



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Model Laws and National Traditions

General Report¹

Roberto Omar Berizonce

Professor Emeritus at the Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Honorary President of the Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal and member of the International Association of Procedural Law

Introducción

Este Relatorio General comprende una visión global, necesariamente sintética, de la tan vasta temática de las diversas tradiciones jurídicas y los intentos de armonización o uniformación de las legislaciones, así como los esfuerzos desplegados con esa finalidad en los niveles regionales y a través de otros emprendimientos con vocación de universalidad.

El planteamiento de las complejas cuestiones y problemas que se suscitan en torno de la temática general, tanto como los interrogantes y dilemas a los que se pretende brindar respuesta, están contenidos en la síntesis introductoria, donde se expresa lo siguiente:

Es clásica la distinción entre tradiciones de *common law* y de *civil law* para proceder a una clasificación de los sistemas jurídicos tanto en cuanto el derecho material como en materia de proceso civil, si bien esta distinción no da cuenta de todos los matices y de todas las tendencias en materia de procesal².

¹ El presente relatorio integra el Relatorio General elaborado por el autor, junto con la Prof. Frédérique Ferrand, destinado al Congreso Internacional de la IAPL - 2011.

² V.H. Kronke, que habla de “stéréotypes”, Le cadre du projet ALI/Unidroit, in F. Ferrand (dir), *La procédure civile mondiale modélisée*, EJT éd., 2004, p. 18.



Aunque aproximaciones sucesivas cada vez más notorias se realicen³, esta dicotomía clásica de base permanece⁴.

Ciertamente, los fenómenos de recepción de ciertas instituciones de una tradición jurídica en la otra suceden, a tal punto que los derechos nacionales devienen a veces sabias “mélanges”, pero esto no hace desaparecer por sí solo las “raíces” de tal o cual ordenamiento jurídico nacional. Aunque los cambios, aproximaciones se operen y se operarán todavía en el futuro, no habrá sin duda una asimilación total y una unificación mundial del proceso civil.

Durante mucho tiempo, el proceso civil ha sido considerado como excluido de toda tentativa de armonización a causa de que estaría particularmente atado a la soberanía de un Estado⁵ y a su cultura jurídica y que dependería pues del *orden público* nacional⁶. Si este modo de ver tiende a retroceder, notoriamente, en especial en el ámbito de Europa y también en los países iberoamericanos (es decir, en los espacios regionales más o menos integrados)⁷, y si ciertos textos internacionales tienden a armonizar algunas instituciones procesales, sin embargo las singularidades de las leyes procesales resisten todavía hoy de manera casi insuperable a los intentos de unificación o de uniformización de los procedimientos, aún bajo formas de un modelo único de Código Procesal. En ese sentido, puede afirmarse que la cultura del proceso revela profundamente la cultura de una determinada sociedad.

³ V.N. Andrews, *The Modern Civil Process*, Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht 50, Mohr Siebeck éd. 2008, n°1.02, que escribe con humor “*In fact English law is sandwiched between civil law Europe and the distinctive Common law system of the USA*” y que describe en su obra cómo el derecho inglés se adaptó (y debe continuar adaptándose) a fin de ofrecer un modelo atractivo y moderno de justicia civil.. Comp. R. Stürner, *Anglo-American and Continental Civil Procedure: The English Reform as a Model for Further Harmonization?*, in *The Future of Transnational Civil Litigation*, British Institute of Comparative Law 2004, p. 9.

⁴ V.G. Hazard, R. Stürner, M. Taruffo et A. Gidi, Reporters’ preface in *ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge Univ. Press 2006, p. XXVIII.

⁵ Comp. M. Storme, *Procedural Law and the Reform of Justice: from Regional to Universal Harmonisation*, *Rev. dr. uniforme* 2001, n°4, p. 765. La administración de la justicia ha sido considerada como una expresión de la autoridad política y sus instituciones confirieron una función de Estado, v. J. Sánchez-Cordero Dávila, Preface, in *ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge Univ. Press 2006, p. XXXiii.

⁶ V.K.D. Kerameus, *Some Reflections on Procedural Harmonisation; Reasons and Scope*, *Rev. droit uniforme*, 2003, n°1/2, p. 448.

⁷ Particularmente, en los términos de la Unión Europea, la adopción de diversos textos de procedimiento civil en materia de competencia jurisdiccional, de reconocimiento y de ejecución (por ejemplo, los reglamentos Bruxelles I y Bruxelles II bis), pero también relativos a las notificaciones en materia civil y comercial, a la cooperación para la obtención de las pruebas, la ayuda judicial, a la mediación en materia civil. Los instrumentos europeos más recientes han igualmente instaurado procedimientos específicos: el procedimiento europeo de injunción de pago (Reglamento CE n° 1896/2006 de 12 diciembre 2006 entró en aplicación el 12 diciembre 2008) y el procedimiento regulatorio de las pequeñas causas (reglamento CE n° 891/2007 del 11 junio 2007 que entró en aplicación el 1^{er} julio 2009).



Diversas tentativas han tenido resultados frustrantes: es el caso del modelo de *Code Judiciaire Européen* propuesto por la Comisión Storme. En cuanto a los Códigos Modelo para Iberoamérica, de Proceso Civil y de Procesos Colectivos, no son más que modelos de referencia o de guía, que no tienen la pretensión de ser aplicados como orden jurídico único y unitario. Por otra parte, el Código Modelo procesal civil de 1988 solo ha sido íntegramente adoptado en un sólo país -Uruguay-, bajo circunstancias muy particulares.

En cambio, la tendencia a una cierta armonización, más limitada o sectorial, se afirma en buena medida como consecuencia del fenómeno de la globalización. Esta última, que está asociada a una creciente movilidad también en las relaciones jurídicas en general, torna todavía más importantes y agudas, en los procesos civil y comercial, las exigencias de eficacia, de celeridad, de transparencia, de previsibilidad y de economía del proceso⁸. La doctrina contribuye a esta armonización, lo mismo -en buena medida- la jurisprudencia de los tribunales nacionales o regionales. Así, en Europa, la jurisprudencia francesa acogió instituciones tales como el *amicus curiae*⁹ o el *estoppel*¹⁰ para conferirles un sitio particular en el proceso civil. Igualmente, la Corte Europea de los Derechos Humanos contribuye, para los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa, a realizar una cierta armonización de los procedimientos civiles fundándose sobre la noción central de *procés équitable* contenida en el artículo 6 § 1 CEDH¹¹, donde ella desarrolló un tríptico: el derecho de acceso efectivo al tribunal, el derecho a una buena justicia (equidad en los procedimientos, igualdad de armas, publicidad, independencia e imparcialidad de los jueces...) y finalmente el derecho a la ejecución de las decisiones de justicia. Incluso si bien la Corte Europea de los Derechos Humanos no se inmiscuye en los pormenores de la reglamentación procesal de los Estados contratantes, las exigencias fundadas sobre una interpretación extensiva del artículo 6 § CEDH han contribuido notablemente a la modificación de las legislaciones nacionales que habían sido consideradas

⁸ V.M. Storme, *Procedural Law and the Reform of Justice: from Regional to Universal Harmonization*, préc., p. 768.

⁹ V. Cass. ass. plén., 31 mayo 1991, *D.* 1991, p. 417, relación Y. Chartier y nota D. Thouvenin; 29 junio 2001, *JCP G* 2001. II. 10 569, relación P. Sargos y concl. J. Sainte-Rose; Cass. ch. mixta, 23 nov. 2004, *D.* 2004. IR. 3 191; CA Paris, 16 oct. 1992, *D.* 1993, p. 172, nota Y. Laurin. V. aussi D. Mazeaud, *L'expertise de droit à travers l'amicus curiae*, in: *L'expertise*, bajo la dirección de D. Mazeaud et M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 1995, p. 109 et s.; R. Encinas de Munagorri, *L'ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae*, *RTDCiv.* 2005, p. 88.

¹⁰ En materia de arbitraje, v. Cass. civ. 1^{ère}, 3 febrero. 2010, *D.* 2010, 448 et déjà Cass. civ. 1^{ère}, 11 julio 2006, *Bull. civ. I*, n°369; *D.* 2006. AJ 1422, obs. X. Delpech et Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, *D.* 2009. Pan. 2966, obs. Th. Clay. En el marco de proceso civil ante las jurisdicciones estatales francesa, en las cuales el *'estoppel* no es admitido como condición estricta, v. Cass. ass. plén., 27 febrero 2009, *D.* 2009. Jur. 1245, nota D. Houtcieff; *D.* 2010. Pan. 169, obs. N. Fricero; *JCP G* 2009. II. 10 073, nota P. Callé.

¹¹ Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales del 4 noviembre 1950.



violatorias de los principios del artículo 6¹². Hoy la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea ha adquirido fuerza obligatoria con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa; su artículo 47 contiene garantías muy similares a aquellas del artículo 6 § 1 CEDH.

En Iberoamérica se verifica un fenómeno similar. En Argentina, Brasil, Colombia, México y otros países los tribunales (y no sólo los tribunales superiores o supremos, sino igualmente las jurisdicciones inferiores), fundan de modo habitual sus decisiones en los principios y las reglas que se consagran en las convenciones internacionales (el Tratado de San José de Costa Rica, muy similar al Tratado de Roma); y aún sobre la interpretación que de aquellos principios y reglas hacen los tribunales internacionales americanos y europeos. Así, por consiguiente, los principios del debido proceso –proceso justo, *due process of law*–, del derecho al juez natural, del contradictorio entre las partes, del plazo razonable, del acceso irrestricto a la justicia o todavía del derecho a la ejecución de las decisiones judiciales, son habitualmente interpretados y aplicados en sintonía con las convenciones internacionales. Una cierta “uniformidad” viene bajando paulatinamente entonces de los principios convencionales que recientemente (en las dos últimas décadas), han sido constitucionalizados en varios países de la región.

Por otro lado, una tentativa *mundial* de armonización del procedimiento civil transnacional ha sido realizada por los grupos de trabajo comunes de la American Law Institute y de Unidroit. Se han elaborado los *Principes transnationaux de procédure civile*¹³, cuyo objetivo es el de permitir a un litigante extranjero actuar o defenderse ante una jurisdicción de otro Estado, de modo de garantizar un cierto número de principios fundamentales de “buena justicia”, principios inspirados tanto por las garantías procesales consagradas por la Corte Europea de los Derechos Humanos cuanto por los principios rectores del proceso civil contenidos en todos los primeros artículos del Código de procedimiento civil francés. Estos son los principios fundamentales que trascienden segmentaciones tradicionales entre sistemas de derecho continental y *common law*. Los *Principios transnacionales de procedimiento civil*, consagran un fondo

¹² V. por ej. Cour eur. dr. h., 30 juill. 1998, *Aerts c/ Belgique*, req. n° 25357/94 (criterios de atribución de la ayuda judicial); 27 oct. 1993, *Dombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas*, req. n° 14448/88 (violación de la igualdad de armas y cuestión de la audición de una parte en el proceso en calidad de testigo); 19 dic. 1997, *Helle c/ Finlande*, req. n° 20772/92 (motivación de las decisiones de justicia). V. también las muy nombradas sentencias que sancionan una violación de la exigencia de duración razonable del proceso. La aparición de una exigencia de eficacia y de rapidez del procedimiento (= plazo razonable) ha contribuido a desarrollar en los numerosos sistemas jurídicos el principio de concentración y el rol activo de jueces como “court manager” (v. M. Storme, Concluding Remarks, in M. Deguchi et M. Storme, *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, op. cit., p. 357, conforme aquí “the dispute is in the hands of the parties. The litigation is in the hands of the Judge”).

¹³ ALI/Unidroit, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge University Press/Unidroit, 2006.



común procesal que reposa sobre la equidad del proceso, donde sin embargo, sobre ciertas cuestiones, optan por una aproximación al *common law*, a veces atenuando los trazos (por ejemplo en materia de pruebas, de transacción pendiente el proceso, del rol de un eventual *amicus curiae*...). Estos Principios constituyen un *soft law* que los Estados interesados pueden decidir adoptar, para integrar total o parcialmente en su orden jurídico nacional. México notoriamente ha testimoniado su interés por esta “ley-modelo”¹⁴ que ha influenciado su proceso civil.

Nos podemos preguntar, en definitiva, si la influencia de leyes-modelo en su vocación de universalidad no es potencialmente más intensa en los continentes donde no existe una real integración económica y jurídica regional. Ciertos autores¹⁵ han afirmado que las Américas serían más abiertas a los movimientos universales de armonización, en razón del hecho que ninguna atadura regional impediría allí adherir a tales movimientos. A ello habrá que agregar, en relación a Iberoamérica, que los movimientos de integración, y especialmente los de integración jurídica, se facilitan notablemente por la comunidad compartida de orígenes, tradiciones, idiomas, valores y creencias¹⁶. ¿La Unión europea se encuentra en desventaja para la armonización a nivel mundial, en razón del propio proceso de integración jurídica europea?

Agradeceremos a los relatores nacionales responder al siguiente cuestionario. Uds. están en libertad de agregar otras cuestiones que se estimen de interés para el mejor y más acabado enfoque de los temas.

Roberto Omar Berizonce

Frédérique Ferrand

Cuestionario general para los relatores nacionales

I. Tradiciones nacionales

¹⁴ V.J. Sánchez-Cordero Dávila, Preface, in *ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge Univ. Press 2006, p. XXXViii et s.

¹⁵ V.H.P. Glenn, Prospects for Transnational Civil Procedure in the Americas, *Rev. dr. uniforme* 2003, n°1/2, p. 488.

¹⁶ VESCOVI E., *El proyecto de Código Procesal Civil uniforme para América Latina*, Rev. Inst. Colombiano de Der. Proc., Bogotá, 1986, n° 4, p. 68 y ss.. GELSI BIDART A., *Código “tipo” y reforma del proceso civil...* en *Un “Código Tipo” di procedure civile per l’America Latina*, Cedam, Padova, 1990, pp. 41 y ss..



1. *Frente a la distinción clásica entre tradiciones jurídicas (common law, civil law), ¿a qué tradición corresponde la legislación procesal de su país? Describa sucintamente las características típicas en lo que concierne a los principios fundamentales del proceso civil (principios dispositivo, inquisitorio, mixto; contradictorio; oralidad; publicidad; administración de la prueba; vías de impugnación y alcance de las instancias recursivas, etc.).*
2. *¿Existen tradiciones nacionales muy específicas en su país en materia de proceso civil? Por ejemplo, en materia de recurrencia a los medios alternativos de resolución de litigios antes o durante la instancia judicial, en materia de poderes del juez, de cargas, derechos y obligaciones de la partes, de prueba, de vías de recursos, etc.*
3. *¿Se han adoptado en su país recientemente (en los 15 últimos años) reformas procesales estructurales? Si es sí, ¿en qué dirección fueron esas reformas y cual ha sido el objetivo? ¿Han contribuido ellas a “modelar” el proceso y a la armonización en relación a las convenciones internacionales o leyes-modelos, o a los Principios ALI/Unidroit de Procédure civile transnacional?*
4. *¿Los proyectos de reforma procesal civil son, en su país, precedidos por estudios de derecho comparado?*
5. *¿Constata usted en su país un retroceso de la distinción clásica entre common law y civil law en materia de proceso civil? ¿en qué instituciones o principios?*

II. Leyes modelos

6. **a)** *¿En qué medida la jurisprudencia de su país acoge los principios de las convenciones y tratados internacionales (Convención Americana sobre los Derechos del Hombre, textos de la Unión Europea, Convención Europea de los Derechos del Hombre, Tratado Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.) y la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales (Corte Interamericana de los Derechos del Hombre, jurisdicciones europeas y otras)? Indicar las principales materia a los que aquellas han sido aplicadas.*

b) *¿Los tribunales de su país han resistido a veces seguir la jurisprudencia en materia de procedimiento civil de una jurisdicción internacional (por ej. La Corte Europea de los Derechos Humanos), dictando decisiones en sentido contrario u opuesto?*



7. *En doctrina, ¿hay en su país debates sobre la “modelización” mundial (o regional) del proceso civil? ¿Cuál es la posición mayoritaria de los autores en esta materia? ¿Cómo han sido recibidos los Principios ALI/Unidroit de Procedimiento civil transnacional? La cuestión de la autonomía procesal de los Estados ha sido un obstáculo?*
8. *En jurisprudencia, ¿los tribunales de su país han hecho alguna referencia a) a los principios transnacionales de procedimiento; b) a las leyes-modelos; c) a los principios fundamentales y universales del proceso? ¿Constató usted alguna influencia de la flexibilidad y la contractualización de las reglas de procedimiento en el arbitraje ante las jurisdicciones estatales?*
9. *¿Su derecho nacional del procedimiento es incompatible con ciertos Principios transnacionales de procedimiento civil ALI/Unidroit? Si es sí, ¿con cuáles? ¿Diría usted globalmente que los Principios ALI/Unidroit son más bien compatibles o incompatibles con sus reglas de procedimiento civil? ¿Los principios ALI/Unidroit de procedimiento civil transnacional han influenciado las reformas recientes del procedimiento civil en su país?*

**Preguntas suplementarias para los relatores nacionales
de Iberoamérica**

1. *En qué medida el ordenamiento procesal civil de su país recoge los principios típicos del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, de 1988: a) oralidad ante jueces unipersonales con apelación ante una cámara superior; b) poderes del juez ordenatorios e instructorios; c) intermediación y concentración; d) audiencia preliminar; e) proceso monitorio; f) procesos sociales; g) otras instituciones.*
2. *En qué medida el ordenamiento procesal de su país recoge los principios típicos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2006: a) legitimación extraordinaria; b) requisitos de la demanda colectiva y representatividad adecuada; c) anticipación de la tutela; d) derechos individuales homogéneos; e) cosa juzgada; f) otras instituciones.*



3. *En qué medida la jurisprudencia de los tribunales de su país recoge los principios de las convenciones y pactos internacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de Roma, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.) y la doctrina de los Tribunales internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos y otros); indicando las principales materias en que se aplica (derechos económicos, sociales y culturales; derechos de la institucionalidad democrática; derecho de incidencia colectiva; etc.).*

Ha sido para mí un gran honor y un inmenso placer trabajar con la tan prestigiosa Prof. Frédérique Ferrand, de la Universidad de Lyon, experta conocedora de todos los temas analizados. Mi propósito se ha limitado principalmente a elaborar el relato general desde una perspectiva iberoamericana. A ese fin, he contado con la inestimable colaboración de los informantes nacionales, quienes han sido los profesores Ada PELLEGRINI GRINOVER y Kazuo WATANABE, Universidad de São Paulo, Brasil; Eduardo David OTEIZA, Universidad Nacional de La Plata, Argentina; Juan MONROY GALVEZ y Omar CAIRO, Universidad de Lima, Perú; Ángel LANDONI SOSA y Santiago PEREIRA CAMPOS, Universidad de la República, Uruguay; Ramiro BEJARANO GUZMÁN, quien contara con la colaboración de Fredy TOSCANO y Camilo VALENZUELA, Universidad Externado, Colombia; René MOLINA GALICIA y Yajaira YRURETA ORTIZ, Universidad Central, Venezuela; y Álvaro PÉREZ RAGONE y Raúl NÚÑEZ OJEDA, Universidad de Valparaíso, Chile. La tarea que me fuera encomendada no hubiera sido posible sin el inestimable apoyo brindado por los colegas iberoamericanos.

Para facilitar e interpretar las citas que aparecen en el relato general, se ha formulado la siguiente tabla de abreviaturas.

CEDH	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950).
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969).
Com. IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.



C.Br.	Constitución de la República Federativa de Brasil.
CN Arg.	Constitución de la Nación Argentina.
CP Col.	Constitución Política de la República de Colombia.
CP Per.	Constitución Política del Perú.
C. Ven.	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
C. Mex.	Constitución de la República Mexicana.
C. Ur.	Constitución del Uruguay.
STF Br.	Supremo Tribunal Federal de Brasil.
STJ Br.	Superior Tribunal de Justicia de Brasil.
CSN Arg.	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.
SCJ Ur.	Suprema Corte de Justicia de Uruguay.
TC Per.	Tribunal Constitucional del Perú.
CC Col.	Corte Constitucional de Colombia.
CSJ Col.	Suprema Corte de Justicia de Colombia.
CSJ Ven.	Corte Suprema de Justicia de Venezuela.
CPCN Arg.	Código Procesal Civil de la Nación Argentina.
CPC Br.	Código de Proceso Civil de Brasil.
CPC Col.	Código de Procedimiento Civil de Colombia.
CPC Per.	Código Procesal Civil del Perú.
CGP Ur.	Código General del Proceso del Uruguay.
LEC Esp.	Ley de Enjuiciamiento Civil Española.
CMPCI	Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica.
CMPr.Col.I	Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.



Los informes nacionales se citan por el nombre de los autores.

