencia absolutoria o condenatoria en materia penal es inmutable y definitiva frente a todo el mundo¹⁸. Por su parte,

15 ROSENDE VILLAR, Cecilia, «Efectos directos y reflejos de la sentencia» en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 3, 2001, p. 489.

16 COLOMBO CAMPBELL, Juan, ob. cit., p. 539.

17 MONTERO AROCA, Juan [et al.], *Derecho Jurisdiccional...*, cit., t. II, p. 478.

18 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, ob. cit., pp. 454 y 455.

Gómez Colomer precisa que el estado e incertidumbre a que se refería Couture, reflejado al hablar de la cosa juzgada en el proceso civil, está presente también en el proceso penal, pues el acusador no sabe si su petición será estimada o desestimada, en la misma medida que el actor tampoco conoce el destino de su pretensión; y es la seguridad jurídica la que despeja esta duda en los procesos civiles y penales¹⁹.

Una sentencia, como es lógico, sostiene Falcón, vale para las partes del proceso, y valdrá para los terceros cuando éstos hayan intervenido en el mismo; pero los terceros también pueden impugnar la sentencia en tanto y en cuanto afecte sus derechos, si no han sido tenidos en cuenta para intervenir en el proceso, siempre que hubieran debido ser llamados al juicio y no lo han sido²⁰. Como principio de carácter general, enseña Palacio, la cosa juzgada comprende solamente a quienes han revestido el carácter de partes en el proceso en el cual se dictó la sentencia que adquirió aquella eficacia. Por tanto, no puede beneficiar ni perjudicar a terceros que han permanecido ajenos al proceso²¹.

2.2. *El concepto de «Parte» y de «Tercero» para estos efectos.*

La regla general de la que debe partirse es que la cosa juzgada se limita a las partes del proceso, con lo que la misma no beneficia ni perjudica a quien no fue *parte*²². Rodríguez llama partes a las personas naturales o jurídicas que concurren a un juicio como demandantes o

19 GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, en MONTERO AROCA, Juan [et al.], *Derecho Jurisdiccional...*, cit., t. III, p. 408.

20 FALCÓN, Enrique M., *Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, t. I, p. 245.

21 PALACIO, Lino Enrique, ob. cit., p. 521.

22 MONTERO AROCA, Juan [et al.], *Derecho Jurisdiccional...*, cit., t. II, p. 478.

demandados, siendo demandante el que inicia un juicio deduciendo una acción, y demandado aquel en contra de quien se deduce²³. Prieto-Castro sostiene que *parte* es un concepto procesal, pues nace dentro del proceso, no identificándose con la titularidad de los derechos y obligaciones que son causa del proceso.²⁴

La calidad o condición de *parte procesal* es un conjunto de situaciones jurídicas de carácter activo (posibilidades procesales, expectativas) y pasivo (cargas procesales, perspectivas desfavorables, deberes), que, de acuerdo a la ley procesal, corresponden a las personas que se hallan respecto de un proceso de declaración en una posición determinada²⁵.

La condición de *parte procesal* establece la posición que se ocupa en la relación jurídica trabada con motivo de una controversia, por tanto, actor, demandado y terceros incorporados a la Litis en calidad de partes, quedan sometidos a la fuerza vinculatoria del fallo²⁶. Romero puntualiza que es *parte* incluso el litigante rebelde, y que puede adquirir tal calidad incluso la persona que carezca de legitimación para ser demandante o demandado²⁷.

Por *parte* se entiende el que haya demandado o sido demandado como titular de la relación jurídica u objeto litigioso, esto es, parte es, en su caso, el representado, no el representante. Se ha hablado así de la «calidad» con que se ha sido parte, y esa «calidad» no se refiere a la posición ocupada en el proceso, es decir, no atiende a la

23 RODRÍGUEZ GARCÉS, Sergio, ob. cit., p. 19.

24 PRIETO-CASTRO, Leonardo, ob. cit., p. 224.

25 ORTELLS RAMOS, Manuel [et al.], ob. cit., p. 95.

26 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Revisión...*, cit., p. 42.

27 ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La cosa juzgada...*, cit., p. 60.

condición de demandante o de demandado, sino a lo que podemos considerar identidad jurídica²⁸. Se trata entonces, de lo que algunos enseñan como *identidad legal* y no identidad física de las personas²⁹.

De la Oliva precisa que no todos los sujetos que intervienen en el proceso son partes, sólo los que pretenden una tutela jurisdiccional y aquellos contra los cuales se pide esa tutela, pero más precisamente aquellos a quienes afectará de forma directa el pronunciamiento del tribunal³⁰ (comprendiendo también a los terceros-parte). Más claro resulta Cruz e Tucci, quien se vale de Liebman y Fazzalari, para decir que las partes son los sujetos contrapuestos en la dialéctica del proceso instaurado frente al juez, lo que es la propia esencia del contradictorio, que exige que hayan al menos dos sujetos, un interesado y un concontrainteresado³¹.

Por ende, para estos efectos, debemos entender que se es *parte* en el proceso por el hecho de formular activamente o soportar pasivamente en un proceso, y en nombre propio, una petición de fondo (de esta manera, al decir de Serra Domínguez, es irrelevante que la parte procesal sea al mismo tiempo la titular o la obligada por el derecho material deducido en el proceso); de manera tal que el concepto de *parte* es puramente procesal, y tal condición resulta del acto inicial del proceso (la demanda), aun cuando pueden haber otras personas que no siendo designadas en el acto inicial resulten afectadas y se las tenga por parte en el proceso para todos los efectos³².

28 MONTERO AROCA, Juan [et al.], *Derecho Jurisdiccional...*, cit., t. II, p. 478.

29 CASARINO VITERBO, Mario, ob. cit., p. 133.

30 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés [et al.], *Curso...*, cit., p. 425.

31 CRUZ E TUCCI, José Rogério, ob. cit., p. 35.

32 GRANDE SEARA, Pablo, ob. cit., pp. 108-110.

En tanto, para el concepto de *tercero* se aplica lo dicho para la *parte*, pero en sentido negativo y excluyente, señalando que *es tercero todo aquel que no es parte*, llegando a decir que son todos aquellos que teniendo interés en el juicio, no son parte directa y principal en él³³. Es decir, quien no formula la pretensión procesal o la petición de tutela judicial y aquel frente al cual la pretensión o tutela no ha sido formulada, lo que significa que no le corresponden el conjunto de situaciones jurídicas que integran el estatuto de la parte (posibilidades, expectativas, cargas, deberes)³⁴.

Debemos entender por *tercero procesal* todo aquel que no formula la pretensión procesal o la petición de tutela judicial y aquél frente al cual la pretensión o petición de tutela no ha sido formulada, por lo que viene siendo definido por exclusión: es tercero quien no es parte³⁵.

2.3. *El inciso 2º del Artículo 3 del Código Civil chileno*

La doctrina mayoritaria en Chile enseña que la relatividad de la cosa juzgada consiste en que la presunción de verdad (*res iudicata pro veritate accipitur*) que envuelve la sentencia, rige sólo para las partes que han intervenido jurídicamente en el litigio, no alcanzando a personas ajenas al juicio, y que ello se desprende del inciso segundo del Artículo 3 del Código Civil chileno, que a su vez, se basa en un principio de Derecho Romano que indica que la cosa juzgada entre unos no daña ni aprovecha a otros³⁶.

33 RODRÍGUEZ GARCÉS, Sergio, ob. cit., p. 41.

34 ORTELLS RAMOS, Manuel [et al.], ob. cit., p. 101.

35 GRANDE SEARA, Pablo, ob. cit., p. 111.

36 En tal sentido se pronuncian civilistas y procesalistas. Sin ánimo de exhaustividad, por los primeros puede verse, ALESSANDRI, Arturo et al., ob. cit., p. 152; y ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, 4ª ed.,

No obstante, si bien creemos que nuestro ordenamiento jurídico sí recoge el principio de relatividad de los efectos de la sentencia -que pretendemos erradicar en esta tesis-, estimamos que ésta no se encuentra consagrada normativamente en el citado inciso segundo del Artículo 3 del Código Civil chileno, como se verá. Señala esta norma que las sentencias *no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren*. Por tanto, ha sido mal interpretada, pues muchos la ven como el fundamento para sostener el límite subjetivo de la cosa juzgada, pero en realidad se trata de otra cosa distinta.

Significa que la autoridad de cosa juzgada no tiene lugar sino con relación a lo que ha constituido el objeto de la sentencia³⁷, es decir, se refiere al denominado «efecto relativo de las sentencias» y por ello su relación se acerca más a los límites objetivos que a los subjetivos de la cosa juzgada, pues con tal expresión se quiere significar que las sentencias resuelven casos concretos, y por ende, no pueden ser invocadas para causas futuras por más similitudes que tengan con lo ya resuelto. De esta manera, la sentencia destruye la posibilidad de repetir el juicio con el mismo objeto.

Así lo entiende también Claro Solar, quien sostiene que la sentencia dictada en una causa no puede ser invocada de un modo general para resolver todos los juicios en que se discuta la misma cuestión de derecho o en que el juez tenga que aplicar la misma disposición legal, y agrega, que el juez falla el caso actual sometido a su apreciación, no los que pudieran presentarse en el porvenir³⁸.

Editorial Jurídica de Chile, 2003, t. I, p. 124. Por los procesalistas, véase STOEHLER MAES, Carlos, ob. cit., p. 128; y ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso...*, cit., p. 164, aunque este último manifiesta que debe replantearse el dogma por resultar insuficiente.

37 CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones...*, cit., t. I, p. 348.

38 CLARO SOLAR, Luis, ob. cit., p. 34.

En similar sentido se pronuncia Romero, quien atribuye dos posibles direcciones a la recta interpretación del artículo transcrito, a saber: 1º) Que la decisión judicial decide un caso en forma singular, sin vincular a otros jueces ni a otros sujetos que no fueron parte del proceso; y 2º) Que el fallo judicial no sirve ni sienta un precedente de obligatorio acatamiento para las decisiones posteriores, y por ello, no puede tener carácter general, esto es, tiene un efecto relativo³⁹.

Por tanto, el citado Artículo 3 del Código Civil chileno, se refiere a los límites objetivos de la sentencia, no a los subjetivos, en el sentido que la decisión en ella contenida no sirve de precedente para otros casos similares.

3. LAS COMPLICACIONES DE LOS LÍMITES SUBJETIVOS

Sostiene Briseño Sierra que los límites de lo juzgado atañen por igual a lo objetivo y a lo subjetivo, y que el problema importante está en lo primero, lo objetivo, siendo lo subjetivo un punto más sencillo y precisable⁴⁰. Discrepamos del maestro mexicano, en el sentido que los límites subjetivos no son menos importantes, ni más sencillos, y junto con Liebman (a quien se suman Allorio, Betti y Carpi, por nombrar algunos), creemos que se trata de un fenómeno extremadamente complejo, sobre todo cuando se trata de determinar la influencia de la sentencia frente a terceros.

Asimismo, coincidimos con este último, en el sentido que existe un dato que no conviene ignorar, y que es el de la coexistencia, al lado

39 ROMERO SEGUÉL, Alejandro, *La Jurisprudencia de los Tribunales como Fuente del Derecho. Una perspectiva procesal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 49.

40 BRISEÑO SIERRA, Humberto, ob. cit., p. 628.

de la relación jurídica que ha sido objeto de decisión y sobre la que incide la cosa juzgada, de otras numerosas relaciones ligadas a ella o que la rozan de diversos modos. Afirmar que aquellas otras relaciones son insensibles al pronunciamiento de la sentencia que ha tenido lugar, puede ser una solución teóricamente muy simple, pero prácticamente inadecuada y llena de inconvenientes⁴¹. Romero se refiere a ello como la comprobación empírica de que en muchos casos la cosa juzgada afecta directa o reflejamente a los terceros, por lo que hace bastante tiempo que la doctrina viene replanteándose el dogma de la *res inter alios*⁴².

De esta manera, tal como se encargaron de recordar especialmente Ihering, Allorio y Carpi, entre otros, la cosa juzgada también tiene operatividad cuando las partes de los distintos procesos son distintas. Por ello, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que la eficacia de la cosa juzgada se extienda a personas ajenas al proceso, siendo las principales hipótesis de tales casos la sucesión de derechos y la conexión jurídica existente entre las partes y los terceros⁴³.

Así, lo normal es considerar el principio de identidad de los sujetos en las partes de la pretensión procesal, considerando que la parte de la pretensión puede cambiar de cualidad. Por ello, lo importante es la identidad jurídica de las partes y no su identidad física, según ya dijimos. Pero siempre surge la duda del alcance de estas identidades, porque siempre pueden surgir en el proceso cuestiones de habilidad, legitimación, sucesión, sustitución, litisconsorcio, intervención de terceros coadyuvantes, intervención de terceristas, etc.

En tal sentido, no siempre queda muy claro si son parte en un juicio aquellas personas cuyo litigio propio ha sido objeto de la sen-

41 LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficacia y autoridad...*, cit., pp. 100-102.

42 ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La cosa juzgada...*, cit., p. 103.

43 PALACIO, Lino Enrique, ob. cit., p. 522.

tencia y que hayan concurrido personalmente o por representación, con la excepción del caso del sustituto procesal quien obra por tener interés propio. Y esto es así, porque la palabra «representante» no abarca todos los casos de sustitución, y no basta decir que la parte será el sustituido y no el sustituto. No puede afirmarse que el legitimado es un representante, porque no actúa por otro que puede asistir, sino en lugar de quien no puede hacerlo. Por ende, el término *parte procesal* induce a equívoco, porque cabe tanto a quien acciona realmente como a quien pretende procesalmente⁴⁴. Por ende, el problema reside en la comprobación de la identidad de las pretensiones.

Palacio sostiene que existe un problema relacionado con la extensión de la cosa juzgada derivada de las sentencias sobre el estado civil y la capacidad de las personas, señalando que gran parte de la doctrina y jurisprudencia se inclina por un efecto erga omnes de aquellas, fundado en el carácter indivisible que reviste el estado civil y en el principio de orden público comprometido en las cuestiones que atañen a la familia. Advierte eso sí, que la eficacia erga omnes en tales casos no puede considerarse absoluta, debiendo correlacionarse con otras pautas como la legitimación para interponer la pretensión, la finalidad de la pretensión y el contenido de la sentencia. Y agrega, cuando la legitimación compete exclusivamente a los titulares de la relación jurídica, la sentencia tendrá efectos erga omnes; tratándose de la finalidad de la pretensión, si ésta tiende a lograr un emplazamiento en el estado de familia, adquiere efectos erga omnes cuando es interpuesta por el hijo contra ambos padres, pero la pretensión de reconocimiento de filiación no matrimonial, sólo tiene eficacia entre las partes; finalmente, en materia de capacidad, el fundamento erga omnes del efecto de la sentencia se encuentra en la necesidad práctica

44 BRISEÑO SIERRA, Humberto, ob. cit., pp. 628 y ss.

de impedir las molestias y vejámenes que para una persona normal entraña su sumisión al proceso de declaración de incapacidad⁴⁵.

Los casos de mayor complejidad, según Casarino, vienen siendo: 1º) Aquel en que se discute si lo fallado respecto a una persona afecta también a sus sucesores a título singular, y aquí las respuestas son variadas. Hay quienes sostienen que lo fallado en relación a una persona afecta siempre a quienes le suceden a título singular, sin discriminar; otra doctrina en tanto, sostiene que hay que distinguir el momento en que se ha producido la transferencia del derecho. 2º) Otro caso, es el del coacreador solidario en relación con los demás coacreedores, y del codeudor solidario respecto de los demás codeudores. 3º) Un tercer caso de dificultad, es la situación de los coacreedores y de los codeudores de obligaciones indivisibles. 4º) Otro, es la situación de los herederos en relación con los legatarios y del deudor principal en relación con el fiador⁴⁶.

En tal sentido, Liebman sostiene que se ha construido una teoría sobre la extensión de la cosa juzgada a terceros, y con ella, una jerarquía entre estos varios terceros interesados que pueden ser principales o subordinados⁴⁷. A continuación, analizaremos los casos en que la regla se complica.

3.1. *Terceros Titulares de un Interés Directo. En especial, la Sustitución Procesal*

Se trata de aquellos sujetos que, no obstante su condición de terceros, se encuentran en una posición jurídica objetiva y subjeti-

45 PALACIO, Lino Enrique, ob. cit., pp. 524, 525 y 526.

46 CASARINO VITERBO, Mario, ob. cit., pp. 134 y 135.

47 LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficacia y autoridad...*, cit., p. 102.

vamente idéntica a la deducida y juzgada en el proceso seguido *inter alios*, de modo que su interés en la sentencia es evidente, y por ello, la eficacia de la cosa juzgada los alcanza de modo directo.

En la medida en que la sentencia decide sobre el modo de ser de la concreta relación o situación jurídica deducida en el proceso, es obvio que los sujetos directamente afectados serán los titulares de la relación o situación enjuiciada. Por ello, para que se configure el efecto extensivo a estos terceros han de verificarse las siguientes condiciones: 1º) Que exista una identidad objetiva y subjetiva entre la relación o situación jurídica litigiosa deducida por las partes en el proceso y la relación o situación jurídica del tercero; 2º) Que, a pesar de lo anterior, el proceso se pueda desarrollar legítimamente en ausencia de ese tercero, sin que se imponga la necesidad de constituir con aquél un litisconsorcio; y 3º) Que exista una disposición normativa que contemple expresamente la extensión de los efectos de la cosa juzgada al tercero, si bien este último requisito no siempre es indispensable.

Esta situación puede generarse al menos en tres situaciones, a saber: 1º) Situaciones jurídicas plurisubjetivas, es decir, con pluralidad de titulares; 2º) Los herederos y causahabientes de las partes, y; 3º) La sustitución procesal⁴⁸. Veamos cada una de ellas.

1º) En el caso de las *Situaciones jurídicas plurisubjetivas*, es decir, con pluralidad de titulares, la ley puede exigir el emplazamiento de todos los titulares de la relación jurídica litigiosa, so pena de que si no comparecen les afecta lo sentenciado; o bien, sin exigir la comparecencia de todos, hacer extensiva la eficacia respecto de ellos, como ocurre con los socios en la impugna-

48 GRANDE SEARA, Pablo, ob. cit., pp. 115-117 y 249 y ss. Véase también MONTERO AROCA, Juan [et al.], *Derecho Jurisdiccional...*, cit., t. II, p. 479.

ción de acuerdos societarios. Se trata entonces, de figuras que generen *litisconsorcio* o de la tutela jurisdiccional de intereses supraindividuales, situación que detallamos en el capítulo III.

- 2º) El caso de *Herederos y causahabientes* de las partes ocurre cuando, tras haberse trabado la litis, se produce una transmisión del objeto litigioso por causa de muerte de uno de los litigantes primitivos. En tal caso, la extensión de la cosa juzgada a los herederos y causahabientes fue vista como algo lógico y normal, ya que estos últimos suceden a sus causantes en los derechos y obligaciones que tenían en vida, colocándose en la misma situación jurídica de aquél. Algunos autores incluyen esto dentro del tratamiento de la Sustitución Procesal.

La muerte constituye un acontecimiento imprevisible e inevitable, que puede alcanzar a una persona que tenga la calidad de parte en la relación procesal. En principio, los herederos del causante tienen una vocación a la continuación del proceso donde su causahabiente era parte; sin embargo, la continuación del juicio por los herederos dependerá de la actitud que éstos asuman frente a la delación de la herencia, esto es, del llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla. Sólo si aceptan la herencia surge la posibilidad de materializar la sucesión procesal en un juicio pendiente donde el causante tenía la calidad de parte. Esta sucesión procesal también podría darse en relación al legatario de especie; si fallece el causante que estaba litigando sobre la especie incluida como legado, el tercero beneficiario puede adquirir la calidad de parte, solicitando ingresar como parte la sucesión procesal⁴⁹.

49 ROMERO SEGUEL, Alejandro, «La sucesión procesal o cambio de partes en el proceso civil» en *Revista Ius et Praxis*, ISSN 0717-2877, Año 17, N° 1, 2011, pp. 263-270.

3º) La noción de *Sustitución Procesal* ha sido objeto de una progresiva construcción dogmática, que no siempre la ha dotado de perfiles estables. En el momento presente, sin embargo, existe un consenso científico en torno a que hablar de sustitución procesal es sinónimo de referirse a situaciones en las cuales un sujeto ejercita en un proceso civil derechos declaradamente ajenos en su propio provecho⁵⁰.

Por distintas razones puede ocurrir que, durante el desarrollo del proceso, el demandante o el demandado sea reemplazado por otro sujeto que pasa a ocupar su sitio en el litigio, al haberse producido un cambio en la titularidad de los derechos subjetivos que conforman el objeto del proceso. Se trata pues, de casos en que un sujeto (sustituto), no litigante, está legitimado para deducir en juicio en nombre e interés propio u derecho o situación jurídica ajena (sustituido). En tal caso, la parte procesal es el sustituto, pero la sentencia afectará al sustituido aún sin haber intervenido, quedando directamente afectado por la decisión judicial. Romero indica que, atendiendo a la causa que la origina, se debe distinguir entre sustitución procesal por muerte de una de las partes (que nosotros vimos hace unos párrafos atrás como situación de herederos y causahabientes) y la surgida por transferencia de la cosa litigiosa por acto entre vivos⁵¹.

Este último caso, se puede originar por diversas causas, en virtud de la celebración de un acto denominado cesión de derechos litigiosos, pero también puede darse por compraventa, permuta o cesión de derechos personales, de un contrato, etc. De igual forma, es

50 SÁNCHEZ LÓPEZ, Bárbara, *La sustitución procesal: análisis crítico* (tesis doctoral), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015, p. 543.

51 ROMERO SEGUÉL, Alejandro, «La sucesión procesal...», cit., pp. 263-270.

posible que este cambio de partes sea justificada por la transferencia de derechos que se producen, por el solo ministerio de la ley, al perfeccionarse o realizarse una serie de actos jurídicos de la más variada naturaleza, dentro de los que encontramos el pago por subrogación, el pago de la indemnización en el contrato de seguro, la transferencia de la empresa, y la fusión de sociedades.

También puede provenir si se hacen efectivas ciertas obligaciones de garantía en un proceso pendiente, como ocurre con la denominada *citación de evicción*, al permitir que un tercero sea citado a un juicio en curso, para que asuma la obligación de defensa que debe prestar a la parte compradora y evite la evicción de la cosa comprada, esto es, la pérdida de la cosa total o parcialmente por sentencia judicial. Si el tercero-vendedor comparece a dicho juicio se seguirá contra él la demanda, generándose de ese modo una sustitución procesal. Si el citado de evicción no comparece, la sustitución no se produce, continuando el juicio entre el demandante y demandado original⁵².

Puesto que, sustituto y demandado (en su calidad de partes) están afectados por la cosa juzgada material según las normas ordinarias, desde el punto de vista de los sujetos el problema se plantea con la posible afectación del sujeto sustituido⁵³, quien dejando de ser parte en el proceso, se verá afectado con lo que se resuelva en él.

3.2. *Efecto Reflejo: Terceros Titulares de un Interés Indirecto*

Liebman anota que es a Ihering a quien debemos la denominación de *efecto reflejo* (los efectos reflejos de un hecho jurídico). Agrega que si bien la teoría fue defendida en Alemania por Wach, el resto

52 Ídem.

53 SÁNCHEZ LÓPEZ, Bárbara, ob. cit., p. 217.

de procesalistas alemanes la desdeñó, y fue en Italia en que encontró cabida, gracias al discípulo de aquél, Chiovenda y los seguidores de este último⁵⁴.

Se trata de una postura que considera a la sentencia como un *hecho jurídico* del cual se desprenden efectos no previstos por el juzgador tras dictar su resolución, ni perseguidos directamente por las partes al promover el proceso, razón por la cual toman el nombre de *efectos indirectos, colaterales, secundarios o reflejos*, cuya causa se haya en la ley o en la conexión de las situaciones jurídicas. Estos efectos se caracterizan por no tener límites subjetivos determinados (como sí los tendría el efecto directo de la sentencia que afectaría sólo a las partes que concurrieron al proceso)⁵⁵.

A diferencia de la situación anterior, aquí los terceros no son titulares de la concreta relación o situación jurídica deducida y juzgada, y por tanto, no son parte necesaria de ese proceso, pero lo son de otra relación que es conexas y dependiente de la juzgada ahí. Esta dependencia se concreta en que la relación jurídica juzgada es prejudicial respecto de la situación del tercero, es decir, el nexo de dependencia se manifiesta en un efecto pre-judicial. El nexo de prejudicialidad-dependencia entre la *res iudicata* y la *res iudicanda* es lo que explica la eficacia refleja que la sentencia despliega frente a estos terceros.

