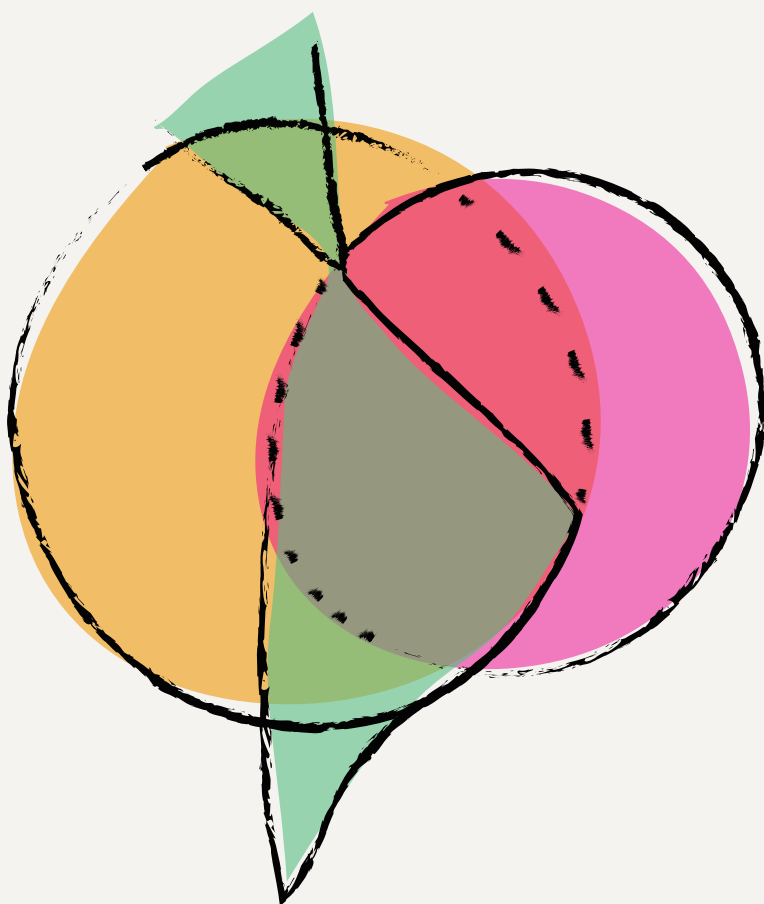


# ESTUDIO COMPARADO SOBRE LAS REFORMAS PROCESALES CIVILES EN AMÉRICA LATINA

Marco Fandiño Castro  
Lorena Espinosa Olgún  
Matías A. Sucunza





© 2020 Centro de Estudios de  
Justicia de las Américas, CEJA  
Rodo 1950 Providencia  
Santiago, Chile  
Tel.: +(562) 274-2933  
www.cejamericas.org

#### **EQUIPO EDITORIAL**

Sandra Araneda Jofré  
Matías Sucunza

#### **CORRECCIÓN**

Damián Raboso

#### **AUTORÍA**

© Lorena Espinosa Olgúin  
© Marco Fandiño Castro  
© Matías A. Sucunza

#### **REGISTRO DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

2020-A-6428

#### **ISBN**

978-956-8491-75-8

#### **DISEÑO E ILUSTRACIÓN:**

Vanina Moreno

#### **DISEÑO E IMPRESIÓN**

CIPOD  
Santiago, Chile.

Distribución gratuita

**ESTUDIO COMPARADO SOBRE LAS REFORMAS  
PROCESALES CIVILES EN AMÉRICA LATINA**



# ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>11</b>
<b>SECCIÓN PRIMERA: UNA VISIÓN COMPARADA DE LAS REFORMAS PROCESALES CIVILES EN AMÉRICA LATINA</b>	<b>13</b>
<b>I. Las últimas reformas a la justicia civil en América Latina</b>	<b>15</b>
1. Cronología de reformas a la justicia civil de la última década	15
2. Breve caracterización comparada de los procesos de reformas: ¿reforma integral o modificaciones cosméticas?	17
3. Análisis de los procesos de reforma	22
<b>II. Modelos procesales</b>	<b>24</b>
1. Consideraciones previas	24
2. Objetivos del proceso, principios regulados y rol de jueces y juezas	26
3. Algunas conclusiones preliminares: ¿las reformas procesales han optado por un modelo procesal determinado?	34
<b>III. Estructuras procesales y audiencias reguladas</b>	<b>36</b>
1. Flexibilidad de los procesos: principio de legalidad e indisponibilidad de las normas	36
2. Procesos de conocimiento	42
3. Algunas conclusiones en torno al diseño de las estructuras procesales y sus audiencias respectivas	61
<b>IV. Aspectos probatorios y de litigación</b>	<b>64</b>
1. Descubrimiento y carga de la prueba	65
2. Admisibilidad y exclusión probatoria	73
3. Producción y control de la prueba	77
4. Valoración de la prueba	93
<b>V. Mecanismos Autocompositivos de Solución de Conflictos (MASC)</b>	<b>100</b>
1. Características regulatorias de los MASC. Promoción de la conciliación en ausencia de principios generales o incentivos adecuados para la autocomposición	101
2. Valor jurídico de los acuerdos alcanzados fuera del proceso judicial	105
<b>VI. Procesos colectivos o acciones de clase</b>	<b>108</b>
1. Reconocimiento constitucional-convencional del derecho al debido proceso colectivo	108
2. Reglamentación (in)adecuada del debido proceso colectivo: ¿omisión inconstitucional?	110
3. Caracterización de los procesos colectivos regulados	111
<b>VII. Recursos o vías de impugnación</b>	<b>116</b>
1. Régimen recursivo: caracterización y mapeo de recursos	116
2. Finalidades y estructuración de la apelación y casación	120

## **SECCIÓN SEGUNDA:**

### **UNA TERCERA VÍA PARA LA NUEVA JUSTICIA CIVIL**

**133**

<b>I. Enfoque de política pública, de derechos y de género</b>	<b>135</b>
1. Ejes rectores de una reforma: enfoque sistémico y de política pública en todo el proceso	135
2. Enfoque de derechos, de género e igualitario en la impartición de justicia	138
<b>II. Un modelo de justicia civil integral e integrador</b>	<b>140</b>
1. Modelos de Estado y objetivos del sistema de justicia	140
2. Un sistema de justicia civil integral: articulación de una oferta amplia de mecanismos adjudicativos y colaborativos de gestión de conflictos	143
<b>III. Un modelo procesal civil adversarial y colaborativo</b>	<b>153</b>
1. Consideraciones preliminares	153
2. Un proceso civil más adversarial y con lógica colaborativa	156
3. El nuevo rol de jueces y juezas civiles en un modelo adversarial-colaborativo	161
4. El modelo y principio de colaboración que plantea CEJA	166
<b>IV. Un abordaje estratégico y temprano del conflicto</b>	<b>168</b>
1. La teoría del caso como herramienta	168
2. Técnicas de conducción de audiencias y litigación	170
<b>V. Estructuras procesales: un proceso oral flexible y construido sobre los principios del case management</b>	<b>174</b>
1. Modulaciones especiales para tutelas diferenciadas	174
2. Procesos orales: oralidad, simplificación procesal y debido proceso	175
3. Flexibilidad procesal y proporcionalidad: el case management en el nuevo proceso civil	180
4. Audiencia preliminar y de gestión del caso como filtros multipropósitos	186
5. Juicio oral como institución republicana	190
<b>VI. Las reglas probatorias como mecanismos para la composición del conflicto, la garantía del debido proceso y la calidad de la información</b>	<b>193</b>
1. Descubrimiento probatorio: cambio cultural para una exigencia sistémica	193
2. Carga de la prueba: repensar su sentido y alcance	195
3. Admisibilidad y exclusión de la prueba como filtros	197
4. Amplitud de los medios de prueba y contradictorio efectivo para su práctica y control	199
5. Sistemas de valoración: necesidad de precisiones	202
<b>VII. Procesos colectivos</b>	<b>203</b>
1. Finalidades de los procesos colectivos: razones que justifican su utilidad y explican su omisión	203
2. Debido proceso colectivo y caracterización de la reglamentación adecuada	206
<b>VIII. La reorganización del Poder Judicial y la gestión del Despacho Judicial</b>	<b>211</b>
1. Organización judicial y funcionamiento del despacho judicial	211
2. Oficina Judicial como mecanismo imprescindible para la reforma procesal	213
<b>IX. Repensar las funciones y la finalidad de las vías de impugnación</b>	<b>218</b>
1. Objetivos de un sistema recursivo	218
2. Simplificación procesal y adopción de un sistema recursivo compatible con un proceso oral	219
3. Modelo horizontal de revisión, admisibilidad recursiva y uso de precedentes	223
<b>X. Reconfiguración de la ejecución de sentencias</b>	<b>228</b>
Objetivos y medidas mínimas	229

## **SECCIÓN TERCERA: FICHAS ANALÍTICAS POR PAÍS**

**231**

<b>I. Código Procesal Civil de Bolivia</b>	<b>233</b>
1. Vigencia y plan de implementación	233
2. Objetivos del proceso y principios rectores	235
3. Rol activo del juez o jueza: dirección del proceso y averiguación de la verdad material	237
4. Procedimientos regulados y sus respectivas audiencias	239
5. Aspectos probatorios y de litigación	242
6. Procesos colectivos o acciones de clase	250
7. Mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos	251
8. Vías de impugnación	252
<b>II. Código Procesal Civil de Brasil</b>	<b>255</b>
1. Vigencia y plan de implementación	255
2. Objetivos del proceso y principios rectores	255
3. Rol activo del juez o jueza: dirección del proceso en un modelo cooperativo	258
4. Procedimientos regulados y sus respectivas audiencias	259
5. Aspectos probatorios y de litigación	264
6. Procesos colectivos o acciones de clase	274
7. Mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos	275
8. Vías de impugnación	277
<b>III. Código General del Proceso de Colombia</b>	<b>281</b>
1. Vigencia y plan de implementación	281
2. Objetivos del proceso y principios rectores	282
3. Rol activo del juez o la jueza: director y gestor del conflicto	287
4. Procedimientos regulados y sus respectivas audiencias	288
5. Aspectos probatorios y de litigación	292
6. Procesos colectivos o acciones de clase	301
7. Mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos	303
8. Vías de impugnación	304
<b>IV. Código Procesal Civil de Costa Rica</b>	<b>308</b>
1. Vigencia y plan de implementación	308
2. Objetivos del proceso y principios rectores	309
3. Rol activo del juez o jueza: dirección del proceso y averiguación de la verdad como "potestades" del tribunal	310
4. Procedimientos regulados y sus respectivas audiencias	311
5. Aspectos probatorios y de litigación	313
6. Procesos colectivos o acciones de clase	321
7. Mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos	322
8. Vías de impugnación	322
<b>V. Código Orgánico General de Procesos de Ecuador</b>	<b>326</b>
1. Vigencia y plan de implementación	326
2. Objetivos del proceso y principios rectores	329
3. Rol activo del juez o jueza en la dirección del proceso	330
4. Procedimientos regulados y sus respectivas audiencias	330
5. Aspectos probatorios y de litigación	332
6. Procesos colectivos o acciones de clase	338
7. Mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos	338
8. Vías de impugnación	340



<b>VI. Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador</b>	<b>342</b>
1. Vigencia y plan de implementación	342
2. Objetivos del proceso y principios rectores	342
3. Jueza o Juez como director activo del proceso y con facultades sustantivas moderadas	345
4. Procedimientos regulados y sus respectivas audiencias	345
5. Aspectos probatorios y de litigación	347
6. Procesos colectivos o acciones de clase	354
7. Mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos	354
8. Vías de impugnación	355
<b>VII. Código Procesal Civil de Honduras</b>	<b>357</b>
1. Vigencia y plan de implementación	357
2. Objetivos del proceso y principios rectores	358
3. Rol activo del juez o jueza: dirección del proceso como medio	361
4. Procedimientos regulados y sus respectivas audiencias	362
5. Aspectos probatorios y de litigación	369
6. Procesos colectivos o acciones de clase	378
7. Mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos	380
8. Vías de impugnación	381
<b>VIII. Código Procesal Civil de Nicaragua</b>	<b>383</b>
1. Vigencia y plan de implementación	383
2. Objetivos del proceso y principios rectores	385
3. Juez y Jueza: dirección y control formal del proceso	388
4. Procedimientos regulados y sus respectivas audiencias	389
5. Aspectos probatorios y de litigación	390
6. Procesos colectivos	396
7. Mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos	397
8. Vías de impugnación	398
<b>Bibliografía</b>	<b>401</b>

## Presentación

Desde su creación en el año 1999, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) ha tenido un papel protagónico en los procesos de reformas a los sistemas de justicia de la región. Un rasgo característico del organismo es pensar y abordar dichos procesos desde una visión de política pública holística e integral. Es decir, asumir que los cambios no se reducen a modificaciones normativas, orgánicas o materiales, sino que exigen transformaciones radicales en la concepción del ejercicio del poder, los procesos de trabajo y las prácticas que definen la identidad institucional-cultural.

Entre esos cambios, ocupa un lugar central la realización de evaluaciones, elaboración de estudios y divulgación de insumos que aporten a la adquisición, desarrollo e internalización de conocimientos, destrezas, habilidades y competencias de los distintos operadores que componen el sistema. Especialmente, en razón del cambio de reglas operado a raíz de la consolidación de la constitucionalización del derecho, los procesos orales por audiencias o las distintas modalidades de gestión judicial profesional.

De allí que vengamos trabajando para que los países de nuestra región tomen conciencia de que el éxito de una reforma está directamente vinculado con el tipo de diseño y prácticas que se promueven en la resolución de conflictos y sus adecuados (des)incentivos. La historia de las reformas a la justicia no penal en la región ha sido una crónica de desencuentros. A diferencia de lo acontecido en materia de reforma a la justicia penal, en la conflictividad civil no ha existido una agenda clara que aglutine y ordene los procesos de reforma, el horizonte de sentido y que posibilite dialogar y generar consensos comunes en la región. Salvo en la última década, los avances han sido complejos, parciales y sesgados. Cuando ha existido un abordaje con pretensión de integralidad, faltó determinación política, construcción de consensos o monitoreo y ajustes robustos.

Este trabajo se inscribe en esa preocupación por construir puentes de diálogo que permitan recuperar un acervo común latinoamericano, compartir experiencias y generar insumos de trabajo para buscar soluciones a los desarreglos o deficiencias regulatorias advertidas. Es decir, tiene un sentido analítico, crítico y propositivo.

Analizamos las reformas procesales operadas durante la última década en la región, generamos información para su comparación y profundización y -por primera vez desde el CEJA- proponemos un modelo regulatorio para la conflictividad no penal. Su objeto es sumar a la construcción de una agenda común a través del aporte de un material de trabajo, una crítica, estudio y mejoramiento que comuniquen las experiencias locales y regionales.

Estimamos que el valor del presente es asumir esa tarea con un horizonte responsable, que se hace cargo de los desarreglos y deficiencias estructurales advertidas en torno a la relación entre organización de poder, conflictos, derechos y mecanismos de solución y procura resolverlos de modo serio, integral y con pretensión de coherencia. Desde ese lugar, esperamos que -en tanto insumo o material de trabajo- sirva para repensar los problemas existentes y las reformas en la materia.

Ponemos a disposición de ustedes este estudio, el que ha sido posible gracias al apoyo financiero de Global Affairs Canada (GAC). Confiamos en que será una herramienta de utilidad para la generación de conocimiento, construcción de buenas prácticas e instalación de los cambios de fondo indispensables en los sistemas de justicia civil de la región.

**Jaime Arellano Quintana**

Director Ejecutivo

Centro de Estudios de Justicia de las Américas

## Introducción

Con la sanción del Código General del Proceso de Uruguay en 1989-que tuvo gran influencia del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica- se inició un paulatino y gradual proceso de reformas a la justicia civil en América Latina. Luego de Perú, en el año 1993, serían Honduras (2009) y El Salvador (2010) los siguientes países en seguir este camino. Con posterioridad se produjo la reforma colombiana en el año 2012 y, después, fuimos testigos de transformaciones en la justicia civil en países como Bolivia, Brasil, Ecuador, Costa Rica y Nicaragua.

A 10 años de la entrada en vigencia del primer código que marcara este paulatino proceso, quisimos analizar comparadamente las características de estas reformas, a fin de identificar tendencias –si es que las había–, y de evaluar si este proceso ha logrado concretar o reflejar los diversos debates –ya sea en acuerdos o desacuerdos– que se han desarrollado a nivel regional e internacional, tanto en la comunidad jurídica como política y académica. Se trató de un esfuerzo por observar el fenómeno en su conjunto y obtener una mirada comparada a nivel regional.

Este proceso y los resultados a los que fuimos arribando tuvieron como consecuencia el planteamiento de una pregunta fundamental: ¿existe un modelo de justicia civil latinoamericana?; ¿qué características debería tener la justicia para que ello sea posible?; ¿cómo debería ser ese modelo a las puertas de la segunda década de este milenio?

Responder dichas interrogantes exigió un largo y profundo proceso de análisis, reflexiones y debates que se concretaron en una propuesta de bases para lo que pensamos debe ser un modelo de justicia civil que amplíe el acceso a la justicia, garantice los derechos de las personas y gestione estratégicamente la conflictividad social actual.

Así, la presente publicación tiene por objetivos:

- i) Caracterizar y evaluar los procesos de reforma a la justicia civil producidos en América Latina desde la entrada en vigencia del Código Procesal Civil de Honduras;
- ii) Generar información comparativa sobre la estructuración y diseño de los modelos procesales adoptados en los países identificados y
- iii) Aportar insumos de trabajo que puedan servir para problematizar en torno a los desarreglos o deficiencias regulatorias advertidas, marcar una agenda de trabajo común y aportar soluciones constructivas para la revisión de dichas reformas y la promoción o discusión de las que se encuentran en curso en otros Estados del continente.

Para el desarrollo de dichos cometidos hemos tomado como insumo de base los textos normativos de los ocho países de América Latina que han realizado reformas a su justicia civil en el período de tiempo indicado. Nos referimos a los Códigos Procesales Civiles de Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras y Nicaragua. La selección se hizo teniendo en cuenta que fuesen códigos aprobados y en vigencia. No consideramos para la

selección códigos provinciales o de entidades federativas ni proyectos de regulaciones en curso.

Los objetivos planteados se desarrollan a lo largo de tres grandes secciones.

La **primera sección** presenta a los y las lectoras una visión comparada de las reformas procesales en nuestra región. Su objetivo principal es **evaluar la normativa y determinar si existen tendencias de regulación**. Para ello se ha realizado una caracterización comparada en base a diversas dimensiones: proceso de implementación y entrada en vigencia de cada reforma; modelos procesales; estructuras procesales y sus respectivas audiencias; aspectos probatorios y de litigación; mecanismos autocompositivos de solución de conflictos (MASC); procesos colectivos; y vías de impugnación. Cada una de estas dimensiones, a su vez, tiene sus propios ejes o indicadores de análisis.

Habiendo constatado que los clásicos modelos se encuentran prácticamente agotados, que las distancias entre el *common law* y el *civil law* se han ido acortando o relativizando, que quedan muchos países de la región que aún no han emprendido este proceso de reforma y que el contexto global exige modernizar los debates y superar paradigmas obsoletos y estancos, es que la **segunda sección** de este libro **propone las bases teóricas, pero con enfoque práctico, de la nueva justicia civil latinoamericana**. Esta sección pretende aportar nuevas ideas que son el resultado del trabajo conjunto que durante muchos años hemos realizado en CEJA.

Se trata de una propuesta cuya vocación es el funcionamiento del sistema de justicia con miras a la persona y la sociedad, a fin de maximizar sus derechos. Es decir, está pensada desde los conflictos que las personas experimentan y poniendo a su servicio múltiples mecanismos que permitan gestionarlos de la mejor manera. En definitiva, está pensada en cómo mejorar el acceso a la justicia y no el acceso a un tribunal. Se trata de una propuesta integradora e integral que, a través de la identificación y análisis de diversas iniciativas que a nivel comparado se han ido trabajando, persigue sintetizarlas en un nuevo paradigma.

Finalmente, la **tercera sección** pone a disposición una **caracterización esquematizada de la normativa de cada país**, en base a criterios similares a los mencionados en la primera sección. Se trata de un insumo que sistematiza, sin afán de exhaustividad ni profundidad, algunos de los principales elementos de cada código y proceso de reforma. Esto es lo que hemos denominado como "fichas analíticas por país".

**SECCIÓN PRIMERA**

**Una visión comparada  
de las reformas procesales  
civiles en América Latina**



# I. Las últimas reformas a la justicia civil en América Latina

## 1. CRONOLOGÍA DE REFORMAS A LA JUSTICIA CIVIL DE LA ÚLTIMA DÉCADA

El país que inició este proceso reformista fue **Honduras**, que el 26 de mayo de 2007 sancionó su nuevo Código Procesal Civil. Sin embargo su entrada en vigencia recién operaría veinticuatro meses después con su publicación en el Diario Oficial La Gaceta (art. 932, CPC). Esto es, el 26 de mayo de 2009.

**El Salvador** siguió los pasos de Honduras, promulgando el 27 de noviembre de 2008 su Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM)<sup>1</sup>. Aunque las similitudes entre ambos Códigos son múltiples (por ejemplo, el enfoque reglamentario, su alcance y sentido), el plazo para su entrada en vigencia fue menor: catorce meses. Sin embargo, dados los acotados plazos establecidos para adoptar las acciones necesarias a fin de garantizar la efectiva implementación de la nueva normativa, ésta se terminó prorrogando hasta el 1 de julio de 2010.

El Código General del Proceso en Colombia (CGP) se sancionó el 12 de julio de 2012 (Ley N° 1564), estableciendo dos modalidades para su entrada en vigencia: una directa y otra condicionada (art. 627). La modalidad directa comprendía un número reducido y determinado de artículos que regirían a partir de la promulgación del CGP y otros luego del 1 de octubre del mismo año. Ese tipo de decisiones puede resultar interesante para introducir cambios graduales en cuestiones que pueden ser relevantes en el proceso de reformas y la operatoria del sistema y que no requieren de transformaciones significativas de ningún orden (por ejemplo, presupuestarias, culturales o forenses).

La vigencia condicionada, en tanto, implicaba que los demás artículos del CGP serían operativos desde el 1 de enero de 2014, en forma paulatina y en la medida en que se hubieran ejecutado las exigencias programáticas<sup>2</sup>. No obstante, el CGP debía comenzar a regir definitiva e integralmente en todos los distritos judiciales del país en un plazo máximo de 3 años. Es decir que el 1 de enero de 2017 era la fecha límite, independientemente de que se hubieran cumplido o no las estipulaciones expresadas.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió un acuerdo el 27 de diciembre de 2013, mediante el cual reglamentó la gradualidad con que se implementaría el CGP. Estableció tres etapas para su entrada en vigencia en los 34 distritos judiciales. La primera iniciaría el 3 de junio de 2014, debiendo estar vigente completamente para enero de 2016. Se comenzaría por los distritos judiciales más pequeños, finalizando por los más grandes<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Decreto Legislativo N° 712, 18 de septiembre de 2008.

<sup>2</sup> Entre ellas: los cursos de formación de funcionarios y empleados; la infraestructura física y tecnológica imprescindible; el número de despachos judiciales requeridos y los demás elementos ineludibles para el funcionamiento del proceso oral por audiencias. La determinación y control de dichas condiciones estaba a cargo del Consejo Superior de la Judicatura.

<sup>3</sup> Ver [http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/PSAA15-10392%20\(1\).pdf](http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/PSAA15-10392%20(1).pdf)



**Bolivia** sancionó su Código Procesal Civil el 19 de noviembre de 2013 (Ley N° 439), casi un año y medio después que Colombia. La primera disposición transitoria estableció su operatividad a partir del 6 de agosto de 2014. Esa fecha fue prorrogada en dos oportunidades. Primero, con motivo de la aprobación del Código de la Niña, Niño y Adolescente (Ley N° 548). Luego, a través de la llamada “ley modificatoria de vigencias plenas” (Ley N° 719), la cual prescribió que tanto el CPC como el aludido Código, serían aplicables a partir del 6 de febrero de 2016, hecho que finalmente ocurrió el día 10 del citado mes y año.

En consonancia con el caso colombiano, el CPC boliviano dispuso que ciertas instituciones estuvieran plenamente operativas desde su publicación, con independencia de su entrada en vigencia general. Esta entrada en vigencia “anticipada” operó para el señalamiento de domicilio procesal; el régimen de comunicación procesal; el sistema de cómputo de plazos procesales (incluidos los términos en relación a medios de impugnación); el régimen sobre la nulidad de actos procesales; el procedimiento de citación y emplazamiento y la recusación y excusación.

**Brasil** adoptó su Código de Proceso Civil mediante Ley ordinaria N° 13.105 el 16 de marzo de 2015 aunque su artículo 1045 dispuso que entraría en vigencia un año después de su publicación oficial. Por consiguiente, conformó derecho vigente a partir del 16 de marzo de 2016.

El Código Orgánico General de Procesos (COGEP) de **Ecuador** estableció un período de doce meses para su entrada en vigencia, computables desde su publicación en el diario oficial. Esto ocurrió el 22 de mayo de 2015, tornándose plenamente operativo el 23 de mayo de 2016.

**Nicaragua** aprobó su Código Procesal Civil por Ley N° 902 el 4 de junio de 2015. La entrada en vigencia acaecería a los doce meses desde su publicación en el diario oficial. Dicho plazo fue prorrogado por seis meses más, con el objetivo de continuar capacitando y formando a todos los actores del sistema de justicia<sup>4</sup>. Finalmente, entró en vigencia el 10 de abril de 2017.

El último texto adoptado fue el de **Costa Rica**. Aprobado por la Asamblea Legislativa el 1 de diciembre de 2015 y publicado en el diario oficial con fecha 8 de abril de 2016, comenzó a regir el 8 de octubre de 2018. Ese plazo había sido fijado mediante disposición transitoria como fecha límite para garantizar su efectiva y adecuada implementación.

En la siguiente tabla se organizan los datos señalados, precisando los ordenamientos que establecieron plazos para la entrada en vigencia o su aplicación inmediata, sus prórrogas y desdoblamiento de la vigencia en función del tipo de normas.

<sup>4</sup> Ver <https://www.elnuevodiario.com.ni/nacionales/400999-prorrogan-entrada-vigencia-codigo-procesal-civil/>

**Tabla 1:** *Códigos Procesales Civiles de América Latina*

País	Tipo de Código Procesal	Fecha de promulgación	Plazo para la entrada en vigencia	Prórroga	Entrada en vigencia efectiva
Honduras	Civil	26-05-2007	24 meses	No	26-05-2009
El Salvador	Civil y Mercantil	27-11-2008	01-01-2010	Sí (6 meses)	01-07-2010
Colombia	General	12-07-2012	36 meses (límite)	No	03-06-2014
Bolivia	Civil	19-11-2013	06-08-2014	Sí (dos prórrogas)	10-02-2016
Brasil	Civil	16-03-2015	12 meses	No	16-03-2016
Ecuador	General	22-05-2015	12 meses	No	22-05-2016
Nicaragua	Civil	04-06-2015	12 meses	Sí (6 meses)	10-04-2017
Costa Rica	Civil	08-04-2016	30 meses	No	08-10-2018

Fuente: elaboración propia

## 2. BREVE CARACTERIZACIÓN COMPARADA DE LOS PROCESOS DE REFORMAS: ¿REFORMA INTEGRAL O MODIFICACIONES COSMÉTICAS?

Desde CEJA hemos sostenido y defendido la importancia de trabajar las reformas a la justicia desde una visión de política pública de Estado. Esto trae consigo distintas derivaciones. Nos interesa destacar dos de ellas: (i) la modificación normativa es sólo un componente del cambio. Aun cuando la adopción de un nuevo cuerpo normativo aparezca como un dato relevante (en tanto condensa las reglas para la exigibilidad de derechos), no es en sí mismo ni agota el proceso de reforma. Creer que la sanción de reglas modifica conductas o prácticas es desconocer la condición sistémica, compleja y de poder que supone el servicio de justicia y su dinámica; (ii) el abordaje debe ser integral dado que los procesos de reforma involucran una serie de componentes que se hallan vinculados de modo indivisible e interdependiente. Entre otros, la organización de poder; la estructura judicial; la capacitación de los recursos humanos; la disponibilidad de infraestructura y elementos materiales o el propio modelo normativo.

Partiendo de dicha premisa, nos interesa identificar cuál ha sido el posicionamiento de cada país al afrontar sus procesos de reforma, a fin de recuperar (brevemente) las principales acciones o lineamientos observados y efectuar algunas consideraciones generales al respecto<sup>5</sup>.

### Principales acciones tomadas en los procesos de reforma

**Colombia** previó dentro del CGP la puesta en práctica de un “*Plan de Acción para la Implementación del CGP*” al cuidado de una “*Comisión de Seguimiento a la Ejecución del Plan de Acción para la Implementación del CGP*” (arts. 618 y 619).

5 Para un tratamiento más exhaustivo acerca del posicionamiento, abordaje y reglamentación de cada país, remitimos a las fichas técnicas elaboradas al efecto y que forman parte de la sección segunda de este estudio.

Dicho plan fue elaborado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en colaboración con el Ministerio de Justicia y del Derecho, aprobándose mediante Acuerdo N° PSAA13-9810 el 11 de enero de 2013. El detalle del programa podemos encontrarlo en sus anexos 1 y 26. Entre otros, sus cometidos fueron el diseño de un plan especial de descongestión; un nuevo modelo de gestión, estructura interna y funcionamiento de los despachos; ajustes al mapa judicial y desconcentración de servicios según demanda y oferta; uso y adecuación de la infraestructura física y tecnológica de los despachos, salas de audiencias y centros de servicios que garanticen la seguridad e integridad de la información y formación y capacitación.

Dicho programa daba cuenta de que la implementación del CGP detentaba cierto enfoque de política pública. Sin embargo, en mayo de 2014, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ordenó la suspensión del cronograma previsto en razón de la falta de asignación presupuestaria. Para ese momento, sólo se habían realizado acciones aisladas<sup>7</sup>. Luego de la interrupción, se prosiguió con la ejecución hasta su puesta en marcha definitiva, la cual no estuvo exenta de críticas técnicas y logísticas de distinto tenor<sup>8</sup>.

**Bolivia** replicó la estrategia colombiana y previó dentro del CPC el deber de elaborar un plan de implementación dentro de los tres meses siguientes a su promulgación, término que fue actualizado mediante Ley N° 719 debido a la sucesiva postergación de su entrada en vigencia<sup>9</sup>.

La preparación de dicho plan estuvo a cargo de la Sala Plena del Consejo de la Magistratura, en consulta con los máximos representantes de los distintos estamentos estadales. El programa debía contener, como mínimo, una serie de elementos propios de un enfoque integral. Sus directrices marco fueron similares a las previstas en el caso colombiano.

Dos acciones concretas derivadas del plan fueron la introducción del Sistema Informático Judicial (SIREJ)<sup>10</sup> y el "Reordenamiento y Asignación de Equivalencias de Juzgados y Tribunales del Órgano Judicial", aprobado por Acuerdo N° 001/2016 de la Sala Plena del Consejo de la Magistratura.

Para coordinar la aplicación del CPC también se creó una Comisión de Seguimiento e Implementación, compuesta por representantes de los tres poderes del Estado. Entre las medidas principales que impulsó, destacan: (i) la creación de una plataforma de atención al público; (ii) el buzón judicial; (iii) la oficina de atención al litigante y, (iv) la creación de una aplicación para celulares para ver el curso de un determinado proceso.

En el caso de **Brasil**, el CPC trajo consigo un cambio radical en la concepción, diseño y abordaje del diseño procesal. Los objetivos y fines que el régimen normativo instauraba

<sup>6</sup> Ver <http://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/web/Gacetas/Consulta/Contenido/Default.aspx?ID=1710>.

<sup>7</sup> El Acuerdo N° PSAA14-10155, del 28 de mayo de 2014, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, suspendió el cronograma previsto en el acuerdo proferido el 27 de diciembre de 2013. Para más información: <http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/6-2014-paralizada-implementaci%C3%B3n-de-c%C3%B3digo-general-del-proceso.html>.

<sup>8</sup> Mediante Acuerdo N° PSAA15-10392, de 1º octubre de 2015, el Consejo Superior de la Judicatura dispuso que el CGP entraría a regir en todo el país, de forma integral, a partir del 1º de enero de 2016. Ver <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/4-2016-con-tropiezos-arranc%C3%B3-c%C3%B3digo-general-del-proceso>.

<sup>9</sup> Ver artículo 2.º de la Ley N° 719.

<sup>10</sup> El SIREJ reemplazó el IANUS, sistema de consulta en línea que estaba hace más de 20 años.

y las medidas que la implementación exigía estaban en línea con la Estrategia Nacional de la Judicatura 2015-2020 formulada por el Consejo Nacional de Justicia, aprobada por la Resolución N° 198/2014 de 1 de julio<sup>11</sup>. A diferencia de los ejemplos anteriores, Brasil no incluyó disposiciones especiales ni trascendentes en torno a la implementación dentro del propio Código. La única disposición relevante fue el deber del Consejo Nacional de Justicia de promover, periódicamente, pesquisas estadísticas para la evaluación de la efectividad de las normas previstas en el CPC (art. 1069).

**Costa Rica** no previó disposiciones especiales dentro de su CPC, a excepción de la cláusula transitoria VI por la cual facultó a la Corte Suprema de Justicia a dictar –de oficio o a pedido de parte– normas prácticas que sean necesarias para la aplicación del Código. Tampoco se advierten regulaciones autónomas tendientes a abordar el proceso de reforma de modo integral ni mención alguna de la implementación del nuevo CPC en el *Plan Estratégico del Poder Judicial 2013-2018*.

No obstante ello, es importante destacar: (i) dicho plan sí contempla ejes transversales al quehacer del Poder Judicial en tanto estructura, organización y servicio (por ejemplo, servicio público de calidad, acceso a la justicia, género, ética, valores y medioambiente) y (ii) entre los temas y objetivos estratégicos que orientaron el trabajo institucional en el período 2013-2018 se encuentran el retraso judicial, la modernización (innovación) de la gestión judicial, la participación ciudadana, la gestión del recurso humano, la comunicación, la transparencia y rendición de cuentas, y la planificación institucional.

En el sitio *on line* de la Comisión de la Jurisdicción Civil costarricense puede encontrarse información sobre la reforma a la justicia civil. Allí se sostiene, por ejemplo, que uno de sus pilares fundamentales fue la actualización tecnológica que avanza en sistemas modernos para la tramitación de los procesos y propende a un acceso sencillo para la persona usuaria y a una comunicación expedita y registrada de la actividad procesal. Además, en los Módulos de Capacitación de la Escuela Judicial se encuentran cursos intensivos sobre el CPC para jueces, juezas, técnicos y técnicas judiciales.

A partir del registro documental existente puede advertirse que Ecuador pensó –aunque de modo superficial– en la implementación del COGEP desde una perspectiva multidimensional. En ese sentido, se le encargó al Consejo de la Judicatura elaborar y aprobar el plan de implementación de la nueva normativa a fin de que: (i) fuera ejecutada integralmente en todo el territorio y (ii) adoptara todo tipo de medidas para la aplicación de las disposiciones que contiene. En especial, el equipamiento tecnológico, capacitación e instalación de salas de audiencias en las unidades judiciales que brindarían las facilidades para la implementación del nuevo sistema.

Con dicha finalidad, se creó un Plan Estratégico de la Función Judicial. Este plan comprende el período 2013-2019 y engloba cinco objetivos estratégicos sin orden jerárquico ni prelación. A través de estos se procura favorecer el acceso a la justicia y promover una institución moderna, tanto en su estructura como en los procesos y procedimientos. Los objetivos son: (i) asegurar la transparencia y calidad en la prestación de los servicios de justicia; (ii) fomentar

---

<sup>11</sup> Ver <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/estrategia-nacional-do-poder-judiciario-2015-2020>.

el óptimo acceso a la justicia; (iii) impulsar la mejora permanente y modernización de los servicios; (iv) institucionalizar la meritocracia en el sistema de justicia y (v) combatir la impunidad, contribuyendo a mejorar la seguridad ciudadana.

El Programa de Reestructuración –parte del Plan Estratégico– con miras a implementar acciones tendientes a modernizar y transparentar la administración de justicia, se organizó y desarrolló en seis ejes: talento humano, modelo de gestión, infraestructura civil, tecnología, coordinación interinstitucional y gestión financiera equitativa.

En tanto acciones concretas del plan estratégico destacamos la construcción del edificio de la oralidad en Quito, la construcción de 938 salas de audiencias, la mejora de las notificaciones electrónicas y actualizaciones de flujos procesales, la capacitación de jueces/juzas y funcionarios/as y la organización de cursos por parte del Consejo de la Judicatura para abogados/as con el objetivo de que estén preparados/as para la vigencia plena del COGEP.

En la lógica de los países mencionados, aunque con menor profundidad e intensidad, El Salvador también intentó llevar adelante un proceso de planificación de la implementación. En ese marco, dictó el Decreto N° 372 por intermedio del cual realizó modificaciones orgánicas para garantizar la aplicación del CPCM (por ejemplo, la creación, conversión y/o transformación de órganos y/o competencias judiciales), reorganizó la distribución del trabajo judicial y modificó otros cuerpos normativos complementarios.

Al mismo tiempo, en el propio Código se preveía que la Corte Suprema de Justicia adoptaría las medidas necesarias para que los tribunales dispusieran de los medios materiales precisos para la constancia de las actuaciones orales y para las comunicaciones procesales (art. 703). No obstante ello, debió postergar su entrada en vigencia justamente por recortes y limitaciones presupuestarias<sup>12</sup>.

Por su parte, **Honduras** dispuso en su CPC: (i) la creación de una Comisión Nacional de Coordinación Interinstitucional del Sistema de Justicia Civil, la cual estaba compuesta de manera plural y tenía como cometido central la implementación del nuevo sistema procesal; (ii) la introducción de una Comisión de Notificaciones que elaboraría los formatos y manuales de comunicaciones y (iii) el deber del Poder Judicial de proveer, en el plazo de un año, las dotaciones personales y materiales suficientes para que el sistema de justicia civil pueda funcionar de manera adecuada.

Como sucedió en El Salvador, Honduras también debió suspender y diferir la entrada en vigencia del CPC (Decreto N° 168-2009) debido a la ausencia de condiciones para su puesta en marcha. Entre ellas, podemos enumerar: (i) los órganos llamados a implementar el nuevo CPC no contaban con la infraestructura y logística requeridas; (ii) los operadores o servidores de justicia no se encontraban debidamente capacitados y (iii) se carecía de herramientas de gestión imprescindibles que debían ser aprobadas por la Corte Suprema de Justicia, tales como manuales, diagramas de flujo, formularios y reglamentos.

<sup>12</sup> Ver <http://elsalvador.abogadosnotarios.com/codigo-procesal-penal-civil-y-mercantil-entraran-en-vigencia-en-2010/>

Esos datos (y la ausencia de información relevante al respecto) permiten afirmar que la implementación propiamente dicha no fue estructurada ni ejecutada con perspectiva integral y/o enfoque de política pública. Ello resulta problemático porque: (i) el cambio propuesto con la reforma al Código de Procedimientos Civiles de 1906 era verdaderamente radical en términos de concepción y ejercicio de derechos y administración de poder<sup>13</sup>; (ii) parecía existir consenso y conciencia en los actores sociales involucrados en el proceso de reforma acerca de la necesidad de instrumentar un plan acorde a la envergadura de la modificación<sup>14</sup> y (iii) las disposiciones adicionales citadas habían previsto la complejidad de la labor, institucionalizando órganos al efecto.

En cuanto al desarrollo de capacitaciones sólo se hallaron algunos programas pertenecientes a Universidades<sup>15</sup> o entidades cooperativas<sup>16</sup>, pero aislados y asistémicos. El hecho de que haya tenido que suspenderse la aplicación del CPC por quince meses en razón de la falta de elementos y condiciones esenciales, da cuenta de la ausencia de planificación estructural.

Por último, **Nicaragua** mostró especial preocupación por tratar de llevar adelante una implementación integral. Si bien el Código Procesal no traía disposición alguna en dicha clave, el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial creó una serie de comisiones de trabajo a tal fin. Entre ellas, las Comisiones Técnica de Implementación, Capacitación y Seguimiento; de Infraestructura Jurídica<sup>17</sup>; Técnico Operativo de Apoyo<sup>18</sup> y de Coordinación y Seguimiento al Proceso de Aprobación del CPC<sup>19</sup>.

Destaca, en el caso de Nicaragua, el plan de capacitación nacional diseñado ya que cada departamento del país debía contar con tres docentes encargados de capacitar a los/as trabajadores/as del Poder Judicial sobre los nuevos procesos. También se realizaron cursos para formadores/as, abogado/as y notario/as. Inclusive, el propio CEJA –en coordinación con el Poder Judicial– realizó durante el 2017 un curso de profundización en litigación oral en el proceso civil. Así mismo, previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 902, se realizaron, a nivel nacional, videoconferencias sobre la aplicación del CPC; se crearon grupos de WhatsApp en los que participaron funcionarios/as judiciales por circunscripción, evacuando dudas de carácter procedimental; se monitorearon y evaluaron audiencias que permitieron identificar y planear ajustes a los programas de capacitación judicial y se implementó una página web que divulgó, entre los usuarios, información relevante, breve y sencilla sobre cada uno de los procesos.

<sup>13</sup> “La intención de aprobar un nuevo Código se fundamentaba en la existencia de un consenso político-jurídico, muy amplio, que ha liderado la Corte Suprema de Justicia en íntima colaboración con el Congreso Nacional, para modificar el vigente sistema de enjuiciamiento civil hondureño y aprobar un nuevo Código imbuido de los principios que debían regir un proceso civil moderno” (Programa de Fortalecimiento del Estado de Derecho en Honduras, Módulo 4. Explicación instructiva del Nuevo Código Procesal Civil de Honduras, marzo 2007).

<sup>14</sup> Ver en tal sentido el propio dictamen sobre el Proyecto de Código Procesal Civil de la Comisión Ordinaria de Asuntos Judiciales, designada por la Presidencia del Congreso Nacional con fecha 30 de mayo del presente año 2006. En él se explicita que “no será fácil lograr la implementación rápida y eficaz de la norma que encarne el nuevo Código Procesal Civil, dado su carácter tremendamente novedoso y moderno que se enfrenta, como ha sucedido en otros ordenamientos y países, al peso de la tradición”.

<sup>15</sup> Por ejemplo, como parte del contenido de un Magíster en Derecho Procesal, pero no como plan de acción del Estado o Poder Judicial.

<sup>16</sup> Programa de Fortalecimiento del Estado de Derecho (...), ob. cit.

<sup>17</sup> Encargada de elaborar formularios judiciales, modelos de providencias, autos y sentencias, y las normativas administrativas necesarias para la aplicación de la ley.

<sup>18</sup> Su mandato fue crear las condiciones mínimas favorables de infraestructura física, organización de despachos judiciales, equipos tecnológicos, planificación, actualización de estadísticas judiciales y racionalización de recursos.

<sup>19</sup> Específicamente orientada a realizar capacitaciones sobre el CPC dirigidas a los/as diputados/as, participar en las discusiones del plenario de la Asamblea Nacional y brindar explicaciones y aclaraciones sobre el contenido normativo del Código.

### 3. ANÁLISIS DE LOS PROCESOS DE REFORMA

En líneas generales, resulta destacable que la mayoría de los países que iniciaron procesos de reforma a la justicia, haya asumido un enfoque de políticas públicas, con independencia de su mérito.

El análisis de las medidas adoptadas permite advertir que la seriedad y profundidad de la planificación y medidas adoptadas han sido variables y que, sin dudas, hubiese sido deseable, en todos los supuestos, mayor atención y capacidad institucional en la asimilación y gestión del cambio. Sin embargo, no es menor que la perspectiva empleada se haya preocupado por propiciar un abordaje multidimensional en contextos donde la dogmática jurídica, el fetichismo normativo y la invisibilización de las prácticas habían eclipsado o predominado el discurso y materialidad de las reformas.

En ese sentido, es relevante también señalar que todos los Códigos sancionados han previsto plazos para su entrada en vigencia, procurando garantizar un tiempo para la capacitación de los actores y la adopción de medidas institucionales para su puesta en marcha. Algunos de ellos dispusieron, a su vez, la creación de planes o programas para la implementación de la reforma. Esa decisión, a diferencia de otros que articularon los procesos reformistas en el marco de sus planes estratégicos, permite jerarquizar la reforma, instalarla como parte de una reestructuración en la concepción, organización y prestación del servicio de justicia, otorgarle prioridad y evitar que se diluya entre los objetivos macro o que la inercia de factores propios de la estructura modificada, resistan o dificulten el cambio.

En ciertos supuestos, esos programas fueron previstos en el Código Procesal adoptado. Esta opción política resulta interesante porque, de distintos modos, sintetiza el punto que hemos destacado: la (re)olución de conflictos (cometido central del servicio de justicia) exige, para su instrumentación, un cúmulo de dispositivos que no se explican, abastecen ni agotan en las reglas jurídicas que el Código Procesal adopta. Al hacerlo así, estas experiencias programáticas ponen otra vez en primera plana el deber de ponderar el enfoque integral y transversal como metodología de trabajo para estructurar el Poder Judicial como poder de Estado, organizar el funcionamiento mismo de la justicia o pensar las relaciones entre los componentes y operadores que interactúan ante sí en su administración y gestión. Además, presenta las ventajas de fijar lineamientos y presupuestos de mínima para la implementación de la política pública reformista; perfila las medidas de la agenda de reforma en consonancia con el ideario del Código procesal y su razón de ser y condiciona la discrecionalidad en la adopción de dichas políticas, dado su carácter de presupuestos para el funcionamiento del sistema procesal, la fijación de tiempos para su realización y/o instancias de control o seguimiento. A su vez, otorga a cualquier operador un marco de base a partir del cual exigir la asignación de recursos y la adopción de medidas pertinentes, incluir lineamientos generales en un cuerpo normativo que, por su propia naturaleza y entidad, es más difícil de modificar. Por último, minimiza el riesgo de que, aprobado el Código Procesal, los poderes naturalmente políticos difieran, suspendan o desarticulen la reforma.

Otro punto a resaltar es la decisión de ciertos países de crear Comisiones o Comités de trabajo encargados de gestionar el proceso de reforma. En este punto, el caso boliviano es ejemplificador porque el diseño mismo del plan de implementación estuvo confeccionado por representantes con diversas funciones de Estado. Ello resulta sumamente útil en la cons-

trucción de lazos entre actores claves de la reforma, la articulación eficiente de medidas y la generación de un espacio común y responsable de trabajo.

También aparecen como novedosas y útiles ciertas prácticas advertidas, dada su condición disruptiva y heterodoxa en el marco de un proceso de reforma. Por ejemplo, la ya citada creación de grupos de WhatsApp en Nicaragua en los que participaron funcionarios/as judiciales por circunscripción, evacuando dudas de carácter procedimental. Estas modalidades deben profundizarse a fin de flexibilizar, dinamizar y mejorar el diálogo directo y la eficiencia en el abordaje y resolución de problemas de los procesos de reforma.

Como contrapartida, enumeraremos a continuación distintos puntos que aparecen como criticables de los procesos de reforma analizados:

- (i) La falta de profundidad y alcance del enfoque de política pública adoptado en la mayoría de los casos. Al mismo tiempo, cada una de esas dimensiones está atravesada por una serie de prácticas e interpretaciones formales e informales que también es necesario valorar al momento de llevar adelante cualquier cambio. Esto se traduce en la omisión de ciertos aspectos no receptados, en los sesgos o carencia de robustez de aquellos efectivamente abordados (por ejemplo, las pesquisas estadísticas para evaluar la eficacia de las normas del CPC brasileño previstas en el art. 1069) y/o en las acciones aisladas y temporales desenvueltas (y no holísticas y sostenidas en el tiempo que exige la gestión del cambio). Muestra de ello son las provisiones genéricas que facultan a las Cortes Superiores a “adoptar toda clase de medidas para garantizar la efectividad de la implementación”, pero sin directrices de base claras ni tampoco con planes complementarios afines.
- (ii) Omisión de diagnósticos sobre necesidades jurídicas insatisfechas a partir de los cuales determinar la demanda de justicia o la definición del abordaje de la conflictividad individual o colectiva existente. Tampoco se constata la existencia de información de base disponible o cómo ella incidió en las decisiones regulatorias u operativas finalmente adoptadas.
- (iii) Las limitaciones operativas y presupuestarias advertidas, debido tanto a la imprevisión al momento de planificar como a la ausencia de asignación prioritaria o recortes en el área (tal como sucedió en El Salvador u Honduras).
- (iv) El tratamiento focalizado respecto de ciertos elementos en detrimento de otros igualmente valiosos para el enfoque integral. La centralidad giró en torno a la modernización, la oralidad o capacitación interna, pero se descuidaron factores como los (des)incentivos, preparación de personal operativo, funcionarios/as y abogado/as o (re)estructuración del gobierno del Poder Judicial.
- (v) La ausencia o déficit marcado en la previsión, planificación y ejecución de tareas de monitoreo, supervisión y ajuste de los procesos de reforma.
- (vi) La falta de participación de otros actores claves del sistema y/o ciudadanía en los órganos instituidos.
- (vii) La omisión o carencia de relevancia del usuario en el proceso de reforma, sea como partícipe, agente de opinión o receptor de información adecuada para asimilar el cambio.



## II. Modelos procesales

### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Al momento de analizar las reformas procesales en América Latina, una de las primeras interrogantes que surgieron y a la que quisimos aproximarnos en este estudio, es si éstas respondieron o fueron diseñadas siguiendo ciertos modelos o tendencias procesales previamente establecidas. Básicamente, y como primera aproximación, quisimos averiguar si es que la nueva justicia civil se caracterizaba como una justicia adversarial o inquisitiva, o dicho de otro modo, si es que los nuevos códigos se habían aprobado pensando en una adecuada gestión de los conflictos de la sociedad o en la búsqueda de la verdad que permite una aplicación correcta del derecho. ¿Cuáles son los objetivos perseguidos por las nuevas normas procesales?; ¿qué paradigmas las han inspirado?; ¿son coherentes con algún modelo de Estado?; ¿los principios que las rigen son consecuentes con ello?

Estas son algunas de las preguntas que nos planteamos en este capítulo cuyo objetivo es analizar la normativa procesal con el fin de identificar si es que ésta ha adoptado algún modelo o estructura procesal en particular.

Para ello, hemos seguido una de las clasificaciones más recurrentes a la hora de identificar cuál es el objetivo de un sistema de justicia, y es la realizada por Mirjan Damaška (1984), quien establece dos modelos antagónicos: por un lado, la idea del proceso judicial como un sistema para la resolución de conflictos y, por otro, la implementación de políticas públicas a través de la aplicación del derecho. Esta clasificación se realiza con vocación teórica y el propio autor advierte que “no existen sistemas de los que se pueda esperar que repitan completamente todas las características del modelo puro” (Damaška, 1984, pág. 169).

#### El proceso como resolución de conflictos

El primer modelo de proceso refleja los principios y valores de acuerdo al Estado reactivo o Estado de *laissez-faire*. Se trata de un modelo de Estado en el que se prioriza la gestión de los intereses por parte de los particulares y en donde la intervención del Estado tendría un carácter secundario, ya que sólo interviene cuando los particulares no tienen la capacidad para gestionar sus propios asuntos (Damaška, 1984).

Una de las principales características de este modelo de proceso sería el “*desplazamiento de la reglamentación*” (Damaška, 1984, pág. 172). Con ello, el autor se refiere a la posibilidad de que los y las litigantes puedan desviarse de la regulación procesal. En estos casos, el simple incumplimiento de la norma procesal no justificaría la actuación del Estado para remediar esta desviación.

En cuanto al papel del juez o de la jueza en la tramitación del caso, su función estará apegada a la observancia de las reglas procesales más allá de analizar el mérito de las alegaciones de cada una de las partes. En palabras textuales de Damaška (1984, pág. 176) “el derecho procesal, tanto el prefabricado por el Estado como el creado *ad hoc* por los litigantes, adquiere su propia integridad e independencia frente al derecho sustantivo”. El papel de los jueces y juezas en la conducción del proceso deberá ser *mínimo*, ya que no le correspondería a

éste velar por una rápida y fluida tramitación del caso sino a las partes, de forma acorde a la defensa de sus intereses procesales.

Un punto central de este modelo lo encontramos en el *reconocimiento de la autonomía de las partes* para poder manejar su litigio de forma soberana. Desde el Estado reactivo existen muchos reparos a la hora de intervenir en la forma en que las partes gestionan su caso, incluso si se atenta contra sus propios intereses. Ello se observa y aborda con mucha cautela, dada la posibilidad de incurrir en una situación de “paternalismo coercitivo”.

En relación al control del proceso por las partes se entiende que, en todo momento, le corresponde a éstas dar inicio a la acción judicial así como también desistir de ella en el momento en que lo estimen pertinente, sin ningún tipo de autoridad judicial que las condicione. De la misma forma, las partes serán quienes seleccionen los hechos sobre los cuales quieran formular sus alegaciones y que servirán como base para la elaboración de su teoría legal del caso. El juez o jueza se apoyarán en las partes para “definir asuntos jurídicos y ofrecer teorías jurídicas aplicables” y decidirán el caso “dentro de los límites jurídicos prescritos por las partes” (Damaška, 1984, pág. 199). En los procesos bajo este modelo, las partes son una fuente de información importante y están sujetas al interrogatorio por su propio/a abogado/a o por el/la contrario/a.

Otra característica importante de este paradigma teórico sería la existencia de un *modelo de cooperación forzada* basada en el intercambio de información y documentos entre las partes. Los mecanismos de *discovery* tienen el objetivo principal de favorecer el litigio de buena fe y, de forma acorde con los valores del Estado Reactivo, fomentar la negociación entre las partes incluso cuando se ha iniciado el procedimiento. El *discovery* permite que las partes puedan analizar la fuerza de sus casos a la luz de la información que se va develando por cada una de ellas.

### **El proceso como implementación de políticas**

Este segundo modelo de proceso judicial se caracteriza por su relación con el llamado Estado activista o Estado de bienestar. En este tipo de Estado, preocupado por implementar un “programa completo de mejora material y moral de los ciudadanos”, el Estado tiene la capacidad para abarcar “todas las esferas de la vida social” a través de la formulación de sus políticas (Damaška, 1984, pág. 141).

Mientras que el modelo de resolución de conflictos se basa en el “desplazamiento de la reglamentación”, en este caso las *reglas procesales aparecen en una lógica instrumental para la aplicación del derecho sustantivo*. De esta forma, este tipo de Estado activista tiene preocupación en que los *resultados del sistema* de justicia sean acertados. Por lo tanto, existe la posibilidad de que el adjudicador se aparte de las normas procesales si obtiene un beneficio mayor en términos de implementación de una política de derecho sustantivo.

Se puede trazar un paralelismo entre ambos modelos de proceso ya que en los dos casos se establecen una *flexibilidad y/o sumisión de las formas procesales*. La principal diferencia estriba en que, mientras en el primer modelo esto surge del amplio reconocimiento de la *autonomía de la voluntad de las partes*, en el segundo tiene que ver con la *primacía de los intereses estatales en la vida social*.

Un elemento de distorsión importante entre ambos modelos lo encontramos al analizar cuál es el papel de las partes en el proceso como implementación de políticas. Las partes son conferidas de una serie de derechos por parte del Estado y éste tiene la potestad de que se hagan cumplir dichos derechos incluso en aquellos casos en que las partes no lo han requerido de forma autónoma. Según el modelo activista, los ciudadanos o ciudadanas “no son necesariamente los mejores representantes de sus propios intereses (...) cuando aparecen a la luz de los intereses del Estado” (Damaška, 1984).

Siguiendo con la lógica de un Estado activista que busca implementar políticas a través del sistema judicial, el propio *Estado debería tener la potestad de decidir cuándo inicia un proceso*. Además, si las partes tuviesen la facultad de desistir de los procesos iniciados por el Estado, esto podría afectar la labor estatal iniciada. El control del inicio y final del proceso sólo podrá ser aceptable “en caso de una congruencia sustancial de la motivación privada y oficial para la implementación de políticas” (Damaška, 1984, pág. 167). Ahora bien, este control monopólico de la acción por parte del Estado no supone excluir totalmente a los particulares ya que tendrían derecho a ser oídos y a presentar pruebas y alegaciones en el transcurso del proceso así como también a informar a los funcionarios cuando se han producido unos hechos que pueden servir de base para el inicio de la acción judicial.

Una de las características fundamentales para el modelo de justicia como implementación de políticas es que tiene *que garantizarse un estándar elevado en la determinación de los hechos*. Vista esta importancia de la búsqueda de la verdad en el funcionamiento del sistema judicial, la responsabilidad de dicha tarea recaerá en el adjudicador en detrimento de las partes, quienes tendrán un rol auxiliar en todo este proceso.

En cuanto a la conducción del proceso, los jueces y juezas van a tener no sólo la facultad sino también el deber de inmiscuirse en el caso, ya sea ampliando la argumentación o los medios probatorios. Esto es así pues de ellos se espera que lleguen a una decisión apropiada del conflicto jurídico. Además, cuando el adjudicador conozca dos hipótesis fácticas diferentes, no sólo van a analizar cuál ha sido la mejor alegada sino que también “deberá(n) guiarse por una política de segundo orden del Estado, para buscar la mejor solución bajo condiciones de incertidumbre” lo que pudiera llevarlos/as a decidir contra la causa mejor alegada si es que de esta forma pueden reducir las consecuencias negativas de un error (Damaška, 1984, pág. 292).

A continuación, y en base a los elementos que se pueden extraer de estos modelos teóricos brevemente reseñados, analizaremos –con las limitaciones propias de un trabajo de esta naturaleza– si es que las reformas procesales de la región han optado, implícita o explícitamente, por alguno de estos dos grandes objetivos.

## **2. OBJETIVOS DEL PROCESO, PRINCIPIOS REGULADOS Y ROL DE JUECES Y JUEZAS**

Con el fin de poder llevar a cabo nuestro análisis, hemos agrupado las características descritas en el apartado anterior en tres grandes dimensiones: objetivos del proceso, principios regulados y rol de jueces y juezas.

## Objetivos del proceso

Así, en primer lugar, hemos querido analizar cuáles han sido los objetivos perseguidos por las reformas procesales estudiadas, si es que éstas pretenden contribuir a la paz social a través de una adecuada gestión de su conflictividad, si procuran aplicar correctamente el derecho sustantivo y con ello que las políticas públicas sean debidamente implementadas, o si, tal vez, han declarado o pretendido satisfacer otro objetivo en particular.

A este respecto, una primera nota común a toda la normativa es que ninguno de los Códigos Procesales sancionados ha establecido de forma explícita cuáles son los objetivos del sistema de justicia civil o del proceso judicial. No obstante, en los principios –cuyo análisis concreto se profundizará en la sección siguiente–, podemos encontrar ciertas referencias indirectas. En particular, en los principios de instrumentalidad de las formas, de interpretación de la ley procesal, de tutela judicial o en el de transparencia.

Por ejemplo, en el **caso boliviano**, se indica que la autoridad judicial deberá tener en cuenta que el objeto de los procesos es la *efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustantiva* (art. 6, CPC), consagrando a la transparencia como un medio para que “la jurisdicción cumpla con la finalidad de proteger derechos e intereses que merezcan tutela jurídica” (art. 1.12).

En **Brasil**, el código expresamente reconoce que, al aplicar el ordenamiento jurídico, el juez o jueza atenderán a los fines sociales y a las exigencias del bien común, resguardando y promoviendo la dignidad de la persona humana y observando la proporcionalidad, razonabilidad, legalidad, publicidad y eficiencia (art. 8). Asimismo, también indica como un deber del Estado, y siempre que sea posible, la promoción de soluciones consensuales de los conflictos (art. 3). De ese modo, podemos afirmar que el proceso brasileño plasmado en su CPC tiene como finalidades: (i) promover la autocomposición de los conflictos; (ii) construir una instancia cooperativa, con amplias facultades a disposición de las partes y un juez o jueza activos en la gestión del caso (Zanetti Jr.) y (iii) garantizar la realización efectiva del derecho en un plazo razonable.

En un sentido similar se expresa el **CGP colombiano**, añadiendo que “las dudas que surjan en su interpretación deberán aclararse mediante la aplicación de los *principios constitucionales y generales del derecho procesal*, garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales” (arts. 11 y 12, CGP).

Similares prescripciones traen los textos de los países restantes. Por ejemplo, en **Ecuador**, puede encontrarse una referencia a los objetivos del proceso en los antecedentes del código, el cual menciona que lo que éste regula son los procesos, “es decir, la sucesión de actos dirigidos a la aplicación del derecho en un caso concreto”. De ahí que se pueda concluir que entre los fines del proceso en Ecuador, se encuentra la aplicación de la ley sustantiva.

Lo mismo ocurre en **Costa Rica** (art. 2.2, CPC), **Honduras** (arts. 1 y 7, CPC), **El Salvador** y **Nicaragua**. Inclusive, en los dos últimos, se estatuye que la interpretación no sólo debe procurar la *protección y eficacia de los derechos* de las personas, sino también “la consecución de los fines que consagra la Constitución” (art. 18, CPCM de El Salvador) e “instrumentos internacionales de derechos humanos, siendo deber de toda autoridad judicial velar por el *respeto de los derechos fundamentales*” (art. 1, CPC de Nicaragua).

**Tabla 2:** *Objetivos explícitos o implícitos del proceso*

País	Resolución de conflictos	Efectividad del derecho sustancial
Bolivia	NO	SÍ
Brasil	SÍ	SÍ
Colombia	NO	SÍ
Costa Rica	NO	SÍ
Ecuador	NO	SÍ
El Salvador	NO	SÍ
Honduras	NO	SÍ
Nicaragua	NO	SÍ

Fuente: elaboración propia

### Principios regulados

En la presente tabla se presentan los principios expresamente recogidos por los Códigos Procesales reformados. Eso explica por qué, a pesar de que en ciertos Códigos esos mismos principios puedan reconstruirse normativamente, no figuren como tales. Por ejemplo, la doble instancia está prevista como principio expreso en Honduras (CPC) y Colombia (CP). Sin embargo, en todos los Códigos se prevé un sistema recursivo de, por lo menos, dos instancias ordinarias.

**Tabla 3:** *Principios regulados en los Códigos*

Principios regulados	Ecuador	Brasil	El Salvador	Honduras	Costa Rica	Colombia	Bolivia	Nicaragua
Supremacía constitucional	Sí	Sí	Sí	-	-	-	-	Sí
Oralidad	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Legalidad	-	-	Sí	Sí	-	Sí	Sí	Sí
Dispositivo	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Impulso y dirección oficiosa	-	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Inmediación	Sí	-	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Concentración	-	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Publicidad	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Sanearamiento	-	-	-	Sí	-	-	Sí	Sí
Gratuidad	-	-	Sí	-	-	Sí	Sí	-
Celeridad	-	-	-	-	-	-	Sí	Sí
Interculturalidad	-	-	-	-	-	-	Sí	-
Transparencia	Sí	-	-	-	-	-	Sí	-
Igualdad procesal	-	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Eventualidad	-	-	-	-	-	-	Sí	-
Contradictorio	-	Sí	Sí	Sí	-	Sí	Sí	Sí
Veracidad	-	-	Sí	Sí	-	-	Sí	-

Principios regulados	Ecuador	Brasil	El Salvador	Honduras	Costa Rica	Colombia	Bolivia	Nicaragua
Lealtad, buena fe y probidad	-	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	-	Sí
Interpretación conforme	-	Sí	-	-	-	-	-	Sí
Economía procesal	-	-	-	Sí	-	Sí	-	-
Abuso del derecho	-	Sí	-	-	-	-	-	-
Plazo razonable	-	Sí	-	-	-	Sí	-	-
Autocomposición	-	Sí	-	-	-	-	-	-
Cooperación procesal	-	Sí	Sí	-	-	Sí	-	-
Congruencia	-	Sí	-	-	-	Sí	-	-
Instrumentalidad de las formas	-	Sí	-	-	Sí	-	-	-
Razonable fundamentación	-	Sí	-	-	-	Sí	-	-
Adquisición probatoria	-	Sí	Sí	Sí	-	-	-	Sí
Acceso a la justicia	-	-	Sí	Sí	-	Sí	-	Sí
Doble instancia	-	-	-	Sí	-	Sí	-	-
Preclusión	-	-	-	Sí	Sí	Sí	-	-
Intimidad	Sí	-	-	-	-	-	-	-
Debido proceso	-	-	-	Sí	-	Sí	Sí	Sí

Fuente: elaboración propia

Un primer punto que destacamos como nota común es que *han sido tan solo tres los principios regulados por todos los códigos*; estos son: el principio de **oralidad**, el principio **dispositivo** y el de **publicidad**. Preliminarmente, y sólo desde esa perspectiva, esto sugiere como matriz común: (i) el hecho de que el proceso inicia a instancia de las partes, y que ellas tienen el poder de disponer de sus derechos en él y (ii) que lo que debiéramos encontrar en el resto de las normas, es que se quiso instalar, a lo menos, una audiencia oral y pública como patrón común.

Muy vinculado con la oralidad, la **inmediaciones** otro principio que aparece reglamentado de modo categórico en casi todos los Códigos (excepto Brasil), concibiéndolo como el medio que permite a la autoridad judicial el contacto personal y directo con las partes, la prueba y los hechos que se alegan en el proceso<sup>20</sup>. Con una recepción similar encontramos los principios de **concentración, impulso y dirección oficiosa e igualdad procesal**. Los tres son regulados expresamente por todos los códigos excepto el de Ecuador.

Seguido a ellos, podemos identificar un principio fundamental que tiende a reforzar la oralidad (en tanto metodología de trabajo), y es el principio de **contradicción**, regulado por todos los códigos excepto el de Ecuador y Costa Rica. Con recepción normativa similar se encuentra también el principio de **legalidad**, sólo no regulado por Ecuador y Brasil, y cuya

<sup>20</sup> Arts. 2, 11, 139 y concs., CPC boliviano.

presencia será fundamental para el análisis que se llevará a cabo en el capítulo tres de esta publicación, el que tratará sobre las estructuras procesales reguladas.

De todos estos principios que han sido consagrados en al menos seis de los ocho códigos analizados, podemos sacar una primera conclusión. Esta refiere a que, preliminarmente –y sólo desde la perspectiva de los principios rectores–, todos los códigos han establecido, de uno u otro modo, un **modelo procesal cuyo eje central debiese ser la audiencia oral, pública y contradictoria, en la que rija el principio dispositivo de modo transversal**. Esto, en consecuencia, puede constituirse como una *matriz de análisis común que fluye de la propia normativa*.

Sostenemos lo anterior porque, en primer lugar, *todos los países regularon la oralidad*, la cual –como veremos luego en detalle– dice relación con la existencia de un juicio que consiste en una audiencia oral en la que, a través del contradictorio, se vuelve operativo el debido proceso y se lleva a cabo la depuración y control de calidad de la información. Esto, a su vez, se refuerza con la existencia del principio de intermediación, que se regula en todas las normativas menos la de Brasil, país en el cual, sin embargo, sí se regula expresamente el principio de contradicción.

Una tendencia también generalizada en los países analizados será la observancia del principio de intermediación e impulso y dirección procesal oficiosa. Con similar intensidad, los procesos deberán garantizar la igualdad procesal y el principio de legalidad.

Otros principios importantes de observar son, por ejemplo, **el debido proceso**, **el acceso a la justicia** y el principio de **supremacía constitucional**, regulados expresamente en sólo cuatro códigos.

Finalmente, pasamos a destacar algunos aspectos concretos de esta dimensión.

Respecto de la publicidad, y si bien todos los códigos la han regulado expresamente, destacamos la regulación concreta del caso de **Bolivia**, puesto que ésta no se ciñe a que el proceso no sea secreto y que su información esté disponible para todas las personas, sino que exige una actuación positiva del tribunal: *la difusión de la actividad procesal*. Es decir, no bastará con desarrollar un proceso a puertas abiertas, ya que éste deberá ser activamente difundido<sup>21</sup>. Lo mismo puede observarse en el caso de **El Salvador**.

**Brasil** destaca en cuanto concibe el proceso como una **comunidad de trabajo**. Es decir, la cooperación conforma un modelo y principio. Todos los participantes del proceso tienen el deber de cooperar entre sí para lograr una decisión justa y efectiva en plazo razonable<sup>22</sup>.

**Colombia** también piensa el proceso en clave cooperativa, instaurando como deber de las partes cooperar con el juez o la jueza para la práctica de pruebas y diligencias. Inclusive, tienen el deber de adoptar las medidas para conservar en su poder las pruebas y la información contenida en mensajes de datos que tenga relación con el proceso y exhibirla cuando

<sup>21</sup> Arts. 100 y concs., CPC.

<sup>22</sup> Arts. 6, 139, 378, 774 y concs., CPC brasileño.

sea exigida por el juez. El CGP también insta a que la jueza o el juez califiquen siempre la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deduzcan indicios de ella<sup>23</sup>.

Destacamos especialmente el principio de **interculturalidad** que ha sido regulado sólo por el **CPC boliviano**, mediante el cual establece el deber de la autoridad judicial de considerar que el ejercicio de los derechos individuales y colectivos en el proceso debe permitir la convivencia de una diversidad cultural, institucional, normativa y lingüística (arts. 1.11 y concs., CPC).

### Rol de jueces y juezas

Por último, de los elementos que hemos descrito en la primera parte de este capítulo, concluimos que, al observar el rol que jueces y juezas tienen en el proceso, podremos observar al mismo tiempo qué rol se le entrega a las partes, y con ello, terminar de analizar las características que nos permitirán determinar si las reformas han optado por uno u otro modelo procesal.

En **Bolivia**, los jueces y juezas tienen un rol activo en la dirección del proceso y en la averiguación de la verdad. En consonancia con el principio de interculturalidad de este código, destacamos el deber que tienen jueces y juezas de velar por la convivencia de la diversidad y en las audiencias tomar en cuenta la cosmovisión de las personas que intervienen, velando por el respeto de sus tradiciones y costumbres, así como la comprensión adecuada de la realidad donde desempeñan sus funciones.

En cuanto a la dirección del proceso y la búsqueda de la verdad, se aprecia una normativa muy similar en **Costa Rica**, con la diferencia fundamental de que se consagra la averiguación de la verdad como potestad y no como un deber del tribunal.

En **Brasil**, al igual que en **Colombia**, nos encontramos con capítulos especialmente dedicados a las facultades, deberes y responsabilidades del juez y la jueza. En ambos casos, se les encarga expresamente la dirección del proceso.

En **Brasil**, la autoridad judicial está a cargo, entre otras cosas, de asegurar a las partes igualdad de trato; velar por la duración razonable del proceso; prevenir y/o reprimir cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia; determinar medidas que aseguren el cumplimiento de la orden judicial; promover en cualquier tiempo la autocomposición; ampliar plazos procesales y cambiar el orden de presentación de pruebas adaptándolas a las necesidades del conflicto; sanear el proceso; etc. En **Colombia**, deben velar por la rápida solución del proceso, presidir las audiencias y procurar la mayor economía procesal; prevenir, remediar, sancionar o denunciar los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe; emplear los poderes que el código les otorga en materia de pruebas de oficio; adoptar medidas para sanear los vicios del procedimiento y precaverlos y realizar el control de legalidad de la actuación procesal una vez agotada cada etapa del proceso.

Ahora bien, en **Brasil** destaca especialmente el deber que tienen los jueces y las juezas de, no sólo dirigir el proceso, sino de gestionar el conflicto propiamente dicho. En base a ello,

---

<sup>23</sup> Arts. 78.8, 12 y 14, 229.1, 233, 280 y concs., CGP colombiano.



jueces y juezas también tienen un rol protagónico como conciliadores, promotores de calendarios de trabajo para el caso o conversores de demandas individuales repetitivas en procesos colectivos.