Primera Parte: Tradiciones nacionales.

I. Algunas precisiones preliminares.

Parécenos necesario formular ciertas precisiones preliminares para orientar la interpretación de este relato general: una primera muy genérica relativa al método comparativo en general y a la forma cómo aquí se intentará aplicarlo para su mejor utilidad. La segunda, para ubicar en general los ordenamientos iberoamericanos en el contexto de los modelos del *civil law continental europeo*. Por último, una tercera, complementaria de la anterior y destinada a anticipar, a grandes rasgos, el paulatino acercamiento de los ordenamientos de la región a las grandes líneas tendenciales que, en los comienzos del nuevo milenio, se denotan en el derecho comparado.

1. Hay generalizada coincidencia en la afirmación acerca que la historia de los dos últimos siglos revela la existencia en el sistema del *civil law continental europeo*, cuanto menos, de tres *modelos* nítidamente diferenciados, cada uno de los cuales sufrió a su vez numerosos desmembramientos: a) el modelo *austro-alemán*; b) el modelo *franco-italiano*; c) el modelo *español*. Un fenómeno similar de desmembramiento ha operado, como es sabido, dentro del *common law*, por razones históricas y especialmente desde las más recientes reformas en Inglaterra y Gales, por la sanción de las *Rules of Civil Procedure*, en 1999, y la Enmienda Constitucional de 2005, que suprimiera la House of Lords estableciendo un particular mecanismo de selección de los jueces supremos, desplazando al *Lord Chancellor* como jefe de la magistratura, y que culminara en 2009 –con la creación de la Suprema Corte, como más alto tribunal del Reino Unido–.

Frente a este panorama –como ha señalado certeramente TARUFFO¹⁷– puede afirmarse que al presente existe una pluralidad fuertemente fragmentada de modelos procesales y, sobre todo, variadas experiencias de reformas que no pueden ser consideradas en términos genéricos. Cualquier perspectiva que se coloque en el nivel de los macrosistemas corre el riesgo de ser inútil, de ahí que parece preferible la

¹⁷ *Due Iceberg a confronto: le derive del common law e civil law*, Rev. Trim. Dir. e Proc. Civ., Guiffré, Milano, 2009; reproducida en RePro, São Paulo, 2010, Nº 181, pp. 167 y ss., *Icebergs do common law e civil law?...*, trad. H. Zaneti Jr., versión que hemos seguido.



“microcomparación”, que no significa comparación de los mínimos e irrelevantes detalles de la disciplina del proceso, sino comparación “por ordenamientos”, en contraposición a la comparación por macromodelos.

En cuanto a las “familias de ordenamientos”, conviene estar concientes del hecho que inevitablemente sus miembros están cada vez más expuestos a la segregación, lo que deriva en una creciente “balcanización” del grupo. Con lo que, en definitiva, parece cierto que lo realmente útil y valioso, más que las tentativas de construir homogeneidades en abstracto, son aquellas centradas en las diferencias entre modelos y entre ordenamientos.

Claro que la visión comparatística, tan valiosa, ha de complementarse con el enfoque sociológico – *factual approach*- para verificar el funcionamiento en concreto de los diversos ordenamientos y tornar más útiles los resultados de la comparación¹⁸.

2. Desde esa perspectiva, conviene anticipar una precisión: los ordenamientos procesales iberoamericanos en su conjunto podrían ser considerados históricamente como un desmembramiento de la “familia” del *civil law* continental europeo que, en su evolución, si bien mantiene los elementos estructurales característicos de aquel, está en camino de conformar un “modelo” procesal singular, derivativo, por la recepción, adopción y adaptación de numerosas instituciones, procedimientos y técnicas provenientes de los tres modelos del *civil law* y, aún, de la familia del *common law*.

A su vez, en la comparación por ordenamientos, dentro de Iberoamérica, se puede apreciar la existencia de dos “bloques” diferenciados: el conformado por los ordenamientos de los países hispano-parlantes y, por otro lado, el de Brasil.

3. En la primera década del nuevo milenio el derecho procesal iberoamericano se encuentra inmerso en un proceso en general de profundas transformaciones que avanza en diversos frentes y a distintas “velocidades” en cada uno de los sistemas nacionales. Tratando de superar sus tradicionales disfuncionalidades, se encamina a recoger y acompañar, de uno u otro modo, las grandes tendencias que se vislumbran en el derecho comparado: 1) el afianzamiento de la concepción de la justicia civil como

¹⁸ El análisis comparativo es insuficiente desde una cultura rigurosamente normativista-positivista. Por otro lado, una comparación orientada a las reformas implica la consideración del funcionamiento efectivo del sistema y de los institutos (TARUFFO M., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002. Seguimos la versión castellana: Sobre fronteras. Escritos sobre la justicia civil, Temis, Bogotá, 2006, trad. B. Quintero, pp. 58-60).



manifestación de una de las *funciones públicas* esenciales del Estado democrático de derecho, o Estado “de justicia”, con sus correlatos del aseguramiento de las *garantías fundamentales del proceso* y su *efectividad* en concreto (la “edad” de las garantías), en consonancia con su “constitucionalización” y consagración en los pactos y convenciones internacionales a los que adhirieran los países de la región. 2) Como consecuencia de ello, la emergencia de novedosas *tutelas procesales diferenciadas*, que introducen jurisdicciones y técnicas procesales especiales para brindar protección a sujetos y situaciones particularmente necesitadas, que las propias Constituciones o los pactos enuncian con particular énfasis en el catálogo de los derechos fundamentales –derecho a la vida, a la dignidad, a la salud, a la educación y, en general, derechos económicos, sociales y culturales-, incluyendo los derechos de incidencia colectiva – tutela del ambiente, de consumidores y usuarios, de la institucionalidad democrática en general-. 3) la *armonización transnacional* de la justicia civil, primeramente en torno de los Códigos Modelo Iberoamericanos, de Proceso Civil y de Procesos Colectivos, y sobremanera a partir de una vigorosa tendencia que comienza a vislumbrarse en varios países, aunque con diversa intensidad, y que sustentándose promiscuamente provienen de las Constituciones y de los tratados y convenciones sobre derechos humanos –especialmente la CADH-, a través de una interpretación judicial creativa y progresista, comienza a perfilar diversas líneas maestras, coincidentes, propias de una novedosa justicia de “acompañamiento” para la tutela efectiva de los derechos fundamentales. 4) El tránsito hacia la consolidación de los *métodos alternativos de solución de conflictos* y la superación de las contradicciones que plantean frente a la concepción publicística del proceso. 5) el emerger, cada vez más notorio, de *nuevas misiones de los jueces*, como activistas gestores, ejecutores y garantes de la efectividad de las garantías fundamentales y, como consecuencia, el papel de la jurisprudencia como *fuentes del derecho*. De todo lo cual ha derivado una inédita tendencia hacia la construcción de un “constitucionalismo global”¹⁹ para la tutela de los derechos fundamentales.

II. Tradiciones jurídicas en la legislación procesal iberoamericana.

1. La tradición del *civil law* continental europeo.

1.1. Las distintas legislaciones de los países del subcontinente sudamericano nacieron y se desarrollaron en la tradición del *civil law* continental europeo, cuyas variables estructurales fundamentales

¹⁹ GILLES P., *El proceso civil en transformación...*, RePro, São Paulo, nº 173, 2009, pp. 330 y ss..



aún perduran en aquellas: **a)** la exaltación de la ley y el régimen de legalidad, como fuente primigenia del derecho; **b)** la *naturaleza del órgano jurisdiccional*, confiado a jueces profesionales dotados de específica competencia técnica jurídica, que solo excepcionalmente cuentan con gabinetes técnicos multidisciplinarios de apoyo (tribunales de familia o de menores, etc.); lo cual ha condicionado la propia evolución de los ordenamientos procesales, que han pasado tibiamente del originario esquema escriturario hacia un sistema mixto de escritura y oralidad; **c)** la *independencia jurisdiccional*, que está condicionada principalmente por el *método de selección* burocrático, o aún político partidista, de los jueces, su ingreso y permanencia dentro de una carrera jerárquica progresiva hasta su jubilación, idealmente al margen de las influencias políticas a partir de confiar el “gobierno” del Poder Judicial a un órgano independiente conformado por los distintos estamentos involucrados (Consejos Generales o Superiores de la Magistratura); **d)** la *formación jurídica de jueces y abogados*, a través de las Escuelas o Facultades de Derecho universitarias, mediante estudios predominantemente teóricos y abstractos, en base a clases “magistrales” con escaso entrenamiento práctico para la resolución de los casos concretos. Situación atenuada, solo en parte, por la organización del “tirocinio profesional” para los abogados y la creación de Escuelas de la Magistratura; **e)** la *misión de los jueces*, influida por lo anterior y especialmente por desenvolverse con sujeción al esquema “piramidal” jerárquico y al principio de legalidad, que acota fuertemente el poder de creación del derecho a través de la interpretación pretoriana; **f)** el *funcionamiento del proceso civil* deviene acorde con la naturaleza del órgano y la misión asignada a los jueces. Sin embargo, resulta notoria una tendencia, que en paralelo con los más recientes avances operados en los modelos continental-europeos, se encamina a superar la tradicional concepción “privatista” del proceso, sustituyéndola por una visión “publicista”, en la que el juez pasa a instalarse en el centro mismo del proceso, como actor principal para gestionar su desarrollo ordenado, y aún, con poderes instructorios suficientes para esclarecer la verdad de los hechos en disputa y, de ese modo, asegurar el resultado justo y útil de la jurisdicción. Y como proyección se vislumbra un creciente “activismo” judicial sustantivo y procesal, que se convierte en el eje central que alienta una incipiente y rica creación pretoriana, especialmente encaminada al aseguramiento de los derechos fundamentales.

2. Evolución histórica.

A partir de la originaria adscripción de los ordenamientos procesales del subcontinente americano a la tradición del *civil law* continental europeo, se ha producido en su evolución histórica el paso sucesivo por



diversas etapas que pueden enunciarse en sus grandes trazos así: colonial; patria; del procedimentalismo; científica; contemporánea.

2.1. El fenómeno de la recepción del proceso común romano-canónico, resultado de la infiltración de elementos germánicos en el proceso romano, opera en España especialmente a partir del siglo XIII, con la compilación llevada a cabo en 1265, conocida con el nombre de las Siete Partidas, de las cuales la III estaba dedicada a la materia procesal. Posteriores regulaciones mantuvieron en esencia sus principios, destacándose la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación (1805). En América, a partir del descubrimiento (1492) se aplican a través de las Leyes de Indias, la legislación procesal vigente en España, que se ordena mediante la Recopilación de Indias (1680), que establecía un complejo orden de prelación de las leyes entonces vigentes. Durante la época colonial la administración de justicia estaba distribuida entre la justicia lega de primera instancia, civil y criminal, los gobernadores e intendentes con funciones de alzada en ciertos supuestos y las Reales Audiencias, que conocían en tercera instancia y en instancia originaria para el juzgamiento de delitos graves o por la calidad de las personas. Contra las resoluciones de las Reales Audiencias era procedentes recursos extraordinarios para ante el Supremo Consejo de Indias, residente en España. Todavía perduran las consecuencias derivadas de las grandes distancias que separan a las metrópolis de los centros coloniales, lejanía que ha influido en el complejo régimen de las impugnaciones²⁰.

En Brasil, desde la época del descubrimiento (1500) hasta la independencia en 1822, estuvo en vigor el derecho real portugués, contenido en las *Ordenações Afonsinas* de 1456, influenciadas por las Siete Partidas, y sucesivamente, las *Ordenações Manuelinas* (1514) y, desde 1603, las *Ordenações Filipinas*. El derecho de las *Ordenações* representaba el *ius proprium*, que se integraba en el cuadro más vasto de los *iura communia*, los derechos del Imperio y el romano-canónico de la Iglesia de aplicación subsidiaria, en paralelo con lo que, es sabido, constituía característica dominante en los ordenamientos europeos de la alta Edad Media. En ese contexto, sobresalía naturalmente la influencia del derecho romano, desde que las propias *Ordenações* constituían una verdadera codificación del derecho común, que pervivió al desaparecer aquellas y aún, en buena parte, hasta nuestros días. Esa evolución, que denotó la falta de recepción en general de otras fuentes externas, incluyendo el derecho francés, confirió al derecho común y procesal brasileño una individualidad propia.

²⁰ OTEIZA E., *Disfuncionalidad del modelo de proceso civil en América Latina* en III Congreso Internacional de Derecho Procesal. *Garantismo y crisis de la Justicia*, Cartagena de Indias, 2-4 setiembre 2009.



2.2. En los tiempos que siguieron a los movimientos de independencia de las potencias coloniales (en 1810 se emanciparon Argentina, Chile, Venezuela, Colombia y México; en 1822, Brasil), se fueron configurando lenta y trabajosamente los nuevos sistemas patrios. Durante muchos años perduraron o influenciaron las legislaciones coloniales, hasta desembocar en las primeras codificaciones procesales, todavía tributarias de las LEC españolas de 1855 y 1881, bajo el auge del procedimentalismo que se encumbró, en general, en las últimas décadas del siglo XIX y pervivió durante más de medio siglo.

Las ideas renovadoras de la doctrina alemana y, especialmente, las difundidas por la escuela clásica italiana inaugurada por CHIOVENDA, y en buena medida también por algunos destacados autores españoles, penetraron primero en la doctrina vernácula, desde los años 30 del siglo pasado, y después fueron recogidas, al menos en parte, por los códigos de la etapa del “procesalismo científico”. Pueden mencionarse, entre otros, el CPCN Arg. (1967)²¹, el CPC Br. (1973)²², el CPC Col. (1970)²³, el CPC Ven. (1986)²⁴, el CGP Ur. (1989)²⁵, el CPC Pe. (1993)²⁶.

En Brasil, producida la emancipación política en 1822, la creación de una nueva legislación operó recién con el transcurso del tiempo. El proceso civil continuó regido por las *Ordenações Filipinas* hasta 1890 al implantarse la República. A partir de la Constitución de 1934 se reconoció la competencia exclusiva de la Unión para legislar sobre proceso civil, consagrándose el primer código en 1939. Igualmente, a partir de mediados del siglo XX el sistema procesal brasileño recibió profundas influencias de la doctrina italiana y alemana, primero, y después de otros países europeos, consolidándose la filiación romano-germánica, al mismo tiempo que se buscaba inspiración en los ordenamientos anglosajones. Resultó notoria la influencia de la doctrina clásica italiana en el CPC de 1973²⁷.

3. Características típicas de los ordenamientos procesales iberoamericanos.

Frente a la distinción clásica entre tradiciones jurídicas, las legislaciones procesales de los países del subcontinente americano pueden encasillarse, en general, entre aquellas que provienen del *civil law*

²¹ OTEIZA E., *Disfuncionalidad del modelo...*, ob. cit..

²² PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

²³ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..

²⁴ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..

²⁵ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

²⁶ MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

²⁷ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



continental europeo, si bien han sufrido “infiltraciones” diversas por la recepción de ciertas y determinadas instituciones que son originarias de las tradición del *common law* inglés y norteamericano.

Las notas esenciales que tipifican los ordenamientos de la región son las siguientes:

3.1. Principio dispositivo atenuado.

En todos los códigos se confía a las partes tanto el estímulo de la función judicial, a través del planteamiento de la acción, como la aportación de los hechos sobre los cuales ha de recaer la decisión del juez. La vigencia del principio se manifiesta en la iniciativa del proceso civil (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*), y la disponibilidad por las partes del derecho material, a través del desestímulo de la acción o del derecho, el allanamiento del demandado, la transacción o conciliación (salvo en los procesos en que existe un interés general comprometido). En cambio, corresponde al juez la dirección del proceso, que incluye el impulso material oficioso, sin perjuicio de la carga de las partes de hacer lo propio.

Las partes son las que mediante sus postulaciones, proceden a aportar los hechos y determinan el *thema decidendum*, debiendo el juez limitarse a decidir en los términos de dichas alegaciones (principio de congruencia), sin perjuicio de la aplicación del derecho que correspondiere (*iuria novit curia*). Al juez se le reconoce, en la mayoría de los ordenamientos, potestades más o menos amplias para completar o integrar, *ex officio*, el material probatorio aportado por las partes. Así, el CPCN Arg. le impone como deber ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes (art. 36, inc. 2°); puede, asimismo, disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieran conocimientos de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa (art. 452). Estos preceptos y otros complementarios contribuyen a atenuar considerablemente el principio dispositivo y le adjudican al juez un rol relevante como director y gestor del proceso. Lo propio ocurre en el CPC Br.²⁸, CPC Col.²⁹, CPC Ven.³⁰, CGP Ur.³¹ y CPC Pe³². Las técnicas del *case*

²⁸ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K., quienes afirman que el sistema brasileño puede ser considerado un sistema mixto de *civil law* y *common law*. El principio dispositivo es observado para el enjuiciamiento de la demanda, pero el proceso se desenvuelve por impulso oficial, con poderes instructorios conferidos al juez.

²⁹ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., señalan que las características más relevantes del sistema procesal colombiano se encuentran en el “Título Preliminar” del CPC: i) gratuidad; ii) sistema mixto de procedimiento, en el cual tienen cabida el dispositivo y el inquisitivo; iii) la prevalencia del derecho sustancial, que comporta la garantía del debido proceso.



management si bien no están explicitadas, son a menudo utilizadas, en sus diversas variables con la finalidad de acelerar el trámite del proceso. El CPC Ch., de su lado, continúa imbuído de los principios tradicionales que acotan considerablemente la misión judicial³³.

3.2. Principio de contradicción.

La garantía de contradicción o bilateralidad deriva, en la mayoría de los ordenamientos, de cláusulas constitucionales que consagran la inviolabilidad de la defensa en juicio. Supone que las leyes procesales acuerden a las partes una suficiente y razonable oportunidad de ser oídas y participar en la actividad probatoria, mediante el ofrecimiento, producción y control de las pruebas de parte y de las dispuestas *ex officio* por el juez.

Excepcionalmente, se admite que las medidas cautelares y de urgencia en general, puedan ser decretadas *inaudita parte*; o, en los juicios de ejecución, se excluye la posibilidad de deducir ciertas defensas vinculadas con la relación sustancial o fundadas en circunstancias anteriores a la creación del título que se ejecuta. Se trata de supuestos de aplazamiento o postergación del contradictorio, que puede ser ejercido en un momento posterior.

En varios ordenamientos se regulan procesos de estructura monitoria, generalmente siguiendo el tradicional modelo italiano documental, aunque con variantes no significativas. Así, en Uruguay (arts. 354, ss. CGP Ur.)³⁴, Brasil (arts. 1102-a, b y c, CPC)³⁵, y Venezuela³⁶.

³⁰ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y., destacan que el CPC Ven. de 1986 introdujo la figura del juez como director del proceso y le ordena su impulso aún de oficio hasta su conclusión, atribuyéndole facultades probatorias que en general no ejerce.

³¹ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S., subrayan que en el CGP vigente el juez se constituye el verdadero director del proceso, abandonando su anterior rol pasivo, en el marco de un sistema predominantemente dispositivo, donde subsiste la disponibilidad material del derecho en cabeza de las partes y las consecuentes limitaciones del juez por los hechos y pruebas restringidas a los hechos alegados y controvertidos.

³² MONROY GALVEZ J., CAIRO O., quienes enfatizan que el CPC Per. vigente se elaboró en base a los principios o garantías constitucionales del proceso, reconociendo los derechos de las partes (principios de la demanda, de igualdad sustancial, del contradictorio, de la defensa, etc.), en equilibrio con aquellos que permiten al juez el dictado de una resolución justa, como director del proceso y titular de poderes instructorios a ese fin.

³³ PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R., destacan la actitud pasiva del juez chileno no sólo en la génesis del proceso sino también en cuanto al desenvolvimiento de los trámites y la instrucción probatoria, ámbito en el que las atribuciones del órgano están restringidas a la sola adopción de las tradicionales medidas “para mejor proveer” de la antigua legislación española.

³⁴ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

³⁵ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.: la acción monitoria exclusivamente documental fue introducida en el CPC por ley 9079, de 1995 (arts. 1102-a, b y c).