Estas son las situaciones más problemáticas y que generan las mayores controversias doctrinales en relación con la delimitación subjetiva de la cosa juzgada, ya que se discute si estos terceros deben o no quedar afectados por la eficacia de la cosa juzgada, y curiosamente son los que menor interés y dedicación ha merecido de parte de la doctrina.

54 LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficacia y autoridad...*, cit., pp. 106 y 130.

55 ROSENDE VILLAR, Cecilia, ob. cit., p. 494.

A estos terceros les afecta la eficacia refleja de la sentencia, porque sus efectos jurídicos se integran en el supuesto de hecho de la norma que rige la relación o situación jurídica dependiente y que se ha de aplicar para decidir el ulterior proceso en el que ésta se ventile, por tanto, en el nuevo proceso, los efectos jurídicos de aquella sentencia operan como hechos constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes, de los cuales se extraen ciertas consecuencias jurídicas para la relación o situación jurídica dependiente para sus titulares⁵⁶.

Esto ocurre, por ejemplo en las siguientes situaciones: 1º) Del fiador respecto de la relación entre el acreedor y el deudor principal; 2º) En la del subarrendatario respecto del arrendador y el arrendatario; 3º) En la del asegurador respecto de la relación entre el perjudicado y el causante del daño; 4º) En la del socio con responsabilidad ilimitada respecto de la relación entre la sociedad y sus acreedores; y 5º) En la del deudor solidario respecto de la relación entre su codeudor y el acreedor.

3.3. *Terceros Titulares de un Interés Incompatible y Autónomo*

Se refiere a aquellos terceros procesales que afirman la titularidad de una relación o situación jurídica independiente e incompatible con la que fue objeto del proceso, y que por tanto, excluye la deducida por las partes principales.

Los supuestos más frecuentes se dan en el ámbito de derechos calificados de absolutos, dado su carácter de exclusividad, como los derechos reales, en los que no pueden coexistir dos sujetos que afirmen ser titulares exclusivos sobre un mismo objeto. Pero también puede darse la situación en el caso de derechos relativos obligacio-

56 GRANDE SEARA, Pablo, ob. cit., pp. 119-121 y 365 y ss.

nales, como ocurre si dos sujetos afirman ser titulares de un mismo crédito en contra de un sujeto pasivo.

Lo que interesa al respecto en estas situaciones, es si la sentencia llega a afectar a estos terceros, siendo *communis opinio* que aquellos no se verían alcanzados por la eficacia de la cosa juzgada de aquella sentencia, por tener la condición de terceros indiferentes respecto de tal sentencia. Ello significa que el tercero que se afirma titular del derecho o interés jurídico incompatible, podrá incoar un nuevo proceso frente al mismo demandado o demandante victorioso, instando la tutela jurisdiccional de su derecho o interés, sin que le sea oponible la cosa juzgada del proceso anterior. Eso sí, estos terceros no se encuentran jurídicamente legitimados para intervenir en el proceso, ni siquiera adhesivamente⁵⁷.

3.4. Terceros Titulares de un Interés meramente fáctico

Aquí nos referimos a los denominados terceros jurídicamente indiferentes, cuya relación o situación jurídica es subjetivamente conexas a la principal, pero independiente de ésta y perfectamente compatible con la cosa juzgada.

Suelen ser definidos como el sujeto titular de una relación jurídica que, no estando jurídicamente vinculada con la juzgada, respecto de la cual es autónoma, puede sufrir ventajas o desventajas de la sentencia dictada *inter alios*, en cuanto la actuación de su relación está condicionada por el contenido del pronunciamiento o la defensa procesal de la misma puede verse perjudicada por la decisión dictada.

La regla general es que estos terceros no se vean perjudicados por la sentencia, pero puede darse el caso que en virtud de tal con-

57 GRANDE SEARA, Pablo, ob. cit., pp. 121-123 y 469 y ss.

xión subjetiva, exista un interés fáctico en el resultado de la sentencia, que podría reportarles ventaja o desventaja en su propia relación o situación jurídica. En tales situaciones se sostiene que estos terceros deberán soportar el perjuicio que es perfectamente legítimo, es decir, si se ven alcanzados por la eficacia de la cosa juzgada. La excepción a lo anterior, ocurre cuando la cosa juzgada que pretende afectarlos desfavorablemente, emana de un proceso fraudulento (un juicio montado en fraude de estos terceros)⁵⁸.

3.5. *Problemas de la Cosa Juzgada Penal en materia Civil*

La mayoría de la problemática que genera la cosa juzgada penal ha sido puesta de manifiesto por Carnelutti⁵⁹. Entre los problemas que detecta, señala el caso del delito de receptación, que requiere de la existencia de un delito previo como requisito de la configuración de éste; también que la eficacia de la cosa juzgada penal en materia de obligaciones civiles provenientes del delito entre el ofensor y el ofendido, se aplica la eficacia directa *inter alios* y no la regla *erga omnes* que se predica de la cosa juzgada penal.

Trayendo la problemática a Chile y siguiendo a Ried⁶⁰, en la ley procesal chilena está vigente una norma que permite invocar la cosa juzgada civil si se alega que previamente existió una sentencia absolutoria penal o un sobreseimiento definitivo fundado en la «inexistencia

58 GRANDE SEARA, Pablo, ob. cit., pp. 124-125 y 466 y ss.

59 CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, El Foro, Buenos Aires, 1994, pp. 262 y ss.

60 RIED UNDURRAGA, Ignacio, «El efecto de cosa juzgada de la sentencia penal absolutoria y del sobreseimiento definitivo en el Proceso chileno de responsabilidad civil» en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 24, Julio 2015, p. 10.

del delito o cuasidelito». Se trata del Art. 179 del Código de Procedimiento Civil, la que ha sido un quebradero de cabeza para la ciencia procesal, porque su aplicación *no razonada* permite llegar a soluciones injustas, dotando de efecto de cosa juzgada a una sentencia penal, sin el requisito de la triple identidad legal, irradiándose sus efectos más allá de los hechos mismos y de las personas del primer proceso absuelto o sobreseído.

Todo ello trae como consecuencia que deba exonerarse de la responsabilidad civil al imputado respecto de *hechos* no absueltos en sede penal; y, asimismo, permite sustentar la exoneración de un tercero civilmente responsable, ajeno también al proceso absuelto o sobreseído.

3.6. *Extensión erga omnes*

Las cuestiones *erga omnes* comienzan por el resultado del fallo penal, en cuanto a la existencia del hecho como en la culpa del condenado, que valen para cualquiera, no sólo respecto de quien fue imputado. El mismo alcance tienen las sentencias relativas al dominio⁶¹. Por tanto, se trata de un efecto que se da en las sentencias en las que se atiende al interés público que subyace en el asunto, en el que se prevé que la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos, como ocurre en los casos sobre *status* (estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad) la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil. Debe tenerse en cuenta que en estos supuestos no se trata simplemente de los efectos constitutivos de la sentencia, sino de una verdadera extensión general de la cosa juzgada.

61 FALCÓN, Enrique M., *Tratado...*, cit., p. 683.

Este efecto constitutivo llevará a que una persona sea capaz o incapaz frente a todos, incluidos los no legitimados para interponer la pretensión de incapacitación, pero la cosa juzgada supone, además, que si una persona es declarada capaz el efecto vinculante de la sentencia comprende a todos los legitimados para pedir la declaración de incapacidad, a los cuales podrá oponerse la excepción aunque no hayan sido parte en el proceso anterior⁶².

Es también interesante lo que sucede con los actos administrativos y su anulación en sede contencioso-administrativo, que producen efectos *erga omnes*, debido a que el objeto del contencioso-administrativo no es la protección de un derecho subjetivo ni un interés legítimo, sino el imperio de la ley en defensa de la recta administración⁶³.

Por tanto, junto con Carpi, concluimos que las particularidades de las situaciones subjetivas tuteladas justifican y dan razón a la necesidad de llegar a una extensión *ultra partes* de la cosa juzgada⁶⁴.

4. LA INSUFICIENCIA DE LA JUSTIFICACIÓN LEGAL Y DOCTRINAL DE LA EXPANSIÓN DE LOS LÍMITES SUBJETIVOS DE LA COSA JUZGADA

El problema de los límites de la cosa juzgada es un contenido de la Teoría General del Proceso que fue detectada por Rocco antes que nosotros, por lo que en los siguientes subnumerales seguiremos su planteo⁶⁵.

62 MONTERO AROCA, Juan [et al.], *Derecho Jurisdiccional...*, cit., t. II, pp. 479 y 480.

63 FALCÓN, Enrique M., *Tratado...*, cit., p. 684.

64 CARPI, Federico, ob. cit., p. 127.

65 ROCCO, Ugo, ob. cit., pp. 352-358.

Tanto la doctrina antigua como la moderna, al plantear el problema fundamental de los límites subjetivos, han incurrido en un equívoco fundamental en el planteamiento de dicho problema.

4.1. *Error e inexactitud de las premisas de los Límites Subjetivos*

Todos los autores, al empeñarse en resolver dicho problema, parten de la premisa común de que la cosa juzgada debe tener efectos *relativos*, esto es, limitados a las partes, restringiendo el concepto de parte y afirmando en consecuencia, que ningún efecto debería desplegar la cosa juzgada en relación con los llamados terceros.

El problema para tales autores consistiría únicamente en explicar, según un concepto y una fórmula que se desearía fuera general, por qué razón en una serie de casos no indiferentes, constituirían otras tantas excepciones a la regla de la eficacia «*inter partes*», los efectos de la cosa juzgada se extienden a una categoría de sujetos mucho más amplia que las solas partes, al punto de tener valor en algunos casos, no sólo en relación con los llamados terceros, sino también «*erga omnes*». Todo el problema de los límites subjetivos, según tales puntos de vista, consiste en conciliar las llamadas excepciones con la regla fundamental de la eficacia «*inter partes*»: salvar la regla y reunir, dentro de lo posible, bajo conceptos generales los casos de excepción. Las tentativas hechas en este sentido han fracasado lamentablemente, porque no es en esos términos como puede plantearse el problema.

En efecto, Rocco indica que la regla de la eficacia «*inter partes*» como las excepciones de la eficacia frente a «*terceros*» o «*erga omnes*», no sólo no están demostradas, siendo arbitrarias, sino que son completamente erróneas. Así, no es exacto afirmar que en algunas categorías de acciones (pretensiones) como las referidas al estado civil, se pueda tener una eficacia de la cosa juzgada «*erga omnes*», y en otras no. Pero es más, también es errónea e inexacta la afirmación de que la cosa juzgada puede tener eficacia frente a los llamados «*terce-*

ros» (eficacia refleja). ¿Quiénes son los «*terceros*» para estos efectos? Adoptando un criterio estrictamente formal, serían aquellos que no participaron en el juicio, pero sucede que en realidad estos «*terceros*» habrían podido participar porque siempre han tenido legitimación para intervenir en el juicio. De suerte que los sujetos que la doctrina considera «*terceros*» únicamente por su no participación material en el juicio, en realidad, no son tales, ya que siempre habrían estado legitimados para intervenir.

Pasando al concepto de «*parte*», éste nunca ha sido bien fijado, pues puede tomarse en los más variados significados. Esta inexactitud es más evidente si se quiere considerar como «*partes*» únicamente a aquellos que en el proceso asumieron la figura de actores o de demandados. Por lo tanto, las premisas en que se funda el planteamiento del problema de los límites subjetivos, son completamente erróneas.

4.2. *Planteamiento del problema de los Límites Subjetivos*

El problema de los límites subjetivos de la cosa juzgada, es frente a qué sujetos despliega la cosa juzgada sus efectos jurídicos, esto es, quiénes son los destinatarios de aquellos derechos y obligaciones jurídico-procesales que nacen de la autoridad de cosa juzgada. Y ese es todo el problema, determinar cuáles son los sujetos afectados por dicha eficacia obligatoria significa, a un mismo tiempo, determinar cuáles son los sujetos que no quedan vinculados por dicha eficacia. Planteado así el problema, debe tener necesariamente una solución única, es decir, la solución tiene que conducir a encontrar una regla única que constituya la clave para la solución de todos los problemas de los límites subjetivos de la cosa juzgada.

5. CUANDO LA REGLA GENERAL ES LA EXCEPCIÓN

Existe un conocido aforismo cuyo verdadero significado ha sido tergiversado, y dicha tergiversación se encuentra tan difundida que se tiene por cierta incluso entre conocedores y estudiosos del Derecho. Nos referimos al aforismo «*la excepción confirma la regla*», y la verdad es que se trata de una errada traducción de la máxima latina *EXCEPTIO PROBAT REGULAM*, cuyo verdadero significado es «la excepción pone la regla a prueba»⁶⁶. Si bien se mira, se trata de una sutileza en la traducción, pero que cambia por completo el significado que se le ha venido dando, pues su verdadero alcance es que la excepción rompe la regla, es decir, la pone en duda, no la confirma.

Traemos esto a colación, pues creemos (y nos proponemos demostrar) que una regla no puede tener excepciones, pues en tal caso, deja de ser regla (tal como lo indica el aforismo original). Con nosotros, Allorio considera que la eficacia y el valor de una regla proviene no de la existencia de excepciones, sino de la ausencia de éstas, ya que el admitir excepciones frecuentemente implica socavar la regla⁶⁷.

Couture, acertadamente razona que la máxima *res iudicata tertio non nocet* no es absoluta, y que en numerosas circunstancias de hecho, los terceros resultan alcanzados por la sentencia⁶⁸. A continuación veremos un sinnúmero de excepciones a la denominada regla general sobre el efecto relativo de las sentencias, o lo que es lo mismo, el límite subjetivo de la cosa juzgada, que lo que hacen es demostrar que la regla general no es tal.

66 BIERCE, Ambrose, ob. cit., p. 90.

67 ALLORIO, Enrico, ob. cit., p. 47, en nota al pie número 7 de dicha página.

68 COUTURE, Eduardo J., *Estudios...*, t. III, cit., p. 150.

5.1. Efecto Reflejo de la Cosa Juzgada

La primera excepción es el *efecto reflejo* de la cosa juzgada. Poco más diremos aquí de lo que ya dijimos al respecto en el acápite 3 de este capítulo, donde señalamos, siguiendo a Liebman, que fue Ihering el ideólogo de su denominación y Chiovenda quien la difundió⁶⁹.

Se trata de una postura que considera a la sentencia como un *hecho jurídico* del cual se desprenden efectos no previstos por el juzgador tras dictar su resolución, ni perseguidos directamente por las partes al promover el proceso, razón por la cual toman el nombre de *efectos indirectos, colaterales, secundarios o reflejos*, cuya causa se haya en la ley o en la conexión de las situaciones jurídicas. Estos efectos se caracterizan por no tener límites subjetivos determinados (como sí los tendría el efecto directo de la sentencia que afectaría sólo a las partes que concurrieron al proceso)⁷⁰.

Entonces, el *efecto reflejo* consiste en la transmisión a los terceros de la cosa juzgada, sin que tal efecto sea querido por la ley ni haya sido previsto por el juez, los que se verifican como consecuencia de una concomitante situación de derecho sustancial, en el sentido que la sentencia influye sobre la relación jurídica del tercero, a través de la regulación dada a la relación entre las partes⁷¹.

Se trata de terceros que tienen interés en el pleito, terceros que siendo o no siendo parte, son alcanzados por los efectos de la sentencia. Esto se llama efecto reflejo de la cosa juzgada. La excepción no confirma la regla, la excepción rompe la regla. La norma general es que la sentencia solo afecta a las partes en juicio. El efecto reflejo

69 LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficacia y autoridad...*, cit., pp. 106 y 130.

70 ROSENDE VILLAR, Cecilia, ob. cit., p. 494.

71 CARPI, Federico, ob. cit., p. 61.

cuando la sentencia afecta a algunos terceros que tiene interés directo o indirecto.

5.2. *Las Sentencias Constitutivas de Dominio o Propiedad*

Las pretensiones que persiguen determinar o constituir el dominio de un bien raíz en un proceso civil, el Juez deberá fallar a favor de una de las partes. ¿Ese bien pasa a ser del vencedor sólo respecto del demandado y ahora tendrá que litigar con el resto del mundo para que declaren que el bien le pertenece? No, verdad.

Las sentencias constitutivas, sostiene la doctrina, surten efectos erga omnes, tal es el caso de las sentencias que establecen una nueva situación jurídica dominial, constituyendo en propietario de un bien raíz a quien antes de ella era su poseedor, en tal caso, la sentencia producirá efectos *erga omnes* desde que el nuevo derecho de propiedad constituido es de naturaleza real⁷², y la relación de dominio no suele darse entre el sujeto y la cosa, sino entre el sujeto propietario y el resto del mundo. Así ocurre con todas las sentencias constitutivas, pero, se ha llegado a afirmar que existen casos de sentencias declarativas que también producen sus efectos contra todos. En tal sentido, Couture propone que tal sería el caso de aquella que declara la prescripción adquisitiva⁷³, lo que se fundaría en que se trata de un modo de adquirir la propiedad.

5.3. *Sentencias que recaen sobre el Status de las personas*

Nos referimos aquí a diversas sentencias que inciden sobre el *status* de las personas naturales, entre las que se cuentan obviamente el *estado civil*, pero también otras cuestiones (así, según veremos, se consi-

72 ALVARADO VELLOSO, Adolfo, ob. cit., p. 629.

73 COUTURE, Eduardo J., *Estudios...*, t. II, cit., p. 247.

dera la declaratoria de quiebra como modificadora del *status* del comerciante, y la interdicción por demencia que altera el *status* del interdicto).

Al abordar este tema, Carpi toma el concepto de *status* de Re-denti, quien sostiene que se trata de una *síntesis ideal de particulares posiciones que asumen a veces enteras categorías de relaciones sociales, jurídicamente relevantes, entre un sujeto y todos los demás, en base a ciertos presupuestos de hecho*. Luego, indica que Coviello llegó a afirmar como indubitable que en el Derecho Romano las sentencias pronunciadas sobre el estado de las personas tenían autoridad sobre todos (*ius quoad omnes*)⁷⁴.

Varsi afirma que una larga controversia se ha tratado en torno al problema de los efectos de las sentencias en cuestiones de estado civil, a fin de determinar si una sentencia dictada en tales juicios tiene valor de cosa juzgada *erga omnes*, y no puede volver a ser discutida por nadie o si, por el contrario, solo tiene efectos entre las partes; siendo mayoritaria la teoría *erga omnes* en razón de que se afirma que el estado civil es indivisible, y por ello, no es posible que respecto de una persona se posea un estado y no se lo tenga respecto de otra, agregando más adelante que no cabe el establecimiento e una filiación *in diminuto*⁷⁵.

Por lo dicho, todas las sentencias estimatorias de las pretensiones de separación judicial, nulidad de matrimonio y divorcio, tienen la particularidad de producir efectos absolutos, es decir, oponibles frente a todos, para las partes desde que la sentencia definitiva queda firme, y para el resto, desde que es inscrita al margen de la inscripción matrimonial del Registro Civil⁷⁶. Así, la sentencia firme que declare el

74 CARPI, Federico, ob. cit., pp. 270 y 271.

75 Véase VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, ob. cit., t. I, p. 368; y t. IV, p. 273.

76 NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio, *Derecho Procesal de Familia*, Legal Publishing, Santiago, 2012, pp. 503 y 504.

divorcio, una vez inscrita en el Registro Civil, otorga a los antes cónyuges, el estado civil de «divorciados», por tanto, es desde entonces, oponible a terceros⁷⁷.

Lo mismo ocurre con cualquier otra sentencia que recaiga sobre el estado civil de una persona, y con los procedimientos judiciales de determinación e impugnación de filiación. La sentencia dictada en los juicios de filiación, sean estimatorias o desestimatorias de la pretensión (desconocimiento de paternidad, determinación de filiación, impugnación de filiación, anulabilidad del acto jurídico de reconocimiento de filiación, y anulabilidad del acto jurídico de repudiación de filiación), producen efectos absolutos (*erga omnes*)⁷⁸.

Finalmente, otro tanto ocurre con la declaración de interdicción del pródigo y del demente, quienes tras la dictación de la sentencia respectiva, quedan incapacitados para ejercer por sí mismos la administración de su patrimonio, cuestión que afectará no sólo a quienes fueron parte del proceso de interdicción, sino también a todos los terceros que fueren a celebrar negocios jurídicos con los interdictos tras su declaratoria.

Al respecto, resulta esclarecedor el siguiente ejemplo: si la sentencia declara que Juan es hijo de Pedro, es de toda lógica que, al mismo tiempo, será hermano de José (hijo también de Pedro), y nieto de Diego (padre e Pedro), aun cuando ni José ni Diego hayan sido parte del juicio de determinación de filiación⁷⁹.

77 BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo Derecho Matrimonial chileno*, Legal Publishing, Santiago, 2004, p. 396

78 NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio, ob. cit., p. 528.

79 Ejemplo dado por ALVARADO VELLOSO, Adolfo, ob. cit., p. 628.

5.4. Resoluciones Cautelares y Ejecutivas

Las resoluciones cautelares y la que despacha el mandamiento de ejecución y embargo, son sentencias interlocutorias cuyos efectos se extienden más allá del afectado con la medida cautelar respectiva y/o del ejecutante y ejecutado.

En efecto, la doctrina es unánime al señalar que la traba de embargo sobre un bien, lo torna indisponible para su propietario y lo saca del comercio, toda vez que existe objeto ilícito en la enajenación de bienes embargados por decreto judicial⁸⁰. Así también lo afirma Puga, quien dice que el embargo ejecutivo singular (al igual que el concursal) afecta *erga omnes*, por lo que todos deben respetarlo y para todos habrá objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas, sean o no parte en el proceso singular o colectivo⁸¹.

Otro tanto ocurre con la resolución en que se concreta la enajenación forzosa, adjudicando el bien que fuera objeto de embargo, al mejor postor en remate o subasta públicos. A este respecto, Ortells Ramos afirma que el embargo y posterior enajenación de bienes, afecta a los terceros de hecho, puesto que puede conducir a la reducción del patrimonio disponible del ejecutado, y puede afectarle jurídicamente al tercero si su crédito es preferente al del ejecutante⁸². Por su parte, Vegas Torres nos recuerda a los terceros ocupantes de inmue-

80 Sin ánimo de ser exhaustivo, véanse: VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, 3ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998, p. 127; y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Teoría General del Negocio Jurídico*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2013, p. 144.

81 PUGA VIAL, Juan Esteban, *Del Procedimiento Concursal de Liquidación*, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, p. 331.

82 ORTELLS RAMOS, Manuel [et al.], ob. cit., p. 609 y 610.

bles que son enajenados en la ejecución, que aun cuando se les oiga, son alcanzados por la enajenación en pública subasta⁸³.

5.5. *Procedimientos Concursales de Liquidación (Quiebra)*

En los procedimientos concursales (llámese liquidación, quiebra u otra denominación), todo tiende a conocimiento público, pues si alguien pide la declaratoria de insolvencia (quiebra o bancarrota) de una persona natural o jurídica, ello obviamente interesa al resto de sus acreedores. Es por esta razón que la demanda se notifica personalmente al demandado que ha caído en cesación de pagos y por medio de avisos en el Boletín Concursal para que se entere el resto de sus acreedores y, de esta manera, puedan estos últimos ejercer los derechos que correspondan (verificar sus créditos).

La opinión siempre autorizada de Carreras en materia concursal, sostiene que la declaración de quiebra es la resolución judicial que crea el estado jurídico de quiebra de un comerciante concreto (en la legislación española) y abre el proceso de quiebra. Se trata por tanto, de una resolución constitutiva que crea un estado jurídico que no existía anteriormente y modifica la disponibilidad de una persona respecto de su patrimonio. Más adelante, señala que la fijación de la fecha de retroacción de la quiebra debe ser igual para todos, por lo que la fecha ha de valer *erga omnes*⁸⁴.