En **Ecuador** también se les encarga al juez o la jueza la dirección del proceso. El COGEP profundiza en este rol y detalla las implicancias que tiene en la dirección de las audiencias, deber expreso y exclusivo de la autoridad judicial, para el cual se indica que podrán interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y hacer uso de otras acciones correctivas. Asimismo, se establece expresamente la facultad de indicar los asuntos a debatir, moderar la discusión e impedir, entre otros, los debates impertinentes.

En El Salvador, Honduras y Nicaragua se advierten normativas similares pero con ciertas precisiones. Por ejemplo, en **El Salvador** se indica expresamente que el impulso del proceso le corresponde al tribunal, y en **Honduras** se precisa que dicha dirección implica el deber de controlar de oficio la concurrencia de todos los presupuestos procesales y también el de impulsar de oficio el proceso, advirtiendo, sin embargo, que ello debe realizarse sin menoscabar el principio dispositivo y el de aportación de parte. A su vez, **Nicaragua** regula el deber de dirigir y controlar el proceso y las audiencias, pero califica expresamente que éste se trata de un deber formal.

Así, vemos que en términos generales **todos los códigos han establecido, de manera más o menos similar, que la dirección del proceso se encuentra en manos del tribunal** y que jueces y juezas tienen una serie de deberes y facultades que deben observarse en el curso de éste.

Ahora bien, el rol de jueces y juezas no se limita a analizar aquellas actuaciones que dicen relación con el desarrollo del proceso, sino que también importa si dicho rol alcanza a aspectos sustanciales, como lo es, la *facultad de decretar prueba de oficio*.

A este respecto, se identificaron tres grandes tendencias normativas. Una primera, en la que los códigos le entregaron al juez o a la jueza el poder de decretar prueba de oficio, con independencia de la iniciativa probatoria de las partes. Ejemplo de ello podemos encontrarlo en **Bolivia**, donde su código regula de forma expresa un principio de verdad material, el cual se define indicando que la autoridad judicial deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, *aun cuando no hayan sido propuestas por las partes* (art. 1 Nº 16). Y es más, en coherencia con ello, el artículo 136, referido a la carga de la prueba, en su parte final, establece que la carga de la prueba que impone el Código, no impedirá la iniciativa probatoria de la autoridad judicial.

Así, vemos que en Bolivia el tribunal no sólo puede decretar prueba de oficio con independencia de lo que haya sido la proposición de las partes, sino que ello constituye un deber propiamente tal.

Situación bastante similar se aprecia en **Colombia**, que a pesar de tener el artículo 169, que parece ser facultativa en cuanto a la posibilidad de la autoridad judicial de decretar prueba de oficio, por disposición expresa del artículo 42.4 se concluye que tiene el deber de hacerlo para poder verificar los hechos alegados por las partes.

Dentro de este grupo, pero con facultades un poco más moderadas que en Bolivia, toda vez que la norma es de carácter facultativo y no imperativo, encontramos a **Costa Rica**, que en su artículo 41.3 indica que el tribunal podrá proponer a las partes la incorporación de pruebas no ofrecidas por ellas, e incluso ordenarlas de oficio. Regulación similar se observa en **Brasil**.

Un segundo grupo, en el cual hallamos a **Ecuador, El Salvador y Honduras**, es el conformado por los códigos que han consagrado lo que hemos denominado como facultades probatorias de oficio de carácter moderado, pues éstas reconocen como límite el actuar de las partes y que, son ellas, quienes ostentan el principio de aportación.

Por ejemplo, el artículo 299 del Código de **Honduras** indica que las pruebas sólo se practican a instancia de parte, pero que, excepcionalmente, el tribunal puede acordar de oficio que se practiquen determinadas pruebas complementariamente a las propuestas por las partes, cuando considere que los medios aportados por ella son insuficientes, facultad respecto de la cual precisa que “nunca significará que el juez pueda tener iniciativa probatoria, sustituyendo los deberes y las cargas de las partes al respecto”. En **Ecuador y El Salvador**, la redacción sugiere de modo más directo lo que comúnmente conocemos como medidas para mejor resolver.

Por último, **Nicaragua** es el único país en el que el código prohíbe, de forma expresa y clara, la iniciativa probatoria del juez o de la jueza. En efecto, el artículo 13, al regular el principio de aportación de parte indica expresamente que a la autoridad judicial le queda prohibida la aportación al proceso de hechos o medios de prueba. En consonancia con ello, el artículo 231 establece que las pruebas sólo se practicarán a instancia de parte.

Ahora bien, cabe realizar una pequeña precisión frente a esta prohibición que, de una lectura sistemática y completa del código, pareciera no ser del todo absoluta sino que, por el contrario, admite excepciones. El artículo 231 agrega e indica que el citado principio de aportación a instancia de parte es “sin perjuicio de lo dispuesto en los procesos en los que se tutelen derechos o intereses públicos”. Esta norma hace un reenvío a especialidades del proceso ordinario, las que se regulan en los artículos 471 y siguientes del código, y contempla el proceso de “Tutela de Derechos Fundamentales”, el de “Publicidad”, y el de “Pretensiones Colectivas”. Al respecto, el artículo 494, referido a la prueba y carga de la prueba en este tipo de procesos, indica que “si la parte gravada con la carga de la prueba no aportara la información y el conocimiento precisos para resolver, la autoridad judicial *podrá* suplir la deficiencia requiriendo pericias a entidades públicas cuyo objeto estuviera ligado a la materia en debate y obtener los elementos probatorios indispensables para dictar sentencia de fondo”.

Así, observamos que, aunque en términos generales, en Nicaragua los jueces y juezas no tienen ninguna posibilidad de decretar prueba de oficio, ello admite sin embargo una excepción para casos en los que se tutelen derechos fundamentales o intereses públicos, para los cuales sí se contempla una posibilidad de suplir la deficiencia probatoria y complementar, en consecuencia, la iniciativa de las partes.

A continuación, se presenta una tabla que sintetiza lo anteriormente expuesto.

**Tabla 4:** Tipo de facultades para decretar prueba de oficio

Tipo de facultad probatoria	Descripción	País	Prueba de oficio amplia sujeta a contradicción por las partes	Deber de dirección procesal
Facultades de oficio amplias	Jueces o juezas tienen la facultad o el deber de decretar pruebas de oficio, con independencia de la prueba que haya sido ofrecida por las partes.	Bolivia	NO	Sí
		Brasil	Sí, art. 10	Sí
		Colombia	Sí, art. 170	Sí
		Costa Rica	NO	Sí
Facultades de oficio moderadas	Facultad del juez o jueza de decretar prueba, pero respetando como límite de acción las pruebas que fueron propuestas o aportadas por las partes.	Ecuador	N/A	Sí
		El Salvador	N/A	Sí
		Honduras	N/A	Sí
Sin facultad de oficio (en el proceso ordinario general)	Jueces o juezas no pueden decretar pruebas en ninguna hipótesis. La iniciativa probatoria se encuentra exclusivamente en poder de las partes.	Nicaragua	N/A	Sí

Fuente: elaboración propia

### 3. ALGUNAS CONCLUSIONES PRELIMINARES: ¿LAS REFORMAS PROCESALES HAN OPTADO POR UN MODELO PROCESAL DETERMINADO?

Hemos analizado tres dimensiones fundamentales de los códigos: los objetivos del proceso, sus principios y el rol que jueces y juezas tienen en él. En base a ello, ¿es posible reconocer con claridad un modelo procesal?

De la clasificación realizada por Damaška hemos entendido que el modelo procesal propio de un Estado liberal, no sólo debía disponer como objetivo del proceso la resolución del conflicto, sino que debía tener una norma procesal esencialmente disponible y flexible, que estableciera un rol de la autoridad judicial predominantemente pasivo y una clara autonomía de las partes. Además, contemplaría un principio o noción de cooperación forzada bastante intensa, a través de la regulación de mecanismos como el *discovery* o la consideración de los MASC.

Por otro lado, en lo que sería el Estado de Bienestar, el modelo procesal no sólo tendría que propiciar la implementación de políticas públicas a través de la correcta aplicación del derecho sustantivo, sino que la norma procesal en sí misma debería entenderse instrumental a ello y así, la flexibilidad que pueda identificarse en el proceso, no está motivada para que las partes puedan actuar, sino que se aplica en función del propio interés estatal. A su vez, no se advierte un principio dispositivo como tal, pues el rol de jueces y juezas debe ser muy acentuado para llevar a cabo la búsqueda de la verdad.

Recordar estos elementos, aunque sea de forma sucinta y con la salvedad que, con mucha probabilidad, no existirá ningún modelo que calce con la teoría descrita, sirve para concluir

que, desde esta perspectiva, los códigos no han adherido a ningún modelo procesal. Por el contrario, del análisis expuesto se concluye que ha primado una **lógica acumulativa de los modelos o paradigmas reseñados**.

Si nos quedáramos con los objetivos del proceso identificados, podríamos llegar a la errada conclusión de que la nueva justicia civil de América Latina ha pretendido instalar un modelo de justicia acorde a un Estado de Bienestar, pues la totalidad de los códigos analizados es coherentes con la finalidad que este modelo persigue: la aplicación del derecho sustantivo.

Sin embargo, un indicador preeminente de este modelo es la inobservancia del principio dispositivo, cuestión que en el total de los casos se aprecia contrariamente, pues todos los códigos regularon de forma expresa dicho principio.

Al mismo tiempo, y ahora de forma más acorde con el modelo de bienestar, se observa que todos los códigos han regulado expresamente, aunque con diferentes fórmulas, la **dirección del proceso en manos de la autoridad judicial**. Sin embargo, se puede afirmar que dicha dirección es formal y no sustancial en la mitad de los códigos, puesto que sólo cuatro de ellos contemplan la posibilidad de que el juez o la jueza puedan producir prueba de oficio. Y es más, dentro de estos últimos, en sólo tres de ellos se establece que eso es un deber, y en dos, que dicha facultad o deber es sometido al contradictorio de las partes.

Otro elemento que refleja esta intensa integración de los modelos se ve, por ejemplo, en Brasil, único país que tiene un principio de autocomposición expreso, que tiene un claro principio de cooperación forzada, y que, como veremos en detalle más adelante, presenta gran flexibilidad de su norma procesal y mayor autonomía para las partes -todos elementos propios de un modelo liberal-, pero que, al mismo tiempo, presenta una autoridad judicial activa que dirige el proceso y puede decretar prueba de oficio.

A partir de estas constataciones que nos permiten sostener que ninguno de los modelos tradicionalmente estudiados ha sido consagrado en los códigos, ni siquiera en cuanto a una tendencia general, es que se torna aun más relevante interrogarnos acerca del diseño procesal adoptado para lograr los objetivos reseñados; para analizar qué tanto eco han tenido sus principios; qué tan coherentes y razonables son las estructuras procesales; cuáles son los verdaderos roles que las partes y los jueces y juezas tienen en cada instancia. Es decir, cómo se ha abordado o resuelto a través de la regulación esta declaración de objetivos y principios que hemos analizado. Es precisamente eso lo que nos proponemos hacer en los capítulos siguientes.

### III. Estructuras procesales y audiencias reguladas

#### 1. FLEXIBILIDAD DE LOS PROCESOS: PRINCIPIO DE LEGALIDAD E INDISPONIBILIDAD DE LAS NORMAS

Existe consenso en la doctrina en cuanto a los grandes problemas que han presentado los procesos civiles “desesperadamente” escritos. Entre ellos, se ha encontrado una excesiva lentitud que en parte se produjo por la existencia de prácticas extremadamente ritualistas que terminaron convirtiendo los requisitos de forma del proceso en un aspecto esencial de éste (Pereira, Villadiego & Chayer, 2011). Estas prácticas se ajustaban al conocido “principio de legalidad de las formas”, según el cual es la o el legislador quienes disponen los ritos y solemnidades de las actuaciones procesales, y del cual era partidario Calamandrei al indicar que los actos procesales no podían realizarse del modo y en el orden que los y las interesadas consideraran apropiados al caso en particular, sino que debían ser realizadas del modo y en el orden en que la ley procesal lo ha establecido, de una vez y para siempre (Gozaíni, 2009).

Sin embargo, las tendencias de reformas en nuestra región comenzaron a dejar atrás esos excesivos formalismos, buscando entre cosas agilizar los procesos y poner las formas procesales al servicio del derecho sustancial (Pereira, Villadiego & Chayer, 2011). Así, la idea de un proceso estático, previamente establecido por la ley y aparentemente adecuado para todos los casos, comenzó a ceder espacio a la concepción de un proceso flexible o dúctil (Priori Posada, 2015).

Si bien estas tendencias reformistas en nuestra región no adoptaron un principio de libertad de las formas como lo entendía Carnelutti –quien creía que las partes podían acordar las reglas procesales que quisieran pues eran ellas las que estaban en la mejor posición para tutelar sus derechos y los de la justicia (Gozaíni, 2009)–, podemos decir que la ley empezó a ceder ciertos espacios. Una expresión de ello es, por ejemplo, que la actuación de jueces y juezas ha dejado de restringirse tan fuertemente por el principio de legalidad y ha pasado a tener un rol más protagónico en lo que es la gestión y desarrollo del proceso. Incluso, se han reconocido, en la práctica, algunas técnicas de *case management* que miran a dicho fin, aunque no de manera explícita (Berizonce, 2012).

En vista de todo lo anterior, y dado que, como veremos en la sección segunda de esta publicación, CEJA considera que la nueva justicia civil latinoamericana debe abandonar la interpretación del principio de legalidad de las formas existente y avanzar hacia un proceso judicial flexible. En ese sentido, uno de los aspectos que nos interesó analizar de los códigos dice relación con la flexibilidad de sus estructuras procesales. En otras palabras, se quiso observar si es que las normas que regulan los principales procesos de conocimiento de cada código pueden adaptarse según ciertos requerimientos y/o en ciertos casos, o si por el contrario, la normativa procesal sigue siendo rígida.

Para dicho fin, un primer elemento que se debe relevar es si en los códigos analizados se consagra algún *principio de flexibilidad procesal* propiamente dicho, o si, por el contrario, sigue existiendo el *principio de legalidad procesal* y/u otra expresión similar –como lo sería la *indisponibilidad de la norma procesal*– que, como hemos mencionado, en su máxima

expresión llevaron a que los procesos se desarrollaran con una extrema rigidez sustentada en el respeto irrestricto por las formas procesales.

Un segundo elemento que se debe observar, y que suele estar muy vinculado con el anterior, es si la norma procesal se entiende como un medio o instrumento que permite efectivizar la norma sustantiva y/o gestionar adecuadamente la conflictividad de la sociedad, según sea la finalidad que se le entregue a ésta. Es lo que se denomina como la instrumentalidad de la norma.

A continuación presentamos una tabla que muestra si los códigos estudiados han regulado de manera explícita el principio de flexibilidad procesal y/o si es que, sin contemplar dicho principio explícito, la norma procesal se presenta como instrumental a la consecución de otros fines y, por ello, puede presentar cierta flexibilidad.

**Tabla 5:** *Recepción Principio de Flexibilidad Procesal o Instrumentalidad de la Norma*

País	Principio explícito de flexibilidad procesal	Instrumentalidad de la norma procesal	Definición o descripción
Bolivia	NO	NO	N/A
Brasil	NO	SÍ	No regula un principio propiamente tal, pero de la lectura sistemática se concluye que rige un principio de cierta flexibilidad procesal por establecer la instrumentalidad de la norma. En efecto, el CPC establece que los actos procesales no dependen de una forma determinada, salvo cuando la ley expresamente lo exija, considerándose válidos los que, realizados de otro modo, cumplan con su finalidad esencial. Si el juez o jueza verifica la existencia de irregularidades, ordenará su corrección. Habilita al mismo tiempo los acuerdos procesales entre las partes e introduce modalidades de gestión de caso o case management (arts. 188, 277, 283, 352 y ss.)
Colombia	NO	NO	N/A
Costa Rica	NO	SI	Art. 2.2: "Instrumentalidad. Al aplicar la norma procesal se deberá tomar en cuenta que su finalidad es dar aplicación a las normas de fondo".
Ecuador	NO	NO	N/A
El Salvador	NO	NO	N/A
Honduras	NO	NO	N/A
Nicaragua	NO	NO	N/A

Fuente: elaboración propia

Como se puede observar, ninguno de los códigos estudiados ha regulado de manera explícita un principio de flexibilidad procesal propiamente tal; sin embargo, **Brasil** y **Costa Rica** conciben la norma procesal como instrumental a la norma sustantiva. En el caso de **Costa Rica**, esto se observa en un principio explícito de instrumentalidad de la norma procesal, y en el caso de **Brasil** lo observamos de la lectura de diversos artículos. Como veremos en la siguiente tabla que viene a complementar el análisis, Brasil es el único país en el que podríamos decir que existe tendencia a la flexibilidad procesal y a una coherente noción de instrumentalidad de la norma procesal, pues éste llega al nivel de introducir modalidades de gestión de caso o *case management*<sup>24</sup> y de habilitar la celebración amplia de acuerdos procesales entre las partes<sup>25</sup>.

Veremos a continuación que, a pesar de que **Costa Rica** regula el principio de instrumentalidad de la norma, no se podría concluir que en este país exista un proceso judicial flexible, pues contradictoriamente con este principio, el código regula la indisponibilidad de la norma procesal.

En esta tabla mostramos los países que, en lo que debiera ser la tendencia o modelo opuesto a los de la tabla anterior, consagran y regulan el principio de legalidad y/o la indisponibilidad de la norma procesal.

**Tabla 6:** Recepción Principio de Legalidad o Norma Procesal Indisponible

País	Principio de Legalidad	Norma procesal imperativa o indisponible	Definición o descripción
Bolivia	SÍ	SÍ	Art. 1: "Legalidad. La autoridad judicial, en los procesos deberá actuar con arreglo a lo dispuesto en la Ley". Art 5: "(NORMAS PROCESALES). Las normas procesales son de orden público y, en consecuencia, de obligado acatamiento, tanto por la autoridad judicial como por las partes y eventuales terceros. Se exceptúan de estas reglas, las normas que, aunque procesales, sean de carácter facultativo, por referirse a intereses privados de las partes".
Brasil	NO	NO	N/A
Colombia	SÍ	SÍ	Art. 7: "Legalidad. Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina".

<sup>24</sup> De común acuerdo, el juez y las partes pueden fijar un calendario para la práctica de los actos procesales, cuando sea el caso. El calendario vincula a las partes y al juez, y los plazos previstos en éste solamente serán modificados en casos excepcionales, debidamente justificados. Se dispensa la intimación de las partes para la práctica del acto procesal o la realización de audiencia cuyas fechas hayan sido designadas en el calendario (art. 191, CPC).

<sup>25</sup> Si el proceso versa sobre derechos que admitan autocomposición, está permitido que las partes plenamente capaces estipulen cambios en el procedimiento para ajustarlo a las especificidades de la causa y pactar sobre sus cargas, poderes, facultades y deberes procesales, antes o durante el proceso. De oficio o a requerimiento de parte, el juez controlará la validez de las convenciones, negándoles aplicación solamente en los casos de nulidad o inserción abusiva en un contrato de adhesión o si alguna parte se encuentra en manifiesta situación de vulnerabilidad (art. 190, CPC).

País	Principio de Legalidad	Norma procesal imperativa o indisponible	Definición o descripción
Colombia	Sí	Sí	Art. 13: "Observancia de normas procesales. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda. Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas.
Costa Rica	NO	Sí	Art. 3.5: "Indisponibilidad de las normas procesales. Las partes no podrán, por acuerdo entre ellas y ni siquiera con la autorización del tribunal, disponer o renunciar de manera anticipada a las normas procesales, salvo los supuestos de mecanismos alternos de solución de conflictos, sumisión de competencia admisible, ejecuciones extrajudiciales o actos jurídicos expresamente previstos en el ordenamiento jurídico".
Ecuador	NO	NO	N/A
El Salvador	Sí	Sí	Art. 3: "Principio de legalidad. Todo proceso deberá tramitarse ante juez competente y conforme a las disposiciones de este código, las que no podrán ser alteradas por ningún sujeto procesal. Las formalidades previstas son imperativas. Cuando la forma de los actos procesales no esté expresamente determinada por ley, se adoptará la que resulte indispensable o idónea para la finalidad perseguida".
Honduras	Sí	Sí	Art 7: "Legalidad procesal y formas. 1. El proceso civil se desarrollará según las disposiciones de este Código, de acuerdo a la Constitución de la República. Las formalidades previstas en él, son imperativas. 2. Las normas contenidas en este Código son obligatorias para órgano jurisdiccional, las partes y terceros que intervengan en el proceso, salvo que la ley ofrezca excepcionalmente otra posibilidad de actuación. El órgano jurisdiccional adecuará la exigencia de las normas al logro de los fines del proceso respetando las garantías legalmente previstas (...)".
Nicaragua	Sí	NO	Art 2: "Ámbito de la ley. En los procesos civiles, las autoridades judiciales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en este Código".

Fuente: elaboración propia



De lo expuesto en esta tabla podemos observar claramente ciertas tendencias. En primer lugar, vemos una tendencia procesal que se encuentra integrada solo por **Brasil** y que constituye un abandono del principio de legalidad de las formas que avanza hacia un *proceso judicial flexible*.

El **Código de Proceso Civil** brasileño no regula el principio de legalidad ni considera que la norma procesal sea imperativa, cuestión que es totalmente coherente con el contenido de las normas que se describieron en la primera tabla. Es más, en **Brasil** se concibe el proceso como una comunidad de trabajo en la que la autoridad judicial debe aplicar el ordenamiento jurídico atendiendo los fines sociales y las exigencias del bien común, resguardando y promoviendo la dignidad de la persona humana<sup>26</sup>. Además, todas y todos los participantes del proceso tienen el deber de cooperar entre sí para lograr una decisión justa y efectiva en plazo razonable<sup>27</sup>. Es decir, la cooperación conforma un modelo y principio. Ningún acto procesal depende de una forma determinada, salvo cuando la ley expresamente lo exija, considerándose válidos los que, realizados de otro modo, cumplan con su finalidad esencial<sup>28</sup>.

En segundo lugar, nos encontramos con todos aquellos países que parecen seguir, de manera bastante clara y explícita, el *principio de la legalidad de las formas*, afirmando que es el legislador o la legisladora quienes disponen los ritos que deben cumplirse y, además, dándole a ello un carácter imperativo.

Con todo, valga realizar una pequeña precisión. Los códigos que siguen esta tendencia no desconocen ni dejan de regular en sus normativas todas las otras posibles características o indicadores que nos podrían llevar a calificarlos como un código con tendencia a la flexibilidad procesal. Por ejemplo, varios de los países que hemos agrupado dentro de esta categoría, regulan mayores poderes directivos para jueces y juezas, o bien, reconocen que el objetivo del procedimiento es la efectividad de la ley sustancial. Sin embargo, los categorizamos dentro de este grupo porque, en lo que puede ser un conflicto normativo, la interpretación de sus normas y, sobre todo, a la luz de sus principios, se concluye que no hay cabida para un proceso judicial flexible, ya sea porque los poderes directivos de jueces y juezas están claramente determinados por la ley, o porque, aunque el objetivo del proceso sea la realización de la norma sustantiva, las normas procesales son totalmente imperativas y sigue siendo la ley la que domina las formas y ritos del proceso.

En este grupo encontramos a **Bolivia, Colombia, El Salvador y Honduras**, que son países que regulan tanto el principio de legalidad de las formas como la indisponibilidad de la norma procesal, de manera expresa.

Un ejemplo de cómo este tipo de código se queda en la legalidad de las formas, aunque distanciándose del ritualismo extremo, es el CPC de **Bolivia**. Éste define al principio de legalidad como el deber de la autoridad judicial de actuar conforme a la ley, y al mismo tiempo instituye a la dirección judicial como una potestad del tribunal para encaminar las actuaciones procesales de manera eficaz y eficiente. También establece que el objeto del proceso es

<sup>26</sup> Arts. 8 y concs., CPC brasileño; MITIDIERO, Daniel, *A Colaboração como Modelo e como Princípio no Processo Civil*.

<sup>27</sup> Arts. 6, 139, 378, 774 y concs., CPC.

<sup>28</sup> Arts. 188, 277, 283, 352 y concs., CPC.

la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva; sin embargo estipula que las normas procesales son de orden público y, en consecuencia, de obligado acatamiento, tanto por la autoridad judicial como por las partes y eventuales terceros<sup>29</sup>. Para avanzar hacia un proceso judicial dúctil o flexible, es preciso abandonar la idea de una legalidad procesal imperativa.

En **Colombia** ocurre algo similar. El código estatuye que al interpretar la ley procesal el juez o la jueza deberán tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos. No obstante, prescribe que el proceso debe instrumentarse en la forma legalmente establecida y que las normas procesales son de orden público.

Como se observa en la tabla previa, **Honduras** y **El Salvador** tienen disposiciones similares. Se dispone que el proceso civil se desarrolle conforme a sus disposiciones, las cuales se consideran imperativas y obligatorias. Sin embargo, también preceptúan que el tribunal adecuará la exigencia de las normas al logro de los fines del proceso, respetando las garantías legalmente previstas. A propósito de que esta tendencia no implica que los códigos no avancen en dejar atrás el ritualismo procesal, vemos por ejemplo que, en **El Salvador**, se dice expresamente que la autoridad judicial “deberá evitar el ritualismo y las interpretaciones que supediten la eficacia del derecho a aspectos meramente formales”<sup>30</sup>.

Finalmente, identificamos un tercer grupo que, al igual que el anterior, no presenta una tendencia al proceso judicial flexible, pero que categorizamos aparte pues **no regula de forma explícita y copulativa los dos principios** que definimos como indicadores básicos, que son el de **legalidad procesal** y el de **indisponibilidad de la norma**. Nos referimos a Costa Rica, Ecuador y Nicaragua.

En primer lugar, destacamos especialmente el caso de **Costa Rica** porque éste aparece como uno de los países que explícitamente consagra la instrumentalidad de las formas y, sin embargo, al mismo tiempo, prescribe la indisponibilidad de las normas procesales. Esto es, que las partes no podrán, por acuerdo entre ellas y ni siquiera con la autorización del tribunal, disponer o renunciar de manera anticipada a las normas procesales, salvo actos jurídicos expresamente previstos en el ordenamiento jurídico (art. 3.5 y ss.).

El caso de **Ecuador** es llamativo porque, como vimos en la tabla, no consagra ninguno de los principios observados de forma explícita y tampoco pareciera tener tendencia al proceso judicial flexible. De todos modos, en la exposición de motivos se expresa que “se procura que exista un procedimiento con estructuras básicas, que sea flexible, adaptable y racional”, lo cual finalmente no parece materializarse con claridad en su articulado. Por último, encontramos a **Nicaragua**, que regula el principio de legalidad pero sin establecer que éstas son de orden público.

Como puede observarse en esta sistematización, 7 de los 8 códigos analizados siguen arraigados al principio de legalidad de las formas y/o a expresiones vinculadas a él. Es decir, someten el conflicto y su gestión a un mecanismo burocrático y, sobre todo, irreflexivo.

<sup>29</sup> Arts. 1, 5, 6, 24 y concs., CPC de Bolivia.

<sup>30</sup> Art. 18.

Esto inhabilita o dificulta al juez o a la jueza y a las partes, a dialogar y vincularse de modo dinámico con la (construcción de la) norma procesal a fin de procurar su cometido central: organizar eficazmente la discusión y solución del conflicto.

En contrasentido, también se observa que se ha incorporado el principio de adecuación de las formas y se pretende entregar una condición instrumental al proceso junto con mayor protagonismo judicial. Sin embargo, y aunque estas tendencias se consideren positivas, no son suficientes. ¿Cómo debe actuar la autoridad judicial frente a dichas prerrogativas cuando, al mismo tiempo, existe una norma que preceptúa que toda regla procesal es de orden público? ¿Qué pautas ofrecen los Códigos Procesales para compatibilizar o trabajar ambas ideas? ¿Cómo se vinculan y relacionan los sujetos en la creación de la legalidad? ¿Qué lugar tienen las partes en ello? Estas son algunas de las preguntas que surgen y quedan planteadas luego de este primer análisis.

## 2. PROCESOS DE CONOCIMIENTO

La justicia civil de América Latina del siglo XX adoptó el esquema procesal de la Europa continental del siglo XIX, es decir, procesos escritos lentos, formales y burocráticos, que se caracterizaron por el impulso procesal de parte, la excesiva delegación de funciones y la falta de intermediación, entre otras cosas. Otro de los problemas que presentó el sistema fue la multiplicación de sus estructuras procesales para resolver distintos conflictos civiles, cuestión que estuvo asociada a la "creencia errónea pero arraigada aún hoy en muchos países, de que cada especialidad sustancial necesita una estructura adjetiva o procesal propia" (Pereira, Villadiego & Chayer, 2011, pág. 20).

Así, hacia la primera década del segundo milenio, la justicia civil se vio influenciada por enormes esfuerzos de "modelización" del proceso civil, fenómeno que fue originario de nuestra región y que fue impulsado, como es sabido, por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal a través del Código Modelo de 1988. Entre las numerosas transformaciones que este código propuso –y que fueron casi íntegramente adoptadas por el código uruguayo de 1989 y parcialmente por el de Perú en 1993–, se encuentra la adopción de un proceso por audiencias orales, en el cual se contempla expresamente una audiencia preliminar con diversos objetivos (Berizonce, 2012).

De ahí en más, puede decirse que se consolidó la tendencia de las características que debiese tener el proceso civil moderno, las que además de haber tenido la influencia del citado Código Modelo, tuvieron el influjo de la reforma a la justicia civil de Inglaterra y Gales de 1999 y de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Española de 2000. Estas tres reformas consolidaron la idea de incorporar la oralidad y la intermediación en las etapas fundamentales del proceso, pero dejando algunas actuaciones escritas, como por ejemplo, la presentación de demandas electrónicas en el caso inglés o los actos de proposición en las otras dos reformas (Pereira, Villadiego & Chayer, 2011).

Asimismo, veremos que en el proceso de conocimiento principal, generalmente denominado "proceso ordinario", todos los países han adoptado un diseño común: procesos mixtos estructurados en una doble audiencia. Esta estructura también tuvo una clara influencia de las reformas mencionadas y, especialmente, del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, el que, a su vez, fue la base del antecedente latinoamericano más directo: el Cód-

go General del Proceso Uruguayo, aprobado en 1989 y que fue el primero de toda la región en ser reformado. Así lo describe también Ríos (2017, pág. 92), quien señala que la fuente de inspiración más cercana a esta mencionada estructura “la encontramos en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, cuya máxima concreción está dada por el Código General del Proceso de Uruguay y que luego fue influenciando la mayoría, sino todos, los demás ordenamientos procesales reformados”.

Por lo anterior, un segundo gran aspecto que se quiso analizar fueron las estructuras procesales de los códigos analizados y, sobre todo, la estructura de los principales procesos de conocimiento.

Como ya se adelantó, un primer punto que podemos distinguir es que, en términos generales, todos los Códigos reformados han adoptado como matriz de discusión un proceso por audiencias en el cual los actos de proposición suelen ser escritos.

Se advierte asimismo, como nota común, el establecimiento de un sistema de doble audiencia o única audiencia, en función de la mayor o menor complejidad del conflicto. De ese modo, en los procesos ordinarios existe una audiencia preliminar y otra de juicio (cuyas denominaciones varían según el país) y, en los abreviados o sumarios, una única audiencia multipropósito. La única excepción a esta estructura está dada por **Brasil**, el cual diseña un proceso de conocimiento único de doble audiencia, aunque sin audiencia preliminar en los términos comúnmente entendidos y que los demás países sí regulan.

A continuación se presenta una tabla que resume lo anterior y que da cuenta de los procesos de conocimiento regulados en cada país, una breve descripción de éstos y las audiencias que se regulan para cada uno.

**Tabla 7:** *Procesos de conocimiento y sus respectivas audiencias*

País	Procesos de conocimiento regulados	Descripción	Audiencias reguladas
Bolivia	Proceso Ordinario Art. 362 y ss.	Procede en todos los casos en que la ley no señale otro especial para su trámite. Es de aplicación supletoria.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Audiencia Preliminar</li> <li>• Audiencia Complementaria</li> </ul>
	Proceso Extraordinario Art. 369 y ss.	Se sustancia y resuelve en una sola audiencia. No se admite demanda reconvenzional. Procede en controversias como las relativas a la posesión, a obra nueva perjudicial; desalojo, entre otras.	Audiencia única multipropósito
Brasil	Proceso de conocimiento Art. 318 y ss.	Aplicable a todas las causas comunes (salvo disposición en contrario del CPC o de la ley) y, subsidiariamente, a las especiales y de ejecución.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Audiencia de conciliación-mediación</li> <li>• Audiencia de Instrucción y Juzgamiento</li> </ul>

País	Procesos de conocimiento regulados	Descripción	Audiencias reguladas
Colombia	Proceso Verbal Art. 368 y ss.	Todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial. Es el proceso matriz y/o supletorio.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Audiencia Inicial</li> <li>• Audiencia de Instrucción y Juzgamiento</li> </ul>
	Proceso Verbal Sumario Art. 390 y ss.	Abreviado, simplificado y de única instancia. Se tramitan asuntos de mínima cuantía y aquellos expresamente fijados por ley, como controversias sobre propiedad horizontal, entre otras.	Audiencia única multipropósito
Costa Rica	Proceso Ordinario Art. 101 y ss.	Carácter supletorio, aplicándose a todas aquellas pretensiones que no tengan un procedimiento expresamente señalado para su tramitación.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Audiencia Preliminar</li> <li>• Audiencia Complementaria</li> </ul>
	Proceso Sumario Art. 103 y ss.	Procede para ciertas materias que se encuentran principal y mayoritariamente relacionadas con bienes, las cuales se detallan en los catorce incisos que consagra el artículo 103. Los procesos sumarios especiales que consagran ciertas reglas particulares de tramitación.	Audiencia única multipropósito
Ecuador	Proceso Ordinario Art. 289 y ss.	Aplicable a todas las causas que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Audiencia Preliminar</li> <li>• Audiencia de Juicio</li> </ul>
	Proceso Sumario Art. 332 y ss.	Procede para la discusión de ciertos derechos personales y deudas dinerarias de baja cuantía que no sean exigibles por otra vía.	Audiencia única multipropósito
El Salvador	Proceso Común Arts. 240, 276 y ss.	Procede para demandas de determinadas materias (como por ejemplo competencia desleal o propiedad industrial), siempre que el objeto de discusión no sea exclusivamente de cantidad. Aplica también a aquellas causas cuya cuantía supere los veinticinco mil colones o su equivalente en dólares; y, aquellas de cuantía indeterminable.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Audiencia Preparatoria</li> <li>• Audiencia Probatoria</li> </ul>
	Proceso Abreviado Arts. 241, 418 y ss.	Para demandas que no superen los veinticinco mil colones y ciertas materias en particular como demandas de liquidación de daños y perjuicios entre otras.	Audiencia única multipropósito

País	Procesos de conocimiento regulados	Descripción	Audiencias reguladas
Honduras	Proceso Ordinario Arts. 399, 424 y ss.	Aplica a pretensiones que versen sobre determinadas materias definidas en la ley, cualquiera sea su cuantía, como tutela de derechos fundamentales y pretensiones colectivas, entre otros. Con prescindencia de la materia de que se trate, también aplica a las demandas cuya cuantía superen las mil lempiras (L 100,000.00) <sup>31</sup> y a las de cuantía indeterminable.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Audiencia Preliminar</li> <li>• Audiencia Probatoria</li> </ul>
	Proceso Abreviado Arts. 400, 583 y ss.	Aplica a determinadas materias definidas en la ley, como el pago por consignación o pretensiones posesorias, entre otras, y todos aquellos casos cuya cuantía no sea superior a los cien mil lempiras.	Audiencia única multipropósito
Nicaragua	Proceso Ordinario Arts. 391, 420 y ss.	Aplica a pretensiones de cuantía indeterminada y a aquellas a las que no se les aplique el proceso sumario conforme la cuantía fijada por la Corte Suprema de Justicia, y a todas aquellas materias que, independiente de su cuantía, versen sobre las materias reguladas en el artículo 391 (como por ejemplo tutela de derechos fundamentales o pretensiones colectivas, entre otras).	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Audiencia Inicial</li> <li>• Audiencia Probatoria</li> </ul>
	Proceso Sumario Arts.392, 502 y ss.	Aplica a pretensiones que -conforme la cuantía fijada por la Corte Suprema de Justicia- no estén comprendidas en el ámbito del proceso ordinario y para materias que, independientemente de la cuantía, se encuentren reguladas en el artículo 392 (como pretensiones posesorias o partición de herencia, entre otras).	Audiencia única multipropósito

Fuente: elaboración propia

<sup>31</sup> Dicha cuantía fue fijada por Decreto No. 21-2015 de fecha 17 de marzo y publicada en el Diario Oficial la Gaceta No. 33,882 de fecha 13 de noviembre de 2015. La reforma es cuestionada, alegándose que el legislador no modificó la regla que atribuye la competencia objetiva (esto es, el artículo 29.2 del CPC).

A continuación, revisaremos brevemente las características que presentan estos procesos y cómo son reguladas sus respectivas audiencias.

### a. Proceso ordinario

El proceso ordinario por audiencias es la estructura procesal principal, la de mayor complejidad. Éste presenta dos audiencias y es de aplicación supletoria. En la mayoría de los países, su denominación no varía, salvo Colombia, que lo denomina como “Proceso Verbal”, El Salvador que se refiere a éste como “Proceso Común”, y Brasil que, como adelantamos en la primera parte de este capítulo, aparte de denominarlo como “Proceso de Conocimiento” y no ordinario, es el único país que sólo considera este esquema procesal y no regula uno segundo de carácter sumario.

Como ya se adelantó, todos los países presentan un esquema procesal de conocimiento que, en lo que a la parte declarativa de primera instancia compete, puede decirse que se estructura en tres etapas: 1) actos de proposición (demanda y contestación); 2) audiencia preliminar y 3) audiencia de juicio. En general, en la mayoría de los países, este esquema sigue una lógica y presenta objetivos similares. A continuación analizamos brevemente cada una de las etapas.

#### 1. Actos postulatorios o de proposición

Como ya adelantamos, existe consenso en considerar que el proceso civil moderno debe mantener ciertos actos escritos. Así lo hemos visto en las tres propuestas de reforma que han influido en los procesos reformistas latinoamericanos: el Código Modelo, la reforma de Inglaterra y Gales, y la Ley de Enjuiciamiento Española. Las tres mantuvieron parte o todos los actos de proposición escritos.

A continuación, mostramos una tabla que permitirá ilustrar si dicha tendencia -que es la que lleva a caracterizar el nuevo proceso civil como un proceso “mixto” por audiencias y no uno puramente oral-, ha sido acogida íntegra o parcialmente por la normativa en estudio.

**Tabla 8:** Regulación actos de proposición

País	Demanda escrita	Contestación escrita
Bolivia	Sí / Art. 110	Sí / Art. 125
Brasil	Sí / Art. 319	Sí / Art. 335
Colombia	Sí / Art. 82	Sí / Art. 96
Costa Rica	Sí / Art. 35.1	Sí / Art. 37.1
Ecuador	Sí / Art. 142	Sí / Art. 151
El Salvador	Sí / Art. 276	Sí / Art. 284
Honduras	Sí / Art. 424	Sí / Art. 433
Nicaragua	Sí / Art. 420	Sí / Art. 427

Fuente: elaboración propia

Se observa que, efectivamente, todos los códigos analizados han seguido la mencionada tendencia y tanto la demanda como la contestación deben realizarse por escrito y cumplir con ciertos requisitos formales que varían en cada ley. Desde esta perspectiva, esta primera etapa del proceso ordinario es bastante similar en todos los países, variando sólo en plazos o elementos formales.

La excepción a ello vuelve a ser **Brasil**, pues a pesar de que la demanda –a la que denominan “petición inicial”– y la contestación sean por escrito, esta última presenta una variante importante de mencionar: a diferencia de lo que sucede en todos los demás códigos, el momento para presentar la contestación en el Código brasileiro no es justo después de la demanda, sino luego de la audiencia de mediación o conciliación, o bien, después del respectivo pedido de cancelación de ésta<sup>32</sup>.

Esto implica que las etapas que hemos identificado como parte del esquema procesal del proceso ordinario varían, en cierto modo, en este país, pues el acto procesal que por naturaleza vendría después de la demanda es la citación a una audiencia<sup>33</sup>, la de Mediación y Conciliación, y no el traslado para que el demandado o demandada conteste la demanda.

## 2. *Audiencia preliminar*

Una vez finalizado el período de discusión o de los actos de proposición, corresponde llevar a cabo la audiencia preliminar. Se trata de la primera audiencia de un proceso oral, que estuvo fuertemente influenciada por el código uruguayo, y que antecede a lo que es la audiencia de juicio (audiencia principal en la que debe rendirse la prueba). También suele ser denominada audiencia inicial, preparatoria o de saneamiento.

Se trata de una audiencia en la que se deben resolver todas aquellas cuestiones necesarias para un adecuado posterior juzgamiento (Ríos, 2017). Según Lorenzo (2017), en esta audiencia la autoridad judicial debe: i) determinar si el caso llegará a juicio, lo que implica determinar si existen y cuáles son los hechos controvertidos con su respectivo respaldo jurídico y probatorio; ii) en el evento que el caso deba llegar a juicio, establecer el tipo de juicio que procederá y iii) establecer la prueba que será admitida para producirse en juicio. En palabras de Ríos (2017), los dos primeros objetivos corresponderían a lo que él denomina fijar el objeto del proceso y de la prueba. Además de dichos objetivos, la norma suele indicar que en la audiencia preliminar debe realizarse un intento de conciliación entre las partes.

En definitiva, podemos decir que, en términos generales, la audiencia preliminar tiene por objetivo llevar a cabo un intento de conciliación, sanear el proceso, recibir prueba sobre excepciones previas, fijar el objeto del debate y determinar la admisibilidad o exclusión de la prueba.

A continuación, presentamos una tabla que sistematiza los aspectos mencionados anteriormente, indicando cuál es la denominación que cada código da a esta audiencia, cuáles son sus objetivos y su respectiva regulación normativa.

<sup>32</sup> Art. 335.

<sup>33</sup> Art. 334. “Si la petición inicial cumplierse los requisitos esenciales y no fuese el caso de infundabilidad liminar del pedido, el juez programará audiencia de conciliación o de mediación con antelación mínima de 30 (treinta) días, debiendo ser citado el demandado cuando menos con 20 (veinte) días de antelación. (...)”



Tabla 9: Regulación Audiencia Preliminar

País	Denominación Audiencia Preliminar	Objetivos	Regulación
Bolivia	Audiencia Preliminar	Ratificar los actos postulatorios; intentar una conciliación; recibir la prueba relativa a excepciones; sanear el proceso; fijar definitivamente el objeto del proceso; determinar, ordenar y diligenciar los medios de prueba admisibles; recepción de las pruebas cuyo diligenciamiento fuere posible en dicha audiencia, o convocatoria a audiencia complementaria respecto de las pruebas que no se hubieren producido hasta su conclusión.	Artículo 366
Brasil*	Audiencia de Mediación o Conciliación  *No es audiencia preliminar	Tiene por objetivo lograr un acuerdo entre las partes, debiendo someterse a las reglas que el CPC prevé. Cuando sea necesario y existan posibilidades de una composición, podrá concretarse más de una sesión. *La resolución de cuestiones procesales pendientes, fijación de los hechos controvertidos y admisibilidad de la prueba, se hace de forma escrita por parte del juez o jueza a través de la resolución de "saneamiento y organización del proceso" (Art. 357).	Artículo 334
Colombia	Audiencia Inicial	Practicar pruebas estrictamente necesarias para resolver las excepciones previas; intentar la conciliación; sanear el proceso; verificar la integración del contradictorio; fijar hechos controvertidos; admitir la prueba ofrecida necesaria para dilucidar la controversia; decretar y practicar las demás pruebas que le resulte posible, siempre y cuando estén presentes las partes.	Artículo 372
Costa Rica	Audiencia Preliminar	Informar acerca del objeto del proceso y la estructura de la audiencia; promover la conciliación; ratificación, aclaración, ajuste y subsanación de las proposiciones de las partes, cuando a criterio del tribunal correspondiera; sanear el proceso; definir la cuantía del proceso y fijar el objeto del debate; analizar y declarar qué pruebas resultan admisibles; en el caso que existan, resolver sobre medidas cautelares que se encuentren pendientes.	Artículo 102.3
Ecuador	Audiencia Preliminar	Resolver sobre excepciones previas; saneamiento del proceso y determinación del objeto de la controversia; exposición de los fundamentos de cada parte; promoción obligatoria de la conciliación; anuncio de la prueba y sus respectivas solicitudes, objeciones y planteamientos por parte de la contraria; debate y resolución sobre la admisibilidad de la prueba; acuerdos probatorios.	Artículo 292 y ss.

País	Denominación Audiencia Preliminar	Objetivos	Regulación
El Salvador	Audiencia Preparatoria	Intentar la conciliación de las partes, a fin de evitar la continuación innecesaria del proceso; permitir el saneamiento de los defectos procesales que pudieran tener las alegaciones iniciales; fijar en forma precisa la pretensión y el tema de la prueba; y proponer y admitir la prueba de que intenten valerse las partes en la audiencia probatoria.	Artículos 290 y ss.
Honduras	Audiencia Preliminar	Intentar la conciliación de las partes evitando la continuación innecesaria del proceso; permitir el saneamiento de los defectos procesales denunciados en la contestación a la demanda o a la reconvencción; fijar con precisión la pretensión y la oposición, así como los términos de su debate; y proponer y admitir la prueba de que intenten valerse las partes en la audiencia probatoria	Artículo 444 y ss.
Nicaragua	Audiencia Inicial	Instar a las partes a lograr un arreglo; permitir el saneamiento de los defectos procesales alegados; fijar con precisión la pretensión y la oposición, así como los términos de su debate; ratificar la nómina de los medios de prueba propuestos, y admitir la prueba de que intenten valerse las partes en la audiencia probatoria, así como señalar su día, fecha y hora.	Artículo 441

Fuente: elaboración propia

Lo primero que se puede concluir de este análisis es que, si bien todos los países regulan una primera audiencia luego de los actos de postulación, **Brasil** es el único país que, en estricto rigor, no regula una audiencia preliminar propiamente tal. Este país regula una “Audiencia de *Mediación o Conciliación*”; la cual como veremos a continuación, no sólo se aparta de la audiencia preparatoria nominativamente, sino que sus objetivos y dinámica son sustantivamente otros.

En efecto, podemos decir que en este sentido, Brasil comparte sólo uno de los múltiples objetivos que suelen identificarse como parte de la audiencia preliminar. Nos referimos a *intentar la autocomposición entre las partes*. Si se lee el artículo 334 del código brasileiro, se observa que, como su propio nombre lo indica, el objetivo principal de esta primera audiencia es el de lograr un acuerdo entre las partes, ya sea a través de una conciliación o de una mediación, y no se pretende sanear el proceso ni establecer su objeto o admitir la prueba.

Esto es esperable porque la propia estructura del proceso brasileiro le entrega mayor protagonismo a los métodos autocompositivos al regular la contestación de la demanda para un momento posterior a esta primera audiencia y/o para el caso que la autocomposición haya fallado. Es más, el código le entrega a las partes la carga de modificar este esquema, al indicar en el numeral 5 del artículo citado que el demandante deberá indicar, en la petición inicial, su desinterés en la autocomposición, y el demandado deberá hacerlo, mediante petición presentada con 10 días de antelación, contados desde la fecha de la respectiva audiencia.

Si observamos el resto de la normativa, se puede concluir que todos los demás países contemplan este objetivo como parte de las actividades que deben realizarse en la audiencia preliminar, pues todos indican que la autoridad judicial debe intentar una conciliación e incorporan reglas que precisan que ello no supone prejuzgamiento ni causal de recusación. Por ejemplo, el COGEP ecuatoriano dispone que “las manifestaciones de dirección de la audiencia, incluso la proposición de fórmulas de arreglo entre las partes y las ordenadas para el cumplimiento de las actividades previstas en la misma, en ningún caso significarán prejuzgamiento. Por esta causa, el juzgador no podrá ser acusado de prevaricato, recusado, ni sujeto a queja” (art. 294.8).

Con todo, **Nicaragua** emerge con una variable sutil que es posible advertir luego de la lectura sistemática de su código, y es que en este país, la autoridad judicial no puede llevar a cabo el intento de conciliación propiamente tal, sino que sólo puede “instar” a que las partes logren un acuerdo, lo que implica su derivación para una conciliación o mediación extraprocésal.

En segundo lugar, se observa que la mayoría de los códigos, con la excepción de Brasil y Colombia, contempla que en esta primera audiencia las partes deban **aclarar o ratificar sus pretensiones**. Ya sea con fórmulas como “fijar con precisión la pretensión y la oposición” o “ratificar los actos postulatorios”, la mayoría contempla esta actividad. Si bien esta actividad suele considerarse parte de esta audiencia por la doctrina, su regulación puede llevar a repeticiones innecesarias de lo que ha sido vertido en los respectivos actos postulatorios. Asimismo, estas aclaraciones o ratificaciones nunca deben suponer la lectura íntegra de la demanda ni un alegato de apertura. Por lo anterior, consideramos que la regulación de **Ecuador** en este punto es la más virtuosa, pues el hecho de indicar que las partes deban exponer “sus fundamentos”, entrega el pie necesario para que éstas realicen sus alegatos de apertura desde el correcto entendimiento de éste como una herramienta básica de la litigación y el contradictorio, y así no se desvíen a repeticiones inútiles de lo expresado en la demanda y contestación.

Asimismo, y nuevamente exceptuando a Brasil, se observa que todos los códigos consideran que en la audiencia preliminar deben llevarse a cabo las actividades necesarias para que el proceso pueda desarrollarse de manera adecuada y que el eventual juicio se realice sin ningún inconveniente. A saber, se indica que en esta instancia procesal debe **sanearse el proceso** y resolverse –y eventualmente litigarse– los **defectos formales** que afectan la resolución de la controversia –por ejemplo, excepciones previas o nulidades procesales–; debe fijarse con precisión cuál es el **objeto del debate**– cuyo entendimiento puede incluir la diferencia entre objeto del proceso y determinación de hechos sustanciales, controvertidos y admitidos, pero que para estos efectos consideramos como parte de una misma actividad– y llevar a cabo la **determinación de la prueba admisible** en base a diversos criterios que se estudiarán en otra sección.

En algunas normativas, la estructura de procesamiento presenta modulaciones especiales en función de la posibilidad de agotar el debate en la audiencia preliminar. Por ejemplo, en el caso de **Bolivia** se habilita la producción de toda la prueba cuyo diligenciamiento fuera posible en dicha audiencia. Sólo si existiera prueba que no se pueda producir en la misma, será realizada en audiencia complementaria (art. 366, CPC). De allí su calificación como tal.

Lo mismo sucede en el **caso colombiano**: cuando se advierta que la práctica de pruebas es posible y conveniente en la audiencia inicial, el juez o la jueza, de oficio o a petición de parte, decretarán las pruebas en el auto que fija fecha y hora para ella, con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento. En esa única audiencia se proferirá la sentencia (art. 372). Dicha regla constituye una síntesis interesante del rol de gestor del juez o jueza, el trabajo cooperativo de las partes, la preocupación por la simplificación del proceso y la búsqueda de soluciones efectivas. Disposición similar dispone el CPC de **Honduras**, el cual habilita la toma de decisión en la propia audiencia preliminar en caso de que toda la prueba ofrecida pudiera practicarse en ese momento; por ejemplo, interrogatorio de parte (arts. 464, 474 y 475).

En el **caso brasileño** –donde señalamos que no existe audiencia preliminar–, las actividades de saneamiento del proceso, fijación del objeto del debate y proveimiento de la prueba admisible, se hacen de forma escrita por parte del juez o de la jueza a través de una **resolución de “saneamiento y organización del proceso”** (art. 357).

No obstante ello, como excepción –cuando la causa presenta complejidad en materia de hecho o de derecho– la autoridad judicial debe designar audiencia para que el saneamiento sea realizado en cooperación con las partes. Durante la misma se realizarán los objetivos señalados, momento en el que la jueza o el juez invitarán a las partes a integrar o esclarecer sus alegaciones. También trabajarán en torno al calendario de gestión del caso y, particularmente, de producción probatoria.

Por último, es fundamental precisar que la audiencia preliminar –como la de juicio en su caso– debe servir para resolver cualquier otro pormenor vinculado con el procesamiento en general o con alguna contingencia en particular que allí surgiese durante. Por ejemplo, el levantamiento de cautelares, cuestión que está expresamente regulada en Costa Rica.

De allí que sea esencial una activa, continua y adecuada gestión del caso, a través de la cual se adopten las medidas y acciones necesarias para que las audiencias establecidas puedan ser aprovechadas al máximo, contando en esa oportunidad con la presencia de todos los sujetos y elementos de juicio necesarios para discutir y resolver. El trabajo conjunto, coordinado y cooperativo entre autoridad judicial, Oficina Judicial, abogados y abogadas, y agentes de información (terceros), será clave.

### 3. Audiencia de juicio

La audiencia de juicio es, por definición, la instancia donde se rinde la prueba y debe ser delineada como eje central de un proceso. Lorenzo (2017, pág. 39) la entiende como “el momento central de un proceso controvertido, ya que en la audiencia de juicio las partes deberán producir la prueba que les permite sostener su posición en el proceso y, a partir de la prueba producida, el juez o jueces intervinientes darán una sentencia”. Resulta necesario precisar que juicio o audiencia de juicio son sinónimos de **audiencia oral, pública y contradictoria**, y que ésta tiene por objeto que “las partes presenten su versión sobre los hechos, mediante sus argumentos y medios de prueba, ante un tribunal imparcial que percibe concentrada y directamente la actividad de las partes litigantes y que, de acuerdo a lo percibido, y sólo de acuerdo a ello, debe formar su juicio o convicción” (Duce, Marín & Riego, 2008, pág. 47).

Es fundamental que esta audiencia sea efectivamente oral, pública y concentrada y se rija por los principios de inmediación y contradicción. Estos lineamientos no sólo se asocian con el cumplimiento de la garantía del debido proceso, sino que permiten que en el juicio se produzca información de alta calidad, así como un mejor desarrollo del litigio y, con ello, se facilite también la decisión final del juez o la jueza (Duce, Marín & Riego, 2008; Pereira, Villadiego & Chayer, 2011; Lorenzo, 2017).

Una adecuada regulación de la audiencia de juicio constituye un elemento de análisis fundamental dentro de una reforma. Por ello, en lo sucesivo de este apartado, centraremos el análisis en ciertos aspectos que la audiencia de juicio presenta en cada una de las reglamentaciones procesales que están siendo estudiadas.

Para comenzar, presentamos una tabla que da cuenta de la denominación que cada código le ha dado a esta audiencia, así como de sus objetivos y su respectiva regulación.

**Tabla 10:** Regulación audiencia de juicio

País	Denominación Audiencia de Juicio	Objetivos	Regulación
Bolivia	Audiencia Complementaria	Tiene por objetivo principal la rendición de la prueba. Además, será el momento en que la autoridad judicial escuche seguidamente a las partes y posteriormente dicte sentencia.	Artículo 368
Brasil	Audiencia de Instrucción y Juzgamiento	Se intentará conciliar el conflicto (aun cuando se hayan empleado otros medios similares como la mediación o el arbitraje), rendirá la prueba y, en su caso, dictará sentencia.	Artículos 358 y ss.
Colombia	Audiencia de Instrucción y Juzgamiento	Rendir la prueba sobre los hechos en los que las partes no hayan estado de acuerdo y que no fuesen susceptibles de confesión, rendir alegatos de las partes y dictar sentencia oral.	Artículo 373
Costa Rica	Audiencia Complementaria	Tiene por objetivo la práctica de la prueba, que las partes den a conocer sus conclusiones y la deliberación y el dictado de la sentencia.	Artículo 102.5
Ecuador	Audiencia de Juicio	Inicia con los alegatos de apertura de cada una las partes, en los que deberán determinar el orden en que se practicarán sus pruebas de acuerdo a sus propias estrategias. Seguido a ello la autoridad judicial ordenará su producción. La audiencia culmina con los alegatos finales.	Artículos 297 y ss.
El Salvador	Audiencia Probatoria	Tiene por objetivo la realización en forma oral y pública de los medios de prueba previamente admitidos. En la misma audiencia, y antes de finalizar ésta, se concederá la palabra a las partes para la realización de los alegatos finales.	Artículo 402 y ss.

País	Denominación Audiencia de Juicio	Objetivos	Regulación
Honduras	Audiencia Probatoria	Ésta tiene como cometido central la práctica oral y pública de todas las fuentes y medios probatorios oportunamente admitidos. También es la instancia en que las partes podrán efectuar sus alegatos finales.	Artículos 466 y ss.
Nicaragua	Audiencia Probatoria	Llevar a cabo la práctica de las pruebas. Antes de finalizar la audiencia, las partes realizarán sus alegatos finales con el fin de concretar y relacionar los hechos alegados con las pruebas presentadas.	Artículo 460 y ss.

Fuente: elaboración propia

En primer lugar, y aunque en términos generales se advierten similitudes en cuanto a la estructura y objetivos que cada código regula para esta audiencia, una primera gran diferencia entre éstos es el nombre que se le asigna.

Así, vemos que solo **Ecuador** se refiere a esta audiencia como una audiencia de juicio propiamente tal, mientras que **El Salvador, Honduras y Nicaragua** la denominan como Audiencia Probatoria, al menos haciendo referencia a lo que es su objetivo principal. Por su parte, **Bolivia y Costa Rica** la han regulado como Audiencia Complementaria, y **Brasil y Colombia** como Audiencia de Instrucción y Juzgamiento.

Se ha considerado que, si se pretende recoger el verdadero sentido de los artículos 8.1 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto y, en consecuencia, establecer la audiencia oral, pública y contradictoria como garantía central del debido proceso, ésta debe ser delineada como eje central de todo proceso (Duce, Marín & Riego, 2008; Pereira, Villadiego & Chayer, 2011; Binder, 2012). Por ello, consideramos que su *denominación adecuada es la de audiencia de juicio*, pues es la que mejor manifiesta su naturaleza de ser el momento en el que, a través de los medios de prueba, el juez o jueza forman su juicio sobre lo ocurrido (Marín, 2018). Si bien parece un tema menor, consideramos importante mencionarlo, pues por ejemplo, la idea de complementariedad que en Bolivia y Costa Rica se le da a esta audiencia, dista bastante de la exigencia de centralidad que debe tener esta audiencia en un proceso. Y por su parte, la idea de instrucción y juzgamiento también se aleja respecto de la naturaleza adversarial y del contradictorio que se espera se produzca en ella.

Ahora bien, por supuesto que no bastará con la existencia o la denominación que tenga la audiencia de juicio para determinar si ésta fungirá como garantía central y efectiva del debido proceso, o si, como se estudiará más adelante, se constituye como una herramienta para generar información de alta calidad. Para llevar a cabo dicho objetivo debe analizarse el conjunto de condiciones que aseguren de manera efectiva el ejercicio razonable de los derechos de las personas (Duce, Marín & Riego, 2008), y esto podemos hacerlo revisando los objetivos y respectivas características que la normativa ha establecido para esta audiencia y, desde luego, analizando las normas relativas a la regulación de la prueba que será producida en ella.

Dado que las reglas probatorias serán analizadas en un apartado separado y dedicado especialmente para ello, a continuación revisamos brevemente el otro conjunto de condiciones que caracterizan y llenan de contenido a esta audiencia. Analizaremos conjuntamente los objetivos y otros caracteres que los códigos han establecido para el juicio.

En lo que respecta a los objetivos propiamente tales, se aprecia –al menos normativamente– bastante similitud entre los distintos códigos. En general, podemos decir que son tres los grandes objetivos contemplados: 1) **producir o rendirla prueba admitida**; 2) **escuchar los fundamentos o alegatos de las partes** y 3) **dictar sentencia**.

En lo que respecta al primer objetivo, observamos que todos los países han establecido que una de las actividades principales que deben llevarse a cabo en esta audiencia, es la **producción de la prueba**. Desde aquí, lo primero que cabe mencionar es que dicho objetivo es básico si lo que se pretende es establecer un proceso oral.

Recordemos dos puntos importantes a este respecto. En primer lugar, que la totalidad de los códigos estudiados han establecido de forma expresa el principio de *oralidad* dentro de su normativa. En segundo lugar, que si bien la oralidad supone el uso de la palabra por sobre el uso de la escritura, ésta es, básicamente, “una metodología de producción de información y su comunicación entre las partes, por un lado, y entre las partes y el tribunal, por otro” (Duce, Marín & Riego, 2008, pág. 36). Y la información a la que se refiere esta definición es aquella que entrega la prueba. En consecuencia, un requisito básico para poder hablar de un sistema procesal oral, es que se contemple que la *prueba deba ser producida en una audiencia oral, pública y contradictoria*. Desde esta primera aproximación podemos decir que todos los países efectivamente lo hacen. Con todo, será el análisis de las reglas de la prueba el que más adelante nos permitirá determinar si es que el principio de oralidad y la rendición de la prueba en juicio son más que un sistema formalmente diseñado como oral.

La diferencia que presentan las reglamentaciones en relación a este punto está dada más bien por el rol de la autoridad judicial y de las partes durante la audiencia, en función de muchos otros factores que se relacionan con la filosofía y el modelo de justicia que la normativa asume. Nos remitimos a este respecto a las consideraciones realizadas en el capítulo sobre aspectos probatorios.

En segundo lugar, se observa que, en términos amplios, todos los códigos contemplan que en la audiencia de juicio **las partes expresen sus fundamentos o lleven a cabo sus alegatos orales**. En general, se prevén plazos precisos, los cuales pueden ser ampliados cuando la causa revista complejidad.

A este respecto se advierte que los alegatos finales son previstos en todas las reglamentaciones, mas *no así los de apertura*, cuestión que da cuenta de que la oralidad como metodología de producción de información no ha sido íntegramente captada por los procesos de reforma. Como puede advertirse en la doctrina<sup>34</sup>, el alegato inicial o de apertura es una herramienta básica que permite que la litigación se lleve a cabo de manera adecuada y que

<sup>34</sup> Véase a este respecto, entre otros: Lorenzo, L. (2017), *Manual de Litigación Civil*; Marín, F. (2018), *Manual de Litigación de Audiencias Orales en la Nueva Justicia Civil de Costa Rica*; Baytelman, A. & Duce, M. (2004), *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*.

con ello se materialice el principio de oralidad. Dicho de otro modo, la restricción del alegato de apertura restringe a su vez el principio de oralidad, pues se suprime una herramienta de litigación que es esencial para la producción de información de alta calidad.

En este sentido, el único país que expresamente contempla los alegatos de apertura es Ecuador, mientras que los demás no los conciben. No obstante, al no prohibirlos, podrían implementarse como buena práctica en pro del principio de oralidad que rige la normativa.

Por último, la mayoría de las reglamentaciones considera que es en esta audiencia el momento indicado para el *dictado de sentencia*. En general, la mayoría establece como regla su pronunciamiento en audiencia y, como excepción, su diferimiento. La excepción se justifica frente a la complejidad del caso. Allí se advierten dos variantes. La primera es emitir el fallo (parte resolutive) y diferir su fundamentación para un momento ulterior (por ejemplo, **Bolivia**). La segunda, directamente habilitar el dictado de la decisión fuera de la audiencia, por escrito y dentro de un plazo que oscila entre los 10 (por ejemplo, **Honduras**) y 30 días.

En **Colombia**, por ejemplo, la regla es que la sentencia se emite oralmente. Sin embargo, si fuera necesario, puede decretarse un receso de hasta dos horas para el pronunciamiento. Cuando no pueda dictarse en forma oral, la autoridad judicial deberá justificarlo e informar al Consejo Superior. En ese caso, deberá anunciar el sentido de su fallo, una breve exposición de sus fundamentos y emitir la decisión escrita dentro de los diez días siguientes (art. 373, CGP). En Ecuador también se dispone que, terminada la intervención de los contendientes, la autoridad judicial pueda suspender la audiencia hasta que forme su convicción, debiendo reanudarla dentro del mismo día para emitir su resolución oralmente (art. 295, COGEP). En Brasil se estatuye que “finalizado el debate u ofrecidas las razones finales, el juez expedirá sentencia en audiencia o en el plazo de 30 días” (art. 366), sin exigir expresión de causa habilitante. No obstante ello, consideramos que, constituyendo una excepción a la regla y teniendo en consideración el derecho-garantía a la fundamentación adecuada de las decisiones, la autoridad judicial debe aportar razones que justifiquen la postergación.

Un aspecto problemático en relación con este punto, son las “audiencias de lectura de sentencias” que en algunas reglamentaciones existen y que pueden calificarse como “audiencias de mero trámite”. Por ejemplo, cuando en Bolivia el juez o jueza difieren la fundamentación de la decisión, se prevé una audiencia para la lectura de sentencia (arts. 216 y concs., CPC). El hecho de que la audiencia tenga ese objeto, no sirva para aclarar cuestiones vinculadas a la decisión o su alcance, y que se fije para un momento ulterior (con lo que supone en términos de tiempo para las partes), la torna irrazonable y sin sentido. La experiencia del Código General del Proceso uruguayo, que prevé una disposición similar, abona la afirmación o tesis<sup>35</sup>.

En cuanto a los objetivos propios de esta audiencia, también puede considerarse el deber del juez o jueza de (re)intentar una conciliación. En algunos casos se incorpora como actividad expresa (por ejemplo, en el caso de **Brasil**<sup>36</sup>). En otros, puede construirse de los deberes generales de la autoridad judicial.

<sup>35</sup> Véase respecto a las denominadas audiencias de mero trámite y la experiencia uruguayo: Espinosa Olguín, L. & Martínez Layuno, J.J. (2017), *Reporte sobre la gestión judicial y oralidad en la justicia civil uruguayo*.

<sup>36</sup> Arts. 358, 359, 361 y concs., CPC.



Por último, puede decirse que, si bien la mayoría de los Códigos estipula los principios de unidad de acto y continuidad de la audiencia, en algunas legislaciones se habilita la división o celebración de una o más audiencias probatorias. El **CPC hondureño** (art. 465) es un ejemplo. Ello atenta contra la exigencia de garantizar la concentración, economía procesal y contradictorio. La fragmentación en la producción probatoria no sólo genera un mayor dispendio jurisdiccional, sino que debilita la confrontación de la información que reportan las fuentes probatorias y, por ende, la potencia de la intermediación.

## b. Proceso sumario

Como se adelantó en el inicio de este segundo apartado sobre procesos regulados y sus respectivas audiencias, en los sistemas procesales reformados que estamos estudiando se identifican a lo menos dos estructuras procesales de conocimiento. La primera es el proceso ordinario que analizamos en profundidad en el punto anterior, y la segunda la constituyen los denominados “procesos sumarios o extraordinarios”, cuyas características estudiaremos brevemente a continuación.

En general, se entiende que este proceso, que suele establecerse para casos de solución urgente que incluyen ciertas materias o que afectan derechos especialmente protegidos, también “debe ser predominantemente mixto de corte adversarial y garantizar el debido proceso con menores estándares de satisfacción que el proceso ordinario. Debe incluir procedimientos sumarios y simplificados que impliquen un juicio que garantice la oralidad, intermediación, concentración, economía, disposición y publicidad” (Pereira, Villadiego & Chayer, 2011, pág. 94).

Al igual que el proceso ordinario, los procesos sumarios suelen tener las mismas etapas procesales que se establecen para el proceso ordinario, con la diferencia de que presentan estándares más flexibles en su tramitación y posibilitan una mayor concentración en todas o algunas de sus etapas.

A continuación mostramos una tabla que caracteriza el tipo de causas a las que aplica el proceso sumario en los últimos códigos aprobados en América Latina, del cual se exceptúa Brasil porque como hemos indicado al comienzo de este capítulo, su código reconoce una sola estructura procesal.

*Tabla 11: Regulación del proceso sumario o extraordinario*

País	Materias	Cuantía
Bolivia	Controversias relativas a los interdictos de conservar y recuperar la posesión, así como los de obra nueva perjudicial, de daño temido y desalojo de vivienda, sin perjuicio de conciliación previa o adopción de medidas preparatorias y cautelares	No indica
Brasil	N/A	N/A

País	Materias	Cuantía
Colombia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Propiedad horizontal</li> <li>• Alimentos y pensiones alimenticias</li> <li>• Patria potestad, algunas controversias entre cónyuges, salida de los hijos menores al exterior y del restablecimiento de derechos de NNA</li> <li>• Determinados artículos del Código de Comercio</li> <li>• Derechos de autor</li> <li>• Títulos valores</li> <li>• Los que conforme a disposición especial deba resolver el juez con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, o a su prudente juicio, o a manera de árbitro</li> <li>• Lanzamiento por ocupación de hecho de predios rurales</li> <li>• Las que indiquen leyes especiales</li> </ul>	Asuntos contenciosos de mínima cuantía
Costa Rica	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Desahucio y cobro de obligaciones dinerarias líquidas y exigibles, cuando no correspondan al proceso monitorio</li> <li>• Contrato de arrendamiento</li> <li>• Interdictales; suspensión de obra nueva; derribo; jactancia</li> <li>• Posesión provisional de muebles, excepto dinero</li> <li>• Entrega o devolución de bienes</li> <li>• Copropiedad, propiedad horizontal y dominio compartido</li> <li>• Prestación, modificación o extinción de garantías</li> <li>• Autorización de ingreso en predio ajeno</li> <li>• Cobro de créditos garantizados por el derecho de retención sobre bienes muebles</li> <li>• Restablecimiento del derecho de paso fundado en un título pre-existente</li> <li>• Las que se dispongan en leyes especiales</li> </ul>	No indica
Ecuador	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Las ordenadas por la ley</li> <li>• Las acciones posesorias y especiales, obra nueva, servidumbres, demarcación de linderos, despojo violento y de despojo judicial</li> <li>• Prestación de alimentos</li> <li>• El divorcio contencioso</li> <li>• Incapacidades y declaratoria de interdicción y guardas</li> <li>• Honorarios profesionales</li> <li>• Los casos de oposición a los procedimientos voluntarios</li> <li>• Despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales</li> <li>• Falta de acuerdo en el precio a pagar por expropiación</li> </ul>	No indica
El Salvador	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Liquidación de daños y perjuicios</li> <li>• Oposición a la reposición judicial de títulos valores</li> <li>• Disolución y liquidación judicial de una sociedad</li> <li>• Nulidad de sociedades</li> </ul>	Cuantía que no supere Veinticinco Mil Colones o su equivalente en Dólares de los Estados Unidos de América.

País	Materias	Cuantía
Honduras	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Controversias entre comuneros, pago por consignación, derechos de servidumbre</li> <li>• Arrendamiento e Inquilinato</li> <li>• Pretensiones Posesorias</li> <li>• Calificación registral</li> <li>• Rectificación de hechos o informaciones inexactas y perjudiciales</li> <li>• Arrendamientos financieros y venta de bienes muebles a plazo</li> <li>• Propiedad horizontal</li> <li>• Prescripción adquisitiva, deslinde y amojonamiento</li> <li>• Pretensiones derivadas de accidentes de tránsito</li> </ul>	Cuantía que no sea mayor a CIEN MIL LEMPIRAS (Lps. 100.000.00).
Nicaragua	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derechos entre comuneros</li> <li>• Derechos de servidumbre</li> <li>• Arrendamiento</li> <li>• Pretensiones posesorias</li> <li>• Negativa de inscripción registral expresa o presunta</li> <li>• Rectificación de hechos o informaciones inexactas y perjudiciales</li> <li>• Propiedad horizontal</li> <li>• Prescripción adquisitiva</li> <li>• Partición de herencia</li> <li>• Pretensiones derivadas de accidentes de tránsito</li> </ul>	Pretensiones que no estén en el ámbito del proceso ordinario conforme la cuantía fijada por la Corte Suprema de Justicia

Fuente: elaboración propia

Como puede observarse, un primer aspecto que resalta en todas las normativas es que las materias para las cuales procede el proceso sumario son bastante similares entre sí e incluyen controversias relacionadas sobre todo con diversos tipos o naturalezas de acciones posesorias, así como con arrendamiento y algunas otras que dicen relación con ciertos tipos de propiedad (como la propiedad horizontal) o conflictos concretos. Predominan, en todo caso, conflictos patrimoniales. Con todo, pueden advertirse dos grandes tendencias en lo que dice relación a la regulación del proceso sumario, y desde dos perspectivas.