3.3. Sistemas mixtos de escritura-oralidad.

La pervivencia casi inalterada de las variables estructurales de la tradición del *civil law* en las legislaciones hispano-luso americanas ha sido una de las razones de mayor peso que ha impedido, en la mayoría de ellos, la adopción de sistemas de enjuiciamiento orales, o al menos, predominantemente orales. El tan denostado esquema escriturario estructurado en estrictas fases preclusivas, con todas sus carencias por falta de inmediación, la desconcentración de los actos, muy escasa publicidad y sus inevitables secuelas del retardo en la decisión del litigio, no ha podido ser sustituido a pesar de los denodados esfuerzos de la doctrina y las innumerables proyectos que, basados más recientemente en el Código Modelo Iberoamericano, a lo largo y ancho del subcontinente en el último medio siglo han intentado instalar la oralidad. No es ésta la ocasión para analizar las causas múltiples y profundas de esa defección³⁷, ni las iniciativas o legislaciones fracasadas, sino tan solo dejar constancia de un fenómeno que se reitera en la mayoría de los países. Así, en Argentina donde el CPC Arg. de 1967 descartó la oralidad, contentándose con el mantenimiento con escasas variantes de un procedimiento que asentaba en las viejas LEC españolas del siglo anterior. Las reformas posteriores se limitaron, en este aspecto, tan solo a la introducción de una audiencia preliminar, injerto que fracasara rotundamente en la práctica³⁸. Una experiencia similar ha sido la del derecho brasileño, donde no obstante que el CPC Br. de 1939 había proclamado solemnemente la adopción del procedimiento oral, fracasó en su implementación, por lo que el legislador del CPC Br. de 1973 lo atenuó considerablemente (arts. 132, 330, 522). La oralidad quedó confinada a las audiencias de recepción de prueba, pero la inmediación se desdibuja por el sistema de impugnaciones y la concentración no es observada por la sobrecarga de trabajo³⁹. Las experiencias de Colombia⁴⁰, Venezuela⁴¹ y Perú⁴² replican obstáculos, falencias y fracasos similares. En Chile se proyecta

³⁶ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..

³⁷ OTEIZA E., *El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino en Oralidad y escritura en el proceso civil eficiente*, F. Carpi y M. Ortells ed., Univ. de Valencia, 2008, pp. 413-426.

³⁸ OTEIZA E., ob. cit..

³⁹ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

⁴⁰ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., donde no obstante el principio de oralidad establecido recientemente en la reforma a la administración de justicia de 2009, solo parcialmente se lo recepta en la audiencia preliminar consagrada en 1989.

⁴¹ No obstante que la Constitución Bolivariana de 1999 consagró un modelo procesal de avanzada, superador del actual modelo escrito largo, costoso y lleno de complejidades, aún está pendiente su implementación legislativa (MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y.).

⁴² Mientras el CPC de 1993 prevé el desarrollo del proceso en audiencias sucesivas, de saneamiento, conciliación y de recepción de pruebas, reformas posteriores suprimieron la audiencia de saneamiento y la de conciliación, fijación de puntos



implantar la oralidad conforme al paradigma del CMPCI de 1988, mientras sigue vigente el CPC de 1902, tributarios de las viejas LEC españolas del siglo XIX⁴³.

La excepción, prácticamente la única, está constituida por CGP Ur. de 1989, que siguiera a pie juntillas el esquema del proceso por audiencias en doble instancia, del aludido Código Modelo, con resultados altamente satisfactorios: reducción considerable de los tiempos de duración del proceso, mayor calidad de las decisiones judiciales⁴⁴.

3.4. Publicidad.

Desde que la publicidad de los actos del proceso solo se verifica en los sistemas de oralidad, consecuentemente con lo anterior, puede sostenerse que resulta muy limitada en los ordenamientos del subcontinente. Las previsiones legales sobre el carácter público de las audiencias carecen de toda significación. A salvo, claro, la legislación uruguaya, donde el proceso por audiencias posibilita la presencia del público en esos actos centrales, con las ventajas consiguientes.

3.5. Administración de la prueba.

Como ha sido señalado, en los ordenamientos de la región prevalece el criterio de la distribución de la tarea probatoria, que es confiada por un lado y principalmente a las partes a título de carga procesal, sin perjuicio de los recíprocos deberes de colaboración; y, por otro, al juez como deber de integración del material aportado por aquellas, en cuanto su ejercicio resulte necesario para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (principio de primacía de la realidad). Solo se prevén potestades judiciales genéricas de dirección y ordenación de las causas –concentrar en lo posible los actos, señalar anticipadamente sus defectos u omisiones y sanearlos, prevenir y sancionar los que resulten contrarios a la buena fe, procurar la mayor economía procesal, etc.–, incluyendo la denominada audiencia preliminar, pero no se regulan específicas técnicas de gestión, propias del *case management*, que resultan particularmente útiles para la administración de las pruebas (conferencias preliminares, contratos de procedimiento, etc.).

3.6. Sistema de las impugnaciones.

controvertidos y saneamiento probatorio, con lo que se ha convertido el proceso de conocimiento pleno en una vía procedimental puramente escrita (MONROY GALVEZ J., CAIRO O.).

⁴³ PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R..

⁴⁴ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S., con remisión a PEREIRA CAMPOS S., *El proceso civil ordinario por audiencias. La experiencia uruguaya en la reforma procesal civil*, Montevideo, 2007.



El régimen de la época colonial dejó profundas huellas en los ordenamientos procesales ibero-luso americanos, con sus intrincados procedimientos impugnatorios⁴⁵. Aún en el presente, muchos de estos ordenamientos padecen disfuncionalidades, que se manifiestan tanto en los recursos ordinarios como en los extraordinarios, y que conspiran para generar una de las principales causas incidentes en la excesiva duración de los procesos.

3.6.1. Recursos ordinarios.

En el marco de la doble instancia de grado, los recursos típicos son el de apelación y el de nulidad que, en algunos ordenamientos queda subsumido en aquel. Tienden a reparar errores de juicio (*in iudicando*) o irregularidades del procedimiento (*in procedendo*) y se conceden con amplitud para atacar tanto las sentencias finales de mérito como las interlocutorias o aún simples, dictadas durante el curso del trámite. No significan una revisión de la primera instancia (*ius novarum*), ya que el tribunal de alzada se limita a examinar el pronunciamiento impugnado en base al material reunido en aquella; solo excepcionalmente se admite la aportación de nuevos elementos de juicio o la producción de pruebas rechazadas por el *a quo*. Si bien por principio la apelación procede contra todo tipo de resoluciones, quedan excluidas aquellas que no produzcan gravamen irreparable, o que recaigan en procesos en que el valor cuestionado no exceda de un monto determinado. En los procesos extraordinarios o plenarios abreviados, generalmente la regla es inversa: solo se admiten en los casos de excepción que la ley determina. La apelación puede concederse en el modo “libre”, que posibilita la alegación y prueba de hechos nuevos, o de modo restringido (algunos ordenamientos de raíz hispana aún aluden a la apelación “en relación”⁴⁶, terminología propia de la antigua legislación española), en cuyo caso el tribunal *a quem* resuelve derechamente en base a lo actuado en la instancia de origen. La interposición del recurso, en la mayoría de los ordenamientos, suspende como regla la ejecución de la sentencia hasta tanto sea decidido⁴⁷. En cambio, en el CGP Ur. se admite la ejecución provisional de la sentencia de condena, prestando el requirente garantía suficiente para responder, en su caso, por todos los gastos judiciales y los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse. A su vez, la contraria podrá solicitar la suspensión de la ejecución por causarle perjuicio grave, de difícil reparación, lo que apreciará discrecionalmente el tribunal, exigiéndose en su caso al condenado que preste garantía bastante para asegurar lo que ha de ser objeto de

⁴⁵ OTEIZA E., *Disfuncionalidad del modelo...*, ob. cit..

⁴⁶ Así el CPCN Arg., arts. 243, 246.

⁴⁷ CGP Ur., art. 251, 252; CPCN Arg., art. 243, a menos que la ley disponga que lo sea en el devolutivo.



la ejecución. Por lo demás, en lugar de la ejecución provisional, podrán adoptarse en cualquier momento medidas cautelares (art. 260)⁴⁸. Un régimen similar se contiene en el CPC Br., que al cabo de su evolución terminó por admitir la ejecución provisoria, que conduce a la alienación de los bienes, mediante caución que, excepcionalmente, puede ser dispensada (ley 10.444, de 2002)⁴⁹.

Son diversas y complejas las cuestiones que plantea el régimen recursivo ordinario, que no cabe aquí considerar. Sin embargo, puede formularse una apreciación general para resaltar que el intrincado sistema de impugnaciones que en general, con variantes no significativas, se articula en las legislaciones hispano-luso americanas, es tributario de aquella variable estructural propia del órgano jurisdiccional, ya aludida, el sistema de selección de los jueces y su adscripción a una carrera burocrática. De ello principalmente, y sin dejar de lado otros aspectos concurrentes, se ha derivado una visceral desconfianza hacia la magistratura, el desprestigio de su quehacer y la falta de credibilidad de sus decisiones, que *ab origine* no son percibidas como sustancialmente justas.

3.6.2. Recursos extraordinarios y régimen de la casación.

El derecho público de los países iberolusoamericanos exhibe, en la mayoría de las legislaciones, la singularidad de hacer receptado para la organización del Poder Judicial federal el paradigma de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, con una Suprema Corte en el vértice de un verdadero y propio poder de Estado, que se concretó con el seguimiento sustancial del esquema de la *Judiciary Act* de 1787. Simultáneamente, la casación común se encomendaba, o de hecho la asumía, el mismo tribunal u otro también superior, que en los países de organización federativa se radicaba en cada una de las jurisdicciones locales. Así, en Argentina se estatuyó el recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema Nacional, en 1863, y ésta prontamente adoptó para sí la doctrina de *Marbury vs. Madison*, erigiéndose en guardiana de la Constitución para asegurar su supremacía a través del control último de constitucionalidad, como una verdadera casación constitucional y sin perjuicio del control difuso en manos de todos los jueces de la Nación. La casación común sobre la interpretación de las leyes comunes, entretanto, quedaba disgregada entre los superiores tribunales de provincia, a falta de una casación nacional, y organizada en base al

⁴⁸ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

⁴⁹ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



modelo francés en versión española del siglo XIX, con características típicas del *civil law* continental europeo⁵⁰.

Los sistemas difusos en América Latina pasaron a convivir con formas de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, convirtiéndose en sistemas mixtos de justicia constitucional. Esa transformación provino de la creación de Tribunales Constitucionales al estilo europeo en Perú⁵¹, Colombia⁵², Ecuador, entre otros; o por la atribución a la Corte Suprema (México, Brasil) o a una de sus Salas (Venezuela) de la competencia para juzgar la constitucionalidad de las leyes por vía directa.

3.6.2.1. En su evolución más que centenaria los tribunales supremos de la región, casi sin excepción, muestran trayectorias signadas por similares escollos –que, podría sostenerse, resultan universalmente consustanciales a todos los órganos superiores- y que, especialmente en las últimas décadas, han derivado en una permanente e insuperable sobrecarga de tareas, por el número ingobernable de las causas a decisión. Semejante situación de colapso ha perturbado gravemente el ejercicio de las funciones político-institucionales primarias, como verdadero poder de Estado, que corresponde a las Cortes Superiores, al quedar de hecho absorbidas por el control de legitimidad, la nomofilaquia de los casos concretos. Si bien el punto excede los objetivos del presente, no podemos dejar de señalar al menos, que algunos de los ordenamientos de la región están en tránsito hacia la modificación paulatina de los esquemas tradicionales, especialmente a partir de la adopción de sistemas de selección de las causas, con el objetivo de reducir sustancialmente la cantidad de asuntos a resolver. Los modelos son diversos. Así, el *writ of certiorary* norteamericano influyó en la reforma argentina de 1990, que instituyó un *certiorary* “criollo” con particularidades propias: posibilita a la Corte, “según su sana discreción”, rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia (art. 280, CPCN)⁵³. A su vez, con las mismas finalidades, la Enmienda Constitucional brasileña n° 45/2004 (art. 102 § 3) incorporó el requisito de la *repercussao geral* para la admisibilidad del recurso extraordinario ante el STF, ulteriormente reglamentado por la ley 11.418, de 2006 (art. 543-A, CPC Br.)⁵⁴. La decisión denegatoria debe adoptarse por mayoría calificada de dos tercios de sus

⁵⁰ OTEIZA E., *Disfuncionalidad del modelo...*, ob. cit..

⁵¹ MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

⁵² BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..

⁵³ En la doctrina argentina, por todos: MORELLO A.M., *Admisibilidad del recurso extraordinario (el certiorari según la jurisprudencia)*, LEP, La Plata, 1997.

⁵⁴ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



integrantes, a cuyo efecto “será considerada la existencia o no de cuestiones relevantes desde el punto de vista económico, político, social o jurídico, que exceda los intereses subjetivos de la causa”. Habrá repercusión general siempre que el recurso impugne decisión contraria a *súmula* o jurisprudencia dominante del tribunal (inc. 3, art. cit.). El mecanismo adoptado, más allá de sus particularidades, reconoce diversas fuentes, entre ellas el derecho alemán.

En suma, existe una tendencia a restringir, bien que mediante técnicas diversas, la competencia de los tribunales superiores para conocer tan solo, en principio, de las cuestiones constitucionales trascendentes, ejercitando amplios poderes discrecionales, no solo para cerrar las compuertas sino, también, para abrirlas –el *certiorari* “positivo” argentino-. Todo ello incide notablemente en la misión de las Cortes, ahora reconvertida para poder concentrarse en la función de *gobernar la legalidad* del sistema jurídico en su conjunto, atendiendo preferente antes que al *litigatoris*, al interés público que resulta propio del ordenamiento en su conjunto, el *jus constitutionis*, siguiendo las comunes matrices del derecho norteamericano y de ciertas legislaciones del *civil law* continental, especialmente la alemana.

3.6.2.2. En punto a la *naturaleza y efectos de las sentencias constitucionales*, los regímenes nacionales exhiben diferencias notorias en cuanto al efecto vinculante del pronunciamiento, en conexión con las respectivas normas constitucionales que estatuyen sobre el Poder Judicial dentro de esquemas de división y equilibrio de poderes. Buena parte de los países siguen adscriptos al modelo de la Constitución norteamericana de 1787 y la *Judiciary Act* de 1789 (Argentina, Brasil). Otros han adoptado el paradigma de los Tribunales Constitucionales al estilo europeo.

En lo que aquí interesa nos centraremos en el primero de esos grupos, dentro del cual pueden identificarse, a su vez, al menos tres modelos diferentes: en primer lugar, algunos ordenamientos siguen el principio que los jueces les corresponde tan solo la aplicación en concreto de la ley en los casos planteados, de lo que se derivan que sus sentencias constitucionales solo tienen virtualidad *inter partes*; y no para terceros, pues ello –los efectos *erga omnes*– implicaría conceder a las decisiones alcances generales y abstractos, invadiendo atribuciones propias y excluyentes del legislador. Por excepción, se admite la extensión subjetiva u horizontal de los efectos de la sentencia constitucional que recae sobre derechos o intereses colectivos o difusos, y en general sobre los derechos de incidencia colectiva, entre los cuales se incluyen los denominados derechos individuales homogéneos. Un problema diverso se plantea en torno de la vinculatoriedad vertical u orgánica interna de los efectos de las sentencias de los tribunales superiores,



en relación a los jueces inferiores, prevaleciendo el criterio en cuya virtud los tribunales inferiores, sean federales o provinciales, deben ajustar sus decisiones sobre puntos regidos por la Constitución, a los pronunciamientos de aquella; sin perjuicio de quedar a salvo la posibilidad de apartamiento que se reconoce a los magistrados inferiores, siempre que hubiera sido fundado en razones novedosas y tendiere a la modificación del criterio del superior. En definitiva, la vinculatoriedad de los efectos de los pronunciamientos de la Corte se sustenta en razones de igualdad y seguridad jurídica, por la necesidad de asegurar la uniformación de la interpretación jurídica. Es el régimen, entre otros, del derecho argentino⁵⁵.

En segundo lugar, en otros ordenamientos, como el de Colombia a partir de la Carta Política de 1991, se observa un giro hacia el establecimiento de la *doctrina de precedentes*⁵⁶, que progresivamente se ha ido expandiendo, en especial a partir de 1995, al asumir la Corte atribuciones para fijar la doctrina constitucional como regla de obligatoria observancia por parte de los jueces inferiores, cuando está en juego la interpretación de los derechos fundamentales. Las sentencias constitucionales producen efectos *erga omnes* y vinculan frente a casos futuros. Podría encasillarse en este grupo a la legislación mexicana, donde la ley de amparo impone a la Suprema Corte en pleno o a sus Salas, la resolución de contradicciones entre las tesis sustentadas por los tribunales colegiados en los juicios de amparo, aprobar el texto y numerar de manera progresiva sus tesis jurisdiccionales⁵⁷. Con las reformas constitucionales de 1995 y 1996, la SC se convirtió en un tribunal especializado de naturaleza constitucional, advirtiéndose la tendencia a expandir los efectos subjetivos de la cosa juzgada sobre materia constitucional⁵⁸. También en Venezuela, la Sala Constitucional del TSJ, al pronunciarse sobre el recurso de revisión constitucional dicta sentencias vinculantes que ordena publicar en la Gaceta Oficial, siendo de observancia obligatoria para las demás Salas del tribunal y para los órganos inferiores⁵⁹. En Perú, el Tribunal Constitucional utiliza igualmente la técnica del precedente que, aunque con resultados dispares, recogen los órganos

⁵⁵ OTEIZA E., *La función de las Cortes Supremas en América Latina en Reforma procesal civil*, E. Oteiza coord., Rubinzal-Culzoni ed., 2010, pp. 669 y ss..

⁵⁶ PARRA QUIJANO, J., *El rol actual de la jurisprudencia y los métodos de uniformación*, informe colombiano al VII Seminario Internacional, Roma, 2002.

⁵⁷ OVALLE FAVELA J., *Tradiciones jurídicas y proceso civil: sentencia, precedente y jurisprudencia*, en *Derecho Privado*, coord. J. Adame Godar, UNAM, México, 2005, pp. 445 y ss..

⁵⁸ FIX-ZAMUDIO H., *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, Porrúa-UNAM, México, 2005, pp. 274 y ss..

⁵⁹ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..



administrativos y los jueces laborales, con la finalidad de uniformar los criterios jurisprudenciales, especialmente en las cuestiones de mayor relevancia social⁶⁰.

Por último, en tercer lugar, en Brasil, el STF instituyó la *súmula de la jurisprudencia predominante* por enmienda de 1963 a su régimen interno, con la finalidad de compendiar y publicar las tesis jurídicas y acordarles efectos vinculantes respecto de los tribunales inferiores. Ulteriormente, la enmienda constitucional N° 45/2004, insertó el art. 103-A de la Constitución Federal (CF) disponiendo que el STF podrá, de oficio o por provocación, después de reiteradas decisiones sobre materia constitucional, aprobar *súmula* por el voto de los dos tercios de sus integrantes que, a partir de su publicación oficial, tendrá efecto vinculante en relación a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estadual y municipal, como también proceder a su revisión o cancelación, en la forma establecida en la ley (§ 1°). La *súmula* tendrá por objetivo la validez, la interpretación y la eficacia de normas determinadas, acerca de las cuales haya controversia actual entre órganos judiciales o entre ellos y la administración pública, que acarree grave inseguridad jurídica y relevante multiplicación de procesos sobre cuestión idéntica (§ 1). Sin perjuicio de lo que establezca la ley, la aprobación, revisión o cancelación de *súmula* podrá ser provocada por aquellos que pueden proponer la acción directa de inconstitucionalidad (§ 2). Del acto administrativo o decisión judicial que contrarie la *súmula* o que la aplicare indebidamente, cabrá reclamación al STF que, juzgándola procedente, anulará el acto administrativo o casará la decisión judicial reclamada, y determinará que otra sea dictada con o sin aplicación de *súmula*, conforme al caso (§ 3). Como se ha señalado⁶¹, la creación de la *súmula* vinculante en el derecho brasileño tuvo la virtualidad de transformar la jurisprudencia del STF, aún fuera de los casos de control de constitucionalidad, de mera modalidad de interpretación, en fuente de derecho. Sin embargo, a diferencia del sistema de *stare decisis* del *common law*, la jurisprudencia del STF, en el caso de la *súmula* vinculante, no obliga al tribunal a regirse por el precedente, pero impide nuevos juzgamientos.

3.7. El sistema de garantías.

⁶⁰ MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

⁶¹ PELLEGRINI GRINOVER A., *O Supremo Tribunal e a súmula vinculante en El papel de los Tribunales Superiores. Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello*, R.O. Berizonce, J.C. Hitters, E. Oteiza coord., Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, 2006, pp. 3-4. Asimismo: BARBOSA MOREIRA J.C., *A recente reforma da Constituição brasileira e o Supremo Tribunal Federal en El papel de los Tribunales Superiores...*, ob. cit., pp. 555 y ss..