La resolución que recae en la etapa de apertura del procedimiento concursal de liquidación (ex juicio de quiebra) es una sentencia definitiva ejecutiva de carácter universal y colectivo en razón de

83 En DE LA OLIVA SANTOS, Andrés [et al.], *Curso...*, cit., p. 450.

84 CARRERAS LLANSANA, Jorge, *Estudios e informes en materia concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 63 y 139.

la naturaleza plural de la ejecución en que incide, cuestión que es de la esencia de la sentencia definitiva del juicio concursal. De alcance colectivo, porque no extiende sus efectos a una persona determinada, sino a todos los miembros de un determinado *status* jurídico: el *status* de acreedores del fallido al momento de dictarse la resolución, todos los cuales serán afectados por la cosa juzgada que emana de esta sentencia. Por ello, los comercialistas sostienen uniformemente que esta sentencia produce efectos *erga omnes*, afectando incluso a aquellos que no han sido llamados al juicio respectivo (tal es la opinión manifestada en Chile por Puelma Accorsi, Román Rodríguez, Contreras Strauch, Gómez Balmaceda, y Eyzaguirre Smart, y en el extranjero por Cuzzi, Cicu y Lyon Caen-Renault)⁸⁵.

5.6. Sentencias Penales

Cuando un individuo en una sentencia penal es declarado culpable o inocente, ¿qué ocurre con ese individuo en relación con el resto de la sociedad? El individuo declarado culpable o inocente no lo será sólo para el Ministerio Público, el Defensor y el Juez, lo será para toda la sociedad.

Ya lo decía Manzini, citado por Carnelutti, que la cosa juzgada penal *facit ius erga omnes y no sólo inter partes*. Mientras que este último afirma que la cosa juzgada penal vale *ultra rem* (en vez de decir *ultra partes*), esto es, *erga omnes* para establecer no sólo la existencia del delito, sino también la existencia de hechos declarados ciertos en orden a la declaración de certeza del delito⁸⁶.

85 Por todos los nombrados, véase PUGA VIAL, Juan Esteban, ob. cit., pp. 327-330.

86 CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones...*, cit., pp. 255 y 269.

La sentencia absolutoria o condenatoria en materia penal es inmutable y definitiva frente a todo el mundo, con fuerza *erga omnes*, pues nadie puede desconocerla ni pretender un nuevo proceso contra ese imputado por los mismos hechos, ni desconocer su absolución⁸⁷. Sus límites subjetivos quedan delimitados por la identidad de la persona del imputado, independientemente de quien sea el acusador, que en un primer juicio podría ser el Estado a través de su ente persecutor (Ministerio Público o Fiscalía) y en el segundo podría ser perfectamente un particular (querrela y/o acusación particular), lo que será indiferente, pues si la persona del imputado es la misma (y el hecho imputado también lo es) existirá cosa juzgada; cuyo efecto en este caso es *erga omnes*, porque el que una persona haya sido juzgada ya por un hecho, agota o consume el *ius puniendi* respecto de ella⁸⁸.

Extrañamente, este efecto queda de manifiesto cuando la doctrina se refiere a los alcances de la cosa juzgada penal en materia civil, en donde se enseña que las sentencias condenatorias penales siempre producen cosa juzgada en materia civil, expresando que en tales casos, no podrá ponerse en duda, en el juicio civil, la existencia del hecho que constituya el delito ni sostenerse la inculpabilidad del condenado⁸⁹.

Lo anterior se debe al escaso tratamiento que ha recibido la cosa juzgada en materia penal, según acusa Nieva, debido a que toda su teoría fue desarrollada en torno al proceso civil (tomando como base el *Corpus iuris civilis*)⁹⁰. En similar sentido se pronuncia De la Oliva⁹¹,

87 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, ob. cit., p. 455.

88 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, ob. cit., t. II, p. 2364.

89 CASARINO VITERBO, Mario, ob. cit., p. 145.

90 NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, B de F, Buenos Aires, 2012, p. 302.

91 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre...*, cit., pp. 160, 162 y 164.

quien señala que la *communis opinio* sobre la cosa juzgada penal es que ésta sólo produce la función excluyente (efecto negativo) y no la prejudicial (efecto positivo); es decir, se mira sólo desde el punto de vista de impedir un segundo juicio, lo que a nuestro entender implica confundir cosa juzgada con la institución del *bis in idem*.

Contra esta *communis opinio*, continúa De la Oliva, se han alzado Manzini y Carnelutti. Este último manifiesta que se declara dispuesto a admitir que el coimputado pueda beneficiarse del fallo pronunciado contra su copartícipe, en cuanto la cuestión decidida fuera común a su proceso, y sea propicia a los fines de su defensa⁹². Así, De la Oliva llega a concluir que tal problema se centra en lo que debemos entender por el objeto de la cosa juzgada penal.

Por otro lado el efecto *erga omnes* de la cosa juzgada penal en el juicio civil ha sido objeto de interpretaciones judiciales dispares, pero Ried afirma que la abrumadora mayoría de los fallos la reconocen, en especial, cuando se reúnen los siguientes requisitos copulativos: 1º) Pronunciamiento acerca de la responsabilidad del tercero civilmente responsable en accidentes de tránsito (empresa propietaria del vehículo o empleador del conductor); 2º) Existió un sobreseimiento definitivo o absolución penal que benefició a quien intervino directamente en el accidente, fundado en que no existió delito o cuasidelito; y 3º) Esa inexistencia está asentada sobre la falta del elemento subjetivo del tipo (dolo o culpa). Concluye que en tal caso, parece justo que se entienda que la falta de negligencia del imputado beneficia también al tercero civilmente responsable⁹³.

92 CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones...*, cit., p. 261.

93 RIED UNDURRAGA, Ignacio, ob. cit., p. 45.

5.7. Control de Constitucionalidad y Convencionalidad

Hay dos tipos de procedimientos que se siguen ante el Tribunal Constitucional en Chile, el que nos interesa a nosotros es aquel que declara la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de una norma con efectos generales, porque en un proceso en el que participan sólo algunos sujetos, el órgano jurisdiccional constitucional declara inaplicable una norma para todo el país. La declaración de inconstitucionalidad de norma legal, pronunciada por el Tribunal Constitucional, tiene efectos absolutos erga omnes, en el sentido que torna a la norma inaplicable.

Ahora bien, a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de norma legal, suele atribuírsele un «efecto derogatorio», que no compartimos. Así lo declara el mismo Tribunal Constitucional, al decir «*la declaración de inconstitucionalidad constituye el último recurso, la última ratio para asegurar la supremacía constitucional, dado que implica dejar sin efecto, **con carácter derogatorio**, un acto emanado del órgano legislativo, expresión de la soberanía popular, lo que eventualmente puede generar un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de un determinado precepto legal que se expulsa del ordenamiento jurídico por ser manifiestamente contrario a la Constitución*». Con nosotros, Garrote considera que no se trata de un «efecto derogatorio», sino más bien invalidatorio, porque la derogación sólo puede ser declarada por la Función Legislativa, no por un órgano jurisdiccional⁹⁴.

Al respecto, agrega Garrote que si bien nuestra Constitución habla de «*derogación*», se trata de una expresión poco feliz e impropia, pues

94 ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Acciones de Inaplicabilidad e inconstitucionalidad*, 2ª ed., Legal Publishing, Santiago, 2011, p. 49. Igualmente, GARROTE CAMPILLAY, Emilio Alfonso, ob. cit., pp. 394 y 395.

la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad tiene efectos generales *erga omnes*, y opera como una sanción depuradora del ordenamiento jurídico, dado que la norma declarada inconstitucional es invalidada, dejando de formar parte del ordenamiento jurídico nacional⁹⁵.

En esta materia, Blasco llega a sostener que los efectos *erga omnes* de la sentencia constitucional tienden a destruir la identidad subjetiva de la cosa juzgada, es decir, hace desaparecer los límites subjetivos de la misma, porque tiende a vincular la sentencia frente a todos, sin necesidad de que concurren las identidades de las partes en un próximo proceso⁹⁶.

En lo que respecta a control de convencionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha inclinado por declarar con efecto *erga omnes* sus fallos en tal sentido, en los casos referidos al derecho interno peruano «Barrios Altos», «Tribunal Constitucional de Perú» y «La Cantuta», sosteniendo que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no se agota en la parte resolutive de sus fallos, que se refiere al caso particular, sino que se multiplica expansivamente, valga la redundancia, a los fundamentos del fallo, obligando a todos los poderes del Estado para la generalidad de los casos similares⁹⁷.

5.8. Resoluciones del Contencioso Administrativo

Decir que el objeto del Derecho Procesal Administrativo, cuya denominación más difundida ha sido la de *Contencioso Administra-*

95 GARROTE CAMPILLAY, Emilio Alfonso, ob. cit., p. 419.

96 BLASCO SOTO, María del Carmen, «Reflexiones en torno a la fuerza de cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, ISSN 0211-5743, Año 14, N° 41, Mayo-Agosto, 1994, p. 44.

97 Fallos citados por AMAYA, Jorge Alejandro, ob. cit., p. 381.

tivo, es aquella pretensión que dice relación con la declaración de nulidad de un acto administrativo, resulta limitativo sólo a una parte del conocimiento de esta esfera procesal que deja fuera la pretensión de *plena jurisdicción*, que consiste en obtener la reparación de daños ocasionados a particulares por el actuar estatal. Por ello, actualmente la doctrina reconoce las siguientes acciones administrativas (o mejor dicho, pretensiones): 1º) De nulidad (o de *exceso de poder*, como se le conoce en Francia); 2º) De plena jurisdicción (indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado); 3º) De interpretación; 4º) De represión; y 5º) De cautela⁹⁸.

Por nuestra parte, recurrimos al concepto de esferas o áreas de conocimiento o de conflicto en las que se aplica el Derecho Procesal, distinguiendo al efecto la que corresponde al Proceso Administrativo cuando el conflicto se genera entre el Estado, actuando en calidad de autoridad, y uno o más particulares, lo que no debe ser confundido con el procedimiento administrativo, que es otra cosa (petición unilateral del particular al Estado).

Existe uniformidad de criterio en sostener que la sentencia que pronuncie un órgano jurisdiccional con competencia contenciosa administrativa, en el proceso en que se haya interpuesto una pretensión de nulidad de Derecho Público, en el que se declare dicha invalidación, genera efectos *erga omnes*, pues se trata de la nulidad de un acto de efectos generales dictado por la Administración del Estado, como en el caso de la nulidad de reglamentos, por lo que resultaría absurdo que sólo unos pocos se vieran beneficiados con la nulidad de un acto

98 En tal sentido, BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 259 y ss., sólo menciona las primeras cuatro. En tanto, CORDERO VEGA, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Legal Publishing, Santiago, 2015, pp. 616 y ss., tomando el modelo francés, se refiere a las cinco.

declarado contrario a derecho⁹⁹. Así también ocurre en el Derecho francés, al decir de Ferrada, quien sostiene que en materia de acción de anulación la sentencia que acoge el recurso tiene efectos *erga omnes* e incluso retroactivos en dicho país¹⁰⁰.

García de Enterría y Fernández precisan que los efectos *erga omnes* que emanen de la anulación de una disposición o acto, no alcanzará a los actos firmes dictados en aplicación de la referida disposición con anterioridad a la sentencia anulatoria. Agregan también que el efecto *erga omnes* de la anulación de una disposición general obligan a publicar la sentencia respectiva en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada¹⁰¹.

Por su parte, Comadira y Lagarde aclaran que el efecto *erga omnes* de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad o la nulidad de un acto, se limita a aquellos en que el vicio es inherente a la propia ley o acto, mas no derivada exclusivamente de su aplicación a un caso concreto¹⁰².

99 En ese sentido, COMADIRA, Julio Pablo y LAGARDE, Fernando, «La cosa juzgada en el proceso contencioso administrativo» en VV.AA., *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Director: Juan Carlos Cassagne, La Ley, Buenos Aires, 2007, t. II, pp. 142 y 153; y también DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre...*, cit., pp. 128 y ss.

100 FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, «La clasificación de los recursos o acciones contencioso-administrativas en el Derecho Administrativo chileno: la influencia de la doctrina francesa en nuestro derecho y su aplicación jurisprudencial» en VV.AA., *Doctrina y Enseñanza del Derecho Administrativo chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*, Editores: Juan Carlos Ferrada Bórquez et al., Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2016, p. 325.

101 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 11ª ed., Civitas, Madrid, 2008, t. II, pp. 669 y 670.

102 COMADIRA, Julio Pablo y LAGARDE, Fernando, ob. cit., p. 146.

Ahora bien, algunos autores sostienen que sólo la sentencia que disponga la nulidad de un acto administrativo ha de tener efectos *erga omnes*, dejando fuera de esta extensión a la sentencia que declare una pretensión de *plena jurisdicción*¹⁰³, cuestión que no compartimos, pues en una acción con pretensión de *plena jurisdicción*, como una demanda que persigue la responsabilidad patrimonial del Estado de Chile y pretende obtener una indemnización de perjuicios en su contra; la sentencia que se dicte en dicho procedimiento nos afecta a todos porque el pago de la indemnización saldrá del erario público, es decir, la pagamos todos nosotros.

En otro orden de materias, los efectos de una sentencia pronunciada por los Tribunales Ambientales, en materia anulatoria, son *erga omnes*. Es más, la doctrina afirma que toda anulación de actos administrativos debe operar *erga omnes*, pues se trata de una exigencia derivada del carácter indivisible del principio de legalidad.

En efecto, porque el orden social es el mismo para todos, no puede tolerar un acto administrativo respecto de unos y rechazarlo respecto de otros. Así, sería absurdo que si se anula una sanción administrativa sin emplazar al infractor, ésta fuese anulada para el órgano administrativo pero permaneciera válida para ese infractor no emplazado¹⁰⁴.

6. CONCLUSIONES

Habiendo tantas excepciones a la regla general sobre el efecto relativo de la sentencia (o lo que es lo mismo, los límites subjetivos

103 En tal sentido se pronuncia DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre...*, cit., p. 128.

104 VALDIVIA, José Miguel, «Contenido y efectos de las sentencias de los Tribunales Ambientales» en VV.AA., *La nueva Justicia Ambiental*, Coordinadores: Juan Carlos Ferrada Bórquez et.al., Legal Publishing, Santiago, 2015, p. 263.

de la cosa juzgada), creemos que esta regla no puede sostenerse a sí misma. No es lógico que nuestras sentencias solo produzcan efectos entre las partes, dado que emanan de una autoridad del Estado.

Los actos administrativos que emanan de autoridades ejemplo ordenanzas son erga omnes, las ordenanzas de los alcaldes obligan a toda la comuna, un decreto supremo si bien puede afectar a un particular determinado, es para todos obligatoria.

¿Por qué entonces una sentencia que emana de una autoridad del Estado (Poder Judicial) que no es menos que el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo que dictan actos y leyes con efectos *erga omnes*, tendría que ser menospreciada y tener menos efectos que tales actos y tales leyes? ¿No es más lógico entonces, sostener que la sentencia, al igual que los actos administrativos y leyes, debe producir efectos para todos?

7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. I, 2003.
- ALESSANDRI, Arturo et al., *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*, 8ª ed., Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, t. I, 2015.
- ALLORIO, Enrico, *La cosa juzgada frente a terceros*, trad. Ma. Angélica Pulido Barreto, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2011.
- AMAYA, Jorge Alejandro, *Control de Constitucionalidad y Convencionalidad*, 2ª ed., El Jurista, Santiago, 2018.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo Derecho Matrimonial chileno*, Legal Publishing, Santiago, 2004.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Legal Publishing, Santiago, 2010.

- BIERCE, Ambrose, *El Diccionario del diablo*, trad. Rodolfo Walsh, Edimat Libros, Madrid, 2008.
- BLASCO SOTO, María del Carmen, «Reflexiones en torno a la fuerza de cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, ISSN 0211-5743, Año 14, N° 41, Mayo-Agosto, 1994, pp. 35-62.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, Cárdenas Editor, México D.F., 1970, vol. IV.
- CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, El Foro, Buenos Aires, 1994.
- CARPI, Federico, *La Eficacia «Ultra partes» de la Sentencia Civil*, trad. Juan José Monroy Palacios, Palestra, Lima, 2007.
- CARRERAS LLANSANA, Jorge, *Estudios e informes en materia concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*, 6ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. III, 2005.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. E. Gómez Orbaneja y Rafael Greco, Valletta Ediciones, Buenos Aires, t. I-III, 2005.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, reimp., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, vol. I, t. I, 1978.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan, *Los Actos Procesales*, reimp., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. II, 2012.
- COMADIRA, Julio Pablo y LAGARDE, Fernando, «La cosa juzgada en el proceso contencioso administrativo» en VV.AA., *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Director: Juan Carlos Cassagne, La Ley, Buenos Aires, 2007, t. II, pp. 127-157.
- CORDERO VEGA, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Legal Publishing, Santiago, 2015.
- COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, reimp. de la 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, t. II y III, 2003.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Límites Subjetivos de la Eficacia de la Sentencia y de la Cosa Juzgada Civil*, trad. Renzo Cavani Brain, Communitas, Lima, 2015.

- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés [et al.], *Curso de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, t. I y II, 2016.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre la cosa juzgada*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del Proceso*, reimp., Temis, Bogotá, 2015.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Teoría General del Negocio Jurídico*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2013.
- FALCÓN, Enrique M., *Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. I, 2003.
- FALCÓN, Enrique M., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. III, 2006.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, «La clasificación de los recursos o acciones contencioso-administrativas en el Derecho Administrativo chileno: la influencia de la doctrina francesa en nuestro derecho y su aplicación jurisprudencial» en VV.AA., *Doctrina y Enseñanza del Derecho Administrativo chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*, Editores: Juan Carlos Ferrada Bórquez [et al.], Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2016, pp. 321-341.
- FERRER, Sergio Enrique, «Causales de exclusión del efecto expansivo de la sentencia pronunciada en procesos colectivos» en VV.AA., *Procesos Colectivos*, Coordinador: Eduardo Oteiza, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pp. 333-368.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 11ª ed., Civitas, Madrid, t. II, 2008.
- GARROTE CAMPILLAY, Emilio Alfonso, «Cosa Juzgada Constitucional Sui Generis y su Efecto en las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad», en *Estudios Constitucionales*, ISSN 0718-0195, Año 10, N° 2, Talca, 2012, pp. 391-428.
- GOLDSCHMIDT, James, *Derecho, Derecho Penal y Proceso: El Proceso como Situación Jurídica*, trad. Jacobo López Barja de Quiroga, Ramón Ferrer Baquero y León García-Comendador Alonso, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Revisión de la cosa juzgada (irrita y fraudulenta)*, Ediar, Buenos Aires, 2015.

- GRANDE SEARA, Pablo, *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficacia y autoridad de la Sentencia*, trad. Santiago Sentis Melendo, Ediar, Buenos Aires, 1946.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., Aranzadi, Navarra, t. II, 2014.
- MONTERO AROCA, Juan [et al.], *Derecho Jurisdiccional*, 14ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, t. II y III, 2005.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, B de F, Buenos Aires, 2012.
- NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio, *Derecho Procesal de Familia*, Legal Publishing, Santiago, 2012.
- ORTELLS RAMOS, Manuel [et al.], *Derecho Procesal Civil*, 16ª ed., Aranzadi, Navarra, 2017.
- PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, 4ª reimp., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. V, 1993.
- PRIETO-CASTRO, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Pamplona, t. I, 1982.
- PUGA VIAL, Juan Esteban, *Del Procedimiento Concursal de Liquidación*, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014.
- RHEE, Cornelis Hendrik van, «Tradiciones Europeas en el Procedimiento Civil: una introducción», en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 15, 2011, pp. 15-42.
- RIED UNDURRAGA, Ignacio, «El efecto de cosa juzgada de la sentencia penal absolutoria y del sobreseimiento definitivo en el Proceso chileno de responsabilidad civil» en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 24, Julio 2015, pp. 9-57.
- ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. Sentis Melendo y Ayerra Redín, Depalma, Buenos Aires, t. II, 1970.
- RODRÍGUEZ GARCÉS, Sergio, *Tratado de las Tercerías*, 4ª ed., El Jurista, Santiago, t. I, 2017.

- ROMERO SEGUEL, Alejandro, «La sucesión procesal o cambio de partes en el proceso civil» en *Revista Ius et Praxis*, ISSN 0717-2877, Año 17, N° 1, 2011, pp. 263-270.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil. De los Actos Procesales y sus Efectos*, Legal Publishing, Santiago, t. IV, 2017.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La Jurisprudencia de los Tribunales como Fuente del Derecho. Una perspectiva procesal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- ROSENDE VILLAR, Cecilia, «Efectos directos y reflejos de la sentencia» en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 3, 2001, pp. 489-507.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, Bárbara, *La sustitución procesal: análisis crítico* (tesis doctoral), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Jurisdicción, Acción y Proceso*, Atelier, Barcelona, 2008.
- STOEHREL MAES, Carlos, *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes*, 6ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- VALDIVIA, José Miguel, «Contenido y efectos de las sentencias de los Tribunales Ambientales» en VVAA., *La nueva Justicia Ambiental*, Coordinadores: Juan Carlos Ferrada Bórquez et al., Legal Publishing, Santiago, 2015, pp. 253-276.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, Gaceta Jurídica, Lima, t. I, III y IV, 2012.
- VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, 3ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Acciones de Inaplicabilidad e inconstitucionalidad*, 2ª ed., Legal Publishing, Santiago, 2011.

A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

THE LEGAL NATURE OF THE CONTEMPORARY CIVIL PROCEDURE

WILLIAM SOARES PUGLIESE

Pós-doutor pela UFRGS. Doutor e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Unibrasil. Gastforscher no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Coordenador da Especialização de Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná (OAB/PR). Advogado. wpugliese@gmail.com

Fecha de recepción: 31 de enero de 2021

Fecha de aceptación: 21 de febrero de 2021

RESUMO: O objetivo deste artigo é refletir sobre a natureza jurídica do processo civil. Parte-se da premissa de que, consideradas as potencialidades do processo contemporâneo, uma decisão não necessariamente será limitada, no que diz respeito à produção de seus efeitos, aos limites de um processo nem a seus litigantes. Com o intuito de demonstrar as alterações propostas à natureza jurídica do processo civil, ao menos no que diz respeito a este instituto, no Brasil, o presente artigo trabalhará, em um primeiro momento, com a análise das teorias clássicas e com a definição das premissas necessárias para o desenvolvimento da tese. Em seguida, serão expostos os institutos processuais contemporâneos que desafiam as teorias clássicas. Ao final, o artigo propõe uma concepção de

ABSTRACT: The purpose of this article is to reflect on the legal nature of civil procedure. It starts from the premise that, considering the potentialities of the contemporary process, a decision will not necessarily be limited, with regard to the production of its effects, the limits of a process or its litigants. In order to demonstrate the proposed changes to the legal nature of civil proceedings, at least with regard to this institute in Brazil, this article will analyse, at first, the classical theories and the definition of the premises necessary for the development of the thesis. Then, contemporary procedural institutions that challenge classical theories will be exposed. In the end, the article proposes a conception of the nature of the process based on the institutional theory of Neil MacCormick.

natureza jurídica do processo fundada na teoria institucional de Neil MacCormick.

KEYWORDS: Civil Procedure. Legal Nature. Institution.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Natureza Jurídica. Instituição.

SUMARIO: 1. Introdução. 2. Análise das principais teorias disponíveis sobre a natureza jurídica do processo. 3. Institutos processuais que desafiam as teorias clássicas. 4. O processo como instituição à luz da teoria da ordem normativa institucional de Neil Maccormick. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O tema da natureza jurídica do processo civil é tido como asentado pela doutrina majoritária. A explicação mais aceita no Brasil e aparentemente adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 não é inovadora, uma vez que também foi recepcionada pelo revogado diploma de 1973. Trata-se, objetivamente, da definição de processo como relação jurídica, dotada de sujeitos, objeto e forma específicas. Com exceção do debate histórico acerca da distinção entre relação e situação jurídica processual e de recentes contribuições que leem o processo como procedimento em contraditório, foram poucas as propostas que ensejaram alguma espécie de revisão ou de consideração crítica a respeito da noção de processo como relação jurídica processual.

O objetivo deste artigo é, dentro dos limites por ele comportados, propor uma nova discussão a respeito do tema. Como afirmado acima, a noção de relação jurídica processual consagrou as noções de sujeitos processuais, objeto e forma. A partir da noção de sujeito processual, concebeu-se a definição de parte como aquele que pede e aquele contra quem se pede. Como se trata de relação jurídica formada por sujeitos determinados, os efeitos jurídicos produzidos nessa relação surtem efeitos apenas sobre as partes. Mais, essa relação jurídica produziria efeitos apenas sobre o objeto a respeito do qual as partes litigam. As tradicionais noções de sentença e de coisa julgada confirmam essa afirmação.