Desde una primera, que dice relación con el tipo de causas que tramitan por este proceso, vemos un primer grupo muy marcado que se encuentra compuesto por **Colombia** y **Ecuador**, que son los únicos países que, además de incluir las materias comunes a todos los países, incluyen conflictos de derechos que no tienen carácter netamente patrimonial, como son las controversias relativas al derecho de familia, y en Ecuador, también al laboral. Esto se explica toda vez que estos dos países son los únicos que han establecido un Código General de Procesos.

Los demás países tienden a regular el proceso sumario para conflictos puramente patrimoniales, aunque destacan con una regulación bastante similar **Honduras** y **Nicaragua**, normativas que además de contemplar las materias comunes que hemos mencionado, incluyen conflictos entre comuneros, conflictos registrales y, lo que más destacamos, pretensiones derivadas de accidentes de tránsito.

Desde la perspectiva de la cuantía como criterio de aplicación del proceso sumario, se advierte un primer grupo que sí contempla este elemento y un grupo que no. Dentro del primero, se encuentra Colombia, El Salvador, Honduras y Nicaragua. Por su parte, Bolivia,

Costa Rica y Ecuador no han regulado la cuantía como un criterio para determinar qué tipo de asuntos deben ser tramitados por el proceso sumario o no, y sólo se han limitado a considerar el tipo de materia.

### *Caracterización del proceso sumario y de su “Audiencia única multipropósito”*

Como ya se adelantó, el proceso sumario suele tener una estructura procesal bastante similar a la del proceso ordinario, con la diferencia de que existen ciertos trámites, actuaciones y/o etapas procesales que pueden simplificarse y/o concentrarse.

Así, la primera etapa del proceso sumario sigue siendo un período postulatorio o de discusión, la que presenta variaciones en cada país y respecto al proceso ordinario principal. Sólo a modo de ejemplo podemos observar que en **Bolivia**, en esta etapa, no se permite la demanda reconventional; en **Colombia**, en tanto, la demanda y contestación pueden presentarse verbalmente ante el secretario; en **Honduras** pueden utilizarse formularios normalizados de demanda; finalmente en **Ecuador** no se permite la reforma a la demanda.

Ahora bien, no obstante puedan analizarse muchos otros elementos (como por ejemplo, si procede o no procede apelación de las decisiones adoptadas en esta instancia), para nuestro análisis lo nuclear de este proceso es que las actuaciones que en el proceso ordinario se realizan en dos audiencias, en éste se realizan en lo que hemos denominado como audiencia única multipropósito. Ésta es la nota común a todas las normativas y lo esencialmente característico de este proceso.

Entendemos la audiencia multipropósito como el hito central de un proceso de conocimiento concentrado, cuyos objetivos principales son intentar la autocomposición de las partes, que las partes puedan exponer oralmente sus puntos de vista, sanear el proceso si procediere, fijar el objeto del debate, debatir sobre la admisibilidad y exclusión de la prueba y, en el mismo acto, producir y litigar el material probatorio que resultase admisible.

Si bien se trata de una audiencia que tiene una impronta bastante cercana a lo que conocemos como audiencia de pequeñas causas, se distingue de ésta por dos grandes razones. En primer lugar, y en general, a la audiencia multipropósito sí se requerirá asistir con abogados o abogadas y no alcanza el grado de informalidad y simplificación procesal que caracteriza a una audiencia de pequeñas causas. Esto, porque se trata de una audiencia formal cuyo objetivo principal es la adjudicación de un derecho por parte de un tercero. En segundo lugar, y más determinante, la orgánica que suele rodear a cada una de estas audiencias es totalmente distinta e impacta en el tratamiento del conflicto. En la audiencia multipropósito, es un juez o una jueza –dentro de una orgánica de tribunal tradicional y común al resto de los procesos judiciales– quienes conocen el caso, mientras que en una audiencia de pequeñas causas se presenta toda una orgánica especializada que tiene su foco en la gestión y autocomposición del conflicto, y que, de hecho, muchas veces será presidida por un juez o una jueza no letrada.

Con todo, pensamos que la audiencia multipropósito puede (y debe) aspirar a desarrollarse bajo la impronta de una audiencia de pequeñas causas, pues las características que en general presentan los procesos sumarios en la región, tienen el potencial de asimilarse a una audiencia de pequeñas causas si enfatizan sus elementos de simplificación procesal y se enfocan en una adecuada gestión e, idealmente, autocomposición del conflicto.

En la siguiente tabla se muestra cómo cada país regula esta audiencia y cuáles son sus respectivos objetivos.

**Tabla 12:** Regulación de la audiencia única multipropósito

País	Descripción y objetivos de la audiencia	Regulación
Bolivia	Se cita a una única audiencia a fin de promover de oficio la conciliación intraprocésal, fijarse los puntos de debate, diligenciarse los medios de prueba y, sin necesidad de alegatos, dictarse sentencia.	Artículo 370
Brasil	N/A	N/A
Colombia	En una sola audiencia se practican las actividades previstas en los artículos 372 (Audiencia Inicial) y 373 (Audiencia de Instrucción y Juzgamiento), en lo pertinente. En el mismo auto en el que el juez o jueza citan a la audiencia, decretan las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio consideren.	Artículo 392
Costa Rica	El tribunal determina las pruebas antes de la audiencia, en la cual se llevan a cabo, en lo pertinente, las siguientes actividades: informe a las partes sobre el objeto del proceso y el orden en que se conocerán las cuestiones; conciliación; aclaración de las proposiciones de las partes; contestación, ofrecimiento y presentación de contrapueba; recepción, admisión y práctica de prueba, y resolución sobre actividad procesal defectuosa, excepciones y saneamiento; definición de la cuantía del proceso; fijación objeto del debate; admisión y práctica de pruebas; resolución sobre medidas cautelares cuando proceda; conclusiones de las partes; dictado de sentencia.	Artículo 103.3
Ecuador	Se desarrolla una audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. Esta audiencia se realiza en el término máximo de treinta días a partir de la contestación a la demanda.	Artículo 333
El Salvador	Juez o jueza intentan que las partes lleguen a un arreglo. Si no hubiera avenencia en conciliación, se pasará seguidamente a la audiencia, concediéndose la palabra al demandante para que ratifique, amplíe o reduzca su demanda. A su vez, el demandado contesta primero defectos formales y luego de fondo. Acto seguido, el demandado podrá formular reconvencción. El demandante contestará defectos procesales alegados y a la reconvencción. Las partes harán uso de la palabra cuantas veces el juez lo estime conveniente. A continuación, las partes propondrán las pruebas de las que pretendan valerse y el juez admitirá las útiles y pertinentes. Practicada la prueba, las partes formularán oralmente sus alegatos finales. Terminada la audiencia, el juez podrá dictar sentencia en el acto, si es procedente. Si no lo es, deberá anunciar verbalmente el fallo.	Artículo 426 y ss.
Honduras	La audiencia principiará mediante el intento de conciliación. Si no hubiere acuerdo corresponderá al demandante ratificar su demanda. Seguidamente contestará el demandado, primero sobre temas formales y luego de fondo. En último lugar, si es el caso, expondrá su demanda reconvenccional. El demandante podrá contestar a las excepciones y a la reconvencción. Luego se procederá a la proposición, admisión y práctica de la prueba. Practicada la prueba, las partes o sus defensores, en su caso, formularán oralmente sus alegatos finales. El tribunal dictará sentencia dentro de los cinco (5) días siguientes a la terminación de la audiencia.	Artículo 591 y ss.

País	Descripción y objetivos de la audiencia	Regulación
Nicaragua	Las finalidades de la audiencia en el proceso sumario son las señaladas para la audiencia inicial y para la audiencia de prueba del proceso ordinario. Practicada la prueba, las partes a través de quienes les asistan o representen, formularán oralmente sus alegatos finales en la forma prevista en el Código.	Artículo 506

Fuente: elaboración propia

### 3. ALGUNAS CONCLUSIONES EN TORNO AL DISEÑO DE LAS ESTRUCTURAS PROCESALES Y SUS AUDIENCIAS RESPECTIVAS

Del análisis efectuado a las estructuras procesales y sus respectivas audiencias, emergen algunas tendencias y consideraciones de interés que nos permiten reflexionar en torno al grado y calidad de la oralidad en estos procesos de reforma.

En primer lugar, y en lo que dice relación con el *principio de flexibilidad procesal*, del análisis puede concluirse que, en términos generales, el proceso de reforma que ha experimentado América Latina sigue *arraigado a una concepción rígida y legalista del derecho*, lo que tiene su expresión en la consagración de principios como el de legalidad de las formas procesales o en la consagración de la norma procesal como indisponible. Los países que normativamente presentan un mayor grado de rigidez en su normativa procesal son **Bolivia, Colombia, El Salvador, Honduras** y, en menor medida, **Costa Rica**.

Consideramos que, en este sentido y bajo un correcto y evolutivo entender del principio de legalidad procesal<sup>37</sup>, la regulación que verdaderamente cierra la puerta al proceso dúctil es la indisponibilidad de la norma procesal, pues con un principio como éste se hace casi imposible adaptar o modificar las normas en pos de otros principios, derechos o valores que la justicia debe contemplar. Una interpretación sistemática y armónica de la normativa puede hacer convivir un principio de legalidad procesal con un principio de flexibilidad. De hecho, así lo entiende también García Odgers (2018) al referirse a las condiciones que requiere una herramienta como el *case management* para ser efectiva, a lo que indica que ésta depende de una normativa que contenga un balance adecuado entre la existencia de reglas (estandarización), y flexibilidad de ellas, lo que de por sí importa una mayor discreción judicial.

En la vereda contraria, se observa que el único país que encabeza lo que podríamos denominar una nueva tendencia procesal que se encamina hacia un proceso judicial flexible, es **Brasil**, que como analizamos en el respectivo apartado, tiene un articulado coherente con el principio de instrumentalidad de las formas y, además, contempla ciertas modalidades de *case management*. Si bien este país tampoco contempla un principio expreso de flexibilidad procesal, su normativa sí constituye una expresión de éste.

Ahora, en lo que dice relación con las *estructuras procesales* reguladas, se advirtió que todos los países analizados, **excepto Brasil**, regulan dos grandes procesos de conocimiento

<sup>37</sup> Para ver una interpretación del principio de legalidad de las formas que se aparta del ritualismo y extrema rigidez procesal, véase: Gozaini (2012).

o declarativos que tienen varias similitudes entre sí. Nos referimos al proceso ordinario y al proceso sumario. Para estos países, el proceso ordinario es principal y supletorio y presenta dos audiencias: una preliminar y otra de juicio. Por su parte, el proceso sumario se caracteriza por ser un proceso concentrado en lo que identificamos como una audiencia única multipropósito.

En cuanto a las características de estas estructuras procesales, podemos decir que todas las regulaciones, sin excepción, incorporaron como matriz de discusión un *proceso oral por audiencias*, el que en estricto rigor calificaría como mixto, puesto que las postulaciones y recursos son escritos. Lo anterior no obsta a que, desde esta perspectiva, se pueda concluir que todas las reformas aspiraron a establecer, al menos normativamente, un sistema de justicia civil oral. De hecho, es tan así, que como vimos en el capítulo dos de esta sección, el principio de oralidad es uno de los pocos principios, de todos los identificados, regulado expresamente por todos los códigos (junto con el dispositivo y el de publicidad).

Ahora bien, del análisis efectuado a las estructuras procesales y sus respectivas audiencias, no necesariamente se arriba a la conclusión de que el referido principio de oralidad ha sido adecuadamente recepcionado en todas las reformas. No obstante, una conclusión más acabada podrá obtenerse luego del análisis de sus reglas probatorias. A continuación desarrollaremos algunas consideraciones a este respecto desde la perspectiva del diseño normativo de sus procesos y respectivas audiencias.

Como punto de partida, consideramos que, en la mayoría de los casos, las directrices relativas a la oralidad no han sido tan claras como sería deseable.

Por un lado, la audiencia de juicio no pareciese tener en las regulaciones vigentes la centralidad que merece<sup>38</sup>. Muestra de ello son sus denominaciones como audiencias complementarias o de instrucción y juzgamiento; el hecho de que no tenga forma de tal o carezca de momentos propios del juicio (por ejemplo, alegatos de apertura) y, el tipo de contradictorio organizado, el cual puede ir en desmedro del objetivo de obtener información de calidad. Por ejemplo, al estipular que sea el juez o la jueza quienes -sin previo contradictorio entre las partes- inicien el interrogatorio de un testigo (cuestión que se verá en detalle en el siguiente capítulo).

De allí que consideremos que sería deseable incorporar esas cuestiones como buenas prácticas (por ejemplo, exposición de las teorías del caso en la apertura) o reinterpretar el diseño del contradictorio (por ejemplo, dejando iniciar a las partes el examen, permitiéndoles contraexaminar y, en todo caso, preguntar al final), para garantizar y potenciar el juicio como espacio de debate, mejorar la litigación y la toma de decisión.

Por último, en torno a otras características transversales a los códigos estudiados podemos decir que, en general, todas las regulaciones establecen el deber de comparecencia personal, la imposibilidad de sustituirla por apoderado, sanciones asociadas al incumplimiento (por ejemplo, pérdida de la acción, presunciones o, como en Brasil, la posibilidad adicional

<sup>38</sup> El COGEP ecuatoriano sí estatuye en su artículo 297 una audiencia de juicio con momentos claramente diferenciados.

de multar), un número limitado de diferimientos<sup>39</sup> y/o el deber de prioridad en su reprogramación. Ello es fundamental para promover su oportuna celebración y mejorar la personalización del conflicto, el contradictorio y la obtención de información de calidad.

Por ejemplo, el caso boliviano dispone que las partes deban asistir personalmente a la audiencia preliminar, salvo motivo fundado que justifique la comparecencia por representante, personas colectivas e incapaces. La inasistencia de la parte demandante o reconviniente significará el desistimiento de la respectiva acción. La ausencia del demandado, en tanto, facultará al tribunal a dictar sentencia de inmediato (art. 365). En Colombia, cuando ninguna de las partes concurra a la audiencia, ésta no podrá celebrarse y vencido el término sin que se justifique la inasistencia, el juez o jueza, por medio de auto, declararán terminado el proceso (art. 372.4, CGP).

Una excepción objetable -aunque mitigada por la exigencia de capacidad jurídica- es el supuesto de Honduras, donde si las partes por motivo fundado envían a un representante, éste debe contar con poder suficiente para conciliar, renunciar, allanarse o transigir. En otro caso se les tendrá por no comparecidas (arts. 444, 445, 446 y concs.).

---

<sup>39</sup> Por ejemplo, en Honduras la audiencia sólo puede diferirse una vez, cuando se acrediten en debida forma razones de fuerza mayor (arts. 445 y concs., CPC).



## IV. Aspectos probatorios y de litigación

Son diversos los motivos por los cuales los sistemas de justicia han pretendido instalar un proceso por audiencias y, entre ellos, existe un motivo que podría calificarse como de carácter técnico: *mejorar la calidad de la información* en base a la cual el tribunal adopta su decisión.

En efecto, se ha entendido que el proceso civil moderno debe estructurarse de forma tal que permita controlar y depurar, de manera eficiente y eficaz, la información que se produce en el juicio y que será la que el juez o jueza utilizarán como materia prima para dictar su sentencia. Así, para que este objetivo de depurar la información pueda ser alcanzado, se requiere como elemento indispensable una ***adecuada regulación de las reglas de la prueba***. Estas reglas se refieren a su presentación y admisibilidad, al momento y forma en que ésta debe producirse, a la metodología que tanto las partes como el tribunal utilizarán para su examen y control, y a la forma en que jueces y juezas deben valorar su contenido probatorio (Duce, Marín & Riego, 2008).

La relevancia que tiene el estudio de estas dimensiones para el fin de evaluar si el diseño normativo de los juicios orales tiene el mérito de permitir que éstos se constituyan como herramientas eficientes de control de la información es trascendental. Duce, Marín y Riego(2008, pág. 47) explican de manera muy elocuente esta importancia: "(...) entendemos que al disponer de reglas de la prueba avanzadas en cada uno de estos componentes (las cuatro dimensiones que analizaremos) tendremos el supuesto básico necesario para obtener un juicio oral eficiente en el control de la calidad de la información ingresada a él y, por lo tanto, para obtener decisiones judiciales fundadas en información de mayor confianza que hagan a esas mismas decisiones más confiables".

A su vez, en el entender de estos autores –el cual compartimos–, una primera aproximación de lo que serían reglas de la prueba avanzadas implica el establecimiento de mecanismos claros que permitan a las partes "mostrar, analizar y valorar con mayor especificidad la información ingresada al juicio". Y esto, a su vez, significa que las normas probatorias también deben entregar herramientas eficaces para que jueces y juezas sean capaces "de discriminar de manera efectiva entre la información de buena y de mala calidad presentada en el juicio". Así, esta última actividad de depurar o "limpiar" la información debe ser un criterio central al momento de regular (y evaluar) las normas relativas a la producción de la prueba. Este criterio, debe basarse en una primera idea central:

*"(...) la mejor forma de depurar la información consiste en permitir que todas las versiones que contengan la información, cualquiera sea el formato en que se expresen, puedan ser objeto de un cuestionamiento severo (control de calidad) y que ese cuestionamiento severo esté parcialmente a cargo de la parte a quien esta información perjudica. Esto último se justifica en que es la contraparte quien está en las mejores condiciones de conocer y preparar su caso con detalle, además de tener el mayor interés en demostrarle al tribunal las deficiencias de la versión de la otra parte" (Duce, Marín & Riego, 2008, pág. 50).*

Dado todo lo anterior es que en este capítulo nos hemos abocado al estudio de dichas reglas probatorias, con especial énfasis en las que inciden de manera directa en la litigación y asumiendo la perspectiva de análisis citada en el párrafo anterior. A través de este análisis pretendemos dilucidar, al menos de manera preliminar, si el entramado normativo permite llevar a cabo una litigación estratégica y eficaz que, a su vez, funja como herramienta para llevar a cabo una eficiente depuración de la información que se vierte en el juicio.

Para este objetivo, y siguiendo buena parte de la propuesta de sistematización de la discusión probatoria que realiza González Postigo (2018), en lo que sigue sistematizamos el análisis de los aspectos probatorios y de litigación en cuatro grandes dimensiones. En un primer nivel, estudiaremos todo lo que abarca el momento del descubrimiento de la prueba, lo que hace referencia a aquellas reglas que regulan el modo y oportunidad en que la información en general y los medios de prueba en particular deben ser intercambiados u ofrecidos en juicio, nivel de análisis que también incluye el estudio de la carga probatoria.

En un segundo momento se estudiarán las reglas relativas a la admisibilidad y exclusión probatoria, que incluye el análisis de los filtros que las normas establecen para determinar qué prueba podrá ser producida en juicio por las partes. Seguido a ello serán analizadas las normas que refieren a la presentación y control de la prueba en la audiencia de juicio oral, lo cual nos remite al estudio de los medios probatorios regulados y, muy especialmente, a su caracterización desde la perspectiva de la calidad de la información. Por último, en cuarto lugar, este apartado releva información sobre las reglas de valoración de la prueba.

## **1. DESCUBRIMIENTO Y CARGA DE LA PRUEBA**

### **a. Descubrimiento probatorio**

En términos generales, cuando hablamos de descubrimiento probatorio en sentido estricto, nos referimos a las reglas que regulan el momento en que los medios de prueba y la información en base a la cual cada parte sustentará su pretensión, debe ser conocida por la parte contraria. Este descubrimiento, desde el punto de vista que venimos analizando, es una de las condiciones fundamentales que se necesitan para que la audiencia de juicio sea efectivamente contradictoria y, en consecuencia, que a través de ella se pueda depurar la información (Duce, Marín & Riego, 2008). En otras palabras, podemos decir que se trata de un intercambio temprano de información.

Este intercambio temprano de información puede manifestarse de diversas maneras y grados. En el derecho anglosajón se conoce como *discovery*, siendo el estadounidense<sup>40</sup> el que presenta un mayor desarrollo y grado de evolución, el que incluso ha servido de pauta para el ordenamiento británico (Peña Mardones, 2017). Esta herramienta procesal tiene cuatro funciones principales: (i) permitir un acceso igualitario a la información; (ii) facilitar los acuerdos; (iii) evitar los llamados juicios por emboscadas, que son aquellos en los que una parte no puede responder o reaccionar ante una información que la sorprende por completo en el juicio y (iv) permite que jueces y juezas puedan precisar los hechos (Andrews, 2013).

<sup>40</sup> Según las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses, el objetivo del *discovery* es "(a) la delimitación de los puntos o ejes centrales para el juicio; b) la investigación y averiguación de fuentes de prueba en poder de la contraparte; y, c) la producción de prueba que podría ser admisible en el juicio y no sólo la que pudiera no ser obtenible más tarde" (Sucunza & Verbic, 2015, pág. 20).

En este modelo, por lo general, las partes exhiben sus pruebas en comparendos privados ante un ministro de fe (como un receptor o actuario) que ha sido contratado a tal efecto, y el juez o la jueza sólo intervienen para resolver consultas o alguna oposición que las partes planteen a determinado esclarecimiento (Vial, 2006). Así, por ejemplo, en la justicia civil de Canadá, la sesión de descubrimiento se lleva a cabo en un “espacio neutral y con la presencia de un secretario o reportero del Tribunal, quien tiene a su cargo tomar nota y grabar todo lo que suceda. A ella concurren ambas partes, quienes se examinan y contra-examinan” (González Postigo, 2018, pág. 17). Ahora bien, estas audiencias de descubrimiento son distintas a una audiencia de juicio propiamente tal, pues a pesar de que la prueba producida en una sesión de descubrimiento pueda servir de base para algún pronunciamiento judicial, la información que en ella se produce no puede usarse en el juicio mismo, sino que debe repetirse, y esta vez, en presencia de jueces o juezas (Vial, 2006).

Por su parte, en el derecho continental se han comenzado a desarrollar e identificar mecanismos procesales que, si bien tienen un origen y un anclaje cultural distinto al tradicional *discovery*, también constituyen exhibiciones tempranas de información y prueba. En efecto, en países como Alemania o Italia se ha identificado lo que Berizonce (2016) denomina como *mecanismos de instrucción preliminar probatoria* que permiten una decisión temprana de los conflictos. Por ejemplo, en Alemania se regula la producción de cierta prueba pericial en esta etapa, siempre y cuando se justifique que a través de ella puede evitarse un juicio, y en Italia se amplían los supuestos en los que puede producirse prueba de manera anticipada, con la finalidad de que las partes puedan negociar un acuerdo de manera efectiva.

En consecuencia, ya sea como alguna variable del *discovery* anglosajón o como algún mecanismo de producción de *prueba anticipada*, se puede sostener que el descubrimiento temprano de la prueba permite evaluar las ventajas y desventajas de negociar y llegar a acuerdo en un caso, desincentiva que un caso sin suficiente sustento llegue a juicio y permite que, en la eventualidad de llegar a la audiencia oral, pública y contradictoria, las partes puedan prepararse adecuadamente y llevar a cabo un efectivo control de la información.

Desde esta perspectiva es que en este apartado analizaremos si es que algunos de los códigos han regulado alguna modalidad de intercambio temprano de prueba y de información que permita cumplir con los objetivos planteados. Para ello, en primera instancia analizaremos si es que alguno de los códigos analizados ha consagrado algún tipo de *discovery* o de *instrucción preliminar probatoria*, a la que consideramos más adecuado denominar como *prueba anticipada proactiva*<sup>41</sup>.

En este sentido, una primera cuestión es clara, y es que ninguna de las reformas que venimos analizando ha regulado algún mecanismo cercano al *discovery* anglosajón. El descubrimiento probatorio, así entendido, no se ha extendido ni en la práctica ni en la legalidad de la justicia civil latinoamericana (González Postigo, 2018).

<sup>41</sup> En palabras de Sucunza & Verbic (2015, pág. 9): “La prueba anticipada proactiva es aquella cuya producción puede concurrir, mediante la información que reporta a los interesados sobre cualquier aspecto del conflicto, a viabilizar la autocomposición del mismo por cualquier medio alternativo de resolución de controversias, así como también a facilitar el conocimiento previo de los hechos para justificar o impedir la interposición de una demanda judicial”.

Ahora bien, y no obstante lo anterior, sí podemos identificar códigos en la región que habilitan y organizan sistémicamente mecanismos para el intercambio u obtención de prueba con antelación a un proceso. Nos referimos a **Brasil y Colombia**.

**Brasil** en su CPC instituye la posibilidad de practicar prueba anticipada con efectos proactivos (es decir, de evaluar las fortalezas y debilidades del caso propio y del de la contraria, con el fin de autocomponer o proyectar posibilidades en un eventual juicio). En lo que nos interesa, el art. 381 estatuye que la producción anticipada de prueba será admitida en los casos en que: (i) la prueba a ser producida sea susceptible de viabilizar la autocomposición u otro medio adecuado de solución de conflicto y (ii) el previo conocimiento de los hechos pueda justificar o evitar la proposición de la acción. El juez o la jueza citarán a los interesados en la producción de la prueba, salvo si no tuviese carácter contencioso. No se pronunciará sobre la ocurrencia o no del hecho ni sobre las respectivas consecuencias jurídicas. Se puede producir cualquier medio de prueba (art. 382).

**Colombia** también hace lo propio, denominando al régimen “pruebas extraprocesales” (183 y concs., COGEP). Se trataría de una herramienta procesal que permite que cualquier persona que tenga un conflicto de relevancia jurídica pueda obtener información con antelación a un proceso, a fin de evaluar mejor los hechos, posición, intereses, estrategia, mecanismo de resolución o componer el conflicto. Pueden practicarse interrogatorios de parte o cualquier otro tipo de prueba, debiendo garantizarse la citación de la contraparte para controlar su producción. En su defecto, deberán ser reiteradas en juicio (arts. 188, 222 y concs.).

Salvo esos ejemplos, el resto de los países carece de una sistemática afín y sólo regulan la posibilidad de producir prueba anticipada conservativa. Es decir, sólo se permite producir anticipadamente aquella prueba cuando el objetivo es asegurarla o conservarla, y siempre que la o el interesado “exponga y acredite un fundado temor en su desaparición, alteración o una dificultosa comprobación ulterior” (Sucunza & Verbic, 2015, pág. 6).

Enfatizamos que las reformas deben garantizar el intercambio temprano de prueba y de información con amplitud, para que así las partes de un conflicto puedan, a través del conocimiento de hechos, concluir si se tiene un caso que se pueda llevar a juicio o no; preparar su defensa y definir su estrategia de litigación; valorar sus fortalezas; y/o, promover la autocomposición del conflicto a través de un acuerdo o de otro mecanismo.

Los modelos pueden ser múltiples y dependen de una serie de factores, tanto culturales como institucionales. Sin embargo, lo que no puede obviarse es la exigencia de construir mecanismos y (des)incentivos para lograr el intercambio oportuno u obtención forzada de evidencia.

Ahora bien, reconociendo y asumiendo que, en términos generales, la justicia latinoamericana no ha previsto mecanismos de *discovery* y que, en **Brasil y Colombia** sí se contemplan hipótesis de prueba proactiva, a continuación nos proponemos identificar si en el resto de los países existen, al menos, los incentivos adecuados como para que las partes puedan acceder a algún tipo de información en etapas tempranas del conflicto. Desde esta perspectiva, nos interesa observar si los actos postulatorios u otra herramienta procesal, en ausencia de un descubrimiento probatorio como tal, pueden llegar a proporcionar una cantidad de información razonable como para evaluar las posibilidades de un acuerdo o, eventualmente, preparar y efectuar un contraexamen efectivo de la prueba.

A este respecto, observamos que todas las regulaciones analizadas exigen, a lo menos, que la individualización de todos los medios de prueba se realice con los respectivos escritos postulatorios. Se trataría de un anuncio formal de la prueba que, como tal, no entrega información que permita aproximarse a los objetivos señalados.

Las variaciones que los Códigos presentan dicen relación con aspectos tales como si los documentos y respectivos informes periciales deben acompañarse exclusivamente en dichos escritos o si algunos son admisibles con posterioridad; si deben detallarse los hechos con los medios probatorios con los que serán acreditados o si los/as testigos además de individualizarse deben indicar sobre qué hechos van a declarar.

Desde esta mirada, podríamos decir que existe un primer grupo de países en los que sólo se exige un anuncio formal de los medios probatorios de los que las partes se valdrán, el cual bajo ningún punto de vista proporciona información que permita preparar la confrontación de la prueba y, en consecuencia, volver operativo el principio de contradicción. Una regulación como ésta tampoco permitiría realizar una evaluación temprana del caso en cuanto a sus posibilidades de autocomposición, ni proporcionaría la información requerida— y con la antelación necesaria— como para que el objetivo de debatir acerca de la admisibilidad y exclusión de la prueba, pueda ser una actividad que se lleve a cabo de manera íntegra y eficiente en la respectiva audiencia preliminar.

Entre los países que podríamos incluir en este grupo se encuentran **El Salvador** y **Honduras**, países en los que basta un anuncio genérico o individualización formal del medio probatorio para cumplir con la exigencia normativa.

En un segundo grupo podemos encontrar a aquellos países que profundizan un poco más estas exigencias normativas, como es el caso de **Costa Rica**. Si bien su CPC no exige que toda la prueba se asocie a hechos concretos, sí lo contempla para el caso de las pruebas testimonial y pericial. En efecto, este Código indica que: (i) si se propone prueba testimonial, se deben indicar los hechos sobre los cuales se declarará y (ii) si hay pericias, se deberán precisar los temas concretos de la pericia y la especialidad del experto.

En este segundo grupo destacamos el caso de **Ecuador**, el que no sólo exige la indicación de los hechos sobre los que declararán los testigos sino también la especificación de los objetos sobre los cuales versarán diligencias como una inspección judicial o un informe pericial. Situación similar se aprecia en el **CPC boliviano**, el cual prescribe que para toda la prueba que no sea documental, las partes deberán señalar qué medio de prueba pretenden producir y precisar qué hechos se demostrarán con ellos. Lo propio puede constatare en el **CPC nicaragüense** (art. 241).

Si bien en este segundo grupo tampoco puede decirse que se entrega una información razonable como para componer el conflicto o preparar adecuadamente la contienda, sí se profundiza y se extiende el nivel de información que debe ser entregada.

Finalmente, y como se desprende de lo hasta aquí expuesto, ninguno de los códigos estudiados contiene exigencias o incentivos necesarios como para que, al momento de presentar la demanda y su respectiva contestación, se pueda proporcionar la cantidad y calidad de información necesaria como para cumplir con las finalidades esbozadas en este apartado. Y, si bien en **Brasil** y **Colombia** existe la posibilidad de cumplir dicho cometido a través de

prueba anticipada, lo cierto es que esta herramienta procesal tiene un carácter facultativo para las partes y no se instituye, por tanto, como un incentivo o exigencia generalizada.

En la tabla que presentamos a continuación se sistematiza lo reseñado anteriormente, agrupando los países en cada una de las tendencias identificadas. Reiteramos que, una de las tendencias que podría haberse identificado es la que corresponde a alguna variante del *discovery* anglosajón, pero, toda vez que éste no se advierte, no se incluye en la tabla.

**Tabla 13:** Tendencias normativas de intercambio temprano de información

Tendencia general	Descripción	Países
Anuncio formal de la prueba	La normativa no exige que se proporcione información relevante en los actos postulatorios, y se limita a un mero anuncio formal o individualización del medio probatorio.	El Salvador Honduras
Anuncio profundizado de la prueba	El estándar evoluciona un poco más allá de la formalidad de la individualización y exige que, a lo menos, se asocie la prueba con el hecho que ella pretende acreditar o se indique parte de la información que ésta entregará.	Bolivia Costa Rica Ecuador Nicaragua
Prueba anticipada proactiva	Se permite la producción de prueba de forma previa a la etapa de postulación, con la finalidad de autocomponer el conflicto y/o de evitar un juicio.	Brasil Colombia

Fuente: elaboración propia

Ahora, no obstante haber identificado estas tendencias generales, es importante mencionar que éstas no aplican a la prueba documental, puesto que todos los Códigos tienden a exigir –de manera más o menos rígida– que los **documentos sean acompañados al momento de postular**. Es decir, la prueba documental no sólo se anuncia formalmente, sino que efectivamente se exhibe en los actos postulatorios. Cuando el respectivo documento esté en poder del demandado o un tercero, bastará con señalar dicha circunstancia al postular y requerir su producción en juicio. En general, los regímenes prevén presunciones en contra del demandado o demandada que no acompañan el documento y sanciones de diversa índole para las y los terceros que no facilitan la información.

Destacamos como nota distintiva en el punto lo prescripto por el **CGP ecuatoriano**, el cual flexibiliza la respectiva norma al indicar que la parte demandante podrá presentar en la audiencia preparatoria todos aquellos documentos o informes cuyo interés o relevancia manifiesta hayan surgido a propósito de la contestación a la demanda.

En definitiva, se aprecia como tendencia problemática en los procesos de reforma en la región, el poco espacio y consideración que ha merecido el descubrimiento de la prueba. Como adelantamos, esta decisión es un problema porque el intercambio de información previo a la instrumentación de cualquier mecanismo de solución es trascendental para analizar el conflicto y su mérito, viabilizar su composición, definir su estrategia y/o eventualmente, mejorar la litigación y procesamiento del caso. Si bien **Brasil** y **Colombia** destacan por la regulación de una prueba anticipada proactiva, ésta siempre es facultativa y en consecuencia no se inserta en la esencia del sistema de la manera en la que creemos que debiera como para que se cumpla su finalidad a nivel general.

## b. Carga de la prueba

### *Consideraciones previas*

El concepto de carga de la prueba suele ser un aspecto del derecho probatorio problemático. Es por esto que, antes de describir el panorama regional de los Códigos analizados, es pertinente realizar una breve precisión conceptual sobre el punto.

Probar no constituye un deber ni una obligación sino una carga. Esto es, un imperativo del propio interés. En esos términos, el incentivo probatorio reside en un simple hecho: probar es la única forma de demostrar la razón de mis dichos y de obtener, en consecuencia, una decisión favorable.

La carga de la prueba debe asimilarse desde una doble faz o perspectiva: una regla de juicio para jueces y juezas (faz objetiva) y una regla de conducta para las partes (dimensión subjetiva).

La carga de la prueba objetiva constituye una regla de juicio dirigida a la autoridad judicial. ¿En contra de cuál de las partes debe fallar la autoridad judicial, si es que ésta no se encuentra convencida de ninguna posición? ¿A quién le da la razón si los hechos del caso no han sido probados? Recordemos que la autoridad judicial tiene la obligación de decidir el conflicto, aun cuando éste no se encuentre claro o el juez o la jueza tuviesen dudas (prohibición de *non liquet*).

La respuesta a estos interrogantes la otorga la carga de la prueba objetiva, la cual instituye una regla de juicio que permite al juez o jueza tomar una decisión en casos de dudas o falta de pruebas. En palabras de Taruffo, "la función del principio de la carga de la prueba es permitir al tribunal resolver el caso cuando los hechos principales no han sido probados" (Taruffo, 2008, pág. 146).

La carga de la prueba en su faz subjetiva tiene como destinatarios a las partes y pretende regular su conducta, sin perjuicio de que la prueba se "adquiera para el proceso" y pueda ser valorada con independencia de quien la aportó. Su finalidad es determinar cuál de ellas tiene como "imperativo del propio interés", aportar el material probatorio de los diversos hechos que son objeto del juicio. Su incumplimiento habilitará a la autoridad judicial a aplicar la carga objetiva de la prueba: quien no probó los enunciados de hecho de su teoría del caso, perderá el juicio.

Desde el derecho inglés, Zuckerman (2013, pág. 1015 y ss.) explica esta temática de manera muy elocuente y en un sentido muy similar a lo que se ha desarrollado en el derecho continental.

En su libro *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, aborda el tema de la carga de probar como una norma que debe responder a tres preguntas esenciales: qué parte perderá el juicio si es que el tribunal no logra vencerse sobre los hechos en cuestión (*the burden of persuasion*); qué parte del juicio debe aportar la prueba para respaldar los hechos en cuestión (*the burden of adducing evidence*) y en tercer lugar, qué nivel de prueba es requerido para considerar ciertos los hechos en cuestión (*the standard of proof*). En nuestra tradición, este último aspecto conocido como estándar de prueba, es generalmente tratado como un tema aparte, aunque se encuentra íntimamente relacionado con el de la carga probatoria.

Pues bien, lo que Zuckerman define como la carga de persuadir es lo que conocemos como la carga de la prueba objetiva y que se encuentra dirigida a la autoridad judicial. El problema puede frasearse de un modo distinto al efectuado inicialmente. Así, en vez de preguntarnos en contra de quién debe fallar el tribunal en caso de insuficiencia probatoria, podemos preguntarnos cuál de las partes debe asumir el costo de que los hechos del caso no sean finalmente probados. En palabras de Zuckerman, la parte que tiene la carga de persuasión (carga de la prueba objetiva), es la que debe asumir el riesgo del error o de la no convicción del tribunal, porque éste tendrá que fallar en contra de ella en el evento de que los hechos del caso, sea de un modo u otro, no resulten probados<sup>42</sup>.

### *Carga dinámica: tendencias en la región*

Para definir quién debe asumir el riesgo de la insuficiencia probatoria o no convicción del tribunal existen diversos criterios. Lo primero que debemos considerar es que, por regla general, la carga de la prueba objetiva y subjetiva (o carga de persuasión y de aportar prueba), coincidirá en la misma parte. En ese supuesto, la parte perdedora en caso de no convicción del tribunal, será la misma que tenía la carga de aportar la prueba (Zuckerman, 2013, pág. 1016).

No obstante, la carga –en su dimensión objetiva– igualmente debe entenderse como una carga procesal originalmente autónoma. Es decir, un concepto que se construye en torno al problema de la distribución y asunción del riesgo. Así, los criterios para colocar el riesgo en cabeza de una parte u otra han ido evolucionando a lo largo de la historia, encontrando explicación en motivos de diversa índole. En estos criterios de distribución del riesgo es donde la conocida carga dinámica de la prueba cobra especial relevancia.

Las reformas operadas en la región en la última década han adoptado criterios dispares. Como veremos, todas conservan como pauta general el criterio tradicional del *onus probandi* (quien alega, prueba), pero sólo algunas receptan las cargas dinámicas o reglas de modulación al criterio general.

Un primer modelo es aquel que consagra expresamente la carga dinámica de la prueba. Es decir, el Código Procesal le otorga a la autoridad judicial la facultad expresa de distribuir la carga de la prueba de una manera distinta a la tradicional, teniendo en cuenta diversas circunstancias o situaciones que cada reglamentación precisa. Un criterio común a todas ellas es la cercanía o facilidad de obtener el material probatorio. A efectos meramente metodológicos, a esta tendencia la denominaremos *carga dinámica pura de la prueba*. Los Códigos que regulan este tipo de carga probatoria son **Brasil** (artículo 373, CPC)<sup>43</sup> y **Colombia** (artículo 167, CGP)<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Traducción propia.

<sup>43</sup> En su primera parte establece la regla general de la carga de la prueba. Luego, otorga expresamente la facultad al juez o jueza de invertir la carga probatoria en las siguientes situaciones: 1) en los casos previstos por la ley; 2) aquellos que por sus particularidades resulte imposible o excesivamente dificultoso cumplir con las reglas tradicionales de la carga de la prueba y 3) en los casos en que exista mayor facilidad para obtener la prueba. De cualquier manera, la decisión debe ser fundada y no podrá generar imposibilidad o excesiva dificultad para cumplir con la carga asignada.

<sup>44</sup> La carga dinámica de la prueba puede disponerse de oficio o a petición de parte (aunque no determina el momento concreto para ejercerla), pesando sobre la parte que se encuentre en una "situación más favorable" para aportar la evidencia o esclarecer los hechos. Para definir dicha situación, el CGP establece cinco criterios ilustrativos, dejando abierta la fórmula a cualquier otro análogo o similar. Dichos criterios son: "1) cercanía al material probatorio; 2) tener en su poder el objeto de prueba; 3) circunstancias técnicas especiales; 4) haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio; 5) por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte".



Un segundo modelo es aquel en que, si bien la norma no concede de modo expreso al juez o jueza la facultad o deber de invertir la carga probatoria en cada caso, su interpretación permite concluir que la intención del legislador fue consagrarla.

Esto es así porque, como podrá apreciarse en las fichas técnicas de cada país, los Códigos indican expresamente que –para la aplicación de las normas de la carga de la prueba– la autoridad judicial deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido. La utilización de los mismos criterios de distribución probatoria y el deber de interpretar de forma útil e integral la regla consagrada, permiten afirmar su consagración.

A esta tendencia la hemos identificado como *carga dinámica difusa de la prueba*. Los países que contienen regulaciones del tipo son **Costa Rica** (artículo 41.1, CPC), **Honduras** (artículo 238, CPC) y **Nicaragua** (artículo 240, CPC).

Por último, países como **Bolivia**, **Ecuador** y **El Salvador** reservan la distribución de la carga de la prueba exclusivamente a la ley. Ninguno de ellos contempla la posibilidad de que la autoridad judicial pueda distribuir, en casos concretos, la carga de probar. Es decir, estos tres países regulan solamente la *carga de la prueba tradicional*.

Elo sin perjuicio de las presunciones legales introducidas por el legislador en todos los ordenamientos, mediante las cuales se elimina la carga de la prueba que correspondería a una parte y se atribuye a la otra la carga de probar lo contrario al hecho presunto. Más allá de las disquisiciones que suscitan, lo cierto es que las partes las conocen de antemano y, por consiguiente, pueden organizar sus estrategias sopesando su incidencia.

A continuación, presentamos una tabla que esquematiza brevemente las tendencias identificadas, una breve definición y los países que receptan cada uno de los tres modelos identificados:

**Tabla 14:** Modelos de carga probatoria

Modelo	Definición	Países
Carga dinámica pura	La ley otorga de modo expreso a la autoridad judicial la facultad o el deber de distribuir la carga de la prueba de una manera diversa a la tradicional, generalmente vinculada a criterios como disponibilidad y facilidad probatoria.	Brasil Colombia
Carga dinámica difusa	La autoridad judicial no tiene la facultad o deber expreso de invertir la carga probatoria. Sin embargo, la interpretación de la regla permite concluir que la intención del legislador fue la de consagrar la carga dinámica de la prueba en base a criterios de disponibilidad y facilidad probatoria.	Costa Rica Honduras Nicaragua
Carga de la prueba tradicional	La autoridad judicial carece de facultades para modificar los criterios legales de distribución de la carga de la prueba. Es decir, no existiría "dinamismo" de la carga probatoria porque ésta estaría definida en todos los casos por la ley.	El Salvador Bolivia Ecuador

Fuente: elaboración propia

Como expusimos, los marcos procesales que receptan la carga dinámica la regulan en sus aspectos generales. No obstante, existe una serie de interrogantes vinculados a su alcance, administración y aplicación que hubiese sido conveniente precisar. Por ejemplo, ¿en qué momento la autoridad judicial se formará la convicción de que el caso en concreto necesita una distribución de la carga probatoria distinta a la consagrada en la ley? ¿En qué momento lo anunciaría a las partes? ¿En base a qué información se forma la convicción y toma esta decisión? ¿Dicha información es de calidad y cómo nos cercioramos de ello? ¿Qué podrán hacer las partes?

Algunos de esos interrogantes podrán resolverse a través de la remisión sistémica, apelando a los principios estructurales del proceso y reglas afines. Por ejemplo, discutir sobre la facilidad probatoria al analizar la admisibilidad de la prueba en la audiencia preliminar, reforzando el contradictorio y la posibilidad de ofrecer contraprueba en su caso. Otras dudas se irán (o continuarán) despejando jurisprudencialmente (por ejemplo, el alcance de la noción de disponibilidad y facilidad probatoria). Sin embargo, en ambos casos, hubiese sido deseable que el legislador o legisladora previeran reglas más claras en torno a la integración sistémica de una institución no pacífica, el esclarecimiento de las facultades de todos los sujetos intervinientes y la optimización de su funcionamiento.

## 2. ADMISIBILIDAD Y EXCLUSIÓN PROBATORIA

Cuando hablamos de admisibilidad y exclusión probatoria nos referimos al conjunto de reglas de exclusión de pruebas que forman parte de un sistema o, dicho de otro modo, al estudio de los filtros que determinan qué pruebas serán admitidas para su rendición y aportación al proceso.

En este ámbito han convivido dos tradiciones. Por un lado, se encuentra la tradición racionalista clásica de la prueba, cuyo máximo exponente ha sido Jeremy Bentham, autor que está absolutamente en contra de la existencia de reglas jurídicas vinculantes sobre la prueba (Ferrer, 2010). Se trata de una corriente que considera que debe reinar el principio de libertad probatoria o *free proof*, el que sostiene que “salvo en el caso de que existan normas específicas, la prueba es libre, en el sentido de que todo elemento relevante nuevo puede ser empleado, sobre la base de los cánones del sentido común y la racionalidad, para probar los hechos” (Taruffo, 2011, pág. 357). Para esta visión, la finalidad de la prueba en el proceso judicial es la averiguación de la verdad y, en este sentido, jueces y juezas se encontrarán en mejores condiciones para alcanzar dicho objetivo en la medida en que dispongan de la mayor cantidad de información y de medios probatorios (González Postigo, 2018).

Por otro lado, “coexiste una corriente limitativa de la prueba, que propicia la existencia de filtros muy específicos de admisibilidad para evitar que al juicio ingrese prueba de baja calidad” (González Postigo, 2018, pág. 18). Se trata de un planteamiento que surge en el derecho anglosajón y que es consistente con las reglas de evidencia o el *law of evidence*, que está integrado por reglas “que pretenden excluir del proceso pruebas que, de otro modo (esto es, si valiese únicamente el sentido común) serían admisibles” (Taruffo, 2011, pág. 358).

Una adecuada regulación de estas reglas o filtros de admisibilidad es fundamental para el funcionamiento de un sistema por audiencias y, sobre todo, para que la audiencia de juicio cumpla sus objetivos. Sin embargo, se ha sostenido como desafío común en esta materia,

dotar de claridad conceptual y práctica al contenido de estas reglas de exclusión, pues éstas suelen establecer filtros de admisibilidad muy genéricos que no permiten realizar un verdadero control de mérito sobre la prueba que presentan las partes y que pretenden introducir en el juicio oral (González Postigo, 2018).

Así, y desde este prisma de análisis, en este apartado se revisará cómo los códigos analizados pretenden determinar la prueba que deberá ser admitida en el juicio y cuáles son los criterios para su exclusión.

Para ello, es pertinente realizar unas pequeñas precisiones previas. Al momento de analizar en los códigos los criterios de admisibilidad y exclusión probatoria que han sido regulados, debe tenerse presente que, por un lado, suelen definirse los hechos que serán objeto de prueba así como también los medios probatorios que se admitirán para acreditarlos. Y que, en ocasiones, las legislaciones tienen a confundir ambos aspectos. Es por esto que debe realizarse una lectura detallada de la normativa, la que si además se lee con esta aclaración en mente, permite concluir adecuadamente los respectivos criterios y requisitos, los que lógicamente se encuentran íntimamente relacionados.

Dado lo anterior, a continuación recordamos brevemente cuáles son los criterios mínimos y comunes que definen el tipo de hecho que deberá ser objeto de la prueba, y son aquellos que:

- (i) Sean **relevantes**, en cuanto formarían parte del presupuesto fáctico que, de verificarse, haría aplicable la respectiva norma. Es decir, que se encuentren relacionados con los supuestos de hecho que contempla el derecho invocado.
- (ii) Se hallen **controvertidos**. De ese modo, todos aquellos hechos que no hayan sido negados o que fuesen reconocidos por la contraparte no deberán ser objeto de prueba. Es cierto que en la mayoría de los supuestos deberemos producir la prueba documental y ofrecer la restante con nuestro escrito de demanda de forma tal que, más allá del conocimiento que nos reporten las negociaciones previas o lo que podamos prever del elenco de opciones o estrategias del demandado, no sabremos en ese momento cuáles son, a ciencia cierta y dentro del proceso, aquellos hechos controvertidos. En tal sentido, lo que deberemos hacer es extremar los recaudos para precaver, en relación a los hechos que nos corresponde probar, todos los elementos de prueba con que contamos y los medios a través de los cuales los produciremos. Luego, si no son negados o son reconocidos, podremos desistir de esa prueba por innecesaria sin inconveniente alguno.
- (iii) Sean **conducentes**. Es decir, que no basta con que un hecho se halle controvertido, es necesario además que éste revista relevancia para la resolución del conflicto. De esa forma, trabada la *litis*, deberemos chequear cuáles de los hechos discutidos son conducentes en relación a cómo ha quedado entablada la contienda para sostener o desistir de evidencia.

En cuanto a los requisitos de admisibilidad y exclusión de las fuentes y medios probatorios, el tema se complejiza, dado que no sólo existen diferencias terminológicas sino discrepancias interpretativas en torno a su sentido y alcance. Aquí emergen conceptos como licitud, legalidad, relevancia, conducencia, pertinencia, o necesidad.

A continuación, daremos un breve panorama de cómo los Códigos analizados recogen estos criterios.

**Tabla 15:** *Criterios de admisibilidad probatoria*

País	Criterios regulados
Bolivia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Conducencia</li> <li>• Legalidad</li> <li>• Pertinencia</li> </ul>
Brasil	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Licitud</li> <li>• Moralidad</li> <li>• Utilidad (<i>que no aparezcan como meramente dilatorias</i>)</li> </ul>
Colombia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Conducencia (<i>que no sea notoriamente inconducente</i>)</li> <li>• Licitud</li> <li>• Utilidad (<i>que no sea manifiestamente inútil</i>)</li> <li>• Necesidad (<i>que no sea manifiestamente superflua</i>)</li> <li>• Pertinencia (<i>que no sea notoriamente impertinente</i>)</li> </ul>
Costa Rica	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Conducencia</li> <li>• Legalidad</li> <li>• Necesidad (<i>no excesiva</i>)</li> <li>• Pertinencia</li> </ul>
Ecuador	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Conducencia</li> <li>• Licitud (<i>es improcedente cuando se obtuvo con violación de la Constitución o de la ley</i>)</li> <li>• Utilidad</li> <li>• Pertinencia</li> </ul>
El Salvador	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Licitud</li> <li>• Utilidad</li> <li>• Pertinencia</li> </ul>
Honduras	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Licitud (<i>inadmisible cuando haya sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales o en contravención de las disposiciones legales aplicables</i>)</li> <li>• Procedencia</li> <li>• Pertinencia</li> <li>• Utilidad</li> </ul>
Nicaragua	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Licitud</li> <li>• Utilidad</li> <li>• Necesidad</li> </ul>

Fuente: elaboración propia

Como surge de lo expuesto, la noción de admisibilidad nos refiere primeramente a la idea de legalidad sustancial o formal de la prueba, requisito que es recogido con un nombre u otro (licitud o legalidad), en toda la normativa revisada. A este respecto vale recordar que la legalidad refiere a la no prohibición legal del medio probatorio y, la ilicitud, al medio probatorio “cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental” (Picó, 2005).

Así, la evidencia (fuente y medio) es admisible cuando su utilización no esté prohibida por la ley, no hubiesen sido obtenidos con vulneración de derechos o garantías fundamentales y se ofrecieran en la oportunidad, modo y forma que prescribe el sistema. Por ejemplo, es inadmisibles la prueba ilícita o aquella que se encuentra excluida por ley tanto en normas sustantivas como procesales.

Aquí merece destacarse el **CPC de Honduras**, el cual expresamente indica que se considera prueba prohibida aquella que vulnera directamente garantías procesales establecidas en convenios internacionales relativos a derechos humanos suscritos y ratificados.

El segundo filtro que debemos controlar en el análisis de la admisibilidad probatoria es si la evidencia es pertinente material y lógicamente. La **pertinencia** se encuentra presente en seis de los ocho Códigos sancionados, aunque ninguno define su sentido ni alcance. Para la RAE, en Derecho, pertinente es un adjetivo que califica a un sustantivo como "*concerniente al pleito*". Hablamos, en este caso, de una **pertinencia material**.

Ahora bien, suele identificarse una segunda dimensión de la pertinencia, la que a nuestro juicio tendrá especial relevancia práctica para efectos de la litigación. Marín(2018) se refiere a esta dimensión como la **pertinencia lógica**, que en sus palabras existe cuando "un medio de prueba tiende a hacer más o menos probable la existencia del hecho que se alega" (Marín, 2018, pág. 181).

En definitiva, al momento de admitir una prueba se debe tener presente su pertinencia tanto lógica como material, y según Marín, para determinar si un medio probatorio es pertinente lógicamente y materialmente, nos debemos preguntar "si el *hecho* para el que se ofrece la prueba es pertinente. Es decir, si de ser creído el hecho, éste tiende a satisfacer alguno de los elementos de la teoría legal invocada" (Marín, 2018, pág. 182).

Ligada también a la idea de pertinencia aparece la noción de **conducencia** de la prueba, concepto presente en cuatro de las ocho regulaciones. De esa manera, la prueba es conducente cuando se constata adecuación entre ella y los hechos controvertidos en el proceso, de forma que ésta sirve para esclarecerlos.

Otro criterio común es que el medio probatorio que se presenta sea **necesario** o, dicho de otro modo, **no excesivo o sobreabundante**. Consideramos que el sentido de este tipo de norma se encuentra en la exigencia de hacer un uso racional de los recursos. Por consiguiente, una prueba debería admitirse en la medida en que sea indispensable para acreditar un hecho determinado.

La necesidad o utilidad de la prueba deberá ser evaluada caso a caso. Eso sí, debe tenerse presente que el criterio numérico a veces funcionará y otras veces será totalmente irrelevante. Por ejemplo, si se ofrece gran cantidad de prueba pero para probar distintos hechos, no sería sobreabundante. O por el contrario, si se ofrece mucha prueba para probar un mismo hecho pero cada medio probatorio aporta un elemento diferente para hacer más probable su ocurrencia, tampoco estaríamos en un escenario de sobreabundancia. También habrá de tener presente que en algunos casos se debe recurrir a la prueba indiciaria y que entonces se podrá estar presentando prueba para corroborar un hecho accesorio, con lo cual tampoco catalogaría como excesiva (Marín, 2018, pág. 184).

En relación con esto, los distintos códigos establecen que no podrá producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos y que no serán admitidas las que fueran manifiestamente improcedentes, superfluas o meramente dilatorias. Teniendo en cuenta eso, una buena actitud será ofrecer toda la prueba que consideremos necesaria y relevante para la defensa de nuestra posición, más allá de que tengamos dudas acerca de su admisibilidad, pertinencia o conducencia. Esto es así porque en última instancia podremos, previo a su producción (donde se adquiere para el proceso), desistir de parte de ella sin consecuencias procesales. Quizás el único punto “desfavorable” sea haber puesto en conocimiento del juez o la jueza cierta fuente de prueba que consideren relevante producir y que en realidad no nos favorezca como creímos.

Por último, valga mencionar un elemento que será profundizado a propósito de la prueba testimonial pero que adelantamos brevemente en este apartado porque tiene relación específica con la admisibilidad de la prueba testimonial y con la persistencia de un sistema de prueba legal. Nos referimos a la existencia de las denominadas tachas o reproches. Como se explica en detalle en el apartado sobre prueba testimonial, la persistencia de tachas testimoniales es totalmente inconsistente con un sistema de prueba libre o de sana crítica y atenta contra el objetivo de generar información de calidad en el juicio. No obstante se advierte que, desafortunadamente, la mayoría de los países presenta este resabio de prueba legal y sigue regulando el sistema de tachas.

A modo ilustrativo, a continuación presentamos una breve tabla que resume los países que contemplan tacha y cuáles no, cuestión que se desarrollará en profundidad en el respectivo apartado.

**Tabla 16:** Admisibilidad prueba testimonial (tachas)

Países que regulan tachas	Países que NO regulan tachas
Bolivia Brasil Colombia Honduras Nicaragua	Costa Rica Ecuador El Salvador

Fuente: elaboración propia

### 3. PRODUCCIÓN Y CONTROL DE LA PRUEBA

La tercera dimensión o área de análisis de la actividad probatoria es todo aquello que dice relación con la producción o presentación de la prueba y su control en la audiencia de juicio oral. Son múltiples los aspectos que pueden y deben analizarse en esta dimensión, sobre todo teniendo en cuenta que, como hemos mencionado en otras ocasiones, todos los códigos han aceptado el principio de oralidad en su normativa. Así, para analizar qué tan operativo o cómo están entendiendo este principio, el análisis de las normas que refieren a la producción y control probatoria, es esencial.

Para ello, en primer lugar se identifican –comparada y brevemente– cuáles son los medios de prueba que han sido regulados y, sobre todo, si es que ellos constituyen un listado taxativo o no. Seguidamente y en lo que será el núcleo de este apartado, se caracterizan –sin

pretensión de exhaustividad y desde una perspectiva que observa el funcionamiento de la oralidad– los principales medios de prueba: declaración de parte, prueba documental, prueba testimonial y prueba pericial.

### a. Medios de prueba regulados

Todas las reglamentaciones regulan similares medios probatorios aun cuando asuman denominaciones diferentes. Ellos son la declaración testimonial, pericial, documental, informativa, reconocimiento o inspección judicial y la confesional o declaración de partes. Asimismo, más allá de que no constituyan medios de prueba, varios Códigos conservan los indicios y presunciones en la misma sección.

Las diferencias regulatorias que se advierten tienen que ver con desagregados dentro de algún medio genérico o con la recepción de ciertos desarrollos tecnológicos. Por ejemplo, **Brasil** regula la documental pero también la exhibición de documentos o cosas, el acta notarial y los documentos electrónicos; **Costa Rica** acepta de modo independiente el dictamen pericial y los medios científicos y tecnológicos mientras que **Honduras, Nicaragua y El Salvador** los medios técnicos de almacenamiento y reproducción.

Un punto a destacar respecto de la regulación de los medios probatorios, es que todos los Códigos tienen un criterio amplio a fin de posibilitar el mayor acceso a las fuentes de conocimiento. Todos instituyen libertad en los medios de prueba, aunque con los límites consabidos de que no afecten la moral, el orden público, la libertad personal de los litigantes o de terceros o que no estén prohibidos para el caso<sup>45</sup>. Es decir que, así como los regímenes procesales regulan una serie de medios que son los “tradicionales o conocidos”, también habilitan a utilizar cualquier otro que pueda aparecer en función de los avances científicos o técnicos.

Dos reglas generalmente aceptadas y que vinculan los medios de prueba con la admisibilidad, son: (i) la carga de producir la prueba por los medios previstos expresamente por la ley y/o por los que el juez o la jueza dispongan a pedido de parte o de oficio. En aquellos casos en que se aporte un medio “novedoso, no previsto o representado” por el conjunto de medios que recoge la reglamentación procesal, se diligenciará aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca la autoridad judicial y (ii) la imposibilidad de intercambiar, sustituir o ampliar un medio probatorio con otro que corresponda según la ley, la fuente o la naturaleza de los hechos.

Desde esta perspectiva podemos decir entonces que todos los códigos han abandonado, explícita o implícitamente, el sistema de prueba legal que establecía –de modo general y abstracto– qué medios de prueba podían utilizarse, y lo han reemplazado por el principio de libertad de los medios de prueba. Esto sin duda constituye un elemento que propicia a que el juicio oral se establezca como elemento central de la garantía del debido proceso y como un medio eficaz de control de la información.

<sup>45</sup> Por ejemplo, la declaración obtenida mediante tortura no puede ser utilizada como prueba, salvo que sea en contra de la persona acusada de practicarla como prueba de que se ha formulado tal declaración (arts. 15 de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y 10 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura).

Con todo, consideramos que el principio de libertad de los medios de prueba en algunos casos, como en **Nicaragua**, debería haberse establecido explícita y expresamente y no regularse como una facultad condicionada a petición de parte. Dicho de otro modo, pensamos que en términos generales, la regla debiera ser que, en principio, cualquier medio de prueba que sea relevante debe ser admitido para probar los hechos de un caso.

A continuación, presentamos una tabla que sistematiza esta información.

**Tabla 17:** *Regulación medios de prueba*

País	Medios de prueba regulados	Listado taxativo de prueba admisibles
Bolivia	1. Prueba documental; 2. Confesión; 3. Declaración de testigos; 4. Inspección y reconstrucción de hechos; 5. Prueba por informe; 6. Presunciones	NO
Brasil	1. Acta Notarial; 2. Declaración de parte; 3. Confesional; 4. Exhibición de documentos o bien; 5. Documental; 6. Documentos electrónicos; 7. Pericial; 8. Testimonial; 9. Inspección judicial	NO
Colombia	1. Declaración de parte; 2. Confesión; 3. Juramento; 4. Testimonio de terceros; 5. Dictamen de peritos; 6. Documentos; 7. Informes; 8. Inspección judicial; 9. Indicios	NO
Costa Rica	1. Declaración de parte; 2. Declaración de testigos; 3. Dictamen de peritos; 4. Documentos e informes; 5. Reconocimiento judicial; 6. Medios científicos y tecnológicos	NO
Ecuador	1. Prueba testimonial; 2. Prueba documental; 3. Prueba pericial; 4. Inspección judicial	NO
El Salvador	1. Documentos; 2. Declaración de parte; 3. Interrogatorio de testigos; 4. Prueba pericial; 5. Reconocimiento judicial; 6. Medios de reproducción del sonido, la voz o la imagen y almacenamiento de información	NO
Honduras	1. Interrogatorio de partes; 2. Testifical; 3. Peritaje; 4. Documentos; 5. Reconocimiento judicial; 6. Medios técnicos de archivo y reproducción	NO
Nicaragua	1. Interrogatorio de las partes; 2. Documentos; 3. Medios técnicos; 4. Prueba testifical; 5. Prueba pericial; 6. Reconocimiento judicial; 7. Presunciones	NO Aunque la ley así pareciera establecerlo, puede agregarse uno nuevo a petición de parte y adaptándose a prueba regulada.

Fuente: elaboración propia



## b. Análisis y caracterización de los principales medios de prueba desde la perspectiva de la calidad de la información

### 1. Declaración de parte

Como señala Carbajal (2018), a partir del mandato del art. 8.1 de la CADH, los procesos civiles reformados en América Latina exhiben una paradoja: surgidos del movimiento de reforma procesal que postula el juicio por audiencias, no incluyen reglamentaciones procesales que admitan de forma adecuada el modo de ejercer el “derecho a ser oído” en los procesos civiles. En cambio, tienden a mantener la declaración de parte como medio de convicción, cuya producción se halla condicionada al ofrecimiento de la contraparte. De esta forma, se omite considerar y reglamentar la declaración de la parte por su propia decisión e iniciativa, lo cual adquiere relevancia en el escenario de los procesos orales por el impacto que puede tener en el proceso de convicción del juez o de la jueza.

De allí que la pregunta fundamental que debe guiar la lectura de este medio de prueba es si éste se está entendiendo como una declaración de parte propiamente dicha (es decir, que el testimonio de la parte es valorado como prueba independiente de si su declaración le favorece o le perjudica), o si sigue siendo la tradicional confesión o absolución de posiciones que contenían los Códigos del siglo pasado (en los cuales se consideraban como prueba sólo aquellos hechos que perjudicaran a la parte declarante).

A continuación presentamos una tabla en la que se pueden apreciar los países en los que, según una interpretación sistémica e integral de su Código y en consonancia con los principios que inspiran y sustentan los procesos orales, puede concluirse que admiten la declaración voluntaria de parte.

*Tabla 18: Regulación declaración de parte*

Sí Contempla declaración voluntaria de parte (sea expresamente o producto de interpretación normativa)		Sólo contempla declaración forzada de parte
Costa Rica	El CPC regula la prueba confesional. Sin embargo, de las normas generales del CPC y las especiales en materia de prueba, la declaración de parte no se halla prohibida. Partiendo de esa premisa y no existiendo tachas, una interpretación del código daría como conclusión que este medio probatorio sí debería admitirse como evidencia.	Bolivia Brasil Colombia Honduras Nicaragua
Ecuador	Por texto expreso del art. 174, que entiende a un testigo como parte.	
El Salvador	El art. 344 expresamente reconoce que “cada parte, podrá solicitar se le reciba declaración personal sobre los hechos objeto de la prueba”.	

Fuente: Elaboración propia

Más allá de esta primera diferenciación, es importante destacar que los países que conservan la “prueba confesional”, también han producido modificaciones en su regulación que permiten afirmar una (re)conversión de su concepción tradicional.

Por ejemplo, en **Nicaragua** no es la ley la que determina en abstracto la valoración que se debe realizar de la conducta de la parte que ha sido citada a declarar. En efecto, el silencio o las respuestas evasivas de la parte declarante no producen el efecto de dar por confesa a la persona sobre determinados hechos.

También en **Colombia** se advierten modulaciones que giran en torno a la distinción entre confesión y declaración de parte. La primera suele asociarse con el reconocimiento de hechos personales o de los que tenga conocimiento, cuyas consecuencias sean adversas al confesante y respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba. Para confesar se exige capacidad y poder de disposición, en tanto acto expreso, consciente y libre. Por su parte, la declaración de parte constituye una citación –de oficio o de la parte contraria– a declarar sobre hechos relativos al proceso, donde se presumirán ciertos los hechos en caso de inasistencia, renuencia o respuestas evasivas.

Esta misma diferencia también está presente en **Brasil**. Como podrá advertirse en la respectiva ficha, en este país se precisa que cuando la parte, sin motivo justificado, deje de responder o emplee evasivas, se deberán apreciar las demás circunstancias y elementos de prueba, declarando al momento de sentenciar si hubo negación a declarar.

## 2. *Prueba testimonial*

### *Concepción de prueba testimonial y regulación de tachas*

Un primer aspecto que se observó en los códigos es cómo se concibe o se entiende la prueba testimonial y, muy vinculado a ello, si es que se regula un sistema de reproches o tachas.

Veremos que, en general, existe una tendencia más o menos uniforme en la concepción en torno a cómo se concibe o define la prueba testimonial. En ese sentido, se suele afirmar que puede ser testigo *cualquier persona física* que tenga conocimiento sobre los hechos controvertidos, en razón de haberlos percibido personalmente. El único que se exceptúa de esto es **El Salvador**, que si bien indica que las partes podrán proponer como testigo a una persona que tenga conocimiento de los hechos, la norma es clara al indicar que no puede ser cualquier persona porque la propia parte no se considera entre ellas. Por ello indica que testigo es “cualquier persona que, sin ser parte, pudieran tener conocimiento de los hechos”. Ahora bien, esta definición es coherente y tiene sentido toda vez que, como vimos en el apartado anterior, este código permite la declaración voluntaria de parte como un medio probatorio propiamente tal, razón por la cual no tiene ningún impacto negativo que no se considere a la parte como testigo, puesto que igualmente podrá declarar.

Más allá de las definiciones, el problema central que varios de los Códigos presentan en materia de prueba testimonial, es que esa idea amplia de testigo-testimonio se ve seriamente restringida debido al sistema de tachas que muchas de las regulaciones aún conservan<sup>46</sup>. Es decir, la evidencia (fuente y medio) se ve condicionada por una disposición legal que nada tiene que ver con las aptitudes de percepción del testigo ni con la información que puede

<sup>46</sup> Por ejemplo, ver arts. 294, 295, 298, 303, 312, 314 y concs., CPC hondureño.

aportar al proceso, sino por un (pre)juicio y preconcepto legal basado en una condición personal. En vez de discutir sobre la credibilidad del testigo y la razón de sus dichos, robusteciendo el contradictorio, se mantienen *tachas* personales, generales y abstractas.

A continuación presentamos una tabla que resume y sistematiza estos datos.

**Tabla 19:** Regulación del concepto e inhabilidades en la prueba testimonial

País	Cómo se concibe la prueba testimonial	Contempla tacha
Bolivia	"Toda persona mayor de dieciséis años podrá ser propuesta como testigo y tendrá el deber de comparecer y declarar, salvo las excepciones establecidas por ley" (Art. 168).	Sí Art. 169 (tachas): (...) La tacha relativa procede contra: el pariente/dependiente/quien tuviera interés directo o indirecto/pupilos y tutores/quien tuviese litigio pendiente/amigo íntimo o enemigo manifiesto/deudores o acreedores.
Brasil	"La prueba testimonial es siempre admisible, no disponiendo la ley de modo diverso" (Art 442). "Pueden declarar como testigos todas las personas, excepto (...)" (Art. 447).	Sí Art. 447. Pueden declarar como testigos todas las personas, excepto las incapaces (interdicto; menor de 16 años; ciego o sordo cuando el conocimiento del hecho dependa de los sentidos que les faltan), impedidas (cónyuge; pareja o similar; la propia parte; quienes intervengan en nombre de una parte), y las sospechosas (enemigo o amigo íntimo; quien tenga interés).
Colombia	"Toda persona tiene el deber de rendir el testimonio que se le pida, excepto en los casos determinados por la ley (Art. 208)"	Sí Art. 211: Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.
Costa Rica	"Podrá ser testigo cualquier persona física que tenga conocimiento sobre los hechos controvertidos, sea mayor de doce años y posea capacidad" (Art. 43).	NO
Ecuador	"Es la declaración que rinde una de las partes o un tercero (Art. 174)".	NO
El Salvador	"Las partes podrán proponer, como medio de prueba, que presten declaración en el proceso las personas que, sin ser partes, pudieran tener conocimiento de los hechos controvertidos que son objeto de la prueba" (Art. 354).	NO
Honduras	"Declarará como testigo quien tenga noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del proceso. Podrán ser testigos todas las personas, a no ser que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos (...)" (Art. 294).	Sí Art. 299: El tribunal preguntará (...) Si ha sido o es cónyuge, pariente por consanguinidad o afinidad, y en qué grado/si es o ha sido dependiente/si tiene interés directo o indirecto/si es amigo o enemigo.

País	Cómo se concibe la prueba testimonial	Contempla tacha
Nicaragua	“Toda persona tiene el deber de declarar como testigo, cuando tenga noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del proceso, si no tuviera excusa o no pesara sobre ella prohibición de hacerlo”	Sí Art. 295: La autoridad judicial preguntará (...) Si es o ha sido cónyuge/si se encuentra en unión de hecho estable/ si es o ha sido dependiente/si tiene interés directo o indirecto/si es amigo o enemigo.

Fuente: elaboración propia

A modo ejemplar, podemos observar cómo el referido problema se ve reflejado en **Bolivia**. En primer lugar, se advierte como lo que podría haber sido una tendencia moderna el hecho que el código concibe como testigo a las personas mayores de 16 años, y no sólo a los terceros ajenos al proceso como solían hacer los códigos de la época colonial (art. 168).

Sin embargo, dicha virtud legal se ve opacada por lo dispuesto en el artículo 169, el que regula las tachas de testigos, clasificándola de absolutas<sup>47</sup> y relativas<sup>48</sup>. De la lectura de esta norma, y realizada una interpretación sistémica de ambos artículos recién citados, la definición de testigo quedaría conforme a las concepciones antiguas, en el sentido de que se entendería que sólo una persona totalmente ajena al juicio y a las partes podría declarar como testigo, bajo el (pre)juicio de que de ese modo se protege *la verdad*. Dicho de otro modo, un testigo continuaría siendo un tercero sin interés.

En una tendencia muy similar se encuentra **Brasil**, que sin referirse a inhabilidades o impedimentos absolutos o relativos, refrasea estas circunstancias e indica que todas las personas podrán declarar, excepto aquellas que considera comprendidas en la categoría de incapaces, impedidas o sospechosas, cuestión que al fin y al cabo mantiene el sistema de tachas propio de un sistema legal tasado.

Los únicos países de los cuales podríamos decir que, al menos a nivel normativo, han abandonado este sistema, son **Costa Rica**, **Ecuador** y **El Salvador**.