A partir de las dos últimas décadas del siglo XX la mayoría de los países latinoamericanos, aunque tardíamente, ingresa en lo que se ha considerado la “fase madura” de uno de los fenómenos más importantes que ha sellado la evolución de la justicia en general, la “constitucionalización de las garantías” o, si se prefiere, la “procesalización del derecho constitucional”⁶². No ha sido casual que como consecuencia del creciente proceso de democratización y retorno a la institucionalidad democrática que en la región opera por ese entonces, se hayan dictado las nuevas o reformadas Constituciones de Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), México (1994 y ulteriores) y Venezuela (1999). Paralelamente, se tornan operativos los pactos y convenciones americanas sobre derechos humanos, particularmente la CADH de 1969, a los que en general se adjudica jerarquía constitucional en los propios Estados, sea de modo expreso (Colombia, art. 93 CP⁶³; Brasil, art. 5º § 3 incorporado por EC 45/04; Argentina, art. 75 inc. 23, CN; Venezuela, art. 23; Paraguay art. 141), o tácito.

La CADH, siguiendo el modelo de la CEDH, consagra un “núcleo duro” o “esencial” de principios para gobernar la administración de justicia civil, que vincula y obliga a todos los Estados miembros, y que resultan atinentes a la *condición del juez*, como imparcial e independiente; a las *partes*, a quienes se les ha de asegurar un acceso irrestricto a la jurisdicción y el derecho de defensa; y al *procedimiento*, el “*fair trial*” o debido proceso que ha de ser simple, claro y rápido, para ser oído “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”, lo que conlleva el dictado de un pronunciamiento debidamente fundado y justo. Se trata de las “garantías judiciales” que se derivan del art. 8º y que se integran con el derecho a “un recurso sencillo y rápido” o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces que brinde amparo contra actos que violen los derechos fundamentales (art. 25). Las propias Constituciones, además, reconocen como garantía fundamental el derecho a la *tutela judicial efectiva*, bajo distintos enunciados (“eficaz prestación de los servicios de justicia” –CN Arg., art. 114, tercer párrafo, inc. 6 *in fine*; “derecho a la tutela jurisdiccional”, CP Per., art. 139 inc. 3; art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI, C.Br)⁶⁴.

3.7.1. El principal instrumento de tutela de los derechos fundamentales está dado por las instituciones, procedimientos y técnicas procesales y organizacionales, y en particular por las acciones y remedios constitucionales, que genéricamente componen los denominados *procesos constitucionales*.

⁶² BEJARANO GUZMÁN R., *La procesalización del derecho constitucional en Colombia en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho, E. Ferrer MacGregor y A.Z. Lelo de Larrea (coord.), UNAM, México, 2008, v. VI, p. 173.

⁶³ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..

⁶⁴ OTEIZA E., *Disfuncionalidad del modelo...*, ob. cit..



3.7.1.1. Sea en los ordenamientos que se mantienen fieles al sistema de control difuso de constitucionalidad, ya en aquellos otros que organizan un control concentrado en manos de un Tribunal Constitucional, el recurso extraordinario o la acción declarativa o demanda pública de inconstitucionalidad son los carriles propios para la tutela de los derechos fundamentales.

3.7.1.2. El sistema de justicia constitucional se integra, asimismo, por las garantías del *amparo* (México, Argentina), la *acción de tutela* (Colombia)⁶⁵ o el *mandado de segurança* brasileño, el *habeas data* y otras instituciones similares. El juicio de amparo tendiente a asegurar la tutela directa e inmediata de las garantías constitucionales cuando han sido flagrantemente violadas, se originó en el derecho mexicano, del cual pasó a la legislación de la mayor parte de los países del área, para finalmente quedar incorporado a la CADH (art. 25). El amparo latinoamericano presenta la particularidad, a diferencia de las regulaciones europeas continentales en general, de consagrar una forma de tutela expedita que no se gradúa en relación con la naturaleza de los derechos o su clasificación, por manera que todos los derechos positivizados en las cartas constitucionales –incluyendo los colectivos–, se consideran igualmente garantizados y susceptibles de ser tutelados por la vía directa del amparo.

3.7.1.3. Otra institución típica de la justicia constitucional latinoamericana es la *acción de inconstitucionalidad por omisión*, que permite a los jueces asegurar la virtualidad de los derechos fundamentales cuando mediere inercia u omisión, total o parcial, del legislador. La experiencia más notable es la de Brasil, donde la Constitución de 1988 establece que verificada la existencia de una omisión por parte de un poder de Estado, que torna ineficaz una norma constitucional, el STF procede a reparar la omisión (art. 103 § 2). En caso que la omisión tenga por objeto de un derecho fundamental, procede el *mandado de injunção*⁶⁶. En otros países, por caso Argentina, la inconstitucionalidad por omisión se admite por creación pretoriana. Es igualmente típica la *acción de cumplimiento* consagrada por el art. 87 de la CP Col., que se otorga para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo⁶⁷.

3.7.2. Asimismo, se ha desarrollado paulatinamente en diversos ordenamientos, generalmente por creación pretoriana, ciertas tutelas de excepción, reforzadas que se agrupan bajo la denominación de

⁶⁵ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.. La CP de 1991 estableció tres acciones trascendentes: la acción de tutela (recurso de amparo), las acciones populares y de grupo para la tutela de los derechos colectivos e individuales homogéneos, y la acción de cumplimiento.

⁶⁶ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

⁶⁷ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.. El Consejo de Estado la ha admitido especialmente respecto de personas afectadas gravemente por la violencia y desplazadas de sus tierras de origen.



tutelas procesales diferenciadas de los derechos fundamentales. Existen ciertas situaciones exaltadas en las constituciones como merecedoras de un trato procesal preferente, por excepción a la regla de la universalidad del proceso común, que pueden identificarse a partir de valores y principios subrayados en las normas fundamentales. Las Cartas modernas conceden semejante rango, es sabido, al derecho a la vida y a la dignidad de la persona, a la educación, a la vivienda digna, a los derechos sociales en general, de la seguridad social, de la salud, de la familia y menores, personalísimos, de consumidores y usuarios, de tutela del ambiente, de comunidades originarias, grupos desplazados⁶⁸, de la institucionalidad republicana, entre los más prominentes. Complementariamente, las constituciones establecen el deber de aseguramiento positivo para tutelar el goce y ejercicio de tales derechos fundamentales, imponiendo a los poderes públicos, incluyendo al Poder Judicial, las acciones pertinentes.

Los autores del CMPCI de 1988 no fueron ajenos a estas preocupaciones, e incorporaron como precepto de avanzada el art. 310, que estatuye pautas especiales para ciertas pretensiones; así para las propias de la materia laboral, agrarias y demás de carácter social, las relativas a menores o incapaces. Como regla general, en tales procesos el tribunal dispondrá de todos los poderes de instrucción que la ley acuerda a los tribunales del orden penal en la instrucción de las causas, sin perjuicio del principio de contradicción y del debido proceso (apart. 4º). Prevé, complementariamente, que en tales procesos se podrá modificar la pretensión en una audiencia preliminar, con intervención de la contraria, cuando resulte, manifiestamente, que carencias de información o asesoramiento han determinado omisiones en relación a derechos que asisten a la parte (apart. 2º).

Al presente, diversas son las técnicas orgánico-funcionales y procesales que se utilizan a esos fines⁶⁹. Se advierte una tendencia general a implementar reformas orgánico-funcionales que se complementan con procesos especiales, para atender la tutela de derechos y situaciones merecedoras de tutelas diferenciadas, en los que se recogen y experimentan instituciones y procedimientos novedosos que tienden a superar los moldes tradicionales. Esas innovaciones son, a menudo, el germen para la transformación evolutiva del proceso común, tal como ha ocurrido en algunos países europeos (así, vg., la reforma del proceso laboral de 1973 en Italia).

⁶⁸ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., quienes refieren decisiones adoptadas por la Corte Constitucional colombiana, en juzgamiento de acciones de tutela, que consagran mecanismos procesales preferentes a favor de las personas vulneradas.

⁶⁹ BERIZONCE R.O., *Tutelas procesales diferenciadas*, Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, 2009, *passim*.



Pueden mencionarse, entre otros: 1) los *Juizados Especiais de Pequenas Causas* brasileños⁷⁰ y la Justicia de paz colombiana⁷¹; 2) las recientes reformas al proceso laboral en Chile⁷², Venezuela⁷³. Diferente se muestra la experiencia uruguaya, en que la regulación originaria del CGP fue sustituida en 2009 por una ley especial que ha suscitado severas críticas⁷⁴; 3) los tribunales y procesos especiales familiares en Chile⁷⁵; 4) la jurisdicción especial indígena creada por la CP Col de 1991⁷⁶.

Las técnicas procesales incluyen, entre otras: a) ampliación de los poderes del juez para la dirección, ordenación e instrucción de las causas, mediante el dictado oficioso de medidas cautelares o de urgencia; b) acceso irrestricto –sin costos ni cargas económicas– a la jurisdicción; c) auspicio de las soluciones autocompuestas; d) acentuación del deber de colaboración y cargas procesales dinámicas; e) preclusión elástica de las deducciones; f) flexibilización del principio de congruencia; g) técnicas de sumarización, en general; h) tutelas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, en general; i) mandatos preventivos e imposición de acciones positivas; j) legitimaciones extraordinarias, alcances extendidos de la cosa juzgada y régimen específico de ejecución en los procesos colectivos. En el trasfondo del reconocimiento de las tutelas procesales preferentes, queda sin embargo, la preocupación por su desborde, con menoscabo del ámbito natural del proceso común que constituye la regla universal. Aquí no cabe sino la apuesta al prudente equilibrio que se espera de los jueces.

III. Tradiciones nacionales específicas.

⁷⁰ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

⁷¹ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., aluden a la ley de 2009 que creara los juzgados de pequeñas causas, regidos por la oralidad.

⁷² PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R., quienes destacan el modelo de tribunales laborales estructurados en “Jueces de letras” para la aplicación de un proceso oral y concentrado, con jueces de cobranzas para la ejecución a través de un proceso monitorio, al igual que el establecimiento de procedimientos especiales, como el de “vulneración de derechos” para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.

⁷³ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y., señalan la importante reforma traída por la ley de 2002, que estructuró un proceso oral concentrado, precedido por una etapa de mediación y conciliación obligatoria que inicialmente permitía concluir los juicios en un tiempo máximo de cuatro meses que, sin embargo, se fue desnaturalizando incrementándose notablemente la duración del proceso, lo que viene alentando intentos de nuevas reformas.

⁷⁴ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S., afirman que la nueva regulación padece de grandes errores técnicos y algunas de sus disposiciones han sido declaradas inconstitucionales.

⁷⁵ PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R., destacan que mediante las leyes 19.968 y 20.286 se estructuró un proceso por audiencias ante tribunales de familia que concentran la competencia en todas sus materias, regulando procedimientos adecuados a la búsqueda de soluciones cooperativas, pacíficas y consensuadas. El tribunal cuenta con el soporte de Consejos Técnicos que lo apoyan en la toma de las decisiones. Adicionalmente, cabe señalar que un sistema similar se había instituido con anterioridad en algunas provincias argentinas, como las de Buenos Aires, Córdoba y Mendoza (BERIZONCE R.O., BERMEJO P. y AMENDOLARA Z., *Tribunales y proceso de familia*, LEP, La Plata, 2001).

⁷⁶ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..



Si las tradiciones, en su acepción clásica, aluden a un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca del papel del derecho en una sociedad, podría afirmarse que en área ibero-luso americana son muy escasas las tradiciones culturales referidas al proceso civil; y naturalmente difícilmente puedan considerarse originarias de un país determinado⁷⁷. Es que los ordenamientos procesales en vigor han implicado, por lo general y salvo muy limitadas excepciones, una ruptura abrupta con la cultura del proceso heredada de la época colonial, como ya fuera señalado. Si se analizan las normativas vigentes puede arribarse a la conclusión que sus fuentes inspiradoras ya no son aquellas legislaciones tradicionales, sino otras diversas: principalmente la doctrina clásica italiana y, a través de ella, la doctrina austro-alemana, el CPC italiano de 1942. Las instituciones de los códigos, en su mayoría sancionados en el último medio siglo, difícilmente pueden ser consideradas conformando una auténtica tradición. Habrá que espigar, en todo caso, en aquellas otras que han perdurado desde los lejanos tiempos coloniales y el derecho patrio desarrollado en el ochocientos hasta la primera mitad del novecientos.

Con esa imprescindible aclaración, podría sostenerse que algunas de las tradiciones nacionales específicas son las siguientes.

1. Tradición de la escritura.

Según ya se ha explicado, el sistema escriturario, estructurado en estrictas fases preclusivas, desconcentrado, con instancias múltiples, falta de intermediación, sin publicidad, constituye una tradición que proviene de la herencia colonial española y lusitana, que se han mantenido incólume en la mayoría de las legislaciones y, no menos principalmente, en los usos –*usus fori*– siempre desnaturalizadores. Constituye excepción la legislación uruguaya a partir del CGP de 1989.

En cambio, puede afirmarse que el modelo del juez impasible y neutral, pasivo e inerte, consustancial al sistema escriturario, quedó superado en la mayoría de las legislaciones vigentes, donde se lo concibe como verdadero director del proceso⁷⁸.

2. Los medios alternativos de resolución de disputas (ADR).

Desde principio de los años '90 la región asistió a una verdadera explosión de los diversos medios alternativos de solución de conflictos, que se instalaran paulatina aunque dificultosamente en los usos

⁷⁷ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..

⁷⁸ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.. LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..



colectivos, desarrollándose y creciendo sin cesar. Claro que en los diversos ordenamientos distintas han sido las experiencias, con relación a cada una de las modalidades y solo en algunos países se los considera integrando “tradiciones típicas”⁷⁹. Podría sostenerse que, en general, se han desarrollado diferentes métodos de negociación, incluyendo la mediación, la conciliación judicial⁸⁰ y el arbitraje⁸¹, bajo singulares formas organizativas –judicial, administrativo, institucional o “administrado”–.

En un balance provisional de todas esas experiencias, aún en curso en la mayoría de nuestros países, quizás se exhiban todavía más dudas y claroscuros que certezas⁸². Parece cierto, como uno de los datos más relevantes, que se trata de métodos particulares para dirimir los conflictos, superadores en general de la confrontación entre las partes y en los que se emplaza al órgano –conciliador, mediador, componedor, árbitro– en una dimensión singular, como verdadero “acompañante” de aquellas, como guía, gestor o impulsor en la búsqueda de soluciones autocompuestas –conciliación, mediación–, o ya para resolver el entuerto heterónomamente pero según reglas libradas a su leal saber y entender –amigable composición–. Siempre tras el logro del desenlace más justo y razonable. También está clarificado que solo cierta categoría de conflictos son los que toleran ser canalizados por tales medios alternativos, precisamente aquellos típicos que se derivan de las relaciones de “coexistencialidad”⁸³ –cuestiones familiares y de menores, de vecindad, de menor cuantía, relaciones de trabajo, inquilinarias y de duración, en general–. De modo similar, los conflictos derivados de las relaciones de consumo son propicios para ser encausados en instancias administrativas especializadas, sin excluir la vía judicial. Igualmente, el arbitraje institucional o “administrado” se ha abierto camino para la solución de conflictos especiales.

⁷⁹ Así, en Colombia: BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., quienes señalan que la conciliación y el arbitraje se vieron reforzados por mandato constitucional. En dicho informe nacional se analizan las diversas vicisitudes atravesadas por la conciliación a partir de 1998 y hasta la actualidad. Asimismo, en Uruguay, donde existe una instancia de conciliación previa ante la Justicia de Paz, de larga tradición pues proviene del mandato de la Constitución de 1830, mantenida en la Carta vigente de 1967 (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.). También en Brasil la Constitución Imperial de 1824 disponía que ninguna demanda pudiera ser enjuiciada sin demostrarse que se intentó previamente la conciliación (PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.).

⁸⁰ En el CGP Ur. el intento conciliatorio tiene lugar en la audiencia preliminar directamente ante el juez, con singulares ventajas y rendimiento, sin perjuicio de la potestad de las partes de conciliar o transigir la litis en cualquier estado del proceso (art. 223, CGP). LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

⁸¹ Remitimos a las muy valiosas ponencias presentadas en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en *Relatorías y ponencias sobre Derecho Procesal*, San José, Costa Rica, 2000, v. I, pp. 9 y ss..

⁸² PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K., afirman que los medios alternativos están siendo reforzados, pero aún no constituyen características del sistema procesal, como acontece, p. e., en Inglaterra.

⁸³ CAPPELLETTI M., *Appunti su conciliatore e conciliazione*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1981, pp. 49 y ss; *id.*, *Acceso a la justicia (como programa de reformas...)*, Rev. Col. Abog. La Plata, nº 41, pp. 165 y ss..



No se avizoran, en cambio, claras líneas de tendencia en punto a tópicos no menos sustanciales, cuales son, entre otros, los referidos a la judicialización o desjudicialización de ciertas cuestiones –por caso, las relativas a las relaciones de consumo⁸⁴; o si las formas de justicia alternativa deben o no buscarse fuera de la maquinaria judicial. Sigue abierto el debate sobre el estatus de los operadores conciliadores-mediadores (adscriptos al Poder Judicial⁸⁵, independientes, organización mixta); carácter facultativo u obligatorio del sometimiento⁸⁶; confidencialidad y sus alcances; selección de los casos; idoneidad y selección de los operadores; costo y financiamiento.

En definitiva, si bien no existen tradiciones nacionales asentadas⁸⁷, por razones diversas, los ADR vienen ganando en Iberoamérica una plaza significativa en el espectro del sistema de justicia, cuyas misiones, configuración y fronteras aún no están definitivamente establecidas. Forman parte, o de uno u otro modo inciden e interfieren, en el modelo procesal, que no puede articularse con prescindencia de ellos.

La ponderación de los antecedentes y razones múltiples y complejas que sustentan la actual explosión de los ADR, conduce a esbozar algunas conclusiones y, al mismo tiempo, apuntar lo que parecerían ser sus proyecciones, al menos en cuanto a ciertas modalidades de la “justicia conciliatoria”, que cabe resumir así:

1. Las múltiples instituciones desarrolladas en las últimas décadas y ahora de hecho expandidas universalmente, en el marco de una verdadera cultura alternativa contrapuesta a la cultura judicial del litigio, enraízan en la mayoría de las legislaciones (Uruguay, Colombia, Argentina, entre otras) en el viejo

⁸⁴ Afirman MONROY GALVEZ J., CAIRO O., que en Perú se asiste a un desmesurado auge de las jurisdicciones administrativas particularmente en áreas vinculadas a los derechos colectivos o difusos, donde se atribuye la legitimación para promover acciones administrativas o judiciales al denominado Instituto de Defensa de la Competencia.

⁸⁵ En Uruguay la SC ha creado Centros de Mediación, que aún cuando funcionan parcialmente exhiben altos porcentajes de acuerdos. En cambio, el arbitraje ha tenido escaso desarrollo, lo que se atribuye al correcto funcionamiento del sistema judicial (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.). Asimismo, en Brasil la ley 9307/96 instituyó los Centro de Arbitraje, que contribuyeron a la difusión de los ADR. Sin embargo no se ha legislado sobre la mediación a nivel federal (PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.).

⁸⁶ En Argentina, la ley 26.589 de 2010, reafirmó el modelo de la anterior ley “piloto” 24.573, estatuyendo con carácter previo la mediación obligatoria, que es objeto de importantes críticas (OTEIZA E.). La experiencia peruana resalta el fracaso del régimen de conciliación extrajudicial obligatoria establecido a mediados de los noventa. Paralelamente se ha desarrollado el auge del arbitraje, cuyos resultados iniciales fueron satisfactorias aunque luego se fueron opacando; no obstante, el Estado impuso arbitrajes obligatorios en áreas disímiles como en materia de conflictos colectivos del trabajo o vinculados a los servicios públicos y actividades concesionadas (MONROY GALVEZ J., CAIRO O.).

⁸⁷ En Venezuela los ADR carecen de tradición y arraigo. La ley de arbitraje comercial de 1998 no ha tenido suceso, por la falta de una cultura favorable, sus altos costos y la doctrina judicial restrictiva de la ejecutabilidad de los laudos (MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y.).



modelo de la *justicia de paz lega* de las fuentes revolucionarias francesas de 1789, que en su desenvolvimiento, y en coincidencia con su ocaso a partir de la segunda mitad del siglo anterior, terminó por enlazarse con las ideas renovadoras que brindan ahora sustento a la denominada *justicia vecinal o de pequeñas causas*, que en la región se difundiera desde Brasil a partir de mediados de los años 80 del siglo pasado.

2. Sin embargo, mientras el ideario de la originaria justicia de paz y la renovadora justicia vecinal entronca con la cultura judicial de “los derechos”, en el sentido que aún desde la idea central de procedimientos sustancialmente informales y la instrucción simplificada y superficial de las causas, la decisión siempre se reserva en última instancia a un juez, aún lego, que se pronuncia con sustento en las reglas jurídicas y la equidad; en cambio, en ciertos métodos de la justicia “coexistencial” –en especial, en la mediación instalada en la región desde los años 90- la solución del conflicto se persigue en “fuga de la justicia”, en el sentido que mientras el derecho queda “de espaldas, tras la puerta”, el método se agota en una función puramente “facilitadora”, que a menudo conduce a acuerdos solutorios injustos o inequitativos.