Ocorre que, consideradas as potencialidades do processo contemporâneo, uma decisão não necessariamente será limitada, no que diz respeito à produção de seus efeitos, aos limites daquele processo nem aos litigantes. É o caso, por exemplo, da decisão proferida em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, na qual um feito é escolhido como representativo de controvérsia e, a partir de seu julgamento, os demais casos iguais, presentes e futuros, seguirão a mesma

sorte. Isto significa, portanto, que terceiros, que não são parte em um processo podem se submeter aos efeitos de sua decisão e que a questão decidida em um determinado processo pode se tornar definitiva.

Sob o ponto de vista do objeto, uma observação semelhante pode ser desenvolvida. A teoria da relação jurídica processual delimita o objeto do processo àquilo que foi pedido pelas partes, seja na petição inicial, seja na resposta do réu. No entanto, esta delimitação do objeto não mais se sustenta por pelo menos duas razões. Em primeiro lugar, porque as conciliações e mediações têm por escopo a solução integral da causa, sendo possível às partes transigirem para além do objeto do processo. Em segundo lugar, e de modo ainda mais incisivo, a jurisprudência contemporânea tem sustentado que as questões discutidas nos processos não dizem respeito apenas às partes, priorizando o julgamento de matérias consideradas relevantes até mesmo após a desistência do recurso pelo recorrente.¹

Com o intuito de demonstrar as alterações propostas à natureza jurídica do processo civil, ao menos no que diz respeito a este institu-

1 «[...] 3. Questão de ordem. Pedido de desistência formulado pela recorrente não só após a inclusão do processo em pauta, mas juntado aos autos na véspera da respectiva sessão de julgamento. Inadmissibilidade de manipulação da jurisprudência do STJ sobre planos de saúde. 4. Interpretação conforme à Constituição do art. 998, parágrafo único, do CPC/15. Deve prevalecer como regra o direito da parte à desistência, mas verificada a existência de relevante interesse público, o Relator está autorizado, mediante decisão fundamentada, a promover o julgamento do recurso especial para possibilitar a apreciação da respectiva questão de direito, sem prejuízo de, ao final, conforme o caso, considerar prejudicada a sua aplicação à hipótese específica dos autos. Pedido de desistência indeferido, ante as concretas peculiaridades da hipótese em julgamento.» (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1721705/SP. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 28/08/2018. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 06/09/2018).

to, no Brasil, o presente artigo trabalhará, em um primeiro momento, com a análise das teorias clássicas e com a definição das premissas necessárias para o desenvolvimento da tese. Em seguida, serão expostos os institutos processuais contemporâneos que desafiam as teorias clássicas. Ao final, para não se limitar ao lançamento do problema, o artigo propõe uma concepção de natureza jurídica do processo fundada na teoria institucional de Neil MacCormick.

2. ANÁLISE DAS PRINCIPAIS TEORIAS DISPONÍVEIS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO

O processo é um dos conceitos fundamentais do Direito Processual. Etimologicamente, significa caminhada, marcha avante.² Evidentemente, nessa marcha, há um conjunto de atos ordenados a um determinado fim, mas essa definição não dá conta de todo o tema. A doutrina percebeu, com Bülow³, em obra de 1868, que o processo vai além desse conjunto de atos e coordena, também, as relações entre tais atos e as relações entre os sujeitos que dele participam. No entanto, nem sempre foi esse o conceito de processo. Cabe, aqui, breve incursão histórica e conceitual a respeito do tema.

Antes mesmo da definição da autonomia científica do direito processual civil, a doutrina buscava compreender a natureza jurídica do processo. Para tanto, empregava as ferramentas que tinha à disposição e, por conta disso, recorria essencialmente ao direito privado. É dizer, nas palavras de Daniel Mitidiero, que essa opção decorre do

2 DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo; LOPES, Bruno. *Teoria geral do processo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 339.

3 BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1964.

caldo de cultura da época em que a teoria se desenvolveu.⁴ Por conta disso, as primeiras propostas de definição de processo afirmavam que ele nada mais era que um contrato.⁵ Sustentavam, para tanto, que no Direito Romano o processo dependia de um prévio consenso entre as partes: eram elas que levavam seus conflitos ao pretor, fixavam os limites do litígio e do objeto a ser solucionado, e perante o pretor se comprometiam a aceitar a decisão que viesse a ser tomada. Esse compromisso era denominado de *litis contestatio* e, pela natureza eminentemente privatista do direito da época, foi considerado pela doutrina como um negócio jurídico ou como um contrato.

Ao perceber que a figura do contrato não representava o processo da melhor forma, especialmente porque a obrigação decorria de uma decisão, e não do acordo entre as partes, outra teoria surgiu a fim de definir o processo como quase-contrato.⁶ O quase-contrato, porém, é uma categoria formada por exclusão, que pouco contribui para a compreensão do tema, principalmente se considerado o desenvolvimento histórico seguinte.

Quando a doutrina notou que a jurisdição não mais era exercida por particulares⁷ e que o direito de ação era exercido contra o

4 MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 245, p. 333-349, jul. 2015.

5 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1, p. 427-428.

6 A doutrina aponta como fonte mais fidedigna desta tese a obra de GUENY-VEAU, H. Arnault de. *Du quasi-contrat judiciaire*: mémoire. Paris: Hachette Livre, 2018. O original data de 1857.

7 WINDSCHEID, Bernhard. *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*. Dusseldorf: Verlagshandlung von Julius Budeus, 1856.

Estado⁸, não só contra ou em face da parte, as definições do processo como contrato ou quase-contrato soçobraram. Afinal, no momento em que o Estado substituiu a vontade das partes, vedou a autotutela e ofereceu a jurisdição como caminho adequado e lícito para a proteção de direitos, o processo deixou a esfera privada. O processo passou a ser visto, nesse momento, como uma instituição imprescindível para o exercício do Poder do Estado e, portanto, assumiu natureza de direito público.⁹

Na concepção histórica de processo, era comum associá-lo com o procedimento. Assim, o processo nada mais era que um rito, ou seja, uma sequência de atos destinados a permitir a aplicação do direito material violado. Como não havia distinção sequer entre o direito violado e o direito de ação, era a própria relação litigiosa que dava origem à necessidade de prática de uma sequência de atos necessários para a aplicação do direito material. Como sustentam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, o processo era um apêndice do direito material, ou seu simples desenvolvimento –por essa razão, afirmava-se que o processo era simples procedimento ou forma judicial.¹⁰

Quando o Estado tomou para si a função de julgar os conflitos, o processo escapou da disciplina restrita à vontade das partes. Ao ingressar no domínio do direito público, servindo à jurisdição, o processo passou a ser a forma de manifestação do Estado com o obje-

8 WACH, Adolf. *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1866. v. 1.

9 Ver, por exemplo, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1. p. 60. O texto original é da 4.a edição da obra, publicada em 1980, na Itália.

10 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1, p. 429-430.

tivo de fazer valer o ordenamento jurídico a fim de resolver conflitos individuais. Assim, o processo dependia da iniciativa dos particulares, mas justificava a prática de atos estatais voltados a encerrar o litígio. Esta duplicidade de funções ensejou a separação entre o processo e o direito material: o processo é autônomo e tem natureza pública, pois rege a atuação do Estado.

Essas observações exigiram a elaboração dogmática do conceito de processo adequado a essa nova realidade. Assim, a terceira proposta de natureza jurídica do processo é devida ao alemão Oskar von Bülow, para quem o processo é definido a partir da teoria da relação jurídica processual.¹¹ A teoria de Bülow é uma das mais adotadas pelo direito processual civil brasileiro, tendo sido desenvolvida em 1868. Bülow, tendo recebido a influência da discussão entre Windscheid e Muther¹² sobre a ação, defendeu que o processo é composto por uma relação jurídica. Sua proposta não era totalmente inovadora, tendo em vista que seus precursores falavam em contratos e quase-contratos –ambos relações jurídicas. O mérito de Bülow estava na sistematização de uma relação de direito público, formada entre as partes e o Estado. Ao definir a relação nesses termos, preocupou-se também com os pressupostos processuais e com as exceções processuais dilatórias (os dois temas que dão nome à obra do autor).

Cabe uma breve menção sobre os dois temas, neste momento. Bülow tratou das exceções dilatórias para provar um ponto: se o réu tinha direito de denunciar a existência de vícios atinentes ao processo,

11 BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1964.

12 MUTHER, Theodor. Sobre la doctrina de la *actio* romana, del derecho de acionar actual, de la *litiscontestatio* y de la sucesión singular em las obligaciones. In: PUGLIESE, Giovanni. *Polemica sobre la actio*. Buenos Aires: Ejea, 1974. p. 205-278. O texto original, em alemão, data de 1857.

a relação jurídica firmada entre ele, o autor e o juiz, não era a mesma formada apenas entre ele e o autor. Ou seja, a relação jurídica de direito material não se confundia com a travada ao longo do processo. No mesmo sentido, a existência de direito material não poderia ser considerada um pressuposto para a existência de um processo. Ao contrário, os pressupostos para a relação jurídica processual seriam os sujeitos (juiz, autor e réu), objeto (prestação jurisdicional), e pressupostos próprios (demanda, capacidade da parte e investidura do juiz). A partir do momento que a demanda é proposta, forma-se a relação entre autor e juiz; após a citação, o réu também passa a integrá-la. Na relação jurídica processual, cada sujeito tem poderes, direitos, faculdades, deveres, obrigações e sujeições.

Apesar de ter dominado a doutrina desde o momento em que foi publicada, a teoria de Bülow foi contestada, de modo que há outras propostas de natureza jurídica do processo. Dentre elas, em resposta direta à obra de Bülow, Goldschmidt formulou crítica no sentido de que a noção de relação jurídica processual marca uma definição estática.¹³ Goldschmidt afirmava que, iniciado o processo, instaura-se, em verdade, uma situação dinâmica, gerando para as partes um conjunto de possibilidades e expectativas, decorrentes, inclusive, da perspectiva de reconhecimento do direito afirmado em juízo. Logo, segundo sua ótica, não seria correto falar-se apenas em meros direitos e deveres processuais.

Outra proposta foi formulada na Espanha por Jaime Guasp Delgado.¹⁴ Guasp, da forma como compreendido pela doutrina brasileira¹⁵, via o processo como instituição, no sentido defendido pelas ciên-

13 GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozeß als Rechtslage*. Berlim: Springer, 1925.

14 GUASP DELGADO, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Madri: Instituto de Estudios Politicos, 1961.

15 As obras, em geral, partem da explicação de MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Outra

cias sociais¹⁶: formas padronizadas de comportamento relativamente a determinadas necessidades. A crítica contra essa teoria, formulada no Brasil por Frederico Marques, está fundada na imprecisão do conceito de instituição. Este conceito, já apresentado com a crítica, fez dessa tese uma concepção de natureza jurídica do processo pouco considerada e estudada.

Identifica-se, ainda, a proposta de processo como categoria complexa. O principal autor que encampou a teoria proposta originariamente por Foschini¹⁷, no Brasil, é Cândido Rangel Dinamarco.¹⁸ Ele compreende o processo como método de trabalho responsável pela coordenação do exercício das atividades jurisdicionais pelo juiz, da ação pelo autor e da defesa pelo réu. Assim, como método, o processo é composto da disciplina dos modos, momentos e limites do exercício desses poderes ou faculdades, devendo estar sempre atento às garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal. Para Dinamarco, o processo tem um aspecto extrínseco, que é o procedimento marcado pelo contraditório; e um intrínseco, que é a relação jurídica processual e os efeitos por ela produzidos.

Mais tarde, o próprio Dinamarco alterou, em parte, seu posicionamento. O autor, com inspiração em Elio Fazzalari¹⁹, passou a

referência bastante citada é ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

16 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 67.

17 FOSCHINI, Gaetano. *Natura Giuridica del Processo*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 3, n. 1, p. 110-115, 1948.

18 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2. p. 25-28.

19 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1989.

definir processo como procedimento em contraditório.²⁰ Não se trata, propriamente, do abandono da teoria acima. Em verdade, o autor passou a conferir maior importância ao que denominava de aspecto extrínseco, na medida em que o contraditório é postulado inafastável da demoracia e que, por isso, o processo deve ser sempre participativo, sob pena de não ser legítimo.

Por fim, tem-se a teoria do processo como categoria jurídica autônoma. Segundo seus defensores, que no Brasil são liderados por Afrânio Silva Jardim²¹, o processo seria uma categoria jurídica autônoma, distinta das demais já consagradas na Teoria do Direito. Para esta corrente, como explica Humberto Dalla Bernardina de Pinho²², as diversas teorias existentes acerca da natureza jurídica do processo incidem em equívoco metodológico: procuram, em vão e desnecessariamente, enquadrar o processo em categorias jurídicas já existentes. Consoante essa teoria, «o processo é o processo».

Registre-se, mais uma vez, que apesar das diversas teorias, a mais comum na doutrina é a que define processo como relação jurídica processual. Mais do que isso, mesmo diante das concepções posteriores, a noção da relação jurídica processual ainda é bastante persistente.²³ Sob essa ótica, que marcou o desenvolvimento do di-

20 DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 123-124.

21 JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

22 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

23 Veja-se, por exemplo: «A ideia de processo como procedimento em contraditório não deve no entanto provocar o total abandono da teoria que a precedeu, que constrói o conceito de processo com a inclusão da relação

reito processual civil ao longo do século XX, o processo tem como finalidade a atuação da lei. O procedimento, por sua vez, nada mais é que a forma ou a sequência de atos pelos quais a finalidade do processo é alcançada. Ver-se-á, mais adiante, que esse ponto é objeto de críticas recentes.

A relação jurídica processual tem características que, em seu conjunto, servem para distingui-la.²⁴ Dentre elas, aponta-se a complexidade, uma vez que resulta da soma de uma série de posições jurídicas ativas e passivas. A relação também tem progressividade, de modo que cada parte assume diferentes posições jurídicas ao longo do exercício da relação jurídica processual. Fala-se, ainda, na unidade, já que todos os atos e sujeitos estão voltados para um resultado final. Há, ainda, o caráter tríplice, já que a relação é formada pelo juiz, pelo autor e pelo réu. Por fim, a relação tem natureza pública, já que dela faz parte o Estado.

Diga-se, ademais, que sobre o caráter tríplice há diversas propostas na doutrina, sendo que a explicação mais recente divide-se em fases. A primeira é dita linear, formada pelo autor e pelo juiz, no momento da distribuição da inicial. A citação do réu gera uma relação angular, tendo o magistrado como vértice entre os três pólos. Com o andamento processual, a relação se torna piramidal, pois a atuação das partes gera, entre elas, direitos, deveres, faculdades, sujeições, entre outros.

jurídica processual como um de seus elementos essenciais». (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 124).

- 24 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 296-299.

Outro ponto relevante sobre a relação jurídica processual é a sua autonomia.²⁵ Isto quer dizer que, para ter validade, a relação jurídica processual é absolutamente independente do direito material ou da relação jurídica de direito material de fundo. Instaurado o processo, sua validade depende apenas dos requisitos próprios da relação jurídica processual. Este ponto, evidentemente, é resultado do conjunto de propostas teóricas que buscaram, incessantemente, separar o direito processual do direito material, conferindo-lhe independência didática e contribuindo para a construção de outros conceitos basilares da ciência, tais como a jurisdição e a ação.

Pela própria acolhida que a teoria da relação jurídica processual recebeu, é natural que a tese de Bülow também tenha recebido uma série de críticas. Nessa linha, Marinoni, Arenhart e Mitidiero, tecem crítica a partir do ambiente de concepção da teoria da relação jurídica material, qual seja, o conceitualismo.²⁶ O problema identificado não é interno à concepção de relação jurídica; ao contrário, o grande ponto é o de que o conceito de relação jurídica aprisionou a capacidade de transformação e de alteração das situações jurídicas. Mais do que isso, ao reduzir o processo a uma relação, o homem, sujeito de direito, passou a ser apenas um elemento do conceito. Deste modo, concluem, a teoria de Bülow ignora as necessidades das partes e as necessidades do direito material, bem como as especificidades do caso concreto.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero afirmam, portanto, que a teoria da relação jurídica processual, como desenvolvida em 1868, é inca-

25 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 299.

26 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1, p. 433.

paz de dar conta da realidade contemporânea porque é neutra e descompromissada com a realidade da vida do homem. Ainda, ela não é transparente com relação à legitimidade do poder, do procedimento e da própria decisão.

O que se observa é que a visão de processo como relação jurídica deixa uma série de outros pontos em aberto. O mais importante parece ser o de que o processo é, hoje, instrumento pelo qual o Estado se desincumbe do dever de prestar tutela aos direitos.²⁷ O foco da doutrina ao explicar o processo, contemporaneamente, deve ser a legitimação do exercício desse poder. Nesse aspecto, as atuações das partes têm relevância, mas isso não é suficiente para legitimar o poder estatal.

Diante disso, tanto a noção de processo quanto a de procedimento exigem nova reflexão. O procedimento deve ser adequado às necessidades do direito material e idôneo a expressar a observância dos direitos fundamentais processuais, especialmente daqueles que lhe dão a qualidade de instrumento legítimo ao exercício do poder estatal. O processo, por sua vez, é o procedimento que, adequado à tutela dos direitos, confere legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional. Em síntese, a proposta de Marinoni, Arenhart e Mitidiero vê o processo como instrumento, como procedimento, cujo objetivo é justificar a tutela de direitos pelo Estado, especialmente pelo Judiciário. Para tanto, o processo deve ser revestido das garantias de participação e de contraditório, mas também depende do juiz e da fundamentação das decisões para atender às garantias constitucionais.

Vale dizer, ainda, que na ótica acima mencionada o processo deve ser estudado sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Isso

27 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

reforça a tese de que a natureza de relação jurídica do processo, por si só, não é suficiente, pois o que importa é considerar o processo como fenômeno dinâmico no quadro das funções de tutela dos direitos pelo Estado. Assim, o processo deve ser visto como procedimento que promove a colaboração entre o juiz e as partes no processo, a igualdade, o contraditório, o direito à prova, à publicidade, à fundamentação das decisões e à segurança jurídica.

Há, porém, outros aspectos do direito processual civil brasileiro que desafiam todas as concepções examinadas até aqui. Em breve síntese, a estrutura do ordenamento jurídico contemporâneo permite que um processo ultrapasse os tradicionais limites das propostas teóricas que estão ligadas à noção de relação jurídica. Há processos, no Brasil, que têm início como um litígio individual e, pela incidência de institutos jurídicos específicos, ganham repercussão nacional e se tornam veículos de modificação estrutural do Direito e até mesmo do Estado.²⁸ É sobre este ponto que trata o próximo item.

3. INSTITUTOS PROCESSUAIS QUE DESAFIAM AS TEORIAS CLÁSSICAS

O presente tópico tem como objetivo apresentar institutos jurídicos que desafiam as concepções clássicas da natureza jurídica do processo, especialmente a da relação jurídica processual. No entanto, este item não terá a intenção de esgotar cada uma das figuras aqui mencionadas, muito menos a discussão doutrinária e jurisprudencial

28 Ver, nessa linha, PUGLIESE, William S.; KRASSUSKI FORTES, Luiz Henrique. A reforma da lei de introdução às normas do direito brasileiro e seus impactos sobre a unidade do direito nas decisões judiciais. In: VITORELLI, Edilson (Org.). *Coletivização e unidade do Direito II*. Londrina: Thoth, 2020. p. 737-754. p. 737-754.

a respeito de cada uma delas. De forma singela, a proposta aqui defendida é a seguinte: existem institutos e técnicas no direito processual civil brasileiro que fazem com que um processo ultrapasse os limites da lide nele formada. Conseqüentemente, este processo produzirá efeitos para além das partes e do objeto discutido.

A primeira técnica a ser aqui apreciada permite que, a partir de um processo em fase recursal, o Supremo Tribunal Federal estabeleça uma regra com eficácia vinculante para o Poder Judiciário e toda a administração pública. Trata-se da súmula vinculante²⁹, cuja previsão é constitucional (art. 103-A, da Constituição da República Federativa do Brasil, incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004).³⁰ Nos termos da Constituição brasileira, o STF poderá, mediante deci-

29 O instituto é semelhante ao dos assentos, do direito português. Ver CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. No Brasil, há vasta doutrina a respeito, dentre as quais citam-se as seguintes: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto? O precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; PUGLIESE, William S. O papel das súmulas no direito brasileiro contemporâneo. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 11, p. 143-166, 2020.

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

§ 1.º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave in-

são de dois terços de seus membros, editar enunciado de súmula que «terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica».

O que chama a atenção, para os fins desta pesquisa, é que não há qualquer requisito previsto pela Constituição a respeito do processo que dá origem ao julgamento que resulta na edição da súmula. Ou seja, a súmula vinculante pode ser editada a partir de um julgamento de ações diretas de constitucionalidade (em controle abstrato de constitucionalidade), em recurso extraordinário (em controle concreto de constitucionalidade) e em ações originárias do STF, tais como *habeas corpus* e mandados de segurança (em que também se exerce controle concreto de constitucionalidade). Portanto, ao julgar um único recurso, o STF tem a oportunidade de fixar regra cuja observância será obrigatória por todos os magistrados, para o julgamento de qualquer caso, e para a administração pública. Tem-se, aqui, hipótese constitucional em que ao julgar um processo, ou uma relação jurídica processual bem delimitada, a decisão de uma Corte brasileira atinge todo o jurisdicionado.

segurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

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

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

Mais recentemente, com o Código de Processo Civil de 2015, outras técnicas foram concebidas ou consolidadas, com a pretensão de produção de efeitos semelhantes. Passa-se, deste modo, à análise de técnicas infraconstitucionais que rompem os limites da relação jurídica processual.

O elemento central do Código de Processo Civil de 2015, no que diz respeito à eficácia das decisões, é o art. 927. De acordo com esse dispositivo, juízes e tribunais observarão, além das decisões do STF em controle concentrado e das súmulas vinculantes, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e, por fim, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Há, portanto, que se examinar esses institutos.

Registre-se, em primeiro lugar, que o art. 927, ao se referir à súmulas vinculantes e às demais súmulas dos tribunais superiores, parece equiparar os institutos, de modo que o disposto nos incisos II e IV do art. 927 encontra-se abrangido pelas mesmas observações tecidas nos parágrafos anteriores a respeito da Constituição e das súmulas vinculantes. O inciso I também não será objeto de análise, uma vez que trata das decisões em controle concentrado de constitucionalidade, que produzem efeitos contra todos e têm efeito vinculante, nos termos do modelo de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

O incidente de assunção de competência³¹ é disciplinado por um artigo do CPC, qual seja, o art. 947. Trata-se de medida de uso

31 Sobre o tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, p. 233-256,

exclusivo dos tribunais, quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. Assim, se o relator constatar a relevância da questão e a repercussão social, poderá propor que o feito seja julgado por órgão colegiado representativo de toda a corte (plenário ou órgão especial, a depender do regimento interno). Reconhecido o interesse na questão, o órgão colegiado julgará o recurso e «acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários» (§ 3.º do art. 947). O dispositivo ainda determina que o incidente deverá ser empregado quando for conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

Chama a atenção que o incidente de assunção de competência pode ser instaurado de ofício, pelo relator, ou a requerimento da parte ou do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Deste modo, um processo escolhido pelo próprio tribunal se torna representativo de uma questão e seu julgamento produz efeito vinculante para todos os demais juízes e órgãos fracionários. A não observância do acórdão em outros casos permite, para a doutrina majoritária³², que se ajuíze reclamação para a reforma da decisão, com fundamento na necessidade de se garantir a autoridade da decisão da corte (art. 102, I, I, da Constituição; e art. 988, II, CPC). Em verdade, essa vinculação

out. 2016; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello. *Incidente de assunção de competência*. Rio de Janeiro: GZ, 2020.