Destacamos como ejemplo el **CPCM salvadoreño**, el que no regula tachas ni inhabilidades de testigos y que, por el contrario, establece que la credibilidad de un testigo dependerá de las circunstancias o hechos que determinen la veracidad de sus declaraciones. En efecto, destaca esta normativa al indicar que “la parte que resulte perjudicada por la declaración de un testigo podrá alegar falta de credibilidad, mediante cualquier medio de prueba pertinente, con base en el comportamiento del testigo mientras declara o en la forma en que lo hace; en la naturaleza o carácter del testimonio, en el grado de capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar los hechos sobre los que declara”. Ahora bien, el mismo artículo indica que dicha alegación también podrá fundarse en la existencia de cualquier prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad que pudiera afectar el testimonio, o en manifestaciones o declaraciones anteriores del testigo. Será imprescindible que esta última causal

<sup>47</sup> Entre otras menciona a quienes padecieran de enajenación mental o perturbación psicológica grave; los que se encuentren en estado de embriaguez o bajo el efecto de sustancias estupefacientes o alucinógenas y los que hubieran sido condenados por falso testimonio.

<sup>48</sup> El art. 169. II incluye al dependiente de la parte que lo ofreciera; parientes en línea recta, colateral o, inclusive, derivados de vínculos de adopción; el enemigo o amigo íntimo de la parte que lo presenta o el hecho de ser deudor o acreedor.

sea interpretada de modo restrictivo, razonable y proporcional, a fin de evitar la restauración de descalificaciones (tachas) vía interpretativa.

En definitiva, lo realmente decisivo en términos de eficacia de la oralidad, no es la concepción que se tenga sobre la prueba testimonial, sino la existencia de estos resabios de prueba legal que son absolutamente inconsistentes con los sistemas de libre convicción o sana crítica. Es más, este sistema de tachas no sólo ha sido desterrado de muchos códigos procesales, sino que, como cuenta Cappelletti (2006), ha sido cuestionado desde antiguo, entre otros por Voltaire, quien en 1785 señaló: “todo hombre, quienquiera que sea, puede ser admitido a testimoniar. La imbecilidad, el parentesco, la domesticidad, la infamia misma, no impide que se haya podido ver y oír bien. Es a los jueces a quienes corresponde pesar el valor del testimonio” (Voltaire, 1785, pág. 337, citado en: Cappelletti, 2006, pág. 111).

### *Examen, contraexamen y preguntas sugestivas*

En términos generales y en consonancia con la matriz de procesamiento adoptada, las declaraciones se producen necesariamente en audiencia de juicio (o multipropósito) y ante el juez o jueza de la causa. Las excepciones están dadas por la posibilidad de producción anticipada de la prueba testimonial (por ejemplo, art. 198 del COGEP ecuatoriano) o los que son inquiridos mediante carta (art. 448 del CPC brasileño).

Otro punto de tratamiento dispar es la organización del interrogatorio del testigo, la discusión sobre su credibilidad y la razón de sus dichos. Aquí puede advertirse que:

- (i) Las figuras del juez y de la jueza siguen teniendo centralidad, dado que cuando no inician el interrogatorio tienen amplias potestades para formular preguntas a las o los testigos. Es decir, no se limitan a dirigir la discusión ni resolver las objeciones, sino que están habilitados a participar activamente en la producción de la prueba.
- (ii) La discusión sobre la credibilidad del testigo, su aptitud en la percepción o vinculación con la adquisición de la información, tampoco tiene un lugar destacado. Consideramos que ello obedece a múltiples (con)causas. Entre otras, el mantenimiento de una concepción legalista de la fuente y medio de prueba; una visión simplista de la actividad o el mantenimiento de un sistema de tachas.
- (iii) Si bien todas las regulaciones exigen que la o el testigo den razones de sus dichos (lo que supone explicar lo que dicen, cómo y por qué)<sup>49</sup>, el método utilizado para su valoración incidirá directamente en la posibilidad de su obtención, control y, por consiguiente, en la calidad de la información aportada.

De ese modo, no es indiferente que sean las propias partes quienes examinen y contraexaminen o que sea el juez o la jueza quienes pregunten. En general, las regulaciones no parecen estar pensando en una audiencia de juicio donde el litigio sea de alta intensidad y las partes tengan –a través del contradictorio– un rol protagónico en la defensa de sus intereses.

<sup>49</sup> Ver, por ejemplo, art. 221 del CGP colombiano. El CPC costarricense precisa que el testigo deberá justificar las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que ocurrieron los hechos y cómo tuvo conocimiento de ellos (art. 43.4).

Las objeciones apuntadas dejan al descubierto el carácter problemático de las regulaciones para la realización del objetivo central del proceso en tanto mecanismo de discusión: la obtención de información de calidad. La injerencia del juez o de la jueza en el interrogatorio como desincentivo para generar un contradictorio robusto y preocuparse por la asimilación imparcial de la información vertida por el testigo; las tachas como inhabilidad en abstracto o la falta de percepción del carácter controversial y complejo del testimonio como fuente de evidencia, conspiran contra la posibilidad de generar información adecuada, fiable e idónea para la decisión correcta del conflicto.

Por ejemplo, en **Bolivia** el interrogatorio se inicia cuando la autoridad judicial pregunta los datos del testigo y si existe relación con alguna causal de tacha. En forma inmediata, el testigo deberá hacer una exposición de los hechos que personalmente le consten en relación al objeto de la controversia, justificando sus afirmaciones y explicando las circunstancias en que hubiera ocurrido cada hecho. Luego de esta declaración, las partes podrán interrogarlo a través de sus abogados o abogadas (arts. 176 y concs.). Como es posible apreciar, el tribunal inicia y dirige el interrogatorio. Éste no sólo puede rechazar las preguntas impertinentes o agraviantes para el testigo, sino también formularlas en cualquier momento y dar por terminado el interrogatorio (arts. 176.3 y concs.).

El **CPC brasileño** estipula que las preguntas al testigo sean realizadas directamente por las partes, pero habilita al juez o a la jueza a interpelarlos antes o después de las preguntas realizadas por los contendientes<sup>50</sup>.

En el **CGP colombiano** la declaración testimonial propiamente dicha es iniciada por el juez o jueza, quienes lo interrogarán para obtener “un testimonio espontáneo, exacto y completo”. Sólo después de ello preguntarán las partes<sup>51</sup>.

A diferencia de lo expuesto, el **CPC hondureño** presenta una regulación organizada en torno al contradictorio y con una injerencia residual del juez o la jueza, en tanto metodología para la obtención de información de calidad. En ese sentido, dispone que la declaración sea oral y contradictoria, desde y por las partes. El tribunal cuidará que las preguntas permitan al testigo narrar los hechos de manera lineal, coherente y lógica, sin interrupciones de parte, salvo que dude, se contradiga o claramente evada toda o parte de la respuesta, en cuyo caso el propio órgano jurisdiccional podrá interrogar directamente<sup>52</sup>.

No obstante lo señalado, resulta criticable que sólo se puedan proponer hasta cinco testigos por hecho controvertido y cuando tres de los declarantes sean contestes, la jueza o el juez puedan dimitir los dos restantes. Especialmente, porque no existen modulaciones que flexibilicen razonablemente dichas reglas. Desde el derecho a la prueba y la obtención de información de calidad, ambas circunstancias resultan objetables<sup>53</sup>. El **CPC nicaragüense**, de similar redacción, mejora parcialmente esos aspectos (arts. 292 y concs.).

<sup>50</sup> Arts. 456, 459 y 461, CPC.

<sup>51</sup> Arts. 212, 219, 221 y concs., CGP.

<sup>52</sup> Arts. 298, 300, 301, 304, 307, 308 y concs., CPC.

<sup>53</sup> Arts. 296 y concs., CPC.

En similar sentido, el **CPC costarricense** diferencia según si el testigo es mayor o menor de edad. Cuando sea menor, lo interrogará el tribunal. Si es mayor, las partes, aunque el tribunal podrá intervenir (art. 43.4). Destacamos que esta intervención es facultativa y no imperativa, por lo que siempre quedará a criterio del juez o la jueza cuándo, en qué medida y con qué objetivo podrían intervenir.

Existe cierta uniformidad en cuanto a la forma del interrogatorio. En general, todas las regulaciones prevén que declaren los testigos del actor y luego los del demandado, salvo petición y/o disposición en contrario. Asimismo, los testigos no pueden escuchar los testimonios de otros y las preguntas que las partes podrán realizar deben ser orales; (ii) no podrán estar referidas a más de un hecho; (iii) deber ser claras y concretas; (iv) no se admitirán las vejatorias u ofensivas y (v) deben ser respondidas personalmente, sin asesoramiento ni lectura de notas o apuntes, a menos que por la índole de la pregunta el tribunal lo autorice.

Desde la perspectiva de la litigación y la calidad de la información, destacamos que el **CPCM salvadoreño** es explícito al momento de permitir las preguntas sugestivas en el examen que realiza la parte contraria y que la autoridad judicial sólo pueda realizar preguntas aclaratorias con el límite que la imparcialidad le impone. Inclusive, garantiza que las partes puedan objetar esas preguntas e interrogar sobre éstas al testigo (arts. 366, 367, 369 y concs.).

Similar regulación presenta el **COGEP ecuatoriano**, el cual impone que las preguntas aclaratorias del tribunal sólo puedan realizarse cuando sea *indispensable* (arts. 174 y concs.).

A continuación, y a fin de sistematizar y ordenar los elementos de análisis más determinantes en relación al nivel de contradictorio que se puede apreciar en este apartado, presentamos dos tablas en las que se agrupan las tendencias normativas identificadas respecto de la regulación de las preguntas sugestivas –herramienta que constituye la máxima expresión de este principio– y seguidamente quién inicia la práctica del interrogatorio de testigos.

**Tabla 20:** Regulación preguntas sugestivas en el contraexamen

Tipo de regulación	Países	Regulación
Prohibida expresamente y/o en términos generales ( <i>no distingue si es sólo en el examen o también en el contraexamen</i> )	Brasil	(Prohibida en términos generales) El juez o jueza no admitirán aquellas preguntas que pudiesen inducir la respuesta, no tuvieran relación con las cuestiones de hecho objeto de la actividad probatoria o impliquen repetición de otra ya respondida (Art. 459).
	Colombia	(Prohibida en términos generales) El juez o jueza rechazarán las preguntas inconducentes, las manifiestamente impertinentes y las superfluas. Rechazarán también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones. Las partes podrán objetar preguntas por las mismas causas de exclusión a que se refiere el inciso precedente y cuando fueran sugestivas. Cuando la pregunta insinúe la respuesta deberá ser rechazada, sin perjuicio de que una vez realizado el interrogatorio, el juez la formule eliminando la insinuación, si la considera necesaria (art. 220).

Tipo de regulación	Países	Regulación
Prohibida expresamente y/o en términos generales <i>(no distingue si es sólo en el examen o también en el contraexamen)</i>	Costa Rica	(Prohibida en términos generales) El tribunal rechazará las preguntas y declaraciones que no guarden relación directa con los hechos controvertidos o el objeto de pretensión dilatoria, la que se refiere a hechos evidentes, notorios o admitidos o en los que la pregunta sea sugestiva, insinuadora de la respuesta, ofensiva, vejatoria o capciosa (Art. 41.4).
Prohibida expresamente y/o en términos generales <i>(no distingue si es sólo en el examen o también en el contraexamen)</i>	Honduras	(Prohibida expresamente en el contraexamen) "Art. 306. Interrogatorio por las demás partes. 1. Una vez respondidas las preguntas formuladas por el profesional del derecho de la parte que propuso la prueba testifical, a que se refiere el artículo anterior, se podrán plantear al testigo por las demás partes las preguntas que consideren conducentes para acreditar los hechos, siempre que no se le hayan formulado anteriormente. 2. No se admitirán las preguntas capciosas, sugestivas, impertinentes o perjudiciales para el testigo. Tampoco se admitirán las preguntas que no se refieran a los conocimientos propios del testigo".
	Nicaragua	(Prohibida en términos generales) Las preguntas al testigo deberán formularse oralmente, con la debida claridad y precisión, sin incluir valoraciones ni calificaciones, y en caso que éstas se hicieran, las preguntas se tendrán por no formuladas. No se admitirán preguntas capciosas, difusas, sugestivas, ambiguas, impertinentes, inútiles o perjudiciales para el testigo. Tampoco se admitirán las preguntas que no se refieran a los conocimientos propios del testigo (Art. 296).
No se permite expresamente pero tampoco se prohíbe <i>(podría incluirse como buena práctica)</i>	Bolivia	Cada pregunta no estará referida a más de un hecho; será clara y concreta. No se admitirán las preguntas vejatorias u ofensivas (Art. 176)
Se regula expresamente	Ecuador	Podrán formularse preguntas sugestivas sobre temas introductorios que no afecten a los hechos controvertidos, recapitulen información ya aportada por la o el declarante o la o el juzgador haya calificado al testigo como hostil. También están permitidas en el contrainterrogatorio cuando se practique la declaración de una parte a pedido de la otra (Art. 177).
	El Salvador	Finalizado el interrogatorio directo, si la parte contraria manifiesta su deseo de contrainterrogar al testigo, el juez o jueza, o el o la presidenta del tribunal le concederán la palabra al efecto, permitiendo las preguntas sugestivas (Art. 367).

Fuente: elaboración propia



Como es posible apreciar, a pesar de que todos los países han consagrado el principio de oralidad en sus normativas, y que salvo Ecuador y Costa Rica, han regulado también el principio de contradicción, son sólo dos los que han regulado y contemplado una de las herramientas básicas que permite que ambos principios sean operativos. Como es posible apreciar, sólo **Ecuador** y **El Salvador** comprenden que las preguntas sugestivas son la única manera en que puede llevarse a cabo un contraexamen de la prueba y, en consecuencia, son los únicos países que desde esta perspectiva son coherentes con la oralidad y el contradictorio.

En el lado opuesto, encontramos a cinco de los ocho países analizados, que prohíben de forma expresa las preguntas sugestivas en los interrogatorios. Nos referimos a **Brasil**, **Colombia**, **Costa Rica**, **Honduras** y **Nicaragua**.

Ahora bien, en este grupo cabe precisar que, el único país que verdaderamente prohíbe las preguntas sugestivas en el contraexamen, es **Honduras**, para el cual lamentablemente no cabría interpretación en contrario. Sin embargo, en los otros cuatro países, la prohibición de preguntas sugestivas se realiza de manera genérica, sin precisar o distinguir si esto es para el examen directo y/o el contraexamen. Desde la metodología de la oralidad queda claro que en un examen directo no pueden aceptarse las preguntas sugestivas y, en este sentido, las normativas no tendrían problema alguno. Sin embargo, para que los aludidos principios se tornen operativos, consideramos que dichas normativas podrían-en base a una interpretación sistémica e integral que tenga en vista los principios inspiradores del sistema- concluir que dicha prohibición genérica refiere al examen directo y no al contraexamen.

Por último, el análisis del caso boliviano nos dice que las preguntas sugestivas no se encuentran prohibidas ni aun a modo genérico, razón por la cual la interpretación previa podría ser perfectamente aplicable y, en consecuencia, introducir el uso de preguntas sugestivas en el contraexamen a través de protocolos de actuación y/o de buenas prácticas.

Ahora se indica quién inicia los respectivos interrogatorios.

*Tabla 21: Quién inicia la práctica del examen de testigos*

Quién practica el examen	Países	Regulación
Las partes	Brasil	Las preguntas serán formuladas por las partes directamente al testigo, comenzando por la parte que lo citó. El juez o la jueza pueden interpelar a los testigos, antes o después de las preguntas realizadas por los contendientes. Lo harán por separado y sucesivamente (Art. 459 y 456).
	Costa Rica	La parte formulará las preguntas al declarante sin intermediación del tribunal. El testigo será interrogado por la parte que lo presenta, luego por la contraria, y finalmente por el tribunal, para quien es facultativo intervenir (Arts. 41.3 y 43.4).
	Ecuador	Seguido al juramento y ciertas formalidades, la parte que haya pedido la presencia del testigo lo interrogará, y una vez que éste haya terminado, la contraparte podrá contrainterrogar a la persona que ha declarado. El tribunal puede pedir aclaración sobre un tema puntual si considera que es indispensable (Arts. 174 y 178).

Las partes	El Salvador	El examen inicia con juramento que el juez o la jueza tomarán al o la testigo, y luego la parte que lo presenta deberá acreditarlo e identificarlo. Luego, la parte que propuso al testigo procederá a realizar su examen y una vez que éste haya terminado, la contraria podrá contrainterrogarlo (Arts. 366 y 367).
Las partes	Nicaragua	El interrogatorio empieza por preguntas formales hechas por el juez o la jueza, con el objetivo de individualizar al testigo y esclarecer si existe causal de tacha. Luego, cada parte interrogará a sus testigos y luego podrá preguntar la parte contraria. El tribunal podrá interrogar para obtener aclaraciones y adiciones (Arts. 295, 296 y 298).
	Honduras	Cada parte interrogará a sus testigos y después podrán preguntar las demás partes. Contestadas las preguntas generales, el testigo será interrogado por la parte que lo hubiera propuesto, y si hubiera sido propuesto por ambas partes, se comenzará por las preguntas que formule el demandante. (Arts. 300 y 302)
Jueza o juez	Bolivia	La autoridad judicial interrogará a la o el testigo, sobre aspectos formales y alguna causal de tacha, y luego ordenará al testigo que haga una exposición de los hechos que personalmente le consten en relación al objeto de la controversia; asimismo, que justifique sus afirmaciones, explicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que hubiera ocurrido cada hecho. Terminada la declaración del testigo, las partes podrán interrogarlo libremente por intermedio de sus abogados y bajo la dirección del juzgador, que en cualquier momento podrá formular nuevas interrogaciones (Art. 176).
	Colombia	El juez o la jueza informarán sucintamente al testigo acerca de los hechos objeto de su declaración y le ordenarán que haga un relato de cuanto conozca o le conste. Cumplido lo anterior continuarán interrogándolo para precisar el conocimiento que pueda tener sobre esos hechos y obtener del testigo un informe espontáneo sobre ellos. A continuación del juez o la jueza podrá interrogar quien solicitó la prueba y contrainterrogar la parte contraria. El juez o la jueza podrán interrogar en cualquier momento (Art. 221).

Fuente: elaboración propia

En lo que a esta dimensión refiere, las tendencias son un poco más auspiciosas puesto que en la mayoría de los países el interrogatorio es iniciado por las partes, aunque como ya se advirtió precedentemente, el rol de la autoridad judicial en alguno de ellos sigue siendo muy prominente. No obstante ello, vemos que sólo en **Bolivia** y **Colombia** este rol predomina, al punto que son a los jueces o juezas a quienes la ley les encomienda la realización del interrogatorio. De la lectura de la norma se advierte que las partes tienen prácticamente un rol residual en ello. Esta tendencia sigue el modelo del COGEP uruguayo.

### 3. Prueba documental

Las previsiones en materia de prueba documental son bastante uniformes. En general, regulan las clases de documentos que pueden existir, sus requisitos, valor, impugnación y cotejo. Todos los regímenes procesales son complementados por reglas sustantivas o leyes especiales<sup>54</sup>.

<sup>54</sup> Ver, por ejemplo, artículos 267, 269, 274 y concs., CPC nicaraguense; 269, 270, 273, 274, 278 y concs., CPC hondureño; o, 45 y concs., CPC costarricense.

En términos de acceso a la evidencia, los Códigos tienen criterios amplios. Esto es así ya que la noción de documentos que reciben es sumamente amplia, circunstancia que maximiza su condición de soporte instrumental para acreditar hechos. En ese sentido, se entiende por documento a todo elemento que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un dato o información.

Inclusive, el **CGP colombiano** regula los mensajes de datos precisando que serán valorados como tales los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud. La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos<sup>55</sup>. Similar regla recepta el **CPC brasileño** (arts. 441, 439 y 440).

También son uniformes en cuanto al momento de su ofrecimiento y producción en juicio: la regla general es que las partes ofrezcan y acompañen los documentos con sus escritos postulatorios. Se excepcionan aquellos documentos que hayan tomado relevancia como consecuencia de las alegaciones de la contraria –en cuyo caso la parte podrá producirlo en la audiencia inicial o multipropósito– o los supuestos de conocimiento ulterior, debidamente justificado<sup>56</sup>.

El problema regulatorio se presenta en la calidad de la información que esos documentos aportan al proceso. Ello así, ya que la mayoría de los Códigos no presenta reglas claras en torno a cómo litigar (hacer hablar) esos documentos; contienen presunciones rígidas asociadas a la naturaleza del instrumento o a su desconocimiento o no se garantiza una discusión robusta en torno a la generación, circunstancias y alcance de la información allí contenida.

A contrapartida de la mayoría de las regulaciones, el **COGEP ecuatoriano** establece que los documentos –habiendo sido elaborados por una persona– deben ser incorporados al proceso en audiencia, actuando de conformidad con su naturaleza. En ese sentido, los instrumentos se leerán y exhibirán públicamente en su parte pertinente y las fotografías, grabaciones, los elementos de pruebas audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirán también en su parte pertinente en la audiencia y por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes (art. 196).

En relación a la prueba material o tangible y en similar sentido, el **CPCM salvadoreño** estipula que cuando alguna de las partes pretenda probar sus hechos a través de un objeto, fotografía, video, medios de almacenamiento de datos, imágenes, voz o información o mediante cualquier instrumento o documento de aquellos que no deban acompañarse en la demanda o contestación, deberán incorporarlas a la audiencia probatoria mediante testimonio (art. 325).

<sup>55</sup> Arts. 243, 246, 247, 257, 260 y concs., CGP colombiano.

<sup>56</sup> Por ejemplo, arts. 285, CPC nicaragüense; 287 y concs., CPC hondureño; o, 435 y concs., CPC brasileño.

#### 4. *Prueba pericial*

Cuando la acreditación del hecho depende del conocimiento técnico o científico, todos los Códigos exigen –bajo condición de inadmisibilidad– el ofrecimiento y producción de dictámenes, estudios o análisis periciales.

Siendo que los hechos controvertidos por dilucidar pueden ser de mayor o menor complejidad, resulta interesante la regulación brasileña, la cual dispone que si el punto controvertido es de menor complejidad, la pericia podrá sustituirse por la producción de prueba técnica simplificada<sup>57</sup>.

En general, las regulaciones procuran el nombramiento de un perito único, sin perjuicio de la posibilidad de contar con consultores de parte (por ejemplo, arts. 193 y concs del **CPC boliviano**). Con ello se procura optimizar tiempos, lograr una economía de recursos y simplificar el trámite.

El perito es considerado un auxiliar de justicia, siendo comúnmente asumido como una carga pública. Todos los Códigos prevén la posibilidad de que el órgano judicial o las partes puedan recurrir a organismos públicos o privados especializados. Con ello no nos referimos a las asesorías periciales que existen en algunos países como parte del Poder Judicial u otra agencia estatal, sino a Universidades o, incluso, laboratorios privados.

Por ejemplo, el **CPC hondureño** dispone que las partes puedan optar entre aportar al proceso el dictamen de perito privado o solicitar que examine un perito oficial designado por el tribunal. Los dictámenes privados deben ser acompañados en los escritos iniciales o postulatorios, salvo que se justifique la imposibilidad de aportarlo en término. En dicho caso, deberá incorporarse antes de la audiencia preliminar o multipropósito<sup>58</sup>. Sin embargo, la parte que renuncie o no pueda solventar un dictamen privado, podrá requerir la designación de un perito oficial. El tribunal resolverá sobre la procedencia del dictamen y determinará los aspectos que han de ser objeto del mismo, de acuerdo con las proposiciones de las partes y los que, de oficio, considere conveniente formular (arts. 321 y concs.).

Por el contrario, en **Costa Rica** los peritos judiciales serán designados de la lista elaborada por el Poder Judicial, tomando en cuenta la naturaleza y objeto del peritaje. Esto es así aun cuando las partes puedan contar con sus expertos técnicos o consultores para examinar en audiencia el dictamen y rendición del perito (art. 44.2, CPC).

En muchos casos, los países cuentan con registros en los que los profesionales deben inscribirse. Esto puede ser positivo para controlar la idoneidad en abstracto y generar mecanismos de monitoreo y control del ejercicio profesional. Sin embargo, aparece como problemático cuando esa mera inscripción se toma como presupuesto para sostener, en el caso en

---

<sup>57</sup> La prueba técnica simplificada consiste en el interrogatorio del especialista por el juez, sobre el punto controvertido de la causa que demande especial conocimiento científico o técnico. Durante el interrogatorio, el especialista, que deberá tener formación académica específica en el área objeto de su declaración, podrá valerse de cualquier recurso tecnológico de transmisión de sonidos e imágenes con el fin de esclarecer los puntos controvertidos de la causa (art. 464, apartados 3 y 4, CPC).

<sup>58</sup> Arts. 315, 319, 324.2, 425.6 y concs., CPC.

concreto, la credibilidad y experticia del perito<sup>59</sup>. Es que la discusión relativa a la acreditación o desacreditación del perito en la audiencia de juicio como momento previo a la rendición de su examen, es fundamental.

En ese sentido, el **COGEP ecuatoriano** regula que durante la audiencia de juicio podrán dirigirse preguntas al perito y presentar pruebas no anunciadas oportunamente, orientadas a determinar su parcialidad y falta de idoneidad, a desvirtuar el rigor técnico o científico de sus conclusiones, así como cualquier otra destinada a solventar o impugnar su credibilidad (art. 223).

Existen distintas tesituras en relación al ofrecimiento y producción probatoria. En algunos países se exige que se acompañe la pericia con la demanda o contestación (375 del CPCM de El Salvador). En otros, cuando la prueba pericial se admite, se produce y sustancia con antelación a la audiencia, sólo basta con su ofrecimiento, debiendo o pudiendo el experto –según la legislación– comparecer para rendir explicaciones sobre el dictamen realizado y responder a las preguntas que se le formulen.

Esto constituye un punto crítico, dado que –si el experto no participa en la audiencia de juicio dando razones– las posibilidades de obtener información de calidad disminuyen. Especialmente, porque su condición de tal deriva del debido cuestionamiento de la credibilidad del perito; de la amplitud del contradictorio; el dinamismo de la audiencia; la inmediatez de la presencia del experto y las partes discutiendo sobre la metodología, calidad y solidez del dictamen y del órgano judicial percibiendo todo ello.

Por ejemplo, en **Brasil** el perito debe presentar su informe-por lo menos- veinte días antes de la audiencia de instrucción y juzgamiento. El resultado se sustanciará con la interacción de las partes, quienes podrán manifestarse para presentar preguntas complementarias y/o contrastarlo con la opinión de un asistente técnico<sup>60</sup>. El juez o la jueza pueden rechazar las preguntas que consideren impertinentes y formular las que entiendan necesarias para el esclarecimiento de la causa. El perito tiene el deber de esclarecer los puntos planteados y, *sólo si aún hubiese necesidad de esclarecimiento*, la parte requerirá al juez que mande intimar al perito o al asistente técnico a comparecer a la audiencia de instrucción y juzgamiento (arts. 469, 470, 477 y concs.).

El **CGP colombiano** establece que la parte que pretenda valerse de una pericia deberá aportarla en la instancia de pedidos de pruebas. Cuando el plazo previsto sea insuficiente, podrá anunciarlo en el escrito respectivo y acompañarla en el término que el juez o la jueza concedan<sup>61</sup>. La parte que no ha presentado el dictamen podrá solicitar que el perito en cuestión comparezca a la audiencia, aportar otro dictamen o realizar ambas acciones. El juez o la jueza citarán a la o al perito para su interpelación *cuando lo consideren necesario* (art. 227).

<sup>59</sup> Ver arts. 156, 157, 465, 471, 476 y concs., CPC brasileño.

<sup>60</sup> El perito debe asegurar a los asistentes de las partes el acceso y el acompañamiento de las diligencias y de los exámenes que realice, con previa comunicación comprobada en los autos, con una antecedencia mínima de cinco días (art. 466., apartado 2, CPC).

<sup>61</sup> Arts. 47, 48.2, 226, 227, 234 y concs., CGP.

Las exigencias legales para la producción del dictamen también atentan contra la calidad de la información que se puede obtener para el conflicto. Si bien la mayoría de los Códigos explicitan estándares, no todos son claros y precisos.

Por ejemplo, el **CGP colombiano** estipula que el dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado, explicando y documentando su metodología y los fundamentos de sus conclusiones (art. 226).

Por el contrario, el **CPC brasileño** es mucho más exigente, prescribiendo que el informe pericial debe contener la exposición del objeto de la pericia; el análisis técnico o científico realizado; la indicación del método utilizado –esclareciéndolo y demostrando que es predominantemente aceptado por los especialistas del área de conocimiento desde la cual se originó– y la respuesta conclusiva a todas las preguntas presentadas. La fundamentación debe ser hecha en lenguaje simple y con coherencia lógica, indicando cómo llegó a sus conclusiones (art. 473 y 475).

Como ocurre con la prueba testimonial, los Códigos tienen posiciones encontradas en cuanto a la metodología de rendición del dictamen pericial en audiencia. En algunos casos, comienzan las partes preguntando y en otros el juez o la jueza. En todos se habilita al órgano judicial, hubiese empezado o no, a realizar preguntas al perito.

Asociado con ello, la valoración de la pericia y su grado de vinculatoriedad para el órgano judicial también es un punto a considerar. En general, las legislaciones no establecen mayores precisiones en torno a su ponderación en sí y con las demás fuentes de prueba.

Otros problemas que son comunes en materia de prueba pericial y respecto de los cuales los Códigos no suelen brindar respuestas adecuadas, son: (i) el financiamiento de los costos por anticipos en casos de beneficios de litigar sin gastos o exenciones legales para sujetos o conflictos de tutela preferente y (ii) la construcción de un diseño que articule adecuadamente los sistemas públicos y privados, construya herramientas de financiamiento, fije pautas claras en torno a la regulación de honorarios y garantice el cobro oportuno.

En relación con esto, aparece como relevante la constitución de fondos público-privados para casos de exención legal; la incorporación de reglas de regulación para un proceso oral (que exige presencia y trabajo en audiencia); la determinación de pautas interpretativas para limitar la discrecionalidad del juez en la regulación; la incorporación de una pauta de exigibilidad distinta (por ejemplo, cobro de honorarios a partir de la defensa del dictamen en audiencia); y/o, en su defecto, ejecución provisional o especial para esta clase de costos procesales.

#### **4. VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

Finalmente, un cuarto y último nivel de análisis de la prueba se centra en lo que ha sido una de las áreas más problemáticas y menos desarrolladas en la teoría probatoria. Nos referimos a la construcción y legitimidad de la decisión del juez o de la jueza, esto es, a la valoración de la prueba y la consecuente fundamentación de la sentencia. A este respecto, González Postigo (2018) –citando a Binder– explica que la teoría probatoria ha prestado atención a todo aquello que respecta a la fundamentación de la sentencia, pero que ha olvidado el análisis de la racionalidad de su construcción, es decir, de la valoración de la prueba.

La valoración de la prueba se ha entendido como aquella “actividad de percepción” que llevan el juez o la jueza “de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso”. Se trataría de una actividad que incluye el examen crítico del material probatorio y la extracción de conclusiones sobre éste (Nieva, 2010, pág. 34). En otras palabras, nos referimos al proceso de percepción y evaluación crítica o de credibilidad que la autoridad judicial realiza sobre la información que ha sido producida –idealmente– por la litigación en una audiencia oral, pública y contradictoria.

En general, las formas en que puede llevarse a cabo esta actividad de percepción y juicio sobre el material probatorio, han oscilado entre la libre valoración y la valoración legal de la prueba. En la primera, la autoridad judicial realiza la mencionada actividad mental sin ninguna restricción externa más que su lógica, mientras que, en la segunda, y a consecuencia de la discrecionalidad que la primera generó, dicha actividad debe llevarse a cabo al alero de ciertas exigencias que comenzaron a cristalizarse en normas positivas (Nieva, 2010). Es lo que también conocemos como sistema de prueba de libre convicción o sistema de prueba legal/tasado.

En el segundo sistema que tuvo por finalidad controlar la discrecionalidad judicial existen diversas normas legales que pretenden circunscribirla y exigir a jueces y juezas que sus convicciones se rijan por pautas previamente establecidas. Así, y como es ampliamente conocido, un sistema de prueba legal contiene, entre otras muchas pautas, reglas que refieren a la necesidad de probar los hechos a través de testigos (e incluso de un número determinado de ellos) o de documentos; de definir en abstracto la valoración de un medio probatorio sin dejar alternativa a que el juez o la jueza puedan hacerlo (por ejemplo, que un documento de determinadas características hace plena prueba) o de prohibir por ley que ciertas personas puedan testificar (Nieva, 2010).

Por su parte, el sistema de libre valoración de la prueba ha tenido una larga evolución y diversas expresiones jurídicas. Hoy por hoy, una de las más conocidas y ampliamente extendidas en los sistemas normativos, es lo que conocemos como el sistema de valoración de la prueba conforme a las reglas de la *sana crítica* o la apreciación según la conciencia judicial.

A continuación, nos proponemos identificar qué sistema de valoración de la prueba han regulado los códigos analizados y cómo se materializa dicha regulación.

Si bien reconocemos que no existirá un sistema de prueba totalmente libre o totalmente legal, tanto el derecho comparado como la doctrina han reconocido la existencia de un largo proceso de abandono del sistema de prueba legal y las ventajas que ello conlleva<sup>62</sup>. Desde la perspectiva en que venimos analizando las reglas probatorias, dicha constatación es fundamental. Esto resulta así porque si se advierte la existencia o predominio de normas probatorias propias de un sistema legal, aquellas **ventajas que genera un sistema oral en términos de mejorar la calidad de la información en la que se sustenta una decisión judicial, se pierden**, puesto que es la ley, en abstracto y *ex ante*, la que define una determinada manera en la que cierta categoría de pruebas debe ser valorada. Y esto, lógicamente,

---

<sup>62</sup> Véase a este respecto: Cappelletti (2006), páginas 94 y ss.

sin importar el grado de convicción o credibilidad que dicha prueba generó en el caso en concreto (Duce, Marín & Riego, 2008).

Un primer punto que se advierte es que, al menos formalmente, la mayoría de las reglamentaciones refiere a la **sana crítica** como sistema de apreciación de la prueba. Como podrá observarse en la tabla más adelante, casi todos los códigos han instituido de forma expresa y literal que jueces y juezas deben valorar la prueba bajo este sistema. **Brasil** y **Costa Rica** no lo han regulado de una forma literal, pero su redacción –sin lugar a dudas– lo sugiere.

En general, todos los países han establecido este sistema en términos bastante generales y vagos, sólo indicando que se apreciará la prueba “bajo las normas de la sana crítica” o expresiones similares. Sólo en algunos Códigos se advierten esfuerzos que parecerían ampliar o delinear su alcance y sentido, aunque aun así no parece ser suficiente. Por ejemplo, el **CPC hondureño** estipula que el juez o la jueza han de valorar la prueba de manera precisa y razonada en la sentencia, atendiendo siempre a las reglas de la sana crítica, del conocimiento, criterio humano y razonamiento lógico (arts. 13, 245 y 479 CPC). Esfuerzos similares podemos observar en países como **Brasil, Bolivia** y **Costa Rica**.

Sumado a lo anterior, *no se advierten pautas claras o estándares metodológicos e interpretativos que guíen la mecánica de valoración*. Sólo se incorporan reglas rudimentarias asociadas a cuestiones generales. Entre ellas: el deber de apreciar las pruebas en conjunto, tomando en cuenta la individualidad de cada una de las producidas; de considerar todas y cada una de las pruebas producidas, individualizando cuáles ayudaron a formar convicción y cuáles fueron desestimadas, fundamentando criterios o –cuando más de una prueba se haya dirigido a determinar la existencia de un mismo hecho o el modo en que se produjo– el deber de ponerlas en común, con especial motivación y razonamiento del resultado final al que se llegue.

Si bien pueden aplicarse a partir del marco convencional o leyes sustantivas, tampoco se advierten en los regímenes procesales analizados modulaciones o estándares especiales en torno a ciertos tipos de conflictividades (por ejemplo, para casos de violencia de género). Lo único que se incorpora es que la sana crítica opera, “dejando a salvo la existencia de reglas especiales”.

**Bolivia** es, en este sentido, el único país que dispone que en la valoración de los medios de prueba, la autoridad judicial tomará en cuenta la realidad cultural en la cual se ha generado el medio probatorio (art. 145.III, CPC). Si bien esto no alcanza la precisión deseable, sí aporta un nuevo elemento y perspectiva para llevar a cabo esta actividad.

Ahora bien, en lo concerniente a la prueba pericial, corresponde destacar positivamente que la mayoría de los Códigos incluye elementos específicos que deben considerarse en la valoración del dictamen. Por ejemplo, la competencia del perito; los principios científicos o técnicos en que se funda; la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos y la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás elementos de convicción que la causa ofreciere.

Habiendo constatado que, aun con importantes deficiencias de regulación, todos los países han querido instaurar un sistema libre de valoración de la prueba basado en las reglas de la



sana crítica, es problemático observar que *todos los códigos conservan pautas de valoración de la prueba legal*. En efecto, veremos a continuación que, ya sea a través de la regulación de tachas testimoniales o de asignación de valor probatorio ex ante, las reglamentaciones mantienen como pauta la valoración tasada de ciertas pruebas, circunstancia que constituye una inconsistencia epistémica (esto es, acumular sistemas de valoración contrapuestos) y una disfuncionalidad para la valoración integral y para la implementación íntegra de un sistema oral.

Por ejemplo, el **CPC hondureño** estatuye que la valoración legal de la prueba sólo es admisible en el interrogatorio de las partes y en la prueba documental, y únicamente cuando una norma así lo indique expresamente o se deduzca de ella inequívocamente (arts. 13.2 y 479.2). Lo mismo sucede en el caso de **El Salvador** (art. 416) y en el resto de las legislaciones que conservan un valor tasado para ciertos documentos o declaraciones. En relación a la prueba documental veremos que todos los países, en mayor o menor grado, asignan por ley el valor probatorio que ésta debe tener. Algo similar ocurrirá con la declaración de parte o la confesión, en donde también la ley asigna valor en abstracto, siendo **Ecuador** el único país que se exceptúa de esto. Las variaciones las encontramos en la posibilidad de contradecir en mayor o menor intensidad las respectivas presunciones.

Por último, y como ya se adelantó en la sección sobre admisibilidad probatoria y se detalló a propósito del análisis de la prueba testimonial, casi todos los países, excepto **Costa Rica**, **Ecuador** y **El Salvador**, presentan como vestigio de prueba legal el hecho de contemplar los conocidos reproches o tachas testimoniales.

La tabla 22 precisa el detalle de esta información.

**Tabla 22:** *Sistemas de valoración de la prueba*

País	Sistema expresamente consagrado en el Código	Regulación	Vestigios sistema de prueba legal tasada
Bolivia	Sana crítica	Las pruebas se apreciarán en conjunto tomando en cuenta la individualidad de cada una de las producidas y de acuerdo con las reglas de la sana crítica o prudente criterio, salvo que la Ley disponga expresamente lo contrario. La autoridad judicial apreciará las pruebas tomando en cuenta la realidad cultural en la cual se ha generado el medio probatorio (Art. 145).	Sí <ul style="list-style-type: none"> <li>• Tacha testimonial</li> <li>• Declaración de parte</li> <li>• Documentos</li> </ul>
Brasil	Sugiere sana crítica	El juez o la jueza apreciarán la prueba independientemente del sujeto que la haya promovido, e indicarán en la decisión las razones de la formación de su convencimiento. Aplicarán las reglas de la experiencia común provenientes de la observación de lo que ordinariamente acontece y, también, las reglas de la experiencia técnica, exceptuando, en cuanto a éstas, el examen pericial (arts. 371 y 375).	Sí <ul style="list-style-type: none"> <li>• Tacha testimonial</li> <li>• Declaración de parte</li> <li>• Documentos</li> </ul>

País	Sistema expresamente consagrado en el Código	Regulación	Vestigios sistema de prueba legal tasada
Colombia	Sana crítica	Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez o la jueza expondrán razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba (art. 176).	Sí <ul style="list-style-type: none"> <li>• Tacha testimonial</li> <li>• Declaración de parte</li> <li>• Documentos</li> </ul>
Costa Rica	Sugiere sana crítica	Las pruebas se apreciarán en su totalidad, conforme a criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa. La conducta de las partes durante el procedimiento podrá constituir un elemento de convicción ratificante de las pruebas (art. 41.5).	Sí <ul style="list-style-type: none"> <li>• Declaración de parte</li> <li>• Documentos</li> </ul>
Ecuador	Sana crítica	La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrán obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que les hayan servido para justificar su decisión (art. 164).	Sí <ul style="list-style-type: none"> <li>• Documentos</li> </ul>
El Salvador	Sana crítica	El juez o la jueza deberán valorar la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica. No obstante, en la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado. El tribunal deberá atribuir un valor o significado a cada prueba en particular, determinando si conduce o no a establecer la existencia de un hecho y el modo en que se produjo. Cuando más de una prueba hubiera sido presentada para establecer la existencia o el modo de un mismo hecho, dichas pruebas deberán valorarse en común, con especial motivación y razonamiento (art. 416)	Sí <ul style="list-style-type: none"> <li>• Declaración de parte</li> <li>• Documentos</li> </ul>

País	Sistema expresamente consagrado en el Código	Regulación	Vestigios sistema de prueba legal tasada
Honduras	Sana crítica	El juez o la jueza han de valorar la prueba de manera, precisa y razonada en la sentencia, atendiendo siempre a las reglas de la sana crítica, del conocimiento, criterio humano y razonamiento lógico, salvo que este Código u otra ley establezcan una valoración concreta. La valoración legal de la prueba sólo es admisible en el interrogatorio de las partes y en la prueba documental, y únicamente cuando una norma así lo indique expresamente o se deduzca de ella inequívocamente. En todo caso el juez o la jueza han de exponer en su sentencia los razonamientos que los condujeron a la apreciación y valoración de las pruebas para fundar su convencimiento, exista o no una norma que les obligue, quedando prohibida la arbitrariedad (arts. 13 y 245).	<p>Sí</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Prueba testimonial (valoración por texto expreso y tacha)</li> <li>• Declaración de parte</li> <li>• Documentos</li> </ul>
Nicaragua	Sana crítica	La valoración de la prueba deberá ser motivada de manera clara, precisa y razonada en la sentencia, atendiendo siempre a las reglas de la sana crítica, del conocimiento y criterio humano, así como de acuerdo a las normas que rigen el razonamiento lógico. La valoración de la prueba se hará de manera conjunta, señalando cada uno de los medios de prueba mediante los cuales se dieran por probados cada uno de los hechos de manera clara y terminante, que constituyen el fundamento de la sentencia (art. 251)	<p>Sí</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Tacha testimonial</li> <li>• Declaración de parte</li> <li>• Documentos</li> </ul>

Fuente: elaboración propia

Como se advierte con toda claridad, a pesar de que los códigos pretendieron formalmente instalar un sistema de libertad probatoria bajo reglas de la sana crítica, dicho sistema *convive con importantes y evidentes normas que nos permiten constatar la persistencia del sistema de prueba legal*. Y como adelantamos al inicio de este apartado, esta incoherencia sistémica de los códigos es muy problemática, “puesto que supone excluir a algunos medios de prueba de los sistemas de control que el propio sistema procesal introduce, como son la confrontación y el razonamiento”, a lo que se suma que dicha exclusión se lleva a cabo “de modo abstracto y general, sin medir, por ejemplo, el grado de controversia que se pueda generar sobre esa prueba en el caso en concreto” (Duce, Marín & Riego, 2008, pág. 88).

### *Estándares probatorios*

Una importante arista que situamos en esta dimensión probatoria dice relación con los estándares probatorios o estándares de convicción, los que refieren al **grado de confirmación**

**requerido para adoptar una determinada decisión judicial.** El estándar probatorio corresponde al criterio que indica el nivel de corroboración que determinada hipótesis de hecho debe tener para considerarla como probada. Es decir, el criterio que define el umbral a partir del cual a una hipótesis puede atribuírse la categoría de hecho probado (Ferrer, 2010).

El análisis normativo confirma que estamos frente a un debate pendiente, lo cual es coherente con la debilidad que en materia de valoración de la prueba ha sido advertida también (González Postigo, 2018). En efecto, ninguno de los códigos presenta alguna pauta o criterio que indique el grado de confirmación que se necesita para que una hipótesis se tenga por probada. Si bien es común advertir y sostener que en materia civil opera un estándar de prueba preponderante o prevalente, lo cierto es que no existen criterios para determinar qué implica, en concreto, que una prueba sea preponderante. Es decir, qué grado de confirmación se requiere para afirmar que una hipótesis puede darse por probada y la otra no (Ferrer, 2010; González Postigo, 2018).

La constatación de inexistencia de criterios normativos para la definición de este umbral probatorio no es nueva. Ferrer (2010) sostiene que, tanto en el *common law* como en el civil law, los estándares probatorios son prácticamente inexistentes, y que su construcción y regulación es necesaria toda vez que la epistemología no constituye, por su propia naturaleza, una guía suficiente para esta labor. En este sentido, y en función de que la epistemología no puede determinar el estándar de prueba, la adopción de este criterio es una decisión social/jurídica que se toma en base a la consideración de los bienes en juego y del costo que un error judicial podría tener sobre ellos.

Entender que el estándar probatorio es una elección permitirá reconocer la importancia de su regulación, para así poder contar con criterios objetivos que, a su vez, permitan el control intersubjetivo de la racionalidad de una decisión. Laudan, en la cita de Ferrer, ilustra este problema: “si no disponemos de un criterio que nos indique las condiciones en que la duda será razonable (que no podrá ser cuantitativo), no podremos decir en ningún caso que disponemos de un estándar de decisión objetivo (o al menos intersubjetivo) y cognoscible a priori” (en Ferrer, 2010, pág. 18).

## V. Mecanismos Autocompositivos de Solución de Conflictos (MASC)

En general, bajo la denominación de MASC o ADR (por sus siglas en inglés), se engloban todos aquellos mecanismos de gestión de conflictos que son alternativos al proceso judicial que conocen los tribunales de justicia tradicionales.

Éstos han sido incluidos en la agenda de las reformas judiciales desde fines del siglo pasado, las que además de haber perseguido mayores grados de eficiencia en los sistemas de justicia, tuvieron como propósito aumentar e igualar su acceso para toda la población. Así fue que los ADR fueron incluidos como *una de las alternativas más prometedoras para mejorar los sistemas de justicia* (Lillo, Cabezón & Fandiño, 2016).

Sin embargo, los primeros diagnósticos sugerían que, no obstante el posicionamiento de estos mecanismos en las agendas judiciales y al sostenido y amplio apoyo que tuvieron, éstos no lograron consolidarse dentro de las reformas y se relegaron a un lugar bastante marginal o de resultados limitados. Para el año 2002 ya se advertía que, si bien fueron varios los países que dictaron legislaciones que expresamente introdujeron estos mecanismos (por ejemplo Argentina, Bolivia o Colombia, entre otros), su implementación seguía cubriendo un porcentaje muy pequeño en relación a los casos que conocían los tribunales. Asimismo, se advertía que en otros países (como Chile o El Salvador), los MASC constituyeron experiencias piloto cuya masificación no fue fácil, puesto que sufrían de diversos problemas de definición e implementación (Vargas, 2002).

Frente a este contexto, el presente análisis ha querido volver a situar la mirada en el lugar que los MASC han tenido en los procesos de reforma a la justicia civil. Sobre todo, en el entendido que hoy por hoy, "tanto la jurisprudencia de la Corte IDH como la doctrina y los principales organismos internacionales vienen a coincidir en la necesidad de hablar del Acceso a la Justicia como un derecho amplio que abarque las soluciones extrajudiciales a los conflictos" (Lillo, Cabezón & Fandiño, 2016, pág. 23).

Dada la importancia creciente que los MASC han adquirido en las políticas, en el discurso público y en la concepción del derecho de acceso a la justicia, es de esperar que las reformas a la justicia hubieran asignado un lugar prioritario a estos mecanismos. Así, esperamos encontrar en las reformas analizadas algunas de las recomendaciones que, basado en estas consideraciones, Fandiño (2016) realizara para una adecuada implementación de los MASC como forma de acceso a la justicia. Entre éstas, destacamos especialmente:

- (i) ampliación del catálogo de mecanismos de gestión de conflictos, de manera que no se limiten a la visión restringida y tradicional que sólo incluye al arbitraje, la conciliación y la mediación;
- (ii) racionalización de la obligatoriedad de la mediación o conciliación previa, ya sea a través de incentivos que contribuyan a generar una mayor aceptación voluntaria de estos mecanismos o que la obligatoriedad se limite sólo a una sesión informativa que no implique costos para los y las asistentes;

- (iii) coordinación constante entre estos mecanismos y el sistema de justicia tradicional; revisión y adaptación del requisito de homologación judicial de los acuerdos alcanzados en estas instancias, a fin de que éste no se transforme en un trámite lento y burocrático y
- (iv) progreso hacia una total integración entre los MASC y la justicia ordinaria, en la cual los procesos judiciales utilicen fórmulas autocompositivas y los MASC puedan recibir casos que provengan de este tipo de procesos.

Así, y en vista de lo anterior, el principal objetivo de este apartado es analizar el rol que han tenido los MASC en los códigos procesales estudiados, a fin de *identificar cuál ha sido el nivel de integración entre estos mecanismos y el proceso judicial*. Dicho de otro modo, nos proponemos identificar la lógica o tendencia normativa que subyace a la relación entre proceso y MASC; si es que éstos se entienden como métodos anormales de resolución de conflictos y subordinados al proceso judicial, o si, por el contrario, se ha logrado avanzar hacia lo que llamaremos *lógica de la integración*.

Para dicho objetivo, nos hemos enfocado en analizar cómo y dónde se regulan estos mecanismos; si existe algún principio de preferencia y/o de incentivo por la autocomposición y, de existir, en qué momentos del proceso se considera y si alcanza la ejecución; si existen instancias de derivación y coordinación constante entre proceso y MASC y cuál es el valor de los acuerdos alcanzados en estas instancias.

A continuación, caracterizaremos brevemente algunos aspectos que nos permitirán determinar si existe alguna tendencia normativa en torno a esto.

## **1. CARACTERÍSTICAS REGULATORIAS DE LOS MASC. PROMOCIÓN DE LA CONCILIACIÓN EN AUSENCIA DE PRINCIPIOS GENERALES O INCENTIVOS ADECUADOS PARA LA AUTOCOMPOSICIÓN**

En primer lugar, hemos querido identificar dónde se regulan estos mecanismos, para luego entrar a profundizar en cómo se lleva a cabo dicha regulación y cuáles son sus principales características.

Así, un primer elemento común que se advierte es una *dispersión regulatoria*. Esto quiere decir que los diversos mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos que pueden advertirse en cada país, suelen estar regulados en diversos cuerpos normativos. Para poder identificar el sistema completo que rige un mecanismo consensual en concreto, habrá que considerar lo establecido en los códigos procesales y en ciertas leyes especiales que pueden ser de carácter general o de regulaciones específicas por materia, como es el caso único de **Nicaragua**.

Sea cual sea la técnica legislativa, se advierte que todos los países han optado por conservar regulaciones diferenciadas, cuando lo más lógico, razonable y útil hubiera sido un enfoque integral que estructure desde y para el conflicto los múltiples mecanismos.

Al sólo efecto ilustrativo, a continuación presentamos una tabla en que se muestran los cuerpos normativos en los que se encuentran regulados los MASC en los países en estudio:

**Tabla 23:** Fuentes normativas de los MASC

País	Regulación
Bolivia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Código Procesal Civil</li> <li>• Ley de Arbitraje y Conciliación N° 708 de 2015</li> </ul>
Brasil	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Código Procesal Civil</li> <li>• Ley 13.140 de 2015</li> </ul>
Colombia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Código General de Procesos</li> <li>• Ley 23 de 1991, crea mecanismos para descongestionar los despachos judiciales, reglamentada por Decreto 800 de 1991</li> <li>• Decreto 2651 de 1991 que expide normas transitorias que prorrogan la anterior, y Ley 192 de 1995 que prorroga éste último</li> <li>• Ley 446 de 1998 de descongestión de la justicia</li> <li>• Decreto 1818 de 1998 por medio del cual se expide el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos</li> <li>• Ley 640 de 2001 que modifica normas de la conciliación y añade otras</li> </ul>
Costa Rica	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Código Procesal Civil</li> <li>• Ley 7727 de 1997 sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social</li> <li>• Decreto 32152 del 2004 que crea la Dirección Nacional de Resolución de Conflictos</li> </ul>
Ecuador	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Código Orgánico General de Procesos</li> <li>• Ley N° 2006-014 sobre Arbitraje y Mediación</li> <li>• 191.1 de la Constitución</li> </ul>
El Salvador	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Código Procesal Civil y Mercantil</li> <li>• Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de 2002</li> </ul>
Honduras	Código Procesal Civil Ley de Conciliación y Arbitraje de 2001, dictada por Decreto N° 161-2000
Nicaragua	Código Procesal Civil Ley de Mediación y Arbitraje N° 540 – 2005 Art. 260 Ley Orgánica del Poder Judicial (Mediación no penal) Ley 278 Propiedad Reformada, Urbana y Agraria Ley 286 Exploración y Explotación de Hidrocarburos Ley 127 Inversiones extranjeras Ley 272 Industria Eléctrica Código del trabajo

Fuente: elaboración propia en base a Lillo, Cabezon & Fandiño (2016)

Constatado que todos los países han optado por regular en diversos cuerpos normativos estos mecanismos, hemos querido caracterizar esta regulación enfocándonos principalmente en lo que ha sido regulado en los códigos y, en la medida que sea necesario, complementando con las respectivas leyes especiales.

Así, una segunda característica que se observa en la normativa es la ausencia (excepto en Brasil), de normas que regulen aspectos esenciales de estos mecanismos y, sobre todo, de normas que dispongan órganos o incorporen modalidades de coordinación y articulación adecuadas entre el proceso y los MASC. Esto resulta cuestionable si se tiene en cuenta esta decisión de conservar estas instancias separadas y regulaciones tan diferenciadas.

Observando los principales sistemas reglamentados, podemos advertir que en la mayoría de los países se regulan *mecanismos de carácter judicial y extrajudicial*, excepto en **Nicaragua** –donde sólo existe la posibilidad de autocomposición extrajudicial–. A continuación los caracterizamos brevemente.

En **Bolivia** identificamos la conciliación que se regula dentro y fuera del proceso. En la audiencia preliminar la autoridad judicial tiene el deber de instar a las partes a conciliación, trámite que si no se realiza se sanciona con la nulidad. Se indica que las partes podrán conciliar en *cualquier fase del proceso*, pero no se advierte una obligación a este respecto. Por su parte, dentro de la regulación de los procedimientos preliminares se encuentra el denominado “Conciliación previa”, el cual establece el carácter obligatorio de la conciliación previa al proceso judicial, siendo un requisito *sine qua non* que, al momento de promoverse la demanda principal, se acompañe acta expedida y firmada por un conciliador autorizado. En **Ecuador**, por su parte, el Código sólo regula la Conciliación, la cual debe realizarse de manera obligatoria por el juez o la jueza en la audiencia preliminar. También se indica que las partes podrán conciliar en cualquier estado del proceso, pero tampoco existe deber de promoción al respecto.

En **Colombia** la conciliación previa también es obligatoria y su intento es requisito para presentar la demanda. Igualmente, es un deber de la autoridad exhortar diligentemente a las partes a conciliar sus diferencias, proponiendo fórmulas de arreglo y dejando en claro que ello no significa prejuzgamiento.

En **Nicaragua** la situación es similar, pues se requiere la mediación previa como requisito de procedibilidad para la interposición de la demanda. Sin embargo, este país se diferencia de los dos previos en el sentido de que no se admite la conciliación intraprocesal, debiendo el juez o la jueza siempre instar a las partes a que lleguen a un acuerdo. Dicho proceso debe llevarse a cabo en las sedes de la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos o en un centro autorizado administrador de métodos de resolución alternativa de conflictos. Nicaragua expresamente dispone que aun en la fase de ejecución las partes podrán acudir a la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos o similares en búsqueda de un acuerdo (art. 408).

Regulación similar se aprecia en **El Salvador** y con una variante interesante en el caso de **Honduras**. Aquí la regla es que la potestad de instar una conciliación o acudir a un organismo de mediación es facultativa (art. 415) y, la obligatoriedad, la excepción. Por ejemplo, es obligatorio en pretensiones asociadas a propiedad industrial relativa a invenciones laborales o cuando la Administración Pública sea demandada en un proceso civil por controversias fundadas en Derecho Privado (arts. 414 y concs.).

En **Costa Rica** se advierte una regulación similar a la de los países anteriores. El tribunal debe instar acuerdos conciliatorios en las etapas establecidas por ley, principalmente audiencia preliminar, pero también lo hará cuando las circunstancias favorezcan el arreglo o si lo solicitaran las partes de mutuo acuerdo. En esta misma línea, el artículo 6 de la Ley N° 7727 dispone que, *en cualquier etapa del proceso*, el tribunal puede proponer la realización de una audiencia de conciliación. Con todo, un punto que interesa resaltar es que su nuevo Código Procesal Civil, en su Capítulo III, regula las “Formas Extraordinarias de conclusión del Proceso”, entre las que incluye la conciliación extrajudicial y judicial, cuestión que deja muy claro bajo qué lógica se regulan estos mecanismos.



En este sentido, son varios países los que aún mantienen un título o apartado similar a Costa Rica. Por ejemplo, a pesar de valorarse positivamente el hecho de que en Bolivia y en Ecuador también pueda, expresamente, arribarse a un acuerdo en cualquier etapa del proceso, dicha virtud se contradice y opaca con la manera en que el código se refiere a los mecanismos consensuales. Bolivia los regula en su Título V bajo la denominación de “Formas Extraordinarias de Conclusión del Proceso”, donde aparte de la conciliación (arts. 234 a 238) regula la transacción y el desistimiento. Regulación similar se encuentra en el Título III del COGEP de Ecuador, que incluye entre estas formas extraordinarias de terminar el proceso, la conciliación, la transacción, el desistimiento, el avenimiento y el abandono (arts. 233 y ss).

Variación de este tipo de normativa se encuentra en **Colombia**, que tiene un Título Único sobre “Terminación Anormal del Proceso”, donde incluye la transacción y el desistimiento. Por la trascendencia del mecanismo, es positivo que la conciliación no se encuentre incluida entre ellos.

En el caso de **El Salvador**, herramientas como la transacción o el desistimiento se regulan como formas “anticipadas” de terminación del proceso, sin darse una connotación de anormalidad o de elemento extraordinario. Lo mismo ocurre en Honduras, país en el cual el Capítulo VII regula la “Terminación del proceso sin sentencia contradictoria”, que contempla aquellas hipótesis de carencia de objeto, satisfacción extraprocesal, transacción, renuncia, allanamiento, desistimiento y abandono. Casi con idéntica regulación a **Honduras** se encuentra **Nicaragua**, país que en su Capítulo VII regula las mencionadas hipótesis pero bajo el título de “Poder de disposición de las partes”.

En punto aparte hemos querido mencionar a **Brasil**, pues desde la perspectiva normativa y las características de su regulación, podemos decir que es el país que presenta un modelo que se aproxima a la lógica de integración entre MASC y proceso judicial. Y en general, como veremos a continuación, tanto sus principios como estructuras procesales son coherentes con ello.

En primer lugar, es el único país que ha establecido un principio a este respecto, “**el principio de autocomposición**” que contempla entre las normas fundamentales del proceso, las reguladas en el artículo 3 de su código, que entre otras cosas establece que “el Estado promoverá siempre que sea posible la solución consensual de los conflictos”, y que la conciliación, la mediación y otros métodos de solución autocompositivos deberán ser promovidos por jueces y juezas, abogados y abogadas, defensores y defensoras públicas y miembros del Ministerio Público, *inclusive durante el curso del proceso judicial*. Así, se observa que la autocomposición es una directiva que debe observarse a lo largo de todo el proceso. Es decir, se observan incentivos claros y adecuados.

Adicionalmente, se establece claramente un deber a **todos** los intervinientes del proceso, y de hecho, una **preferencia**, siempre que sea posible, por las soluciones autocompositivas. Se trata de un **principio general de prevalencia por las soluciones no judiciales** de los conflictos, el cual no se limita a derechos disponibles.

Asimismo, y como pudo observarse en los capítulos previos, las estructuras procesales tienen coherencia con esta lógica integrativa. Por ejemplo, al regular que luego de la demanda, la actuación procesal que sigue es la Audiencia de Mediación y Conciliación –salvo

que las partes expresamente indiquen lo contrario—, y que recién una vez que ésta ha sido celebrada, corresponda llevar a cabo la contestación. Incluso, en los procesos de familia el Código indica que, para no acentuar los ánimos, la parte demandada debe recibir la citación para comparecer a la audiencia sin la copia de la petición inicial (Artículo 695, § 1º, CPC).

En consonancia con todo lo anterior, es interesante resaltar que la normativa contempla la posibilidad de *prueba anticipada* orientada a verificar la posibilidad de autocomposición (artículo 381, II, CPC).

Además, es el mismo código el que regula ciertos aspectos de estos mecanismos, como la función de mediadores/as y conciliadores/as, o sus características, distinciones, principios, y propio procedimiento (arts. 165 a 175, CPC). Por último, valga mencionar que en Brasil, adicionalmente a todas las prescripciones descritas, y según lo dispuesto en el artículo 319, numeral VII, antes de presentar la demanda e iniciar un proceso judicial, se debe pasar por un proceso de mediación.

Como mencionamos, en el resto de los países la normativa es más o menos similar entre ella, y se distancia bastante de lo que ocurre en **Brasil**. Ninguno consagra algún principio relacionado con la preferencia o integración de los MASC, y a su vez, todos tienden a regular sólo algunos aspectos de la conciliación y/o la mediación en el proceso.

## 2. Valor jurídico de los acuerdos alcanzados fuera del proceso judicial

Un segundo gran factor que suele analizarse para aproximarse al tipo de relación que los MASC mantienen (o no) con el sistema de justicia formal, es el valor jurídico de los acuerdos que se han alcanzado fuera de sede judicial. Es decir, en instancias en las que no fue la o el juzgador quienes presidieron o dirigieron el proceso para arribar al respectivo acuerdo.

En relación a esto, existen dos grandes tendencias: aquellos países en los que los acuerdos alcanzados por las partes son ejecutorios y, como tales, gozan de efecto de cosa juzgada sin necesidad de trámites judiciales posteriores, y aquellos en los que sí se necesita la intervención de un juez o de una jueza que homologuen el acuerdo al valor que tendría un acto emanado de un proceso judicial tradicional.

En el primer grupo, encontramos a **Bolivia, Brasil, Ecuador, El Salvador, Colombia y Honduras**.

Como hemos visto, es esperable que la **normativa brasileña** opte por una solución como ésta, pues como se ha adelantado, es el único país en el que puede decirse que, con bastante coherencia, se ha avanzado hacia una lógica de integración entre MASC y proceso judicial. A saber, el artículo 20 de la ley 13.140 se refiere al acuerdo alcanzado en la sesión de mediación, indicando que éste de por sí constituye un título de ejecución extrajudicial. Otro ejemplo es **Ecuador**, que por su parte indica que el acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio (art. 47, Ley de Arbitraje y Mediación). En concordancia con esto, el Código reitera que el acta de mediación extrajudicial constituye un título de ejecución (art. 363).

Muy similar es lo que se observa en la normativa de **El Salvador**. Tanto el código, en su artículo 254, como la ley respectiva (art. 13), establecen que lo acordado en el proceso de conciliación previa tendrá fuerza ejecutiva entre las partes, y que el juez o la jueza de Primera Instancia podrán llevarlo a efecto según el trámite establecido para la ejecución de sentencias. La certificación que a estos efectos extiende el Centro de Mediación es la que otorga fuerza ejecutiva al acuerdo.

Un segundo grupo, en los cuales los acuerdos deben ser homologados para ser exigibles, encontramos sólo a **Costa Rica y Nicaragua**. **Costa Rica** establece en el artículo 9 de la Ley 7.727: “Los acuerdos de conciliación judiciales una vez homologados por el juez, y los extrajudiciales, tendrán autoridad y eficacia de cosa juzgada material y serán ejecutorios en forma inmediata”. En Nicaragua –único país en que jueces y juezas sólo tienen el deber de instar a una solución autocompositiva, pero no pueden conciliar ni mediar–, los acuerdos que se alcancen en un Centro de Resolución Alternativa de Conflictos, la autoridad judicial debe homologarlos.

A continuación presentamos una tabla con las tendencias normativas identificadas.

**Tabla 24:** Tendencias normativas de los MASC en las últimas reformas procesales

Tendencia normativa	Descripción	País	MASC como mecanismos anormales	Principio o preferencia por la autocomposición	El acuerdo es ejecutorio
Integración	El proceso no es el único o principal mecanismo de resolución de conflictos. Se comprende que tanto los mecanismos adjudicativos como autocompositivos son adecuados para la resolución del conflicto.	Brasil	NO		Sí
Subordinación	Si bien los mecanismos autocompositivos no se regulan y conciben como métodos extraordinarios o anormales, sí se conciben como “alternativos” al proceso judicial y, por tanto, subordinados a él.	El Salvador	NO	NO	Sí
		Honduras	NO	NO	Sí
		Nicaragua	NO	NO	NO
		Colombia	Sí (pero no la conciliación)	NO	Sí
Anormalidad	Los MASC se siguen regulando, de forma expresa, como métodos extraordinarios o anormales de poner fin al proceso.	Bolivia	Sí	NO	Sí
		Costa Rica	Sí	NO	NO
		Ecuador	Sí	NO	Sí

Fuente: elaboración propia

Como puede observarse, las regulaciones tienden a ser contradictorias y poco coherentes entre ellas. A excepción de Brasil, nos encontramos con países que presentan regulaciones virtuosas en una dimensión, como Ecuador y Bolivia, en los que el valor del acuerdo no depende de un trámite judicial, pero que explícitamente sugieren que los MASC no se encuentran a la altura de un proceso judicial. Colombia no termina de abandonar esa tendencia pero al menos elimina la conciliación de esa categoría.

Lo que más destaca (y no positivamente), es la ausencia de principios, incentivo y directrices claras que permitan abandonar el proceso-centrismo y reemplazarlo por sistemas integrales que permitan la adecuada gestión de los conflictos y satisfacción de los derechos.

En definitiva, en líneas generales y con ciertas excepciones, podemos concluir que en los procesos de reforma se advierte una profundización de la conciliación como mecanismo autocompositivo al interior del proceso, lo que se aprecia en general en que en todas las normativas existe el deber de conciliar en la etapa preliminar, y en que, en general, *se podrá conciliar en todo momento del proceso*, pero no se advierte una (re)estructuración de los múltiples mecanismos existentes desde la conflictividad.

De los principios regulados, de la forma en que los MASC se regulan y, sobre todo, de la ausencia de cierta regulación, concluimos que el epicentro de las regulaciones sigue siendo el proceso, que la discusión judicial y su decisión (y no el conflicto individual o colectivo) es lo central, aun cuando se hayan acentuado los mecanismos compositivos. Pareciera que estos siguen concibiéndose y operando como “instancias” secundarias previas al proceso o de menor jerarquía que éste.

Solo **Brasil** se ha acercado a la lógica de la integración, mientras que los demás países continúan en las antiguas lógicas de la subordinación o de la anormalidad. Estas últimas parecen hacer caso omiso a las tendencias internacionales en las cuales los MASC son considerados como los medios más apropiados para la gestión y resolución de los conflictos, y que por ello, tienden a ser fuertemente promovidos en etapas tempranas y durante todo el proceso. Sobre estas tendencias y la lógica de la integración, profundizaremos en la sección segunda de esta publicación.

## VI. Procesos colectivos o acciones de clase

### 1. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO COLECTIVO

Las Constituciones de cada uno de los países analizados incluyen expresamente la categoría de derechos colectivos. Ello se manifiesta de modo diverso. En algunos casos, mediante el reconocimiento del derecho mismo de peticionar o acceder a la justicia colectiva. En otros, a través de la enunciación de intereses o bienes colectivos particulares, legitimados colectivos o mecanismos específicos tales como las acciones de clase.

En ese sentido, **Brasil** y **Colombia** instituyen en sus textos constitucionales las denominadas acciones populares y las de grupo o clase, reconociendo al ciudadano, las asociaciones o al Ministerio Público como legitimados extraordinarios para actuar en beneficio de la clase o grupo.

**Bolivia** recepta los intereses colectivos, regula la acción popular como un dispositivo concreto, legitima a cualquier persona para ejercerla, asigna al defensor del pueblo el carácter de responsable en la protección de derechos colectivos y destaca al ambiente como un bien de singular tutela (arts. 135, 218 y 349).

**Ecuador** alude a que las personas, comunidades, pueblos y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, pudiendo ejercerlos, promoverlos y exigirlos de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes (arts. 10, 11, 16, 34, 95, 98 y 439). **Costa Rica** y **Nicaragua** también garantizan la libertad de petición individual o colectiva, destacando los consumidores, usuarios y ambiente como sujetos y bienes especialmente protegidos.

**El Salvador** y **Honduras** tienen referencias más austeras, aunque no por ello menos relevantes. Por ejemplo, nominan a la salud o ambiente como bienes públicos y dotan al Ministerio Público de legitimación extraordinaria para su defensa.

A lo expuesto cabe sumar que todos los países mencionados forman parte de los sistemas de protección universal y regional de derechos humanos, los cuales reconocen esta dimensión colectiva tanto a nivel reglamentario como interpretativo.

Siendo ello así y tomando como premisa la proclamación constitucional-convencional, ¿es posible afirmar la existencia de un derecho al debido proceso colectivo? La respuesta es necesariamente afirmativa. No puede concebirse (normativa, fáctica y lógicamente) derecho y conflicto colectivo alguno sin garantías de similar naturaleza que posibiliten exigir o discutir colectivamente.

Desglosando la pregunta arriba planteada, es posible afirmar que, en términos normativos, la recepción de esta clase de derechos supone como condición de validez y eficacia la potestad de demandar su exigibilidad en clave colectiva y el correlativo deber estatal de garantizar su ejercicio de igual forma.

En términos fácticos es posible observar, en tanto, que la admisión de esta categoría de derechos, su aprehensión jurídica, tiene como hecho antecedente la existencia de conflictos colectivos. Tanto es así que, aun cuando no se hubiesen reconocido explícitamente en la Constitución, su preexistencia e importancia constreñiría a instrumentar las formas para canalizarlos. En esa misma línea vemos que este tipo de conflictos (policéntricos, complejos, masivos y de alto impacto) son totalmente diversos de los individuales y sus problemáticas rompen con la lógica de un procesamiento estructurado para conflictos individuales, demostrando sus inconsistencias y la necesidad de reglas propias de discusión.

Finalmente, en términos lógicos, resulta incoherente e irrazonable reconocer la existencia de derechos colectivos y no garantizar una adecuada estructura (reglas, recursos y medios) para su correcto ejercicio y defensa así como pretender tramitar válidamente un conflicto colectivo con pautas de acceso, postulación, legitimación, representación, contradictorio, debate, decisión y ejecución, pensadas para conflictos individuales.

¿Por qué hablar de un derecho constitucional al debido proceso colectivo? ¿Cuál es su sentido y utilidad? Recapitulando lo expuesto, podríamos enumerar y sintetizar los puntos que hacen a su importancia:

- a) Ayuda a visibilizar y consolidar la diferencia de dimensiones entre los derechos, conflictos y sistemas de procesamientos colectivos e individuales;
- b) Permite entender la ausencia de reglamentación adecuada como una violación no sólo adjetiva (producto de la inexistencia de reglas acordadas de discusión) o violación en sí misma, sino sustantiva o refleja (que afecta la disposición y ejercicio del derecho colectivo propiamente dicho).
- c) Facilita la identificación de una matriz común (el debido proceso como forma de discusión) y la necesaria existencia de reglas propias radicalmente diferentes (por ejemplo, la representatividad adecuada o la cosa juzgada colectiva);
- d) Contribuye a realizar una lectura constitucional de cada uno de los derechos asociados al procesamiento de conflictos en clave colectiva, reafirmando su vigor normativo;
- e) Favorece la identificación del derecho en juego, su alcance y la obligación jurídica del Estado de garantizarlo en debida forma.