3. Frente a la alternativa de un método de mediación “facilitadora”, como el que se recoge en la mayoría de las legislaciones de la región, se alza ahora la idea superadora de articular una suerte de *mediación-conciliación “valorativa”*⁸⁸, sustentada sobre los principios básicos de la publicidad del procedimiento informal, la instrucción superficial y la decisión justa y equitativa, que subyace en la concepción anticipatoria de la legislación brasileña.

3. El control difuso de constitucionalidad.

Puede sostenerse que constituye una tradición nacida del cruzamiento entre el sistema del *common law* y el *civil law* continental, el control difuso de constitucionalidad de las leyes; y, al menos en algunos países, ciertas formas de control concentrado⁸⁹. Véase *supra* § I, 3.6.2.

4. Los procesos urgentes de amparo, acción de tutela o mandado de segurança.

Véase *supra* § I, 3.7.1.2; *infra* § VII, 2.

⁸⁸ FISS O., *Contra la conciliación en El derecho como razón pública*, trad. E. Restrepo Saldarriaga, M. Pons, Madrid-Barcelona-Bs.As., 2007, pp. 140 y ss.. TARUFFO M., *Una alternativa a las alternativas...* en *Páginas sobre Justicia Civil*, trad. M. Aramburo Calle, M. Pons, Madrid-Barcelona-Bs.As., 2009, pp. 114 y ss.. BERIZONCE R.O., *La mediación en transformación...* en *Rev. Der. Proc. (Arg.)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010-2, pp. 241 y ss..

⁸⁹ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



5. Jurisdicciones especiales y tutelas procesales diferenciadas para cierta categoría de conflictos.

Véase *supra* § I, 3.7.2; *infra* § VII, 3.

IV. Reformas estructurales más recientes.

En varios de los países de la región se adoptaron reformas estructurales en las últimas dos décadas.

1. La más notoria ha sido la sanción del Código General del Proceso (CGP) uruguayo en vigor desde 1989, que siguió casi íntegramente el Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal de 1988. Entre las principales rasgos del CGP se destacan⁹⁰: a) su generalidad por abarcar todas las materias no penales; b) simplificación de estructuras procesales; c) proceso público por audiencias, mixto, de escritura en los actos de proposición y decisión, oralidad en la conciliación y recepción de las pruebas; d) predominantemente dispositivo con el juez como director del proceso; e) intermediación; f) doble instancia; g) valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica, salvo excepcionalmente algunas pruebas tasadas. Se articula un logrado equilibrio entre el principio dispositivo, que sigue siendo predominante y el rol del juez como director del proceso, bajo el irrestricto respeto del contradictorio. El trámite no obstante sigue sujeto estrictamente al principio preclusivo, que opera en las distintas etapas de constitución del proceso, de pruebas y decisoria.

Se destaca, asimismo, la regulación especial de ciertos procesos, como los relativos a menores o incapaces, aquellos de la materia laboral, agraria y demás de “interés social”, en los cuales se otorga al tribunal las potestades de instrucción propias de los jueces en el sumario del proceso penal; sin que, por ello, el proceso se convierta en inquisitivo, en tanto se mantiene el poder de postulación exclusivamente en manos de la parte, al igual que la aportación de los hechos y de las pruebas, tanto como el principio de congruencia.

En su aplicación práctica el CGP uruguayo, se afirma⁹¹, implicó un cambio trascendente del paradigma tradicional, con resultados francamente positivos reflejados en la notoria reducción de los tiempos procesales y la mayor calidad de las decisiones en términos de justicia intrínseca, por las bondades de la oralidad, con todos sus consecutarios. Resultó decisiva la adecuada implementación del nuevo ordenamiento, acompañado de las correlativas reformas orgánico-funcionales, el incremento sustancial

⁹⁰ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

⁹¹ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..



(ciento por ciento) de los tribunales entonces existentes, la dotación edilicia y la especial formación de los nuevos magistrados.

2. También en Perú se consagraron importantes reformas estructurales a partir del CPC de 1992, en vigencia desde 1993, estructurado en buena medida siguiendo los lineamientos del CMI de 1988⁹². Se sustenta en los principios rectores del contradictorio, dispositivo atenuado, con amplios poderes del juez como director del proceso –instructorios, disciplinarios, de ejecución de las decisiones- para tornar efectiva la intermediación, que se concreta en la técnica de la oralidad, con sus consectarios de concentración y celeridad a través del proceso por audiencias en la etapa probatoria. El ordenamiento peruano afirmó las garantías constitucionales del contradictorio y consagró un modelo procesal eficaz, encaminado al logro de una decisión justa. En la misma línea, la ulterior sanción del Código Procesal Constitucional, vigente desde fines de 2004, profundizó las garantías constitucionales del debido proceso.

Sin embargo, la justicia civil exhibe notorios déficits que se evidencian en la labor judicial y, en general, en el desempeño del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Mientras el sistema formal puede considerarse de avanzada, desfallece en su aplicación cotidiana por factores diversos, entre ellos, la organización de la judicatura, capacitación deficiente de sus miembros, retribuciones insuficientes, irrelevancia de los controles disciplinarios, falencias de la infraestructura, manipulación por los gobiernos de turno⁹³. Han incidido negativamente también, con no menor intensidad, ulteriores modificaciones al CPC que suprimieran la audiencia de saneamiento (ley 29.057) y la audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos, con lo que el proceso de conocimiento pleno se ha convertido en una vía predominantemente escrita⁹⁴.

3. En la región resaltan igualmente las profundas reformas operadas en el CPC brasileño, de 1973, configuradas paulatinamente hasta el presente en cuatro etapas. a. En una primera instancia, la Ley 8.952, de 1994, modificó el texto del art. 273 del CPC, agregándole varios párrafos (que a su vez vinieron a sufrir adiciones de la Ley 10.444, de 2002), con lo que se implantó la *anticipación de tutela*, bajo la influencia del *refèré* francés y la doctrina italiana⁹⁵. Con ello se fracturó el sistema dualístico que, hasta entonces, separaba el proceso de conocimiento y el proceso de ejecución, y confinaba a cada uno de ellos en

⁹² MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

⁹³ MONROY GALVEZ J..

⁹⁴ CAIRO O..

⁹⁵ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



compartimentos estancos⁹⁶. En los términos del art. 273, se torna posible para evitar el peligro de daño irreparable y cohibir la defensa temeraria, la obtención inmediata de medidas ejecutivas (satisfactivas del derecho material del actor) dentro del proceso de cognición y antes de ser pronunciada la sentencia definitiva de mérito. La anticipación, no obstante ser provisoria, y susceptible de revocación, compone la litis posibilitando la virtualidad de los efectos ejecutivos y mandamentales de la decisión. Los proveimientos anticipatorios son sustancialmente monitorios; de ahí que se prevea la estabilización de la tutela anticipatoria, independientemente del proceso de conocimiento, siguiendo las recientes reformas italianas.

b. Un segundo momento de modernización del procedimiento de ejecución de sentencia ocurrió con la reforma del art. 461 del CPC⁹⁷. Por la redacción que le confiriera la Ley 8.952, de 1994 (complementada por la Ley 10.444, de 2002), la sentencia en torno del cumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer debe conceder a la parte la “tutela específica”, de modo que siendo procedente el pedido, el juez “determinará providencias (liminares o sentencia) que aseguren el resultado práctico –*in natura*– equivalente al de implementación”. Para alcanzar ese objetivo se deberá, conforme al caso, adoptar resolución de anticipación de tutela y se podrá disponer –aún de oficio– medidas de coerción y apoyo, como multas diarias (*astreintes*), búsqueda y aprehensión, remoción de personas y cosas, demolición de obras e impedimento de actividad nociva. Se reconoce al acreedor el acceso a los actos de satisfacción de su derecho, sin depender del procedimiento de ejecución de sentencia. En otras palabras, las sentencias relativas a obligación de hacer o no hacer ya no se cumplen según las pautas de la *actio iudicati* autónoma, sino de acuerdo con las aludidas reglas del art. 461.

c. En una tercera e importante etapa de la secuencia de innovaciones, se introdujo en el CPC el art. 461-A, por virtud de la aludida Ley 10.444, de 2002, que extendió el criterio antes referido al ámbito de las acciones de conocimiento cuyo objeto fuere la entrega de cosa⁹⁸. También en relación a las obligaciones de dar o restituir, la tutela jurisdiccional deberá ser específica, de modo que el no cumplimiento voluntario de la condena acarreará, en las propias actuaciones en que se pronunció la sentencia, la pronta expedición de mandato de búsqueda y aprehensión o de inhibición en la posesión (art. 461-A, §2°).

d. Toda esa evolución remata con las reformas de la ejecución por cuantía cierta, traída por la Ley 11.232, de 2005. También la condena a pago de cantidades ciertas se simplifica notablemente, pues en el

⁹⁶ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

⁹⁷ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

⁹⁸ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



propio pronunciamiento de condena el juez asignará el plazo en que el deudor habrá de realizar la prestación debida. Transcurrido dicho término sin el pago voluntario opera, en la misma relación procesal en que la sentencia fue pronunciada, la expedición del mandato de embargo y valuación para preparar la expropiación de los bienes necesarios para la satisfacción del derecho del acreedor (nuevo art. 475-J).

e. Por último, resulta no menos fundamental la ley 10.358, de 2001, que introdujo modificaciones en las normas que regulan los deberes de las partes y sus procuradores, con el explícito objetivo de asegurar la efectividad de las decisiones judiciales, incorporando –aunque con ciertas particularidades– el denominado *contempt of court*, medida de coacción originaria de los sistemas del *common law*⁹⁹. De acuerdo al párrafo único del art. 14 del CPC, todo aquel que de algún modo actúe en el proceso podrá ser declarado responsable por la frustración integral o parcial del resultado de la prestación jurisdiccional, vale decir, por el desacato a la decisión judicial (o, si preferimos, por el *contempt of court*).

En la actualidad (2010), se gesta un nuevo Código de Proceso Civil con la finalidad de sistematizar y actualizar el ordenamiento vigente.

4. No ha habido, en cambio, modificaciones de fondo en Colombia. El CPC vigente de 1970 sufrió diversas reformas que han sido consideradas como simples esfuerzos coyunturales encaminados a solucionar la morosidad judicial y la pérdida de confianza en la justicia¹⁰⁰. A esa limitada finalidad responden las modificaciones introducidas como consecuencia de la ley de 1987 que se propuso una reforma integral del sistema judicial y por las cuales se sustituyó sucesivamente más del cincuenta y cinco por ciento del texto original del CPC. Entre las alteraciones más relevantes, se introdujo una audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio (1989), siguiendo la regulación de la audiencia preliminar en el CMI de 1988; varias reformas parciales, incluyendo medidas tendientes a la flexibilización del recurso extraordinario de casación (ley 446, de 1998); normas orgánicas sobre el sistema de mediación (ley 640, de 2001); desformalización de algunos requisitos de la demanda y modificaciones al régimen de notificaciones (ley 794, de 2003); desistimiento tácito que revive la perención procesal (ley 1194, de 2008). Importa consignar, a su vez, que la ley 270, de 1996, estatutaria de la administración de justicia, consagró diversos principios orientadores como el derecho fundamental de acceso a la justicia y otros no menos esenciales; complementariamente, la ley 1285, de 2009 ya aludida,

⁹⁹ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

¹⁰⁰ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..



creó los jueces de pequeñas causas con competencia municipal y local. Por último, se destaca la relevancia de la Constitución Política de 1991, que puede sintetizarse en tres aspectos: la constitucionalización de las garantías procesales; la constitucionalización del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales y la creación de la Corte Constitucional, que ya han sido referidos.

En su aplicación práctica, resalta la inoperancia de las sucesivas reformas al CPC que se patentiza en la necesidad actual de afrontar el siempre acuciante problema de la descongestión judicial que, hacia junio de 2010, ocupaba la preocupación del legislador. La supresión de los procesos de trámite escriturario y su reemplazo por los verbales, como un primer paso para introducir definitivamente la oralidad en los procesos civiles, seguía pendiente¹⁰¹.

5. En Venezuela rige el CPC promulgado en 1986, que mantuvo la tradición del proceso escrito de doble instancia con publicidad limitada, apegada al principio dispositivo aunque restringido, por la figura del juez como director del proceso y la atribución de facultades de instrucción probatoria. En la práctica, sin embargo, se verifica la declinación en el ejercicio de tales facultades¹⁰². Dicho ordenamiento pervive desde entonces, no obstante que la Constitución Bolivariana de 1999 configuró un modelo procesal totalmente distinto, al establecer el derecho fundamental de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, con la correlativa obligación del Estado de garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles. Tan solemnes declaraciones, como aquella que afirma que la ley procesal adoptará un procedimiento breve, oral y público en la que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalismos no esenciales, esperan aún su concreción. Mientras tanto, se suscitan dudas sobre la independencia judicial: se ejercen innumerables previsiones, una jueza se encuentra en prisión por haber aplicado la ley penal en un caso de interés para el gobierno¹⁰³.

6. El ordenamiento procesal civil argentino que está contenido en el CPCN de 1968, sufrió desde entonces diversas reformas que no innovaron en sus principios fundantes, tributarios del esquema escriturario y de doble instancia, desconcentrado y ajeno a la intermediación. La ley 22.434, de 1981, introdujo simples ajustes adoptando interpretaciones de la jurisprudencia. Posteriormente, la ley 24.573, de 1995, incorporó la audiencia preliminar que, sin embargo, fracasó en la práctica por motivos diversos,

¹⁰¹ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..

¹⁰² MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..

¹⁰³ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..



especialmente por tratarse de un mecanismo ajeno a los usos judiciales apegados al procedimiento escrito. El camino hacia un proceso por audiencias se cerró aún más al cabo de la sanción de la ley 25.488, de 2001, al suprimirse el tipo procesal sumario, verdadero plenario abreviado, uno de los mayores logros del ordenamiento de 1968. Se fragmentó en definitiva el sistema procesal, sin avanzar en las necesarias transformaciones estructurales¹⁰⁴. No es mejor el panorama en las legislaciones provinciales, excepto en cuanto a algunos avances en los procesos familiares. Así, entre otras en la Provincia de Buenos Aires donde rige la ley 11.453, de 1993, incorporada al CPC, que instituyó los tribunales de familia para entender en esos conflictos típicos mediante un proceso moderno, por audiencias, mixto, concentrado bajo la dirección e intermediación del juez. Se inicia a partir de una etapa previa a cargo del Consejero de Familia, un funcionario letrado que integra el órgano, en la cual se persigue la solución autocompuesta del conflicto bajo impulso y activa participación de aquel, quien forma parte del órgano jurisdiccional¹⁰⁵. Las indiscutidas bondades del sistema no han compensado, sin embargo, la excesiva duración de los procesos, lo que ha conducido a la sanción de modificaciones mediante la ley 13.634, de 2006, que no han alterado su estructura procedimental básica. Diversos intentos transformadores del CPCN no alcanzaron a concretarse, sin que se avizoren perspectivas favorables mientras no se logre consensuar, entre los sectores políticos y sociales, los lineamientos de una política de Estado coherente y sostenible en el tiempo para el sector de la justicia.

7. A partir de 1998, el legislador chileno ha estado concentrado en una sucesión de modificaciones estructurales de las preceptivas procesales, comenzando por la reforma procesal penal, incursionando ulteriormente en el régimen de los tribunales de familia (leyes 19.968 y 20.286) y de los procesos del trabajo (ley 20.087 y modif.), ya mencionados, siguiendo fuentes españolas; como también en la preceptiva regulatoria del arbitraje comercial internacional (ley 19.971). Mientras al presente se encuentran en marcha los trabajos tendientes a su íntegra sustitución, en materia de proceso civil se encuentra vigente, con escasas alteraciones, el vetusto CPC de 1903, inspirado principalmente en las LEC españolas de 1855 y 1881. Básicamente se trata de un proceso escrito en instancia plural, estructurado en estrictas fases preclusivas, en el que el juez ejerce poderes limitados por la falta de intermediación en la instrucción probatoria, costumbre nociva que, junto con la proliferación de las impugnaciones, ha redundado en una marcada dilación del proceso y la desnaturalización de las garantías, por la ineficacia general que aqueja a

¹⁰⁴ OTEIZA E..

¹⁰⁵ BERIZONCE R.O., BERMEJO P. y AMENDOLARA Z., *Tribunales y proceso de familia*, ob. cit..



todo el sistema¹⁰⁶. De ahí que la doctrina autoral más prestigiosa auspice su pronta sustitución por un esquema más adecuado a los tiempos que corren¹⁰⁷.

8. Del análisis de las reformas que se adoptaron en las últimas dos décadas en los ordenamientos de la región se desprende, en definitiva, que han afectado solo excepcionalmente las estructuras que son tradicionales. Únicamente en Uruguay ha sobrevenido la adopción plena del sistema de la oralidad mediante procesos por audiencias. Merece igualmente resaltarse el CPC peruano de 1993, si bien el sistema quedó rápidamente desnaturalizado. De su lado, las múltiples reformas introducidas al CPC brasileño de 1973 han tentado la transformación paulatina, en sucesivas etapas, con objetivos diversos. En los restantes ordenamientos los avances han sido escasos, sin operar transformaciones de esencia, motivados generalmente por la sola pretensión de agilizar los procedimientos tradicionales, todavía tributarios del sistema escriturario, desconcentrado y dividido en etapas marcadamente preclusivas. En general, tales reformas han contribuido escasamente a “modelar” el proceso; de hecho, el CMPCI de 1988 solo incidió decisivamente en Uruguay y parcialmente en Perú, como se señalara. Precisamente, al presente el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal impulsa su actualización. Tampoco han influenciado, al menos en medida significativa, las convenciones internacionales, ni los Principios ALI/Unidroit.

V. Los estudios de derecho comparado como fuente de la reforma procesal civil.

Naturalmente, los estudios de derecho comparado constituyen, en medida diversa, una de las fuentes inspiradoras de la mayoría de las reformas procesales en la región. Así se sostiene en los diversos informes nacionales¹⁰⁸. Sin embargo, no puede dejar de mencionarse que son escasos en América Latina los estudios sociológicos de campo, que puedan ilustrar sobre la realidad de la operatividad en concreto de las normas procesales en los respectivos países, lo cual desdibuja la virtualidad del método comparativo¹⁰⁹. En la experiencia de algunos países, por caso Argentina, numerosas normas procesales del ordenamiento vigente encontraron inspiración en el ordenamiento italiano o alemán; sin embargo, la experiencia práctica y algunos estudios de campo muestran su total o parcial inobservancia y aún sin derogación tácita¹¹⁰.

¹⁰⁶ PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R..

¹⁰⁷ TAVOLARI OLIVEROS R., *El proceso en acción*, ed. Libromar Ltda., Santiago, Chile, 2000, pp. 311 y ss.; *id.*, *Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno*, en *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, A. de la Oliva Santos y D.I. Palomo Vélez coord., ed. Jur. de Chile, Santiago, 2007, pp. 35 y ss..

¹⁰⁸ Así, en los referidos a Brasil, Uruguay, Colombia, Venezuela, Chile (respecto a los actuales intentos reformistas).

¹⁰⁹ Con ese fundamento, MONROY GALVEZ J., CAIRO O. afirman que en el Perú el estudio del derecho comparado no ha precedido a la elaboración de los proyectos de reforma procesal aprobadas a partir de la vigencia del CPC de 1993.

¹¹⁰ BERIZONCE R.O. *Derecho Procesal Civil actual*, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 1999, pp. 195 y ss..



Tampoco cabe desdeñar ni enmascarar las motivaciones reales y más apremiantes que, a menudo, impulsan al legislador¹¹¹.

VI. Virtualidad actual de la distinción clásica entre *common law* y *civil law* en materia de proceso civil.

En la mayor parte de los ordenamientos del subcontinente americano viene operando el fenómeno, que de algún modo puede considerarse universal, de una fuerte fragmentación del modelo procesal del *civil law*, de predominante raíz franco-italiana, al que se adscribieran, al menos parcialmente, a partir de la segunda mitad del siglo anterior. Al presente se exhiben diversas experiencias de reformas, todavía *in itinere*, que pretenden adaptar y articular instituciones, técnicas y procedimientos originarios del sistema del *common law*, sea en la vertiente del derecho inglés o ya la del norteamericano, que vienen de tal modo a infiltrar el modelo tradicional. O bien, otras típicas del derecho continental europeo.