- 32 Ver MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006; ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e nova função dos tribunais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019; RIBEIRO DANTAS, Marcelo Navarro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000. Em sentido contrário, MITIDIERO, Daniel. *Reclamação nas Cortes Supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

significa que o jurisdicionado também estará sujeito à decisão proferida pela corte, ao julgar o incidente de assunção de competência.³³ Isto demonstra que, no momento em que se instaura o incidente de assunção de competência, os limites subjetivos do processo são modificados.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, regulamentado pelo CPC nos arts. 976 a 987, também gera decisões que deverão ser observadas por juízes e tribunais, nos termos do art. 927, III, do CPC. Este instituto tem sido muito mais utilizado do que a assunção de competência³⁴ e é objeto de um número muito maior

33 Deve-se ressaltar, neste momento, que a proposta deste item não é a de relacionar os institutos aqui examinados com a teoria dos precedentes. Evidentemente, se a compreensão do art. 927, do CPC, for a de que esses julgamentos formam precedentes e a racionalidade para a sua vinculação for a *ratio decidendi*, a questão parece resolvida. Para uma proposta adequada, razoável e teoricamente consistente da relação entre o art. 927 e os precedentes, ver MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Há que se considerar, por outro lado, que a aplicação do art. 927, na jurisprudência brasileira, não tem seguido, com rigor, a proposta citada. Isto significa, na prática, que as decisões dotadas de «efeito vinculante» têm sido replicadas, com baixo nível de reflexão ou de semelhança entre casos, deturpando a teoria dos precedentes. Mais do que isso, muitas das decisões proferidas à luz dessas técnicas também pecam pela ausência de participação democrática e por um debate aprofundado nos tribunais. É este o problema que se pretende enfrentar. Para o desenvolvimento deste problema, remete-se a PUGLIESE, William S. Uma proposta de significado para o efeito vinculante. *Revista Brasileira de Direito IMED*, Passo Fundo, v. 15, p. 260-280, 2019.

34 Pelo site do STJ, por exemplo, são encontrados apenas nove incidentes de assunção de competência, julgados ou em tramitação. A busca por demandas e recursos repetitivos oferece mais de mil resultados, entre acórdãos e decisões de afetação. Busca realizada em 28 de janeiro de 2021, em <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/>.

de estudos publicados.³⁵ É cabível quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Sem a pretensão de esgotar o procedimento do IRDR, tem-se que após sua instauração o CPC exige a participação do Ministério Público e o julgamento caberá ao órgão competente para a uniformização de competência –este órgão julgará o incidente, propriamente dito, e o processo que lhe deu origem. O Código também exige a mais ampla e específica divulgação e publicidade dos incidentes instaurados. Admitido o incidente, o relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso.

Para o julgamento do IRDR, o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida (art. 983, CPC). O relator também pode designar data para audiência pública a fim de ouvir pessoas com experiência ou conhecimento na matéria.

O julgamento do IRDR produz, para além de um acórdão, uma «tese jurídica» (art. 985, CPC) que será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; e aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e

35 Por todos, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Rio de Janeiro: Forense, 2017; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demanda repetitiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo em caso de revisão.

O IRDR, portanto, é mais uma técnica que deturpa a concepção de relação jurídica processual, uma vez que a questão discutida em um processo é destacada para julgamento e a tese firmada será aplicada para os casos repetidos. O afastamento da relação jurídica processual é confirmado na medida em que se constata a regra do art. 976, § 1.º, CPC, pelo qual a «desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente». Ou seja, o incidente forma um processo independente do interesse das partes. Há, aqui, superação da relação jurídica processual no aspecto subjetivo e objetivo.

Ao lado do IRDR, o CPC prevê o julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos.³⁶ Pelo art. 1.036, os tribunais que identificarem multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, selecionarão dois ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminharão esses feitos ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Em seguida, no tribunal superior, o relator proferirá decisão de afetação (art. 1.037), na qual identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento e determinará a suspensão dos demais casos que versão sobre a questão em trâmite no território nacional. As partes em processos que forem afetadas serão intimadas para, eventualmente, alegar distinção entre a questão afetada e a de seu caso.

36 Ver ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e nova função dos tribunais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Os Recursos Especiais Repetitivos no Contexto do Novo Processo Civil Brasileiro. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 1, p. 1135-1152, 2020.

O relator do recurso repetitivo poderá (art. 1.038) solicitar ou admitir a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia (*amicus curiae*), fixar data de audiência pública e requisitar informações aos tribunais inferiores. Em seguida, realiza-se o julgamento do recurso, sendo que o acórdão deve abranger a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida. Os arts. 1.039 e 1.040 tratam dos efeitos do julgamento do recurso repetitivo: a tese firmada deverá ser aplicada pela própria corte que julgou o recurso repetitivo³⁷ e, publicado o acórdão paradigma, a tese também será aplicada obrigatoriamente. Vale dizer: para os casos julgados, na origem, no mesmo sentido do repetitivo, o tribunal local deverá negar seguimento ao recurso; se a decisão recorrida for distinta do repetitivo, o tribunal que proferiu a decisão divergente deverá reexaminá-la; os processos em andamento e ainda não julgados retomarão o curso para julgamento conforme a tese firmada.

Observa-se que a parte que tem seu processo afetado tem poucas vias de acesso aos tribunais superiores. Pode, evidentemente, manifestar-se perante o tribunal competente na condição de interessado na controvérsia. No entanto, a participação efetiva, como parte, não é prevista em lei, tanto que não é dado ao interessado interpor qualquer recurso, salvo embargos de declaração (em interpretação do art. 138, CPC, que trata do *amicus curiae*). A parte afetada pelo julgamento do recurso repetitivo tem apenas uma garantia conferida pela lei: desistir da ação em curso se a questão nela discutida for idêntica à controvérsia já julgada –e, com isso, será isenta de custas e honorários de

37 «Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.

Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado».

sucumbência. O CPC não oferece à parte que tem causa idêntica à julgada no repetitivo qualquer oportunidade de discutir, diretamente, o acórdão do tribunal superior.

Note-se que o regime do CPC não é, necessariamente, o de seguir a teoria dos precedentes. A previsão legal dita que a tese firmada deverá ser aplicada aos demais casos, desconsiderando argumentos posteriores ao acórdão, de modo que a fundamentação das partes que não atuaram no julgamento do recurso repetitivo também acaba por ser considerada preclusa. O regime dos recursos repetitivos, nesta ótica, também rompe com a clássica noção de relação jurídica processual.

Os três institutos examinados encontram-se previstos no inciso III, do art. 927, do CPC. Resta uma breve análise das decisões previstas no inc. V. Pelo CPC, juízes e tribunais também devem observar a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Ao contrário dos demais institutos, que possuem regulamentação específica ao longo da lei, o inc. V não recebe tratamento específico pelo Código. Assim, é possível afirmar que a orientação firmada vale como precedente e, neste sentido, não ultrapassa os limites da relação jurídica processual.

Mas, não é apenas em torno do art. 927, CPC, que se encontram técnicas que põem em xeque a natureza do processo como relação jurídica. O instituto da repercussão geral³⁸, cuja origem é constitucional (art. 102, § 3.º, CRFB), funciona como filtro recursal no regime do recurso extraordinário, do CPC (arts. 1.029 a 1.035). O ponto que interessa para esta exposição é o seguinte: quando reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará

38 MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (art. 1.035, § 5.º, CPC). O Código, porém, silencia a respeito das consequências dessa suspensão. É razoável presumir, de todo modo, que a suspensão dos demais casos tem o mesmo objetivo dos outros institutos examinados acima, ou seja, de que a decisão do caso com repercussão geral, pelo STF, deverá ser aplicada para todos os processos que tratam de questão idêntica, suprimindo as oportunidades das partes nos processos individuais. Se for esta a interpretação do CPC, tem-se aqui outra situação em que a tese da natureza do processo como relação jurídica processual se mostra insuficiente.

As hipóteses até aqui consideradas são suficientes para prosseguir. Para tanto, pode-se cogitar a respeito de uma conclusão parcialmente diferente das que foram firmadas acima. Poder-se-ia afirmar o seguinte: embora vinculantes, as hipóteses citadas não interferem no exercício de faculdades processuais pelas partes, em processos individuais e, nessa ótica, a relação jurídica processual se mantém firme. Em outras palavras, o regime do CPC não afeta o conceito de processo. Para considerar esta questão é que se dedicam os últimos parágrafos deste item.

A afirmação de que as partes não têm faculdades processuais restringidas é apenas parcialmente verdadeiras. Embora as súmulas e as teses firmadas pelos tribunais superiores não impeçam o exercício do direito de ação, o procedimento comum do CPC brasileiro opõe, contra a parte, uma corrida de obstáculos virtualmente intransponíveis. A primeira barreira estabelecida pela lei contra parte que move ação que desafia uma das decisões examinadas acima é o chamado julgamento liminar de improcedência, do art. 332, do CPC. Em síntese, nas causas que dispensam fase instrutória e nas quais há entendimento firmado pelos tribunais superiores, por enunciado de súmula, assunção de competência, IRDR ou julgamento de recurso repetitivo, o juízo de primeiro grau deve julgar liminarmente improcedente o pedido do autor, independentemente de citação do réu. Ou seja, a

existência de uma decisão dos tribunais superiores impede o aprofundamento da questão diante do juiz.

Da sentença de improcedência liminar cabe apelação. Ocorre que, nos termos do art. 932, IV do CPC, incumbe ao relator, monocraticamente, negar provimento a recurso contrário a súmula, assunção de competência, IRDR ou julgamento de recurso repetitivo. Desta forma, o recurso não será julgado pelo colegiado. A parte, para evitar o trânsito em julgado e levar a causa ao colegiado, deverá interpor agravo interno (art. 1.021, CPC). Corre-se o risco, porém, de aplicação de multa de um a cinco por cento do valor atualizado da causa, prevista no art. 1.021, § 4.º, CPC, se o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime.

No tribunal local, portanto, a parte tem baixa probabilidade de alterar ou mesmo de discutir a sentença liminar de improcedência. Do julgamento de seu agravo interno, com possível aplicação de multa, restará à parte interpor recurso especial ou extraordinário. Estes recursos também têm como filtros a existência de entendimento dos tribunais superiores firmados em súmulas ou nas hipóteses de julgamentos do art. 927, III, CPC, de modo que terão seguimento negado pelo tribunal de origem (art. 1.030, CPC). Dessa decisão caberá agravo ao tribunal superior, o qual também poderá ter seguimento negado pelo relator, com fundamento no art. 932, CPC. A solução final da parte é a interposição de novo agravo interno, com risco de uma segunda multa. Vale mencionar, por fim, que se qualquer decisão em sentido contrário for proferida, a outra parte tem a sua disposição a faculdade de ajuizar reclamação perante o tribunal que estabeleceu o entendimento.

Na realidade, portanto, a existência de súmula ou de tese firmada mediante os incidentes de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas ou de julgamento de recursos repetitivos forma um conjunto de barreiras que, virtualmente, impossibilitam a discussão de matérias previamente julgadas. Em tese, é verdade, po-

der-se-ia suscitar que essas decisões são precedentes e a parte poderia alegar a distinção ou a superação do entendimento. Mas, na prática, as decisões tomadas pelos tribunais superiores assumem força maior até mesmo do que da lei, operando como fundamento soberano e vinculante para julgamentos sumários e para a negativa de seguimento de recursos, muitos deles com teses relevantes.

É por isso que se reitera, uma vez mais, que a noção de relação jurídica processual não se mostra suficiente para explicar, integralmente, as particularidades do processo brasileiro. Diante disso, o próximo item pretende estabelecer as bases de uma proposta contemporânea de natureza jurídica do processo.

4. O PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO À LUZ DA TEORIA DA ORDEM NORMATIVA INSTITUCIONAL DE NEIL MACCORMICK

A proposta deste item é sustentar que o processo deve ser compreendido como uma instituição própria³⁹, à luz da Teoria do Direito de Neil MacCormick. A concepção de Direito do autor, como ordem normativa institucional («Law is institutional normative order»)⁴⁰, é aqui empregada como verdadeiro marco teórico e, por isso, empregará expressões com significado particular que, quando necessário, serão brevemente explorados em notas de rodapé.⁴¹ De maior relevância é a noção de instituição.

39 A proposta aqui defendida não se confunde com a visão institucionalista de LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

40 MacCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 1.

41 Em homenagem à maior precisão da identificação do marco teórico, registra-se a opção pela última fase do pensamento de MacCormick, que

Para MacCormick, ao lado dos fatos brutos, constatados na natureza, o mundo dos homens também é formado por fatos institucionais, cuja definição preliminar é oferecida como fatos que dependem da interpretação das coisas, dos eventos ou de comportamentos a partir de uma moldura normativa.⁴² Neste sentido, um «pedaço de plástico com marcas curiosas sobre ele» é, na verdade, um cartão de crédito, enquanto um disco metálico com a face de uma pessoa, de um lado, e a indicação de um número, do outro, é uma moeda. Essas realidades são «institucionais», pois só podem ser verificadas a partir da referência normativa – nestes casos, da definição jurídica de dinheiro e na regulação de cartões de crédito, por exemplo. O Direito é formado por uma série de «instituições», como os contratos, o casamento e a propriedade. Ao mesmo tempo, o Direito é administrado ou formado por outro grupo de «instituições», como os tribunais, a legislação e o Ministério Público.⁴³ Não se trata, assim, da identificação de fatos bru-

consiste nas quatro obras da coleção *Law, State and Practical Reason*. São eles: MacCORMICK, Neil. *Questioning Sovereignty*. Oxford: Oxford University Press, 1999; MacCORMICK, Neil. *Rhetoric and Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005; MacCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007; MacCORMICK, Neil. *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Para uma síntese, KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William S. *Direito, Estado e Razão Prática: a teoria do direito de Neil MacCormick*. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emilio Medauar (Org.). *O positivismo jurídico no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 145-181.

42 MacCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 1.

43 «For those concerned with the Law in the sense of the law of a contemporary state, ‘municipal positive law’, the idea of institutional facts links up easily with the idea that an important element in such law is formed by ‘institutions’ such as contract, property, marriage, trust, foundation (Stiftung), and the like. It also connects with the idea that law is ‘institutional’ in the sense of being administered

tos, mas sim de conceitos e concepções que dependem do sentido a eles atribuídos pelo homem. O Direito emprega a institucionalização como forma de garantir ordem normativa.⁴⁴

A institucionalização é parte essencial da Teoria do Direito de MacCormick. Ao lado das convenções e das práticas informais, existem regras cuja origem vai além da simples convergência de crenças e de expectativas. São normas explicitamente formuladas por aqueles que fornecem determinado serviço. Neste sentido, pode-se tomar como exemplo a utilização de senhas, ao invés de filas, para o atendimento em locais públicos ou em restaurantes, ou a divisão entre classes e grupos feita pelas companhias aéreas para facilitar o embarque em um avião. Esta opção é comum nas situações em que os problemas são recorrentes e a consistência de tratamento é, por alguma razão, importante, de modo que são formuladas regras gerais, aplicáveis a todos, para estabelecer ordem. Essas regras são comumente estabelecidas por meio de um texto que será interpretado por aqueles que fornecem o serviço e por quem pretende utilizá-lo.

Como a institucionalização das práticas costuma fazer uso do estabelecimento de normas por escrito, e como textos dependem de interpretação, é bastante comum que a adoção de regras venha acompanhada de um elemento adicional: a determinação de pessoas responsáveis por aplicar e interpretar as normas. Esta prática, por si só, é normativa, pois sua intenção é a de permitir que a prática seja realizada da melhor maneira possível, com ordem e disciplina. Não

*through 'institutions' such as courts, legislatures, public prosecution agencies, police forces, and the like.» (MacCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.2).*

44 A noção de ordem normativa de MacCormick (*normative order*) nasce do fato de que as pessoas agem e se comportam de acordo com uma opinião sobre a forma como elas e os outros devem (*ought*) se comportar.

se pode ignorar, porém, o fato de que se trata de um conjunto distinto de normas, ainda que voltadas para o mesmo fim. MacCormick observa que a institucionalização costuma estabelecer dois pisos de normas: o primeiro piso trata do próprio serviço, enquanto o segundo atribui a determinadas pessoas a tarefa de esclarecer ou de tornar mais exatas as regras gerais. No exemplo da fila, pode haver uma regra de primeiro piso que dê prioridade a idosos, mas, se não houver uma clara definição de quem é idoso, caberá a um funcionário competente, assim atribuído por uma regra de segundo piso, decidir sobre quem pode ou não ter essa prioridade. A institucionalização das ordens normativas têm um benefício particular: «a possibilidade que ela abre de se evitar uma confiança exclusiva em normas implícitas de caráter vago». ⁴⁵

A proposta de MacCormick tem uma série de pontos positivos para o enfrentamento do problema proposto por este trabalho. Em primeiro lugar, essa proposta de Teoria do Direito se utiliza de uma concepção jurídica de instituição e que visa garantir ordem normativa. Ainda nessa esteira, a institucionalização é apresentada como elemento essencial dos serviços prestados pelo Estado, na medida em que o processo é utilizado de forma recorrente e deve garantir consistência de tratamento ao jurisdicionado. Esta solução também vincula a instituição com as pessoas responsáveis por aplicar e interpretar as normas sobre ela editadas. Por fim, a institucionalização permite a regulamentação de conceitos jurídicos a partir do próprio ordenamento e, a partir disso, conferir funções e efeitos específicos para cada uma dessas instituições.

Isto permite que se conceba o processo como uma instituição. Ou seja, não há necessidade de se relacionar o processo com outro

45 Tradução livre de: «*the possibility it opens to avoid exclusive reliance on somewhat vague implicit norms*». (MacCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.24).

conceito, tal como o de relação jurídica. O processo, por ter previsão legal expressa que forma o conjunto de regras que o regulamenta, é uma instituição do ordenamento jurídico – e isto é suficiente para que ele seja a sua própria natureza jurídica. O que deve ser compreendido, a partir disso, são as funções do processo e o papel que esta instituição ocupa na ordem normativa institucional em que está previsto.

A partir da análise dos itens anteriores, é possível apontar para a existência de, pelo menos, duas funções do processo. A primeira está relacionada com o propósito originário do instituto: é por meio do processo que partes buscam o Estado com o intuito de proteger seus direitos. Em geral, esta função está ligada à solução de conflitos com partes claramente delimitadas e com objeto definido. Excepcionalmente, esta função atende casos da chamada jurisdição voluntária. O que une estas situações no primeiro plano é que, para atender a uma determinada ordem normativa institucional, o processo deve observar um conjunto de normas fundamentais, como o devido processo legal, o contraditório e a independência judicial.⁴⁶ Nesta face do processo, as concepções clássicas de relação e situação jurídica processual ainda são didaticamente relevantes, pois permitem a compreensão das diversas posições processuais que os sujeitos do processo podem ocupar. Para esta primeira função do processo, com inspiração em Daniel Mitidiero, dá-se o nome de função de justiça.⁴⁷

A segunda função do processo como instituição é contemporânea e, de fato, não poderia ter sido concebida sob a égide do positivismo, pois não se cogitava da função jurisdicional de interpretar e de conferir sentido ao Direito. O que o CPC/15 brasileiro propõe, se bem

46 NIEVA FENOLL, Jordi; OTEIZA, Eduardo. *La independencia judicial: un constante asedio*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

47 MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

compreendido, que é os tribunais atuem no sentido de estabelecer precedentes que tendem a se tornar vinculantes. Ocorre que, de acordo com o Código, a relevância do precedente que será firmado está diretamente ligada ao procedimento empregado para a sua formação. Ou seja, no momento em que o CPC estabelece incidentes a serem instaurados pelas Cortes, sugere que há uma função distinta e independente da primeira. O processo, de acordo com esta função, é o meio pelo qual as Cortes estabelecem precedentes, com eficácia geral. Deve ser registrado: por meio dessa função, o processo está voltado à produção do Direito e o precedente resultante desta atividade terá lugar dentre as fontes jurídicas. Por esta razão, dá-se o nome dessa função como função de formação de precedentes.

Na função de justiça, o processo está limitado às partes; a decisão interessa exclusivamente a elas e, por isso, o contraditório está restrito a esses sujeitos. Na função de formação de precedentes, o caso subjacente nada mais é do que uma hipótese de trabalho para que as Cortes avaliem as possíveis interpretações de uma norma e estabeleçam seu entendimento. É por esta razão que a função de formação de precedentes ainda demanda muitos esforços a fim de que seu exercício seja absolutamente legítimo. As propostas de que, ao menos em IRDRs, sejam convocados para participação os legitimados para propositura de ações coletivas⁴⁸ são um importante passo nesta jornada.

Reconhecer o precedente como fonte e o processo como meio para a sua formação impõe reflexão muito mais extensa. Esta mudança deverá ser conjugada com uma alteração do conceito de jurisdição, de ação e de defesa. Exigirá, ainda, o desenvolvimento de um procedimento decisório próprio para órgãos colegiados que garanta

48 MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

participação democrática e que exista uma fase pós-decisória.⁴⁹ Mais, considerando a relação entre os poderes, é necessário que se concebam mecanismos de diálogo entre as instituições para reduzir possíveis conflitos entre fontes, tais como lei e precedentes.⁵⁰ O ponto que se quer sustentar, aqui, é que pensar o processo como instituição abre caminho para o desenvolvimento de seu potencial, independentemente da vinculação a conceitos concebidos em momentos históricos e culturais anteriores. O processo é instituição do Direito contemporâneo e deve estar alinhado à ordem normativa institucional, ainda que isso implique o afastamento das teorias clássicas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo anunciado deste artigo era a propositura de nova discussão a respeito da natureza jurídica do processo. Para tanto, foram revisadas as teorias clássicas, concluindo que a concepção mais adotada é a de processo como relação jurídica processual. O artigo apresentou a esta concepção um teste de realidade, pautado pelo direito processual civil brasileiro. Foram diversos os motivos que permitiram afirmar que, ao menos na realidade brasileira, a relação jurídica processual não é suficiente para a definição do processo civil.

Diante disso, foi apresentada a proposta de processo como instituição, dentro do quadro teórico de Neil MacCormick. Nessa linha,

49 MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

50 Um caminho possível é a autoridade compartilhada. Ver KYRITSIS, Dimitrios. *Shared Authority: Courts and Legislatures in Legal Theory*. Oxford: Hart, 2015; LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada. *Revista Brasileira de Direito IMED*, Passo Fundo, v. 13, p. 142-162, 2017.

o processo possui duas funções independentes: a função de justiça e a função de formação de precedentes. A função de justiça envolve elementos do conceito tradicional e está, em síntese, voltada para a solução de conflitos e para a tutela de direitos. A função de formação de precedentes é típica do processo contemporâneo e está ligada ao papel de adscrição de sentido (interpretação) das normas exercido pelas Cortes. Esta proposta serve como porta de entrada para outras reflexões, tais como o exame dos conceitos de jurisdição, ação, defesa e do procedimento de decisão colegiada.

6. REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e nova função dos tribunais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 jan. 2021.
- BRASIL. Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5.º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 29 jan. 2021.
- BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 29 jan. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1721705/SP. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 28/08/2018. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 06/09/2018.
- BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1964.

- CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo; LOPES, Bruno. *Teoria geral do processo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1989.
- FOSCHINI, Gaetano. *Natura Giuridica del Processo*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 3, n. 1, p. 110-115, 1948.
- GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozeß als Rechtslage*. Berlin: Springer, 1925.
- GUASP DELGADO, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Madri: Instituto de Estudios Politicos, 1961.
- GUENYVEAU, H. Arnault de. *Du quasi-contrat judiciaire: mémoire*. Paris: Hachette Livre, 2018.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William S. *Direito, Estado e Razão Prática: a teoria do direito de Neil MacCormick*. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (Org.). *O positivismo jurídico no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 145-181.
- KYRITSIS, Dimitrios. *Shared Authority: Courts and Legislatures in Legal Theory*. Oxford: Hart, 2015.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

- LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.
- LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada. *Revista Brasileira de Direito IMED*, Passo Fundo, v. 13, p. 142-162, 2017.
- MacCORMICK, Neil. *Questioning Sovereignty*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- MacCORMICK, Neil. *Rhetoric and Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- MacCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- MacCORMICK, Neil. *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demanda repetitiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, p. 233-256, out. 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

- MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello. *Incidente de assunção de competência*. Rio de Janeiro: GZ, 2020.
- MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 245, p. 333-349, jul. 2015.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- MITIDIERO, Daniel. *Reclamação nas Cortes Supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- MUTHER, Theodor. Sobre la doctrina de la *actio* romana, del derecho de acionar actual, de la *litiscontestatio* y de la sucesión singular em las obligaciones. In: PUGLIESE, Giovanni. *Polemica sobre la actio*. Buenos Aires: Ejea, 1974. p. 205-278.
- NIEVA FENOLL, Jordi; OTEIZA, Eduardo. *La independencia judicial: un constante asedio*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- PUGLIESE, William S. Uma proposta de significado para o efeito vinculante. *Revista Brasileira de Direito IMED*, Passo Fundo, v. 15, p. 260-280, 2019.
- PUGLIESE, William S. O papel das súmulas no direito brasileiro contemporâneo. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 11, p. 143-166, 2020.