En similar sentido, Verbic expone que “la identificación y determinación de los alcances del derecho a un debido proceso colectivo (...) configura una tarea conceptual útil para establecer las características esenciales que debería tener una legislación adecuada en la materia (...), así como también para disponer -en el mientras tanto- de la mínima seguridad jurídica que exigen las trascendentes discusiones desarrolladas en este tipo de procesos sobre delicados asuntos sociales, políticos y económicos que involucran a grandes grupos de personas” (Verbic, 2015).

## 2. REGLAMENTACIÓN (IN)ADECUADA DEL DEBIDO PROCESO COLECTIVO: ¿OMISIÓN INCONSTITUCIONAL?

¿Qué pasaría si en pleno siglo XXI no existiera una reglamentación adecuada para procesar conflictos individuales, si las partes o el juez no supieran las reglas a las cuales atenerse?

La regulación de los procesos colectivos en América Latina es problemática. En general, lo que se puede constatar es la ausencia de reglamentación legal o, en los casos en que existen regímenes marco o por materias, un tratamiento deficitario. En ese sentido, es común observar que se reglamenten ciertos elementos propios de esta clase de procesos (por ejemplo, enunciación de legitimados), pero se omitan otros esenciales sin los cuales es imposible sostener la validez del sistema, del procesamiento y resolución del conflicto colectivo.

Los procesos de reforma analizados evidencian tratamientos dispares. En el **caso boliviano** no hay referencias en el Código Procesal Civil. La única vía existente es la acción popular, regulada en el Código Procesal Constitucional (arts. 68 a 71). Sin embargo, ésta no comprende el universo de la conflictividad colectiva ni resulta idónea para juzgar los distintos tipos de responsabilidades. Menos aún podría considerarse una regulación adecuada, dado que omite reglamentar distintos elementos esenciales de cualquier proceso colectivo (por ejemplo, representatividad adecuada, medidas de publicidad, cosa juzgada o ejecución).

**Costa Rica** había regulado en su proyecto de Código Procesal Civil los procesos colectivos. No obstante, durante su tramitación y aprobación esto se eliminó y sólo quedó alguna norma aislada. Entre ellas, el reconocimiento de que pueden ser parte los colectivos organizados a los que se les reconozca legitimación de grupo y cualquier persona que en interés de una colectividad haga valer intereses difusos (art. 19.6 y 7).

**El Salvador** tampoco tiene una regulación particular ni sistémica en su Código. Sólo podemos encontrar algunas referencias, por ejemplo, en las diligencias preliminares, donde aparece la posibilidad de determinar judicialmente el grupo de afectados o afectadas en los procesos para la defensa de los intereses colectivos de personas consumidoras y usuarias (art. 256.6).

Lo mismo sucede en el caso de **Ecuador**, que sólo incorpora en su normativa respecto de las partes la posibilidad de que comunidades, pueblos o colectivos puedan demandar o ser demandados (art. 30.3).

En contrapartida, **Nicaragua, Honduras, Brasil y Colombia** sí cuentan con regulaciones especiales, las cuales tienen pretensión de sistematicidad aun cuando presenten déficits u objeciones de distinto orden.

**Nicaragua y Honduras** incorporan las pretensiones colectivas como una especialidad dentro de los procesos de conocimiento ordinarios, evidenciando una singular preocupación por la defensa de consumidores y usuarios (lo cual repercute en algunas deficiencias regulatorias). No obstante, en ambos casos, la concepción y reglamentación permitirían exigir, discutir y resolver cualquier conflicto-derecho colectivo.

**Brasil y Colombia** cuentan con tradición en la materia, siendo el primero un referente en la región. Colombia tiene la ventaja de que ha condensado la regulación sobre acciones de grupo y clase en la Ley N° 472. Brasil presenta una dispersión normativa que, en cierto punto, conspira contra su sistematicidad y el adecuado ejercicio de derechos.

Lo llamativo en ambos casos es que en las reformas procesales que promovieron en los años 2012 y 2015, no se hubiese abordado de modo sistémico dentro y a partir del propio Código. Esto es, haber aprovechado la ocasión para trabajar desde la conflictividad, unificando regulaciones, integrando mecanismos plurales y regulando adecuadamente la dimensión individual y colectiva. Las prácticas y desarrollos preexistentes pueden explicar pero no justificar una decisión de ese tipo, especialmente en el caso de **Brasil**, cuyo Código está estructurado desde una mirada constitucional-convencional, con eje en el conflicto y pretensión de integralidad entre mecanismos de resolución. Pensemos que Brasil incorpora un modelo de resolución de casos repetitivos a través de incidente o recurso en su CPC, pero mantiene en dicho Código y en las restantes regulaciones un régimen colectivo de tipo representativo.

De allí que también resulte cuestionable las regulaciones que ambos Códigos Procesales reciben a lo largo de sus articulados. Primero, porque resulta incoherente con la decisión de mantener una regulación autónoma y diferenciada. Segundo, porque la reglamentación es parcial y fragmentaria, sin que se advierta un propósito integrativo ni herramientas que coadyuven en ese sentido.

En esa línea, el CPC de **Brasil** regula el incidente de demandas repetitivas; los *amicus curiae* (art. 138); el deber de defensa de los derechos colectivos en cabeza de la Defensa Pública (art. 185); el reconocimiento de legitimación colectiva del Ministerio Público (arts. 176) o su deber de intervención como fiscal del orden jurídico en casos (colectivos) donde se comprometan el interés público o social o la posesión de tierra rural o urbana (art. 178). Su par colombiano hace lo propio, reconociendo el derecho de todo grupo a la tutela judicial efectiva (art. 2); la competencia de los jueces y juezas civiles para entender en las acciones populares y de grupo no atribuidas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo (arts. 20.7 y 390) o la legitimación colectiva del Ministerio Público (art. 46).

### **3. CARACTERIZACIÓN DE LOS PROCESOS COLECTIVOS REGULADOS**

Existen múltiples mecanismos judiciales de tutela colectiva de derechos. Entre otros, el sistema de caso testigo alemán o el modelo de resolución de casos repetitivos del CPC brasileño. Sin embargo, en la región **predominan los procesos colectivos de tipo representativo**. Los cuatro países que regulan expresamente la dimensión colectiva (e incluso Bolivia a través de su acción popular) optan por dicho sistema.

Estos presentan al menos dos características centrales, independientemente de la denominación que la legislación de cada uno de los Estados le acuerde (por ejemplo, amparo colectivo, proceso colectivo, acción colectiva, popular o de clase). La primera característica es que la o el representante que interpone la pretensión se autonoma como tal. Es decir, no es elegido o elegida por el grupo ni sus representantes. Su actuación es posible porque el ordenamiento jurídico le faculta a tal fin. La segunda es que el resultado del proceso que se lleve adelante afectará a todo el grupo que representó con cualidad de cosa juzgada colectiva.



En relación a **Brasil**, cabe mencionar que en la reforma de su CPC se introdujo el incidente de resolución de casos repetitivos. Es decir, se incorporó un modelo de agregación que pasa a convivir con el de tipo representativo recogido en el bloque legislativo de tutela colectiva de derechos, conformado por la acción popular (Ley N° 4.717/1965), la acción civil pública (Ley N° 7.347/1985) y el Código de Defensa del Consumidor (Ley N° 8.078/1990).

Esto no necesariamente es contradictorio, aunque en el contexto brasileño pueda considerarse problemático por distintas razones. Entre las principales advertimos: (i) la dispersión normativa existente; (ii) la falta de claridad en la concepción del modelo para abordar la conflictividad colectiva-la cual se acrecienta por las disputas intelectuales y políticas- (iii) la ausencia de integración adecuada entre esos sistemas y la carencia de herramientas que permitan articular eficazmente ambos; (iv) los defectos de diseño en la regulación del sistema representativo y agregación y (v) las prácticas que definen su uso.

Otra característica común de las reformas evaluadas es que han optado por construir **esquemas de procesamientos híbridos**, esto es, crear categorías de derechos colectivos al estilo brasileño (modelo que sigue la tradición continental europea y también el Código Modelo para Iberoamérica sobre Procesos Colectivos), pero regular un proceso más cercano a las acciones de clase de origen estadounidense. **Honduras** y **Nicaragua**, por ejemplo, han instituido las mismas categorías de derechos colectivos que el Código de Defensa del Consumidor brasileño (derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos), adoptando idénticas definiciones sobre ellas. El **caso colombiano** mantiene similar lógica, aun cuando las categorías hayan sido definidas jurisprudencialmente y la Ley N° 472 asigne una vía para la protección de los derechos e intereses colectivos (acciones populares) y otra para las pretensiones individuales homogéneas (acciones de grupo).

Resulta importante destacar que tanto **Brasil**, **Honduras** como **Nicaragua** receptan la posibilidad de interponer pretensiones colectivas pasivas. Suele ser un tema poco explorado dado que la mayoría de las regulaciones se centra en las acciones colectivas activas. No obstante, es una herramienta que debe regularse dado que resulta imprescindible para resolver conflictos colectivos pasivos.

En cuanto a las y los legitimados colectivos, tanto a nivel constitucional como reglamentario, el reconocimiento es amplio. Entre otros, se habilita al afectado, ciudadano, sindicatos, asociaciones civiles, Defensor del Pueblo o Ministerio Público. Ello resulta importante porque supone empoderar a una serie de sujetos para discutir en clave colectiva, hecho que en principio supondría una mejor y mayor exigibilidad.

Es cierto que se advierten algunas decisiones particulares problemáticas. Por ejemplo, los CPC de **Nicaragua** y **Honduras** –que piensan la conflictividad colectiva centrada en lo civil y en el consumo en particular–, estipulan que cuando el grupo afectado sea indeterminado o de difícil determinación, sólo estarán legitimadas las asociaciones de personas consumidoras y usuarias legalmente constituidas (arts. 71 y 570.3, respectivamente). Una adecuada labor interpretativa de la reglamentación dada puede servir para minimizar la incidencia del sesgo de enfoque advertido en la conflictividad y la objeción planteada en materia de legitimación, maximizando el acceso a la justicia colectiva.

En procesos de tipo representativo la noción de legitimación en abstracto se complementa con la idea de representatividad adecuada. Este elemento constituye un reaseguro funda-

mental en procesos del tipo, especialmente porque el representante colectivo puede actuar en desconocimiento de las personas que dice representar (o incluso en contra de su voluntad en los supuestos de pretensiones indivisibles) y los efectos de la cosa juzgada son colectivos.

La representatividad adecuada supone controlar –en el caso en concreto– la experticia, conocimiento, trayectoria e idoneidad de aquel legitimado que se autonominó. Sin un recaudo del tipo y ausente un control robusto durante todo el proceso (y no sólo al momento de la admisibilidad y certificación), se pone en riesgo la validez misma del proceso instrumentado. También entra en crisis su eficacia, dado que parte de la ventaja del proceso colectivo es optimizar recursos y tiempos en una única discusión útil.

En este punto, las reglamentaciones de los países de la región son criticables porque suelen omitir dicho aspecto y, cuando lo regulan, lo hacen de manera deficitaria. Las objeciones en la regulación no sólo se concentran en aquellas condiciones que deben reunirse para considerar a un representante adecuado, sino al control efectivo de dichos recaudos y los momentos en los cuales debe realizarse. Por ejemplo, Brasil no prevé en su bloque normativo colectivo mecanismos para proceder al análisis de la representatividad adecuada de quien pretenda invocar la defensa de un determinado grupo o clase. Colombia tampoco. Honduras y Nicaragua sí regulan el punto, siguiendo la línea del CMPC para Iberoamérica. Inclusive, prevén el deber del juez de analizar la concurrencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier momento antes de dictar sentencia (arts. 571 y 488, respectivamente).

Otro aspecto de encuentro entre los países de la región es el sistema de cosa juzgada por el que se ha optado. En ese sentido, se escogió mayoritariamente una expansión de los efectos en función del resultado del proceso y no una *pro et contra* (gane o pierda) al estilo norteamericano.

Sin dudas que la regulación de la cosa juzgada colectiva importa siempre la búsqueda de una solución armónica que permita equilibrar los dos objetivos que tradicionalmente se encuentran en tensión en este ámbito. Por un lado, la necesidad de concentrar el enjuiciamiento de pleitos colectivos a través de la extensión vinculante de la sentencia al grupo afectado por una misma problemática. Por el otro, la exigencia de preservar la garantía del debido proceso, reconociendo –en determinadas circunstancias– la posibilidad de debatir nuevamente el asunto.

En el modelo de las acciones de clase norteamericanas, el balance parece inicialmente inclinado hacia la búsqueda de la celeridad, eficiencia y concentración del proceso colectivo, procurando que el litigio sobre las cuestiones comunes se defina de una sola vez, con carácter inmutable, independientemente del resultado de la litis. De allí que por regla no puedan interponerse nuevas acciones colectivas ni individuales tendientes a reeditar lo decidido. En efecto, la vinculatoriedad de la decisión final del pleito se extiende en dicho sistema a favor y en contra de los miembros de la clase, razón por la cual el legislador ha previsto determinadas herramientas tendientes a impedir que alguien se vea privado de sus derechos sin la concurrencia de su voluntad. Entre ellas, el sistema de notificación de los miembros ausentes del grupo, el derecho –en determinado tipo de acciones– al *optout* el análisis riguroso de la representatividad adecuada.

No obstante, la jurisprudencia norteamericana se ha encargado de realizar interpretaciones que atemperan el rigor de dicha definición legal, a fin de posibilitar la reedición de la discusión colectiva. Es decir, que aún frente a este marco aparentemente rígido de vinculatoriedad plena, se ha admitido jurisprudencialmente la impugnación de la sentencia dictada en el proceso inicial, mediante la demostración en concreto de la ausencia de representatividad adecuada del grupo en el litigio original.

El modelo imperante en la región –donde el **CDC brasileño** y el CMPC para Iberoamérica han tenido una influencia determinante– establece que la expansión de la cosa juzgada depende del modo en que se resuelve el proceso. Las líneas directrices de este sistema son:

- a) En cualquier proceso colectivo la sentencia –como regla– causa efectos erga omnes, salvo que la misma disponga el rechazo de la pretensión por insuficiencia de pruebas. El legislador identificó aquí una hipótesis general de “ausencia de representatividad adecuada” –como es la insuficiencia probatoria– y la elevó como causal tarifada de revisión del decisorio colectivo en todos los casos. Sin perjuicio de ello, en cualquier otro supuesto donde podamos demostrar la ausencia de representatividad adecuada, tampoco podría sostenerse la inmutabilidad de los efectos. Esto es así porque si no existió representatividad adecuada, se vulneró un elemento fundamental del debido proceso colectivo del cual depende la validez de esta clase de tutela procesal excepcional.
- b) En los procesos colectivos relativos a la tutela de derechos individuales homogéneos (divisibles), el régimen de cosa juzgada se basa en la repercusión en utilidad o máximo beneficio de la decisión que acoge la pretensión, en favor de los restantes miembros del grupo. En caso de rechazo de la acción, no podrá reeditarse la cuestión colectivamente, pero cada lesionado podrá perseguir a título individual la satisfacción de su interés. Como puede advertirse, se trata de un modelo de extensión de los alcances individuales de la sentencia colectiva según el resultado del litigio (*secundum eventum litis*). En este último supuesto no resulta necesario demostrar que la representación en el juicio anterior no fue adecuada: basta con haberse rechazado la acción colectiva, para que los afectados puedan presentar su reclamo a título individual.

En algunos países se han tomado criterios intermedios. Por ejemplo, en relación a los intereses colectivos y difusos **Honduras** pareciera seguir un criterio *pro et contra* (dado que no crea expresamente válvulas de escape), pero en los individuales homogéneos extiende efectos según el resultado del pleito (art. 580). Cabe destacar que la Ley N° 472 colombiana acogía un criterio similar en su art. 35. Sin embargo, la Corte Constitucional entendió que ello era así siempre que no surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria nuevas pruebas trascendentales que pudieran variar la decisión anterior.

La adopción del sistema de cosa juzgada es uno de los temas centrales a discutir y resolver en el campo de los procesos colectivos, decisión que impactará directamente sobre la valoración de la eficacia de la herramienta y en su validez a la luz de la garantía del debido proceso. Para ello debemos tener muy en claro la relación inescindible que existe entre el sistema de cosa juzgada colectiva y los restantes elementos esenciales de un debido proceso colectivo.

En relación con estos últimos, también se observan distintos tipos de déficits en la regulación, particularmente en **Honduras** y **Nicaragua**. En ese sentido, puede señalarse que –siendo sistemas de tipo representativo– la opción para el miembro de la clase se abre para manifestar su interés en el pleito y no para excluirse (lo cual desnaturaliza la razón de ser y utilidad de un sistema del tipo); la regulación está pensada para casos de consumo o ambientales, dejando de lado otro tipo de conflictividades; y, no se prevén reglas claras en torno a la determinación de la competencia, registros de publicidad al efecto o ejecución de sentencias (aspecto trascendental en esta clase de conflictos).

Lo mismo en cuanto a la creación de mecanismos de participación social para el desarrollo de la discusión, obtención de información de calidad y construcción de la decisión. No se regula la figura del amigo del tribunal ni mecanismos para procurar datos o diagnósticos relevantes de entidades públicas o privadas, ni reglas diferenciadas en cuanto al rol del juez o la jueza, estándares especiales de ponderación o un deber de motivación calificado. Tampoco se repara en el abogado de la clase como un elemento a considerar ni reglamentar, siendo que es un dato ineludible que quienes llevan primordialmente adelante la estrategia y litigio del caso colectivo son los abogados.

En similar sentido, en la región existen problemas serios en cuanto al establecimiento de incentivos adecuados. Por ejemplo, lo concerniente a materia de costas y honorarios suele invisibilizarse o tratarse irrazonablemente. No existen reglas adecuadas y las interpretaciones que se propician de las normas comunes (que no están pensadas para atender la conflictividad colectiva), demuestran el desconocimiento que se tiene de la complejidad de la labor, la relevancia de este tipo de mecanismos y sus restantes efectos.

En relación a los puntos planteados, **Brasil** y **Colombia** no están exentos de críticas. Sin embargo, su mayor experiencia, desarrollo regulatorio y el trabajo interpretativo vía jurisprudencial ha permitido saldar o suplir muchos de esos déficits.

## VII. Recursos o vías de impugnación

### 1. RÉGIMEN RECURSIVO: CARACTERIZACIÓN Y MAPEO DE RECURSOS

Históricamente, los recursos tienen una razón de poder y otra de justicia. La constitucionalización del derecho ha afianzado la razón de justicia, al reforzar al recurso como derecho para la protección de intereses y garantía de control ante la posible incorrección del juicio valorativo (arts. 8 y 25, CADH o 14.5, PIDC y P). Honduras, por ejemplo, declara que “las partes y los intervinientes en el proceso, así como los terceros a los que la resolución judicial cause directa o indirectamente un perjuicio, tendrán derecho a recurrirla (...)” (art. 690, CPC).

A la existencia de falibilidad propia de la condición humana como presupuesto del sistema recursivo y su pretensión de corrección, se han sumado otros argumentos de peso: la complejidad del sistema de fuentes, la visibilización y preponderancia de la toma de decisiones como labor interpretativa y/o la valorización de ciertas conflictividades o sujetos (conflictos colectivos).

En ese sentido, la Corte IDH ha sostenido que el derecho a recurrir un pronunciamiento judicial es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, a fin de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía, antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada (“*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*”, sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C N° 107, párr. 158).

En cuanto al alcance del derecho al recurso, la misma Corte sostuvo en el caso “*Baena Ricardo y otros vs. Panamá*” que “[...] de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana –la eficaz protección de los derechos humanos–, se debe entender que el recurso que contempla el art. 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho” (sentencia del 28 de noviembre de 2003, Serie C N° 104).

Pero no sólo la razón de justicia se robusteció. Ese mismo proceso constitucional-convenional también resignificó la razón de poder de los recursos. Ya no se trata de devolverle simplemente a un superior la potestad de control, sino de repensar el recurso como un medio para obtener una mejor rendición de cuentas y/o transparencia, y al sistema recursivo como un régimen para lograr mayor estabilidad, seguridad, igualdad y uniformidad en las decisiones. De allí, por ejemplo, la introducción paulatina de los precedentes, sea directa o elípticamente (a través del reforzamiento en la regulación y administración de vías recursivas extraordinarias).

A pesar de que en las reformas procesales analizadas no se advierten grandes cambios en la estructuración de los regímenes recursivos y su dinámica, sí es posible constatar la búsqueda de cierto equilibrio entre las razones de poder y justicia. Por ejemplo, en el afianzamiento de la apelación como derecho y/o de la amplitud de cuestionamiento de la decisión.

Entre las notas comunes que modelan los sistemas recursivos reformados, destacamos:

a) Los recursos están regulados de forma unitaria y unificada. En general, los Códigos han instituido que los agravios contra las decisiones deban canalizarse a través de vías de impug-

nación (recursos) y no por acciones impugnativas autónomas. Por ejemplo, el CPC **costarricense** dispone que las resoluciones judiciales sólo se puedan impugnar por los medios y en los casos expresamente establecidos (art. 65.1).

La excepción está dada por la incorporación de “recursos”(o acciones) de revisión, tendientes a cuestionar decisiones basadas en autoridad de cosa juzgada material pero irrita. Por ejemplo, el CPC costarricense prescribe el recurso de revisión para casos en que la sentencia firme hubiese sido dictada como consecuencia de prevaricato o en cualquier otro caso en que se hubiera producido una grave y trascendente violación al debido proceso (arts. 72 y concs.).

b) Los principios fundamentales que gobiernan el sistema recursivo son el de formalidad, unicidad y/o prohibición de eventualidad. Su exigencia e intensidad varían en función de la naturaleza ordinaria y/o extraordinaria del recurso.

El principio de formalidad implica que los recursos deben deducirse de conformidad con las pautas adjetivas prescriptas por las leyes de rito aplicables. Por ello cada uno tiene su propia fisonomía, no pudiendo utilizarse por analogía ni aplicarse a supuestos no previstos.

La unicidad supone que para cada agravio existe un carril de impugnación y no varios. En materia de recursos ordinarios este principio se relativiza, ya que ciertos vicios pueden remediarse por una pluralidad de medios. En los extraordinarios, en cambio, es de aplicación estricta. De allí que, por regla, se proscriba el ejercicio eventual, su interposición promiscua o, cuando el recurso de casación es único, la falta de nominación del tipo de agravio.

La excepción está configurada por la reposición con apelación en subsidio. Salvo dicha excepción, los regímenes no habilitan interposiciones subsidiarias. Por consiguiente, podrá deducirse más de un recurso de manera autónoma pero no eventual.

c) La existencia de un sistema legal de doble instancia ordinaria. En algunos casos, como el de Bolivia, ello viene impuesto expresamente por mandato constitucional. En otros, podría construirse vía interpretación convencional, en función de lo estatuido en los artículos 8 y 25 de la CADH o sus similares contenidos en instrumentos generales (PIDC y P) o especiales (CEDAW o Convención sobre los derechos del niño o niña).

En relación a la doble instancia, la Corte IDH ha sido terminante en el deber de garantizarla en materia penal pero no claramente en el resto de las materias, salvo que una ley expresamente lo estatuya o que involucre ciertos sujetos o conflictos de protección preferente (por ejemplo, niños, niñas y adolescentes). Siendo ello así, el hecho de que en la mayoría de las materias y países exista un régimen de doble instancia, relativiza el impacto de la discusión.

No obstante, futuras reformas pueden pretender reinstalar un régimen de única instancia. En este caso, es fundamental valorar que toda decisión de política legislativa debería pasar el escrutinio del enfoque de derechos y sus principios rectores (por ejemplo, progresividad y no regresividad, indivisibilidad e interdependencia, entre otros). La regulación actual es un piso de mínima, circunstancia que condiciona las medidas a arbitrar y la necesidad de demostrar su razonabilidad y la mayor eficiencia en la protección de derechos que su implementación irrogaría. Ese juicio –y el análisis del carácter no regresivo de las medidas de

cualquier naturaleza— debe analizarse en concreto y de modo integral, no en abstracto y sesgadamente.

Palomo Vélez expresa que suprimir la doble instancia en materia procesal civil constituiría un retroceso innegable del sistema de garantías que los ciudadanos poseen en materia procesal civil, dada su condición de instancia de control y garantía de los justiciables en pro de la obtención de decisiones jurisdiccionales prontas pero de calidad y justas (2010).

d) Los recursos reconocidos mantienen la división entre ordinarios y extraordinarios, en función del tipo de agravios que habilitan su interposición, la amplitud de conocimiento y el órgano ante el cual proceden.

De ese modo, los recursos ordinarios habilitan el tratamiento de cuestiones de hecho y derecho (errores de juzgamiento) y las formas del acto decisorio mismo (nulidad). Los extraordinarios se reducen, como regla, sólo a cuestiones de derecho. Al mismo tiempo, las instancias ordinarias sólo exigen el cumplimiento de recaudos generales. Los extraordinarios, incorporan requisitos especiales o agravados.

Entre los primeros podemos identificar los recursos de revocatoria, aclaratoria, apelación y queja (compulsa o súplica). Entre los segundos, la casación y revisión.

**Nicaragua**, por ejemplo, regula los recursos de reposición, apelación y casación. En los casos en que se deniegue alguno de estos dos últimos, se contempla el recurso por denegatoria de admisión (art. 539, CPC). **Ecuador** contempla la aclaración, reforma, ampliación, revocatoria, apelación, casación y el recurso de hecho (art. 250, COGEP). En **Brasil** se suman otros como el *agravo de instrumento* y el de casación se denomina extraordinario. **Honduras** añade la rescisión, el cual, en estricto sentido, no es un recurso sino un proceso mediante el cual el rebelde podrá pretender la formalización de audiencia contra la sentencia firme (arts. 735 a 741, CPC).

e) Se conserva la estructura de recursos horizontales y verticales, aunque no se han incorporado modificaciones sustantivas. Por ejemplo, la introducción de modelos de pool de jueces o juzgados corporativos, habilita la posibilidad de recursos horizontales que pueden ser resueltos por el propio pool. Ello no sólo permite optimizar recursos y tiempos, sino también reforzar la instancia generando sinergias, criterios de actuación y controles más eficientes. Al mismo tiempo, descarga la instancia de apelación y le asigna la carga de trabajo que se estima más relevante. Es decir, construye otro tipo de racionalidad y diálogo en materia recursiva.

f) La competencia de los tribunales que entenderán en los recursos está determinada por su tipo y alcance. Es decir, los agravios definen la congruencia recursiva y la competencia del órgano revisor. En esos términos, constituyen un presupuesto y límite de la actuación judicial. El **COGEP colombiano**, por ejemplo, estatuye que el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante (art. 320).

La única excepción que algunos regímenes plantean a esta limitación, es la existencia de violaciones manifiestas a garantías fundamentales. En esos casos, el tribunal revisor competente podría actuar oficiosamente. Consideramos que esta clase de disposiciones deben ser verdaderamente excepcionales y de interpretación restrictiva. Especialmente, si como ocu-

re en muchas legislaciones, los recursos de casación se habilitan para cuestiones procesales de modo amplio y no reducido a la sentencia como acto final.

Ese tipo de reglamentación puede constituir un diseño problemático y un incentivo perverso en la administración del proceso como mecanismo útil de resolución de conflictos, no sólo por parte de los abogados como estrategia de litigio (que pueden plantear e insistir indefinidamente con cuestiones del tipo hasta una instancia extraordinaria), sino para los propios tribunales (que pueden utilizar esa vía para anular decisiones con las que disienten o para lograr mejores rendimientos en pro de su evaluación personal u organizacional). Inclusive, si bien se incorporan ciertos condicionantes al regular la apelación y/o casación (por ejemplo, la violación de normas esenciales del debido proceso), no se advierten reglas y estándares claros para su aplicación y/o interpretación.

g) Si bien los cambios no han sido drásticos en cuanto a la forma de organización y estructuración de las vías recursivas, existe una preocupación por eficientar su trámite.

Esto se traduce en la limitación de los supuestos recurribles o apelables; en la instrumentación del efecto diferido de los recursos como medio para simplificar y concentrar las impugnaciones en un único momento; o, en la imposibilidad de interponer recursos horizontales o verticales de forma sucesiva o subsidiaria, excepto en el caso de aclaratoria o reposición (art. 322.II, **COGEP colombiano**).

Por ejemplo, a fin de reforzar la tramitación y economía procesal de la primera instancia, el **CPC brasileño** establece que no procede recurso contra las providencias (art. 1001); el **boliviano**, contra las providencias de simple sustanciación y resoluciones contra las cuales la ley expresamente las prohíbe (art. 258, CPC) y el **costarricense** trae similar regla, aunque habilita a los tribunales a dejarlas sin efecto o modificarlas dentro de los tres días posteriores a su notificación, bien de oficio o en virtud de observaciones escritas u orales de la parte interesada. Si juzgara improcedentes las observaciones, no deberá dictar resolución alguna (art. 65.9).

h) En la mayoría de los regímenes procesales reformados, la búsqueda de equilibrio en el sistema recursivo se complementa con el afianzamiento de la eficacia interna del proceso. En especial, a través del reforzamiento de las garantías dentro de cada instancia (saneamiento) y del aumento de la facultad o competencia revisora (la cual no se limita a la mera legalidad sino a la justicia de la decisión).

Se advierte como pauta de política reglamentaria la exigencia de prevenir desviaciones antes que tratar de enmendarlas a posteriori (lo que siempre es más oneroso y lento), acen tuando para ello el ejercicio de los deberes correctivos de los jueces. Ello es fundamental para evitar planteos recursivos asociados a déficit de procesamiento, sea en instancia ordinaria o extraordinaria.

i) En las reformas operadas no se advierten tendencias claras hacia la desformalización en materia recursiva, ni siquiera en instancias ordinarias. Por ejemplo, no se incorpora en ningún régimen el recurso indiferente, sea expresa (a través de su regulación como tipo recursivo) o implícitamente (estipulando reglas que habiliten la admisión del recurso con independencia de su calificación).



En el mejor de los casos, eso podría constituirse interpretativamente a través de los deberes de saneamiento impuestos a la autoridad judicial o ciertas flexibilizaciones excepcionalmente admitidas. Es decir, cuando se ha omitido un error en la calificación del recurso y, en función de la sustancia o expresión de agravios, la autoridad judicial lo admite igualmente haciendo prevalecer la existencia de agravio por sobre la formalidad de su rotulación. No obstante, no se advierten reglas especiales que orienten en tal sentido la labor interpretativa. Ello es un problema, dado que las formalidades en los recursos son analizadas con mayor estrictez por la propia naturaleza del acto procesal.

Tampoco se simplifica la tramitación de recursos ni se reconfigura su razón de ser al tipo y características de los casos, medidas que podrían mejorar su procesamiento.

j) Salvo **Brasil**, las reformas procesales no han incorporado sistemas de precedentes. Se mantienen vías recursivas extraordinarias o casatorias tendientes a procurar la uniformidad de criterios decisorios. Sin embargo, ello no parece constituir un medio idóneo ni suficiente para garantizar sistematicidad, seguridad, previsibilidad e igualdad en la aplicación e interpretación del derecho. Básicamente, porque no está pensado ni organizado en términos sistémicos sino que la forma de lograr uniformidad responde a una concepción legalista y no “del caso” (invisibilización de la regla decisoria) y no existen reglas claras sobre vinculatoriedad horizontal y vertical.

En el caso brasileño, se estipula que es un deber de los tribunales uniformar su jurisprudencia y mantenerla estable, íntegra y coherente. De allí que deban elaborar enunciados de sùmula correspondientes a su jurisprudencia dominante, ateniéndose a las circunstancias fácticas de los precedentes que motivaron su creación. Es decir, que los jueces y tribunales deben seguir, observar y respetar los precedentes y su vinculatoriedad (arts. 926 y concs., CPC).

k) La mayoría de las reglamentaciones ha incorporado la ejecución provisional de decisiones recurridas, aunque con suerte dispar y objeciones de distinto tenor.

En **Brasil**, por ejemplo, la regla es que los recursos no impiden la eficacia de la decisión, salvo disposición legal o decisión judicial en sentido diverso. Para suspender la ejecutoriedad debe demostrarse que: (i) la inmediata producción de sus efectos generaría un riesgo de daño grave, de difícil o imposible reparación y (ii) demostrar la probabilidad de fundabilidad del recurso (art. 995). Sin embargo, el recurso de apelación en **Brasil** tiene por regla efecto suspensivo, salvo en ciertas materias expresamente establecidas. La sentencia que homologa, por ejemplo, la división y demarcación de tierras o la que condena a pagar alimentos (arts. 1012 y concs., CPC).

En **Costa Rica**, la regla general de la apelación es que no tiene efecto suspensivo. De allí que las sentencias de condena impugnadas y que no hayan adquirido firmeza, puedan ser ejecutadas provisionalmente (art. 65.7, CPC).

## 2. FINALIDADES Y ESTRUCTURACIÓN DE LA APELACIÓN Y CASACIÓN

### a. Recurso de apelación

El recurso de apelación es el medio de impugnación ordinario más trascendente, tanto por constituir la primera instancia de revisión vertical como por su uso y la amplitud de cuestionamiento que habilita.

## 1. Objeto

En todos los regímenes procesales el objeto se encuentra caracterizado de similar forma: un recurso que tiene por objeto que un órgano diferente al que dictó la resolución (Cámara de apelación) la modifique en todo o en parte, estando habilitado para analizar, controlar y revisar tanto los errores referentes a la apreciación y valoración de los hechos y prueba como la aplicación e interpretación del derecho.

Los vicios formales de la decisión judicial (esto es, la inobservancia de los requisitos propios de la sentencia como acto jurídico procesal), también son impugnados a través del recurso de apelación. En algunos casos se nomina como recurso de nulidad y se lo subsume en aquél. En otros, sólo se especifica la nulidad del proceso y/o acto decisorio como agravio habilitante de la apelación.

Aquí es importante señalar que existen posicionamientos dispares. Algunos regímenes disponen que la nulidad se circunscriba al acto decisorio, quedando los defectos de trámite que le precedieron fuera de su ámbito de aplicación. Otros optan por un criterio amplio, habilitando a denunciar todo tipo de infracción de garantías procesales o indefensión sufrida (por ejemplo, **El Salvador** o **Nicaragua**).

El **CPC brasileño**, por ejemplo, estipula que la apelación debe contenerlos motivos de la solicitud de reforma o declaración de nulidad (art. 1010) y el **boliviano** estatuye que la apelación tiene por objeto que el tribunal superior modifique, revoque, deje sin efecto o anule una resolución judicial que ha causado agravio a la parte litigante que lo interpone (art. 256, CPC).

Por su parte, el **CCPM de El Salvador** dispone expresamente que el recurso de apelación tiene como finalidades: (i) la aplicación de las normas que rigen los actos y garantías del proceso; (ii) los hechos probados que se fijen en la resolución y la valoración de la prueba; (iii) el derecho aplicado para resolver las cuestiones objeto de debate y (iv) la prueba que no hubiera sido admitida (arts. 510). Como se advierte, al habilitar en la apelación el cuestionamiento de las normas que rigen los actos y garantías procesales, la tesitura es amplia y no restringida a la sentencia como decisión (arts.511, 516 y conchs.).

## 2. Decisiones apelables

Como remarcáramos, la tendencia ha sido disminuir las decisiones apelables, aunque ello ha corrido distinta suerte. El **CPC costarricense**, por ejemplo, afirma como regla que sólo son apelables las decisiones que expresamente se disponga. Sin embargo, al momento de identificar cuáles son, no sólo nomina las sentencias definitivas sino treinta y dos clases de resoluciones diferentes, siendo la última "cualquier auto que disponga la ley" (art. 66 y 67).

En general, se estipulan como apelables las decisiones definitivas y las interlocutorias expresamente establecidas. Por regla, el resto de las decisiones son inapelables. Esta limitación se ha complementado con el cambio de los efectos del recurso y la acentuación de la ejecutoriedad y diferimiento como regla.

### 3. *Producción de prueba en segunda instancia*

Todas las reglamentaciones habilitan la posibilidad de reproducir medios de prueba denegados en instancia y/o nuevos elementos bajo ciertas condiciones. En general, la producción de prueba en segunda instancia está regulada de forma excepcional.

El **CPC boliviano**, por ejemplo, establece que cualquiera de las partes podrá solicitar, en sus respectivos escritos, pruebas en segunda instancia y el tribunal deberá acceder a dicha solicitud en los siguientes casos: (i) cuando las partes lo pidieran de común acuerdo; (ii) no se hayan podido diligenciar pruebas decretadas en primera instancia por causas no imputables a la parte que la ofreció; (iii) si se trata de hechos ocurridos después de la sentencia y (iv) se tratara de desvirtuar documento que no se pudo presentar en primera instancia por fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria (art. 261).

Similar disposición contiene el **CPCM salvadoreño**, incluyendo la posibilidad de admitir prueba cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de iniciado el plazo para dictar sentencia en primera instancia. La resolución por la que se rechazan los medios probatorios ofrecidos es inimpugnable (art 514).

En la apelación de sentencias, el **COGEP colombiano** establece que el juez o la jueza pueden ordenar la producción de prueba a pedido de parte o de oficio (art. 327).

El **CPC costarricense** también establece como regla general el carácter restrictivo y excepcional de su admisibilidad. Sólo se admitirán aquellas pruebas que sean estrictamente necesarias para resolver, cuando no se hayan podido ofrecer o practicar en primera instancia por causas ajenas a la parte y/o el juez o la jueza de oficio lo consideren indispensable (art. 67.2).

Un supuesto excepcional es el **caso brasileño**, que admite además la posibilidad de plantear en la apelación cuestiones de hecho que no hayan sido propuestas en el juicio anterior, siempre que la parte pruebe que dejó de hacerlo por motivos de fuerza mayor (art. 1014, CPC).

### 4. *Revisión (y no nuevo juicio): congruencia*

La alzada no efectúa un nuevo juicio, en tanto se encuentra circunscripta por las alegaciones realizadas en instancia y los límites del propio recurso. Es decir, que la congruencia decisoria está doblemente condicionada. Primero, por lo decidido en el grado en relación con las pretensiones efectivamente planteadas, los elementos aportados y discutidos. Segundo, por el alcance de los agravios contra la sentencia (congruencia decisoria). De ese modo, no pueden decidir materias juzgadas en la instancia inferior pero que no han sido objeto del recurso y tampoco cuestiones que lo exceden o resultan extrañas a éste.

En ese sentido, el **COGEP colombiano** establece que el juez o la jueza de segunda instancia deberán pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que por ley deba adoptar de oficio (art. 328).

El **CPC hondureño** determina que la apelación habilita una revisión fáctica y jurídica amplia que se encuentra condicionada por la prohibición de la reforma en perjuicio (art. 692) y la

congruencia decisoria de los agravios introducidos. Sin embargo, estatuye como excepción la posibilidad de controlar de oficio aspectos de orden público o garantías fundamentales violentados.

### 5. *Inexistencia de restricciones adicionales*

A diferencia de lo que sucede con el recurso de casación o extraordinario, la apelación ordinaria no tiene –por regla y en general– restricciones de ningún orden (por ejemplo, *suma gravaminis*). Por ende, sólo deben cumplirse los recaudos propios de todo recurso:

- (i) La calidad de parte (a quienes alcanza o afecta la decisión). Cuando algún tercero hubiese tomado intervención en el proceso, es considerado parte a dichos efectos. En general, las reglamentaciones supeditan su potestad recursiva a la condición bajo la cual se habilitó la incorporación a juicio y su actuación efectiva. Los letrados de las partes y auxiliares de justicia pueden recurrir las decisiones que le atañen (por ejemplo, regulación de honorarios de peritos), siempre que concurran a su respecto los demás requisitos habilitantes.
- (ii) La resolución y/o sentencia debe ser apelable de conformidad con lo establecido en cada ordenamiento. Aquí, debe valorarse lo expuesto con anterioridad en torno a la limitación de las decisiones apelables.
- (iii) Existencia de agravio. Es decir, de un gravamen o perjuicio concreto y actual emanado de la resolución judicial, producto de la discordancia o diferencia entre lo pretendido y (no) declarado. Ese agravio es el que materializa el interés en la esfera recursiva y la motoriza.
- (iv) Interposición del recurso en plazo y forma. El cómputo de dicho plazo comienza el día siguiente al de la notificación que causa el gravamen y, generalmente, corre de manera individual para las partes. Respecto de la forma, no sólo comprende los requerimientos propios de toda presentación judicial, sino la satisfacción del recaudo de suficiencia técnica. Esto es, que el recurso contenga una crítica concreta, razonada y suficiente de los argumentos centrales del decisorio.

### 6. *Plazos*

Los plazos para interponer los recursos suelen ser similares, oscilando entre los tres o quince días en función del tipo de resolución apelada (sentencia definitiva o resolución interlocutoria). Son plazos perentorios e individuales, por lo que corren separadamente para cada una de las partes desde la notificación de la providencia de que se trate.

### 7. *Forma de interposición*

La apelación puede deducirse por escrito o verbalmente. En general, suele ser de manera escrita, aunque si se da en el marco de alguna audiencia no existen reparos para ser articulado de dicha manera. Si la audiencia fuese videograbada, quedará allí constancia de dicho acto. En su defecto, deberá labrarse acta por el secretario u oficial actuante.

La regla es, en la mayoría de los regímenes, que la apelación debe interponerse y fundarse en el mismo momento. Sin embargo, en algunas legislaciones se prevé el desdoblamiento entre interposición y fundamentación cuando la decisión se hubiera tomado en audiencia. En ese caso, la parte recurrente puede anunciar o manifestar que apela la decisión y fundamentar el recurso dentro del plazo legalmente establecido.

En **Bolivia**, por ejemplo, se estipula que la apelación contra sentencias deberá interponerse por escrito fundado en el plazo de diez días (art. 261) y la que se deduzca contra autos interlocutorios dictados en audiencia, anunciarse en ella y fundarse dentro de los tres días por escrito (art. 262). El **COGEP ecuatoriano** también dispone su interposición oral en audiencia y su fundamentación escrita dentro del término de cinco o diez días, según verse o no sobre materia relativa a niñez o adolescencia (arts. 256 y 257).

Un supuesto particular es el **régimen colombiano**, que estipula que cuando se apele una sentencia (sea en audiencia o fuera de ella), se deberán precisar brevemente los reparos concretos que le genera la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior. Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada (art. 322, COGEP).

#### 8. *Fundamentación del recurso: suficiencia técnica*

Un problema recurrente en el diseño de la apelación es la inexistencia de precisiones en torno a los estándares que permitan considerar suficientemente fundado un recurso. En general, los regímenes procesales no recogen precisiones que permitan constatar cuándo y bajo qué condiciones puede considerarse un recurso como tal. La imposición de que estén suficientemente fundados no parece ser idónea para mejorar los embates recursivos y/o su calidad y, tampoco, para aportar herramientas que permitan controlar correctamente su admisibilidad.

Por ejemplo, el **CPC costarricense** dispone, entre sus reglas generales, la carga de motivación de la impugnación. En ese sentido, exige que la impugnación contenga, bajo pena de inadmisibilidad, las razones claras y precisas que ameritan la modificación o nulidad de lo resuelto y el ofrecimiento de las pruebas. Se expresarán primero los motivos de orden procesal y posteriormente los de fondo (art. 65.5).

El **Salvador** establece que en el escrito de interposición de la apelación se expresarán con claridad y precisión las razones en que se funda, haciendo distinción entre las que se refieran a la revisión e interpretación del derecho aplicado y las que afecten a la revisión de la fijación de los hechos y la valoración de las pruebas. Los pronunciamientos impugnados deberán determinarse con claridad. Si se alegara la infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia, se deberán citar en el escrito las que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida (art. 511).

Por su parte, el **COGEP ecuatoriano** no trae precisión alguna en torno a la carga de fundamentación. Solamente refiere que el recurso deberá ser fundado y que la apelación y la adhesión que no lo estén serán rechazadas de plano (arts. 257 y 258).

## 9. *Sustanciación y apelación adhesiva*

El recurso de apelación se sustancia con la contraparte, a fin de garantizar la posibilidad de contraargumentar. En todos los regímenes, contestar agravios es una facultad y no una carga.

En algunos Códigos, la contestación de agravios también constituye la oportunidad para interponer una "apelación adhesiva". En otros casos, la interposición de esa apelación es innecesaria dado que si el superior revoca la decisión de grado, éste tiene la obligación de tratar las cuestiones de instancia no resueltas que recobran virtualidad y que no podrían haber sido apeladas ante la inexistencia de perjuicio actual.

El **CPC brasileño, en tanto**, exige interponer en la contestación de agravios la apelación adhesiva, la que incluso se sustancia con la contraparte (arts. 1010 y concs.). En cambio, el **COGEP colombiano** establece que cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones (art. 328).

## 10. *Trámite del recurso en segunda instancia: rigidez*

En general, el trámite del recurso de apelación en los distintos regímenes sigue siendo rígido. Es decir, no existe una reformulación en la organización o administración de la instancia recursiva a la oralidad o intermediación como principios rectores ni tampoco una revisión en función de la mayor o menor complejidad del recurso. El trámite es igual, independientemente del tipo de decisión apelada, agravio introducido y conflicto subyacente.

La mecánica común es sustanciarlo en primera instancia para ejercer un primer control de admisibilidad que nunca es definitivo porque si se le deniega, la parte puede ir en queja y si se le concede, el superior podrá revisar esa declaración de oficio, dado que es el juez del recurso. Elevada la causa, la mayoría de Códigos mantiene un análisis de admisibilidad escrito. Aquí la variación es si se sortea un juez relator a dichos fines o no.

En **Brasil**, por ejemplo, recibido el recurso por el superior, éste se distribuye inmediatamente. Si el recurso es infundado, la admisibilidad la resuelve el relator unipersonalmente. En los demás casos, el relator elabora su voto para el juzgamiento del recurso por el órgano colegiado (arts. 1009, 1010 y 1011).

Admitido el recurso, los regímenes se dividen entre aquellos que prevén o no una audiencia para su tratamiento y resolución. No obstante, aun en aquellos que instituyen una audiencia al efecto, puede constatarse que ésta fue elaborada de forma rígida (sin adaptabilidad al recurso-caso), excepcional (cuando exista prueba) y discrecional (cuando el tribunal lo considere).

En **Colombia** se estipula la convocatoria a audiencia de sustentación del recurso y fallo en el caso de apelación de sentencias. Es importante precisar que el apelante deberá sujetar su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia. Si se admite prueba, se produce también en esta audiencia. Sin embargo, cuando se apelan autos interlocutorios, se resuelve la admisibilidad y procedencia del recurso de forma escrita y sin audiencia (arts. 322, 326, 327 y concs., COGEP).

En **El Salvador** la admisión es por escrito. Cuando resulte admisible el recurso, se fija y llama a audiencia donde se oirán a las partes. El apelante no podrá ampliar los motivos de su recurso. Aquí también se resuelve sobre la admisión del replanteo o nueva prueba que deberá ser producida a instancias de ser admitida. La audiencia concluye con los alegatos finales de parte y la posibilidad de que el tribunal pueda solicitar alguna aclaración a las partes (arts. 513 y 514).

En el **CPC costarricense** se estatuye la admisibilidad escrita del recurso. Luego, sólo si se admite prueba, o alguna de las partes lo solicita y el tribunal lo estima pertinente, se fijará una audiencia oral dentro de los quince días siguientes. La decisión del tribunal no admite recurso contrario. En la audiencia se practicará la prueba que se admita y harán uso de la palabra los apelantes y, posteriormente, las demás partes. Los tribunales podrán interrogar a las partes sobre las cuestiones planteadas. Concluida la audiencia, se dictará la resolución final (art. 67.6 y 7).

En similar sentido, **Nicaragua** establece que el tribunal que deba resolver la apelación –a solicitud de parte y si fuera necesario– convocará y celebrará una audiencia conforme el proceso sumario establecido en este Código, en el que las partes alegarán lo que consideren oportuno en apoyo a su expresión y contestación de agravios y practicarán la prueba cuando ésta sea admitida en la misma audiencias(art. 557). Esto permite concluir que ésta no siempre será obligatoria y que, al contrario, tiene más bien un carácter residual.

El **COGEP ecuatoriano** establece la celebración de una audiencia que se sustanciará conforme a las reglas generales y luego de la cual el tribunal pronunciará sentencia (art. 260).

### **11. Toma de decisión: valoración de elementos producidos en instancia**

En todos los Códigos reformados se prevé la videograbación de las audiencias, la apelación como recurso amplio (hecho, prueba y derecho) y su resolución en base a lo actuado (con o sin audiencia), pero –en todo caso– sin repetición del juicio de instancia. En consecuencia, puede concluirse que la toma de decisión es realizada tomando como base dicha videograbación. Es importante señalar que las reglamentaciones no traen regla alguna que indique cómo debe actuarse en caso de que se carezca total o parcialmente de ese medio o fuente de información.

### **12. Reenvío como problema**

Otro punto que aparece como problemático en algunas legislaciones, es la posibilidad de reenvío a primera instancia cuando revoque o anule la sentencia. Esto se agrava si tenemos en cuenta la amplitud con que se admiten los planteos asociados a la violación del debido proceso, no circunscriptos a la sentencia sino a cualquier otra indefensión acaecida durante el proceso.

Por regla, si el tribunal de alzada cuenta con todos los elementos para resolver la causa, debiera asumir competencia positiva y no reenviar. Ello conculca el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la garantía del plazo razonable. Por ejemplo, el **CPC brasileño** dispone que –cuando el proceso se halle en condiciones– el tribunal de alzada decida inmediatamente el mérito y no proceda a su devolución a instancia. Esto sucede en los siguientes supuestos: cuando decreta la nulidad de la sentencia por no ser congruente con los límites del pedido

o de la causa de pedir; cuando constate la omisión en el examen de uno de los pedidos, hipótesis en la cual podrá juzgarlo; cuando decrete la nulidad de la sentencia por falta de fundamentación (art. 1013).

## **b. Recurso de casación o extraordinarios**

### **1. Decisiones recurribles**

Los recursos de casación o extraordinarios proceden contra las decisiones definitivas o aquellas equiparables a tales adoptadas por los tribunales de segunda instancia. En general, se circunscriben a aquellas dictadas en procesos de conocimiento en las que se advierten limitaciones por el tipo de proceso o cuantía. A través de estos recursos se habilita a los Superiores Tribunales o Cortes Supremas a ejercer (parte de) su función jurisdiccional más relevante (casación), propia de su rol de máximo intérprete constitucional-convencional en el orden interno.

### **2. Finalidades y causales**

El ejercicio de dicha función tiene por cometidos obtener y maximizar la coherencia, previsibilidad, igualdad y seguridad en la aplicación de las reglas decisorias adoptadas (*función uniformadora*), arribar a una correcta aplicación del derecho (*función nomofiláctica*) y recibir una justa resolución del litigio (*función dikelógica*).

El **COGEP colombiano** dispone que el recurso de casación deba tener por finalidades defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios sufridos por las partes con ocasión de la providencia recurrida (arts. 333 y ss.).

Por su parte, el **CPC costarricense** instituye el recurso de casación "general" (art. 69) pero también los recursos de casación en interés de la ley y de la jurisprudencia (arts. 70 y 71). En sintonía con ello, el **CPCM salvadoreño** establece que las normas sobre el recurso de casación deberán aplicarse en la forma en que más favorezca a la uniformidad de la jurisprudencia como medio para asegurar la igualdad ante la ley, así como la seguridad y la certidumbre jurídica (art. 524). Igual regla incorpora el **CPC hondureño** (art 716).

El recurso de casación o extraordinario tiende a reparar determinados vicios que son precisos y taxativos. Entre las principales causales o agravios podemos destacar:

- (i) La aplicabilidad e interpretación de la ley que los tribunales de segunda instancia adoptaron para fundar su sentencia sobre la cuestión a decidir. Éste constituye un supuesto de vinculatoriedad indirecta del precedente, en tanto los órganos inferiores deberán observar la regla interpretativa (*holding*) fijada por el Superior Tribunal ante la identidad (fáctica, probatoria y jurídica) del caso-causa.

En ese sentido, el **CPCM salvadoreño** determina como causal de casación de fondo el haber infringido la doctrina legal del superior tribunal, el cual se configura con tres o más sentencias constantes, uniformes y no interrumpidas (art. 522).



- (ii) La errónea apreciación de cuestiones de hecho o prueba. Como sabemos, la competencia extraordinaria de los Superiores Tribunales se limita a cuestiones de derecho. De allí que esta institución, al admitir el planteo de cuestiones de hecho y prueba, importe una excepción a dicha regla.

En general, se exige que ese vicio surja de forma manifiesta. Es decir, no supone una mera discrepancia con la valoración efectuada sino un significativo desarreglo en la base del pensamiento, una anomalía extrema, una falla palmaria en los procesos mentales que pongan en evidencia la irracionalidad de las conclusiones a las que se ha arribado en términos lógicos, fácticos y probatorios. Ello explica por qué en ciertas latitudes (por ejemplo, Argentina), se denomine arbitrariedad o absurdo. Su finalidad es preservar la correcta, adecuada y justa resolución del litigio y el sentido mismo de la función jurisdiccional abierta.

El **CPC nicaragüense** establece que por medio del recurso de casación no se podrá instar la revisión de los hechos ni la valoración de las pruebas contenidas en las sentencias dictadas en la instancia. Sin embargo, se podrá solicitar en casación el control de la motivación fáctica de la sentencia, para revisar su existencia, suficiencia, racionalidad y carácter lógico, siempre que éste fuera determinante para un fallo en sentido diferente (art. 566).

El **CPC boliviano** también insta que el recurso de casación procede cuando en la apreciación de las pruebas se hubiera incurrido en error de derecho o error de hecho, debiendo este último evidenciarse por documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación manifiesta de la autoridad judicial (art. 271).

De igual forma, el **COGEP colombiano** prescribe como causal el error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda, contestación o de una determinada prueba. El recurso también procede al no estar la sentencia en concordancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio (art. 336).

Su símil **ecuatoriano** también habilita el tratamiento de cuestiones de hecho y prueba. Si bien estatuye como regla que no procede el recurso de casación cuando de manera evidente lo que se pretende es la revisión de la prueba (art. 270), ello cede si se constata una aplicación indebida o errónea en la interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto (art. 268.4).

Por último, el **CPC costarricense** –que divide las razones que habilitan la casación en fondo y procesales–, incluye entre las primeras las normas sobre valoración de la prueba y el error en su interpretación (art. 69.2). Idéntica regla adopta el **CPCM salvadoreño** (arts. 519 y 522).

- (iii) La anulación de decisiones que hubiesen quebrantado las formalidades impuestas como condición de validez de las sentencias definitivas o equiparables a tales provenientes de los tribunales de segunda instancia (por ejemplo, omisión de cuestión esencial, existencia de forma de acuerdo o ausencia de voto individual) o del proceso como tal.

En relación a esto último, en la mayoría de las reglamentaciones puede advertirse una regulación amplia. Es decir, que no se limita a la violación de las formas del acto decisorio sino a toda actuación que evidencia una transgresión del debido proceso.

El **COGEP colombiano** establece como causal de casación el haberse dictado sentencia en un juicio viciado de algunas de las causales de nulidad consagradas en la ley, a menos que tales vicios hubieran sido saneados (art. 336).

Su símil **ecuatoriano** profundiza la regla al disponer que el recurso de casación procede en caso de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales que hayan viciado el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido en la decisión de la causa, siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada (art. 268).

En similar sentido, el **CPC costarricense** habilita la casación para vicios fundados en razones procesales. Entre ellas, la infracción o errónea aplicación no saneada de normas procesales esenciales para el debido proceso o la sentencia dictada por un número de jueces menor al exigido por ley (art. 69).

El **CPCM salvadoreño** también detalla numerosos supuestos por quebrantamiento de formas esenciales del proceso que comprenden desde falta de competencia e inadecuación del procedimiento hasta denegación de prueba legalmente admisible (art. 523).

El **CPC de Nicaragua** habilita la interposición del recurso de casación con fundamento en la infracción de normas procesales que regulen los actos y garantías procesales cuando su infracción suponga la nulidad absoluta o produjera indefensión; y, la forma y contenido de la sentencia (art. 562).

### 3. *Forma de interposición y agravamiento de condiciones*

Por regla, el recurso de casación o extraordinario debe interponerse de forma escrita y ante el tribunal de segunda instancia que adoptó la decisión recurrida.

El **COGEP colombiano** adopta una modalidad especial: exige la interposición de recurso, aunque –habiendo sido admitido– las partes deben presentar “demanda de casación”. Más allá de la distinta denominación, sus recaudos son similares a los de cualquier recurso extraordinario (arts. 342, 343, 344 y concs.).

El agravamiento de los recaudos en el recurso de casación opera en un doble sentido. Primero, en cuanto a la incorporación de consideraciones adicionales a los recaudos generales propios de todo recurso. Por ejemplo –y sin perjuicio de las consideraciones que efectuaremos en torno a la utilidad y razonabilidad de los filtros cuantitativos–, el valor del agravio o litigio (directa o indirectamente determinable), que no puede ser inferior a cierta suma. Segundo, en el nivel de exigencia de la fundamentación del recurso y su suficiencia técnica. El recurso de casación debe ser autosuficiente y bastarse a sí mismo, identificando con claridad los presupuestos exigidos y las normas o doctrina conculcadas con base en las circunstancias acreditadas de la causa. Esto exige el desarrollo pormenorizado de los agravios y la suficiencia técnica del recurso. Ambas limitaciones encuentran justificación en el carácter extraordinario de la instancia y los fines que en tanto tal pretende realizar.

Por ejemplo, el **COGEP colombiano** prescribe un límite cuantitativo a la potestad recursiva cuando se trata de pretensiones esencialmente económicas. En este supuesto, el recurso sólo es admisible cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea superior a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. No obstante, cuando una parte cumple dichas condiciones y recurre, el CGP habilita a conceder este mismo recurso al otro litigante que lo haya interpuesto dentro de plazo y aunque el valor del interés de éste fuera insuficiente. En este caso, los recursos se considerarán autónomos (arts. 335, 338 y 339).

En cuanto a la exigencia en la fundamentación del recurso, el **CPC boliviano** establece que el recurso debe expresar con claridad y precisión las leyes infringidas, violadas o aplicadas e interpretadas indebida o erróneamente, especificando en qué consiste la infracción, violación, falsedad o error. Estas especificaciones deberán hacerse precisamente en el recurso y no fundarse en memoriales anteriores, ni suplirse posteriormente (art.274.1.I y concs.).

En similar sentido, el **régimen colombiano** prescribe que la Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Sin embargo, podrá casar la sentencia, aun de oficio, cuando sea ostensible que ésta compromete gravemente el orden o patrimonio público o atenta contra los derechos y garantías constitucionales (art. 336, COGEP).

#### 4. *Admisibilidad y trámite en instancia extraordinaria*

En el análisis de la admisibilidad (y eventual procedencia) del recurso de casación o extraordinario se aplican las reglas constitucionalmente previstas y los regímenes procesales que reúnen las condiciones para el ejercicio del derecho a recurrir.

El tribunal de segunda instancia, ante quien se deduzca, será el que efectúe el primer análisis de admisibilidad, dictando la resolución respectiva. En ciertas reglamentaciones, ello se obvia, limitándose a recibir el escrito y elevar o sustanciar y remitir (arts. 529 y concs., CPCM salvadoreño).

En general, el examen se limita a la constatación de los requisitos mencionados, sin inmiscuirse en la suficiencia técnica del recurso. La falta de cumplimiento de alguno de los recaudos establecidos conllevará la declaración de inadmisibilidad del recurso, salvo aquellos supuestos en que la norma habilita su subsanación mediante intimación. Ante la declaración de deserción o inadmisibilidad del recurso, el recurrente deberá deducir recurso de queja o de hecho ante el propio Superior Tribunal o Corte Suprema.

En cualquiera de los casos, elevado el recurso, el Superior Tribunal analizará nuevamente la admisibilidad del recurso de casación, no hallándose condicionado por la decisión del tribunal de segunda instancia. Su condición de juez del recurso lo habilita al análisis amplio de los recaudos, pudiendo desestimarlos sin más ante la omisión de algún recaudo, su cumplimiento parcial, la falta de suficiencia técnica o, cuando se reconocen, la invocación de alguna de las causales de trascendencia.

El **COGEP colombiano** estipula que la Sala, aunque la demanda de casación cumpla los requisitos formales, podrá inadmitirla cuando exista identidad esencial del caso con jurisprudencia reiterada de la Corte, salvo que el recurrente demuestre la necesidad de variar

su sentido; los errores procesales aducidos no existan o, dado el caso, fueron saneados o no afectaron las garantías de las partes, ni comporten una lesión relevante del ordenamiento o no sea evidente la trasgresión del ordenamiento jurídico en detrimento del recurrente (art. 347).

Asimismo, el **CPC nicaragüense** también instituye el “interés casacional” que tendría como fin la unificación de la jurisprudencia. Esto existiría cuando la sentencia recurrida, dictada por un juez de distrito o tribunal de apelaciones, se oponga a la doctrina de la Corte Suprema; cuando la sentencia de un juez de distrito resuelva cuestiones sobre las que existe contradicción con lo dictaminado por otro juez de distrito actuando como segunda instancia y cuando la sentencia, dictada por un Tribunal de Apelaciones, se contradiga con lo resuelto por otro Tribunal de misma instancia (art. 563).

Si bien los Superiores Tribunales evidencian cierta tendencia a flexibilizar las reglas imperantes en la materia en casos sensibles vinculados a sujetos o conflictos de tutela preferente, ello no trastoca la condición restrictiva que gobierna la admisibilidad del recurso de casación. Por lo tanto, al interponer un recurso, deberán extremarse las medidas a fin de satisfacer las exigencias estatuidas.

El trámite del recurso en instancia extraordinaria tiene una fisonomía similar al de apelación. Por consiguiente, los déficits advertidos se replican. Inclusive, es posible que se agraven en razón de la inexistencia de mecanismos de control acerca de su funcionamiento, la falta de reglas claras en torno a la administración de su jurisdicción, su condición de máximo tribunal en el orden interno y las limitaciones en la rendición de cuentas.

El **COGEP ecuatoriano** estipula que recibido el expediente en casación se convoque a una audiencia en el término de treinta días, conforme con las reglas generales de las audiencias previstas en este Código (art. 272).

El **CPC boliviano** determina que el análisis de la admisibilidad sea escrito. Cuando se admita, se sortea juez relator, quien tendrá a su cargo relacionar la causa materia de recurso. Luego, si la parte lo solicita (y el tribunal lo admite), se llama a audiencia para hacer las aclaraciones que estime pertinentes. Los magistrados/as en su caso, también pueden preguntar. Se celebre o no audiencia, el relator debe elaborar el proyecto de decisión y ponerlo a consideración de la Sala (art. 277).

Similar tesitura adopta el **CPC costarricense**, el cual luego de resolver la admisibilidad y siempre que lo considere pertinente, puede convocar a audiencia. Se prevé la posibilidad excepcional y restrictiva de producir prueba. Si se celebra la audiencia, la forma de discusión deberá ordenarse en función de cada uno de los vicios acusados (art. 69.7.2 y 4).

El **COGEP colombiano** habilita la posibilidad de celebrar una audiencia una vez que el proyecto de fallo esté elaborado, la que será dirigida por el presidente de la Sala. Su determinación es facultad discrecional del tribunal. De disponerla, los magistrados podrán interrogar a los abogados sobre los fundamentos de la acusación contra la sentencia. Antes de dictar sentencia de instancia, la Sala podrá decretar prueba de oficio si lo estima necesario (art. 349).

Un supuesto especial que prevé el **CPC brasileño**, es la posibilidad de que el Superior Tribunal seleccione –cuando haya multiplicidad de recursos extraordinarios o especiales con fundamento en idéntica cuestión de derecho– dos o más recursos representativos de la controversia para su juzgamiento. En ese caso, ordenará la suspensión del trámite de todos los procesos pendientes, individuales o colectivos, que tramiten en el Estado o en la región, según sea el caso (art. 1036 y concs.).

**SECCIÓN SEGUNDA**

# **Una tercera vía para la nueva justicia civil**



# I. Enfoque de política pública, de derechos y de género

## 1. EJES RECTORES DE UNA REFORMA: ENFOQUE SISTÉMICO Y DE POLÍTICA PÚBLICA EN TODO EL PROCESO

Las reformas a la justicia durante todo su proceso, deben trabajarse con visión sistémica y de política pública de Estado. Ello trae consigo distintas derivaciones.

Asumir que la **modificación normativa es sólo un componente del cambio**, implica reconocer –aun cuando la adopción de un nuevo cuerpo normativo aparezca como un dato relevante (en tanto que condensa las reglas para la exigibilidad de derechos)– que ésta no es ni agota todo el proceso de reforma. Creer que la sanción de normas procesales modifica conductas o prácticas, es desconocer la condición sistémica y compleja que supone el servicio de justicia y su dinámica. El fetichismo normativo (Binder, 2013) –la creencia en que la modificación legal conlleva por sí misma una transformación cultural e institucional–, ha sido una tónica general en los intentos de reforma procesal que se han intentado llevar adelante en América Latina.

Así mismo, comprender que **la transformación de un sistema de justicia es una tarea compleja y multidimensional, equivale a reconocer que ésta debe ser abordada inexorablemente de forma estructural y holística**. Esa transformación debe abarcar cada uno de los elementos del sistema, entre los que destacan principalmente la organización de poder; la estructura judicial; la capacitación de recursos humanos; la disponibilidad de infraestructura y elementos materiales y el propio modelo normativo. Las modificaciones parciales y mayormente normativas no alcanzan, dado que los procesos de reforma involucran una serie de componentes que se hallan vinculados entre sí. Modificar el texto normativo pero mantener intacta la forma en que se organiza la justicia o el trabajo de la abogacía pública o privada es contraproducente para los objetivos que inspiran la propia reforma. Debemos preocuparnos porque la relación entre todos los componentes del sistema sea virtuosa.

Finalmente debemos reconocer que **necesitamos información** sobre el estado de situación de cada uno de los componentes del sistema y la conflictividad predominante, tener en claro los **objetivos** que guiarán la reforma y el **conjunto de problemáticas** que se busquen solucionar. Resulta necesario poder diagnosticar, identificar los problemas, establecer objetivos y prioridades, formular una política en la materia, implementarla, evaluarla y realizar los ajustes pertinentes. Sin información fiable sobre el estado de cosas ni los mecanismos adecuados de control endógeno o exógeno, no será posible avanzar en una reforma integral. Partiendo del mencionado enfoque, enumeramos los elementos determinantes del diseño de cualquier sistema de justicia civil:

- (i) Esquema orgánico-institucional;
- (ii) Modelo procesal;
- (iii) Perfiles de cargo;
- (iv) Procesos de trabajo;



- (v) Recursos humanos, materiales y cuestiones presupuestarias;
- (vi) Capacitación;
- (vii) Tecnologías de la información y comunicación y
- (viii) Mecanismos de rendición de cuentas (monitoreo y supervisión) y corrección-ajustes.

El camino que ya hemos recorrido tras las reformas judiciales en el área penal y civil debiera no sólo servirnos de aliciente para emprender estas nuevas transformaciones, sino también arrojarnos experiencias concretas sobre qué es lo que hay que hacer y lo que no para ser exitosos y exitosas en una reforma judicial (Vargas, 2005).

### *Evidencia y no prejuicios: necesidad de diagnósticos de necesidades jurídicas*

Uno de los primeros puntos que revisten especial interés para lo que consideramos una reforma con enfoque de política pública es que ésta debe ser diseñada en base a la evidencia y no a prejuicios o intuiciones. Esto permite determinar cuál es la **verdadera demanda de justicia** y, con ello, fijar de manera clara los **objetivos de una reforma**.

Hemos sido testigos de cómo en muchas ocasiones las reformas procesales surgen de la intuición del mundo académico o como un simple proceso de modernización y actualización de la normativa con la motivación de “porque hay que hacerlo”. En esos casos, la justificación suele surgir de alguna información estadística, que puede reflejar algún dato de funcionamiento negativo. Esa no debiera ser la forma de iniciar un proceso de reforma a la justicia.

El primer aspecto por determinar sería la **generación de evidencia sobre la conflictividad civil y las necesidades jurídicas insatisfechas**, su afectación a los derechos, impacto, volumen, tipo, alcance e interrelación con otras actividades. También debemos identificar los caminos de resolución que siguen los conflictos, así como los obstáculos en el acceso a la justicia. La estadística judicial sólo contiene la información de los casos que han ingresado al sistema de justicia, por lo tanto no permitirá obtener una imagen fidedigna de la conflictividad en su conjunto, pues como sabemos, existe una gran cantidad de conflictos que nunca ingresan al sistema.

Es fundamental que las reformas se construyan, siempre, en base a las carencias jurídicas de la población. Esto exige que la información y los resultados que arrojen las encuestas de necesidades jurídicas sean efectivamente utilizadas para diseñar la oferta de servicios de justicia que supone una reforma procesal civil. Cualquier reforma al proceso civil debe partir de un diagnóstico de la conflictividad para profundizar en cómo diseñaremos las diversas modalidades de solución de conflictos judiciales y no judiciales (CEJA, 2018).

### *Participación ciudadana en el diseño, monitoreo y evaluación de las reformas*

Muy vinculado con el punto anterior, consideramos que cualquier proceso de diagnóstico y diseño de reforma al sistema de justicia civil debe realizarse con la participación directa de representantes de la sociedad civil y de los sectores interesados en la solución de los conflictos civiles. También es fundamental que la ciudadanía tenga un lugar destacado en el seguimiento y evaluación de la reforma, a fin de escrutar directamente la rendición de cuentas del sistema y participar en la realización de los ajustes sobre el diseño original.

La mirada de las personas técnicas y especialistas es fundamental, pero debe ser complementada con la opinión de las personas usuarias del sistema judicial. Como veremos a continuación, un problema frecuente es depender exclusivamente de personas técnicas, especialistas u operadoras del sistema. La configuración del sistema de justicia como un servicio público de calidad requiere hacerse cargo de la perspectiva de los usuarios y usuarias y de la sociedad civil en su conjunto.

### ***Incorporar tanto a funcionarios y funcionarias judiciales como a abogados y abogadas en el diseño de la reforma y en las respectivas capacitaciones***

Los funcionarios y funcionarias judiciales, así como los abogados y abogadas, son actores y actoras claves del funcionamiento de un sistema de justicia. Por ello, **deben ser parte de la formulación, diseño e implementación de cualquier proceso de reforma**. Ello así, no sólo por el protagonismo que tienen en este funcionamiento, sino porque trabajan con los conflictos de las personas justiciables, y por ello conocen muy bien sus necesidades y problemas.

También es fundamental que sean parte de las capacitaciones que se organicen en este proceso de reforma, dado que los sistemas orales exigen la adquisición de destrezas, habilidades y competencias especiales, por ejemplo, técnicas de negociación, de conducción de audiencias o de litigación, que representan conocimientos que deben ser promovidos desde la prehensión –en tanto aprendizaje significativo– y la praxis.

### ***Entrada en vigencia e implementación***

La entrada en vigencia de toda reforma debe tener en consideración **la magnitud del cambio, el tiempo que insumirá su implementación y los mecanismos de reajuste**. Una opción puede ser disponer una fecha única para toda jurisdicción. Otra podría ser establecer una modalidad dual: normas directamente operativas desde su sanción y otras condicionadas a la adopción de medidas y desarrollos. Ese tipo de decisiones puede resultar interesante para introducir cambios graduales según el microsistema, tiempo o jurisdicción, compatibilizando aquellas que no requieren transformaciones significativas de ningún orden con las que sí (por ejemplo, presupuestarias; culturales u operativas).

Con ello se mejora el abordaje, minimizando los riesgos de posposición. El **diferimiento** suele ser común en los procesos de reforma, tanto por la imprevisión que suele caracterizarlos como por la falta de cumplimiento de lo planificado. Es recurrente, por ejemplo, que los órganos llamados a implementar el nuevo CPC no cuenten con la infraestructura y logística requeridas; las y los operadores no se hallen debidamente capacitados o se carezca de herramientas de gestión imprescindibles (software). Estos factores son problemáticos porque revelan que la implementación –propiamente dicha– no fue estructurada ni ejecutada en clave de política pública.