1. Así ocurre en el propio plano constitucional, al receptarse instituciones como el Tribunal Constitucional (Colombia, Perú, entre otros), o el Consejo de la Magistratura (Argentina, Brasil). En el ámbito legislativo, el ordenamiento brasileño constituye un ejemplo paradigmático del fenómeno de la “permeabilidad”, que permite la inserción de elementos “extraños” y su adaptación, para ser reconvertidos útilmente en el propio sistema nacional. Así, entre otras, se modelaron como instituciones propias, bajo inspiración principalmente en el derecho norteamericano, los *Juizados Especiais de Pequenas Causas* (ley federal 7244, de 1984), siguiendo el modelo de las *small claim courts*, e igualmente, con influencias del derecho japonés en punto a la estrategia de la búsqueda de soluciones amistosas con participación comunitaria¹¹². También, en la creación de un microsistema de procesos colectivos, el ordenamiento brasileño, que ha sido pionero en la región, adoptó técnicas básicas de la Regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure* norteamericanas de 1966, que fueron la matriz de la ley 7347 de 1985 y, ulteriormente, del Código de Defensa del Consumidor de 1990, si bien se incorporaron conforme a una visión enriquecedora que le ha conferido identidad propia; v. gr., en punto al requisito de la representación adecuada fijado mediante criterios objetivos, los efectos expansivos de la cosa juzgada¹¹³, y el régimen especial de la conexidad y de la continencia entre acciones colectivas, entre otros. La técnica de la *injunctions*

¹¹¹ La mayoría de las reformas introducidas en la legislación colombiana, se sostiene, han sido concebidas dentro de los esfuerzos por paliar los principales problemas de la justicia en general, principalmente la morosidad judicial, la corrupción y la litigiosidad (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).

¹¹² PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

¹¹³ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



norteamericanas, además de los clásicos *writs* anglosajones, influenciaron directamente en el régimen genérico de cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer (art. 461, CPC) y que más adelante se extendió a las obligaciones de entrega de cosa cierta (art. 461-A). Surgieron de ese modo las sentencias condenatorias mandamentales, influidas también por la acción inhibitoria italiana y el régimen francés de las *astreintes*, lo que denota la originalidad de la solución brasileña¹¹⁴. No menos significativo, el *contempt of Court* anglosajón inspiró la reforma del art. 14 CPC Br. (2001), si bien la regulación exhibe contornos propios diferenciadores (*supra* § IV.3). Sin embargo, el proceso brasileño ha permanecido hostil al sistema de oralidad en el proceso por audiencias.

2. En cambio, otras instituciones se modelaron bajo influencia de técnicas y procedimientos desarrollados dentro de la propia familia del *civil law* continental europeo. Tal el caso de la tutela anticipatoria y satisfactiva (en Brasil, ley 8952, de 1994 y complementarias y con anterioridad en Uruguay, como medidas “provisionales y anticipadas” CGP, art. 317), estructuradas en base al *refèré* francés y la doctrina italiana. O la acción monitoria documental –regulada no solo en Brasil, sino además y aún con anterioridad, en Uruguay–, como adaptación del derecho italiano.

3. En este punto, conviene reparar en otro fenómeno singular: algunas de las instituciones y técnicas procesales “modeladas” en el derecho procesal brasileño están “migrando” hacia otros ordenamientos de la región, donde se las recibe por implante parcial en las legislaciones –*Juizados Especiais de Pequenas Causas*, tutelas anticipatorias y satisfactivas–, o bien por vía de la creación jurisprudencial –las referidas tutelas en Argentina y otros países–. Y lo propio cabe decir de la “migración” de las instituciones del CGP Ur., en tanto réplica del CMPCI.

4. En definitiva, con variantes y singularidades en los diversos ordenamientos de la región, parece claro que se constata en la mayoría de ellos un notorio retroceso¹¹⁵ en la distinción clásica entre *common law* y *civil law*, que se manifiesta en un número creciente de instituciones¹¹⁶; si bien siguen prevaleciendo

¹¹⁴ En el plano de las tutelas provisionales, las sentencias mandamentales operan en otros ordenamientos como medidas cautelares atípicas y coercitivas. Así en el Perú (MONROY GALVEZ J., CAIRO O.) y en Argentina, por vía pretoriana.

¹¹⁵ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.; MONROY GALVEZ J., CAIRO O.; PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.; LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.. En Chile se manifiesta en el nivel doctrinario (PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R.). En Venezuela se afirma que más que un retroceso existe un estancamiento por lo que respecta al *civil law* (MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y.).

¹¹⁶ Como sostiene TARUFFO, las diferencias y contrastes se han venido diluyendo, entre otras razones, porque el legislador asume orientaciones de reforma más pragmáticas y menos inclinadas ideológicamente (*Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Temis, Bogotá, 2006, trad. B.H. Quintero, p. 65).



en lo sustancial, en todos ellos, sin excepción, las estructuras fundamentales de la tradición del *civil law* continental europeo.

Segunda Parte: Las Leyes Modelo.

VII. Misión y papel de la jurisprudencia como receptora de los principios de las convenciones y tratados sobre derechos humanos.

La influencia de los principios fundamentales que conforman el denominado genéricamente *derecho internacional de los derechos humanos*, el *bill of rights* universalmente reconocido en las convenciones y tratados internacionales –principalmente la CEDH replicada en la CADH-, repercutió con singular intensidad en los diversos ordenamientos latinoamericanos. Los Estados adherentes, que lo son la inmensa mayoría, asumieron compromisos internacionales a cuyo cumplimiento se obligan los distintos poderes estatales y, entre ellos, muy especialmente, la rama judicial¹¹⁷. De ahí el creciente protagonismo de los jueces en la afirmación del *sistema de garantías* que, además y paralelamente, fue constitucionalizado en diversos países, en el lapso de las dos últimas décadas (*supra* § II, 3.7).

En realidad, el fenómeno de la “globalización” del sistema de derecho y de enjuiciamiento, que tiene su base en el derecho internacional de los derechos humanos y los sistemas de protección transnacionales, constituye una de las múltiples causas concurrentes (juntamente, entre otras, con la explosión de nuevas conflictividades, el mayor acceso a la justicia y el creciente protagonismo de la sociedad y sus entidades representativas en el proceso judicial, revalorizado como instancia privilegiada para el ejercicio de la democracia “deliberativa”, etc.), que han generado, al menos tres fenómenos paralelos, complejos y recíprocamente influidos: la creciente *judicialización* de los conflictos, el *activismo judicial* y la, cuanto menos tangencial, participación de los jueces en el diseño de las *políticas públicas*.

1. En ese escenario, la jurisprudencia acoge, desarrolla y aplica los principios de las convenciones y tratados, tanto respecto de los derechos y situaciones sustantivas –*bill of rights* sustantivo-, cuanto a las garantías fundamentales del proceso civil. En punto a lo primero, se destaca la tutela preferente que habitualmente se concede a los derechos que integran el “núcleo duro”: derecho a la vida, a la salud, al medio ambiente sano, personalísimos, a la dignidad, a la educación, a la vivienda y a las condiciones dignas

¹¹⁷ Así, en Argentina: CSN, Fallos, 329:549, 553 y 2759. Es que el parámetro de la intervención judicial proviene de la Constitución que asegura los derechos fundamentales y su efectividad (PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.).



de vida y, en general, a los denominados derechos económicos, sociales y culturales (DESC)¹¹⁸; como también, a las situaciones objetivas que comprenden a determinadas categorías de personas –menores¹¹⁹, incapaces¹²⁰, ancianos, mujeres, aborígenes¹²¹, inmigrantes, desplazados¹²², etc., sujetos considerados genéricamente en situación de vulnerabilidad¹²³. En algunos países, los pronunciamientos judiciales se sustentan en los derechos fundamentales que emanan de la Constitución y su interpretación y, concurrentemente, en los que derivan de los pactos –control de convencionalidad- y aún en la interpretación de los tribunales transnacionales americanos); es el caso de Argentina¹²⁴; Colombia¹²⁵,

¹¹⁸ En Colombia la tutela de los DESC fue evolucionando en la jurisprudencia a través de la interpretación extensiva del art. 4 de la ley 472/78, de acciones populares o de grupo para la tutela de los derechos colectivos. Así el Consejo de Estado ha protegido, entre otros, el *derecho a la salud* y el *derecho a la educación*, como prerrogativas de la prestación de un servicio público. Igualmente, en numerosos casos, se admitió la acción de cumplimiento del art. 87 CP Col. para tutelar a personas gravemente afectadas por la violencia y desplazadas de sus tierras. A su vez, la CC Col. tuteló en diversos casos el *derecho al medio ambiente sano*, aplicando el principio de progresividad con sustento en doctrina y normativa internacional; el *derecho a la información y la libertad de expresión*, con cita de precedentes de la CIDH; el *derecho a la educación*, asegurando esa prerrogativa a las minorías indígenas y a las comunidades afrodescendientes e imponiendo acciones positivas al Estado; el *derecho a la salud* en el caso de cobertura del plan obligatorio de salud a las parejas del mismo sexo o acogiendo la acción de tutela para la protección inmediata y total del derecho vulnerado; el *derecho a la seguridad social*, por conducto de la acción de tutela para asegurar el mínimo vital, o el derecho a la pensión del sobreviviente de la pareja homosexual; o el *derecho a una vivienda digna*, en vía de acción de tutela, dado el carácter de derecho fundamental y no obstante tratarse de un derecho prestacional; el *derecho al mínimo vital* para garantizar el subsidio de empleo temporal (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.). En Venezuela, la Sala Constitucional del TSJ, en vía del recurso de revisión constitucional, declaró el derecho de inamovilidad laboral del padre del recién nacido, extendiendo la garantía que cubre a la madre (sent. 547/6/2010). MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..

¹¹⁹ La SCJ Ur. resolvió un caso vinculado a los derechos del niño con apoyo en la CADH (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.).

¹²⁰ La CCCol. tuteló el *derecho de los sujetos discapacitados*, entre otros casos, en vinculación con el derecho a la no discriminación, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra la norma que prohíbe acceder al concurso de un cargo notarial a los sordos y mudos; o en vinculación con el derecho a la salud (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).

¹²¹ La CCCol. se pronunció reiteradamente sobre la tutela de los derechos de los pueblos indígenas y el contenido del derecho a la diversidad étnica y cultural y a la autodeterminación, con sus proyecciones en la salud, la seguridad social y otros derechos (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).

¹²² CCCol., sent. T 025 de 2004 y autos de cumplimiento de marzo de 2009, que se analizarán *infra*.

¹²³ Los relatores uruguayos mencionan diversas decisiones sobre derecho a un trato adecuado para las personas en condiciones de vulnerabilidad (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.).

¹²⁴ BERIZONCE R.O., *Tutelas procesales diferenciadas*, ob. cit., pp. 117 y ss. y jurisprudencia que allí se cita.

¹²⁵ Afirman enfáticamente los relatores colombianos que la evolución progresiva de la jurisprudencia de la CCCol., resultado del activismo judicial a partir de interpretaciones amplias y flexibles de los textos normativos relativos a los derechos de incidencia colectiva y los DESC, no hubiera sido posible sin la referencia constante en los pronunciamientos a los diferentes instrumentos internacionales (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).



Uruguay¹²⁶. En cambio, en Brasil generalmente las decisiones se apoyan de modo exclusivo en la Constitución¹²⁷.

2. Respecto de las *garantías fundamentales del proceso civil*, ya consideradas *supra* § II, 3.7, en diversos países la jurisprudencia ha aplicado los preceptos de los art. 8º y 25 de la Convención Americana, como sustento concurrente de las propias garantías procesales contempladas en las constituciones –juez “natural”, debido proceso legal, juzgamiento en contradictorio, sentencia debidamente fundada dictada en tiempo razonable-. Así, en Argentina¹²⁸, Colombia¹²⁹, Perú¹³⁰, Uruguay¹³¹.

Igualmente, las sentencias de los jueces han enfatizado el derecho a “un recurso sencillo y rápido”, consagrado por el art. 25 de la Convención, reforzando la operatividad de las vías legisladas –amparo, acción de tutela, *mandado de segurança*-, para asegurar la tutela de los derechos fundamentales. Por caso, en Argentina¹³², Perú¹³³, Uruguay¹³⁴, Colombia¹³⁵, donde se ha remarcado la efectividad en concreto de los pronunciamientos¹³⁶.

¹²⁶ En la jurisprudencia de los tribunales uruguayos en forma gradual y progresiva se han recogido principios de las convenciones internacionales, particularmente en materias del *derecho a la vida y a la salud, derecho a la identidad, restitución internacional de menores, garantía del debido proceso, motivación de las decisiones judiciales*, entre otras (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.).

¹²⁷ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K., desde que todos los principios y reglas convencionales integran la C. Br., de modo que raramente la jurisprudencia remonta a los instrumentos internacionales.

¹²⁸ Así, con sustento en los preceptos constitucionales y las convenciones sobre derechos humanos, la CSN Arg. declaró que la vida no es solo un derecho individual, sino también un bien social público y colectivo, que el Estado debe proteger (Fallos 223:3229); o el aseguramiento de las condiciones dignas de subsistencia (Fallos, 329:549); o las prestaciones educativas para una niña discapacitada (CSN, 30-9-08).

¹²⁹ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., se explayan especialmente sobre pronunciamientos de la CCCol. que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y la descalificación de la prueba ilícita. Sin embargo, la alusión a los principios convencionales y a la doctrina de los tribunales internacionales ha sido excepcional en el juzgamiento de las acciones colectivas; en cambio, sí se apoyan en aquellos principios, sea en la forma de *ratio decidendi*, sea como *obiter dicta* para justificar sus decisiones en vía de las acciones de tutela.

¹³⁰ MONROY GALVEZ J., CAIRO O., refieren sentencias del TC Per. sobre el debido proceso, con apoyo en pronunciamiento de la CIDH, y su operatividad en el procedimiento administrativo.

¹³¹ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S., también vinculado con el acceso al conocimiento de actuaciones administrativas (SCJ Ur.).

¹³² La CSN Arg. declaró que los recursos de amparo no pueden resultar tardíos o inefectivos, especialmente en aquellos ámbitos vinculados a la vida o a la preservación de bien culturales de una comunidad indígena (Fallos, 331:2119).

¹³³ MONROY GALVEZ J., CAIRO O., quienes ejemplifican con casos relativos al derecho de reunión en que el TC Per. sigue precedentes del TEDH, y al debido proceso donde se sustenta en doctrina sentada por la CIDH.

¹³⁴ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S., refieren diversas decisiones vinculadas al *derecho a la salud*, derecho de menores que pretendían condiciones adecuadas de reclusión, entre otras.

¹³⁵ Por caso, respecto del *derecho a la seguridad social*, la CCCol. declaró que si bien en principio la acción de tutela no es viable para garantizar la justiciabilidad de tal derecho, procede en ciertos supuestos concretos: transmutación del derecho; conexidad con un derecho fundamental o afectación del mínimo vital. O en relación al *derecho a una vivienda digna*,



3. Resaltan por su interés las construcciones de la jurisprudencia y la creación pretoriana que, en algunos países, se manifiesta como expresión de un creciente *activismo judicial*¹³⁷ en cierta categoría de conflictos que versan sobre derechos fundamentales, individuales y colectivos, a los que se confiere una *tutela procesal diferenciada*. Se tiende al aseguramiento en concreto de tales derechos mediante lo que se configura como una “justicia de acompañamiento” o protección, o “de resultados”, cuyas notas características son la accesibilidad para todos, aceleración del reconocimiento del derecho, simplificación de los trámites, prevalencia de la verdad objetiva (principio de la realidad litigiosa) y prevalencia del derecho sustantivo por sobre los recaudos formales que resulten frustratorios. Las técnicas procesales que utilizan los jueces, generalmente por vía de interpretación creativa de normas legales y aún por creación pretoriana, son diversas y han sido enunciadas *supra* § II, 3.7. Un ejemplo de su utilización se ofrece en la experiencia argentina¹³⁸.

4. En la proyección de las tutelas diferenciadas, resulta particularmente significativo el tratamiento que los jueces confieren, en algunos países, a los denominados *conflictos de interés públicos* o *estratégicos*, que atañen a los derechos colectivos sociales en general, incluyendo los derechos de la institucionalidad democrática.

4.1. A semejanza –y salvando las distancias- de la conocida experiencia norteamericana que tuviera su origen en la era de la Corte Warren en los años cincuenta y sesenta¹³⁹, el denominado modelo de reforma estructural se ha utilizado recientemente en Argentina, por creación pretoriana de la CSN¹⁴⁰ y

cuando se lo considere un derecho fundamental o por transmutación ante la falta de pago de un subsidio ya acordado, o ya en el caso de las personas desplazadas. O, también, en el caso de las *personas con discapacidad*. O tratándose de *derechos de los pueblos indígenas* (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).

¹³⁶ Las decisiones de la CCCol. que acogen la acción de la tutela, resultan particulares, no solo en cuanto a la celeridad con que se prescribe el cumplimiento, sino porque las medidas revisten un altísimo grado de concreción, en la forma de mecanismos procesales (principalmente de ejecución) preferentes (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).

¹³⁷ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., aludiendo a la CCCol..

¹³⁸ Corresponde atemperar el rigor formal en beneficio de derechos de contenido alimentario, o en materia previsional (CSN Arg., Fallos, 315:1314; 306:1839, entre otros).

¹³⁹ FISS O., *The Law as It Could Be*, 2003. Seguimos la versión española: *El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007, especialmente, pp. 21 y ss..

¹⁴⁰ Entre otros casos, cuando estaba en debate la defensa de los derechos de todas las personas detenidas en comisarias o establecimientos carcelarios de una provincia, ante la situación de colapso del sistema penitenciario (3-5-05, “Verbitsky H., s/ *habeas corpus*”, 6-9-06; “Lavado D. y otros”). O cuando se trataba de la tutela del medio ambiente, que por constituir bienes que pertenecen a la esfera social y transindividual, comprometen a los jueces, quienes deben actuar con particular energía para tornar efectivos los mandatos constitucionales, haciendo uso oficioso de sus facultades ordenatorias e instructorias a fin de proteger el interés general (CSN Arg., 20-6-06, “Mendoza B. y otros c. Estado Nacional y otros”, consid. 18). Igualmente, en casos de demandas para reclamar sobre deficiencias de las prestaciones de salud en los hospitales



también en Colombia por la CCCol.¹⁴¹. Se destacan como características típicas (i) el pronunciado *activismo procedimental de los jueces*¹⁴² (i.i.), el método *dialogal* impulsado por el tribunal en un marco de mayor publicidad y transparencia del procedimiento –diálogo público entre las partes, con la participación abierta de organismos administrativos, grandes corporaciones públicas o privadas¹⁴³, enriquecido por la intervención de *amicus curiae*, como forma de alentar la participación social en salvaguarda del interés general¹⁴⁴; (i.i.i.) la *función remedial* que asume el tribunal, cuyas decisiones están encaminadas hacia la búsqueda de “remedios” para una compleja situación planteada, de cara al futuro, ponderando los principios y valores en disputa¹⁴⁵; (i.i.i.i.) la pervivencia del “diálogo” interinstitucional durante la ejecución continuada de la sentencia, que facilita el cumplimiento de lo acordado, con el “acompañamiento” del tribunal¹⁴⁶ que, a menudo, queda involucrado en la reorganización de la institución o servicio en cuestión¹⁴⁷. De ese modo, los altos tribunales, y también los jueces inferiores¹⁴⁸, tienen la posibilidad de

públicos (CSN Arg., 31-10-06, “Ministerio de Salud s/acción de amparo”, y más explícitamente: Cám. Cont.Adm. y Trib. CABA, Sala I, 25-6-07, 23-12-08).

¹⁴¹ Se trata de una “megacausa” radicada ante la CCCol. relacionada con la situación en que se encuentran diversas comunidades que han quedado desplazadas territorialmente, a consecuencia del conflicto armado que aflige al país desde hace muchos años. La Sala Plena del tribunal asumió el seguimiento a la ejecución de las órdenes impartidas en la Sentencia T-025 de 2004 y autos de cumplimiento en marzo de 2009, para lo cual creó una Sala Especial de Seguimiento -SES- integrada por tres magistrados, que mantendrá su competencia hasta la superación del estado de cosas inconstitucional declarado por la CC.. La SES ha asumido tres líneas de trabajo: 1) seguimiento a la reformulación e implementación eficaz de cada uno de los componentes de *políticas públicas* en atención integral a la población desplazada; 2) el fortalecimiento de la *coordinación* interinstitucional y la corresponsabilidad entre la Nación y las entidades territoriales; y 3) el *enfoque diferencial* en materia de atención a mujeres, niños, personas y comunidades indígenas, afrodescendientes, personas con discapacidad y de la tercera edad (VARGAS SILVA E., *El papel de la Corte Constitucional. La tragedia del desplazamiento forzado*, en *Revista Judicial*, Consejo de la Magistratura, Bogotá, junio de 2010, pp. 20-21).