- PUGLIESE, William S.; KRASSUSKI FORTES, Luiz Henrique. A reforma da lei de introdução às normas do direito brasileiro e seus impactos sobre a unidade do direito nas decisões judiciais. In: VITORELLI, Edilson (Org.). *Coletivização e unidade do Direito II*. Londrina: Thoth, 2020. p. 737-754.
- RIBEIRO DANTAS, Marcelo Navarro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto? O precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Repetitivos e IACs*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/>. Acesso em: 28 jan. 2021.
- WACH, Adolf. *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1866. v. 1.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Os Recursos Especiais Repetitivos no Contexto do Novo Processo Civil Brasileiro. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 1, p. 1135-1152, 2020.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*. Dusseldorf: Verlagshandlung von Julius Budeus, 1856.

SISTEMATIZACIÓN DE LA TUTELA PROVISIONAL EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO

SYSTEMATIZATION OF PROVISIONAL TUTELAGE IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL LAW

DANIEL ROBERTO HERTEL

Licenciado en Administración y en Derecho por la Universidad Vila Velha, especialización en Derecho Público y Derecho Procesal Civil por la Facultad Cândido Mendes y Máster en Garantías Constitucionales por las Facultades Integradas de Vitória - FDV. Hizo el curso de profundización en derecho procesal en la Universidad Pompeu Fabra, España, promovido por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) y por la Fundación Serra Domínguez. Profesor Adjunto de Derecho Procesal Civil y Práctica Jurídica Civil en la Universidad Vila Velha (UVV). Profesor visitante de Derecho Procesal Civil en el Programa de Posgrado de la Academia Brasileña de Derecho Constitucional (ABDCONST) y profesor en la Escuela de la Magistratura del Estado de Espírito Santo (ESMAGES). Autor de numerosos artículos publicados en periódicos, revistas especializadas y de los libros «Técnica procesal y protección judicial: la instrumentalidad sustancial de las formas»; «Curso de Ejecución Civil» y «Cumplimiento del juicio pecuniario». Abogado militante durante diez años y actualmente asesor para asuntos jurídicos del Tribunal de Justicia del Estado de Espírito Santo, en Brasil.

Contactos: Daniel Roberto Hertel

CPF: 045629147-42; CI: 1187421-ES

Av. Fortaleza Josenílio Sarmento, n. 961, apt. 202, Ed. Guignard, Praia de Itapuã, Vila Velha, ES, Brasil, código postal: 29101-575

Curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/3097077453220429>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9096-2884>

Correo electrónico: danielhertel@terra.com.br; daniel@uvv.br

Fecha de recepción: 7 de enero de 2021

Fecha de aceptación: 21 de febrero de 2021

RESUMEN: Trata de la tutela provisional en el Derecho Procesal Civil brasileño, con especial énfasis en su sistematización realizada en el Código Procesal Civil de 2015. Aborda el daño mediato o marginal, apuntando a la tutela provisional como técnica procesal capaz de equilibrar la seguridad jurídica y la celeridad procesal. Analiza la tutela provisional de urgencia y la tutela provisional de evidencia, aclarando que la primera requiere la presencia del *periculum in mora* para que pueda otorgarse, mientras que la segunda, no. Explica la distinción entre la tutela provisional de urgencia anticipada y la tutela provisional de urgencia cautelar, aclarando que el otorgamiento de dicha protección puede realizarse de manera incidental (dentro del proceso de conocimiento o del proceso de ejecución) o en carácter antecedente, en módulo procesal específico para ello, sin previsión de un proceso cautelar autónomo. Aborda las situaciones en las que se permite el otorgamiento de tutela provisional de evidencia.

PALABRAS-CLAVE: tutela provisional – urgencia – evidencia – Código de Proceso Civil Brasileño.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Daño mediato o marginal. 3. Sistematización de la tutela provisional en el derecho procesal civil brasileño. 4. Tutela provisional de urgencia. 4.1. Tutela provisional de urgencia anticipada y tutela provisional de urgencia cautelar. 4.2. Tutela provisional de urgencia en carácter antecedente y tutela provisional de urgencia en carácter incidente. 5. Tutela provisional de evidencia. 6. Consideraciones finales.

ABSTRACT: Treats about provisional tutelage in Brazilian Civil Procedural Law, with special emphasis on its systematization carried out in the Civil Procedure Code of 2015. It addresses mediate or marginal damage, pointing to provisional tutelage as a procedural technique capable of equalizing legal security and procedural speed. It analyzes the provisional protection of urgency and evidence, clarifying that the first requires the presence of the *periculum in mora*, while the second, not. Explains the distinction between provisional relief in anticipated urgency and provisional relief in urgent precaution, clarifying that the granting of such protection can be made on an incidental basis or in an antecedent basis, in specific procedural module for this. It addresses the situations in which the granting of protection of evidence is allowed.

KEYWORDS: provisional protection – urgency – evidence – Brazilian Civil Procedure Code

1. INTRODUCCIÓN

Hace mucho tiempo el Estado ha adoptado el monopolio de la resolución de conflictos, prohibiendo, por regla general, a las personas tomar la justicia por su propia mano. Si bien se aceptan y fomentan otras formas de resolución de conflictos, como el arbitraje, la mediación y la conciliación, que incluso se ha denominado justicia multipuertas, lo cierto es que, por regla general, no se permite la autoprotección.

En la resolución de conflictos intersubjetivos, el factor tiempo es sumamente relevante porque la protección jurisdiccional otorgada de manera intempestiva puede generar enormes problemas sociales, con consecuencias nefastas. Basta imaginar, por ejemplo, que en tiempos de pandemia por Covid-19, la demora en otorgar la tutela judicial relacionada con la salud puede llevar a la pérdida del objeto de cualquier medida judicial que deba otorgarse, ante la rápida evolución de la enfermedad y el riesgo de muerte del demandante.

El Derecho Procesal Civil Brasileño contempla un aparato técnico-procesal moderno y sistemático para la protección de las personas en relación con los daños que resulten de la demora en la tramitación del proceso. El Código Procesal Civil Brasileño de 2015 (CPC) sistematizó la tutela provisional, dividiéndola en tutela provisional de emergencia y tutela provisional de evidencia, la primera de las cuales puede ser anticipada o cautelar. La tutela provisional de emergencia, a su vez, puede otorgarse en carácter antecedente o en carácter incidental.

2. DAÑO MEDIATO O MARGINAL

La investigación de pruebas y la aplicación del derecho al caso concreto requieren el paso de un período de tiempo determinado. De hecho, la demora probatoria que se lleva a cabo en el proceso judicial, con la debida consideración al proceso contradictorio y el uso

de posibles recursos por parte de las partes, son requisitos de suma relevancia para el mejoramiento de la decisión que otorgará el Juez, brindando certeza jurídica.

Si, por un lado, se debe otorgar prestigio a la seguridad jurídica, por otro lado, no se puede ignorar que la demora en la tramitación del proceso también puede ocasionar perjuicios al demandante. Este es el llamado daño mediato o marginal¹, que surge con el tiempo que se requiere para la tramitación del caso hasta que se otorga la tutela judicial final.

Ante tal escenario de aparente conflicto entre seguridad jurídica y celeridad procesal, la tutela provisional² surge como solución, siendo importante mencionar que la Constitución brasileña establece en el artículo 5º, XXXV, que la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial el perjuicio o amenaza a derecho. Así, existe un sustento normativo constitucional para la protección de los demandantes en relación al daño marginal³.

1 La doctrina menciona que la expresión «dano marginal» es de Proto Pisani (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência - tentativa de sistematização. 3. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22.).

2 La doctrina aclara que la técnica antecipatória «tem justamente por função distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo» (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. v. 2. p. 198.).

3 «No que diz respeito à tutela antecipada e à tutela cautelar, o que o legislador quis resolver foi o problema relativo ao tempo necessário para que o Estado-juiz decida. Como a necessidade de tempo para decidir pode levar a lesões a direitos ou situações de ameaça a direitos a deixar de serem apreciadas e resolvidas oportuna e tempestivamente perante o Judiciário, fez-se necessário conceber, para dar conteúdo o mais concreto possível ao

3. SISTEMATIZACIÓN DE LA TUTELA PROVISIONAL EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO

El Código Procesal Civil Brasileño de 2015 trata de la tutela provisional en los artículos 294 a 311. La tutela provisional es género y son especies la tutela provisional de urgencia y la tutela provisional de evidencia. Cabe mencionar que la primera (urgencia) está vinculada a la existencia de *periculum in mora* mientras que la segunda (evidencia) no lo hace.

La tutela provisional de urgencia, a su vez, puede ser anticipada o cautelar. La tutela provisional de urgencia anticipada es satisfactoria y constituye la anticipación del resultado final de la demanda. Por ejemplo, si el demandante busca en un juicio la condenación del Poder Público o de un operador de plan de salud privado para pagar un tratamiento médico y lo requiere también al inicio del proceso, estamos ante un caso típico de tutela provisional de urgencia anticipada. El carácter satisfactorio de la medida resulta de la correspondencia exacta de la pretensión final con la que fue solicitada en el umbral del proceso.

La tutela provisional de urgencia cautelar es conservadora y tiene como objetivo salvaguardar el resultado útil del proceso. Por ejemplo, si el demandante pretende al final del proceso condenar al imputado a pagar una cantidad en efectivo y requiere la incautación de bienes del deudor que está dilapidando sus bienes al inicio del proceso, estamos ante un caso típico de tutela provisional de urgencia cautelar. La conservación del resultado final se debe a la ausencia de

art. 5º, XXXV, da CF, as tais tutela antecipada e cautelar» (BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela antecipada. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 24).

una correspondencia exacta entre la solicitud de medidas provisionales y la solicitud de protección final, definitiva.

La tutela provisional de urgencia (anticipada o cautelar) puede otorgarse sobre la base de un antecedente o incidente (artículo 294 del CPC). En aquella (antecedente) la tutela provisional se requiere antes del establecimiento del módulo procesal para el otorgamiento de la protección principal, mientras que en esta última (incidental) se requiere en la acción o por simple petición durante el proceso, sin módulo procesal previo.

Cabe aclarar, de entrada, que la tutela provisional, sea de urgencia o de evidencia, conserva su eficacia en espera del proceso, pero puede, en cualquier momento, ser revocada o modificada. Esto se debe a su carácter precario, producto de la propia cognición sumaria que le da sustrato, y debe ser reemplazada por la decisión final.

4. TUTELA PROVISIONAL DE URGENCIA

La tutela provisional de urgencia siempre está relacionada con la verificación del peligro de daño o riesgo para el resultado útil del proceso (*periculum in mora*) y constituye una técnica procesal típica para la protección en relación al daño mediato o marginal.

Además del *periculum* de la demora, también debe estar presente la probabilidad del derecho. Al respecto, el Superior Tribunal de Justicia ya ha aclarado que el otorgamiento de la tutela provisional de urgencia presupone la presencia concomitante de la probabilidad del derecho y del peligro de daño o riesgo para el resultado útil del proceso⁴.

4 AgInt na TutPrv no RE no AgInt no AREsp 1634949/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, julgado em 16-11-2020, DJe 19-11-2020.

4.1. *Tutela provisional de urgencia anticipada y tutela provisional de urgencia cautelar*

La tutela provisional de emergencia (anticipada o cautelar) será requerida al Juez de la causa y en las acciones de fuero originario de los Tribunales y en los recursos de apelación, sujeto a disposiciones legales especiales, será postulada al tribunal competente para valorar el fondo.

No hay distinción entre los requisitos necesarios para el otorgamiento de la tutela provisional de urgencia anticipada y cautelar, especialmente por tratarse de especies que derivan del mismo género. Al respecto, el Código de Proceso Civil brasileño en el artículo 300 aclara que se otorgará la tutela provisional de emergencia cuando existan elementos que demuestren la probabilidad del derecho y el peligro de daño o riesgo para el resultado útil del proceso, sin hacer distinción entre los requisitos para otorgar una y otra. Si bien que las tutelas provisionales de urgencia anticipada y cautelar tienen finalidades distintas, resulta realmente irrazonable, en la actual etapa de modernidad de la ciencia procesal, el intento de diferenciar los requisitos para otorgarlas.

Para el otorgamiento de la tutela provisional de urgencia, el Juez, según sea el caso, podrá exigir una fianza para resarcir los daños que pudiera sufrir la otra parte (artículo 300, §1º, del CPC). Cabe aclarar que la exigencia de dicha garantía no es obligatoria, y es tarea del Juez, dadas las peculiaridades del caso concreto, determinar si realmente es necesario aportarla. Sin embargo, no debe exigirse garantía alguna si la parte de bajos ingresos económicos no puede ofrecerla, bajo pena de violación del principio que asegura un amplio acceso a la Justicia.

La tutela provisional de urgencia se puede otorgar al comienzo del proceso, antes de la citación, o después de una audiencia de justificación previa, lo que permite el Juez conocer mejor los hechos. En cualquier caso, no se otorgará la tutela provisional de urgencia anticipada cuando exista riesgo de irreversibilidad de los efectos de la decisión.

El artículo 302 del Código Procesal Civil Brasileño aclara que independientemente de la reparación por daño procesal, la parte es responsable del daño que el efecto de la reparación urgente causaría a la parte adversa en los siguientes casos: I - la sentencia no le es favorable; II - si no se proveen los medios necesarios para la citación del imputado dentro de los 5 (cinco) días; III - la medida deja de ser efectiva bajo cualquier hipótesis legal; y IV - el juez acepta el reclamo de decadencia o prescripción del reclamo del demandante.

Siempre que sea posible, la indemnización se asentará en lo mismo proceso en los que se otorgó la medida provisional. Cabe aclarar que se adoptó la teoría riesgo-beneficio y el demandante que obtuvo la medida cautelar debe responder, independientemente de la culpa, por las pérdidas que ha causado a la parte contraria, en los casos señalados por la ley. En este orden de ideas, no debe permitirse el otorgamiento de la tutela provisional por parte del Juez *ex officio*, bajo pena de subvertir el referido sistema de responsabilidad civil.

4.2. *Tutela provisional de urgencia en carácter antecedente y tutela provisional de urgencia en carácter incidente*

El Código de Proceso Civil brasileño ya no contempla más el proceso cautelar autónomo. La tutela provisional de urgencia debe, por regla general, ser requerida en el proceso de conocimiento mismo o en el proceso de ejecución. Sin embargo, existe la posibilidad de que la tutela provisional, en casos de extrema urgencia, pueda ser requerida antes de la iniciación de tales procedimientos, en un módulo de procedimiento diseñado para este propósito.

En este orden de ideas, la tutela provisional de urgencia (anticipada o cautelar) puede otorgarse en carácter antecedente o incidente (artículo 294 del CPC). En ese caso (antecedente) se requiere la protección provisional incluso antes del establecimiento del módulo pro-

cesal para otorgar la protección principal, mientras que en el último (incidente) se requiere en la propia acción o por simple petición en el transcurso del proceso, sin módulo procesal previo.

Por cierto, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) ya dejó claro que en el Código Procesal Civil Brasileño de 2015 la tutela provisional de urgencia se convierte en una técnica aplicada en la relación procesal de conocimiento o ejecución, pero que también puede ser requerida antes de la propia formación de la relación procesal jurídica de entrega de la tutela definitiva⁵. También ha sido aclarado por ese Tribunal de Justicia que con las modificaciones previstas por el Código de Proceso Civil de 2015 ya no existe la figura del proceso cautelar autónomo, por lo que tanto la protección cautelar como la protección principal se requieren y desarrollan en una misma relación. procesal⁶.

Sobre la tutela provisional de urgencia anticipada requerida en carácter antecedente, el artículo 303 del Código de Proceso Civil Brasileño establece que cuando la urgencia sea contemporánea a la interposición de la acción, la petición inicial podrá limitarse a la solicitud de tutela provisional anticipada y la indicación de la solicitud de tutela final, con la exposición de la demanda, el derecho a perseguir y el peligro de daño o riesgo al resultado útil del proceso.

Concedida la tutela provisional de urgencia en carácter antecedente, el autor deberá sumar la petición inicial, con la complementación de sus alegatos, la incorporación de nuevos documentos y la confirmación de la solicitud de tutela definitiva, en quince días o en otro plazo mayor a el juez arregla. El demandado será citado y ocurri-

5 REsp 1766376/TO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25-08-2020, DJe 28-08-2020.

6 REsp 1802171/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21-05-2019, DJe 29-05-2019.

rá la audiencia de conciliación o mediación, siguiendo el trámite. Si no se lleva a cabo la modificación de la petición inicial, el proceso se dará por terminado sin resolución de fondo.

El Código de Proceso Civil Brasileño de 2015 (CPC) contempla en artículo 304 la posibilidad de estabilización de la tutela provisional requerida en carácter antecedente. Concedida la tutela provisional, si no se presenta el recurso de apelación correspondiente, se estabilizará y el proceso se extinguirá. Sin embargo, cualquiera de las partes podrá demandar a la otra con el fin de revisar, reformar o invalidar la protección anticipada estabilizada, en un plazo máximo de dos años, contados a partir del conocimiento de la decisión que dio por terminado el proceso.

Sobre la tutela provisional de urgencia cautelar requerida en carácter antecedente, el artículo 305 del Código Procesal Civil Brasileño aclara que la petición inicial debe indicar la acción y sus fundamentos, la exposición sumaria del derecho que se pretende asegurar y el peligro de daño o riesgo para el resultado útil del proceso. Si el Juez entiende que la solicitud realizada es, efectivamente, de tutela provisional de urgencia anticipada, con carácter satisfactorio, podrá aplicar la fungibilidad. El imputado será citado para, en el plazo de cinco días, impugnar la solicitud e indicar las pruebas que pretende aportar.

Cumplida la orden provisional de urgencia cautelar requerida en carácter antecedente, el pedido principal deberá ser realizada por el autor dentro de los treinta días, en el mismo proceso de solicitud de la tutela cautelar. Presentada la solicitud principal, las partes serán convocadas a audiencia de conciliación o mediación, sin necesidad de nueva citación del imputado, siguiendo el trámite.

5. TUTELA PROVISIONAL DE EVIDENCIA

La tutela provisional de evidencia no requiere la presencia del *periculum in mora* para su otorgamiento. Dicha modalidad de tutela

provisional está destinada, por ejemplo, a los casos en que el derecho de defensa del imputado es abusivo o incluso cuando los alegatos de la parte puedan fundamentarse únicamente a través de documentos, con tesis jurídica vinculante establecida en la sentencia de casos repetidos.

Por cierto, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) ya ha aclarado que el requerimiento de tutela provisional de evidencia no requiere prueba del peligro de daño o riesgo del resultado útil del proceso, requiriendo, sin embargo, que la tesis discutida en el expediente ya haya sido resuelta en caso de apelación repetida o en un resumen vinculante⁷.

El artículo 311 del Código de Proceso Civil Brasileño establece que la tutela provisional de evidencia se otorgará, independientemente de la demostración de peligro de daño o riesgo para el resultado útil del proceso, cuando: I - exista abuso del derecho de defensa o propósito manifiestamente dilatorio de la parte; II - las alegaciones de hecho sólo pueden ser documentadas y hay una tesis establecida en el juicio de casos repetidos o en un resumen vinculante; III - se trata de una orden basada en adecuada prueba documental del contrato de depósito, en cuyo caso se decretará la orden de entrega del objeto en custodia, con sanción de multa; y IV - la petición inicial se sustenta en pruebas documentales suficientes de los hechos constitutivos del derecho del autor, a los que el imputado no se opone a pruebas que puedan generar duda razonable.

Se podrá otorgar tutela provisional de evidencia sin audiencia previa del imputado en los casos mencionados en los incisos II y III, caso en que el contradictorio será aplicado después. En otros casos,

7 AgInt no TutPrv no AREsp 300.743/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 25-03-2019, DJe 01-04-2019.

por imposibilidad lógica, la tutela provisional de evidencia solo puede otorgarse tras la formación completa de la relación jurídica procesal, con la citación del demandado.

6. CONSIDERACIONES FINALES

La tutela provisional representa una técnica procesal de suma importancia para la eficacia de los procesos. La ponderación de la certeza jurídica con la celeridad requiere que el sistema procesal contemple diferentes técnicas para que el tiempo de tramitación de los procesos se distribuya adecuadamente entre las partes, de modo que ninguna de ellas se beneficie del retraso derivado del agotamiento cognitivo.

El Derecho Procesal Civil Brasileño, con la llegada del Código de Proceso Civil de 2015, alineado con las tendencias modernas, sistematizó adecuadamente la tutela provisional, contemplando tanto la tutela provisional de urgencia como la tutela provisional de evidencia, priorizando así la rapidez y eficacia procesal.

La tutela provisional de urgencia requerida en carácter antecedente, con la respectiva extinción del proceso cautelar autónomo, aunque nueva y aún no asimilada del todo en la práctica forense brasileña, representa un mecanismo importante y facilitador para el otorgamiento de tutela judicial efectiva en situaciones de gran urgencia.

7. REFERENCIAS

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda et al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência - tentativa de sistematização**. 3. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

- BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- HERTEL, Daniel Roberto. **Cumprimento da sentença pecuniária**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.
- HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica procesal para el cumplimiento provisional de decisiones judiciales en el derecho procesal civil brasileño**. Vox juris, v. 39, p. 101, 2021.
- HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- PICCINELLI, Ornela. **Tutela antecipada: interrogantes, precisiones y algunas propuestas de cara a la reforma procesal en Argentina**. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, v. 9, 2019.

PUGLIESE, William Soares. ROSA, Viviane Lemes da. **Normas fundamentais do novo Código de Processo Civil**: considerações teóricas e hipótese de aplicação pelo exame do contraditório. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 3, 2016.

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA CONSAGRACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN CUBANA

PROCEDURAL IMPLICATIONS OF THE INCLUSION OF THE EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION IN THE NEW CUBAN CONSTITUTION

LUIS ALBERTO HIERRO SÁNCHEZ

Profesor Asistente de Derecho Procesal de la Universidad de La Habana. Juez de la Sala Segunda de lo Civil y lo Administrativo Tribunal Provincial Popular de La Habana.
hierro@lex.uh.cu

Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2020
Fecha de aceptación: 2 de noviembre de 2020

RESUMEN: La recién aprobada Constitución cubana consagra a la tutela judicial efectiva como principal garantía de los derechos refrendados en dicho texto. Se trata de una institución compleja que, en no pocas ocasiones, se confunde con el acceso a la justicia o el debido proceso; sin embargo, son dos de los elementos claves que, junto a la obtención de una sentencia motivada y razonable, su ejecución y la prohibición de indefensión, conforman un macroconcepto que indica cabal cumplimiento de la función estatal de impartir justicia y que resulta de aplicación a cualquier materia.

PALABRAS-CLAVE: tutela judicial efectiva, acceso a la justicia, debido proceso, ejecución, derechos y garantías.

ABSTRACT: The recently approved Cuban Constitution enshrines effective judicial protection as the main guarantee of the rights it endorses. Due to its meaning complexity, effective judicial protection is frequently confused with access to justice or the due process of law; however, they are two of the key elements that shape a macro concept which applies to all procedural types and that indicates the accomplishment of the state function of justice administration, along with obtaining a reasoned and reasonable judgment, its enforcement and the defenselessness prohibition.

KEYWORDS: effective judicial protection, access to justice, due process of law, judicial enforcement, rights and guarantees.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Qué implica la constitucionalización de las garantías jurisdiccionales de los derechos? 3. La tutela judicial efectiva en el nuevo texto constitucional cubano. Alcance y relación con otras garantías. 3.1. Elementos que conforman la tutela judicial efectiva. 3.1.1. Acceso a la justicia. 3.1.2. El debido proceso. 3.1.3. Garbo ejecutivo de la tutela judicial. 4. La Instrucción 245/2019 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular: un complemento a la tutela judicial efectiva. 5. Métodos alternativos de solución de conflictos y tutela judicial efectiva. Su expresión en el ordenamiento jurídico cubano. 6. Ideas para un cierre, que no conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de las garantías jurisdiccionales de los derechos en la Constitución cubana de 2019 constituye -sin dudas- una de sus principales virtudes. El estudio de estas garantías parece ilusorio en un país que no cuenta con una jurisdicción constitucional, encargada del control de la constitucionalidad de las normas jurídicas y de las infracciones a los derechos fundamentales. Sin embargo, la práctica judicial patria propicia el acercamiento a conceptos que en otros ordenamientos jurídicos se construyen a partir de la jurisprudencia que sientan los tribunales constitucionales.