Otro punto relevante es la creación de **planes o programas para la implementación de la reforma**. Esa decisión, a diferencia de experiencias que han articulado los procesos reformistas en el marco de los planes estratégicos del Poder Judicial o Ministerio de Justicia, permite jerarquizar la reforma; instalarla como parte de una reestructuración en la organización del servicio de justicia; otorgarle prioridad; articular y generar sinergias positivas entre actores y actoras y evitar que se diluya entre los objetivos macro o que, la inercia de factores propios de la estructura modificada, resistan o dificulten el cambio. Esos programas pueden ser

previstos dentro del Código Procesal adoptado o de forma autónoma. La primera opción puede resultar interesante porque, de distintos modos, sintetiza un punto fundamental: la solución de conflictos exige –para su instrumentación– un cúmulo de dispositivos que no se explican, abastecen ni agotan en las reglas jurídicas que el Código Procesal adopta.

Al hacerlo, pone otra vez en primera plana el deber de ponderar el enfoque integral y transversal como metodología de trabajo para estructurar el Poder Judicial como poder de Estado, organizar el funcionamiento mismo de la justicia o pensar las relaciones entre los componentes y operadores y operadoras que interactúan ante sí en su administración y gestión.

En síntesis, la planificación y elaboración de programas presentan las ventajas de (i) fijar lineamientos y presupuestos de mínima para la implementación de la política pública reformista; (ii) perfilar las medidas de la agenda de reforma en consonancia con el ideario del Código procesal y su razón de ser; (iii) condicionar la discrecionalidad en la adopción de dichas políticas, dado el carácter de presupuestos para el funcionamiento del sistema procesal, la fijación de tiempos para su realización y/o instancias de control o seguimiento; (iv) otorgar a cualquier operador u operadora un marco de base a partir del cual exigir la asignación de recursos y adopción de medidas pertinentes; (v) incluir lineamientos generales en un cuerpo normativo que, por su propia naturaleza y entidad, es más difícil de modificar y (vi) minimizar el riesgo de que, aprobado el Código Procesal, los poderes naturalmente políticos difieran, suspendan o desarticulen la reforma.

Una medida complementaria a valorar producto de la complejidad de la labor, es la **creación de Comisiones o Comités de trabajo encargados de monitorear el proceso de reforma**. La misma debería incluir representantes de las distintas instituciones del Estado, actores claves y sociedad civil. Ello resulta sumamente útil en la construcción de lazos, la articulación eficiente de medidas y la generación de un espacio común y responsable de trabajo.

## **2. ENFOQUE DE DERECHOS, DE GÉNERO E IGUALITARIO EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA**

Uno de los grandes problemas que ha presentado la teoría general del proceso, y que a nuestro juicio ha tenido repercusión en la regulación de los códigos procesales, es que ésta no integra muchas perspectivas que enriquecen su análisis, diseño e implementación. En efecto, se ha sostenido que el proceso judicial y el sistema de justicia en general suelen entenderse y estudiarse “como si fuesen neutros y atemporales, sin considerar que el proceso en tanto construcción social responde a momentos históricos determinados y, por tanto, está cultural y socialmente condicionado (Vargas & Fuentes, 2018, pág. 3).

Dado lo anterior, sostenemos que toda reforma a la justicia civil debe integrar tanto consideraciones sistémicas y de política pública –como fue expuesto en el apartado anterior– como un enfoque de derechos y de género que hoy en día son un mandato y una obligación de los Estados, y que, por tanto, deben integrarse en todo su quehacer y de forma transversal.

Desde la perspectiva del Estado, el enfoque de derechos nos permite reafirmar que, las personas son titulares de derechos que representan obligaciones jurídicas que éste debe cumplir. Es decir, no son ya directrices políticas ni morales, sino jurídicas. Por tanto, plenamente exigibles y justiciables. Cualquier reforma que se promueva debe mejorar la exigibilidad y justiciabilidad de derechos, para lo cual resultan imprescindibles los estándares, indicadores

y herramientas de monitoreo existentes. En especial, aquellos asociados a derechos, sujetos o bienes de tutela constitucional preferente.

Asimismo, y como consecuencia del enfoque de derechos, es fundamental que, tanto la justicia civil como el sistema de justicia en general, incorpore la perspectiva de género a nivel transversal. Al igual que con el enfoque de derechos, esta exigencia no es una prerrogativa política ni moral sino una exigencia propia del derecho internacional y un elemento imprescindible para contribuir a la igualdad de género y con ello a mejorar el acceso a la justicia de todas las personas.

Por ello, consideramos fundamental que una reforma sea diseñada, implementada y evaluada con perspectiva de género, lo que implica, entre otras cosas, valorar las implicancias que cualquier acción o decisión puede tener para personas del colectivo LGBTQ+. En concreto, para dicho fin, es fundamental conocer las herramientas metodológicas clave para el análisis crítico y con perspectiva de género, contar con políticas institucionales, capacitaciones constantes a todas las personas que trabajan en el sistema, exigir que se juzgue con perspectiva de género y que ello se monitoree, entre otras cosas.

Las capacitaciones son fundamentales para construir una cultura jurídica que respete los derechos de las mujeres y de las personas con orientaciones o identidades de género no hegemónicas.

En consonancia con estos enfoques, consideramos que la nueva justicia civil debe promover la libertad de las partes y sujetos, pero sin descuidar en ninguna instancia la igualdad como presupuesto para la existencia de la propia libertad de elección y disposición. Sin condiciones materiales igualitarias, la posibilidad de afirmar que el ejercicio de cualquier prerrogativa es libre, disminuye drásticamente. Existe una relación directa entre ambos componentes que se radicaliza cuanto mayor es la desigualdad.

En general, los planteos en este ámbito han sido formales o paternalistas. Es decir, se ha oscilado entre meros reconocimientos normativos o condicionamientos graves de la autonomía personal. Un ejemplo recurrente es cómo la autoridad judicial suele ser totalmente indiferente o excesivamente rigurosa en el análisis de acuerdos compositivos, más allá de la naturaleza del conflicto. De allí que ya no alcance con que se instituyan exenciones legales para ciertos sujetos o aumenten los controles en pretensiones monitorias vinculadas a deudas de consumo. Es fundamental que la regulación piense en generar condiciones estructurales para el ejercicio igualitario de derecho, invalidando los supuestos de sustitución o anulación de la autonomía personal bajo criterios perfeccionistas de cualquier autoridad estatal.

El proceso en general y las audiencias en particular, deben ser reglamentadas e instrumentadas respetando ese enfoque de derechos e incorporando una perspectiva de derechos humanos y género robusta. En ese sentido, el modelo para juzgar con perspectiva de género de la Cumbre Judicial Iberoamericana (2014), señala que juzgamos con perspectiva de género cuando, entre otros parámetros, utilizamos un lenguaje no sexista; incorporamos convenciones internacionales sobre derechos humanos de las mujeres; evitamos el sexismo en todas sus formas; tomamos en cuenta el principio de igualdad y no discriminación; se valoran las diferencias e inequidades; se excluye de los hechos los patrones y roles sexistas; se traslada la responsabilidad en la carga de la prueba y se emite una sentencia comprensible para quienes no son profesionales del derecho (Del Rosario, 2018).

## II. Un modelo de justicia civil integral e integrador

### 1. MODELOS DE ESTADO Y OBJETIVOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA

En la primera parte de este estudio se constató que los procesos de reforma latinoamericanos que fueron estudiados, no adoptaron ninguno de los tradicionales modelos teóricos de justicia y que, por el contrario, tendieron a integrar o mezclar, en mayor o menor medida, objetivos e indicadores de un modelo u otro.

Dada esta constatación, y en base a las consideraciones que desarrollamos a continuación, es que promovemos un modelo de justicia integral y superador de los antiguos debates que, por un lado, integre los objetivos que parecen pertenecer a modelos antagónicos y, por otro, deje atrás la hegemonía del proceso judicial, integrando y fomentando todos los mecanismos colaborativos de resolución de conflictos.

A continuación, explicamos y desarrollamos este modelo de justicia que a través de mecanismos colaborativos y adjudicativos del proceso judicial, pretende gestionar adecuadamente la conflictividad social y, al mismo tiempo, proteger y garantizar los derechos de las personas.

#### *Modelo de Estado: más allá del antagonismo entre el Estado Liberal y el Estado de Bienestar*

En la búsqueda de respuestas integradoras, y como ya hemos adelantado brevemente, sería un error tomar como punto de partida al modelo de **Estado Liberal** (con su idea de justicia orientada a la resolución de conflictos) o al de **Bienestar** (modelo incardinado a la implementación de políticas o protección de derechos). Esto es así, porque si bien en el siglo pasado se erigían como modelos consolidados acerca de cómo explicar y organizar la sociedad, en la actualidad se encuentran en franca discusión o crisis. Por un lado, porque países típicamente liberales han optado por grandes niveles de intervencionismo en sus economías y/o a nivel social (por ejemplo, Estados Unidos, Canadá o Inglaterra). Por otro lado, porque países típicamente organizados en el ideal del Estado de Bienestar han tenido que afrontar un proceso importante de reducción de sus niveles de intervención (por ejemplo, Alemania, Francia o España).

Por su parte, en América Latina, las todavía incipientes democracias, la gran volatilidad política, la disparidad de modelos de gobierno existentes y la pluralidad cultural, han hecho que sea mucho más complejo identificar o catalogar Estados en función de estos rasgos. A esto se suma el haber constatado en el análisis llevado a cabo en la primera parte, que ningún proceso de reforma aspiró o adoptó los rasgos de un modelo de Estado en particular.

Por lo anterior, consideramos que un primer paso para avanzar hacia un nuevo modelo de justicia civil, pasa por aceptar lo poco útil que resulta iniciar un análisis desde alguna de estas posiciones conceptuales. Resulta interesante al respecto la explicación que realiza Zanetti (2017, pág. 9) al referirse al proceso de reforma a la justicia civil emprendida en Brasil: "El CPC / 2015 equilibra el Estado Liberal y el Estado Social, en la síntesis de sus virtudes a través del modelo de Estado Democrático Constitucional". En ese sentido, el autor sostiene que el

CPC del año 2015 logra armonizar el modelo liberal basado en la autonomía de la voluntad de las partes con las exigencias del Estado Social, cristalizadas en la ampliación de algunas facultades oficiosas en los jueces y en las juezas.

De todos modos, puede ser discutible pero excede a los objetivos de este trabajo, si la normativa procesal brasileña efectivamente alcanza el equilibrio expuesto o si se inclina hacia alguno de los dos lados. Sin embargo, de lo que no queda duda es que la reforma de Brasil supone un puntapié inicial para que la doctrina procesal civil latinoamericana comience a hablar y pensar desde un consenso en el que la **mayoría de países tiene algunos rasgos del Estado Liberal y otros del de Bienestar que todavía no terminan de cristalizar en uno u otro modelo**. También es una buena oportunidad para asumir los profundos desajustes que la acumulación de tradiciones generó y que, de diferentes modos, dificulta encontrar respuestas sintéticas.

En definitiva, del análisis surge que las profundas transformaciones de los sistemas de justicia civil no tienen necesariamente un correlato ideológico, ya que países con modelos de Estado más intervencionistas se han orientado hacia formas más publicistas y países más liberales hacia modelos con mayor protagonismo de las partes. De alguna manera, todas las reformas procesales civiles se encuentran en el profundo dilema de responder, por un lado, a la naturaleza liberal de las democracias contemporáneas y, por otro, a las exigencias sociales de que la justicia pública tenga un rol correctivo y redistributivo que –más allá de garantizar la justicia formal– genere resultados materialmente aceptables.

### ***¿Cuál es el objetivo del sistema de justicia civil? Propuesta de articulación en base a la conflictividad individual o colectiva***

En la primera sección de esta publicación desarrollamos las principales ideas de una de las clasificaciones más recurrentes a la hora de identificar cuál es el objetivo del sistema de justicia; Damaška (1984) establece dos modelos: uno que tiene como objetivo del sistema la resolución de conflictos y otro cuya acción está dirigida hacia la implementación de políticas públicas a través de la aplicación del derecho<sup>63</sup>.

Al igual que en lo relativo a los modelos de Estado, consideramos que sería completamente errado suponer que el sistema de justicia civil sólo pueda tener un único objetivo como principio rector de su funcionamiento. Así, dentro de lo que podríamos identificar como el paradigma tradicional de la función del sistema de justicia, se encuentra el objetivo de aplicar las normas jurídicas a las situaciones fácticas que sean puestas en conocimiento de la autoridad judicial. A este objetivo tradicional creemos que debe añadirse otro fundamental y complementario que se ha reconocido en mayor o menor medida en los regímenes procesales: el sistema de justicia debe gestionar y solucionar los conflictos que son puestos en su conocimiento. Estamos convencidos/as de que ambos objetivos no deben configurarse como excluyentes sino como complementarios.

---

63 Cuando Damaškahabla de la implementación de políticas públicas a través del Derecho, se refiere a que el legislador establece una serie de consecuencias legales para cuando concurren determinados hechos. Por lo tanto, el sistema de justicia deberá indagar qué hechos ocurrieron para que se aplique la consecuencia legal prevista por el legislador. De esta forma, la aplicación del Derecho permite que la política prevista por el legislador, finalmente, sea implementada.

En base a lo anterior, es fundamental entender que **lo central de un sistema judicial es la resolución de conflictos y la protección de derechos**. El proceso judicial es solo un ámbito de conocimiento del conflicto y un mecanismo que pretende su resolución a través de la audiencia de juicio oral. Sin perjuicio de ello, la idea que planteamos implica comprender que, además del proceso, el sistema de justicia debe prever una amplia gama de mecanismos orientados a la resolución del conflicto en etapas previas al juicio, ya sea a través de la instrumentación de un mecanismo autocompositivo, su derivación forzosa por decisión del juez o de la jueza, la producción anticipada de algunos medios probatorios que ayuden a resolver el caso en instancias iniciales o la propia conciliación judicial en la audiencia preliminar.

Es fundamental aclarar esta posibilidad de convivencia entre los objetivos del sistema de justicia para continuar profundizando en el modelo de regulación procesal que adoptaremos. Esto nos permitirá abordar las discusiones con mayor claridad conceptual y así evitar las contradicciones sistémicas. Estaremos en mejor situación ahora para comprender la razón de ser de los mecanismos de resolución, definir sus componentes, ordenarlos y vincularlos.

### *Objetivo del proceso*

De la misma forma deberemos abordar debates cruciales de la propia disciplina procesal. Por ejemplo, sostener que el **fin último del proceso es la búsqueda de la verdad**. Hemos hecho ingentes esfuerzos para tratar de resignificar esa noción porque asumimos que tiene un anclaje histórico-político denso, es problemática y, además, poco útil. Sin embargo, nuestra propuesta no busca confrontar con el objetivo de la búsqueda de la verdad para aplicar de forma adecuada el Derecho, sino que propone una resignificación de cómo llegamos a ella. Proponemos un modelo de litigio adversarial que permita depurar de mejor forma la información, analizar la credibilidad de las versiones de las partes tras producirse la contradicción de la prueba y tomar una decisión ajustada a Derecho y que logre solucionar el conflicto de forma efectiva.

Retomando lo expresado, la **finalidad del proceso debe ser la maximización de la protección de derechos de forma efectiva, así como la gestión adecuada de los conflictos individuales y colectivos**. Por ello, **el proceso debe preocuparse por** la obtención e intercambio oportuno de información de calidad que permita eventualmente averiguar los hechos que efectivamente sucedieron; la construcción de un ámbito de litigación y discusión que permita garantizar la contradicción de la prueba y la información; la total o parcial composición y/o solución dialógica adecuada del conflicto y la realización efectiva y oportuna de lo compuesto o decidido.

El eje o premisa epistémica que debería estructurar la intervención regulatoria es el conflicto individual o colectivo. No son la jurisdicción, la autoridad ni la sentencia los objetivos centrales del sistema de justicia, sino el conflicto, la persona y la resolución del problema de relevancia jurídica que le aqueja. La jueza, el juez y sus sentencias pueden ser elementos contingentes y complementarios que en muchos de los casos no van a ser necesarios (pensemos en la ingente cantidad de casos resueltos extrajudicialmente por las partes, en donde no hay sentencia y la autoridad judicial no actúa).

Estructurar un modelo regulatorio desde la conflictividad, no sólo permite poner en el centro a la persona sino que facilita la articulación y vinculación de los diversos mecanismos de

solución de conflictos (judiciales y no judiciales, como veremos a continuación). Al mismo tiempo, el conflicto se instituye como el fenómeno que explica la existencia de derechos individuales y colectivos, la presencia de una matriz común de discusión (debido proceso) y sus respectivas dimensiones de procesamiento diferenciadas (individual-colectivo).

De ese modo, la **noción habilitante de la competencia judicial es la existencia de caso judicial (individual o colectivo)**. Es decir que lo importante no es la mera invocación de una situación jurídica o categoría de derecho sino la demostración de la existencia de un caso judicial. Al mismo tiempo, es esa noción de caso judicial (y conjunto de casos) la que explica la necesidad de incorporar la proporcionalidad como idea paradigmática de la instrumentalidad del proceso y al debido proceso como un concepto flexible.

Esto es relevante porque permite repensar la legalidad en función de las características concretas (no abstractas) del caso y articular mejor las relaciones entre la dimensión individual y colectiva que operan de forma interdependiente y dinámica, por ejemplo, para la transformación del proceso. A su vez posibilita superar ciertas prácticas distorsivas en la habilitación de la competencia judicial (por ejemplo, la invocación de cuestión jurídica no justiciable) y asumir al debido proceso como una garantía dinámica y no rígida. De esta manera la competencia depende de la existencia de conflicto y la construcción de un caso, en tanto que el debido proceso no es ya una burocracia del rito sino un concepto maleable y susceptible de estándares. La violación al debido proceso ya no transita por verificar la inobservancia de una forma procesal sino por la afectación de uno de sus presupuestos esenciales.

## **2. UN SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL INTEGRAL: ARTICULACIÓN DE UNA OFERTA AMPLIA DE MECANISMOS ADJUDICATIVOS Y COLABORATIVOS DE GESTIÓN DE CONFLICTOS**

Una de las principales consecuencias que tienen los planteos realizados en el apartado anterior, es el entendimiento del **sistema de justicia como un conjunto de mecanismos de gestión de la conflictividad** que adecuadamente coordinados y vinculados entre sí, **permitirán resolver los conflictos jurídicamente relevantes y proteger los derechos de las personas**. Es lo que entendemos como un sistema de justicia civil integral, que articula una amplia oferta de mecanismos que van más allá del tradicional proceso judicial.

A continuación desarrollaremos brevemente la trayectoria que a nivel comparado se ha experimentado sobre estos puntos, con la finalidad de contextualizar la propuesta y mostrar cómo ha ido emergiendo y consolidándose la idea de sistemas de justicia integrales.

### **a. De la hegemonía del proceso judicial a la aparición de los mecanismos “apropiados” de resolución de conflictos**

#### *La visión proceso-centrista y los modos “anormales” de solución de conflictos*

La doctrina procesal civil tradicional ha venido analizando desde hace varias décadas la existencia de mecanismos de solución de conflictos diferentes al proceso judicial. A pesar de ello, si observamos a todos los autores o autoras clásicas que han abordado esta temática, encontramos de forma transversal la presencia de una **mirada proceso-centrista**. Esto es,



una inclinación o sesgo por analizar los diversos mecanismos de solución de conflictos en comparación al proceso judicial o, peor aún, como excepción al proceso. Este proceso-centrismo tiene sentido si se piensa que la ciencia del derecho procesal se ha focalizado y ceñido al análisis y estudio del funcionamiento de los procesos judiciales. Éste ha sido tradicionalmente su ámbito de estudio y actuación.

La visión proceso-centrista está presente en muchos códigos procesales civiles no reformados al considerar los mecanismos distintos al proceso judicial como "*Modos Anormales de Terminación del Proceso*" o expresiones similares. Desde esta perspectiva, los mecanismos compositivos de resolución de conflictos son anomalías que suceden en el transcurso del proceso, mientras que un caso se dirige hacia su fin ideal, esto es, la sentencia.

A continuación, analizaremos cómo la visión proceso-centrista ha ido quedando obsoleta y cómo la normativa procesal civil contemporánea ha comenzado a abrazar nuevos paradigmas.

Niceto Alcalá-Zamora, procesalista de origen español exiliado en Argentina, fue uno de los autores que más aportó a la consolidación de una ciencia procesal latinoamericana. En su obra "*Proceso, Autocomposición y Defensa*" profundiza de forma sistemática en los diversos mecanismos de solución de conflictos existentes. En dicha obra (Alcalá-Zamora, 2010) hace referencia a las consideraciones de otros autores clásicos del derecho procesal. Por ejemplo, cita a Carnelutti como creador del concepto de autocomposición, noción que el autor asimila a la categoría de "equivalentes jurisdiccionales" y dentro de la cual incluye las instituciones de la renuncia, el allanamiento y la transacción. Por otro lado, menciona a Rosenberg, quien estudia las modalidades autocompositivas en la terminación del procedimiento. En ese caso, según Rosenberg, serían tres las formas de llegar a la terminación: por actos del juzgador o juzgadora, por actos de las partes o por otros acontecimientos. Finalmente, refiere a Couture, quien en su proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1945 hacía alusión a los métodos anormales de conclusión del proceso e incluía entre ellos la transacción, el desistimiento y la perención (o caducidad).

Resulta cuanto menos sorprendente que ya en 1947 Niceto Alcalá-Zamora discrepase de varios autores coetáneos como los mencionados, advirtiendo que esta visión "propende a contemplar la autocomposición como división de segundo grado (...) ya se le asocia a otros equivalentes jurisdiccionales (Carnelutti), ya se la coloque entre los demás modos de concluir el proceso (Rosenberg, Couture)" (Alcalá-Zamora, 1947, pág. 72).

De esta forma, Alcalá-Zamora sostiene su discrepancia en ideas que hoy día, más de ochenta años después, siguen siendo útiles y se encuentran totalmente vigentes. En primer lugar, sostiene que la autocomposición debe abandonar el rol secundario al que ha sido relegada y que debe ser promocionada a un primer plano junto al proceso judicial. En segundo lugar, afirma que la autocomposición no debe ser vista como un modo de concluir el proceso sino más bien como un medio para la solución de litigios. Según el autor, esto se justifica en que puede existir autocomposición al margen del proceso y el proceso puede cesar sin que haya habido pronunciamiento sobre el litigio. Ello así, aun cuando reconozca que existirán casos en que la sentencia judicial pueda generar la doble función de terminar el proceso y solucionar el litigio.

### *La explosión de los Alternative Dispute Resolutions: de la anormalidad a la alternatividad*

Existe numerosa literatura especializada que menciona que los ADR (MASC en sus siglas castellanizadas) tienen su origen en sociedades originarias que –previo al surgimiento de la jurisdicción tal y como hoy la conocemos– resolvían sus conflictos a través de fórmulas negociadas comunitariamente. También se ha detectado la presencia de modalidades colaborativas de solución de conflictos en la cultura oriental, debido en gran medida a la influencia cultural del Confucianismo basado en el respeto de la armonía (Núñez, 2009). Por otro lado, en Europa también se produjeron expresiones tempranas de las vías dialogadas de solución de conflictos. Pensemos, por ejemplo, en la Constitución de Cádiz de 1812 que reguló la figura del Juez de Paz con la función de conciliar a las partes (Ramírez, 2017).

A pesar de este origen lejano, sería en Estados Unidos en donde los MASC se dotarían de mayor contenido y profundidad. Se ha dicho que el padre intelectual de los MASC fue el filósofo del Derecho Lon Fuller, quien, en sus obras dedicadas al estudio de la moralidad de la ley, hacía referencia a que los diversos procesos (mediación, proceso judicial y arbitraje) tenían diferentes moralidades y objetivos que perseguir en función de los intereses de las partes y las características de los conflictos (Menkel-Meadow, 2005).

El siguiente hito en el nacimiento del concepto de los MASC tal y como lo conocemos en la actualidad, se produce en 1976 en el contexto de la *Pound Conference*. En esa ocasión, el profesor Frank. E. Sander presentó su conferencia denominada “*Varieties of Dispute Processing*” en la que profundizó en la idea de que no todos los casos debían tramitarse ante el sistema de justicia. Para ello, Sander propone la generación de un mecanismo denominado *Multi-door Courthouse*, el que permitiría derivar los casos a otros métodos como la negociación o mediación, dependiendo de la naturaleza del conflicto (Sander & Hernández, 2008).

Este acontecimiento es considerado como el *Big Bang* de las ciencias modernas de resolución de conflictos. El pensamiento de Sander capturó la atención de dos movimientos bastante diferenciados. En primer lugar, la de un grupo de jueces y juezas –lideradas por el *Chief Justice Warren Burger*– quienes creían que el sistema judicial estaba colapsado de casos y cuyo énfasis estaba en la mejora de la eficiencia de los tribunales. Por otro lado, diversos grupos sociales focalizados en los movimientos de empoderamiento ciudadano que veían con buenos ojos las ideas de resolución de conflictos de forma desprofesionalizada y con control y participación de las partes. Todo ello cristalizó en una expansión de los MASC hacia espacios públicos y privados de diversa índole, impactando fuertemente en distintas áreas como los conflictos comunitarios y penales o el derecho de familia, laboral y comercial. Se inicia de esa forma en los años ochenta un proceso de profesionalización, institucionalización y legitimación de los MASC (Menkel-Meadow, 2005).

Desde ese momento, los sistemas procesales pasaron de la consideración de las formas “anormales” de terminación del proceso (*lógica de la anormalidad*), a los mecanismos “alternativos” de solución de conflictos (*lógica de la subordinación*), para terminar en lo que hoy denominamos sistemas integrales de solución de conflictos, los que comprenden las modalidades públicas y privadas, adjudicativas y consensuales (*lógica de la integración*).

Ahora bien, en un sistema integral, ¿cómo se organizan estos diversos mecanismos de gestión y resolución de conflictos entre sí?

Nos parece que el punto fundamental pasa por aceptar y promover que todos estos mecanismos de solución de conflictos tienen, y deben tener, el mismo reconocimiento, nivel y jerarquía en el sistema. No obstante ello, cabe hacer presente que en las legislaciones de avanzada los Estados han asumido incluso una preferencia por la autocomposición del conflicto en vez de la vía judicial. Entre las razones argüidas podemos distinguir cuestiones relacionadas con eficiencia en la asignación de recursos y otras vinculadas a la generación de paz social y cultura del diálogo. Esta preferencia por la autocomposición representa un giro de ciento ochenta grados en la concepción proceso-céntrica que ve los mecanismos consensuales como “anormales” o “alternativos”. En este nuevo paradigma, la solución adjudicativa a través de una sentencia judicial sería la “anormalidad” ya que por motivos de eficiencia, maximización de la autonomía personal y paz social, el sistema prioriza, *siempre que sea más adecuada*, la resolución anticipada de los conflictos por mecanismos de carácter colaborativo. Se puede afirmar que, en definitiva, lo anterior constituiría la consagración de un principio de *última ratio* al interior de la justicia civil.

De la definición anterior del principio de *última ratio surge* una palabra que no habrá pasado desapercibida: se trata de la **adecuación**. En un sistema de justicia civil no debiese operar este principio de *última ratio* de una forma rígida. Por el contrario, las características de cada uno de los conflictos van a influir en cómo se priorice una u otra forma de solución de conflictos. Así, siempre que sea posible y que las características del conflicto así lo ameriten, optaremos por la fórmula colaborativa y negociada; pero en aquellos casos en que las características del conflicto lo descarten, optaremos por la vía adjudicativa judicial. Por ejemplo, aquellos casos en los que exista mayor confrontación y desigualdad entre las partes, alta complejidad del caso o que presenten algún valor social a resguardar, probablemente será más idónea su solución por la vía judicial y adjudicativa.

### ***Visiones críticas sobre los MASC***

De cara a una mejor comprensión del fenómeno de los MASC, interesa conocer cuáles han sido las principales críticas que se le han realizado a su funcionamiento desde un punto de vista teórico y conceptual.

El académico Owen Fiss, en su conocida obra *“Against the Settlement”*, formula varias críticas a los MASC que en ese momento se encontraban en pleno proceso de expansión en los Estados Unidos de Norteamérica. Uno de los argumentos principales gira entorno a los problemas de desequilibrio de poder entre las partes. El autor considera que el proceso judicial tiene la posibilidad de generar un escenario de mayor igualdad entre las partes en donde el juez o la jueza podrían complementar las preguntas en el examen y contraexamen de testigos, llamar a los propios o convocar a amigos del tribunal. Según Fiss (1984, pág. 61), el acuerdo extrajudicial “se basa en la negociación y acepta desigualdades económicas como un componente legítimo del proceso y un proceso como el judicial, el cual deliberadamente lucha contra las mismas”.

Varias son las observaciones que se pueden realizar a la primera crítica de Fiss a los MASC. En primer lugar, la crítica se construye sobre una idealización igualitarista del proceso judicial en la que el juez o la jueza se erigen como figuras correctoras de desigualdades, mientras que el mediador o la mediadora aparecerían como terceros indolentes y permisivos ante los desequilibrios económicos entre las partes. Esta generalización parece poco afortunada

ya que, la realidad en los sistemas judiciales nos dice que esta faceta correctora de los y las juezas no siempre opera por una serie de desarreglos estructurales o resistencias culturales (por ejemplo, las características propias de la organización judicial o el rol que los jueces y juezas entienden que deben cumplir).

Por otro lado, las negociaciones entre las partes no siempre se producen en un escenario del *Far West* en donde la parte fuerte vapulea a la débil, sino que suele existir la participación de una o un tercero que, sin perjuicio de ser neutral e imparcial, va a poder tomar medidas para procurar un equilibrio entre las partes tal y como sugiere el art. 6.3 de la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Conciliación Intraprocesal (Soletto & Fandiño, 2017).

Entre otras críticas de Fiss a los acuerdos extrajudiciales encontramos la idea de que hay una ausencia de legítimo consentimiento a la hora de alcanzar el acuerdo. Esto, según el autor, se materializa en aquellos casos en que una de las partes en la negociación es el representante de una empresa, sindicato u organización, quien debe llevar adelante algún procedimiento interno para la ratificación de los acuerdos que termina demorando o perjudicando las posibilidades de alcanzar un arreglo.

Desde nuestra perspectiva, esta crítica de Fiss se encuentra más centrada en la problemática interna de las organizaciones que en las instancias de MASC propiamente dichas. Es claro que la eficacia de las sentencias judiciales sería mayor que la del acuerdo extrajudicial. Ahora bien, la crítica desconoce que incluso en el proceso judicial los casos de esas características suelen finalizar por un acuerdo procesal en donde, nuevamente, nos encontraremos con los mismos problemas de representación y falta de legitimación para alcanzar el acuerdo.

Otra crítica de Fiss dice en relación a que la sentencia judicial no siempre supone el fin del caso, sino que por el contrario implica el inicio de las acciones de impugnación de la sentencia. Incluso, en el cumplimiento de la sentencia se pueden producir modificaciones de la situación fáctica que supongan una alteración de sus condiciones. Por otro lado, el autor considera que el valor de la pacificación social, presente en los acuerdos extrajudiciales, no siempre permite obtener los resultados positivos y beneficios superiores para la sociedad (más allá de la satisfacción de las partes) que la aplicación del derecho por jueces y juezas imparciales ofrecería<sup>64</sup>. El autor insinúa que sería conveniente pensar en alguna modalidad de dos carriles que nos permita identificar en qué casos vamos a promover el uso del proceso judicial y en cuál vamos a promover “las artes suaves de la reconciliación y arreglo de las diferencias” (Fiss, 1984, pág. 69).

Finalmente, el autor hace un duro alegato en favor del proceso judicial como un instrumento del Estado para resolver de forma efectiva conflictos entre particulares, en el que sostiene que el imperio de la ley puede generar medidas correctivas de indudable impacto general que una justicia privada no podría alcanzar<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Al respecto Fiss, alude a un caso (*Crawford vs. Board of Education*, 1982) de reintegración de alumnos en una escuela de Los Ángeles, en donde más allá de la satisfacción de las partes, el Tribunal puede también generar medidas correctivas en contra de la segregación racial.

<sup>65</sup> Para esta argumentación, Fiss ejemplifica con el caso *Brown vs. Board of Education* de 1954, que permitió acabar con la segregación racial en las escuelas de Estados Unidos de Norteamérica.

Otro autor que se ha posicionado críticamente contra los MASC –no de una forma exhaustiva sino abordándolo tangencialmente en sus artículos y conferencias– ha sido Michele Taruffo, quien sostiene que los MASC se han expandido en aquellos países en los que la justicia civil ha entrado en crisis. Además, el autor defiende que en la aparición de este fenómeno entran en juego factores culturales e ideológicos que reflejan “un modo de pensar que a menudo se basa en ideas al menos vagas e indeterminadas, pero que sin embargo cristalizan en torno a los valores del individualismo privado, como son la autonomía de los sujetos” (Taruffo, 1998, pág.70). En este caso, nos parece que el autor comete el error de ideologizar en exceso un debate técnico y de política legislativa. Así como compartimos con Taruffo (2006) su tesis de que un juez o jueza que tengan un rol activo en el instrucción de un caso no necesariamente será reflejo de una ideología autoritaria, también consideramos que la confianza en los MASC no necesariamente se basa en el individualismo privado, sino que puede tener otras justificaciones como, por ejemplo, deferencia por opciones personales no paternalistas o el empoderamiento ciudadano y comunitario. De allí que consideremos que **todo mecanismo de solución de conflictos (el proceso o los MASC), debiera preocuparse por dos aspectos centrales y vinculados: (i) condiciones razonables de igualdad, que permitan maximizar la autonomía dentro de cada mecanismo y (ii) deferencia hacia opciones autocompositivas.**

Sostiene Taruffo que podría darse un escenario de elección racional entre mecanismos judiciales y MASC en el cual habría que atender a las situaciones jurídicas y a los sujetos implicados en la controversia. De alguna forma vemos un reflejo de la idea de dos carriles de Owen Fiss cuando menciona que en los casos exclusivamente económicos sí que deberían gestionarse a través de MASC pero no aquellos que involucren los derechos fundamentales. Por lo tanto, continúa Taruffo, la elección del mecanismo dependería de la “iniciativa autónoma de las partes, cuando éstas tengan la posibilidad cultural y económica de hacer valer adecuadamente sus intereses, pero serán necesarias normas procedimentales de garantía cuando una parte (o tal vez ambas) no estén en condiciones de gestionar en modo apropiado el procedimiento alternativo” (Taruffo, 1998, p. 72). De esta forma, la justicia privada debería también poder cumplir con las exigencias de la tutela efectiva de los derechos para poder “constituir una alternativa válida a la justicia pública”.

A nuestro juicio, es un error conceptual considerar que los MASC deben cumplir los mismos estándares de tutela judicial efectiva o debido proceso que el proceso judicial. Del mismo modo, también consideraríamos un error que los MASC no deban cumplir ninguna de las exigencias de estos derechos y garantías constitucionales. De allí que estemos que los MASC tengan que cumplir con algunas exigencias del debido proceso o tutela judicial, aunque ello dependa de varios criterios diferentes.

En un proceso de mediación extrajudicial, por ejemplo, en el cual dos partes están tratando un conflicto de gran intensidad que se ha producido en el ámbito familiar, ¿les aplicaría la garantía de plazo razonable?; ¿deberían abandonar el tratamiento de su conflicto, por ejemplo, a los dos años, a pesar de que estén obteniendo grandes resultados en la gestión y transformación del conflicto? En una conciliación intraprocesal en donde el juez o la jueza que dirigen la conciliación han prohibido, por ejemplo, la presentación de medios probatorios ya que entienden que el esclarecimiento de hechos no es el fin de la conciliación, ¿se estaría violando el derecho a la prueba de las partes? Nuestra respuesta a ambas preguntas es negativa. El tratamiento de un conflicto en un MASC no necesariamente debe cumplir la garantía de plazo razonable si las partes lo realizan de mutuo acuerdo y de forma extrajudi-

cial. O no, por lo menos, con el mismo nivel de intensidad ni escrutinio que en sede judicial. Ahora bien, si ese mismo caso quiere ser presentado en un tribunal, sí que consideramos que el tratamiento del conflicto no puede extenderse al infinito ya que ahí operan con mayor intensidad los estándares constitucionales del debido proceso y es el propio Estado –de forma directa y monopólica– quien está prestando el servicio que satisface la resolución del conflicto.

Habrán casos, por otro lado, en los que aun los principios básicos del funcionamiento de un proceso judicial operen en forma inversa, como es el de la publicidad, en el que en una instancia de mediación extrajudicial, por ejemplo, regirá la confidencialidad.

Finalmente, es necesario identificar que sí existirán algunos elementos constitutivos del debido proceso que deberán guiar el funcionamiento de los mecanismos colaborativos, como por ejemplo y como mínimo, la imparcialidad del tercero que trate de solucionar este conflicto, una garantía que consideramos fundamental e irrenunciable.

## **b. Un sistema de justicia integral**

### *Aparición de paradigmas de justicia integral*

La trayectoria de los MASC y los debates que se han ido sosteniendo en torno a ellos, han posibilitado la aparición de una nueva forma de entender el sistema de justicia que a su vez responde a la irrupción de nuevos “paradigmas de justicia integral”.

Estos paradigmas se han materializado en los nuevos códigos procesales civiles de Quebec (arts. 1 y concs.) y Brasil (arts. 3 y concs.), los que, precisamente, implementan un modelo de justicia integral al regular ampliamente diversos mecanismos de resolución de conflictos, otorgándoles igual tratamiento y, además, estableciendo el deber del Estado de priorizar y promoverla solución colaborativa de los conflictos por sobre los mecanismos adjudicativos.

En el caso de Quebec, la doctrina ha mencionado que este importante cambio en la forma de entender el sistema judicial, supuso la consolidación de una nueva cultura jurídica (Piché & Noreau, 2018). Por su parte, en el Código de Brasil –tal como la sección primera de esta publicación desarrolló en sus diversos apartados– es posible verificar cómo es que su articulado normativo efectivamente instala y promueve los mecanismos colaborativos. Es importante destacar que para ello se tomó como base el modelo de *Multi-door Courthouse* que expusimos con anterioridad. La doctrina brasileña ha incursionado en el desarrollo de esta legislación, indicando que en el Código se establece el principio fundamental de lo que ellos han denominado Justicia Multipuertas (Marinoni et. al, 2016). En ese sentido, los autores establecen una serie de ideas que giran en torno a este concepto y que nos parece fundamental enumerar a la hora de hablar de un sistema de justicia integral:

- (i) Que es necesario hablar de métodos consensuales de solución de conflictos y no de métodos alternativos;
- (ii) Que existe un reconocimiento de que los métodos consensuales de solución de conflictos son más idóneos para resolver determinados conflictos, como por ejemplo los conflictos familiares;

- (iii) Que hay que abandonar la idea del sistema de justicia como una única puerta para referirnos a una Justicia Multipuertas en la que el sistema encargado de administrar justicia debe identificar el método apropiado para cada tipo de litigio.

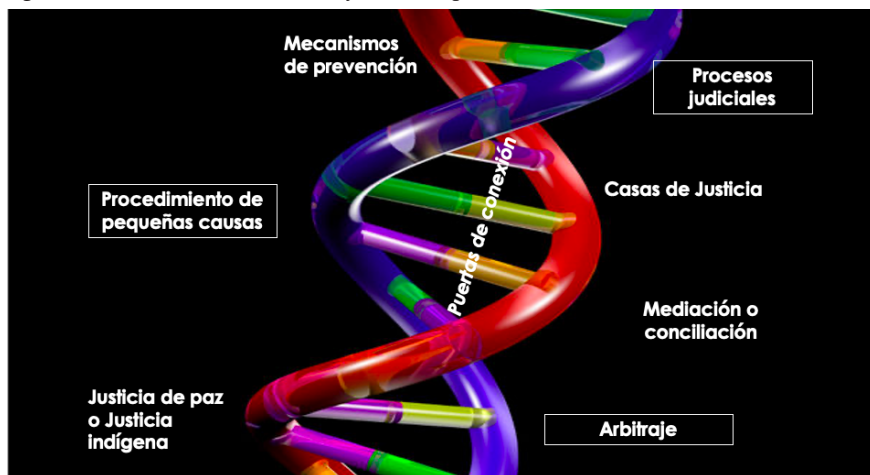
A estos efectos, resulta muy ilustrativo el aporte del profesor inglés Neil Andrews, quien utiliza la metáfora de la composición de doble hélice del ADN para referirse a la justicia civil como la "compleja interacción de mutuo apoyo entre el sistema de justicia y los mecanismos no judiciales. La idea expresa la metáfora de que existe una hélice basada en los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos –incluyendo el arbitraje y la mediación– y otra hélice basada en el proceso judicial, pero ambas son complementarias y están entrelazadas" (Andrews, 2012, pág. 247).

Asimismo, es importante destacar el trabajo recientemente realizado en Chile por la profesora Macarena Vargas, quien identifica algunas premisas que habría que tener en cuenta a la hora de diseñar un sistema integral de resolución de conflictos civiles. En la siguiente cita se destacan, entre ellas, las siguientes: "Sistema de opción múltiple que contempla varios mecanismos con varios puntos de entrada y salida, es decir, un sistema no lineal. Los mecanismos alternativos pueden aplicarse tanto a un litigio ya ingresado al sistema como aquél que aún no ha comenzado. Sistema de opción voluntaria y forzada, ya sea a iniciativa de las partes, de derivación judicial o que se exija como un requisito de procesabilidad de la demanda. Lo avanzado en uno de los mecanismos sirve de punto de partida o precedente para el siguiente, salvo en el caso de un proceso de mediación" (Vargas, 2018, p. 209).

En este sentido, creemos que una buena representación de estas ideas que apuntan a una justicia integral, pueden graficarse en la imagen que presentamos a continuación y que condensa los referidos planteamientos. En ella, veremos que existe una primera cadena, de color azul, que refiere a los procesos adjudicativos que tradicionalmente han sido reconocidos y regulados en las normativas procesales, como el proceso judicial, un procedimiento de pequeñas causas en tribunales ordinarios y el arbitraje. Por otro lado, distinguimos otra cadena, de color rojo, que concentra todos los mecanismos colaborativos como la mediación, la conciliación o la justicia de paz. En el centro, se aprecia cómo estas dos cadenas se encuentran conectadas y vinculadas por "puertas de conexión" que refieren a todas las instancias de coordinación constante que deben existir entre un proceso judicial tradicional y los MASC.

Valga precisar que esta imagen es meramente ilustrativa y que los mecanismos específicos que en cada cadena debiesen considerarse, dependerán de factores tanto políticos como técnicos y culturales. Sin embargo, la idea sigue siendo la misma: entender el sistema de justicia civil como un conjunto de mecanismos de gestión de la conflictividad social que se vinculan constantemente entre ellos bajo la lógica de la integración y cuyo foco se encuentra en la resolución del conflicto y en la protección de los derechos de las personas.

Figura 1. Ilustración de un sistema de justicia integral o “Justicia de Doble Hélice”



Fuente: elaboración propia en base a Andrews (2012) y Vargas (2018)

En definitiva, tomando como referencia la propuesta de la profesora Vargas y del profesor Andrews, y complementando sus premisas con los modelos integrales que funcionan en Brasil y Canadá, desarrollamos los elementos que –a nuestro juicio– debieran constituir las características principales de un modelo de justicia civil integral:

- (i) **Reconocimiento normativo.** Existe un reconocimiento normativo claro y explícito de los mecanismos judiciales y autocompositivos, sin relaciones de subordinación. Es decir, la norma se rige por la lógica de la integración;
- (ii) **Última ratio.** Se explicita la preferencia por la autocomposición como un objetivo sistémico. Esto genera automáticamente la concepción del proceso judicial como una alternativa de última ratio;
- (iii) **Disponibilidad amplia.** A diferencia de los modelos subordinados (enfocados casi siempre en las etapas prejudiciales), en los sistemas integrales los mecanismos autocompositivos están disponibles en todo momento (antes, durante o después del proceso);
- (iv) **Diversidad.** Estos modelos integrales reconocen una gran variedad de mecanismos, más allá de los tradicionales como la mediación o conciliación;
- (v) **Voluntariedad.** La decisión de acudir a una instancia autocompositiva o judicial será tomada por las partes sin perjuicio de que los y las juezas puedan persuadir a las partes e incentivarlas para su uso;
- (vi) **Idoneidad.** Tras la evaluación de los conflictos, se promoverá que éstos accedan a una modalidad de solución apropiada para las características de cada uno.



### *Pluralismo jurídico y nueva cultura jurídica*

La emergencia de este paradigma supone la consolidación de una nueva cultura del derecho que nos invita a pensar en la consolidación de un pluralismo jurídico en materia civil. El concepto de pluralismo jurídico tiene, en América Latina, un fuerte arraigo a partir del reconocimiento de la justicia indígena y ha permitido que en un mismo Estado existan diversos sistemas: uno de carácter eurocéntrico y otro propio de formas típicas del “indocentrismo” (De Sousa, 2007).

Esta visión, que resulta completamente válida y acorde a la realidad política, social y constitucional de los países latinoamericanos, también podemos analogarla e interpretarla en clave expansiva y analizar cómo se manifiesta en el ámbito de la resolución de conflictos civiles. Nuestra realidad, según la cual existe un reconocimiento oficial de que los conflictos civiles puedan ser resueltos por la justicia ordinaria o bien ante un tercero (ya sea éste un funcionario público o un privado), así como las legislaciones de avanzada que proclaman la igualdad total de estos métodos de resolución, nos permite pensar que el pluralismo jurídico tiene total vigencia en el ámbito civil. De esta forma, en un mismo territorio coexisten diversos sistemas jurídicos que permiten la resolución de estos conflictos. La consolidación del sistema de arbitraje es una prueba fehaciente de este fenómeno.

### III. Un modelo procesal civil adversarial y colaborativo

Entendido el sistema de justicia sobre la base de la integralidad y el pluralismo jurídico en el que el proceso judicial emerge como un mecanismo más dentro de una amplia y diversa oferta, este capítulo profundizará en las características que, dentro de este paradigma, debiera tener el proceso. Nos referimos al modelo procesal.

#### 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El estudio comparado de los sistemas procesales es extremadamente complejo. Especialmente si queremos hacer este ejercicio en la materia civil, donde las particularidades de la disciplina dificultan el trabajo comparativo. Mauro Cappelletti (2016) mencionó el gran desafío de comparar los distintos sistemas procesales civiles en los países de Europa Continental. En primer lugar, por la gran pluralidad de modelos existentes, nota que incluso se manifiesta al interior de países federales como Suiza. Por otro lado, la multiformidad de modelos existentes en términos sustanciales y procesales hace necesario realizar previamente un trabajo de análisis y posteriormente de síntesis que nos permita avanzar en la comparación y sistematización de modelos.

#### *Sistemas procesales civiles adversariales e inquisitivos*

Volviendo a la clasificación de objetivos del sistema judicial de Damaška expuesta anteriormente, puede decirse que los **modelos procesales inquisitivos** suelen estar alineados con la lógica de los **modelos de implementación de políticas** mientras que los **modelos adversariales** responden a los **valores de un modelo de resolución de conflictos**. A grandes rasgos, los modelos procesales de carácter adversarial se han configurado en aquellos países de naturaleza anglosajona o de *common law*, mientras que los modelos inquisitivos tienen su origen en los países de naturaleza continental o de *civil law*. A continuación, detallaremos algunos de los rasgos característicos de los modelos procesales civiles adversariales e inquisitivos. Para ello, tendremos que realizar una simplificación reduccionista ya que, como veremos más adelante, éstas son categorías que han sufrido una mutación importante en las últimas décadas.

En los **modelos adversariales**, las partes inician y desisten de la acción de forma completamente libre, fijan la pretensión y los hechos que desean alegar ante el tribunal. Además, tienen la potestad de aportar los medios probatorios que consideran idóneos para lograr probar su Teoría del Caso. Durante el transcurso del proceso, las partes impulsan diversas etapas procesales que se suceden de forma preclusiva. En el momento de la producción de la prueba, las partes lideran su examen.

En los **modelos inquisitivos**, las partes –y eventualmente algún otro funcionario público– también pueden iniciar el proceso. La terminación anticipada del proceso debe ser autorizada por el tribunal. El proceso es impulsado por el juez o por la jueza a través de un trabajo de investigación y reconstrucción de los hechos conocidos por el tribunal. La posibilidad de aportar medios de prueba al proceso es compartida entre el o la jueza y las partes y al

momento de la producción de los medios probatorios el protagonismo será de la autoridad judicial.

### *Argumentos en favor de la vigencia de la clasificación adversarial-inquisitivo*

Varios autores han hecho referencia a una posible pérdida de sentido de esta clasificación tradicional entre sistemas adversariales e inquisitivos. Taruffo (2003, pág. 206) menciona que la clasificación entre procesos civiles adversariales e inquisitivos "es equivocada e inductiva a errores: por lo tanto, debiera ser dejada de lado. Dicha distinción es descriptivamente falsa debido a que ya no existen sistemas adversariales 'puros' de litigación civil". Esta afirmación se fundamenta en que la mayoría de países del *common law* ha implementado reformas que rompen con el esquema clásico descrito anteriormente.

Efectivamente, como se detallará más adelante, la irrupción del *case management* en los procesos civiles anglosajones ha supuesto una reconfiguración del rol del juez y de la jueza civil, abandonando un modelo más pasivo por uno más activo en el que el juez o la jueza resguardan algunos valores como la eficiencia del proceso en particular y del sistema de justicia en general. Incluso, en algunos países, este reconocimiento de facultades a la autoridad judicial en instancias civiles ha supuesto otorgarles facultades más amplias en el ámbito probatorio como es el ejemplo de las reglas federales de evidencia en Estados Unidos<sup>66</sup>.

En la misma línea, Ferrer ha mencionado que la clasificación más vigente en la actualidad tiene que ver con distinguir que existen procesos centrados en las partes y en los jueces: "Por ello, estimo acertada la propuesta de prescindir de ese planteamiento y sustituirlo por una escala en cuyos extremos podríamos situar respectivamente un modelo de proceso centrado en el juez y un modelo centrado en las partes" (Ferrer, 2017, pág. 147).

Ahora bien, sin perjuicio de que es evidente que la clasificación clásica entre sistemas adversariales e inquisitivos ha mutado o ido modificándose, existen varios argumentos que nos permiten defender la necesidad de mantener la vigencia de dichos modelos en la actualidad.

En primer lugar, este aumento de las facultades de jueces y juezas en la gestión judicial del caso (*judicial case management*) en modelos adversariales sólo ha operado en el ámbito civil por las características de dicha materia. Por el contrario, en materia penal, la clasificación clásica entre sistemas adversariales e inquisitivos sigue teniendo plena vigencia. Es cierto que han existido algunas modificaciones en los sistemas adversariales e inquisitivos originales, como por ejemplo el caso de sistemas inquisitivos que han incorporado reglas de litigación en juicio del modelo adversarial o diferenciado el tribunal del juicio de la jueza o del juez instructor. Sin perjuicio de estas influencias, todavía existe una clara diferenciación entre los modelos. Por ejemplo, en los sistemas adversariales penales no se pone en duda determinados aspectos nucleares como la responsabilidad del Estado –a través de la Fiscalía– de persuadir al tribunal acerca de la culpabilidad del imputado o imputada.

<sup>66</sup> Taruffo (2003, pág.211) menciona el ejemplo de las Reglas Federales de Evidencia de Estados Unidos de América, en donde "el tribunal tiene la facultad de llamar a testigos que no han sido llamados por las partes (Regla 614 (a) de las Reglas Probatorias Federales de 1975), y de citar a testigos neutrales expertos (Regla 706)"

Por otro lado, el solo reconocimiento de facultades de la autoridad judicial en la gestión del caso no ha supuesto una limitación a la naturaleza del sistema adversarial en materia civil. Por el contrario, la labor del juez o de la jueza en la gestión judicial es (y debe ser), en todo momento, respetuosa de la congruencia, del derecho de defensa de las partes y de su control en la planificación estratégica del caso. Los enfoques más recientes del judicial *case management* nos dicen que el trabajo del juez o de la jueza con las partes debe realizarse de forma colaborativa y no impositiva sobre sus facultades procesales.

Además, es importante destacar que aunque algunos países hayan optado por otorgar facultades más intensas en las y los jueces civiles (como la posibilidad de que puedan aportar sus medios probatorios al proceso), la evidencia empírica nos muestra que dichas facultades operan de forma extremadamente excepcional ya que los jueces y las juezas conocen que la naturaleza del sistema sigue siendo plenamente adversarial y, por lo tanto, que el rol del juez y de la jueza no debería en principio opacar o desnaturalizar al de las partes. Pareciera que este hecho según el cual la autoridad judicial es consciente de la excepcionalidad de dichas facultades por la naturaleza adversarial del sistema, no hace que la clasificación histórica pierda vigencia, sino que –por el contrario– se reafirme.

Finalmente, esta clasificación nos permite ilustrar de dónde venimos y adónde vamos. La carga significativa que menciona Taruffo de los tribunales de la inquisición todavía sigue vigente en América Latina y es desde aquí desde donde se hace necesario reiterar la vigencia de la dualidad entre lo adversarial y lo inquisitivo. Para Binder (2002, pág. 2), “nuestra cultura jurídica es, en gran medida, un reservorio autoritario que se reproduce a través de otras prácticas de enseñanza, formal e informal, que todavía no hemos aprendido a criticar en profundidad y menos aún a modificar. Ella ha sido moldeada por la tradición inquisitorial de la manera más fuerte posible, es decir, sin gran conciencia de ello”.

Finalmente, resulta cuanto menos curioso que la intención de que desaparezca la clasificación entre procesos adversariales e inquisitivos se haya intensificado en el mismo momento en que se produce un renacimiento de los valores inquisitivos, a través de la ampliación de las facultades procesales de los jueces y juezas en reformas procesales como el Código General del Proceso de Colombia, el Código do Processo Civil de Brasil o las reformas procesales civiles en Argentina, mientras se mantiene intacta la estructura y organización monárquica del Poder Judicial.

### ***Sistemas procesales híbridos: el reparto de las funciones***

Sin perjuicio de que defendamos la necesidad de conservar la clasificación entre procesos civiles adversariales e inquisitivos –quizás por una motivación política derivada de las configuraciones del poder en América Latina– compartimos que esta distinción ya no puede operar en términos absolutos. En ese sentido, Jolowicz (2000, pág. 175) sostiene que “no existe sistema procesal civil que, visto el estado de las cosas, pueda ser completamente adversarial o completamente inquisitivo”.

Esta idea de que las diversas facultades procesales puedan ser repartidas entre las partes y la autoridad judicial, a pesar de parecer muy razonable, tampoco es pacífica. Por ejemplo, Taruffo (2003) critica la idea de que se puedan distribuir los poderes entre los jueces y juezas y las partes como una especie de tarta en la que si le asignamos más poderes a uno se los estamos quitando al otro. El autor sostiene que la historia de los sistemas procesales nos

dice que incluso se pueden reforzar de forma paralela las funciones de las partes y la de los jueces y juezas<sup>67</sup>. La tesis contraria es defendida por otros autores como Ferrer (2017), quien menciona la idea de un posible reparto de las facultades y poderes entre las partes y la autoridad judicial. Desde Brasil, para el profesor Barbosa Moreira (1989) hablar de los poderes del y de la jueza supone tratar un tema importante de política judicial, que es el problema de la división del trabajo entre la autoridad judicial y las partes.

Sumados estos argumentos a la necesidad política e histórica de mantener las categorías adversarial e inquisitiva es que nos decantamos por secundar nuevamente la postura del profesor Jolowicz (2000, pág.182) quien menciona que “un balance entre elementos adversariales e inquisitivos es inevitable en cualquier sistema procesal civil y que ese balance está reflejado en la división de poderes entre los jueces y las partes”. Siguiendo esta postura, deberíamos pensar que los modelos procesales vigentes no pueden hallarse en un estado de pureza absoluta sino que reciben un carácter más adversarial o inquisitivo a partir de las facultades procesales que dinámicamente asumen los actores involucrados. Por lo tanto, nos encontraremos con sistemas híbridos cuyos rasgos particulares definidos como adversariales o inquisitivos son más bien el resultado de la necesidad de su análisis situado, integral y crítico.

Habiendo generado este enfoque preliminar sobre los modelos procesales de características más adversariales o inquisitivas, nos corresponde ahondar ahora sobre el modelo procesal que defenderemos en de nuestra propuesta de un modelo de justicia civil integral e integrador.

## 2. UN PROCESO CIVIL MÁS ADVERSARIAL Y CON LÓGICA COLABORATIVA

### *El principio dispositivo y la naturaleza de la justicia civil*

Antes de profundizar en nuestra propuesta de un proceso civil adversarial-colaborativo, es importante hacer un recorrido histórico acerca de **cómo se ha configurado el principio dispositivo como uno de los pilares fundamentales de la justicia civil**. De alguna forma, todo el andamiaje construido en torno al principio dispositivo responde a la pregunta de quién o quiénes disponen del proceso civil.

Para hacernos cargo de la interrogante, un debate que no podemos ni queremos evitar tiene que ver con la **naturaleza pública o privada de la justicia civil**. Un aspecto determinante ha sido aquí el proceso de **constitucionalización del derecho procesal**, lo que ha supuesto la vinculatoriedad de una serie de tratados de derechos humanos y convenciones internacionales que nos acerca a un paradigma en el que hasta la más patrimonial de las controversias puede tener alguna arista de interés público. En ese sentido, la tesis mayoritaria se inclina por constatar una obviedad, esto es, que **la justicia civil es la justicia estatal y pública** que –a diferencia de otras justicias privadas como el arbitraje y otros MASC– resuelve los conflictos a través de un representante del Estado e imponiendo su decisión en forma heterocompositiva y adjudicativa.

<sup>67</sup> De forma bastante general Taruffo señala que se puede fortalecer el derecho a probar por las partes de forma paralela al aumento de las facultades de gestión del caso y averiguación de la verdad por los jueces.

En la actualidad no quedan dudas acerca de la naturaleza pública de la justicia civil. De allí es que debemos preguntarnos si los intereses que allí se resuelven también deberían tener la categoría de públicos o si por el contrario responden a la esfera privada. Históricamente, se han presentado varias divergencias al respecto. Interesa, por ejemplo, la diferenciación hecha en tiempos de la Unión Soviética en donde se relativizó esta idea del interés privado. Por ejemplo, Cappelletti cita al autor polaco Siedlecki (1954, pág. 54) según el cual “el Derecho civil no es el derecho privado que sirve para la tutela de los intereses individuales de la persona singular”. Obviamente, en los países que han adoptado sistemas políticos de socialismo real, vamos a encontrar bastantes diferencias si los comparamos con el resto de países occidentales que se han organizado en sistemas de democracias parlamentarias articuladas en torno a una economía de mercado.

La idea de que las personas puedan disponer libremente de sus derechos tiene un importante arraigo histórico y cultural, al menos en el mundo occidental. Como señala Hunter (2010), a partir de la Revolución Francesa el principio dispositivo se consolida en línea con algunos valores como la igualdad formal y la idea de los derechos como facultades absolutas. En el siglo XIX –momento álgido de la ideología liberal– esta idea de la “disponibilidad de los derechos fue llevada a sus extremos” (Hunter, 2010) y desencadenó en una doble vertiente del principio dispositivo: la idea de la disponibilidad absoluta de los intereses por las partes y un correlato en términos de facultades de las partes dentro del proceso.

Resulta relevante destacar aquí que la consolidación del principio dispositivo es el correlato de una serie de procesos políticos y económicos. Por ejemplo, como analiza Gimeno (2009), para que apareciese el principio dispositivo fue determinante el reconocimiento del derecho de propiedad. Por su parte Joan Picó explica cómo los antecedentes del principio dispositivo se encuentran en el reconocimiento de la economía de mercado y el derecho a la propiedad privada en la Constitución Española, lo que implica “una distinción clara entre intereses privados y públicos, y la admisión de un amplio margen a la autonomía de la voluntad y a la iniciativa de los particulares” (Picó, 2006, pág. 2).

Podríamos concluir entonces que la justicia civil tiene carácter público pero en ella se ventilan conflictos e intereses tanto de la esfera pública como privada. Por consiguiente, no sólo deberán limitarse las medidas que supongan una intervención innecesaria y desproporcionada respecto de la autonomía de las partes, sino también respetar la congruencia y ser deferentes a los cursos de acción o medidas concertadas por ellas mismas, maximizando el contradictorio como método de discusión.

En el siglo XX se produce un cambio muy importante en la configuración del dispositivo en el momento en que la doctrina alemana realiza la división entre el principio dispositivo material (*Dispositionsprinzip*) –centrado en la titularidad de los derechos en el proceso– y el principio dispositivo procesal o de aportación (*Verhandlungsmaxime*), más centrado en el desarrollo del proceso (Hunter, 2010).

En la actualidad, existe confusión al intentar distinguir entre el principio de aportación (dispositivo procesal) y el principio dispositivo (dispositivo material). De alguna forma, el principio de aportación es una consecuencia lógica del principio dispositivo. Algo semejante a lo que sucede entre el principio de investigación de los hechos y el principio oficioso (Gimeno, 2009). En ese sentido, con la finalidad de ilustrar qué entendemos por principio dispositivo y de aportación de parte, vamos a analizar cómo algunos autores han abordado el tema.

Siguiendo a Cappelletti podemos identificar las siguientes manifestaciones del principio dispositivo puro:

- El principio de la demanda (o iniciación del proceso).
- El principio de la excepción.
- El principio *necatjudez ultra petitapartium*.
- El principio de la impugnación privada de la sentencia.
- El principio de la disponibilidad privada del proceso.

Según Montero Aroca el principio dispositivo engloba los siguientes aspectos:

- La actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse a instancia de parte (*nemoiudex*).
- La determinación del interés cuya satisfacción se solicita a los órganos jurisdiccionales es exclusiva de las partes.
- Los órganos jurisdiccionales al satisfacer intereses privados por medio del proceso y de la sentencia, deben ser congruentes con la pretensión formulada (*ultra petita*).
- La continuidad de la actividad jurisdiccional así como también sus fines últimos les corresponden a las partes.

Como podemos comprobar, todos estos aspectos se relacionan con la disponibilidad de los derechos por las partes, en cuanto a la capacidad que éstos tienen para iniciar la acción, plantear excepciones, la necesidad de que el juez falle dentro de los márgenes requeridos por las partes y el hecho de que el interesado pueda voluntariamente decidir impugnar la sentencia.

A la hora de delimitar el contenido del principio de aportación interesa mostrar aquí los elementos que debieran concurrir según Gimeno (2009):

- A las partes les corresponde la introducción de los hechos en el proceso.
- La actividad probatoria recae exclusivamente sobre los hechos afirmados por las partes.
- La proposición y práctica de la prueba corresponde exclusivamente a las partes.

Un debate controvertido ha sido si el principio de aportación debe operar como una facultad exclusiva de las partes o si se les pueden conceder grados de intervención a los jueces. Una parte importante de la doctrina europea, desde una lógica activista, ha promovido que el principio de aportación sea compartido entre las partes y los jueces, al menos desde el punto de vista de que el juez o la jueza puedan ordenar la práctica de medios probatorios no solicitados por las partes.

En ese sentido, Picó (2012) identifica que el principio dispositivo (material) suele tener anclaje constitucional, por lo que sería inconcebible que la autoridad judicial inicie un proceso sin demanda de parte o imparta sentencia por fuera de los límites de las partes. Por el contrario, el principio de aportación de parte (dispositivo procesal) tiene un carácter técnico, por lo que eventualmente podría incluso sustraerse al litigante el monopolio de la iniciativa probatoria. En la vereda opuesta, Montero (2000) alega que el principio de aportación de parte debiera ser la regla y la intervención judicial la excepción, la que sólo aplicaría en casos en donde debe primar el orden público, como por ejemplo, los procesos relativos al estado civil de las personas.

Esta segunda visión nos parece superadora por dos razones. En primer lugar, establece pautas de trabajo claras a las y los operadores del sistema de justicia, indicando cuál será la situación habitual o más frecuente (regla) y cuál sería la que opera en determinados supuestos (excepción). Por otro lado, pone en el centro de la discusión la necesidad de que todas las intervenciones de la autoridad judicial que puedan alterar la litigación de las partes en defensa de sus intereses, sean tomadas en base al tipo de conflicto e intereses en juego.

### *Un modelo procesal más adversarial*

En base a todo lo expuesto, consideramos que el **modelo procesal civil que mejor permite garantizar la adecuada disposición del proceso civil por las partes es el modelo procesal adversarial**. Entre las motivaciones detrás de la toma de posición se encuentran algunas de carácter político e ideológico que ya han sido manifestadas con anterioridad, y otras de carácter técnico que expondremos a continuación.

Podríamos decir que el núcleo fundamental del principio dispositivo suele ser respetado en todos los modelos procesales, independientemente de su naturaleza adversarial o inquisitiva. Aspectos fundamentales como el inicio de la acción por las partes, la fijación del objeto procesal o la pretensión o la prohibición de un pronunciamiento *ultra* o *extra petita* o el impulso procesal de parte.

Ahora bien, cuando defendemos el proceso civil adversarial nos referimos a un **proceso civil moderno** y que tiene en cuenta las **profundas transformaciones** que principalmente han acometido los países del *common law*, sobre todo en lo relacionado con la aparición del *judicial case management* sobre el que nos explayaremos abundantemente en esta obra. Por lo tanto, nos distanciamos de la mal llamada escuela del garantismo procesal que hace una lectura decimonónica del proceso civil que se asemeja más bien a algún tipo de positivismo radical. Dentro de nuestra concepción de un proceso civil adversarial moderno y contemporáneo el impulso procesal debe ser compartido entre las partes y el juez o la jueza.

Sin duda, donde más visible se hace nuestra apuesta por el modelo procesal adversarial no es en lo relacionado con dicho punto, sino con el tratamiento de la prueba en todo lo que tiene que ver el principio de aportación. A continuación desarrollaremos por qué un modelo procesal con más rasgos de carácter adversarial puede permitir cumplir más cabalmente con el principio de aportación de las partes.

En cuanto a la introducción de **elementos fácticos**, consideramos que no existe mucha discrepancia entre los modelos procesales más adversariales y los modelos más inquisitivos. En la mayoría de países del mundo, esta facultad es una prerrogativa de las partes y no se permite que los jueces y juezas introduzcan al proceso elementos fácticos no mencionados por las partes.

Ahora bien, en el ámbito del **ofrecimiento de las pruebas**, al asumir el modelo procesal adversarial nos inclinaremos hacia un sistema en donde **el protagonismo sea de las partes**. No estamos proponiendo una prohibición total de la prueba de oficio tal y como se exige desde un positivismo más radical (Alvarado Velloso, 2004), sino concebirla para que opere **de forma excepcional**. Esto quiere decir que solamente **se podría practicar prueba de oficio cuando los casos revistan algún tipo de interés social superior al puramente patrimonial**. El modelo procesal civil adversarial contemporáneo, nuevamente, nos permite



concebir mejor el ofrecimiento de prueba como algo que naturalmente le pertenece a las partes (porque conocen mejor su pretensión, porque han trabajado una teoría del caso y una estrategia de litigación, y porque tienen mayor cercanía con los medios de prueba, principalmente). Esto no quiere decir que excepcionalmente pueda practicarse alguna prueba de oficio como sucede en países que organizan su proceso en base a una naturaleza adversarial como Estados Unidos a través de sus Reglas Federales de Evidencia.

Finalmente, el último punto en donde cobra especial relevancia la adopción del modelo adversarial dice relación **con la producción de la prueba como último elemento integrante del principio de aportación**. Esto es, la posibilidad de que sea la parte que ofreció la prueba quien tenga la posibilidad de tener un mayor protagonismo en el conocimiento de dicho medio probatorio. En aquellos países que han optado por modelos procesales más inquisitivos, lo que hemos observado es que se faculta al juez o a la jueza para iniciar el examen y contraexamen de los testigos y peritos. Esta posibilidad genera varios problemas. En primer lugar, abre un espacio importante para que el juez o la jueza confirmen sus prejuicios a través del conocido sesgo de confirmación. En segundo lugar, distorsiona las Teorías del Caso y la estrategia de litigación de las partes. La única posibilidad de que las partes desplieguen con libertad sus estrategias de litigio es que sean ellas quienes inicien el examen y contraexamen de los testigos y peritos y que la participación de la autoridad judicial sea secundaria, principalmente resolviendo objeciones planteadas a las preguntas y realizando preguntas de carácter aclaratorio y siempre después de la actuación de las partes.

En definitiva, consideramos que el proceso civil debe tener un carácter predominantemente adversarial porque permite garantizar de la mejor forma posible el derecho a la prueba de las partes y su derecho a defensa.

Por otro lado, otro argumento a favor de este modelo procesal tiene que ver con el **nuevo rol de jueces y juezas** que se está forjando a nivel internacional. Como se verá en detalle más adelante, la autoridad judicial va a perseguir algunos objetivos sociales como la preocupación del acceso a la justicia y la resolución eficiente de los casos. Para ello, podrá emplear algunas herramientas como promover la flexibilidad del proceso, garantizar la igualdad y trabajar activamente con las partes en la exclusión de prueba con un rol muy activo en las etapas previas al juicio. Al llegar al juicio, al tratarse de un ejercicio de averiguación de hechos, le pediremos al juez o a la jueza que permitan a las partes desplegar su estrategia de litigio y que se centren en el proceso complejo de valoración de los medios de prueba.

### *Un modelo procesal más adversarial y con lógica colaborativa*

Consideramos que el gran aporte del modelo procesal que estamos planteando es que éste tiene y debe fomentar una **lógica colaborativa**. Esto se manifestará en dos niveles. En primer lugar, porque la antigua y agotada idea de dirección del proceso va a ser sustituida por el **judicial case management** que, como profundizaremos más adelante, instaura la posibilidad de que el juez o la jueza promuevan la realización de acuerdos procesales no de forma impositiva, sino colaborativa.

En segundo lugar, porque este modelo se basa en el **principio de colaboración procesal**, creando una comunidad de trabajo horizontal entre las y los intervinientes en el proceso, como se profundiza más adelante.

Finalmente, el modelo es colaborativo porque parte de la base de la **integración del proceso de conocimiento adjudicativo con las modalidades colaborativas de solución de conflictos**. Los jueces y juezas, a pesar de ser los encargados de adjudicar los casos, también tendrán la opción de intervenir como conciliadores o conciliadoras, así como también como derivadores o derivadoras hacia instancias judiciales o extrajudiciales en función de las características del conflicto.

Históricamente, el proceso adversarial se ha configurado como una guerra entre adversarios y adversarias, lo que permite entender la existencia de principios como el de igualdad de armas y la persistencia cultural de la litigación de mala fe. Consideramos que la visión de un proceso adversarial con lógicas de trabajo colaborativas puede ayudar a abonar la teoría de que independientemente de que existan conflictos que operen de forma antagónica –lucha de enemigos– o agónica –lucha de adversarios– (Mouffe, 1999), **las partes pueden trabajar en conjunto y de forma colaborativa hacia una solución adecuada**.

### **3. El nuevo rol de jueces y juezas civiles en un modelo adversarial-colaborativo**

Como mencionamos en el apartado anterior, uno de los principales argumentos que nos llevan a plantear un modelo procesal adversarial-colaborativo es el nuevo rol que jueces y juezas han estado desempeñando a nivel comparado y en cuyos caracteres queremos profundizar a continuación. Este nuevo rol se cristaliza y materializa en este modelo procesal. Pasaremos a destacar a continuación los puntos que revisten especial interés.

#### *Diferenciación de los roles de jueces y juezas en el proceso civil*

El debate sobre el rol del juez y de la jueza civil en América Latina ha sido muy prolífico y ha generado profundas discusiones en el plano académico. A pesar de ello, lamentablemente ha sido un debate que se ha simplificado demasiado y que, básicamente, se ha limitado al planteo de si queremos un rol “más activo” o “más pasivo”, debate no sólo básico, sino también estéril. De allí que entendamos importante desagregar más la discusión.