¹⁴² CSN Arg., 20-6-06, cit..

¹⁴³ CSN Arg., 3-5-05, cit., 20-6-06, cit., consid. 19; 24-2-2009, “Halabi E. c. PEN”. El régimen de audiencias públicas fue establecido por Acordada del tribunal N° 30/2007.

¹⁴⁴ CSN Arg., 24-2-2009, “Halabi E. c. PEN”. El régimen de los *amicus curiae* fue reglamentado por Acordada del tribunal N° 28/2004.

¹⁴⁵ CSN Arg., 3-5-05, 26-6-06, cit..

¹⁴⁶ CSN Arg., 3-5-05, 26-6-06, cit..

¹⁴⁷ En la “megacausa” del desplazamiento forzado en Colombia, la ejecución de la sentencia de inconstitucionalidad quedó a cargo de SES, ante la persistencia de la situación de vulneración de las garantías fundamentales por el estancamiento sistemático e integral en el goce efectivo de todos los derechos de las víctimas. La SES se centró en el estudio de todos los antecedentes, la evolución y las posibles fórmulas de solución a los problemas detectados en la reformulación de los componentes de la *política pública* de atención y prevención al desplazamiento forzado, entre ellos: prevención y protección, ayuda humanitaria de emergencia, salud, educación, vivienda, generación de ingresos, reubicación, reparación, etc.. A esos fines, entre 2009 y 2010 convocó siete audiencias públicas con distintas autoridades territoriales y del gobierno nacional, diversas organizaciones de la sociedad civil, observadores nacionales e internacionales, representantes de los pueblos indígenas y de comunidades afrocolombianas. En el mismo lapso, la SES dictó numerosas resoluciones, especialmente medidas cautelares urgentes y de protección inmediata para la salvaguarda de derechos fundamentales de comunidades indígenas y afrocolombianas (VARGAS SILVA E., ob. cit.).



participar, siquiera tangencialmente, en la configuración de las *políticas públicas*, a través del ejercicio de un poder de “suplencia” de las omisiones legislativas y con la finalidad de tutelar los derechos fundamentales¹⁴⁹. Claro que cuidando celosamente de no invadir esferas de atribuciones propias de los poderes políticos, y a condición de sustentar sus decisiones en fundamentos racionales y motivaciones persuasivas que acotan el ámbito de la discrecionalidad y excluyen todo subjetivismo voluntarista. Se expresa de ese modo la dimensión discursiva de la democracia a través del quehacer judicial, que lo ejerce mediante la “representación argumentativa”, que coadyuva a complementar armoniosamente la representación política concretada mediante la ley.

4.2. A conclusiones similares ha arribado recientemente el STF Br., que ha sostenido que si bien es cierto que, de ordinario, no se incluye en el ámbito de las funciones institucionales del Poder Judicial la atribución de formular o implementar políticas públicas, excepcionalmente le corresponde toda vez que el incumplimiento de los encargos propios de los otros poderes, viniera a comprometer la eficacia o integridad de los derechos de jerarquía constitucional, aunque derivados de cláusulas de contenido programático. De ahí que el aseguramiento de la dignidad del hombre incluye las condiciones materiales mínimas de existencia (el “mínimo existencial”) y si los poderes de gobierno actuaren de modo irrazonable, afectando aquel núcleo intangible, se justificaría la intervención del Poder Judicial¹⁵⁰. A partir de la C Br. de 1988, la tendencia generalizada de los tribunales, siguiendo al STF, es favorable al control de constitucionalidad de mérito (conveniencia y oportunidad) de los actos administrativos, cuando se trata de implementar políticas públicas, a consecuencia de la inercia o de corregirlas cuando resultan equivocadas. Las políticas públicas son construidas, así, por leyes, actuaciones administrativas y decisiones judiciales, envolviendo a todas las funciones del Estado¹⁵¹.

5. En un balance y valoración crítica, puede afirmarse que el creciente protagonismo de los jueces en el Estado democrático de derecho, que en buena medida deriva de la defección de los restantes poderes

¹⁴⁸ Así, en Argentina, en casos de deficiencias en las prestaciones de hospitales públicos: Cám.Cont.Adm. y Trib. CABA, Sala I, 25-06-07, 23-12-08, cit..

¹⁴⁹ La SES de la CCCol. tienen como una de sus principales y más ambiciosas misiones, el seguimiento a la reformulación e implementación eficaz de las políticas públicas de atención y prevención del desplazamiento forzado. Como se ha afirmado, se trata de proteger el calamitoso estado en que se encuentran los millones de víctimas, una tragedia que no cesará mientras se sigan produciendo desplazamientos por el conflicto armado (VARGAS SILSA E., ob. cit.).

¹⁵⁰ STF Br., ADPF 45-9, Mtro. Celso de Mello. PELLEGRINI GRINOVER A., *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário* en RePro, São Paulo, nº 164, p. 9 y ss., especialmente pp. 13-15.

¹⁵¹ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



en la atención y satisfacción puntual de los derechos fundamentales, resalta un fenómeno que se considera universal y que tiene particular incidencia en la región iberoamericana. Si bien deviene de importancia para sustentar la legitimación democrática de la judicatura, es lo cierto que el desempeño cabal de los nuevos roles enfatiza más que nunca la necesidad de su independencia funcional frente a los restantes poderes, requisito que –por la fragilidad de los sistemas-, lamentablemente, no se observa en algunos países, como se destaca en algunos informes nacionales¹⁵². En esos contextos, es justificado aseverar que, en general, la jurisprudencia de los países de la región acoge los principios de los tratados y convenciones internacionales y, aún, en la mayoría de ellos, la propia jurisprudencia de los tribunales americanos. Por último, el creciente protagonismo de los jueces que deriva de algún modo en la *judicialización de la política*, contiene –como se ha alertado¹⁵³– notorios riesgos, especialmente el de quedar atrapados en el dilema de tener toda la potencialidad para actuar, pero un muy menguado poder para imponer a los poderes político que se cumplan sus decisiones.

VIII. Recepción de la “modelización” del proceso civil en doctrina, jurisprudencia y legislación.

1. El singular fenómeno de la “modelización” del proceso civil, es sabido, se ha desarrollado en los niveles regionales; recién con ulterioridad se gestó el intento de elaboración de los Principios ALI/Unidroit, tendientes a la universalización de un modelo para regir el ordenamiento de las disputas civiles internacionales. Este último se inscribe precisamente dentro de la tradición pionera del CMPCI para Iberoamérica de 1988 –continuada con el CMPr.Col.I de 2006– y de aquel otro inspirado por el Prof. Marcel Storme¹⁵⁴. Unos y otros tienen por objetivo la “armonización”, que se resume en el esfuerzo por reducir las diferencias entre los sistemas legales nacionales pergeñando un paradigma abarcador y, al mismo tiempo, superador a través de un nuevo modelo al que se arriba al cabo de una “aproximación”, que supone la reorientación de ciertas normas de los sistemas legales nacionales¹⁵⁵.

2. En América Latina el debate doctrinario sobre la “modelización” del proceso civil ha tenido alcances solo parciales y diferente intensidad, comprendiendo tan solo algunos modelos: además de los Códigos “Tipo” de la región –que son objeto de interés y consideración permanente hasta la actualidad–,

¹⁵² MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y.; MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

¹⁵³ DE SOUSA SANTOS B., *Sociología jurídica crítica*, ILSA, Bogotá, 2009, pp. 422 y ss..

¹⁵⁴ *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, M. Storme (ed.), Kluwer, 1994.

¹⁵⁵ HAZARD, Jr., G.C., *Civil litigation without frontiers: harmonization and unification of procedural law*, XI World Congress on Procedural Law, Viena 1999, General Reporter for the Common Law Countries.



ocuparon la atención el régimen de la Unidroit del arbitraje comercial internacional¹⁵⁶, las leyes modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza¹⁵⁷, y en menor medida los P. ALI/Unidroit¹⁵⁸, que en algunos países han sido recibidos con reservas y, en otros, aún no han sido suficientemente difundidos¹⁵⁹; sin que la *jurisprudencia* los hubiere utilizado¹⁶⁰. Existe interés, sin embargo, en debatir la armonización de las normas procesales más puntuales, como son las de los países integrantes del MERCOSUR¹⁶¹.

3. En la *jurisprudencia* en general, como se señaló, se recogen y aplican los principios fundamentales y universales del proceso civil (*supra* I, 3.7), tanto como los de los CMPCI y CMPr.Col.I, aunque muy limitadamente estos últimos.

4. Hemos de analizar a continuación la receptividad que han tenido los Códigos “Tipo” y los P. ALI/Unidroit y su compatibilidad con las reglas de los ordenamientos nacionales de la región.

1. El Código Procesal Civil “Tipo” para Iberoamérica.

El Código Modelo se gestó laboriosamente al cabo de casi dos décadas de estudios, debates y decisiones escalonadas que culminaron con su aprobación durante las XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Río de Janeiro, 1988)¹⁶². Primero se acordó la preparación de “bases uniformes”, debatiéndose en los sucesivos encuentros los principios esenciales para finalmente estructurar el anteproyecto que fuera obra de los profesores uruguayos Adolfo GELSI BIDART, Luis A. TORELLO y Enrique

¹⁵⁶ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K., señalan que también fueron considerados por la jurisprudencia. MONROY GALVEZ J., CAIRO O., aunque en Perú la recepción de esa normativa fracasó por razones diversas. PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R..

¹⁵⁷ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..

¹⁵⁸ En Brasil no ha habido debates sobre “modelización” en general y en cuanto a los P. ALI/Unidroit fueron recibidos con reservas (PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.). En Colombia, la mayor parte de la doctrina los ha pasado por alto (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.). En Perú la cuestión de la “modelización” no es objeto de debate (MONROY GALVEZ J., CAIRO O.), quienes sostienen que el mayor obstáculo son las barreras culturales, más que la cuestión de la soberanía.

¹⁵⁹ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.. Lo propio cabe afirmar en Argentina. No obstante, en Chile, donde se atraviesa un amplio debate sobre la reforma procesal civil, en los trabajos preparatorios se utilizan los P. ALI/Unidroit como un insumo más (PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R.).

¹⁶⁰ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.; BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.; PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.; MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y.; PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R.; MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

¹⁶¹ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

¹⁶² GELSI BIDART A., TORELLO L. y VESCOVI E., *Hacia la preparación de Códigos Procesales Modelos: las bases para la reforma...*, en *Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 25 y ss.. Sobre los antecedentes y bases del anteproyecto: GELSI BIDART A., *Código “tipo” y reforma del proceso civil en América Latina: entre derecho común y uniforme en Un “Codice Tipo” di procedure civile per l’America Latina*, a cura di S. Schipani y R. Vaccarella, Cedam, Padova, 1990, pp. 41 y ss.. VESCOVI E., *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*, Temis, Bogotá, 1996, pp. 20-22.



VESCOVI. Fue el fruto de la feliz confluencia de diversos factores que se cobijaron en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, un logro que nació de la necesidad de impulsar un cambio en profundidad para transformar radicalmente los sistemas de enjuiciamiento imperantes¹⁶³ y sustituirlos por un nuevo paradigma sustentado en la idea-fuerza de la oralidad y el proceso por audiencias, con todos sus consecutarios, para superar la palmaria ineficacia del tradicional proceso escriturario y el estado de insatisfacción de la justicia.

4.1.1. La exposición de motivos¹⁶⁴ se explaya sobre los *principios rectores*, dedicando atención a la oralidad y proceso por audiencias; organización de la magistratura; poderes, deberes y responsabilidades del juez y de las partes. Entre las principales instituciones transformadoras que recoge el código se destacan aquellas propias de la creciente publicización del proceso civil y el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción; la adopción del proceso por audiencias orales; la regulación de una audiencia preliminar, con finalidades múltiples (arts. 301, 302); el reconocimiento al juez de verdaderos poderes-deberes de observancia inexcusable (arts. 33 a 35) para la dirección e instrucción de las causas, potestades que se acentúan en los denominados procesos sociales (art. 310); doble instancia con un juez monocrático; la organización independiente del ministerio público (art. 36 a 42); la regulación de la tutela de los intereses colectivos o difusos (art. 53, 194); la prevención de los procesos fraudulentos o colusorios (art. 64); la protección cautelar genérica (art. 280); la instauración de procesos de estructura monitoria (art. 311 a 316); la admisión de medidas conminatorias para asegurar el cumplimiento de las decisiones; la consagración, en fin, de principios y directivas generales para guiar la interpretación finalista de los preceptos procesales (art. 1 a 3). Se trataba, en definitiva, de las grandes líneas tendenciales que por entonces se avizoraban en el derecho procesal iberoamericano¹⁶⁵.

¹⁶³ Sobre el sentido transformador del anteproyecto de Código modelo: VESCOVI E. y GELSI BIDART A., *Bases para orientar en Latinoamérica la unificación legislativa en materia procesal civil*, Rev. Fac. Cs. Jurid. y Soc. de Guatemala, set.1982. VESCOVI E., *El proyecto de Código procesal civil uniforme para América Latina*, Rev. Inst. Colombiano de Der. Proc., Bogotá, 1986, n° 4. GELSI BIDART A., *Código “tipo”...*, ob. cit., pp. 41 y ss..

¹⁶⁴ *Código Procesal Civil y Procesal Penal...*, ob. cit., pp. 41-70.

¹⁶⁵ El Código “tipo”, como lo señalara VESCOVI, se inspiró en las más avanzadas instituciones de la región: el despacho saneador y el rechazo preliminar de la demanda, del derecho brasileño; el principio venezolano de que “las partes están a derecho”; los poderes del juez acordados por el código procesal argentino; el desarrollo de la prueba en audiencia de la legislación colombiana; el proceso monitorio del derecho uruguayo; el sistema apelatorio y el efecto diferido de origen costarricense y argentino, etc. (*Confrontación entre el Código Procesal Civil modelo iberoamericano y el proyecto de Código Europeo...*, en *Unificazione del diritto e rimedi alternativi per la risoluzione delle controversie civili nel sistema giuridico latinoamericano*, estrato da *Roma e America. Diritto Romano comune*, Mucchi ed., Roma, 1997, p. 110).



Una ilustrada doctrina procesal¹⁶⁶ ha explicado con detenimiento los principios fundantes, la génesis del CMPCI y su proyección posterior, principalmente a partir de su íntegra recepción en el CGP Ur. de 1989¹⁶⁷ y parcialmente en el CPC Per. de 1993¹⁶⁸.

4.1.2. El debate a nivel doctrinario del CMPCI de 1988 se mantiene vivo en la actualidad con el objetivo de proceder a su actualización, al cabo de las diversas circunstancias que han sobrevenido en la región, especialmente la constitucionalización en varios países de nuevos derechos y garantías, la evolución de los sistemas de gestión, la irrupción de los medios alternativos, entre otras. Los necesarios ajustes de diseño del modelo e incorporación de nuevas instituciones, técnicas y procedimientos, comprende la regulación del régimen específico de las tutelas procesales diferenciadas; la instrucción preliminar (procedimientos de *pre-action*); los poderes de dirección e instrucción de las causas; flexibilización del sistema de preclusiones rígidas; las medidas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia; los tipos procesales sumarios, de cognición plena y trámite simplificado; el régimen de los procesos repetitivos; el cumplimiento y ejecución de la sentencia, entre otros. El actual debate quedó inaugurado en las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Santiago de Chile, 2010)¹⁶⁹.

4.1.3. La influencia del CMPCI en los ordenamientos iberoamericanos ha sido notoria desde 1989 por la vigencia del CGP Ur. y el prestigio derivado de la experiencia de este último. Así, en el CPC Per. de 1993, en cuyo diseño se receptaron en medida significativa los principios típicos de aquel: proceso por audiencias orales, poderes ordenatorios e instructorios del juez, intermediación y concentración.

¹⁶⁶ VESCOVI E., *Los códigos modelos. El Código Modelo para Iberoamérica*, en *El Derecho Procesal en el MERCOSUR*, Fac. Cs. Jur. y Soc. UNLitoral, Santa Fe, 1997, p. 491 y ss.. BARBOSA MOREIRA J.C., *Le code-modele de procedure civile pour l'Amerique latine...*, en *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, ed. Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 191 y ss.. SIMON L.M., *La aplicación del Código Procesal Civil modelo en Iberoamérica*, relato general, *VII Seminario Internazionale Formazione e caratteri del sistema giuridico latinoamericano e problemi del processo civile*, Roma, 2002.

¹⁶⁷ La bibliografía uruguaya es amplísima. Por toda ella: VESCOVI E., *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*, ob. cit., pp. 22 y ss.. VESCOVI E., director, *Código General del Proceso*, ed. Abaco, Montevideo, v. I, 1992 y sucesivos. Sobre el sistema de los principios del CGP y su fuente en el Código Modelo, v. 1, pp. 54-55.

¹⁶⁸ MONROY GALVEZ J., *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*, 2ª ed. aumentada, Palestra ed., Lima, 2004, *passim*, especialmente pp. 81-89; 153-165; 289-314; 315-349; 351-355; 357-377; 433-447. Del mismo autor: *La reforma del proceso civil peruano quince años después*, en *Reforma procesal civil*, E. Oteiza coord., AADP, Rubinzal Culzoni ed., Bs.As., 2009, pp. 125 y ss.. SIMONS PINO A., *La evolución del proceso civil en Perú*, en *Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas*, Univ. de Lima, Lima, 2008, pp. 19 y ss..

¹⁶⁹ Ilustran ampliamente sobre dicho debate las ponencias y comunicaciones recogidas en *Derecho Procesal contemporáneo*, coord. R. Tavorari Oliveros, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010, vs. I y II.



Lamentablemente reformas posteriores terminaron desnaturalizándolo¹⁷⁰. Igualmente, el CMPCI incidió decisivamente en la reforma de varios ordenamientos en las provincias argentinas, especialmente en la de Tierra del Fuego¹⁷¹, y de modo parcial en La Pampa y Río Negro. Numerosas de sus instituciones, como la audiencia preliminar¹⁷², las estructuras monitorias, el régimen de los procesos colectivos¹⁷³ –aunque luego superado- sirvieron de inspiración a varias legislaciones. De hecho, está siendo utilizado como fuente inspiradora para los proyectos de CPC para Chile¹⁷⁴.

4.2. *El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.*

La idea surgida en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en 2002 de elaborar un ordenamiento tipo sobre procesos colectivos en base al anteproyecto presentado por los profesores Ada PELLEGRINI GRINOVER, Kazuo WATANABE y Antonio GIDI, generó de inmediato numerosos aportes doctrinarios¹⁷⁵, en base a los cuales se aprobó finalmente en 2004 el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica¹⁷⁶. A partir de entonces se ha generado un fructífero debate que sigue abierto¹⁷⁷.

¹⁷⁰ MONROY GALVEZ J., CAIRO O.. SIMONS PINO A., *La evolución del proceso civil en Perú*, ob. cit..

¹⁷¹ MORELLO A.M. y KAMINKER M.E., *El Código Procesal Civil (General) de la Provincia de Tierra del Fuego*, El Der., Bs. As., v. 159, p. 1018.

¹⁷² En la legislación colombiana: BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..

¹⁷³ Las reglas sobre legitimaciones extraordinarias y cosa juzgada en los procesos colectivos se adoptaron en buena parte de los ordenamientos nacionales sobre tutela ambiental y defensa de los derechos de los consumidores y usuarios. Así, en Argentina, donde la legitimación extraordinaria fue incluida en la reforma constitucional de 1994 y ulteriormente incorporada, junto con el régimen de la cosa juzgada a las leyes de tutela ambiental y de consumidores.

¹⁷⁴ PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R..

¹⁷⁵ THEODORO Jr. H., *Acciones populares y acciones para la tutela de los derechos colectivos*, Rev. Iberoam. Der. Proc., Nº 2, 2002, pp. 85 y ss.. Asimismo: PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K. y GIDI A., *Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, en la misma rev., pp. 165 y ss.. GIDI A. y FERRER MAC-GREGOR E., coordinadores, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, ed. Porrúa, México – Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003, *passim*. GIDI A. y FERRER MAC-GREGOR E., coordinadores, *Procesos colectivos...*, ed. Porrúa, México, 2003, *passim*. GIDI A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, *passim*. Asimismo, PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K. y GIDI A., *Proposta de Código Modelo de Processos Colectivos para Ibero-américa...*, Rev. Iberoam. Der. Proc., 2003, nº 3, pp. 165 y ss.; MARINONI L.G., *Acciones inhibitoria y de resarcimiento en forma específica en el "Anteproyecto de Código Modelo..."*, Rev. Iberoam. Der. Proc., 2004, nº 4, pp. 193 y ss.; *Exposición de motivos. Anteproyecto de Código Modelo...*, Rev. Iberoam. Der. Proc., 2004, nº 5, pp. 19 y ss.; PELLEGRINI GRINOVER A., *Pareceres sobre as propostas de emendas apresentadas ao Anteproyecto...*, en la misma rev., pp. 67 y ss.; CASTRO MENDEZ A.G. de, *Relatorio General Processos Colectivos...*, en la misma rev., pp. 155 y ss.; BEJARANO GUZMÁN R., *VIII Congreso Internacional... Relatorio General. De los proveimientos jurisdiccionales...*, Rev. Iberoam. Der. Proc., 2004, nº 6, pp. 51 y ss.; SAID A., *VIII Seminario... Los procesos colectivos. El anteproyecto...*, en la misma Rev., pp. 99 y ss.; LANDONI SOSA A., *XIV Jornadas Iberoamericanas. La acción colectiva para la tutela de los intereses difusos...*, en la misma Rev., pp. 123 y ss..