En este contexto, el legislador constitucional cubano ha colocado una institución medular para la defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas, la tutela judicial efectiva. Su conceptualización no resulta tarea sencilla, como tampoco lo es la determinación de su naturaleza jurídica y de sus elementos conformadores, tal es así que se suele identificar con otras categorías relevantes, como el acceso a la justicia y el debido proceso. En criterio propio, la tutela judicial efectiva abarca desde el acceso a los tribunales hasta la ejecución de los mandatos judiciales, pasando por la existencia de un debido proceso; contenido suficiente para su tipificación como derecho fundamental y como principal garantía del resto de los derechos fundamentales.

Se trata de un concepto que se compone de tres voces con significado propio. Tutela, que significa defensa o salvaguarda, de los derechos e intereses legítimos que se discuten ante los tribunales de justicia. Lo judicial, a su vez, califica a la tutela y debe interpretarse desde la perspectiva del órgano juzgador, cual sujeto encargado de la protección de los derechos de las partes, pero sin desestimar el hecho de que judicial indica -además- un escenario de actuación, que es el proceso. Por último, la tutela reclamada debe ser efectiva, adjetivo que lejos de aclarar su significado contribuye a su indeterminación,

ya que la efectividad solo se alcanza en cada caso concreto si, en definitiva, el resultado del proceso se logra ejecutar.

Aunque el presente análisis se centra en la regulación de la tutela judicial efectiva en el nuevo texto constitucional cubano, no obvia las consecuencias de la constitucionalización de las garantías jurisdiccionales de los derechos; ello en virtud de que la tutela judicial efectiva abarca todos los ámbitos de solución de conflictos ante los tribunales, a la vez que se erige como pilar esencial de realización de la justicia. En este orden, se examinan los posibles puntos de conexión con otras garantías, como el debido proceso, el procedimiento de hábeas corpus en sede penal y la tutela extraordinaria de los derechos.

2. ¿QUÉ IMPLICA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS?

Para la realización de la justicia, la recientemente promulgada Carta Magna dedica un capítulo específico a las garantías de los derechos, fundamentalmente procesales; sección que establece la obligación del Estado de responder frente a cualquier vulneración de los derechos de los ciudadanos, pero también la de evitarlas, a través de su estricto cumplimiento durante la tramitación del proceso. Así, se pone de manifiesto el carácter preventivo y –a su turno– sancionador de estas garantías ante cualquier conducta que provoque un estado de indefensión.

En consecuencia, la Constitución se erige en instrumento para alcanzar la justicia, a tenor de una serie de efectos que produce la constitucionalización de las garantías jurisdiccionales de los derechos. La doctrina española ha sistematizado, con base en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, las principales consecuencias que se derivan del contenido de estas garantías; análisis que parte de considerar a la norma suprema como freno ante posibles actuaciones arbitrarias tanto del legislador como del juez y, sobre todo, de com-

prender que la verdadera garantía estriba en la protección jurisdiccional de los derechos². Examen que no puede trasladarse –*mutatis mutandi*– al contexto cubano, ya que la plasmación constitucional de tales garantías y la práctica jurisdiccional que llevan a cabo los tribunales cubanos exigen algunas precisiones, de ahí que solo se profundiza en las que resultan de aplicación.

La postivación de las garantías jurisdiccionales entraña la aplicación directa de la Constitución por los tribunales de justicia. Se trata de destacar la posibilidad, necesidad y obligación de utilizar la Constitución como sustento de esa justicia a la que se aspira antes, durante y luego de finalizado el proceso. Dicho de otra forma, la regulación constitucional de las garantías jurisdiccionales es suficiente para concebir a la justicia como aspiración y como realidad. Empero, la utilización de la Constitución como fundamento de las decisiones judiciales no ha sido práctica frecuente por los tribunales cubanos.

Pero ello no es suficiente si las garantías jurisdiccionales no encuentran expresión concreta en normas procesales de desarrollo, pues ello resulta imprescindible para una eficaz impartición justicia. Se trata de reglamentar el principio de juez natural, tanto en la ley de estructura y organización de los tribunales como en las normas de procedimiento que determinan su competencia en los diferentes ámbitos y niveles de conocimiento. Pero también corresponde a las normas rituarías regular la oportunidad y uso de las herramientas que permiten el ejercicio del derecho a la defensa de los justiciables; mientras que, para los jueces, son estas normas las reguladoras de su comportamiento respecto a las partes, así como el conjunto de pode-

2 Una exhaustiva revisión de las implicaciones de la constitucionalización de las garantías procesales puede encontrarse en PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª edición, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2012, pp. 37-47.

res, deberes y sistema de responsabilidad³ que le son propios y que integran el contenido de la función jurisdiccional.

La existencia de un cauce procesal expedito para la reparación de cualquier infracción de los derechos fundamentales deriva también de la plasmación constitucional de las garantías procesales. El artículo 99 de la actual Constitución cubana establece que los daños y perjuicios ocasionados por agentes del Estado en ejercicio de sus funciones, por particulares o por entes no estatales, en franca vulneración de los derechos constitucionales, son susceptibles de reclamación ante los tribunales para obtener la reparación e indemnización correspondiente; para lo cual se precisa de una norma de desarrollo que determine los derechos amparados por dicha garantía y el procedimiento preferente, expedito y concentrado requerido para su cumplimiento⁴.

La forma de reclamación que regula el artículo 99 resulta idónea cuando se trata de derechos materiales o sustantivos, como el derecho a la vida, a la salud o la educación⁵, a fin de obtener una pronta reparación o indemnización, según corresponda; pero en materia de garantías procesales no sucede de igual forma. Aunque el propio precepto regula

3 El maestro uruguayo COUTURE explica la importancia de un adecuado sistema de responsabilidad de los jueces, como contrapartida de las potestades y facultades que les franquea la ley. En este sentido afirma que «el juez sin responsabilidad por sus errores y culpas, no ofrece el mínimo de seguridad que la Constitución anuncia». Vid. COUTURE, E., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Ediar Editores, Buenos Aires, 1948, p. 23.

4 Precepto similar al artículo 53 apartado segundo de la Constitución española, que establece la posibilidad de reclamar la tutela de los tribunales ordinarios debido a la violación de los derechos fundamentales, a través de un procedimiento preferente y sumario, además de la opción del amparo ante el Tribunal Constitucional.

5 Para una visión integral del catálogo de derechos fundamentales que establece la Constitución cubana de 2019 y sus garantías, *cfr.* artículos del 40 al 100.

que la ley determinará los derechos que tendrán libre esta vía, se corre el riesgo de abrir un cauce procesal paralelo a la justicia ordinaria para reparar derechos que, en sede procesal, pueden ventilarse mediante los mecanismos legales correspondientes, pues lo contrario conllevaría a la desnaturalización de la tutela extraordinaria de los derechos.

La efectividad de la tutela judicial no está determinada por la existencia de un cauce procedimental expedito y paralelo a los procesos de conocimiento –ordinario o sumario–, sino por el cumplimiento irrestricto de las garantías del proceso⁶. Ante vulneraciones de estas garantías, no puede perderse de vista que dentro del catálogo de derechos que califican a cualquier proceso como debido, se encuentra la impugnación de las decisiones judiciales. A su vez, los tribunales podrán disponer la nulidad de las actuaciones que, por quebrantar las formalidades del proceso, coloquen en estado de indefensión a los justiciables. Cuestión diferente es que se abra la posibilidad de exigir la reparación de todos los derechos fundamentales, incluyendo las garantías procesales, ante Tribunal Constitucional o Sala de lo Constitucional del máximo tribunal de justicia del país, para lo cual la ley no solo deberá crear el órgano, sino determinar su competencia, aunque ello no descarta el riesgo que supone el paralelismo entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional.

Precisamente, el derecho de pedir la tutela del Tribunal o Corte Constitucional, a través de recurso de amparo⁷, constituye otra de las

6 Piénsese, por ejemplo, en la denegación de un medio de prueba por impertinente, ante lo cual la parte perjudicada tiene el derecho de interponer recurso de súplica ante el propio tribunal *a quo* y, ante la denegación reiterada, podrá protestarla en la propia instancia antes de transitar por los cauces de apelación y casación, según corresponda.

7 Respecto a los inconvenientes que se pueden presentar en materia de recurso de amparo constitucional, con sustento en la tutela judicial efectiva,

implicaciones procesales que se analizan; tutela que tiene lugar una vez agotada la vía ordinaria, sin obtener la debida reparación, por lo que constituye un mecanismo extraordinario y subsidiario de defensa. No establece la Constitución cubana la posibilidad de defender los derechos constitucionales ante tribunal de igual rango, como tampoco prevé su creación⁸, por lo que corresponde al legislador ordinario dicha tarea, a la vez de determinar qué derechos podrán ventilarse en esa sede.

A ello debe añadirse el inconveniente de la inconstitucionalidad de las leyes y disposiciones normativas de inferior rango, particularmente a raíz de la promulgación del nuevo texto constitucional; problema que se acrecienta si se tiene en cuenta la inexistencia de un tribunal o sala constitucional dentro de la estructura judicial cubana, lo que implica que el control de constitucionalidad se realice por el propio aparato legislativo y, de manera difusa, por los tribunales ordinarios. Mientras no se cree el órgano jurisdiccional propio de lo constitucional, los tribunales ordinarios están obligados a interpretar las leyes con amplia vocación por el respeto y realización de los derechos y garantías fundamentales, con vistas a ofrecer una tutela verdaderamente efectiva a los justiciables y evitar así cualquier sesgo de inconstitucionalidad.

vid. DIEZ PICAZO, L., «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 40, enero-abril, 1994, pp. 9-37.

- 8 De la letra del artículo 99 y de la disposición transitoria décimosegunda, se colige que estamos en presencia de una tutela extraordinaria de los derechos, pues la ordinaria o común queda abierta a partir de la regulación de los artículos 92, 94, 95 y 96, relativos a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el procedimiento de Hábeas Corpus.

3. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL NUEVO TEXTO CONSTITUCIONAL CUBANO. ALCANCE Y RELACIÓN CON OTRAS GARANTÍAS

En materia de derechos fundamentales y garantías constitucionales existe una delgada línea que apenas los separa, tal es así que la tutela judicial efectiva suele identificarse con ambos conceptos. Bien derecho o bien garantía, o ambas, lo esencial es la protección de las personas que se someten a un proceso ante los tribunales en calidad de partes o de terceros.

La doctrina, al sistematizar los elementos conformadores de la tutela judicial efectiva, se muestra conteste en la existencia de cuatro componentes: el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho y congruente, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho a los recursos previstos en ley⁹. A tono con la formulación que propone la nueva Carta Magna, y sin contar con una doctrina legal que lo sustente, puede afirmarse que la tutela judicial efectiva en Cuba se construye a partir de tres elementos, a saber: el acceso a la justicia, la realización de un proceso con todas las garantías o debido proceso y la ejecución de las resoluciones judiciales.

El artículo 92 del nuevo texto constitucional establece la garantía del acceso de todas las personas a los órganos judiciales, a fin de obtener de ellos la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos; protección que incluye la obligatoriedad en el cumplimiento de

9 PICO I JUNOY, J., *cit.*, p. 57-110. Con óptica similar, *vid.* VALMAÑA VALMAÑA, S., *La tutela judicial efectiva como derecho fundamental y la protección jurisdiccional*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, s.l., 2018, pp. 3-8.

las decisiones judiciales y la responsabilidad que genera su inobservancia. La institución que se analiza aparece regulada como derecho fundamental y autónomo; pero al mismo tiempo representa la garantía principal entre las que se dedican a la protección jurisdiccional de las personas, por lo que se define como herramienta para la defensa de sus derechos e intereses legítimos y, como consecuencia de ello, cualquier transgresión de las formalidades del proceso la infringe.

La amplitud de la tutela judicial efectiva es tal que abarca al resto de las garantías jurisdiccionales. Precisamente, se invoca la aplicación de una determinada garantía en virtud de la obligación del Estado de conocer, resolver y ejecutar, propia de la actividad jurisdiccional. En este sentido, existen puntos de contacto entre la tutela judicial efectiva y la garantía de Hábeas Corpus, por ejemplo, ya que la solicitud de restituir el derecho a la libertad, mediante este procedimiento, requiere su tramitación ante un órgano judicial competente y el consecuente respeto de todas las formalidades procesales establecidas en la ley¹⁰. La privación ilícita de libertad que motiva el Hábeas Corpus supone la vulneración de las garantías constitucionales o de las formalidades legales, entre las que se incluyen las procesales; a lo que se adiciona que -en la propia tramitación de dicho procedimiento- el tribunal que conoce del asunto está obligado a respetar tales garantías¹¹.

Con similar talante, se aprecia una estrecha conexión entre la tutela judicial efectiva que regula el artículo 92 y la tutela extraordinaria de los derechos contenida en el artículo 99, ambos del texto constitu-

10 Cfr. Artículos 96 de la Constitución de la República de Cuba y 467 de la Ley de Procedimiento Penal cubana, respectivamente.

11 Por ejemplo, la resolución que deniega la solicitud de Hábeas Corpus debe encontrarse debidamente fundada, de lo contrario se vulnera una de las garantías del debido proceso y, consecuentemente, también se resquebraja la tutela judicial efectiva.

cional vigente. La garantía que ampara el artículo 99 comporta también el acceso a los tribunales, aunque se trate de una tutela privilegiada, de ahí que podrá tratarse de un cauce expedito, concentrado y preferente, pero su tramitación debe efectuarse con respeto del debido proceso. El quebrantamiento de las garantías procesales puede abrir paso a este particular procedimiento, sin desmedro de las posibilidades de defensa en sede ordinaria y el riesgo que trae aparejado el conocimiento múltiple de una misma situación en ámbitos competenciales diferentes. No obstante, la regulación de la tutela extraordinaria de los derechos subraya la necesidad de crear un órgano de rango superior para la defensa de los derechos refrendados en la Constitución.

Aunque más adelante se analizan los elementos que integran la tutela judicial efectiva, debe ponerse de relieve la ausencia, en la Constitución, de la prohibición de indefensión, bien como componente de cierre de la tutela judicial efectiva, bien como ingrediente esencial del debido proceso. La prohibición de indefensión constituye uno de los elementos fundamentales que conforman el debido proceso y que trasciende, por su marcada importancia, a la tutela judicial efectiva. La mayoría de los textos modernos regulan el derecho supremo a la tutela judicial efectiva y, a un tiempo, enfatizan en la prohibición de indefensión como garantía de los justiciables, pues refuerza su carácter de efectiva. Si bien la prohibición de indefensión se materializa en las leyes procesales, no es menos cierto que su inclusión en la Constitución acentúa la obligación del tribunal de observar el debido proceso.

3.1. *Elementos que conforman la tutela judicial efectiva*

3.1.1. *Acceso a la justicia*

El acceso a los tribunales constituye el reconocimiento constitucional del derecho de acción, cual derecho subjetivo que permite a cualquier persona con capacidad procesal poner en movimiento la

maquinaria judicial del Estado; derecho que se completa a partir de la obligación de la judicatura de fallar y ejecutar los casos que se someten a su conocimiento. Existe el criterio de que el acceso a la justicia trasciende la entrada al proceso y se manifiesta durante todo el iter procesal¹², por lo que se nutre de todas las bondades del sistema de justicia para la tutela de los derechos, lo que se traduce finalmente en seguridad jurídica. Así, se identifica también con el ejercicio del derecho a la defensa mediante el uso de las diferentes herramientas procesales en situación de igualdad procesal, sin la presencia de barreras legales, materiales, actitudinales e incluso procesales, que lo impidan.

Con la voz «acceso» se reconoce cualquier posibilidad de hacer efectiva la entrada al proceso, a través de mecanismos procesales efectivos que la viabilicen y faciliten el control de los presupuestos procesales. Por supuesto, el reconocimiento constitucional del derecho a pedir la tutela de los órganos de justicia representa el primer medio idóneo para acceder a la justicia; derecho que se concreta -normalmente- a través del ejercicio de la demanda en el proceso civil y de las conclusiones provisionales acusatorias en sede penal, previo cumplimiento de los requisitos formales legalmente exigidos para su validez y plena eficacia, respectivamente.

No obstante, existen otras formas -en la etapa preprocesal- que constituyen mecanismos efectivos de acceso a la justicia. Tal es el caso del régimen cautelar, así como aquellas medidas que, ante la posibilidad latente de peligro o daño considerable, conforman las conocidas tutelas judiciales urgentes. Aunque tales posibilidades se asocian a la

12 Vid. MENDOZA DÍAZ, J., «Acceso a la justicia para todos: el desafío de los grupos en condiciones de vulnerabilidad para lograr una tutela judicial efectiva de sus derechos», en DURÁN Y LALAGUNA, P. y DÍAZ BARRADO, C., *Objetivo 16: Paz, justicia e instituciones sólidas*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 161-190.

existencia de un proceso principal, sin dudas constituyen una oportunidad de solicitar la tutela de los derechos involucrados en un caso concreto. Debe tenerse en cuenta que quien interesa la tutela cautelar se encuentra en una posición de inferioridad en relación con el destinatario de la medida, por lo que de no otorgársele lo pedido, se le puede ocasionar un daño irreparable o se verá acentuada la impunidad, en el caso del proceso penal. Por lo tanto, la existencia de un adecuado régimen cautelar fomenta no solo la efectividad del sistema judicial, sino también su credibilidad.

La insuficiente cultura jurídica de las personas no puede derivar en la idea de que el acceso a la justicia resulta inalcanzable, fundamentalmente entre los sectores poblacionales de menores ingresos. Si bien no es el caso de Cuba¹³, los altos costos de la litigación representan obstáculo para el acceso a la justicia y, como contrapartida, la obligación del Estado de garantizarlo no puede quedar en el ámbito formal, sino que debe trascender al plano material, cual posibilidad real de representación letrada durante todo el proceso.

Aunque el artículo 92 de la Constitución cubana centra la mirada del justiciable en el derecho a la tutela judicial efectiva, el acceso a los tribunales se presenta también como derecho de carácter fundamental. Empero, no queda clara la intención del legislador en cuanto a la determinación o no del acceso a la justicia como elemento conformador de la tutela judicial efectiva. De una primera lectura pudiere entenderse que la expresión «acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva» significa que se trata de dos elementos autónomos, o sea, que es preciso el acceso a la justicia para, una vez

13 Para mayor información *vid.* MENDOZA DÍAZ, J. e Hierro Sánchez, L. A., «La reforma del proceso civil cubano: una labor judicial», en OTEIZA, E. (Coord.), *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*, Marcial Pons, Barcelona, 2018, p. 232.

en el proceso, obtener la protección del órgano juzgador. Dicho de otra manera, el acceso a la justicia parece materializarse como medio para alcanzar un fin, que es la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos.

Otra mirada puede enfocarse en la intención de colocarlo como antesala del proceso, con trascendencia a este para la realización de la justicia. En este sentido, la redacción del artículo 92 indica que el acceso a los tribunales constituye el primer paso para alcanzar la efectividad de la tutela judicial. Acceder a los órganos judiciales significa acceso al proceso, el que debe llevarse a cabo a través de los cauces procedimentales que establece la ley, para lo cual el tribunal actuante debe observar las garantías que conforman el denominado debido proceso, lo que unido al cumplimiento *in natura* o por equivalente de los mandatos judiciales, conforman la tutela judicial efectiva. Por consiguiente, no resulta atinado desvincular los elementos conformadores de la tutela judicial efectiva, como si se tratase de piezas aisladas.

3.1.2. *El debido proceso*

El debido proceso constituye el segundo y más importante elemento, pues el disfrute de un proceso en el que se observen todas las garantías constitucionales y legales resulta consustancial a lo que se entiende por proceso útil y justo y, como consecuencia de ello, también es inherente a la idea de proceso eficaz. Se suelen identificar los conceptos de tutela judicial efectiva y debido proceso, pero realmente entre ellos existe una relación de género-especie, siendo la tutela judicial efectiva el género y el debido proceso la especie, o mejor, un derecho esencial dentro de aquella. Lo dicho no pretende restarle relevancia al debido proceso, ni siquiera reducir su eficacia como derecho constitucional, sino enmarcarlo, como corresponde, dentro de un derecho de alcance superior y también de mayor abstracción, como es la tutela judicial efectiva.

El debido proceso deriva de la definición general de proceso, pero con el matiz adjetivo que le brinda el calificativo «debido», que le dota de características especiales y lo elevan a la categoría de derecho fundamental. Debido proceso y tutela judicial efectiva tienen una conexión incuestionable, que sienta sus bases en la cualidad de garantías esenciales de ambas. Pero lo cierto es que la tutela judicial efectiva rebasa los contornos del debido proceso, pues se trata de un derecho que es previo al proceso y le sobrevive. Siguiendo esta lógica de pensamiento, podemos afirmar que mayor sentido puede encontrarse en la expresión «tutela judicial efectiva» que en la de «debido proceso», de cara a la mejor comprensión de su finalidad, pues lo que verdaderamente puede fallar es la actuación del tribunal en la conducción del proceso, no el proceso en sí mismo.

La noción de debido proceso ha sido construida por exclusión, o sea, que es debido proceso aquel en el que no se manifiestan arbitrariedades o indefensión. Sin embargo, su relevancia se deriva del significado jurídico de la voz «deber», respecto al cumplimiento de la potestad jurisdiccional con plena observancia de las garantías y formalidades del proceso. El maestro uruguayo COUTURE lo define de manera magistral cuando expresa que «El debido proceso legal resulta ser, en esta construcción, algo más que la simple garantía de un proceso. Es la garantía misma del derecho. Del derecho que (...) llamaríamos justo. Pero en su dimensión procesal, «debido proceso legal» equivale a debida defensa en juicio»¹⁴.

Es también sinónimo de adecuado, ya que el proceso se erige como instrumento de realización de la justicia y, por tanto, no basta con la existencia de cauces procedimentales, sino que se precisa que sean viables, garantistas y con la proporción necesaria de celeridad.

14 COUTURE, E., *cit.*, pp. 58-59.

Pero el debido proceso debe analizarse también desde la óptica del juzgador y, en este sentido, no constituye derecho sino obligación, cual requisito de actuación, de velar por el correcto curso del proceso y dictar una sentencia justa, motivada y congruente.

El resultado procesal puede frustrarse producto de la inobservancia de formalidades legales, pero nunca como resultado de la ausencia o inexistencia de garantías formales mínimas para la protección jurisdiccional de los derechos. La ordenación legal del proceso representa su faz estática, mientras que su vocación dinámica se concreta a través del desempeño de la actividad jurisdiccional, a través de la cual se realiza el debido proceso.

La actual Constitución cubana regula, en su artículo 94, que toda persona disfruta -como garantía a su seguridad jurídica- de un debido proceso, tanto en el ámbito judicial como en el administrativo. Como se aprecia, el legislador le ubica en precepto legal distinto al de la tutela judicial efectiva y, con ello, pareciera que lo excluye como elemento de ésta. Tal previsión puede obedecer a dos criterios. El primero, la intención del legislador de brindarle autonomía y soporte como derecho constitucional independiente. Segundo, como consecuencia de la extensión que se hace de dicho concepto al ámbito administrativo; ensanchamiento que, si bien no resulta del todo acertado desde un punto de vista estrictamente conceptual, sí lo es desde el prisma de la responsabilidad estatal frente al ciudadano, toda vez que los procedimientos administrativos deben ser -también- garantistas. Se trata de que la administración siga el ejemplo de los tribunales de justicia, que tienen la obligación de tutelar -por mandato constitucional y legal- derechos fundamentales durante la tramitación de los asuntos sometidos a su conocimiento. Pero, como se dijo anteriormente, no puede perderse de vista que, para lograr una tutela judicial efectiva, deben respetarse todas las garantías procesales, de ahí que no sea posible la sostener la desvinculación de ambas categorías.

Sin abundar en el contenido del debido proceso, basta decir que la regulación del artículo 94 constituye expresión mínima de las garantías que todo tribunal debe observar en cualquier proceso, sin importar la materia o la tipología procesal. Se trata de que toda persona tiene derecho a acceder a un tribunal competente, independiente e imparcial, a recibir asistencia jurídica para ejercer sus derechos, a aportar medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos obtenidos de manera ilícita, a no ser privada de sus derechos sino por resolución fundada de autoridad competente o mediante sentencia firme del tribunal, a interponer los recursos o procedimientos pertinentes contra resoluciones judiciales o administrativas según corresponda, a un proceso sin dilaciones indebidas, así como a obtener reparación por los daños materiales y morales e indemnización por los perjuicios que reciba, para todo lo cual goza de igualdad de oportunidades en los procesos en que interviene.