Primero, visibilizar **la relación entre rol de la autoridad judicial y los condicionantes que inciden en la conducta que efectivamente desempeñan**. En ese sentido, resulta llamativo cómo en los estudios sobre el activismo judicial no se consideran los problemas de la estructura judicial, la organización y forma de gestión o la incidencia de los poderes estatales o fácticos en el ejercicio independiente de su función. El rol que efectivamente desempeña la autoridad judicial está directamente vinculado con las características y prácticas que moldean cada uno de esos componentes; la claridad de los objetivos organizacionales y/o su perfil. Por ejemplo, la discrecionalidad en la dirección del proceso en razón de la estructura elitista, despersonalizada y carente de controles en la que se trabaja.

Segundo, lograr diferenciar el tipo de actuación que se espera de la autoridad judicial de acuerdo al momento del proceso y los objetivos de cada audiencia, modulando esa impronta general en función de las características del conflicto o sujetos intervinientes. Como nos muestra la experiencia de la oralidad, **el rol de la autoridad judicial en la conducción de la audiencia debe ser activo**, con la finalidad de poder utilizar la audiencia como una fuente de información de alta calidad. En ese sentido, debe ordenar el debate, limitar planteos impertinentes y reiterativos, otorgar turnos de palabra, distribuir los tiempos debate y fomentar el contradictorio. El rol del juez y de la jueza en la gestión de casos también debe

ser activo. No utilizaremos la denominación “dirección del proceso” ya que nos parece un concepto vacío de significado, al que se le han atribuido indistintamente todo tipo de facultades. En la lógica del *case management*, preferimos utilizar la denominación de gestión de casos que se caracteriza por las acciones que la autoridad judicial realiza para contribuir a una resolución eficiente del conflicto.

Finalmente, un debate que también se ha generalizado tiene que ver con las **facultades probatorias de las juezas y jueces**. En muchos países, por facultades probatorias se hace referencia a la facultad de ordenar prueba de oficio. Consideramos que existen numerosas facultades probatorias que realiza la autoridad judicial. Algunas tienen que ver con fomentar convenciones probatorias entre las partes o ayudar al descubrimiento o producción anticipada de prueba. Otras con la toma de decisión sobre la admisibilidad y exclusión de prueba, las facultades de ordenar la prueba de oficio y/o con el rol que tendrá al momento de la producción de la prueba. En relación a estas últimas, optamos por un rol más mitigado, que permita que las partes dispongan con libertad y amplitud de los medios probatorios que mejor sirvan a la defensa de su teoría del caso. Ahora bien, en aras de conservar algunos valores del sistema –como la eficiencia–, la autoridad judicial tendrá un rol activo como, por ejemplo, en el trabajo de exclusión probatoria o de celebración de convenciones probatorias.

De allí que existirá un **rol más activo en las etapas iniciales del proceso**, en donde al juez o a la jueza les corresponde un rol de *gatekeeper* o guardián de la puerta, tratando de promover la composición del conflicto, derivarlo a un medio más idóneo, organizar la discusión del proceso o preservar la cantidad y calidad de los medios probatorios que ingresen a la audiencia de juicio oral. Por el contrario, **en la audiencia de juicio oral se promoverá un rol del juez y de la jueza más bien distante de la prueba**, realizando sólo preguntas aclaratorias y resolviendo objeciones. En la audiencia de juicio se deben desplegar las teorías del caso de las partes y cualquier intervención externa podría alterar las estrategias de litigio. En esta etapa de juicio oral, la autoridad judicial debe concentrar sus esfuerzos en el complejo proceso de valoración de los medios de prueba.

Estas reglas generales se modularán en función de los conflictos, sus características o la de los sujetos intervinientes. De allí que sostengamos que **la facultad de ordenar medios probatorios podría operar en una lógica excepcional**, siempre y cuando existan intereses públicos concretos o sujetos de tutela preferente que proteger y nunca en aspectos puramente patrimoniales entre agentes equivalentes. Asimismo, aun cuando concurra este interés superior concreto, el juez o la jueza deben utilizar esta facultad como última opción, ya que las partes son quienes conocen mejor su prueba, su pretensión y, sobre todo, su estrategia de litigación. Además, deben hacerlo de modo oportuno y **garantizando el efectivo contradictorio**. Los jueces y juezas deben ser conscientes de que ejercer esta facultad tan poderosa va a generar grandes problemas prácticos a la hora de producir dicha prueba, el orden de los interrogatorios, la facultad de contrarrestar esa prueba a través de nuevos medios o su costo cuando lo tenga.

El esfuerzo del sistema debería estar en generar condiciones estructurales de igualdad, a fin de que las personas puedan ejercer una adecuada defensa **desde sí**. Ello evitaría el paternalismo disfuncional; mejoraría la exigibilidad de derechos; y, reduciría la alteración o expropiación judicial del conflicto por parte de la judicatura, a través del trastrocamiento de las estrategias de juicio.

### *La autoridad judicial como gestora del caso (case management)*

No todos los conflictos ameritan el uso de la misma cantidad de recursos de la justicia. Como expresión técnica de la resignificación de la legalidad procesal y la reconfiguración de roles dentro del proceso, la autoridad judicial debe dejar de ser concebida como una simple directora del proceso para transformarse en su gestora.

Este deber supone la gestión del caso, su organización, economía y buen orden del proceso, en función de la complejidad, relevancia o valores en juego. Ello involucra su intervención personal e inmediata en el conflicto y su procesamiento; su impulso y el deber de velar por la duración razonable del proceso; la garantía de igualdad de trato a las partes; el control de la conducta y actividad de los sujetos procesales y cualquier tipo de acción ordenatoria y/o correctivas que contribuya a la resolución concentrada, adecuada y expedita del conflicto en disputa. Remitimos a las consideraciones expuestas en el la sección primera apartados III y IV.

### *La autoridad judicial como promotora y garante de un lenguaje claro*

El lenguaje es poder. Por tanto, incluye o excluye. Nos habilita a ser parte, intervenir y discutir o nos mantiene extraños, ajenos y pasivos. Como una manifestación más del carácter oscuro, distante y elitista del Poder Judicial o la corporación abogadil, el lenguaje utilizado por el derecho en general sólo resulta comprensible para una casta o círculo selecto: los abogados y las abogadas. Para el resto de las personas resulta prácticamente incomprensible.

Ello realmente es problemático, porque lo que debe resolverse es un conflicto donde la persona es parte; lo que está en juego son sus derechos; si la persona no comprende, difícilmente pueda intervenir y menos aún, negociar igualitaria y libremente; el proceso es comunicación y la decisión judicial argumentación y las y los destinatarios del servicio de justicia, las partes y la sociedad toda, difícilmente podrán conocer u observar pautas de conductas impuestas por decisiones que le resulten ajenas e incomprensibles.

Por lo anterior, consideramos que la nueva justicia civil debe concebir como un derecho fundamental de las partes –y de la sociedad en general– la comprensión del lenguaje jurídico. Debe ser un rol de jueces y juezas garantizar que así sea, pues ésta es una condición esencial para el ejercicio de sus derechos en la que se juega su autonomía personal y el autogobierno colectivo. La opacidad del lenguaje se agrava cuando los conflictos involucran a personas en condiciones de discapacidad, con capacidad restringida, niñas, niñas y adolescentes o colectivos. En esos casos, este deber es inexcusable, constituyendo condición de validez y legitimidad de la actuación.

Como consecuencia de ese reconocimiento, la autoridad judicial debe utilizar y exigir un lenguaje claro, breve y sencillo. Deben prohibirse los arcaísmos, latinismos y cualquier tipo de expresión afín que dificulte o entorpezca las comunicaciones. Los términos y estructuras gramaticales deben ser simples y comprensibles, respondiendo a la situación particular de las partes. Ello no supone perder rigor técnico, sino utilizarlo cuando es necesario y de la forma más asible posible para aquellos y aquellas que no son expertas. Este derecho al lenguaje claro también incide en la organización y funcionamiento del sistema judicial que debe adoptar todas las medidas necesarias para que su actuar sea comprensible y la información

que genere, accesible. Contar, por ejemplo, con servicios adecuados de atención al usuario y a la usuaria, de comunicación institucional o decisiones relevantes.

#### 4. El modelo y principio de colaboración que plantea CEJA

Como ya se adelantó, el modelo procesal que proponemos es un modelo que, no obstante inclinarse por un proceso más adversarial, **consagra un modelo y un principio de colaboración o cooperación.**

Teniendo en consideración la relación que se da entre la autoridad judicial y las partes, Mitidiero (2015) recupera tres modelos de proceso: isonómico, asimétrico y cooperativo. En el primero, la autoridad judicial aparece en pie de igualdad con las partes y, tanto el proceso como la búsqueda de la verdad, se encuentran en manos de las y los justiciables. El asimétrico, en tanto, es producto de un modelo de organización social de tipo jerárquico y de la consolidación del Estado moderno. En él, la relación entre las partes y la autoridad judicial es vertical, encontrándose ésta en la cúspide del triángulo. Finalmente, el proceso cooperativo sería propio de un Estado constitucional en el marco de una sociedad plural. En éste, la autoridad judicial sería isonómica en la conducción del proceso y asimétrica en cuanto a la decisión.

Defendiendo este último modelo, Mitidiero sostiene que **la colaboración es un esquema que pretende organizar el papel de las partes y de la autoridad judicial en la conformación del proceso**, estructurándolo como una **verdadera comunidad de trabajo** en la que se privilegia la labor procesal conjunta del juez o la jueza y las partes. En otras palabras, se trata de reacondicionar el formalismo del proceso, dividiendo de forma equilibrada el trabajo entre todos sus participantes.

Compartiendo el enfoque analítico, e intentando profundizar en su alcance, consideramos que el **modelo cooperativo debe tener el conflicto como centro y concebir el proceso como una comunidad de trabajo** entre los sujetos intervinientes, creando un espacio político de diálogo y una organización horizontal de composición **cuyo objeto es la adecuada gestión del conflicto y la maximización de la protección de derechos** mediante la obtención de información de alta calidad, la promoción de un contradictorio amplio e igualitario y un correcto sistema de rendición de cuentas.

Como podemos advertir, esta concepción piensa multidimensionalmente el proceso, no ciñe la cooperación a una conducta de las partes, terceros o juez o jueza ni a un dilema meramente ético, sino que propone asumirla como un concepto holístico que opere de forma transversal a la exigibilidad de derechos y a la gestión de la conflictividad. La transformación del marco constitucional y de las finalidades del proceso exige un cambio cultural e institucional que resignifique todos sus componentes<sup>68</sup>.

El derecho es construcción social. No existe nada dado ni nada le es connatural. Si la conflictividad es un hecho irreductible de la sociabilidad y la defensa del propio interés también, la

<sup>68</sup> En similar tesitura postula Zanetti que "el principio de la cooperación se aplica en nuestro ordenamiento a los comportamientos de las partes y de los jueces, generando obligaciones típicas y atípicas, configurándose como cooperación para el proceso, a lo largo de todo el arco procesal, con deberes para las partes y para el juez" (Zanetti Jr.).

pregunta es ¿qué tipo de modelo cultural e institucional generamos para lograr que todas y todos los interesados, aun defendiendo su interés, contribuyan al bien colectivo (proceso justo)?

Cooperar es obrar juntamente con otro, otra, otros y/u otras, con miras a la consecución de un fin común. Es decir, no es trabajar para el beneficio de otro u otra, sino *con otro u otra* para *un fin común* que beneficia a todos y todas (proceso justo).

¿Por qué un modelo cooperativo? En línea con lo expuesto en los apartados antecedentes, enumeramos las razones:

- (i) Es epistémicamente superador a los existentes, en tanto que es el que mejor realiza el ideario valorativo del nuevo marco constitucional-convencional y los fines del proceso. La moralización del proceso o la construcción de condiciones igualitarias han sido los argumentos principales en la justificación de ideas cooperativas. Sin embargo, existen otros importantes más allá de ellos: la obtención de información de calidad, la conformación de un ámbito de discusión racional y/o la composición justa del conflicto;
- (ii) El modelo procesal civil tradicional se encuentra agotado. El problema no es la cultura del litigio, sino el tipo de prácticas que fomentamos. Lo mismo en relación al tipo de autoridad que hemos construido y sostenido como espacio y forma de organización. El sistema debe tener pretensión de coherencia. Para lograr un cambio sustantivo debemos modificar las lógicas y estructuras que lo conforman;
- (iii) El modelo cooperativo es un mecanismo que resuelve mejor los problemas de corrección de los enunciados de hecho o probatorios, el carácter cultural y complejo del derecho y la integración normativa (fuentes y autoridades) o toma de decisión como construcción argumental. El paso de la jurisdicción como centro al proceso corresponde, en términos de razón jurídica, al paso de la lógica apodíctica a la lógica dialéctica, del monólogo jurisdiccional al diálogo judicial (Mitidiero, 2015);
- (iv) En general, hemos pensado en términos de derechos como disponibilidad o autoridad como imposición. El modelo cooperativo propone recuperar la noción de responsabilidad en el ejercicio de ambos. De ese modo, no sólo propicia la construcción de un esquema que resignifica la noción de derechos y poder, sino que visibiliza la responsabilidad individual-social en el ejercicio de ambos para un fin común y útil a todos y a todas.

La cooperación debe instituirse como modelo procesal y principio. Implantar un modelo cooperativo significa que la concepción, diseño y prácticas del sistema procesal y de cada uno de sus componentes, de principio a fin (incluyendo el cumplimiento de la decisión o el acuerdo), deben estar transversalmente caracterizados por la noción cooperativa del ejercicio de derecho y administración del poder a la que hemos aludido en los apartados antecedentes. Por lo tanto, no sólo deberemos darnos un esquema de reglas que organicen el debido proceso como espacio flexible de comunicación, intercambio de información de calidad y discusión argumentativa efectiva, sino que también será elemental transformar la organización judicial como medio para ese cometido y el sistema de incentivos que pueda condicionar la actuación de operadores y operadoras clave, como el gremio de abogados y abogadas.

Como explica Mitidiero (2015, pág. 48) en relación al Código Procesal Civil brasileño: “desde el principio, el legislador establece normas fundamentales que sirven para densificar el derecho al proceso justo previsto en la Constitución (artículo 5, LIV) y dar las líneas maestras que lo estructuran. Entre estas normas consta en el art. 6: ‘Todos los sujetos del proceso deben cooperar entre sí para que se obtenga, en tiempo razonable, una decisión de mérito justa y efectiva’. Si se adopta una clave de lectura apropiada, se trata de una norma de la más alta importancia que al mismo tiempo pretende caracterizar el proceso civil brasileño a partir de un modelo y hacerlo funcionar a partir de un principio: el modelo cooperativo de proceso civil y el principio de colaboración”.

### *La cooperación como principio*

La cooperación también debe introducirse como principio, es decir, como directriz que sirva para explicitar, promover e interpretar el estado de cosas diseñado y resolver las tensiones existentes de manera funcional al sentido que las inspira. El proyecto ELI/UNIDROIT para Europa es una buena síntesis del marco conceptual propuesto. Establece la existencia de un deber general de cooperación que sirve como superación a los marcos dispositivo e inquisitorio. De este deber general se derivan otras cuatro secciones que precisa el proyecto: (i) gestión de casos y planificación del procedimiento; (ii) establecimiento y determinación de los hechos y de las pruebas; (iii) el establecimiento y la determinación de las cuestiones de derecho y (iv) el fomento de la autocomposición y de los medios adecuados de solución de conflictos.

A modo ilustrativo, reseñamos algunas de las manifestaciones características del modelo cooperativo, sea en relación a los sujetos involucrados (partes, terceros o juezas y jueces) o instituciones procesales. Entre ellas, destacamos:

- (i) Se prevén reglas que la autoridad judicial debe seguir en la conducción del proceso. De ese modo, aparecen los deberes de esclarecimiento, diálogo, prevención y ayuda para con las y los litigantes. Esos deberes están recogidos en todo ordenamiento. Aunque debemos reformularlos, lo que realmente debe cambiar es cómo los concebimos y de qué manera estructuramos su ejercicio y control. La modificación del modelo de gestión es un punto central;
- (ii) Partiendo de la lógica que informa la construcción del derecho actual, la potenciación del contradictorio y la construcción del proceso como marco dialógico, las partes y sujetos intervinientes deben tener mayor potestad para manifestarse e influir en las cuestiones de “derecho”. Por ejemplo, reglamentando adecuadamente la convocatoria de audiencias públicas;
- (iii) El debido proceso en el modelo procesal cooperativo es necesariamente leal, por lo que la buena fe no es sólo subjetiva sino objetiva. En ese sentido, podría prohibirse la creación ilícita y dolosa de arreglos procesales o el comportamiento contradictorio;
- (iv) Siendo que la colaboración organiza el proceso para lograr en plazo razonable la solución efectiva del conflicto, deben reforzarse los deberes de corrección (positiva y negativamente), reconfigurando las cargas de exposición; introduciendo sistemas de litigación preliminar; amplificando el contradictorio a través de las técnicas de

litigación; acrecentando las facultades de saneamiento; prefiriendo decisiones de mérito a procesales o instituyendo técnicas ejecutivas adecuadas para la realización de los derechos (por ejemplo, transparencia patrimonial). Tanto en los procesos que involucran tutelas diferenciadas como en los conflictos colectivos, todas estas exigencias se potencian. Por ejemplo, el deber de información presupuestaria por el propio Estado o la posibilidad de flexibilizar la cosa juzgada a través de composiciones entre las partes y el juez o la jueza siempre que proteja de mejor forma el derecho en juego;

- (v) En relación a los terceros, deben incorporarse deberes más gravosos, precisos y claros, acrecentando las potestades de las partes y del propio juez o jueza para exigir su contribución al proceso. La información o experticia que detentan para la dilucidación del conflicto (y no ya la invocación del servicio *público* de justicia) es lo que justifica un agravamiento reglamentario. Como hemos hecho en otros campos (tributario), podríamos sindicar a ciertos organismos públicos o privados como agentes de información. También debiéramos incorporar las TIC como medio para generar respuestas más eficientes (implementación de la interoperabilidad).

Partiendo de la premisa de las resistencias culturales, el modelo cooperativo debe crear mecanismos de incentivos y desincentivos adecuados. En efecto, estimamos que deben incorporarse sanciones adecuadas a las partes y terceros que omitan u obstruyan la cooperación general y/o especial. Inclusive, consideramos positiva la creación de sanciones disuasivas ejemplares, es decir, no solamente indicios, sino medidas que permitan instalar un nuevo paradigma en la impartición de justicia (por ejemplo, ante la omisión deliberada de información y la pérdida del juicio). El fundamento de la sanción radicaría en el disvalor que supone la violación precisada para el proceso y la comunidad leal de trabajo. El límite al deber de cooperación, –fundado en la objeción por confidencialidad, perjuicio a terceros o a sí mismo– debería ser reglamentado, minimizando su incidencia y estableciendo amplias potestades para su discusión, dispensa, control y valoración.



## IV. Un abordaje estratégico y temprano del conflicto

Un tema generalmente descuidado en los procesos de reforma es la importancia dada a la etapa prejudicial como instancia de resolución del conflicto. Quizás esto se deba a la tradición legalista que ha impregnado nuestro discurso jurídico, la preeminencia de la dogmática jurídica en la formación académica y profesional, la cultura del litigio irracional basada en la confrontación y el ocultamiento (el litigio como “juego a escondidas”), la condición proceso-centrista a la cual hacíamos alusión o la desarticulación del vínculo entre mecanismos consensuales y adjudicativos.

Independientemente de las razones que explican el fenómeno, hay dos premisas que nos parecen fundamentales recuperar:

- (i) Cada una de las posibles causas apuntadas constituyen circunstancias que condicionan, real y concretamente, la forma de trabajar los conflictos por parte de todas y todos los operadores.
- (ii) La etapa prejudicial es determinante para el adecuado abordaje del conflicto porque reporta ventajas para su temprana y oportuna comprensión, diagnóstico y resolución a través de mecanismos consensuales o adjudicativos.

En cualquier reforma, **los Estados deberían prestar especial atención a cómo regular la etapa prejudicial.** Entre otros elementos, pensamos que es primordial la imposición de deberes positivos e incentivos a las partes y a sus abogados y abogadas que los constriña a negociar, intercambiar información, prever estrategias y/o arribar a protocolos de actuación; la incorporación de reglas amplias y flexibles que posibiliten la utilización del aparato administrativo o judicial para obtener fuentes de información para preparar o solucionar el caso y la capacitación de abogados/as y operadores/as en estrategias y técnicas de resolución y litigación de conflictos.

Entre los puntos que revisten especial interés en de esta dimensión y que desarrollaremos a continuación, destacamos la relevancia del uso de la teoría del caso como herramienta de abordaje general del conflicto –que sirve a todas y todos los actores del sistema como matriz de análisis– y las técnicas de conducción y litigación de audiencias. Otro de los elementos fundamentales es la regulación de reglas que permitan un descubrimiento probatorio temprano, cuestión que desarrollamos y analizamos en el capítulo relativo a los aspectos probatorios.

### 1. LA TEORÍA DEL CASO COMO HERRAMIENTA

La enseñanza del derecho se ha dedicado a reproducir conocimientos de forma disciplinar, dogmática, abstracta y formalista. Sigue siendo algo excepcional encontrar en las Facultades de Derecho aprendizajes enfocados desde el método de casos, la problematización o la multiplicidad de roles que el abogado o la abogada pueden asumir.

Esto tiene consecuencias sumamente graves, no sólo para quienes ejercen o ejercerán su profesión sino para el sistema en su conjunto. Nos interesa enfatizar tres de ellas:

- (i) La formación recibida es sesgada, parcial e ineficiente. No enseña a pensar ni a trabajar con el derecho. Menos aún de forma holística y crítica, en vinculación con la realidad y otras disciplinas;
- (ii) La falta de preparación incide directamente en el desempeño profesional, cualquiera sea el ámbito de desarrollo personal;
- (iii) El desempeño profesional hace a la calidad de las instituciones. Esto se traduce en un mal funcionamiento del sistema pero también en una ausencia de crítica para su transformación. Como carecemos de herramientas para cuestionar o transformar, no criticamos y aprendemos a desenvolvemos en función de lo establecido. De ese modo, el sistema educativo, en vez de contribuir a transformar el sistema de justicia, lo consolida y reproduce tal como es.

A ello cabe sumar un punto ya mencionado: la introducción de la oralidad en las reformas a la justicia potencia exponencialmente la necesidad de destrezas y habilidades como las señaladas. En este contexto, resulta vital recuperar **la teoría del caso como la principal herramienta metodológica que permite abordar de manera temprana y estratégica los casos**. Es decir, como una metodología de razonamiento, de estructura y de trabajo desde el conflicto con el derecho, en forma estratégica, práctica y crítica. Ello reporta innumerables ventajas. Entre otras, permite:

- (i) El descubrimiento y construcción activa del conocimiento;
- (ii) Articular mejor con el método de casos, herramienta clave en el proceso de aprendizaje;
- (iii) Desarrollar un profundo sentido estratégico en el ejercicio profesional, elemento fundamental para el desempeño de la abogacía;
- (iv) El desarrollo de valores, destrezas y habilidades que maximizan la actuación administrativa o judicial, y beneficia el ejercicio de la abogacía y, que al hacerlo, repercute positivamente en la defensa de los intereses de las personas representadas y de la sociedad, así como también del funcionamiento y calidad de las instituciones;
- (v) Trabajar desde el caso y no desde la abstracción, de manera multidimensional y técnica permite analizar las dimensiones fácticas, jurídicas y probatorias del conflicto. Al hacerlo, me convierto en el primer juez de la causa. Ello supone conocer mejor los hechos; reunir, ordenar y clasificar información; formular una hipótesis; confrontarla; seleccionar la evidencia relevante; evaluar la existencia de responsabilidad y probabilidades de éxito; determinar intereses; analizar la envergadura del conflicto; leer el contexto social, político o económico; diseñar una estrategia y/o determinar debilidades y fortalezas personales y de mi adversario.

Como vemos, la teoría del caso es una herramienta sumamente útil para una adecuada preparación del caso, en tanto permite conocer sus fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas, facilitando la organización del mismo, la definición de una estrategia, su abordaje y resolución.

## **2. TÉCNICAS DE CONDUCCIÓN DE AUDIENCIAS Y LITIGACIÓN**

Las audiencias no son un ámbito de improvisación. No lo son para la autoridad judicial ni para las o los litigantes. La corrección de la actuación de todo sujeto está sustentada por tres elementos centrales: el nivel y calidad de sus competencias y destrezas; la comprensión de su rol en cada audiencia y la preparación del caso en concreto. De allí la trascendencia de las técnicas de conducción y litigación.

### *La labor de los jueces y juezas en la dirección de audiencias orales*

En relación a la autoridad judicial, a lo largo de este trabajo hemos tratado de visibilizar y ofrecer argumentos para sostener la necesidad y conveniencia de que asuma roles diferenciados en función del tipo de audiencia y sus objetivos. De ese modo, consideramos que la autoridad judicial debe asumir un rol activo, fuerte y comprometido con el conflicto y su solución en la audiencia preliminar o en aquellas que tienen por objetivo promover el diálogo entre las partes, su composición, la organización del proceso o la adopción de medidas que gestionen el contradictorio para garantizar el juicio (por ejemplo, en las audiencias de gestión del caso).

En la audiencia de juicio, en cambio, enfatizamos la importancia de que el rol de la autoridad judicial tenga una actitud más pasiva que refuerce su imparcialidad, ceñida a la preservación y promoción vigorosa del contradictorio en tanto mecanismo para producir información y filtrar su calidad. Se deberá administrar, por ejemplo, el tiempo y los momentos de la audiencia de juicio; resolver las objeciones de las partes frente a preguntas que consideran impertinentes o bregar por la integridad física o dignidad del testigo o auxiliar de justicia. De ese modo, el juez o la jueza asumen la condición de custodios (de la oralidad y contradictorio), observadores (de la información generada) y constructores (del proceso valorativo para la toma de decisión), sin inmiscuirse en la estrategia de los litigantes. Serán éstos quienes deban asumir un rol central en la definición estratégica de las pruebas en función de la teoría del caso que hayan definido al inicio del proceso, su producción y examen.

Esto deriva en el segundo punto que estimamos fundamental: la necesidad de incorporar reglas precisas, desarrollar destrezas y capacitar a jueces y juezas en técnicas de conducción de audiencias y herramientas de litigación. La dirección de la audiencia y litigación operan de modo complementario. La comprensión por parte de jueces/zas y abogados/as de su sentido y técnicas mejora el trabajo y perfecciona el desempeño de sus roles. Es cierto que en las últimas décadas se han extendido los espacios de formación y las producciones académicas en materia de litigación oral. Sin embargo, se han desarrollado principalmente desde la perspectiva de los litigantes y con un énfasis mayor en la audiencia de juicio. De allí que se torne vital desarrollar técnicas que se concentren en el rol que desempeñará la autoridad judicial en cada una de ellas, dado que presentan criterios de actuación diferenciados según el tipo de controversia que se discuta, su dimensión (individual o colectiva), los sujetos intervinientes, las implicancias del modo de actuar de las partes u otros condicionantes. Para

una primera aproximación a la temática sobre técnicas de dirección, remitimos al “Manual de Dirección de Audiencias Civiles” elaborado por Erick Ríos y publicado por el CEJA (2017). En el presente sólo recuperaremos algunas ideas centrales.

La primera idea-fuerza es tener en claro que la audiencia requiere ser gestionada y que ello supone un trabajo pre-audiencia, preparación, planificación y estudio por parte de la autoridad judicial. En especial, resulta necesario determinar de forma previa qué es lo que demandará la audiencia de la persona juzgadora. Aquí pueden distinguirse tres dimensiones generales: la gestión del caso; la dimensión agenda y la dimensión caso. Sobre la primera ya hemos explicitado sus implicancias. Las dos restantes se concretan cuando el juez o la jueza ya tomaron las decisiones fundamentales acerca del procesamiento del caso (las necesidades en concreto) y deben anticipar su conducta específica a desarrollar en la audiencia fijada.

Como precisa Ríos, en la “dimensión agenda” se debe advertir que el punto de partida será siempre el tipo de audiencia a desarrollar. Aquí nos referimos a que es necesario que el juez o la jueza, antes de sentarse en el estrado, deban saber si se va a tratar de una audiencia preliminar, de juicio, incidental-especial o de alguna otra con un fin específico. Además, normalmente será preciso conocer otros datos generales como el procedimiento y materia, la identidad y tipo de partes que intervendrán (no será necesariamente lo mismo un litigio entre particulares o el Estado, individual o colectivo) o incluso la identidad de los propios abogados y abogadas.

Esta labor debe ser realizada a nivel individual y desde una visión de conjunto. A nivel individual, para conocer la información respecto de cada una de las audiencias en que se deberá intervenir; a nivel global, para saber, por ejemplo, cuánto tiempo se tendrá efectivamente para el desarrollo de cada audiencia y cómo se deberá, en función de ello, encarar la agenda diaria.

Aquí es determinante contar con un sistema, a cargo de la Oficina Judicial, que permita llevar adelante una agenda adecuada; optimizar los procesos de trabajo entre la autoridad judicial y el área de apoyo jurisdiccional; controlar eficientemente la gestión de las actividades para la preparación y celebración de la audiencia (notificaciones realizadas, recepción de informes o producción de pericias) que garanticen que se cuente con toda la información en tiempo y forma y comunicarse con los sujetos que deben participar en ella para confirmar su presencia. Si la dimensión agenda supone el deber de controlar los pormenores que posibilitan la celebración en forma adecuada de la audiencia, la dimensión caso se centra en las acciones que deben desenvolver el juez o la jueza para maximizar su desarrollo y sus objetivos. Es decir, anticipar qué tipo de preparación concreta les demandará la audiencia de un caso particular.

Esta dimensión exigirá mayores o menores esfuerzos en función del tipo de audiencia y la complejidad del caso. Pensemos que no es lo mismo ni exige similar preparación, provisiones, esfuerzos y estudio del caso y sus implicancias, la celebración de una audiencia preliminar en un caso individual por un accidente de tránsito que la gestión del caso en un conflicto colectivo en el que se pone en tela de juicio un sistema tarifario. Para que la autoridad judicial pueda gestionar la audiencia y contribuir a realizar sus objetivos, ésta debe conocer las necesidades particulares del caso. Sólo de ese modo podrá saber qué se espera de

sí en la audiencia, qué rol en concreto debe asumir o qué estrategias son más funcionales a los problemas del caso. Para ello, indefectiblemente, deberá tener conocimiento del mismo. La preparación de una audiencia y el estudio de los casos han generado diversas clases de objeciones (por ejemplo, la falsa protección de la audiencia; la afectación de imparcialidad o el dispendio excesivo de tiempo). Consideramos que ninguna de esas objeciones es sustentable. A todo evento, esas objeciones tampoco pueden ser planteadas de modo absoluto (todo o nada), ya que operan en diversas intensidades o planos. Además, las ventajas que reporta el estudio del caso son superiores a los efectos negativos acusados.

La segunda idea fuerza que estimamos trascendental es tener en cuenta que el juez o la jueza asumen multiplicidad de papeles dentro de cada audiencia y que esa relación es compleja y dinámica. La autoridad judicial es facilitadora, gestora, comunica y decide. De allí que también deban saber identificar el contexto confrontacional de los contextos consensual y notarial de las respectivas audiencias. La última sugerencia es construir un método de trabajo lógico, racional y funcional a las exigencias de cada diseño procesal, que les permitan distinguir y ordenar actividades relevantes para los objetivos dentro de cada audiencia. Por ejemplo, advertir la teoría del caso y/o interés de las partes, con desapego de lo que puedan ser las propias creencias y evitando la precipitación o prejuicio; desagregar el debate en tantos puntos como sea necesario para focalizar el análisis de la cuestión y avanzar hacia su resolución, siguiendo para ello un orden lógico conforme a los presupuestos de hecho y/o de derecho o dirigir la audiencia del modo más efectivo y eficiente posible con el fin de obtener suficiente información de calidad para resolver.

### *Técnicas de litigación oral para los y las litigantes*

En relación a las y los litigantes, cabe precisar que el funcionamiento correcto de un sistema oral tiene como presupuesto un profundo trabajo en destrezas y habilidades de litigación. La calidad de la información que pueda generarse en la audiencia y el cumplimiento de sus objetivos están directamente vinculados con el nivel de la competencia de los y las profesionales. Para ello es fundamental que las y los abogados hayan sido debidamente capacitados en teoría del caso; estrategias de litigación; mecanismos autocompositivos; admisibilidad probatoria; alegatos de apertura y clausura; examen y contraexamen; prueba material; persuasión y/o argumentación.

Esta capacitación debe realizarse a partir de simulaciones prácticas y no en base a ejercicios teóricos o memorísticos. Solamente con este trabajo de capacitación avanzada podrá realizarse el principio de contradicción y maximizarse el aprovechamiento de la intermediación como instancia de encuentro para la obtención de datos y argumentos. Esto comprende algunas técnicas especiales pero también una serie de competencias básicas asociadas al cambio en la concepción y forma de trabajo. Por ejemplo, anticipar las posibilidades de respuesta de la contraparte para adelantarse en las argumentaciones, sabiendo que la audiencia es un espacio dinámico que exige una respuesta fundada inmediata; el tener que pensar estratégicamente cómo litigará el caso de principio a fin, dado que la relación con la contraparte es menos formal y más intensa y las decisiones importantes serán tomadas frente a las partes por el juez o jueza; saber distinguir los hechos relevantes, construir un relato claro y comunicar de forma sencilla y clara, lo que posibilita restringir el margen de interpretación que un juez o una jueza pueden llegar a hacer sobre la teoría del caso y las pruebas de un juicio (Lorenzo, 2017).

Quizás el desafío más grande en torno a la oralidad no sea la adquisición de nuevas destrezas, sino la erradicación de aquellas otras que han modelado a fuego el tipo de prácticas que caracteriza el litigio escriturario y que atentan contra la oralidad (por ejemplo, el excesivo apego a la formalidad o el uso de latinazgos o modos de comunicación innecesariamente sofisticados). Lograr exponer con claridad un caso y litigarlo adecuadamente es responsabilidad de las y los profesionales. Por supuesto que existen objetivos en que esa responsabilidad aparece compartida con la autoridad judicial. Por ejemplo, cuando se trata de lograr una solución conciliatoria o definir los hechos controvertidos o el objeto del proceso. En otros, como la audiencia del juicio, la carga en cabeza del abogado y de la abogada se extrema.

La etapa de preparación del caso y el juicio serán un ejercicio sofisticado o no en razón de sus características y la estructura del proceso. Como ha constatado Ríos al analizar experiencias en la región, existe una especie de interés por “sobre-preparar” casos cuya sencillez aconsejaría adoptar formas menos complejas. No obstante, en el otro extremo, tiene lugar el problema inverso: cuando los casos realmente requieren de preparación, ésta no es suficientemente lograda. La preparación es tardía también cuando las dos audiencias no son estructuradas justamente bajo la lógica de que una sirva de preparación para la otra (2013). En cualquier caso, lo que debe procurarse es que el ejercicio de confrontación sea riguroso, adecuándose a la mayor o menor complejidad que exija el caso.

## V. Estructuras procesales: un proceso oral flexible y construido sobre los principios del *case management*

### 1. MODULACIONES ESPECIALES PARA TUTELAS DIFERENCIADAS

La proliferación de procesos diferenciados no justificados es contraproducente en términos de derechos, sistema, organización y operatividad. Muchos de los procesos especiales existentes no tienen razón de ser ni se hallan justificados. La especialidad o autonomía de cierta materia no justifica en términos procesales la estructuración de un proceso especial. Tampoco lo justifican las particularidades de algunas clases de conflicto o la intervención de ciertos sujetos.

Como pudimos advertir en los códigos analizados en la primera sección de esta publicación, tiende a existir una matriz de discusión más o menos común. Por consiguiente, es imprescindible consolidar un esquema que sea transversal a cualquier clase de conflicto. Ello constituye una decisión sumamente relevante para el acceso a la justicia y la operatividad del sistema, dado que evita la atomización que ha caracterizado muchos procesos de reforma y simplifica las reglas de juego y su entendimiento.

Pereira Campos, Villadiego y Chayer (2011, pág. 20) apuntan que “otro problema fue la multiplicación de estructuras procesales para resolver distintos asuntos civiles, que estuvo asociada a la creencia errónea pero arraigada aun hoy en muchos países, de que cada especialidad sustancial necesita una estructura adjetiva o procesal propia. Esto generó la existencia de distintos esquemas procesales escritos que aunque guardaban relación entre sí, implicaban cambios en los plazos procesales y en algunas disposiciones específicas, por lo cual, en aquellos lugares en los que el juez era multicompetente debía tramitar los procesos con distintas normas procesales”.

Sólo debiera existir una estructura procesal cuando las características del conflicto y pretensión verdaderamente justifican el diseño de un marco de discusión particular. Como expusimos, el hecho de que un conflicto o una pretensión presente cierta particularidad no es argumento idóneo ni suficiente para la construcción de una estructura procesal diferenciada. Ello no quiere decir que no se valorarán sus particularidades para incorporar las reglas o adoptar las medidas diferenciadas que son imprescindibles para garantizar su tutela efectiva. Sin embargo, ello podrá resolverse a través de las estructuras de discusión existentes, previendo en todo caso el cumplimiento de cierto recaudo al momento de postular o imponiendo modulaciones especiales a la autoridad judicial, las partes u otros sujetos en momentos puntuales del procesamiento. Ello permitirá acompañar la existencia de tutelas diferenciadas a los esquemas de procesamiento comunes, resguardando la especialidad del conflicto, sus reglas y la simplificación del sistema.

Una herramienta fundamental que debe recuperarse son los mal llamados procesos de “pequeñas causas”. Toda reforma tiene –y debiese tener– por cometido ampliar el acceso a la justicia. Para ello es determinante incorporar técnicas procesales que estén especialmente dirigidas a satisfacer necesidades jurídicas de las personas que han estado tradicionalmente

excluidas del sistema judicial o para quienes el sistema, por las características de sus conflictos, no constituía un espacio idóneo, útil o razonable.

Entre las recomendaciones a tener en cuenta al regular esta clase de mecanismos, destacamos:

- (i) Diseñar e implementar un proceso desde la perspectiva del litigante y su acceso a un sistema de justicia que le garantice una respuesta rápida, eficiente y con el menor costo posible (Pereira Campos, 2012);
- (ii) Estructurar un proceso eminentemente flexible para la solución de asuntos contradictorios de menor complejidad (no necesariamente de montos menores) con estándares más bajos de satisfacción del debido proceso;
- (iii) Acentuar la desformalización;
- (iv) Facilitar la posibilidad de utilizar formularios y/o declaraciones verbales ante la propia Oficina Judicial para introducir las pretensiones;
- (v) Establecer la autorrepresentación como regla y la efectividad de mecanismos de asistencia jurídica gratuita;
- (vi) Ampliar facultades del juez y de la jueza y las partes para su composición y solución, flexibilizando el examen y contraexamen de pruebas;
- (vii) Establecer como epicentro para el tratamiento y resolución del contradictorio una audiencia multipropósito y
- (viii) Facultar a la autoridad judicial a fallar en equidad y no sólo en derecho.

## **2. PROCESOS ORALES: ORALIDAD, SIMPLIFICACIÓN PROCESAL Y DEBIDO PROCESO**

Uno de los elementos fundamentales del modelo de justicia civil que promueve CEJA, es el establecimiento de un proceso oral por audiencias. Como hemos podido constatar en la primera sección de esta publicación, desde un punto de vista normativo todos los procesos de reformas han pretendido instalar la oralidad como principio o eje rector de sus procesos. Sin embargo, un análisis sistémico e integral de su normativa nos permitió concluir que el entramado normativo no siempre es consistente y coherente con esta declaración de principios. Esto sucede muchas veces por la falta de un adecuado entendimiento de la oralidad y lo que ella significa en distintos aspectos y elementos del sistema.

A continuación, fijamos ciertas ideas y estándares que nos parecen fundamentales a la hora de pensar en las estructuras procesales de la nueva justicia civil.

### *Oralidad y simplificación procesal*

Partiendo del conflicto como noción estructurante –y aunque consideramos puede estar bastante claro– reiteramos y explicitamos nuestra convicción sobre la necesidad de la



establecer una oralidad efectiva en nuestros procesos judiciales. Por ello, sostenemos que **cualquier tipo de intervención procesal que se instituya debe adoptar como matriz un proceso oral por audiencias**. Ello así, no sólo porque constituye un mandato convencional (art. 8 y concs., CADH), sino por las ventajas epistémicas que la oralidad reporta como metodología de trabajo, tanto para la efectividad del debido proceso como para la eficiente depuración de la calidad de la información. La oralidad garantiza y maximiza la inmediación, el contradictorio, la publicidad y comunicación.

Consagrar la oralidad como metodología de trabajo principal supone que, independientemente del tipo de pretensión, **todas las estructuras procesales deberían organizarse –por regla– en torno a alguna audiencia**. En la ejecución de sentencias, por ejemplo, debería recrearse una instancia oral donde resolver de modo concentrado todos los planteos existentes o, en el proceso monitorio, establecer una audiencia multipropósito en caso de oposición.

Sin embargo, también supone admitir que habrá actos y supuestos en que, necesaria y razonablemente, la oralidad podrá ser pospuesta, mitigada u obviada. Por ejemplo, disponer que las postulaciones iniciales o ciertos recursos sean interpuestos de modo escrito por razones de importancia, seguridad o practicidad, u obviar la celebración de la audiencia de juicio en causas de puro derecho.

Todo ello explica por qué, a pesar de consolidarse el proceso oral por audiencias como matriz del sistema, todos los Códigos actuales sigan siendo mixtos. La condición de mixtos obedece a dos grandes razones: (i) la existencia de pretensiones que pueden plantearse y resolverse de modo escrito, es decir, bajo un modelo escriturario y (ii) el hecho de que, aun en los procesos orales, los actos de inicio o recursos más relevantes son (por regla) escritos. Lo que busca el legislador o legisladora con ello es la construcción de soluciones racionales que faciliten la realización de los fines del servicio de justicia mediante la maximización de las ventajas de ambos esquemas.

Así, la relación entre conflicto y procesamiento debe ser dinámica, administrando las formas de la manera más conveniente a la organización de la discusión y solución del conflicto. De allí que sostengamos lo siguiente:

- (i) La prevalencia de la oralidad como metodología de trabajo no puede significar su imposición si la evidencia demuestra que su utilización en cierta situación reporta más perjuicios que ventajas;
- (ii) El proceso por audiencia debe ser adaptable a las características del conflicto. Aquellos que sean complejos podrán instrumentarse mediante un sistema de doble audiencia (preliminar y de juicio) y los simples a través de una audiencia única multipropósito. Sin embargo, puede que un conflicto sea lo suficientemente complejo que resulte útil realizar audiencias de gestión del caso con antelación a la preliminar (o luego, para seguir preparando la de juicio) o uno tan simple que no requiera ninguna.

En la misma tónica, también resulta relevante la simplificación de los mecanismos de discusión para mejorar la efectividad de la tutela judicial.

Para ello juzgamos fundamental radicalizar la reducción cuantitativa de los tipos de procesos existentes; la consagración de reglas comunes a todo proceso, transversales y con pretensión de integralidad; la limitación de las normas que incorporan los procedimientos especiales, a fin de preservar sólo aquellas imprescindibles en función de la particularidad del tipo de conflicto y remitir todo lo demás al marco general; la desformalización de actos procesales en general y de nulidades en particular y/o la vinculación entre mecanismos adjudicativos y consensuales.

### *Oralidad como metodología de trabajo*

Como hemos mencionado en reiteradas ocasiones, todas las regulaciones contemporáneas han incorporado como matriz de discusión un proceso oral por audiencias, pero en muchas ocasiones dicha matriz no se refleja en todo el entramado normativo. Para revertir esas deficiencias, es fundamental comprenderla oralidad como metodología de trabajo.

El proceso oral por audiencias busca que las principales decisiones en el transcurso de un proceso judicial sean tomadas en base a la información que proveen las audiencias orales, públicas y contradictorias. No constituye un momento más en el procedimiento ni una instancia burocrática en la que cumplir ciertas actuaciones que antes se realizaban de modo escrito. Por el contrario, es fundamental comprender que la *oralidad es una metodología para el intercambio de información de alta calidad entre las partes y la autoridad judicial*. Su utilidad no se reduce a poder comunicarse verbalmente, de forma concentrada y en un único momento. Por lo tanto, el mero hecho de emplear el lenguaje oral no quiere decir que el principio de oralidad funcione de forma adecuada.

Lo determinante de un sistema por audiencias es que **permite organizar un espacio de discusión inmediata, de generación, control y depuración de la información vinculada al conflicto y su potencial resolución**. Es esa información y su depuración la que permitirá, con la mayor corrección posible, realizar los objetivos de cada audiencia.

Como hemos señalado en otra oportunidad, la oralidad se encuentra en el centro de los nuevos procesos que se han implementado en la justicia civil y penal de la región. Esto es así porque resulta el instrumento que permite la concreción de los principios políticos que gobiernan los nuevos sistemas (inmediación, contradicción y humanización de los conflictos) y, constituye un espacio para formalizar y resolver pacíficamente las controversias que se dan en nuestras sociedades (CEJA e INECIP, 2018).

Un diseño eficiente **debe concebir las audiencias como epicentro para la discusión**, adoptando reglas claras no sólo para garantizar la intermediación sino para mejorar la producción de información de calidad (por ejemplo, eliminando tachas, habilitando la declaración voluntaria de la propia parte o amplificando el contradictorio); estructurando un aparato de apoyo jurisdiccional profesional dedicado a su celebración oportuna; organizando cada uno sus componentes a tal fin; y construyendo los incentivos adecuados. Ese diseño es fundamental porque será un factor relevante en la construcción de prácticas más sensibles o funcionales a la generación de información.

Aun cuando admitamos grados de oralidad, un proceso por audiencias significa un cambio en la atención y el eje del proceso: desde el punto de vista jurisdiccional, **la importancia**

**central está en lo que se presenta en la audiencia y se resuelve en ese marco, no en los antecedentes escritos.** Desde el punto de vista de la o del litigante, la importancia está en la persuasión y solidez de la presentación de sus argumentos orales, no en la extensión y cantidad de citas insertas en sus escritos anteriores (Lorenzo, 2017).

De ese modo, y como mencionamos en el capítulo anterior, para que podamos alcanzar este funcionamiento oral adecuado, es fundamental que exista un trabajo profundo en las destrezas de litigación oral y en las técnicas de conducción de audiencias necesarias. Para ello, los y las operadoras del sistema deben ser, debida y oportunamente, capacitados y capacitadas.

Ello nos vuelve a vincular con la idea de adaptabilidad de la estructura de discusión y el rol de las audiencias que juega en ella. En consonancia con lo expuesto por Ríos (2017), consideramos que esta discusión puede ser mucho más fecunda si la preocupación está, más que en el número de audiencias que es necesario cumplir, en la perspectiva de qué herramientas o instrumentos concretos de preparación requiere un determinado caso. Esto implica, entonces, generar las condiciones para dotar a un mismo procedimiento de una flexibilidad tal que permita a los tribunales adaptar la respuesta del sistema judicial a las necesidades de cada caso y no tanto preestablecer una gran variedad de audiencias o procedimientos que entiendan en sus diferentes categorías.

#### *Debido proceso como estándar: dimensiones individual y colectiva*

Como es sabido y hemos mencionado en diversos momentos, las reformas analizadas han pretendido establecer procesos orales porque, hasta ahora, son éstos los que mejor permiten, entre otras razones, volver operativas las distintas garantías del debido proceso, elemento que creemos debe ser fundamental en toda reforma.

En consecuencia, cualquier diseño de un proceso civil debe tener como punto de partida el debido proceso, y es fundamental, a su vez, entender que el debido proceso no es una regla sino un estándar que se comporta de forma dinámica y no estática (Duce, Marín & Riego, 2008). Ello supone por lo menos tres cosas:

- (i) Asumir que dicha noción está constituida por un conjunto de parámetros básicos (núcleo duro) que deben ser cumplidos por todo proceso para asegurar que la discusión y la determinación de derechos se haya realizado en un entorno de razonabilidad y justicia;
- (ii) Erradicar la idea de debido proceso como el cumplimiento de un rito dogmático y lineal, reconociendo su condición de complejo, dinámico y evolutivo, y la vinculación entre conflicto, caso judicial, proporcionalidad y debido proceso como estándar. En consecuencia, interesa más el grado y modo de cumplimiento de esos estándares en razón del caso en concreto, que la observancia de un modelo o estructura pre-determinada e inmodificable de discusión;
- (iii) Admitir que el debido proceso es susceptible de grados de aplicación (que nunca pueden socavar su núcleo duro), en función del tipo de conflicto, sus particularidades e intereses en juego. Es decir, no constituye conceptos pétreos ni cerrados, sino pautas maleables que exigen en su aplicación una labor ponderativa.

Entre las exigencias que componen el debido proceso como estándar, podemos identificar la necesidad de un juicio justo o *fair trial*; la posibilidad de contar con una audiencia oral y pública como centro del proceso, a partir de la cual se articulen y vuelvan exigibles todas las demás garantías particulares del debido proceso; atribuir la gestión y resolución del conflicto a un órgano independiente e imparcial y contar con límites temporales delimitados o un plazo razonable para dar una respuesta (Ríos, 2017).

Estas cuatro exigencias componen el marco básico que cualquier diseño procesal normativo, institucional y de prácticas específicas (la litigación) debe cumplir para adecuarse a los instrumentos internacionales (Lorenzo, 2017). Básicamente, ello se traduce en la posibilidad de peticionar ante una autoridad judicial independiente e imparcial, ser oído y oída en audiencia, comprender lo actuado, contradecir, probar, argumentar, obtener una decisión adecuadamente motivada, recurrir y ejecutar dentro de un plazo razonable lo compuesto o decidido. Entendemos comunes esos recaudos porque se aplican a conflictos individuales y colectivos, sin perjuicio de que estos últimos tengan modulaciones especiales.

Un proceso civil moderno es aquél cuyas reglas procedimentales permiten un mayor control de la calidad de la información sobre la cual los tribunales deben decidir los casos que conocen (Ríos, 2017). Poner en el centro al conflicto y asumir el debido proceso (individual y colectivo) como estándar, implica asumir las estructuras procesales como esquemas propositivos (no imperativos) y ordenatorios (no inmutables).

### *Problemas de la sobrerregulación del “expediente” y linealidad del proceso*

Muy vinculado a los puntos anteriores, queremos hacer una breve referencia a los problemas que ha traído y puede traer la regulación del expediente y una concepción lineal del proceso.

La instauración de un proceso oral por audiencias constituye un cambio paradigmático en la forma de trabajar los casos y concebir el sentido del proceso y su razón de ser, tanto para la judicatura como para los abogados y abogadas. Esto opera en diversos planos (normativos, institucionales, operativos o de prácticas) e intensidades.

Por ejemplo, los espacios de “procuración” de los casos, en términos de revisión de legajos, se reducen a cuestiones meramente administrativas, ya que con el avance de la tecnología y la incorporación de soluciones informáticas en la organización judicial, se pueden realizar desde el computador personal del abogado o abogada sin necesidad de concurrir a los tribunales (Lorenzo, 2017); el proceso y su progreso no dependen de la presentación de escritos sino de la celebración y asistencia a las audiencias y la gestión del caso y su procesamiento no es rígida o lineal, sino adaptable a las necesidades y complejidad del conflicto.

En este nuevo paradigma es fundamental comprender que **la fuente de información y toma de decisión es la audiencia (no el expediente)**. Ello rompe con tres elementos que definían la maquinaria del proceso escriturario: (i) la linealidad del proceso, en tanto molde indiferente para todo tipo de casos; (ii) la burocracia de la gestión, caracterizada por la despersonalización del conflicto y la papelización del impulso procesal y (iii) su instrumentalización en torno al expediente como fuente y registro de información (la cultura del expediente).

Siendo ello así, **es fundamental que las reformas procesales generen diseños respetuosos del cambio**. Esto supone reconocer la proporcionalidad y adaptabilidad del medio (proceso o reglas de discusión) al conflicto, pero también la centralidad de la audiencia como fuente y registro de información. El expediente deja de ser concebido como “el proceso mismo” o su materialización, para pasar a ocupar un rol secundario como mero espacio de registración.

De allí que sea aconsejable **evitar su excesiva reglamentación**; incorporar denominaciones distintas que permitan erradicar el peso de la tradición (por ejemplo, registro electrónico o digital del caso); prohibir o limitar la transcripción escrita de actos orales (por ejemplo, la confección de actas innecesarias); lograr diversificar conocimientos y habilidades en las y los operadores, especialmente en materia de organización y planificación (capacidad de reunir a las partes con el juez o la jueza en forma eficiente), registro (habilidades para el manejo de medios tecnológicos) y seguimiento (atención a las cuestiones no jurídicas vinculadas con los resultados de la audiencia) y garantizar un formato digital que permita integrar, vincular y generar información, estadísticas y reportes para la toma de decisiones de un caso, del flujo de casos, de los procesos de trabajo o de la administración de la estructura organizacional.

Todo esto coadyuva, a su vez, a desterrar una cultura escrita en el marco del proceso civil. En un estudio realizado en los cuatro Juzgados de Familia de la ciudad de Santiago de Chile, en donde rige un sistema oral desde el año 2005, se identificó que “desde la perspectiva de los principios del debido proceso, consideramos que en lo estructural aún continúan presentes serios defectos que atentan contra la calidad del sistema. En particular, hemos observado que todavía existen fuertes resistencias al carácter público de las audiencias orales; y persiste la práctica de fraccionar las audiencias en varias sesiones, transgrediendo el principio de inmediación temporal” (González, 2014, pág. 55). Es decir, que no es en absoluto suficiente el cambio legal sino que se vuelve imprescindible que éste se transforme fundamentalmente en una transformación de la cultura y las prácticas.

### **3. FLEXIBILIDAD PROCESAL Y PROPORCIONALIDAD: EL CASE MANAGEMENT EN EL NUEVO PROCESO CIVIL**

#### *Una nueva concepción del principio de legalidad procesal*

El análisis de los procesos de reforma a la justicia civil latinoamericana evidenció ciertas contradicciones respecto a la regulación del principio de legalidad procesal, de indisponibilidad y de instrumentalidad de la norma procesal. Con ello, emerge una importante barrera para la incorporación de principios y herramientas que hoy consideramos esenciales de un proceso civil moderno.

Si bien pudimos apreciar que ciertos países regulaban expresamente la instrumentalidad de la norma o que, de un modo u otro, afirmaban que el objetivo del proceso era la aplicación del derecho y que el proceso es un medio para dicho fin, nuestro análisis sistémico reveló varias contradicciones e interrogantes. ¿Cómo podrán actuar un juez o una jueza para cumplir dichos fines si existe una norma que preceptúa que toda regla procesal es de orden público?; ¿qué pautas o mecanismos precisan los Códigos Procesales para compatibilizar ambas ideas o trabajar con ellas?; ¿cómo se vinculan y relacionan los sujetos en la creación de la legalidad?; ¿qué lugar tienen las partes en ello?; ¿tendrán las partes la posibilidad de disponer de las reglas procesales para dar al conflicto un tratamiento acorde a sus intereses y necesidades?

Estimamos imprescindible resolver las contradicciones evidenciadas en relación con la concepción que se tiene sobre el principio de legalidad procesal. No podemos seguir sosteniendo que todas las reglas procesales son de orden público y, al mismo tiempo, instrumentales. Tampoco suma, bajo esa acumulación de sentidos y mandatos normativos, afirmar que es el juez o la jueza quienes deben adecuarlas. No sólo hemos colocado a la autoridad judicial en una situación casi irresoluble sino que también ocultamos el problema, manteniendo un esquema procesal rígido y lineal.

Por ello promovemos incorporar el **principio de libertad o flexibilidad de las formas**, enfatizando así la condición instrumental del proceso y *repensando el principio de legalidad*. Esto último significa transformar la concepción y modo en que las fuentes normativas y los sujetos se vinculan para definir el mecanismo y manera más adecuada para procesar un conflicto. De allí que consideremos que la contradicción expuesta deba resolverse en favor de un esquema que conciba la **legalidad como un principio o concepto vivo, dinámico y maleable**. Un esquema que sintetice las posiciones encontradas aportando racionalidad entre estructuras, medios y fines.

Las pautas principales que entendemos deberían moldear esa **reestructuración de la concepción de la legalidad** son:

- (i) Poner en el centro de la escena el conflicto e interpretar a partir de allí la posible configuración del proceso judicial. Ello no sólo permite maximizar la administración de las reglas procesales y su razón de ser, sino también evitar subordinar el caso en concreto a la "legalidad del proceso o la forma en abstracto";
- (ii) Erradicar la afirmación de que toda regla procesal es de orden público, incorporando las nociones de adaptabilidad y proporcionalidad como ejes transversales en la estructuración de los mecanismos de solución de conflictos. Ello mejora en abstracto y en concreto la relación entre conflicto, pretensión, ámbito y reglas de discusión y solución, transformando la concepción dogmática, burocrática, formalista e irreflexiva existente;
- (iii) Reafirmar que se debe entender el debido proceso como un estándar y no como una regla rígida y propiciando una regulación afín a ello;
- (iv) Identificar dentro de esa noción cuáles serían los elementos mínimos o núcleo duro del debido proceso, sin el cual se vulneraría el derecho de defensa;
- (v) Establecer que no existen formas imperativas de ningún orden y que, aun las que se prevean, no serán consideradas tales si cumplieron con su finalidad;
- (vi) Tomar la regulación procesal como una pauta o guía de trabajo, susceptible de modificaciones por parte de todos los sujetos (jueces, juezas, o partes) a través de la gestión del caso o los acuerdos procesales;
- (vii) Valorar y adecuar los elementos íntimamente ligados (por ejemplo, el tipo y características de la organización y gestión judicial), los cuales definen y condicionan la concepción, sentido y alcance de la legalidad.

### *Flexibilidad y proporcionalidad de las formas procesales*

La resignificación de la legalidad encuentra su punto más relevante en la introducción y/o consolidación de los principios de flexibilidad y proporcionalidad como mecanismos para favorecer la eficiencia del proceso judicial (Fandiño, González & García, 2020)

La *flexibilidad* nos permite afirmar que **las estructuras procesales son pautas propositivas u ordenatorias que pueden ser dispuestas ampliamente por todos los sujetos intervinientes** (autoridad judicial y partes), siempre que ello resulte más eficaz para la discusión y resolución del conflicto. Pensar que todos los casos exigen un mismo tipo de juicio oral y –por tanto– siempre un mismo formato de preparación, es un error que está incidiendo en la calidad de la justicia civil y en la correcta administración de los recursos con que se cuenta para ello. Se hace necesario avanzar hacia fórmulas procesales flexibles que permitan a cada jueza y juez utilizar diversos mecanismos para adecuar la respuesta judicial a las necesidades concretas de cada caso (Ríos, 2017).

Debemos, en consecuencia, romper con la impronta formalista que prepondera las reglamentaciones y conlleva a que la caracterización de la pretensión sea general y abstracta, la relación entre ésta y el carril procesal predeterminado inflexible y el esquema de procesamiento problemáticamente rígido. Esta directiva general se traduce en un sinnúmero de pautas o regulaciones concretas, como por ejemplo, precisar que los carriles para procesar un conflicto no deban ser rígidos de acuerdo al tipo de pretensión sino adaptables a la mayor o menor complejidad del tipo de conflicto y las particularidades del propio caso; incorporar reglas estructurales que habiliten a todos los sujetos intervinientes a proponer y discutir en torno a la mejor forma para procesar un conflicto o las atribuciones para que la Oficina Judicial gestione ampliamente las actividades de apoyo jurisdiccional necesarias para la consecución del proceso.

Por su parte, la *proporcionalidad* supone **visibilizar y valorar la correspondencia de costos y beneficios entre el tipo de conflicto y el remedio dispuesto para su abordaje**. Es decir, analizar si la naturaleza y relevancia del conflicto y pretensión y los mecanismos, medidas y esfuerzos dispuestos, guardan correlato razonable en términos de solución, costo, tiempo y beneficios (Sucunza, 2018).

La proporcionalidad opera desde dos perspectivas, una micro o individual y otra macro o sistémica. La primera sostiene que el costo y tiempo ocupado en un caso individual deben ser proporcionales al valor de lo demandado o a la complejidad del caso. Esta visión se centra en el caso que el tribunal está conociendo. El proceso será proporcional cuando en el balance realizado, el costo de decidir el caso mediante la aplicación del derecho en los términos previstos sea menor que el beneficio que se derive para las partes. La perspectiva macro o sistémica nos hace pensar que la autoridad judicial debe velar también por una asignación adecuada del conjunto de los recursos del sistema de justicia y que, por lo tanto, si asigna demasiados recursos (como número de audiencias o cantidad de medios probatorios conocidos) a un caso, se los está privando a otro. En ese sentido, la autoridad judicial debe intentar lograr un equilibrio en la asignación de recursos a los casos, realizándolo de forma proporcional.

La proporcionalidad es importante porque nos exige pensar, distinguir y priorizar entre el valor y la complejidad del caso y su relevancia (social o particular) para asignar eficazmente los limitados recursos del sistema a aquellos conflictos sociales, públicos o privados que

consideramos más relevantes. Por consiguiente, deberemos tener en consideración cuáles son esos valores a los que la Constitución, convenciones y la comunidad les atribuyen preponderancia, a fin de lograr una distribución razonable del dinero público.

La proporcionalidad es un mandato exigible a todas y todos los operadores. El legislador o la legisladora deberán valorarlo al momento de diseñar los esquemas regulatorios o los y las abogadas al propiciar medidas para la gestión y/o procesamiento de un caso. Sin embargo, quienes mayor responsabilidad tienen son la autoridad judicial y las Oficinas Judiciales, ya que son ellos quienes ponderan el valor del caso en su conjunto y las limitaciones existentes.

En la provincia de Quebec (Canadá), el principio de proporcionalidad se considera como la regla de oro. En su artículo 18, el CPC determina que "las partes en un procedimiento deben observar el principio de proporcionalidad y asegurarse de que sus acciones, sus alegatos, incluida su elección de defensa oral o escrita, y los medios de prueba que utilicen sean proporcionales, en términos de costo y de tiempo involucrados, a la naturaleza, complejidad del tema y el propósito de la acción. Los jueces también deben observar el principio de proporcionalidad en la gestión de los procedimientos que se les asignan, independientemente de la etapa en la que intervengan. Deben velar porque las medidas y los actos que ordenen o autoricen estén en consonancia con el mismo principio, teniendo en cuenta la debida administración de la justicia" (Fandiño, 2019, pág. 116).

En definitiva, la flexibilidad o adaptabilidad y proporcionalidad son principios interrelacionados y complementarios. La potencia de ambos está directamente vinculada a la eficacia con que se administren. Como señala Ríos (2017), esta discusión puede ser mucho más fecunda si se aborda desde la perspectiva de qué herramientas o instrumentos concretos de preparación requiere un determinado caso, más que el número de audiencias que es necesario cumplir.

### *Gestión del caso (case management) y acuerdos procesales*

El cambio en la concepción de la legalidad y los principios de flexibilidad y proporcionalidad se materializan en instrumentos concretos tales como la **gestión judicial de casos o case management, y la posibilidad de celebrar acuerdos procesales**. Las reformas procesales deben incorporar expresamente ambas instituciones, brindando un marco claro para su posterior desarrollo reglamentario, jurisprudencial u operativo por parte de todos los operadores.

García Odgers (2018) define al *case management* como un **mecanismo de eficiencia procesal según el cual, el sistema judicial –en general– y los jueces y juezas –en los casos particulares–, se constituyen en responsables del desarrollo de la litigación cuyo fin es asegurar, en la operatoria misma del sistema, el cumplimiento de diversos objetivos procesales**.

Esta actividad o función decanta en el funcionamiento del sistema judicial bajo la forma de criterios de organización, distribución de recursos y decisiones procesales colectivas o individuales que incorporan la **proporcionalidad** como rasgo más distintivo, orientando tanto la forma en que se procesa el conjunto de la litigación, como el curso y tratamiento específico de los casos individuales.



En términos generales, son objetivos del *case management* el alcanzar un acuerdo temprano del caso; derivar el asunto hacia una solución alternativa cuando ello parezca más beneficioso; fomentar un espíritu de cooperación entre las partes y evitar la excesiva beligerancia que genera gastos y demoras adicionales innecesarios; la identificación y reducción de los asuntos que serán tratados para una adecuada preparación del juicio y/o, cuando el acuerdo no pueda ser alcanzado, hacer progresar el juicio en la forma más rápida y económica que sea posible

La noción de *case management* es compleja y dinámica e involucra distintas dimensiones. Siguiendo a García Odgers (2018), consideramos fundamental analizarlo desde cuatro perspectivas o enfoques:

- (i) La dimensión macro y micro del *judicial case management*, cuyo estudio nos permitirá observar que éste opera en un nivel más general o de sistema, en el procesamiento y gestión del conjunto de casos, y en un nivel más específico, es decir, el *case management* dentro del caso. El artículo 14.1 de los Principios Transnacionales de Procedimiento Civil de UNIDROIT/ALI instituye esta dimensión, prescribiendo el deber del tribunal de gestionar activamente el proceso, ejerciendo su libertad de criterio para lograr la solución del litigio de manera justa, eficiente y con rapidez razonable;
- (ii) El *case flow management* que se refiere a las actividades, operaciones o acciones que se dirigen a procesar los casos, en el sentido de hacerlos avanzar o progresar, desde su inicio hasta su finalización. El flujo de casos procura asumir el control temprano y continuo del caso; programar los eventos del procesamiento; generar calendarios razonables de trabajo y asegurar que los eventos ocurran cuando están programados. En esta dimensión cobra especial relevancia la operatoria diaria de la Oficina Judicial como instancia de apoyo a la labor jurisdiccional;
- (iii) El *case management* y la dimensión de gestión o administración, en la cual el *case management* frecuentemente se vincula con aspectos organizacionales, administrativos o de eficiencia;
- (iv) El *judicial case management*, *case management* de partes y *case management* cooperativo. En esta última dimensión, pretendemos enfatizar que el *case management* puede ser atribuido a las partes, a la autoridad judicial o a todos ellos en un esfuerzo conjunto y de colaboración, lo que constituye una tendencia en la experiencia comparada.

Como podemos advertir, estos conceptos conciben la legalidad desde la perspectiva de adaptabilidad y proporcionalidad expuesta con anterioridad. Al mismo tiempo, vinculan la administración de las reglas o recursos humanos o materiales en abstracto con la gestión de esos mismos componentes en el caso o flujo de casos en concreto. El objetivo central es generar una sinergia positiva entre las y los distintos operadores y estructuras en pro de la eficiencia del sistema y la justicia del caso.

Los **acuerdos procesales**, se tomen como parte del *case management* o como institución autónoma, suponen reconocer el derecho de las partes a concertar negocios jurídicos procesales de modo amplio. La proposición de medidas de gestión o los acuerdos procesales

deben poder celebrarse en cualquier momento procesal. Destaca aquí la regulación del CPC brasileño del 2015, el cual incita a las partes a fijar un calendario para la práctica de actos procesales; el procedimiento y el límite de tiempo para el descubrimiento y divulgación de elementos probatorios previos o posteriores al juicio o modificar o alterar el pedido y la causa de pedir, asegurando el contradictorio (arts., 190 y 191).

En consonancia con el afianzamiento del debido proceso como estándar y con un posicionamiento que refuerce la autonomía de las partes, consideramos que deben incorporarse pautas claras en torno al alcance y sentido de la homologación de acuerdos. Ello así, a fin de evitar interferencias paternalistas que desvirtúen su razón de ser y operatividad. En ese sentido, apreciamos que sería importante incorporar reglas que habiliten al juez o a la jueza a invalidar un acuerdo sólo cuando supongan transgredir reglas de orden público concretas, coloquen en indefensión manifiesta a una de las partes, dilaten o entorpezcan la resolución del conflicto o supongan colusión o fraude en relación a terceros. Inclusive, en caso de que la cláusula sea aislada, accesoría, secundaria o no afecte la razón de ser del acuerdo o su alcance, sería deseable que declare la nulidad de la cláusula y homologue el acuerdo. Por supuesto que cuando en estos acuerdos intervengan sujetos o bienes de tutela preferente o conflictos colectivos, el escrutinio para su aprobación debería ser agravado.

En relación a esta última clase de conflictos, tanto la autoridad judicial como las partes tienen un deber calificado de trabajar en torno a la gestión del caso, especialmente cuando se trate de litigios estructurales. De allí que la convocatoria para la adopción de medidas deba ser realizada lo más tempranamente posible, a fin de mejorar su eficacia y eficiencia.

### ***La necesidad de contar con la gestión judicial para la implementación adecuada del Case Management***

La mirada actual sobre la gestión judicial suele ser peyorativa. Ello suele responder a varias causas: el sostenimiento de la irrelevancia de la materia en detrimento de la labor jurisdiccional; falta de percepción de su importancia para todos los cometidos organizacionales o creencia de que el mejoramiento del servicio se logra con cambios meramente normativos (fetichismo normativo) o personales.

La concreción del cambio de paradigma propiciado tiene como presupuesto esencial la **instrumentación de un modelo de gestión profesional**. Las prácticas que construyamos dependen directamente de cuánto hayamos comprendido ese trastrocamiento teórico, jurídico y valorativo en el porqué, cómo y para qué de la organización, gestión y proceso como instancia de diálogo, trabajo y mecanismo de resolución del conflicto.

No podemos pretender tener una organización que responda ágilmente si los procesos de trabajo son burocráticos, verticales, concentrados y discrecionales. De igual manera, difícilmente exista una utilización eficaz de los recursos si no se mide ni controla la carga y procesos de trabajo.

La Oficina Judicial tiene un rol destacado en la gestión de la estructura organizativa, del flujo de casos y del micro *case management*. En ese sentido, consideramos que toda regulación debiera dotarla de facultades amplias de gestión propiamente dicha (personal y recursos materiales). Por ejemplo, el deber de prever y adoptar los medios de comunicación más idóneos para garantizar la toma de razón o participación de sujetos que intervengan en alguna ac-

tuación procesal; la programación de la agenda de audiencias y el deber de garantizar las condiciones personales, materiales, formales y operativas para su adecuada y correcta celebración, adoptando todas las medidas que sean necesarias a tal fin o el control y seguimiento permanente de la ejecución de las actividades fijadas como parte de la gestión del caso.

Sin un cambio en estos términos es imposible organizar un proceso oral por audiencias. El trabajo profesional de llevar una agenda de audiencias, garantizar su celebración y objetivos no consiste en su mera fijación y notificación. Antes, durante y luego exige una maquinaria administrativa que brinde soporte al juez o a la jueza y que coadyuve a que éstos puedan ocuparse de llegar preparados a la audiencia. Celebrar una audiencia no es oralidad. La oralidad requiere mucho más que la concurrencia de los sujetos y el acondicionamiento de una sala. Impone garantizar la disponibilidad de toda la información necesaria para la realización de sus cometidos. Esa es la diferencia entre una administración amateur y una gestión profesional.

#### 4. AUDIENCIA PRELIMINAR Y DE GESTIÓN DEL CASO COMO FILTROS MULTIPROPÓSITOS

Las audiencias de gestión del caso y preliminar constituyen momentos claves del proceso, ya que se erigen como instancias de filtro. Sus múltiples cometidos tienen como **objetivo común la depuración, organización y planificación del conflicto y proceso en pro de su adecuada resolución**. Esto significa filtrar los casos que merecen ser derivados a un mecanismo autocompositivo, de aquellos otros que conviene sean conciliados judicialmente o considerados intransigibles; los hechos y pruebas que aparecen como impertinentes de los conducentes o los actos o requerimientos procesales innecesarios a las características del caso en concreto. Es decir, son instancias que permiten “separar la paja del trigo” en términos sustantivos y adjetivos.

Ello permitirá evitar el despilfarro de recursos –tanto jurisdiccionales como de las partes– y principalmente, de plazos legales. Esto es así porque la audiencia preliminar de juicio tendrá un contenido mayor que el necesario y por ende se requerirá de más tiempo para su realización. Además, esto afecta también a las y los litigantes, pues deberán producir mayor cantidad de prueba, lo que también conlleva un costo. Por último, implica una mayor demanda a las redes de apoyo que normalmente proveen de pericias e informes al sistema de justicia (Lorenzo, 2017).