¹⁷⁶ Exposición de motivos y texto publicado en Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal, año VI-Nº 9, 2006, en versión castellana y portuguesa.



4.2.1. Tal como se expresa en la exposición de motivos, el modelo propuesto se inspira, en primer lugar, en aquel que ya existente en los países de la comunidad iberoamericana, completando, perfeccionando y armonizando las reglas de modo de configurar un sistema típico, diferenciado de los modelos norteamericano y brasileño que le sirvieron, junto con la legislación colombiana, de principales fuentes inspiradoras. En líneas generales, en sucesivos capítulos, el ordenamiento tipo conceptualiza los intereses o derechos transindividuales, según la categoría de difusos e individuales homogéneos. Para estos últimos se adoptaron los requisitos de predominancia de las cuestiones comunes y de la utilidad de la tutela colectiva (*predominance and superiority*), propios del sistema norteamericano, que la experiencia brasileña había demostrado necesarios. La representatividad adecuada –ya recogida en algunos ordenamientos de la región– se regula detalladamente. La legitimación es abierta, atendiendo las normativas nacionales, algunas de fuente constitucional, siendo concurrente y autónoma en relación a los colegitimados, admitiéndose el litisconsorcio. Al Ministerio Público se reserva el papel de fiscal de la ley, previéndose el compromiso administrativo de ajustamiento de conducta, a cargo de los legitimados públicos, capaz de evitar o abreviar el proceso, con la formación inmediata de título ejecutivo (capítulo I, arts. 1º a 3º).

Al logro de la efectividad del proceso colectivo tienden las provisiones referidas a los proveimientos jurisdicciones contenidas en el capítulo II (arts. 4º a 8º): anticipación de la tutela y su eventual estabilización; acción condenatoria a la reparación de daños al bien indivisiblemente considerado y destino de la indemnización; condenaciones a hacer o no hacer preferentemente *in natura*, aplicación de *astreintes*, mandamientos judiciales aptos a la obtención de un resultado práctico equivalente.

En el capítulo III (arts. 9º a 19) se regula el trámite del proceso colectivo, con reglas específicas sobre competencia, pedido y causa de pedir, atenuación del principio preclusivo, tentativa de conciliación y otras formas de autocomposición, proceso por audiencias bajo el control y dirección del juez, reglas probatorias incluyendo la carga dinámica, régimen de costas y honorarios con sistema de incentivos. El régimen de la apelación, por regla sin efecto suspensivo, se complementa con la ejecución provisional de la sentencia.

¹⁷⁷ Puede consultarse los comentarios a todo su articulado en GIDI A., FERRER MAC GREGOR E., coord., *Código de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano*, Porrúa-UNAM, México, 2008.



Los derechos individuales homogéneos y, particularmente, la acción colectiva reparadora de los daños individualmente sufridos (la *class action for damages* norteamericana) se regula en el capítulo siguiente (arts. 20 a 26). Son sus particularidades que puede ser promovida sin necesidad de identificar a los posibles damnificados, a quienes se da conocimiento notificándoles de la radicación para que puedan intervenir en el proceso, si lo desean, como asistentes o coadyuvantes. La sentencia de acogimiento podrá ser genérica, declarando la existencia del daño y condenando a indemnizar a todos los damnificados, aún no individualizados. A éstos incumbirá, individualmente o a través de los legitimados extraordinarios, acreditar el daño personal sufrido y su cuantificación; sin perjuicio de la facultad judicial de fijar en la sentencia condenatoria, las indemnizaciones individuales, cuando resultare posible. Se adopta, asimismo, la solución de la *fluid recovery* del sistema norteamericano, habilitándose la ejecución colectiva de la indemnización debida a título de daños causados, transcurrido un año sin comparencia de interesados en número acorde con la gravedad del daño, cuyo producido revierte un fondo especial, de gestión reglada y controlada por el juez.

Las relaciones de conexidad y litispendencia entre las distintas acciones, al igual que el régimen específico de la cosa juzgada se prevén en el capítulo siguiente. Cuando se trata de derechos colectivos la eficacia de la sentencia se extiende en todos los casos *erga omnes*, salvo que cuando el rechazo de la demanda se sustentara en insuficiencia de pruebas, en cuyo caso puede plantearse nuevamente, con nuevas pruebas sobrevinientes. La solución del CMPr.Col.I resulta original al consagrar la cosa juzgada *secundum probationem*, como derivación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Tratándose, en cambio, de derechos individuales homogéneos, se acoge la solución ya prevista en la legislación brasileña, de la cosa juzgada *decundum eventum litis*. Se prevé, igualmente, la extensión *in utilibus* de la cosa juzgada favorable a la tutela de derechos colectivos en provecho de los damnificados individuales del mismo evento dañoso.

Una novedad para los ordenamientos de *civil law* es la acción colectiva pasiva, el *defendant class action* del derecho norteamericano, que regula el CMPr.Col.I en su capítulo VI, con la singularidad de los efectos de la cosa juzgada. Cuando se trata de intereses o derechos difusos, tendrá eficacia *erga omnes*; en cambio, si está en juego intereses o derechos individuales homogéneos, la eficacia *erga omnes* opera en el plano colectivo, pero la sentencia que admite la demanda no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, quienes podrán promover acciones propias o defensas en el proceso de ejecución encaminadas a la inoponibilidad a su respecto de la decisión (arts. 32 a 35). Por último, el capítulo VII contiene disposiciones



generales sobre interpretación abierta y flexible de sus normas y disposiciones de aplicación subsidiaria (arts. 36 y 37). En conclusión se crea un modelo original para erigirse en un verdadero y propio sistema iberoamericano de procesos colectivos.

4.2.2. Algunas legislaciones nacionales han sido anteriores a la aprobación del CMPr.Col.I, y de hecho constituyeron fuentes inspiradoras de éste: la brasileña¹⁷⁸ y, aunque en menor medida, la colombiana¹⁷⁹. El CGP Ur. regula las normas básicas sobre legitimación y cosa juzgada, que han sido complementadas con preceptos específicos sobre protección del medio ambiente, que acuerdan legitimación activa al Ministerio de la Vivienda¹⁸⁰. El panorama legislativo actual en los países de la región exhibe, en general, leyes aisladas¹⁸¹ regulatorias de la defensa del medio ambiente, por un lado, y de los derechos de consumidores y usuarios, por otro, que contienen preceptos sustantivos y algunas normas procesales, habitualmente referidas a los principios centrales de la legitimación y la cosa juzgada¹⁸². No se han dictado normativas completas que regulen en su totalidad el fenómeno de los procesos colectivos, como el CMPr.Col.I.

La *jurisprudencia* ha acompañado, en general y salvo excepciones¹⁸³, el perfeccionamiento de esas novedosas instituciones¹⁸⁴. Sin embargo, y más allá del auge general de las acciones colectivas¹⁸⁵, en

¹⁷⁸ Así se destaca en la exposición de motivos. PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

¹⁷⁹ La ley 472, de 1998, que implementara el art. 88 CP Col., y su aplicación jurisprudencial, le han conferido a la legislación colombiana una génesis y desarrollo propio. De todos modos, presenta numerosas similitudes con el CMPr.Col.I, aunque resaltan también sus diferencias (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).

¹⁸⁰ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

¹⁸¹ En Perú el Código Procesal Constitucional, de 2004, prevé la tutela de los derechos individuales homogéneos y la ejecución de la sentencia mediante medidas coercitivas. Sin embargo, el reciente Código de Defensa del Consumidor atribuyó la iniciativa y la tutela de los derechos colectivos, de manera casi exclusiva, a un organismo administrativo, lo que ha generado un sensible retroceso (MONROY GALVEZ J., CAIRO O.).

¹⁸² En Argentina, en implementación de la reforma constitucional de 1994, la Ley de Defensa del Consumidor nº 24.240, de 1993, con las reformas nº 26.361, de 2008, regula la legitimación, incluyendo la intervención de las asociaciones como litisconsortes, normas procesales que resaltan los poderes oficiosos del juez, los efectos de la sentencia y su ejecución, entre otras previsiones. A su vez, la Ley General del Ambiente nº 25.675, de 2002, estatuye sobre legitimación para las diversas acciones, competencia, acceso a la jurisdicción, poderes oficiosos del juez, medidas cautelares, fondo de compensación ambiental, entre otras disposiciones. También en Chile existen normas que tutelan el medio ambiente y los derechos de consumidores, con reglas procesales (PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R.).

¹⁸³ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S. critican una decisión de un tribunal de alzada uruguayo, que negó legitimación a dos abogados en una acción colectiva vinculada con la violación de derechos fundamentales de los detenidos en las cárceles, no obstante su trascendencia institucional.

¹⁸⁴ La CSN Arg. amparó los denominados derechos individuales homogéneos, no previstos en la legislación, declarando la inconstitucionalidad de normas que autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por internet; al mismo tiempo de describir los requisitos que las habilitan instó, al legislador a regularlos (sent. 24-2-2009, "Halabi E. c. P.E.N.").

¹⁸⁵ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.; BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..



algunos países no se plantean con frecuencia, entre otras razones, por no existir un marco legal claro sobre los efectos de las sentencias y su incidencia sobre situaciones similares¹⁸⁶. También es cierto que las acciones colectivas, por esencia, propician y dependen de la participación comunitaria en la justicia y ello requiere de una cultura singular que, en general, no está suficientemente desarrollada en los países de la región.

4.3. Los Principios ALI/Unidroit de Procedimiento Civil Transnacional.

4.3.1. Los P. ALI/Unidroit, que constituyen un cuerpo sistemático de reglas fundamentales para regir en los litigios transnacionales, de singular valor para su utilización, además, como base de un procedimiento para los arbitrajes internacionales, han venido a llenar un sensible vacío existente. Los objetivos perseguidos de armonización y aproximación de los distintos sistemas nacionales y, especialmente, de las familias de sistemas, para ser aplicados por los órganos nacionales, han de ser considerados desde una visión iberoamericana como plenamente compatibles, en principio, con las ideas que sustentaron la elaboración de los CMPCI y CMPr.Col.I. Si bien las finalidades de unos y otros son diferentes, no dejan de ser sustancialmente similares en buena medida, en cuanto a los principios esenciales del procedimiento. Así, entre otros, en punto a: independencia, imparcialidad y competencia del tribunal (P. 1), debido proceso, tratamiento equitativo de las partes (P. 3), derecho a asistencia letrada (P. 4), contradictorio entre las partes (P. 5), decisión en tiempo razonable (P. 7), medidas provisionales y de urgencia (P. 8), estructura de los procedimientos (P. 9), iniciativa de parte para la promoción de los procedimientos (P. 11), acumulación de acciones, litisconsorcio e intervención de terceros (P. 12), responsabilidad del juez en la dirección de los procedimientos (P. 14), presentaciones escritas y orales (P. 19), publicidad (P. 20), reglas y *standards* de prueba (P. 21), determinaciones de hecho y de derecho (P. 22), contenido y fundamentación de la decisión (P. 23), medios alternativos de solución (P. 24), costos (P. 25), ejecución inmediata de la sentencia (P. 26), régimen de la apelación (P. 27), litispendencia y cosa juzgada (P. 28), efectividad de la ejecución forzada (P. 29), etc..

En conclusión, puede afirmarse que, analizado en general, la admisión de los P. ALI/Unidroit no debería generar obstáculos decisivos en la región. No existe incompatibilidad, al menos en el nivel de los Principios, con las ideas fundamentales en que se sustentan los CMPCI y CMPr.Col.I. Por otro lado, el

¹⁸⁶ Así, en Uruguay (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.).



tratamiento de las garantías fundamentales del proceso civil resulta coincidente con el catálogo de la CADH (art. 8º).

4.3.2. En el nivel de los ordenamientos nacionales, en general, se ha afirmado que no existen obstáculos ni incompatibilidades de sustancia para su aceptación¹⁸⁷. Así, particularmente en Uruguay, donde se mencionan antecedentes diversos de legislación y convenciones internacionales coincidentes con los P. ALI/Unidroit, en especial en cuanto a los principios que deben informar el derecho procesal internacional: a) la jurisdicción razonable; b) el acceso a la justicia; c) la no discriminación del litigante extranjero; d) la cooperación de principio y e) la circulación internacional de los fallos¹⁸⁸.

Sin embargo, en el análisis en particular de los diversos Principios, se ha resaltado la existencia de algunas incompatibilidades con los ordenamientos nacionales, especialmente en tanto aquellos recogen normas que pertenecen a tradiciones jurídicas diversas de las del *civil law* continental, y que serían excluyentes o sustancialmente opuestas al sistema normativo legal. Así, se ha considerado que, entre otras, serían incompatibles, en relación al proceso civil venezolano, los P. 9º y 13, en cuanto confieren operatividad a los acuerdos de partes en detrimento de los poderes judiciales; el P. 17, al imponer obligaciones procesales a las partes, y no simples cargas; el P. 27, en cuanto permite la ejecución inmediata de la sentencia de primer grado, confiriendo al juez, y no al régimen de la ley, la posibilidad de su aplazamiento¹⁸⁹.

IX. Compatibilidad en general de los Principios ALI/UNIDROIT con los ordenamientos procesales nacionales.

1. En general, como se adelantó, no existe incompatibilidad entre los aludidos Principios y los ordenamientos procesales de los países de Latinoamérica. Por el contrario, puede advertirse una correspondencia básica entre unos y otros.

Así, en particular: (i) el principio de independencia e imparcialidad de los jueces está consagrado con alcances similares en las Constituciones y en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8); (i.i.) el debido proceso y el tratamiento equitativo de las partes, que incluye el contradictorio tanto como la decisión en

¹⁸⁷ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.; BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.; MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

¹⁸⁸ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

¹⁸⁹ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..



tiempo razonable, se sustentan en disposiciones de igual linaje; (i.i.i.) las medidas provisionales o de urgencia generalmente se consideran por la jurisprudencia como integrantes de la garantía constitucional del debido proceso.

4.3.3. Es lo cierto que, los Principios ALI/Unidroit no han tenido hasta el presente incidencia alguna, en general, en las más recientes reformas del proceso civil en las legislaciones de la región. La escasa difusión¹⁹⁰ y conocimiento de aquellos tanto como la ausencia de debates más amplios, han sido, probablemente, los motivos decisivos. Sin embargo, resulta obvio que los Principios y Reglas pueden constituir una muy valiosa fuente de inspiración futura. Su eventual recepción, de todos modos, dependerá de profundos e imprescindibles cambios culturales¹⁹¹ en los países de la región, siempre de difícil e imprevisible logro.

X. Algunas consideraciones conclusivas.

Los análisis que han sido desarrollados permiten arribar, desde la perspectiva del autor, a algunas consideraciones conclusivas de cierre, por cierto genéricas y sujetas a debate.

1. En los ordenamientos procesales civiles de los países de América Latina han pervivido, en general, las instituciones típicas de la tradición jurídica del *civil law* continental europeo de que se nutrieran en sus orígenes. En cierto modo, la mayoría de las legislaciones nacionales continúan “armonizadas” bajo el signo común de la sobrevivencia y “atadura” a sus raíces, y a las variables estructurales de aquella tradición.

2. Sin embargo, en su evolución, los distintos ordenamientos procesales han sido “infiltrados”, en mayor o menor medida, por instituciones típicas originarias o transmutadas del *common law* o aún del *civil law* europeo, en algunas de sus vertientes. En definitiva, los ordenamientos singulares de la región hispano-luso americana, han sufrido, bien que en intensidades diferentes, transmutaciones similares a las que han infiltrado a numerosos ordenamientos europeos (sean de las familias del *civil law* como del *common law*).

3. Ejemplos paradigmáticos de ese fenómeno universal, en América Latina lo constituye el ordenamiento procesal civil brasileño, por los múltiples y tan diversos “trasplantes” operados en su

¹⁹⁰ Entre las publicaciones dedicadas específicamente al tema debe consignarse la edición especial de la Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Derecho PUC, nº 52, diciembre 1998-marzo 1999, Lima.

¹⁹¹ MONROY GALVEZ sostiene que si los políticos y el ciudadano toman conciencia que un paso hacia la armonización global o regional de nuestra justicia civil redundará en un beneficio de la justicia estatal (nacional), no habrán mayores trabas para que el ordenamiento procesal vaya paulatinamente modelando su estructura en línea con los principios que se vienen acogiendo internacionalmente.



ordenamiento, particularmente en las últimas dos décadas, a través de un proceso receptivo y de adaptación que sigue en curso y que ha permitido, sin abandonar sus raíces histórico-culturales, “modelar” a través de un ensamblaje singular, instituciones propias, algunas de las cuales, a su vez, así configuradas han “migrado” a otros ordenamientos del área. De ese modo, se ha replicado un fenómeno similar acaecido anteriormente con la experiencia del CGP uruguayo, que adoptara el CMPCI de 1988.

4. Las diversas y muy valiosas tentativas de armonización sistemática, por iniciativas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en cuyo seno se gestaron los CMPCI de 1988 y el CMPr.Col.I de 2004, todavía en curso, aún no han brindado los frutos esperados, más allá de su recepción en Uruguay y limitadamente en Perú y otros países, sin bien existen fuertes consensos favorables en el nivel doctrinario y aún en menor medida, recepción jurisprudencial. De hecho, se debate actualmente la actualización del CMPCI.

5. No han progresado, y en algunos países no han sido siquiera instalados, los debates sobre los Principios ALI/Unidroit.

6. Se destacan, en general, por un lado, fuertes resistencias culturales producto del apego a tradiciones seculares y, quizás aún con mayor incidencia negativa, un persistente desinterés de los legisladores nacionales, en línea con la falta, en la mayor parte de los países, de consensos sobre políticas públicas de la justicia, coherentes y con vocación de permanencia. Carencias notorias que se inscriben en una situación que, en algunos de los países de la región, puede caracterizarse actualmente como de “desconstitucionalización” de las instituciones del Estado democrático de Derecho.

7. No obstante lo anterior, y precisamente por ello, se puede vislumbrar en buena parte de los ordenamientos, un naciente e inédito fenómeno que constituye básicamente una consecuencia de la globalización y de la tendencia general a la universalización cultural y jurídica. Dicho fenómeno se manifiesta por el acentuado protagonismo que paulatinamente van asumiendo los jueces, llamados a llenar el “vacío” producto de las omisiones de los poderes políticos, y que ante el impulso de una *participación social* cada vez más creciente, asumen un *rol activo* para la tutela efectiva de los derechos fundamentales. En la región, el fenómeno asienta sus raíces en el notable movimiento de “constitucionalización” de los nuevos derechos –derechos sociales en general, derechos colectivos de consumidores y usuarios, ambientales, de la institucionalidad democrática –promovidos en coincidencia con el retorno de la



normalidad institucionalidad y democrática en buena parte de la región, a partir de los años 80, y en la operatividad de las convenciones internacionales sobre derechos humanos –especialmente la CADH-.

8. Producto de ese movimiento, se denota una cierta tendencia, particularmente notable en algunos ordenamientos, conducente a la afirmación del *sistema de garantías procesales*, que incluye novedosas instituciones, técnicas y procedimientos, desarrolladas en la legislación y especialmente en la jurisprudencia, y que constituyen verdaderas y propias *tutelas procesales diferenciadas*. En su proyección, dicha tendencia ha conducido, particularmente por impulso de los jueces de los tribunales superiores, a crear procedimientos y técnicas típicas para atender los denominados *conflictos de interés público*.

9. La tendencia señalada en los puntos 7 y 8, si bien todavía en sus inicios y limitada tan solo a algunos ordenamientos, puede ser considerada como un novedoso (en la región) *modelo supranacional*, sino estructural al menos *funcional*, como punto de referencia para una suerte de “*armonización*” de hecho, que no proviene de modelos diseñados sistemáticamente sino que se va articulando de modo paulatino y dinámicamente a partir de la jurisprudencia de los tribunales. Modelo que bien podría inscribirse como una concreción singular de aquella más abarcadora y universal tendencia que Mauro Cappelletti describiera magistralmente como *tendencia transnacional del derecho y la justicia*.