3.1.3. Garbo ejecutivo de la tutela judicial

El calificativo «efectiva» constituye el elemento de mayor abstracción de los tres que componen la institución, ya que la efectividad de la impartición de justicia se logra en cada caso de manera particular. La tutela que brindan los tribunales resulta verdaderamente eficaz cuando, alcanzada la cosa juzgada, se logra ejecutar lo dispuesto en la resolución judicial que pone fin al proceso.

La autoridad de cosa juzgada, en su calidad de derecho tiene un efecto bisagra. De un lado representa una aspiración, como garantía de la seguridad jurídica de los justiciables; de otro, se trata del presupuesto esencial para echar a andar los mecanismos de ejecución previstos en la ley. Con la ejecución se busca el cumplimiento de la sentencia, a través de los mecanismos legales establecidos, incluyendo los cautelares, con mayor énfasis en los procesos de corte no penal,

debido a la incidencia negativa que tiene la naturaleza privada de los conflictos en la realización definitiva de la justicia.

La tutela judicial que no se haga efectiva, sencillamente, deja de ser tutela, aunque el proceso haya transcurrido sin menoscabos de las garantías procesales. El respeto a estas garantías forma parte de lo que se entiende por efectividad de la tutela judicial, toda vez que ello repercute en el resultado final del proceso, pero la protección que se exige de los tribunales se alcanza cuando se ejecutan las disposiciones del órgano juzgador. Por tanto, existe un estrecho vínculo entre las categorías tutela y ejecución, que hace nacer el derecho al cumplimiento de lo decidido en juicio.

Un esquema modelo es aquel que tributa a la ejecución en sus propios términos. Precisamente, la cosa juzgada implica que no se modifiquen –en principio– los términos en que fue dictada la sentencia, como garantía de la seguridad jurídica. Sin embargo, ante situaciones justificadas, se procede al cumplimiento por equivalente, con carácter indemnizatorio; modificación que se realiza en función de la efectividad de la tutela judicial reclamada. El efecto de cosa juzgada pierde sentido, en el orden material, si el mandato del tribunal no puede realizarse mediante los medios y mecanismos que regula la ley. Recuérdesse que la cosa juzgada perpetua para el futuro los efectos sustantivos de la sentencia que puso fin al proceso, lo cual se hace posible a través del instituto de la ejecución cuando no se logra el pago voluntario.

Volviendo al análisis del artículo 92 *in fine*, es clara la intención del legislador de consagrar no solo el derecho a la cosa juzgada, como efecto del proceso y máxima expresión de la seguridad jurídica en sede procesal, sino el carácter obligatorio del cumplimiento de las resoluciones judiciales firmes; requisito que constituye corolario de cualquier diseño procesal que pretenda una proyección garantista de los derechos de las personas.

Tal es así que el propio legislador constitucional establece la responsabilidad que se genera a partir de su incumplimiento; responsabilidad cuyas modalidades quedarán establecidas en la ley y se hará efectiva a través de los mecanismos pertinentes, pero su consagración en el magno texto resulta expresión fehaciente de que sin herramientas útiles de ejecución no se logra la efectividad de la tutela judicial. Nótese que el cometido del precepto legal es determinar la responsabilidad de todos frente a los mandatos judiciales, o sea, de la administración, sus directivos y funcionarios, de los ciudadanos, pero también de los propios tribunales, cuya misión no es solo juzgar, sino hacer ejecutar lo juzgado. La ejecución es, por tanto, parte esencial de la actividad jurisdiccional y, consecuentemente, de la tutela judicial efectiva.

4. LA INSTRUCCIÓN 245/2019 DEL CONSEJO DE GOBIERNO DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR: UN COMPLEMENTO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La Ley de leyes, en su artículo 148, establece que el Tribunal Supremo Popular, a través de su Consejo de Gobierno, ejerce la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, para lo cual toma decisiones y dicta normas de obligatorio cumplimiento para todos los tribunales que conforman el sistema judicial y, con base en la experiencia de estos, emite instrucciones con carácter vinculante a fin de establecer una práctica jurisdiccional uniforme.

En este sentido, el órgano gubernativo del alto foro cubano emitió la Instrucción 245, de 19 de junio de 2019, a solo dos meses de promulgada la nueva Constitución de la República. Su objetivo es regular la tramitación, en sede judicial, de las reclamaciones que se susciten al amparo de los artículos 59, 92, 94 y 98 de la Carta Magna, y para ello refuerza las garantías jurisdiccionales que esta-

blece la Constitución, a la espera de que se modifiquen aquellas normas que limitan la reclamación de los derechos ante los tribunales de justicia.

La vigente Constitución de la República, al establecer en su artículo 92 el derecho de toda persona a obtener de los tribunales de justicia, la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos, ensancha los contornos de la administración de justicia, de ahí que se torne inconstitucional cualquier norma jurídica que coarte este derecho fundamental. Por supuesto, una vez abiertas las puertas de la judicatura para todos los casos, corresponde a los tribunales la observancia del debido proceso.

Se trata, primero, de que los tribunales de lo contencioso administrativo tramitarán las demandas interpuestas por personas a quienes se les haya confiscado bienes de su propiedad, mediante resolución administrativa dictada por el órgano competente, para lo cual deben cumplir y respetar las garantías de ley. La Constitución establece, en su artículo 58 párrafo segundo, que la expropiación de bienes se autoriza únicamente por razones de utilidad pública o interés social, con la indebida indemnización; mientras que el 59 determina que cuando la expropiación tuviere lugar mediante procedimiento administrativo, se garantiza a la persona la posibilidad de defensa ante los tribunales, elemento novedoso para el ordenamiento jurídico nacional. El acceso a los tribunales ordinarios posibilita el examen sustantivo de la expropiación, en razón de la verificación de los requisitos de utilidad pública o interés social, pero también viabiliza el examen de los elementos que conforman el debido proceso, ya que los procedimientos administrativos, por mandato constitucional, deben respeto a las garantías mínimas establecidas en el artículo 94 del magno texto. Como se aprecia, tanto el acceso a los tribunales, como el respeto al debido proceso, contribuyen a alcanzar la tutela de los derechos reclamados.

Segundo, los tribunales de lo administrativo conocerán de las demandas presentadas por persona legitimada, con vistas a obtener la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios ocasionados por un actuar indebido de la administración, sus directivos, funcionarios y empleados. Se está en presencia de la responsabilidad patrimonial de la administración, que queda regulada en el artículo 98 de la Constitución y que conecta directamente con los artículos 658 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE) y 96 del Código Civil. La referida Instrucción 245 regula que el acceso a los tribunales, en estos casos, ocurre una vez agotada la vía administrativa, o sea, cuando la resolución provenga de organismos de la Administración Central del Estado o sus dependencias territoriales y locales, o cuando se verifique el silencio administrativo luego de pasados los cuarenta y cinco días que establece el artículo 672 de la ley de trámites.

El contenido de la Instrucción alcanza tanto a los ciudadanos, como a la administración y a los tribunales. La administración queda obligada a conocer y a resolver, y a respetar el debido proceso durante la tramitación del asunto, mientras que los ciudadanos tienen el derecho, ante inconformidad o situación de agravio, de instar la vía judicial. Los tribunales, por su parte, revisarán la actuación del órgano administrativo, pudiendo confirmar o revocar su decisión; caso este último en que se dejará sin efecto el acto administrativo denunciado, se dispondrá la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios y se ordenará la actividad a seguir por la administración, cuyo incumplimiento podrá generar responsabilidad penal.

Por lo tanto, queda sin efecto el apartado segundo del artículo 96 del Código Civil, que establece como requisito para exigir la responsabilidad de la administración que el acto ejecutado haya sido declarado ilícito por la autoridad estatal superior correspondiente; presupuesto que hasta la entrada en vigor de la nueva Constitución constituía un obstáculo real para el acceso a la justicia. La institución

de la tutela judicial exige que cualquier derecho e interés legítimo pueda ser sustanciado ante los tribunales; de ahí que la declaración de ilicitud del acto por la máxima autoridad administrativa deviene improcedente, a tono con las garantías jurisdiccionales del proceso.

Por último, resulta preciso destacar el mandato de la Instrucción a los tribunales, no solo en cuanto al cumplimiento de las garantías del debido proceso, que consolida el artículo 94 de la Constitución, sino el llamado a impedir que, por cuestiones meramente formales, se restrinja el derecho de las personas a obtener la tutela judicial efectiva; llamamiento que convoca a los jueces, en su función de dirección e impulso del proceso, a preservar la justicia y no a limitarla producto de cuestiones formales intrascendentes a la solución del caso, lo que conduce a la idea de un nuevo tipo de juez, garante del debido proceso y de la tutela judicial efectiva.

5. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU EXPRESIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO

Ante la previsión constitucional de los métodos alternativos de solución de conflictos dentro del catálogo de garantías de los derechos¹⁵, surge la interrogante de si estos forman parte de la tutela judicial efectiva o si, por el contrario, esta cede terreno a nuevas fórmulas que extravasan el ámbito judicial en busca de mejores estándares de eficacia en la impartición de justicia. Siguiendo esta línea de pensamiento, la doctrina moderna, fundamentalmente en España, defiende con fuerza un cambio de paradigma, tal es así que se sostiene una derivación del derecho a la tutela judicial efectiva en tutela efectiva de

15 Cfr. artículo 93 de la vigente Constitución de la República de Cuba.

la justicia¹⁶, visto como la disponibilidad que tiene toda persona para la solución de conflictos a través de todas las formas de resolución de controversias reconocidas por el ordenamiento jurídico.

En esta cuerda del debate, BARONA VILAR aduce que «el derecho a la tutela judicial efectiva no supone que la vía del Estado-Juez-Proceso sea obligatoria, ni tampoco que sea la única vía para la resolución de los conflictos; de este modo, el particular puede bien acudir a esta vía u optar por otros cauces diferentes que pueden ir desde las fórmulas autocompositivas hasta el arbitraje, que responde a los mismos parámetros de heterocomposición que el propio proceso jurisdiccional»¹⁷.

En juicio propio, un modelo tutelar de impartición de justicia es aquel que permite al justiciable el acceso pleno a la justicia, el tránsito por un proceso en el que se respeten todas las garantías jurisdiccionales y la existencia de mecanismos que posibiliten la ejecución de lo resuelto. Ello no significa que no sea posible alcanzar la justicia fuera del proceso, pues existen otros procedimientos y formas alternativas que contribuyen a su materialización. Sin embargo, es el Estado el encargado –en virtud de mandato constitucional– de velar por la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas, por lo que dicha función tuitiva se convierte en obligación. Como se aprecia, el carácter tutelar de la justicia constituye la pieza clave para entender

16 MARTÍN DIZ, F., «Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre, 2014, p. 166.

17 BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 186. Con perspectiva similar, vid. GONZALO QUIROGA, Marta, «Métodos Alternos: Una justicia más progresista y universalizada», en GONZALO QUIROGA, M. y GORJÓN GÓMEZ, F. J. (Directores), *Métodos Alternos de Solución de Conflictos: Herramientas de paz y modernización de la justicia*, Dykinson S.L, Madrid, 2011, p. 43.

el alcance de la tutela judicial efectiva y, para ello, deben verificarse en cada método de solución de conflictos, judicial o extrajudicial, los elementos que la integran en su condición de derecho fundamental y garantía procesal.

En los casos de los métodos alternativos autocompositivos, como la mediación y la conciliación, en que la solución del conflicto emana del acuerdo arribado por las partes, facilitado por el mediador o propuesto por el conciliador, no se verifica un cauce contradictorio, por lo que no se identifican los elementos que informan el debido proceso y, a su vez, la ejecución de los acuerdos depende exclusivamente de las partes, incluso su homologación en sede judicial pende de su voluntad.

El arbitraje merece un tratamiento diferente en virtud de sus puntos de conexión con la jurisdicción ordinaria. La naturaleza jurisdiccional del arbitraje es incuestionable, ya que se trata de un mecanismo de solución de conflictos en casos concretos. Jurisdicción que emana de un acuerdo privado entre las partes y que constituye su fuente, pero que debe estar precedida por su reconocimiento legal, bien por la Constitución, bien por normas de desarrollo. Pero sucede que, en algunos ordenamientos, se encuentra limitado a conflictos derivados del comercio internacional, o sea, que la arbitrabilidad del caso está ceñida al carácter comercial del mismo y a la intervención de -al menos- un sujeto internacional. Cuando existe restricción respecto a la posibilidad de arbitraje, el acceso a la justicia se encuentra también limitado, pues no cualquier sujeto podrá someter la solución de su caso a tribunal arbitral.

El elemento de la tutela judicial efectiva que se aprecia con mayor nitidez en el arbitraje es el debido proceso¹⁸, en el entendido de

18 Un acercamiento a los elementos que integran el debido proceso puede verse en PÉREZ GUTIÉRREZ, I. e HIERRO SÁNCHEZ, L. A., *La tutela judicial efectiva en el proceso civil*, Editorial Leyer, Bogotá, 2019, pp. 80-106.

que en el procedimiento arbitral se observan las garantías jurisdiccionales de los derechos, en similar medida a como acontece en la sede judicial. La existencia de *litis* implica la concurrencia de dos o más partes ante un órgano decisor; controversia que entraña similares posibilidades de defensa, de modo tal que no se privilegie a una por encima de la otra, aunque en condiciones de mayor flexibilidad respecto a la tramitación del asunto.

Sobresale además el binomio independencia e imparcialidad como garantías del debido proceso. Respecto a la independencia, el principio queda restringido a la ocurrencia de factores externos que atenten contra el correcto desempeño de la función jurisdiccional, con énfasis en la ausencia de vínculos objetivos entre árbitros y partes. Esta noción de independencia en materia arbitral entronca directamente con la imparcialidad¹⁹, en su dimensión objetiva, mientras que la subjetiva está dada por la identificación de los árbitros con los intereses de alguna de las partes durante la tramitación del procedimiento, en detrimento de la otra.

El derecho a una resolución congruente también le resulta sustancial, pues el tribunal arbitral debe resolver lo relativo a las pretensiones y puntos litigiosos reclamados o defendidos por las partes. A su vez, el laudo debe ser motivado, y para ello su contenido debe argumentar la postura adoptada por el árbitro en el fallo; obligación que encuentra asidero en la relación estrecha entre actividad jurisdiccio-

19 Imparcialidad que en materia arbitral se garantiza a través de las obligaciones de revelación de conflictos de intereses y de evitar considerarse a sí mismo como agente de la parte que lo nombró, a cargo de los propios árbitros, así como la recusación, a cargo de los justiciables. Sobre este particular, *vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su transgresión», en *Revista Arbitraje*, Vol. I, No. 3, 2013, pp. 799-839.

nal y el deber de motivación. El arbitraje precisa –con mayor razón– la fundamentación de las resoluciones, a tenor de la imposibilidad de recurso contra el laudo, con la excepción de la declaración de nulidad en sede judicial. La garantía estriba entonces en la elaboración de un laudo claro y preciso en su contenido, razonable y coherente.

En Cuba, los métodos alternativos de resolución de conflictos encuentran algunas limitantes con vistas a su libre disposición. La mediación solo está reconocida e instituida en la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, servicio que presta a las personas naturales y jurídicas que así lo interesen, bajo los principios de neutralidad, equidad, confidencialidad y eficacia, según la disposición especial única del Decreto-Ley 250/2007 «De la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional». Mediación que, a tenor de la naturaleza del órgano que la presta, queda reducida a controversias surgidas a partir de contratos de comercio internacional, por lo que el acceso a este servicio es también limitado.

Lo mismo sucede con el arbitraje, al amparo del artículo 3 segundo párrafo de la LPCALE, que regula la posibilidad de abstención de los tribunales ordinarios cuando surjan conflictos en el comercio internacional y las partes se sometan, expresa o tácitamente, o por disposición de la ley o acuerdos internacionales, a cortes arbitrales; precepto que se vincula con lo establecido en el artículo 9 del citado Decreto-Ley 250/2007, relativo a la competencia de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, que conoce y resuelve los litigios contractuales o extracontractuales, de carácter internacional, surgidos en el ámbito de los negocios, que le son sometidos voluntariamente por las partes. En consecuencia, el arbitraje no se extiende a materias disponibles en el ámbito doméstico, por lo que el acceso a la justicia no se manifiesta de manera plena.

En materia de ejecución de los laudos arbitrales, el artículo 820 de la LPCALE establece la competencia de la Sala de lo Económico

del Tribunal Provincial Popular del domicilio del demandado para proceder a su cumplimiento, previa solicitud de la parte favorecida por la resolución arbitral en proceso ante la corte cubana o en proceso arbitral internacional realizado en Cuba. Así, ante el incumplimiento del laudo por la parte vencida, queda expedita la vía judicial para su ejecución, de ahí que el cauce idóneo para su efectividad resulte el auxilio de los tribunales ordinarios.

En resumen, no es posible considerar, a la luz del ordenamiento jurídico cubano vigente, a los métodos alternos de resolución de conflictos como integrantes de la tutela judicial efectiva, ya que no se comprueban en todos los casos los elementos que la componen. Como se aprecia, la respuesta no es tan simple como parece, pues la explicación no se centra en el carácter judicial de la tutela, sino en la verificación de los elementos de rigor en dicha sede, contrario a lo que sucede fuera de ella. Por tanto, un verdadero sistema tutelar de impartición de justicia abarca desde el acceso a los órganos jurisdiccionales hasta la ejecución de sus decisiones, con sustento en un debido proceso, modelo que en Cuba encuentra expresión a través del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en la nueva Constitución.

6. IDEAS PARA UN CIERRE, QUE NO CONCLUSIONES

A menos de un año de la promulgación de la nueva Carta Magna, resulta imposible arribar a sólidas conclusiones respecto a su aplicabilidad, de manera general, y de modo particular respecto al funcionamiento de la tutela judicial en su función de garantía procesal. Pero lo cierto es que la nueva Constitución es reflejo del pensamiento procesal y constitucional más avanzado, a partir de la manera consecuente en que el legislador ha colocado las garantías jurisdiccionales en su texto. Toda persona tiene el derecho de acceder a los tribunales de justicia, para -luego de transitar por un proceso con todas las ga-

rantías- obtener la ejecución del fallo como consecuencia de la firmeza de un mandato judicial. Cada uno por separado conforma la tutela judicial, pero valorados en su conjunto es que puede considerarse dicha tutela como efectiva, en lo que se considera un modelo tutelar de realización de la justicia.

La tutela judicial efectiva debe analizarse siempre desde una perspectiva bifronte, según la posición que ocupen los sujetos de la relación jurídica procesal. Para los justiciables, sin dudas, representa uno de los más grandes derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico; para sus representantes, la exigencia de su cumplimiento constituye un deber ético y técnico; mientras que, para el órgano juzgador, se trata de una obligación que le viene impuesta por mandato constitucional, pero no puede olvidar el juez el impacto social que subyace y trasciende a la impartición de justicia.

No son pocos los retos que trae aparejada la constitucionalización de las garantías jurisdiccionales de los derechos. Primero, la aplicación directa de los postulados de la Constitución y, en consecuencia, la posibilidad de su invocación como fundamento jurídico de los pedimentos de parte, pero sobre todo debe constituirse en asidero para la actuación de los tribunales en respuesta a los litigios que se someten a su arbitrio. El segundo, a tenor de la coyuntura de reformas jurídicas que vive el país, estriba en el control de la constitucionalidad de las normas jurídicas, pues resulta conocido que, tras la entrada en vigor de la nueva Carta Magna, algunas normas vigentes contradicen su contenido, por lo que el juez no puede olvidar su deber con la justicia y su compromiso de honrar la ley suprema del Estado. Por último y derivado del anterior, la creación de un órgano autónomo, bien un tribunal o bien una sala de garantías constitucionales, que posibilite la defensa directa de los derechos fundamentales y que se encargue, a futuro, del control de la constitucionalidad del resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales

- BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999;
- COUTURE, E., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Ediar Editores, Buenos Aires, 1948;
- DIEZ PICAZO, L., «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 40, enero-abril, 1994;
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su transgresión», en *Revista Arbitraje*, Vol. I, No. 3, 2013;
- GONZALO QUIROGA, M. y GORJÓN GÓMEZ, F. J. (Directores), *Métodos Alternos de Solución de Conflictos: Herramientas de paz y modernización de la justicia*, Dykinson S.L, Madrid, 2011;
- MARTÍN DIZ, F., «Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre, 2014;
- MENDOZA DÍAZ, J., «Acceso a la justicia para todos: el desafío de los grupos en condiciones de vulnerabilidad para lograr una tutela judicial efectiva de sus derechos», en DURÁN Y LALAGUNA, P. y DÍAZ BARRADO, C., *Objetivo 16: Paz, justicia e instituciones sólidas*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018;
- MENDOZA DÍAZ, J. e HIERRO SÁNCHEZ, L. A., «La reforma del proceso civil cubano: una labor judicial», en OTEIZA, E. (Coord.), *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*, Marcial Pons, Barcelona, 2018;
- PÉREZ GUTIÉRREZ, I. e HIERRO SÁNCHEZ, L. A., *La tutela judicial efectiva en el proceso civil*, Editorial Leyer, Bogotá, 2019;
- PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª edición, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2012;

VALMAÑA VALMAÑA, S., *La tutela judicial efectiva como derecho fundamental y la protección jurisdiccional*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, s.l., 2018.

Fuentes legales

Constitución de la República de Cuba de 1976, Ediciones ONBC, La Habana, 2015;

Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en Gaceta Oficial No. 5, edición extraordinaria, en vigor desde el 10 de abril de 2019;

Ley No. 5, Ley de Procedimiento Penal, edición revisada y actualizada, Ediciones ONBC, La Habana, 2017;

Ley No. 7, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, edición revisada y actualizada, Ediciones ONBC, La Habana, 2015;

Decreto Ley No. 250, «De la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional», publicado en Gaceta Oficial No. 37, edición extraordinaria, de 30 de julio de 2007, en vigor desde el 31 de julio de 2007;

Resolución No. 8 de la Cámara de Comercio de la República de Cuba, «Reglamento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, publicada en Gaceta Oficial No. 30, edición extraordinaria, de 16 de abril de 2018, en vigor desde el 25 de mayo de 2018;

Instrucción No. 245 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, publicada en Gaceta Oficial No. 9, edición extraordinaria, de 19 de junio de 2019, en vigor desde el 21 de junio de 2010.

NORMAS EDITORIALES

Los autores enviarán su colaboración por correo electrónico a la siguiente dirección: joan.pico@upf.edu o guilherme@marinoni.adv.br. Junto al trabajo debe aparecer un resumen en castellano y en inglés de una extensión máxima de cien palabras, acompañado de las palabras clave correspondientes (en castellano y en inglés), el nombre del autor y el cargo académico o profesional. De igual modo, deberá traducir al inglés el título del estudio enviado y ponerlo entre paréntesis y en cursiva, detrás del título original del estudio.

Los trabajos presentados deberán ser inéditos. Los autores ceden gratuitamente los derechos de publicación a esta revista o a cualquier otra publicación o medio de reproducción o comunicación, en cualquier formato o soporte, incluida su traducción, que la dirección ejecutiva de la revista considere oportuno ceder.

Los trabajos tendrán una extensión máxima de 60 páginas, a doble espacio, en letras Times New Roman 12 (texto) y 10 (notas), y se enviarán en formato word.

La estructura del trabajo deberá realizarse mediante números: 1, 2, 3, etc. Y dentro del 1: 1.1, 1.2, 1.3, etc. Y dentro del 1.1: 1.1.1., 1.1.2, 1.1.3, etc. Y así sucesivamente.

En la redacción procurará no usarse negrita ni subrayado.

Las citas deberán ir a pie de página. La bibliografía se citará con el siguiente orden: autor (al menos apellidos), título de la obra en cursiva, ciudad, año y páginas citadas. Para separar estos datos se utilizará la coma. Los títulos de revista no irán abreviados y deberá constar el año y número de la revista. Cuando se cite la misma referencia varias

veces, se hará completa la primera vez y abreviada en las restantes. Si se citan recursos electrónicos deberá indicarse la dirección electrónica donde se ha obtenido la información y la fecha de impresión o lectura (ejemplo: www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/historia; fecha de consulta: 16/02/2012). Y si se citan resoluciones judiciales deberán destacarse todos los datos necesarios para su localización.

Se acusará recibo de los originales, cuya publicación podrá ir condicionada a la introducción de modificaciones.

La revista y sus directores no se hacen responsables del contenido de los trabajos ni de las opiniones y comentarios de los autores.