Por otra parte, **optimizará el procesamiento del conflicto**, adecuándolo a la simplicidad o complejidad del caso individual o colectivo. Ello es lo que justifica la celebración de audiencias de gestión del caso con anterioridad o posterioridad a la preliminar o en cualquier otro momento procesal. Lo importante, en todo caso, es advertir la necesidad de crear una instancia que permita planificar la discusión, organizar el procesamiento y fijar una agenda de trabajo. Esto es fundamental en litigios estructurales o de interés público, por la envergadura y complejidad que significa su procesamiento y las medidas que deben tomarse para garantizar el debido proceso colectivo. Estas audiencias pueden ser propuestas por la autoridad judicial o las partes. Deben ser fijadas con la mayor antelación a fin de mejorar la eficacia y eficiencia de las medidas.

Respecto de los objetivos y actividades de la audiencia preliminar, a continuación desarrollamos los que consideramos esenciales.

### *El proceso de conciliación*

La conciliación debe ser un objetivo fundamental de toda audiencia preliminar. Debe intentarse la conciliación total o parcial, en relación a todas o algunas de las pretensiones controvertidas. Para ello, es fundamental que la autoridad judicial se dirija directamente a las partes, aclarándoles que todo lo que se exprese en los intentos conciliatorios no será valorado en oportunidad de dictar la sentencia y que las fórmulas conciliatorias que les proponga no implican prejuzgar ni adelantar criterio en cuanto al resultado final del juicio. En dicha proposición deberá asumir un papel protagónico y considerar el tipo de conflicto, los sujetos involucrados, la experiencia del propio tribunal, los costos e intereses comprometidos y los precedentes existentes. Deberá además explicar a las partes las ventajas generales que se obtienen de poner fin al conflicto con un acuerdo y orientarlas en la búsqueda de una solución común, procurando que ellas arriben a una solución consensual.

En un modelo procesal con lógica colaborativa consideramos fundamental que **la conciliación se entienda como un proceso** y no como una etapa o trámite más para la validez del proceso. Para ello, es imprescindible llevar a cabo **procesos conciliatorios integrales** que deben contemplar las diversas etapas de este mecanismo y asumir que la sola propuesta de bases de arreglo no supone la existencia de un proceso de conciliación completo.

A este respecto, consideramos que todo proceso de conciliación integral debe estructurarse sobre la base de las siguientes etapas: introducción; narración; diferenciación de intereses y posiciones; creación de opciones y bases de arreglo y cierre.

Según la naturaleza del conflicto y la dinámica de la instancia preliminar, las dos primeras etapas podrán variar o verificarse en otros momentos de la audiencia. Sin embargo, para que se considere que el proceso de conciliación ha sido íntegro y completo, será esencial diferenciar intereses de posiciones y explorar las opciones y bases de arreglo.

A continuación, describimos cada una de las etapas que –reiteramos– consideramos esenciales para fortalecer los procesos conciliatorios y con ello concretizar el modelo de justicia civil integral y el principio de cooperación de nuestro modelo procesal.

- (i) *Introducción.* Esta etapa tiene por objeto introducir a las partes en el proceso, explicando en lenguaje sencillo y claro qué es la conciliación; cuáles son sus objetivos; cuál es el rol de cada parte interviniente y qué es lo que se espera de ellas; también será el momento de establecer reglas, y despejar dudas. Será fundamental que la autoridad judicial cree un ambiente de confianza entre ella y las partes.
- (ii) *Narración.* El objetivo de esta etapa es escuchar el relato de vivencia que cada una de las partes tiene sobre el conflicto.
- (iii) *Diferenciación de Intereses y Posiciones.* La diferenciación de los intereses de las posiciones de las partes es un elemento esencial de todo proceso conciliatorio. El objetivo principal de esta etapa es identificar los verdaderos intereses y necesidades de las partes, y ayudar a que éstas negocien desde sus intereses y no desde sus posiciones. La autoridad judicial también debe buscar la clarificación de la información, la comprensión de los hechos y la identificación de los intereses y las necesidades

de cada parte. En caso de que consiga acercarse a éstos, deberá indagar acerca de la compatibilidad de estos intereses, así como delinear la jerarquización de las necesidades identificadas. Es fundamental para la consecución de estos objetivos el énfasis en el proceso de comunicación, así como el uso de técnicas comunicativas como la escucha activa, el parafraseo y el re-enmarque.

- (iv) *Creación de Opciones y Bases de Arreglo*. Esta etapa tiene por objeto la identificación o creación de opciones para proponer las bases de arreglo que permitan solucionar el conflicto de la manera que mejor satisfaga a las partes involucradas.
- (v) *Cierre*. Los fines de esta etapa variarán según los resultados del proceso de conciliación. Si hubo acuerdo, debe procurar la concreción de las bases de arreglo precisando cuáles son los beneficios y las obligaciones mutuas del acuerdo, así como las consecuencias de un eventual incumplimiento o, en caso contrario, explicar los próximos pasos de la audiencia.

### ***Admisibilidad probatoria***

Un segundo gran objetivo que debe llevarse a cabo es la admisibilidad de los medios probatorios. Es decir, pronunciarse sobre la admisibilidad de los medios y fuentes de prueba ofrecidos o producidos por las partes. El juez o la jueza deben fomentar un contradictorio activo, procurando depurar al máximo aquellos elementos probatorios que fuesen inadmisibles, impertinentes o inconducentes. Es deber de la autoridad judicial ser rigurosa en el filtro de admisibilidad a fin de evitar la producción de prueba superflua, innecesaria o inconducente al objeto controvertido.

El juez o jueza promoverá un amplio contradictorio en torno a la justificación de la razón de ser de las pruebas, el porqué y para qué, pidiendo aclaraciones o explicaciones a las partes sobre cualquier fuente o medio de prueba propuesto o producido a fin de evitar su incorporación superflua o innecesaria y advertir cuál y qué es información de calidad para la dilucidación del conflicto.

Al analizar cada medio de prueba, la autoridad judicial se pronunciará sobre la modalidad, término y demás pormenores vinculados con su admisibilidad y producción. En especial, lo concerniente a la prueba pericial, puntos de pericia, designación de perito, fecha de presentación del dictamen con suficiente antelación para su sustanciación previo a la audiencia de juicio y la citación del perito para el pedido de explicaciones y cuestionamiento durante su desarrollo. En lo posible debe programarse un cronograma de diligenciamiento de las pruebas conjuntas, de mayor complejidad o similares.

La Oficina Judicial debe tener la responsabilidad de gestionar y controlar la obtención de las pruebas y la posibilidad de su contradictorio en la fecha citada, sin perjuicio de las cargas de las partes. Para comunicarse con ellas, con peritos, testigos, reparticiones públicas, personas privadas o cualquier otro sujeto cuya comparecencia o proveimiento de información se hubiera dispuesto, podrá hacer uso de todas las facultades que detenta.

### Otros objetivos fundamentales

- (i) *Saneamiento del proceso*: el saneamiento es parte de la labor de organización y depuración del contradictorio. De allí que deban adoptarse o resolverse todas las cuestiones que se hubieran planteado al efecto o que surjan durante la audiencia y que obsten o mejoren a su procesamiento y decisión de mérito.
- (ii) *Debida integración de la controversia*: más allá de que para postular o proveer las postulaciones, las partes y la autoridad judicial debieron pensar y controlar quiénes debían participar de la discusión, es imprescindible volver a analizar rigurosamente la debida y adecuada integración de la litis a fin de evitar procesamientos inoficiosos y ulteriores nulidades.
- (iii) *Resolución de excepciones e incidencias planteadas*: la audiencia preliminar también debe servir para resolver las excepciones planteadas como de previo y especial pronunciamiento, las solicitudes de intervención que no se hubiesen resuelto y cualquier otro planteo afín realizada durante su celebración.
- (iv) *Determinación de los hechos controvertidos*: debe discutirse abiertamente con las partes en torno a los hechos que conforman la causa, fijando clara, concreta y objetivamente aquellos que no se encuentran discutidos (por admitidos, notorios o equivalentes) y los controvertidos que requieren pruebas. También debe analizarse y resolverse en torno a la admisión de hechos nuevos que se hubieran planteado.
- (v) *Posibilidad de resolución anticipada*: si de lo actuado surgiera la posibilidad de resolver las cuestiones con las constancias del juicio, deberá declararlo y firmar la decisión de dictar sentencia.
- (vi) *Distribución de la carga y deberes de colaboración*: aquí también es conveniente analizar las circunstancias del caso a fin de identificar la existencia de deberes de colaboración agravados en relación a la carga probatoria y atribuírsela a la parte según corresponda. En tal caso, la parte podrá contradecir y ampliar, de ser necesario, su ofrecimiento probatorio.
- (vi) *Medidas de gestión y acuerdos procesales*: analizar la posibilidad de instrumentar medidas de gestión del caso vinculadas a la actividad probatoria o acuerdos procesales.
- (vii) *Medidas cautelares*: debe resolverse la disposición, levantamiento o modificación de medidas cautelares u otras contingencias procesales que luego de planteadas no hubieran sido resueltas o aquellas que se susciten durante la audiencia.
- (viii) *Resolución de recursos*: la autoridad judicial, según el tipo y características del caso, analizará y/o resolverá los recursos que las partes tengan sobre las decisiones que se vayan tomando durante la audiencia.
- (ix) *Determinación de fecha de audiencia de juicio*: como última actividad, deberá fijar la audiencia de juicio en las fechas comunicadas por la Oficina Judicial, disponiendo que allí se reciban todas las pruebas que no se hubieran producido y apercibiendo a las partes de su deber de diligencia, colaboración y consecuencias legales.

## 5. JUICIO ORAL COMO INSTITUCIÓN REPUBLICANA

### *La necesidad de rescatar el juicio oral como institución republicana*

La audiencia de juicio es el momento de confrontación y discusión pública por excelencia. Durante su desarrollo las partes deberán exponer sus teorías del caso, intentar acreditar sus posiciones y desacreditar las contrarias, haciendo hablar a las pruebas y dando argumentos para lograr convencer al juez, a la jueza y/o al jurado.

Como precisa Lorenzo (2017), desde el punto de vista de las y los litigantes, el juicio está estructurado en tres momentos:

- (i) *Anuncio de la información*: es el inicio del juicio, cuando cada una de las partes en controversia anuncia su teoría del caso y la forma en que será acreditada a lo largo del juicio.
- (ii) *Presentación y control de la información*: es el momento central del juicio dado que aquí se presentan testigos, peritos, prueba documental y/o material. Las partes litigantes deberán mostrarle al tribunal que la teoría del caso que han anunciado en el inicio se sostiene en la prueba o dicho a la inversa, que la prueba reproduce la teoría del caso propuesta. Es también un momento de control en función a que cada parte tendrá la oportunidad de contra examinar la prueba de la contraria.
- (iii) *Propuesta de valoración de la información*: una vez cerrada la producción de la prueba, las partes realizarán su alegato de clausura. Esta intervención de las partes es prácticamente una propuesta de sentencia.

Para el correcto desarrollo de estos tres momentos propuestos por Lorenzo (2017) resulta central la observancia y maximización de los principios de **contradicción, imparcialidad, inmediatez y publicidad**. Es a partir de ellos que se lograrán los siguientes beneficios:

- (i) Se podrá obtener información de calidad, ya que las propias partes debatirán personal e inmediatamente los puntos que presenten. Un contradictorio robusto es el único medio para lograr rigor en el proceso de obtención de datos.
- (ii) Vinculado con el punto antecedente, la autoridad judicial deberá cumplir un rol de custodio del contradictorio, limitando sus intervenciones a fin de garantizar el uso adecuado del tiempo y formas. Con ello no sólo resguarda el marco de discusión sino que conserva su imparcialidad.
- (iii) Los sujetos intervinientes no sólo se relacionan entre sí, sino con la información que se ventila en audiencia. La forma de discusión se estructura en torno al encuentro real y efectivo del juez con el conflicto, las partes y los elementos fácticos, probatorios y jurídicos.

Los hechos, las narraciones o las fuentes de prueba, llegan de manera directa a la autoridad judicial, sin nuevas intermediaciones que las (re)interpreten. En esos términos, la intermediación aparece como un medio instrumental relevante para la construcción de la valoración,

que debiese impactar en la identificación de razones y la obtención de una decisión más justa.

La creciente exigibilidad y justiciabilidad de derechos individuales y colectivos, el empoderamiento social, la reconfiguración de las vinculaciones entre funciones de Estado dentro del sistema democrático, los reclamos de mayor transparencia y rendición de cuentas, la necesidad de aportar razones públicas aceptables y el rol que en ese contexto juega el Poder Judicial, revalidan la relevancia de la intermediación como mecanismo para vincular al juez con el conflicto, las partes, las pruebas y la sociedad toda;

- (iv) La presencia de las partes y del público en toda discusión y decisión, potencia los valores republicanos y democráticos del sistema de justicia.

### ***La producción de información de alta calidad como objetivo fundamental***

El desafío más importante de la oralidad es constituirse en una metodología idónea para el intercambio de información de alta calidad entre las partes, los sujetos intervinientes y la autoridad judicial. De allí que la teatralización del expediente –en la que los/as abogados/as leen de forma íntegra sus escritos– o la mera utilización del lenguaje oral, pero sin confrontación ni debate, no genera información de alta calidad.

En un estudio empírico promovido por CEJA (2013) y que tenía por objeto evaluar la oralidad en las reformas procesales civiles desde una faz empírica y práctica- se constataba lo siguiente:

- (i) La jueza o juez fijan el objeto del juicio y los hechos a ser probados a partir de un formato predeterminado y abstracto siempre igual para los casos de una misma categoría. Ello afecta la correcta gestión de los recursos del sistema y también impacta en los derechos de las partes, dado que al proceder de esa manera se prescinde de las versiones sobre los hechos de las partes y se dificulta sensiblemente la presentación del caso. Ese círculo vicioso termina configurando un desincentivo para los litigantes, quienes ya no prepararán convenientemente sus casos dado que siempre deberán someterse al mismo esquema judicial y, eventualmente, su omisión pasará desapercibida;
- (ii) Existía un escaso control de la calidad de la información que los testigos aportaban al juicio, circunstancia que ocurría tanto si el examen lo realizaba el juez o la jueza como las partes;
- (iii) El análisis de la información contenida en los documentos era escaso. Cualquiera sea la metodología usada respecto de los documentos, el análisis era muy pobre respecto de la información que éstos podían aportar para la resolución del caso. Es decir, que la autoridad judicial no era ayudada en la tarea de comprender la utilidad del documento para la decisión judicial o el conflicto (Ríos, 2013).

Es decir, no se verificaba un aprovechamiento de la audiencia como instancia de análisis real y productivo de los elementos de juicio. Ello puede encontrar explicación en diversas razones. Entre otras, disposiciones legales que limitan o directamente constituyen un obstáculo para aprovechar las audiencias de juicio como una metodología de producción



de información de calidad; la inexistencia de un modelo de audiencia lo suficientemente maduro y capaz de maximizar las potencialidades de la oralidad para producir información de calidad; la conformidad con el funcionamiento de los sistemas o, la falta de capacitación y seguimiento del desempeño.

La generalización de la oralidad no ha mejorado este cuadro. El análisis efectuado en la primera sección de esta publicación permite advertir la persistencia de esos déficits. Por ejemplo, las tachas o confesión como medio de prueba o el método de debate instituido, organizado en torno al juez o jueza y sus poderes instructorios.

De allí que creamos que dos de los mayores problemas existentes en las reglamentaciones actuales sean el diseño creado para promover la búsqueda de información de calidad, donde la verdad y la autoridad siguen eclipsando el valor y potencia del contradictorio y la ausencia de comprensión de los roles de las y los actores involucrados, fundamentalmente en cuanto a entender en la práctica en qué consiste la gestión del conflicto y el método concreto que ayude a las y los litigantes a advertir qué información es la que deben poner a su consideración y cómo ésta debe ser ordenada, presentada y discutida.

Retomando lo afirmado por Ríos (2013, pág. 27) en relación a la audiencia de juicio: "No existe una única metodología para satisfacerlos. Hay una enorme heterogeneidad en la manera de proceder de las juezas y jueces. Esto nos muestra una vez más que no existe un modelo claro de audiencia y que la función de dirección de los procesos que es entregada a las juezas y los jueces no está aún dotada de contenidos que se materialicen en prácticas judiciales uniformes y por sobre todo que maximicen la satisfacción de los objetivos de esta etapa de preparación del juicio".

Si el objetivo no sólo es producir información (que vengan los testigos a prestar declaración), sino controlar su calidad (por ejemplo, analizar su credibilidad u obtener datos contrastables), debemos lograr que el sistema no sólo garantice la oralidad sino también la inmediatez y el contradictorio pero de un modo útil, activo y eficaz. Debemos profesionalizar el contradictorio, exigencia que conlleva internalizar metodologías de trabajo (teoría del caso) y técnicas de ejercicio acordes (técnicas de composición del conflicto y/o litigación).

Lo determinante para la composición de un conflicto o toma de decisión es contar con información de calidad que permita optar por soluciones racionales o decidir a derecho. El método que mejores ventajas reporta para ello es aquel que maximiza la vinculación y contacto directo de la autoridad judicial con el conflicto que se plantea ante sí, los sujetos que participan en el proceso y los elementos fácticos, probatorios y jurídicos que lo definen, a través de un contradictorio amplio. Ello supone erradicar formas, reglas o sujetos que imposibiliten, dificulten o mediaticen dicho contacto y adoptar otras que impongan el trabajo personal, cooperativo y/o confrontativo de los intervinientes.

Otro elemento fundamental para que el juicio oral pueda constituirse como un mecanismo eficiente en el control de la información, dice relación con la efectividad de las reglas de la prueba, cuestión que se desarrollaremos en el siguiente capítulo.

## VI. Las reglas probatorias como mecanismos para la composición del conflicto, la garantía del debido proceso y la calidad de la información

Como adelantamos en la primera parte de esta publicación, una de las razones fundamentales por las que se han querido instalar procesos orales es porque a través de la audiencia oral, pública y contradictoria se puede generar información de alta calidad que permite tomar mejores decisiones. Al respecto, recordamos que para cumplir dicho cometido es imprescindible contar con una adecuada regulación de las reglas de la prueba.

A continuación, y siguiendo la misma estructura teórica que usamos en el análisis comparado, precisamos las características que deben estar presentes en una regulación normativa de la prueba que operativice las reglas del debido proceso y permita, a través de una litigación estratégica y eficaz, la depuración de la información que se vierte en el juicio.

### 1. DESCUBRIMIENTO PROBATORIO: CAMBIO CULTURAL PARA UNA EXIGENCIA SISTÉMICA

Trabajar un caso implica tomar una serie de decisiones, entre ellas, seleccionar –de la historia que nuestro representado o representada nos contó– cuáles son los hechos relevantes para su posición; desestimar aquellos intrascendentes y determinar qué estrategia asumiremos frente a los desfavorables; identificar si esos hechos requieren ser probados o no y, en su caso, con qué pruebas contamos; elaborar la línea argumental; determinar la solución más satisfactoria y, de corresponder, la acción pertinente. Para todo ello necesitamos conocer.

Sin embargo, como señala Ríos (2013), los instrumentos legales son insuficientes. Existe un escaso o nulo desarrollo de mecanismos efectivos de acceso a información que las partes puedan procurarse por sí mismas. Esto se observa, en primer lugar, en la imposibilidad de las partes de conocer con un mínimo de detalle la información que detentan las y los testigos de la contraparte. No existen tampoco regulaciones que contemplen de un modo acabado de qué manera y bajo qué supuestos pueden acceder a la información que posee la contraria o que está en poder de terceros. Esto se refiere a cuestiones tales como la posibilidad de revisar los documentos y registros de las empresas o examinar ciertos lugares de interés para el caso y que son de acceso restringido.

En términos generales, la **prueba anticipada** ha sido concebida en la teoría general del proceso y de la prueba como un instrumento para que cualquiera de las partes tenga la posibilidad de resguardar, conservar y mantener ciertas fuentes de prueba antes de la interposición de la pretensión o durante su desarrollo, siempre que éstas fuesen necesarias para la resolución del conflicto y se demuestre su probable imposibilidad de producción adecuada durante la etapa probatoria.

Pero, ¿cuál es el sentido de prohibir, regular o interpretar restrictivamente la producción de algún tipo de prueba que pueda proporcionar a las futuras partes y a la autoridad judicial información trascendente y relevante en miras al conflicto, su análisis y resolución?; ¿no deberíamos repensar la posibilidad de que las partes intercambien, antes de judicializar el conflicto, la información que detentan, para evaluar así de manera informada sus posiciones

y el éxito de su eventual pretensión?; ¿cuánto ayudaría esto a componer o depurar los problemas en debate?; ¿cuánto se gana y qué se pierde con ello?; ¿es razonable exigir la deducción y tramitación de una parte sustancial del proceso para determinar si era aconsejable promoverlo? Ante estos planteos, entendemos evidente que la secuencia ortodoxa de los pasos con que se desenvuelve el proceso entra en una clara crisis. Una crisis que demanda, a nuestro modo de ver, la necesaria reformulación de aquél (Sucunza & Verbic, 2015).

Para reafirmar el carácter excepcional de la prueba anticipada también se han sumado como argumentos el posible quebrantamiento de la igualdad procesal y la garantía de la defensa en juicio. Sin embargo, en la medida en que el contradictorio esté garantizado, si se puede controlar la producción de la prueba, si ella reporta conocimiento acerca de la posición de las partes y se adquiere para el proceso, ¿cómo y en qué términos es posible sostener semejante afirmación?

El intercambio de evidencia es un elemento esencial para el funcionamiento adecuado del sistema y el logro de sus objetivos. Las **reformas en curso deberían garantizar el intercambio de la producción anticipada de prueba no sólo a efectos meramente conservativos sino también proactivos**. Esta es prueba cuya producción posibilita, mediante la información que reporta a los interesados sobre cualquier aspecto del conflicto, su autocomposición por cualquier medio adecuado de resolución de controversias o el conocimiento previo de los hechos para justificar o impedir la interposición de una demanda judicial.

Sus finalidades son: (i) facilitar la composición del conflicto a través del conocimiento que reporta a las partes la producción e “intercambio” de evidencias, promoviendo su autocomposición y evitando su judicialización; (ii) permitir la adecuada preparación del caso y proceso ante el fracaso de la solución compositiva; (iii) favorecer la comunicación entre los contendientes de manera informal y realista, en virtud del mayor conocimiento entre posibilidades de éxito y riesgos que reportan las pruebas producidas; (iv) posibilitar la fijación y comprobación de hechos fundamentales para la futura pretensión; (v) evitar la promoción de pretensiones infundadas y (vi) constituir un medio para favorecer la igualdad de armas entre las partes y evitar el perjuicio de la incidencia del tiempo en la defensa de los derechos, especialmente en aquellos casos que involucran sujetos desaventajados o en situación de vulnerabilidad.

Los modelos son múltiples y dependerán de una serie de factores, tanto culturales como institucionales. Sin embargo, cualquiera sea el modelo que se adopte, al momento de su puesta en marcha juzgamos esencial ponderar los siguientes puntos:

- (i) La necesidad de propender, desde todos los ámbitos institucionales, a fortalecer y educar al abogado/a en su rol compositivo. A través de la prueba anticipada, éstos podrán contar con una serie de elementos que les brinden un conocimiento más acabado acerca de la posición de su parte y la contraria, lo cual incidirá directamente en su actitud y en el impulso de la composición del conflicto;
- (ii) La exigencia de que las interpretaciones que efectúen los jueces y juezas en torno a la admisibilidad del instituto no cercenen su utilización, sino que tiendan a favorecerla. En ese sentido, deberá procurarse que no se construyan hermenéuticas ancladas en la tributación del “proceso por el proceso” que limiten la herramienta y se erijan –directa o indirectamente– en una forma de defensa reactiva del status quo.

- (iii) La conveniencia de utilizar las herramientas de gestión que brinda toda reglamentación (por ejemplo, sanciones, imposición de costas, distribución de la carga de la prueba, etc.), para generar incentivos en la utilización y rendimiento de la prueba anticipada, evitando al mismo tiempo los abusos en este campo. Esto cobra especial relevancia frente a la presencia de sujetos en condiciones de desigualdad estructural.

El intercambio y/o producción debería admitirse en cualquier momento –previo al inicio del proceso o durante el mismo– y sin necesidad de acreditar finalidad alguna. Como (des) incentivo para un uso abusivo, podría denegarse la medida probatoria requerida cuando la información solicitada esté razonablemente a disposición de quien la solicita o el costo del descubrimiento propuesto supere su beneficio probable, considerando las necesidades del caso, la relevancia social o monto en controversia, los recursos de las partes, la importancia de los temas en juego y su incidencia en la resolución de los problemas. También debería preverse la posibilidad de disponer una distinta de la solicitada, cuando se pueda obtener a través de algún medio o fuente más conveniente o menos onerosa.

## 2. CARGA DE LA PRUEBA: REPENSAR SU SENTIDO Y ALCANCE

Siendo que la definición precisa de la carga de la prueba ha sido compleja y su aplicación práctica sistemáticamente fragmentaria y errática, desde ciertos sectores directamente se ha replanteado la viabilidad y vigencia del concepto. Algunos sostienen que la institución tendría que desaparecer, en tanto sería inútil a los fines del enjuiciamiento que se forma con la libre valoración de la prueba por sí sola.

En ese sentido, Nieva Fenoll (2019) precisa que todo cambió con la introducción del sistema de libre valoración de la prueba. Justo en ese momento decae la utilidad que hasta entonces había tenido la carga de la prueba. Y es que ya no importa quién debe probar qué hecho, sino determinar la realidad en general, es decir, la averiguación del hecho, con independencia de quién aporte la prueba.

A ello añade que la insuficiencia de prueba se puede descubrir solamente tras haber intentado valorar la evidencia existente, aunque sea mínima. De ese modo se produce un desplazamiento del momento procesal en el que se tiene presente la carga de la prueba: no ya al principio del proceso como había sucedido antaño, sino directamente al final, en el momento del juicio, tras el fracaso de la valoración de la prueba. Sin embargo, todo ello ya no forma parte de un reparto de cargas, ni siquiera de una cuestión de “cargas”.

De allí que Nieva Fenoll (2019) sostenga que el proceso deba estructurarse sin una carga de la prueba. En un proceso se valora la prueba y deben optimizarse al máximo las oportunidades de hacerlo. Tras ello, si queda algún hecho ignoto y ante la necesidad de evitar un non *liquet* que crearía mayor conflictividad social, lo que hay que hacer es simplemente no darlo por probado. Y ante esa situación, no se puede aplicar la norma jurídica que parte de su existencia.

Por su parte, Ferrer Beltrán (2019) sostiene que el concepto que ha dejado de tener sentido es el de *carga subjetiva de la prueba*, manteniendo viabilidad la corriente objetiva. Refiere que las dos supuestas dimensiones o facetas de la carga de la prueba son, en realidad, reglas totalmente distintas que se dirigen a sujetos diversos, tienen una fuerza normativa distinta y regulan actividades probatorias diferentes.

A partir de allí, afirma que ya no puede sostenerse que, para la parte en quien se hace recaer la carga subjetiva de la prueba, documentar la ocurrencia del hecho sea condición necesaria para poder obtener un resultado probatorio favorable. Ese resultado puede obtenerse perfectamente de la actividad de otros agentes en el proceso. Con ello, la carga subjetiva de la prueba se derrumba.

También Giannini (2019) plantea una intensa revisión del concepto de “**carga dinámica de la prueba**”, sosteniendo la utilidad de distinguir dentro del concepto de carga de la prueba, su alcance tradicional (carga de probar *stricto sensu*), de la carga de colaborar o de producir evidencia.

En esa inteligencia, postula que la carga de probar se refiere al imperativo de despejar la incertidumbre sobre un hecho o conjunto de hechos para evidenciar una decisión adversa sobre una alegación fáctica. En cambio, la carga de producir evidencia, como manifestación del principio de colaboración, no sienta una regla sobre el modo de decidir la incertidumbre, sino una exigencia de contribuir en el esclarecimiento de los hechos requiriendo a las partes que aporten información con ese objetivo, atendiendo a su mejor posición relativa para hacerlo.

De allí sus conclusiones: (i) esta forma de distribución “dinámica” de la carga de cooperar o de producir evidencia, no implica inversión o modificación de la carga de probar y (ii) no es adecuado asignar el peso de esta incertidumbre sobre quienes están mejor posicionados para clarificar un hecho controvertido que no puede ser esclarecido, pero es razonable sancionar con una intensa presunción contraria a la parte que, estando en condiciones de alcanzar el estándar de prueba requerido para probar el hecho, no produce o aporta dichos elementos, especialmente cuando la contraparte ha tenido desiguales oportunidades para hacerlo.

Por su parte, como pudimos advertir en el análisis comparado, las reformas han adoptado criterios dispares. Todas conservan como pauta general el criterio tradicional del *onus probandi* (quien alega, prueba), pero sólo algunas receptan las cargas dinámicas o reglas de modulación al criterio general. Entre otros, Brasil (artículo 373, CPC) y Colombia (artículo 167, CGP), le otorgan a la autoridad judicial la facultad expresa de distribuir la carga de la prueba teniendo en cuenta la cercanía o facilidad de obtener el material probatorio.

No obstante, los marcos procesales que aceptan la *carga dinámica* sólo la regulan en sus aspectos generales. Sin embargo, existe una serie de interrogantes vinculados a su alcance, administración y aplicación que hubiera sido conveniente precisar. Por ejemplo, ¿en qué momento la autoridad judicial se formará la convicción de que un caso en concreto necesita una distribución de la carga probatoria distinta a la consagrada en la ley?; ¿en qué momento lo anunciará a las partes?; ¿en base a qué información se forma la convicción y toma esta decisión?; ¿dicha información es de calidad?; ¿cómo nos cercioramos de ello?; ¿qué podrán hacer las partes?

Algunos de esos interrogantes podrán resolverse a través de la remisión sistémica, apelando a los principios estructurales del proceso y reglas afines. Por ejemplo, discutir sobre la facilidad probatoria al analizar la admisibilidad de la prueba en la audiencia preliminar, reforzando el contradictorio y la posibilidad de ofrecer contrapueba en su caso. Otras dudas se irán (o continuarán) despejando jurisprudencialmente (por ejemplo, el alcance de la noción

de disponibilidad y facilidad probatoria). Sin embargo, en ambos casos, es deseable que el legislador o la legisladora prevean **reglas más claras en torno a la integración sistémica de una institución no pacífica, el esclarecimiento de las facultades de todos los sujetos intervinientes y la optimización de su funcionamiento.**

En correlato con lo expuesto, consideramos que las futuras reformas deben repensar el alcance y sentido de la carga de la prueba, complementándola con el deber de colaboración, la construcción de indicios graves a partir de su incumplimiento y la posibilidad de discutir abiertamente en torno a la carga y deber de colaboración.

### **3. ADMISIBILIDAD Y EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA COMO FILTROS**

El conjunto de reglas que determinan la admisibilidad o exclusión de un medio probatorio es fundamental para el funcionamiento de procesos orales y, sobre todo, para que la audiencia de juicio cumpla sus objetivos. Como adelantamos en la sección primera, es un desafío común en ésta dotar de claridad conceptual y práctica al contenido de estas reglas exclusión.

Un elemento prominente a la hora de crear las respectivas reglas probatorias, pasa por entender que **la admisibilidad y exclusión de la prueba constituyen un filtro fundamental.** El funcionamiento adecuado de un sistema oral por audiencias dice relación con los criterios y el debate en torno a este elemento. Esto es así pues, por su intermedio, se resguarda la eficacia y eficiencia del proceso.

Las reglas que definen el sentido y ejercicio de la admisibilidad probatoria deben reconfigurarse, a fin de erigirla como un momento central en que todos los sujetos intervinientes discuten activamente en torno a la necesidad y pertinencia de la evidencia propuesta. En general, las audiencias preliminares o preparatorias del juicio son un momento crucial para este debate que tendrá altas probabilidades de ser de calidad si es que la normativa regula adecuadamente los respectivos criterios, requisitos y un contradictorio robusto; y se administra de forma eficaz.

Sin embargo, este tema suele complejizarse porque no sólo existen diferencias terminológicas sino discrepancias interpretativas en torno al sentido y alcance de los requisitos de admisibilidad y exclusión. Aquí emergen conceptos como **licitud, legalidad, relevancia, conducencia, pertinencia o necesidad.**

Recordemos que la noción de admisibilidad nos refiere a la **legalidad sustancial o formal** de la prueba. A este respecto vale recordar que la legalidad refiere a la no prohibición legal del medio probatorio y la ilicitud, al medio probatorio “cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental” (Picó, 2005).

Así, la evidencia (fuente y medio) debe ser admisible cuando su utilización no se encuentra prohibida por la ley, no hubiera sido obtenida con vulneración de derechos o garantías fundamentales y se ofreciera en la oportunidad, modo y forma que prescribe el sistema. Por ejemplo, es inadmisibles la prueba ilícita o aquella que se encuentra excluida por ley tanto en normas sustantivas como procesales.

El segundo filtro que debemos controlar en el análisis de la admisibilidad probatoria es si la evidencia es *pertinente*. La pertinencia se pregunta si el medio de prueba escogido resulta idóneo para extraer de la fuente probatoria el conocimiento que se pretende de ella. Es decir, nos exige reparar en si existe relación apropiada o lógica entre el medio escogido y la fuente de prueba. De ese modo, cuando “un medio de prueba tiende a hacer más o menos probable la existencia del hecho que se alega”, es pertinente (Marín, 2018).

Otro criterio básico es el de *relevancia de la prueba*, el que tiene por lo menos dos dimensiones. El primero está dado por la denominada “*relevancia lógica*”: La Corte Suprema de Justicia de Canadá, en el caso R. v. Arp del año 1998, definió con claridad este nivel de la relevancia: “Para ser lógicamente relevante, un elemento de evidencia no tiene que establecer firmemente, bajo ningún estándar, la verdad o falsedad de un hecho en cuestión. La evidencia simplemente debe tender a aumentar o disminuir la probabilidad de la existencia de un hecho”.

La segunda dimensión de análisis, denominada “*relevancia legal o pragmática*”, consiste en “un análisis de costo y beneficio en el que el juez debe pesar los aspectos favorables que la introducción de dicha prueba puede producir en juicio en contra de los potenciales perjuicios que pudiera generar su incorporación al mismo” (Duce & Riego, 2012). Las posibles dimensiones de la “*relevancia legal o pragmática*” pueden extraerse, a modo de ejemplo, de la regla de evidencia 403 de Puerto Rico, que establece: “Evidencia pertinente puede ser excluida cuando su valor probatorio es sustancialmente superado por cualesquiera de estos factores: a) riesgo de causar prejuicio indebido; b) riesgo de causar confusión; c) riesgo de causar desorientación en el jurado; d) dilación indebida de los procedimientos; e) innecesaria presentación de prueba acumulativa”. Según los canadienses Paciocco y Stuesser, es importante no confundir la “*relevancia*” y el “*peso*” de la evidencia. Si bien la relevancia describe la tendencia de la evidencia a respaldar inferencias lógicas, el concepto de “*peso*” se refiere a qué tan “*probatoria o influyente es la evidencia*” (Paciocco & Stuesser, 2015). Tal como se observa, se trata de una dimensión que favorece un juicio de ponderación sobre la calidad de la información que aporta la prueba.

Ligada también a la idea de pertinencia aparece la noción de *conducencia de la prueba*. De esa manera, la prueba es conducente cuando se constata adecuación entre ella y los hechos controvertidos en el proceso de forma que sirven para esclarecerlos.

Otro criterio común es que el medio probatorio que se presenta sea *necesario* o, dicho de otro modo, no excesivo o sobreabundante. Consideramos que el sentido de este tipo de norma se encuentra en la exigencia de hacer un uso racional de los recursos. Por consiguiente, una prueba debería admitirse en la medida en que sea indispensable para acreditar un hecho determinado.

La *necesidad o utilidad de la prueba* se deberá ir evaluando caso a caso. Eso sí, debe tenerse presente que el criterio numérico a veces funcionará y otras veces será totalmente irrelevante. Por ejemplo, si se ofrece gran cantidad de prueba pero para probar distintos hechos, no sería sobreabundante. O por el contrario, si se ofrece mucha prueba para probar un mismo hecho, pero cada medio probatorio aporta un elemento diferente para hacer más probable su ocurrencia, tampoco estaríamos en un escenario de sobreabundancia. También se deberá tener presente que en algunos casos se debe recurrir a la prueba indiciara y que entonces se podrá estar presentando prueba para probar un hecho accesorio, la que tampoco catalogaría como excesiva (Marín, 2018, pág. 184).

Junto con procurar clarificar las nociones e introducir estándares más claros, el acento debe ponerse en el rol del juez o de la jueza, la estrictez de la discusión de admisibilidad, el fomento de la contradicción, el respeto de la congruencia y la proscripción de sorpresas (que generen indefensión o frustración en la posibilidad de producir pruebas de desacreditación) del órgano judicial o las partes.

Si luego de realizado un contradictorio robusto existiesen dudas sobre la necesidad o conducencia de la prueba, el sistema debe posibilitar su incorporación. Éste es otro principio que debe incluirse y ponderarse. También sería deseable imponer como exigencia el deber de fundar adecuadamente la decisión en torno a la admisibilidad, circunstancia que mejora el ofrecimiento de razones en un aspecto central para la suerte de los derechos.

### *Pruebas sin tachas: libertad probatoria como eje*

La posibilidad de probar debe ser instituida expresamente en cualquier régimen como un derecho en sí y como parte o presupuesto fundamental del debido proceso (individual y colectivo). A partir de esa premisa, deben adoptarse reglas que permitan reforzar su ejercicio, amplificando la incorporación de fuentes de conocimiento para la acreditación de los enunciados de hecho de las teorías del caso y la composición o justa resolución del caso.

En consonancia con lo expuesto, **debe instituirse un sistema de libertad probatoria que suponga:**

- (i) La eliminación de cualquier tipo de tacha o prueba legal tasada;
- (ii) La limitación reglamentaria de las causales de excepción a su mínima expresión (con reglas claras como la relevancia o pertinencia de la prueba como criterio principal de exclusión) y la incorporación de reglas interpretativas que refuercen su carácter excepcional (por ejemplo, orden público o moralidad pública) y
- (iii) El reconocimiento de cualquier tipo de fuente y medio para llevar a juicio información relevante, sometiendo su calidad al filtro del contradictorio.

## **4. AMPLITUD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA Y CONTRADICTORIO EFECTIVO PARA SU PRÁCTICA Y CONTROL**

En línea con lo que hemos venido manifestando, un modelo regulatorio preocupado por la corrección de su solución y la calidad de la información, debería **amplificar los medios probatorios eliminando condicionamientos en la obtención de información**. Ello comprende un sinnúmero de modificaciones que van desde reconocer la posibilidad de que las partes declaren voluntariamente (garantizando su derecho constitucional a ser oídas), hasta eliminar las tachas como mencionamos en el apartado anterior.

Por ejemplo, y como vimos en la primera sección, el problema central que la mayoría de las regulaciones presenta en materia de **prueba testimonial**, es que esa idea amplia de testigo-testimonio se ve seriamente restringida debido al sistema de tachas que conservan. Es decir, la evidencia (fuente y medio) se ve condicionada por una disposición legal que nada tiene que ver con las aptitudes de percepción del testigo ni con la información que puede aportar al proceso, sino por un (pre)juicio y preconcepto legal basados en una condición



personal. En vez de discutir sobre la credibilidad del testigo y la razón de sus dichos, robusteciendo el contradictorio, se mantienen tachas personales.

También deberían transformar su modalidad de producción todos los medios de prueba, a fin de habilitar su actuación oral, su discusión en juicio y el efectivo contradictorio, garantizando, por ejemplo, el derecho a contradecir en audiencia de juicio la prueba trasladada o extraprocetal, aun cuando se hubiera producido en otra instancia con intervención de la contraparte.

Asimismo, en el examen y contraexamen de testigos no sólo correspondería eliminar los pliegos, sino organizar mejor el interrogatorio, la discusión sobre su credibilidad y la razón de sus dichos. Su aptitud en la percepción o vinculación con la adquisición de la información no suele tener un lugar destacado. Si bien todas las regulaciones exigen que el testigo dé razón de sus dichos (lo que supone explicar lo que dice, cómo y por qué), el método para la obtención de esas razones incidirá directamente en la posibilidad de su obtención, control y, por consiguiente, en la calidad de la información aportada. La injerencia del juez o de la jueza en el interrogatorio como desincentivo para generar un contradictorio robusto y preocuparse por la asimilación imparcial de la información vertida por el testigo; las tachas como inhabilidad en abstracto o la falta de percepción del carácter controversial y complejo del testimonio como fuente de evidencia, conspiran contra la posibilidad de generar información adecuada, fiable e idónea para la decisión correcta del conflicto.

Algo similar ocurre con la calidad de la información que aporta la **prueba documental** al proceso. Esto es así ya que la mayoría de las regulaciones no presenta reglas claras sobre cómo litigar (hacer hablar) esos documentos; contiene presunciones rígidas asociadas a la naturaleza del instrumento o a su desconocimiento o no se garantiza una discusión abierta en torno a la generación, circunstancias y alcance de la información contenida. De allí que consideremos que debe instituirse la sustentación y defensa de la prueba documental como si fuera prueba viva en la propia audiencia.

Un punto por destacar es que todos los Códigos Procesales reformados en América Latina durante la última década, instituyen el principio de libertad en los medios de prueba aunque con los límites consabidos de que no afecten la moral, el orden público, la libertad personal de los litigantes o terceros o que no estén prohibidos para el caso. El reconocimiento de estas excepciones es inevitable. Lo que sería deseable es que se incorporen pautas reglamentarias para su adecuada administración y se construya una hermenéutica deferente a la amplitud probatoria, interpretando de forma restrictiva dichos conceptos.

También correspondería prever sistemas de control y seguimiento de la gestión probatoria y la instrumentación de medidas correctivas o sancionatorias, en tanto aspecto clave para la consecución de un eficaz proceso por audiencias.

El período probatorio es un agujero negro del proceso. Básicamente, porque nadie lo gestiona ni controla. Entre otras medidas, la Oficina Judicial podría controlar la producción de prueba o, en relación a una parte o tercero, podrían imponerse sanciones, comunicar la conducta a efectos disciplinarios o penales, exigir la utilización de la fuerza pública o disponer cualquier otra medida que posibilite la realización de la fuente, tipo o medio de prueba ofrecido, la participación de cualquier sujeto o el intercambio o incorporación al proceso de la información exigida.

Un problema latente en cualquier sistema de justicia, respecto de los cuales los Códigos Procesales no suelen brindar respuestas adecuadas, son el financiamiento de los costos por anticipos de los que cuentan con beneficio de litigar sin gastos o exenciones legales y la construcción de un diseño que articule adecuadamente los sistemas públicos y privados, construya herramientas de financiamiento, fije pautas claras en torno a la regulación de honorarios y garantice el cobro oportuno.

En relación con el punto, resulta necesario propiciar un abordaje integral; la constitución de fondos público-privados para casos de exención legal; la incorporación de reglas de regulación para un proceso oral (que exige presencia y trabajo en audiencia); la determinación de pautas interpretativas para limitar la discrecionalidad del juez en la regulación; la incorporación de una pauta de exigibilidad distinta (por ejemplo, cobro de honorarios a partir de la defensa del dictamen en audiencia); la posibilidad de imponer como carga, vía legislativa, la obligatoriedad de todo profesional que desempeñe actividades que revistan interés público de dictaminar en una o dos causas al año y/o en su defecto, ejecución provisional o especial para esta clase de costos procesales.

### *Iniciativa probatoria de parte como regla general*

A fin de resguardar los valores y principios propios de un proceso oral, la **iniciativa probatoria debe ser potestad de las partes**. Son ellas quienes tienen interés, conocen el conflicto y las teorías del caso a partir de las cuales estructuran su pretensión. Por ende, la respuesta racional para obtener la información de mayor calidad es **habilitar el contradictorio más robusto posible** bajo condiciones igualitarias, evitando interferencias o externalidades indeseables. De allí que consideremos que un régimen racional debe preocuparse por generar esas condiciones, promoviendo un primer momento de gestión del caso (audiencia preliminar) fuerte y construyendo una audiencia de juicio para y desde las partes.

En el proceso judicial, en función de los modelos que en concreto se definan, el juez o la jueza podrán tener o no –en general o en ciertos supuestos excepcionales– iniciativa probatoria o facultades para participar en su producción. Éste es un debate que debe profundizarse, tanto por su riqueza como por la constante generalización y simplificación a la que se lo ha sometido. Asumir que el vínculo del juez o la jueza con la prueba no es monolítico sino que tiene muchas aristas y renovar la visión desde las destrezas de litigación y la práctica de la oralidad, pueden aportar frescura y pragmatismo a este debate. Sin embargo, cualquiera sea la decisión legislativa, lo que inexorablemente deberá respetarse serán los principios de contradicción e igualdad que son la razón de ser del debido proceso (individual o colectivo). Inclusive, sería deseable que aun aquellos sistemas que opten por reconocer facultades probatorias a los jueces y juezas, organicen un contradictorio racional. Esto es, que la discusión se estructure, comience y desarrolle desde las partes y su confrontación y no desde la autoridad judicial.

También debería incluirse el deber de garantizar que las partes puedan argumentar aun en cuestiones que se deciden de oficio, imposibilitar la incorporación de prueba trasladada o anticipada que no haya sido debidamente contradicha y establecer reglas interpretativas que maximicen el contradictorio (exigir, por ejemplo, que la documental sea tratada y presentada en la audiencia de juicio como prueba viva).

## 5. SISTEMAS DE VALORACIÓN: NECESIDAD DE PRECISIONES

Otro punto problemático que es necesario revisar y profundizar, son los sistemas de valoración. Ninguno de los Códigos Procesales sancionados en la región concibe con claridad y contundencia un sistema de libre valoración de la prueba que se construya epistémicamente desde una concepción racional.

En general, no existen pautas claras o estándares metodológicos o interpretativos que guíen la mecánica de valoración de la prueba. Sólo se incorporan reglas rudimentarias asociadas a cuestiones generales. Entre ellas, el deber de apreciar las pruebas en conjunto tomando en cuenta la individualidad de cada una de las producidas; de considerar todas y cada una de las pruebas producidas, individualizando cuáles ayudaron a formar convicción y cuáles fueron desestimadas, fundamentando su criterio o, cuando más de una prueba se haya dirigido a determinar la existencia de un mismo hecho o el modo en que se produjo, el deber de ponerlas en común, con especial motivación y razonamiento del resultado final al que se llegue.

Por ello, es fundamental incorporar precisiones en torno al sistema de libre valoración de la prueba, a fin de construir una epistemología valorativa más racional.

La valoración de la prueba ya no puede descansar en la sana crítica como concepto genérico, sino que deben introducirse exigencias vinculadas a la lógica, científicidad y argumentación. Deben incorporarse reglas y estándares interpretativos con la finalidad de que cualquier decisión que se tome sea legítima y aceptable racional y socialmente por todos los auditorios con los cuales dialoga (las partes, sociedad y comunidad internacional).

Inclusive, consideramos fundamental incorporar el estándar de prueba preponderante, el cual prescribe que el juez o la jueza sólo determinarán como ciertas las afirmaciones de una parte cuando, del análisis conjunto de la prueba incorporada, estime que su ocurrencia es más probable que su inexistencia o no ocurrencia.

## VII. Procesos colectivos

### 1. FINALIDADES DE LOS PROCESOS COLECTIVOS: RAZONES QUE JUSTIFICAN SU UTILIDAD Y EXPLICAN SU OMISIÓN

Si la conflictividad colectiva es un dato inevitable de la realidad y los textos constitucionales reconocen los derechos colectivos, ¿qué explica la omisión reglamentaria o los déficits regulatorios existentes?

Las finalidades que persiguen los procesos colectivos son las ventajas que justifican su necesidad y, al mismo tiempo, parte significativa de las razones que explican la ausencia de reglamentación adecuada en los Estados. ¿Cuáles son esas finalidades?<sup>69</sup>

- a) *Mejorar el acceso a la justicia.* La primera finalidad de los procesos colectivos es mejorar el acceso a la justicia de ciertos grupos de personas, especialmente de aquellos estructuralmente vulnerables o desaventajados. Esto opera en diversos sentidos. Nos interesan especialmente tres.

El primero es que los procesos colectivos permiten resolver el problema de las pretensiones no recuperables individualmente (por las cuales nadie racionalmente litigaría). Como expone Issacharoff (2013), el objetivo que se encuentra en el corazón del mecanismo de acciones de clase es sobrellevar el problema de la falta de incentivos para promover una acción individual cuando las pretensiones son de escasa cuantía. Una acción de clase soluciona este problema al agregar las relativamente insignificantes y potenciales pretensiones y convertirlas en algo que amerite el trabajo de alguien.

El segundo dice relación con la eliminación de obstáculos sociales, culturales, económicos o políticos que conforman barreras al acceso a la justicia o la drástica reducción de su incidencia en la exigibilidad de derechos. Sea por la posibilidad de representatividad atípica, el interés que concitan o las características del marco de discusión, este tipo de herramientas permite mejorar el acceso a la información de los afectados, reducir los costos del proceso (de abogados o de erogaciones para la instrucción del caso) o equiparar fuerzas con aquellos que son litigantes habituales del sistema.

El tercero es que consolida la noción de acceso a la justicia desde una perspectiva estructural (no clásica, defensiva e individual), vinculada a una idea amplia y sustantiva de ciudadanía política. De ese modo, el acceso a la justicia es entendido y evaluado como una forma de participación política e inclusión constitucional.

---

<sup>69</sup> Estas finalidades deben ser consideradas por el órgano judicial y las partes como pautas interpretativas para resolver cualquier conflicto hermenéutico que pueda presentar la aplicación de las reglas existentes, así como también para determinar la razonabilidad de las ponderaciones que hagan los tribunales al administrar el proceso y resolver situaciones procesales y sustanciales específicas.

Opera como una dimensión del principio de igualdad y no discriminación y como un elemento asociado a la legitimidad participativa de la democracia constitucional<sup>70</sup>.

- b) *Maximizar la eficiencia y efectividad.* En segundo lugar, los procesos colectivos permiten maximizar la eficiencia y la efectividad en la resolución de conflictos repetitivos o complejos por parte del sistema de justicia. Las acciones de clase evitan el contradictorio superfluo. Esto es, discutir en cada conflicto individual las cuestiones que son comunes a todos ellos. Por consiguiente, reducen drásticamente los tiempos y costos a través de una verdadera economía de escala.
- c) *Promover la modificación de ciertas conductas.* A través de una acción colectiva se busca promover la modificación de conductas activas u omisivas que afectan derechos de grupos de personas. Como señala Taruffo (2001), muchas acciones colectivas son promovidas con el objetivo de obtener nuevas regulaciones legales o comportamientos acordes con determinados valores y estándares de conducta que se consideran preferibles para la protección de los sujetos involucrados o afectados colectivamente.

Esta modificación de conductas lesivas está presente en toda clase de conflictos, pero se acentúa en aquellos procesos colectivos estructurales. La principal característica de estos últimos es que versan sobre cuestiones estrechamente relacionadas con distintos tipos de políticas públicas y derivan en la imposición de órdenes complejas, tanto en lo que hace a la definición de sus contornos como en cuanto a su ejecución. La denominación "estructural" de las sentencias dictadas en estos procesos viene dada por el hecho de que, por su intermedio, los tribunales de justicia se involucran en la gestión de estructuras burocráticas y asumen cierto nivel de supervisión sobre políticas y prácticas institucionales de diversa índole. Son estas características propias de la orden contenida en la sentencia las que permiten diferenciar los procesos colectivos de reforma estructural de aquellos procesos colectivos "ordinarios" (Verbic, 2017).

- d) *Obtener soluciones igualitarias para conflictos repetitivos o estructurales,* fortaleciendo la legitimidad del sistema frente a la sociedad.
- e) *Favorecer la amplitud, transparencia y calidad de la discusión pública,* fundamentalmente en aquellos conflictos colectivos que involucran el control judicial de constitucionalidad y convencionalidad de políticas públicas. Esto trae consigo una redefinición de las funciones de Estado y sus roles en el marco de sociedades democráticas, obligando a repensar los términos en que dialogan y el alcance sustantivo o procedimentalista del Poder Judicial en la justiciabilidad de derechos.

<sup>70</sup> Haciendo foco en la vinculación entre el acceso a la justicia, los elementos arquetípicos del Estado Social de Derecho y los mecanismos de igualdad, Abramovich destaca que el acceso a la jurisdicción actúa como una forma de participación en la esfera política que adquiere un rol destacado en función del deterioro de otros canales institucionales propios del juego democrático (Abramovich, 2009).

Como postula Verbic (2017), las consecuencias sociales, políticas y económicas que genera el corrimiento en el ámbito de discusión de tales asuntos para los departamentos de Estado naturalmente políticos, son verdaderamente trascendentes. Entre ellas pueden señalarse:

- (i) Imposibilidad de esgrimir razones de mérito y conveniencia para postergar decisiones cuando hay derechos fundamentales afectados y consiguiente obligación de instrumentar soluciones aun en situaciones de crisis y limitaciones presupuestarias para garantizar el mínimo existencial de tales derechos;
- (ii) Severa restricción en el manejo del tiempo de las decisiones;
- (iii) Puesta en juego de la responsabilidad política y personal de las y los agentes, y funcionarios y funcionarias encargadas de tomar tales decisiones;
- (iv) Aumento de la exposición mediática de los asuntos, lo cual produce un reposicionamiento de los factores de poder y genera una mayor transparencia en la discusión al permitir mayor control social;
- (v) Traslado del poder de decisión sobre asignación de recursos presupuestarios, al menos indirectamente, a manos distintas que las elegidas por mayoría democrática para tomar tales decisiones y,
- (vi) Obligación de discutir en base a reglas iguales para todas las partes involucradas en el conflicto y frente a un tercero imparcial, quien debe resolver el asunto justificando su decisión conforme a derecho y no en base a directrices políticas (2017).

Como el anverso y reverso de una moneda, el poder y la amenaza que suponen los procesos colectivos como instrumentos de cambio y disputa de intereses es lo que explica la (violación al derecho al debido proceso colectivo por) omisión o déficit reglamentario. Para la ciudadanía, son una herramienta de empoderamiento formidable, se la aborde desde una visión sustantiva o procedimentalista de la justicia porque facilitan el control, la rendición de cuentas y cambio (estructural) en relación a conductas lesivas de agentes públicos o privados, particularmente de aquellos asociados a la planificación, ejecución, monitoreo y evaluación de políticas públicas desde un enfoque de derechos. Para los grupos de interés y el Estado, representan, en cambio, una amenaza al status quo.

Como expone Abramovich (2007, pág. 249-251), operan "como un acelerador muy importante que permite dialogar o confrontar con los protagonistas del conflicto, fijar temas en la agenda del debate social, cuestionar los procesos de definición e implementación de políticas de Estado, el contenido de esas políticas y sus potenciales impactos sociales o, ante omisiones de las autoridades gubernamentales, activar procesos de toma de decisión de políticas públicas o impulsar reformas de los marcos institucionales o legales en que se desarrollan". Ello explica también por qué los Estados están de acuerdo en reglamentar los procesos colectivos para conflictos ambientales o de consumo (donde la sociedad civil suple o complementa su condición de policía administrativa) y se muestran reacios en otras áreas.

## 2. **DEBIDO PROCESO COLECTIVO Y CARACTERIZACIÓN DE LA REGLAMENTACIÓN ADECUADA**

El **debido proceso colectivo debe ser un derecho procesal fundamental**. Ello supone un cambio radical de paradigma en los esquemas de empoderamiento y exigibilidad de derechos.

El derecho al debido proceso colectivo sería aquella prerrogativa (en sí, instrumental) que reconoce y garantiza que todo conflicto en el que se disputen derechos colectivos, deba ser tramitado observando las garantías propias del procesamiento colectivo que comprende un conjunto de reaseguros (comunes y especiales) tendientes a efectivizar el ejercicio, defensa, discusión y resolución adecuada del conflicto colectivo en clave colectiva.

Verbic (2015) expone que la identificación y determinación de los alcances del derecho a un debido proceso colectivo configura una tarea conceptual útil para establecer las características esenciales que debería tener una legislación adecuada en la materia (cuya sanción se presenta como algo urgente), así como también para disponer –en el mientras tanto– de la mínima seguridad jurídica que exigen las trascendentes discusiones desarrolladas en este tipo de procesos sobre delicados asuntos sociales, políticos y económicos que involucran a grandes grupos de personas.

La reglamentación del debido proceso colectivo debería estructurarse de modo sistémico e integral dentro y a partir del propio Código Procesal. Esto es, trabajar desde la conflictividad, unificando regulaciones, integrando mecanismos consensuales y adjudicativos, regulando adecuadamente la dimensión individual y colectiva y sus relaciones. Cuando se opte por escindir la conflictividad (individual y colectiva) en dos regulaciones diferenciadas, lo que debe procurarse es que se sancione un régimen único y uniforme (sea una ley o un Código de Procesos Colectivos).

En cualquier supuesto, la reglamentación del mecanismo de procesamiento y resolución de conflictos colectivos debe ser de orden transustantivo. Esto es, aplicable con independencia de la materia de fondo sobre la cual verse el conflicto en cuestión. Este tipo de esquema de procesamiento transustantivo no implica negar la existencia de particularidades en función de ciertos sujetos, bienes y conflictos. De ese modo, la ley debería contener un conjunto de reglas generales (comunes a todo proceso) y otras especiales (propias de ciertos sujetos o bienes). Estas reglas especiales deben ser sólo las estrictamente necesarias.

### *Deber de adoptar medidas adecuadas*

La reglamentación del debido proceso colectivo, su operatividad y la de los derechos claves asociados deben ir acompañadas de una serie de políticas, acciones y decisiones provenientes especialmente del Poder Ejecutivo y Legislativo, tendientes a garantizar su ejercicio y observancia en clave colectiva. De ese modo, deberán diseñarse políticas y asignarse los recursos que permitan viabilizar la estructura necesaria para llevar adelante una discusión colectiva. Entre otras, capacitar a las y los operadores jurídicos involucrados; difundir, promocionar y educar en la exigibilidad y justiciabilidad de estos derechos; adaptar el sistema de notificaciones e infraestructura; garantizar la gratuidad en el acceso de ciertos grupos desaventajados o generar reglas especiales en torno a los honorarios.

### *Deber de aplicación, adaptación e interpretación judicial inmediata*

El reconocimiento constitucional de la dimensión colectiva y del debido proceso colectivo en particular, genera para la judicatura el deber de aplicarlo e interpretarlo independientemente de la existencia de normas reglamentarias. Planteado un caso colectivo, el diseño judicialista del Estado no puede negar su procesamiento.

De allí que la ausencia de reglas adecuadas produzca aún mayores obligaciones para los jueces y juezas, pues no hay manera de que procesen un conflicto colectivo en legal forma sin reglas de discusión de esa naturaleza. Por tanto, magistrados y magistradas deberán acentuar su rol de gestoras del proceso, las facultades que detentan a tal fin, las normas existentes en los distintos ordenamientos y la analogía, a fin de dotar a la discusión colectiva de instituciones y mecanismos acordados para tramitar y decidir esta clase de pretensiones.

Analizando las afectaciones colectivas a derechos humanos y la garantía de vías judiciales para su defensa en el marco universal y regional, Courtis (2007, pág. 552) ha señalado que "(...) de no existir recursos o acciones judiciales que permitan la revisión judicial de afectaciones colectivas a derechos humanos, el Estado tiene la obligación de dictar legislación creándolas. De no existir estas acciones en la legislación, los jueces tienen la obligación de adecuar las existentes para dar efectos a los tratados invocados".

### *Presupuestos de mínima de la reglamentación*

La complejidad y el dinamismo de esta clase de procesos exigen disposiciones flexibles que permitan su adaptación a las características del conflicto y pretensión interpuesta. Sin embargo, existe una serie de presupuestos mínimos que cualquier regulación en la materia debiera aceptar. Esos elementos constituyen el núcleo duro de la noción de debido proceso colectivo constitucional. Su falta de regulación o inobservancia en la gestión y procesamiento de un conflicto colectivo conllevará su invalidez e ineficacia. Reseñaremos cada uno de ellos, brindando algunas pautas elementales.

- a) *Acceso a la justicia colectiva*: dicha garantía comprende el ingreso, permanencia, decisión y ejecución de conflictos y decisiones colectivas. Para ello debe garantizarse la existencia de reglas, vías y una estructura de incentivos adecuados que favorezcan y faciliten su uso. En particular, la creación de exenciones o beneficios de justicia gratuita para sujetos o bienes de tutela preferente o de fondos para el desarrollo de esta clase de procesos. Recordemos que las acciones colectivas constituyen un mecanismo de control público relevante, por lo que garantizar su ejercicio tiene un fin no sólo personal sino público-social.
- b) *Caso o causa colectiva*: en la asunción de la dimensión colectiva importa la consolidación de la idea de caso o causa colectiva, en tanto elemento definitorio para la apertura en instancia jurisdiccional. Esto deja en evidencia no sólo la ruptura paradigmática con su símil de caso o causa individual, sino también la necesidad de que esa controversia se tramite en clave colectiva, el deber de adoptar todos los medios (reglas y estructura) para que así sea y la resignificación del rol del Poder Judicial dentro de la estructura de división de funciones del Estado.



- c) *Determinación temprana de reglas*: constituye un derecho de las partes y un deber de la autoridad judicial determinar oportunamente bajo qué reglas tramitará el proceso. Esto supone definir si la acción tramitará en clave individual o colectiva y también, en cualquiera de los casos, bajo qué vía de discusión. Ello procura evitar el cambio sorpresivo de reglas, afianzando la seguridad jurídica y evitando afectaciones de derechos. Entre las instituciones que es fundamental incorporar en torno a la determinación temprana de reglas destacamos: reconocer el poder de los jueces y las juezas para convertir acciones individuales en colectivas; reglas claras sobre competencia y creación de un Registro Público de Procesos Colectivos que concentre y provea la información existente; los principios de proporcionalidad y adaptabilidad y (régimen robusto de gestión del caso (tanto en términos de case management como acuerdos procesales).
- d) *Legitimación colectiva*: debe preservarse una potestad de actuación amplia. Esto es, la posibilidad de que el afectado o afectada puedan actuar en representación del grupo (propio de las acciones de clase) y también las asociaciones intermedias, defensor del pueblo u otros sujetos públicos (propio de los países europeos).
- e) *Pretensión y demanda colectiva*: la reglamentación debe contemplar la posibilidad de que el proceso colectivo sea no sólo activo, sino también pasivo y mixto. También debe regular las particularidades propias de la postulación (demanda y contestación) colectiva que podrán variar de conformidad con el tipo de derecho colectivo en juego o la naturaleza del conflicto.
- f) *Representatividad adecuada y abogado/a de la clase*: debe exigirse, acreditarse y controlarse la representatividad adecuada del grupo o clase, tanto por las partes intervinientes como por el juez o la jueza de la causa. La condición de adecuada debe surgir del cumplimiento de los estándares precisos que incorpore la reglamentación. Su contralor debe ser en el caso en concreto, no sólo al momento de interposición de la acción sino durante todo el proceso. El juez o la jueza deben contar con facultades para apartar al representante que haya perdido su condición de adecuado. También deben poder remover y designar a los abogados y abogadas del grupo en base al cumplimiento de los requisitos de la adecuada representatividad que se fijen, siempre que se constate un desempeño negligente o un conflicto grave de interés entre ellos y el legitimado colectivo.
- g) *Certificación de la acción*: debe instituirse una instancia de control de admisibilidad de la pretensión colectiva, donde se certifique el cumplimiento de sus presupuestos y la aptitud para tramitar en clave colectiva.
- h) *Esquema de discusión y participación adecuadas*: la reglamentación debe incorporar mecanismos de discusión que garanticen –a los sujetos intervinientes y a la sociedad toda– un debate amplio, público, robusto e informado que incluya la participación efectiva de actores y actoras socialmente relevantes en los conflictos por resolver. Esto supone garantizar la celebración de audiencias públicas, participación de amigos del tribunal, unidades de análisis u otras modalidades de información. Otro de los aspectos a destacar en este punto es la reconfiguración de las condiciones de procedencia y tramitación de las medidas cautelares colectivas, en función

de la naturaleza y entidad de los conflictos e intereses en disputa (por ejemplo, su condición de inaudita parte y la posibilidad de generar en ciertos supuestos una instancia de diálogo o contradicción y/o la acentuación de la libertad de formas en la instrumentación de las medidas).

- i) *Publicidad y notificación apropiada*: deben reconocerse e instrumentarse mecanismos y procedimientos aptos para garantizar la adecuada publicidad y notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, a fin de garantizar el derecho de los miembros del grupo a participar, oponerse o excluirse. Esto debe operar durante todo el desarrollo del pleito y respecto de cada uno de sus hitos fundamentales. Ello contribuye a maximizar la utilidad del proceso colectivo, mejorar la información de la sociedad y respetar, al mismo tiempo, la autonomía individual de las personas involucradas en tales conflictos. Ese sistema de publicidad y notificaciones debe ser flexible y aprovechar el uso de las tecnologías de la información y comunicación. Las alternativas para llevar adelante estas medidas de notificación son diversas. Entre ellas destacan la utilización de redes sociales, mensajes de datos, colocación de piezas publicitarias en sitios-web oficiales, envío de notas personales a los miembros del grupo, publicación en boletines oficiales y diarios, incorporación de leyendas en facturas de servicios o divulgación por radio o televisión.

La idoneidad de la modalidad dependerá del caso en concreto, siendo aconsejable para el juez y la jueza adoptar mecanismos acumulativos que favorezcan una efectiva comunicación. En sus postulaciones o en las audiencias de gestión del caso que se instruya, las partes deben proponer las medidas que estimen idóneas.

- j) *Derecho a excluirse*: salvo en las pretensiones que tienen objeto indivisible, debe garantizarse en la reglamentación la posibilidad de excluirse, respetando la autonomía individual y el debido proceso individual de las personas involucradas en tales conflictos.
- k) *Decisión colectiva y deber de motivación calificado*: en esta clase de conflictos el deber de motivación que se exige a los jueces debe ser calificado, especialmente aquellos que involucren la discusión de políticas públicas. De igual manera, debieran establecerse estándares y mecanismos concretos de control para los acuerdos transaccionales celebrados en este tipo de procesos, especialmente en cuanto a su publicidad y difusión, modalidades de información y supervisión periódica de cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes, denuncia de acuerdos anexos o celebración de audiencia pública para discutir los alcances del acuerdo.
- l) *Costas y honorarios*: las costas y su modalidad de imposición configuran instrumentos de suma trascendencia para incentivar o desincentivar la promoción de acciones colectivas en general y, en especial, aquellas dirigidas a controlar la convencionalidad y constitucionalidad de políticas públicas. La experiencia comparada demuestra el fracaso de los sistemas que han introducido mecanismos de acciones de clase sin atender a la estructura de incentivos que debe acompañarlos si se pretende que se usen y funcionen (Sucunza & Verbic, 2016).

Por regla, debería mantenerse el principio objetivo de la derrota, incorporándose exenciones para aquellos casos que resulten adversos y traten conflictos asociados a sujetos o bienes de tutela preferente. También deberían introducirse incentivos correctos para que los abogados y las abogadas patrocinen este tipo de casos. Entre otros, una nueva regulación en materia de honorarios que atienda de modo razonable la complejidad e incidencia del trabajo colectivo y reglas claras sobre su aplicación e interpretación.

- II) *Cosa juzgada colectiva*: si bien existen distintos sistemas de cosa juzgada colectiva, éstos dependen en gran medida de ciertos condicionantes que determinan su constitucionalidad/convencionalidad. Por tanto, en la medida en que se garantice un proceso con control del representante colectivo robusto, adecuadas medidas de publicidad y notificaciones a los miembros del grupo y un efectivo derecho de éstos a apartarse del proceso para seguir su propio camino, debería optarse por un modelo de cosa juzgada de doble vía y definitiva (esto es: gane o pierda el legitimado colectivo, la discusión no puede reeditarse). Sin perjuicio de ello, debería preverse como excepción la representación legal inadecuada o la cosa juzgada írrita.

También deberían incorporarse modulaciones para casos de conflictos asociados a políticas públicas, a fin de garantizar la posibilidad de modificar lo decidido en etapa de ejecución siempre que ello suponga una mejor o más eficaz protección de los derechos fundamentales en juego (Berizonce-Verbic, 2013).

- m) *Mecanismos de ejecución de decisiones colectivas*: la reglamentación debe incorporar mecanismos de ejecución de sentencias colectivas efectivos y acordes a la naturaleza, entidad y alcance de las decisiones que se adoptan en este tipo de conflictos y de las tensiones políticas que supone su solución por parte del Poder Judicial en un sistema republicano de gobierno.
- n) *Acentuación del rol de gestora del caso de la autoridad judicial y relevancia de la Oficina Judicial*: el papel del juez y de la jueza en los procesos colectivos es esencial. Con ello queremos significar que el modo en que el o la jueza ejerzan su función, constituye un elemento determinante para su adecuada estructuración, tramitación y resolución. No es posible concebir un proceso colectivo sin un juez o jueza activa, enérgica, presente, comprometida y responsable en la gestión del conflicto, la toma de decisión y su efectiva realización.

También cobra un rol fundamental en la gestión del proceso la labor de la Oficina Judicial. Las distintas razones que justifican su introducción como parte de la estructura judicial en pro de la prestación de un servicio judicial eficiente se potencian en los casos colectivos en razón del mayor número y complejidad de las labores administrativas y jurisdiccionales.

## VIII. La reorganización del Poder Judicial y la gestión del Despacho Judicial

### 1. ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y FUNCIONAMIENTO DEL DESPACHO JUDICIAL

La organización judicial y las modalidades de funcionamiento del despacho judicial comparten, al menos, dos premisas. La primera está asociada a su origen común: han sido concebidas bajo la impronta española del siglo XVIII. La segunda, dice relación con que son instituciones interdependientes.

#### *La impronta española del siglo XVIII*

La concepción de poder a la cual responden tiene correlato con una forma de abordar y administrar la conflictividad, los espacios y recursos, propia de aquel Estado y sociedad. Ello se materializa en cada una de las manifestaciones que asumen.

En el caso de la organización judicial, generalmente sigue estructurada de modo colonial-piramidal, más cercana a una idea monárquica-autoritaria que republicana-democrática. Como señala Mora (2008), este modelo ideado por Napoleón fue concebido como un sistema para el mantenimiento del poder que había conquistado con sus ejércitos y no como un régimen de protección de derechos ciudadanos tal y como lo concebimos contemporáneamente.

El aparato judicial es impermeable a la crítica y control exterior. A pesar de ser una organización, no se la percibe como una institución o servicio administrable. Bajo pretextos como *'la justicia es cosa de abogados'* o *'la fijación de una agenda, criterios procesales o administrativos comunes afectaría la independencia judicial'*, se rechaza la implementación de modalidades de gestión responsables, participativas y abiertas o la colaboración de profesionales de otras disciplinas.

De distintas maneras, el tipo de gestión judicial no es más que la expresión técnica de la concepción de poder que hemos construido (y sostenemos). En pleno siglo XXI, en nuestra región, todavía priman formas de organización de poder, estructura judicial y modelos de gestión del año 1800. Juzgados unipersonales, ordenados en forma vertical y jerárquica, donde la autoridad judicial se encuentra siempre en la cúspide y tiene como responsabilidad el ejercicio de la totalidad de las funciones jurisdiccionales y administrativas. El juez o la jueza no sólo deben resolver las causas ante sí. También contratan, promueven, controlan y otorgan permisos al personal o gestionan los recursos materiales del juzgado. El mantenimiento de la superintendencia administrativa o disciplinaria de las Cámaras o Cortes Supremas hace referencia al mismo problema.

Este modelo no puede existir sin delegación (lo que socava la intermediación), pero al mismo tiempo atribuye al juez o a la jueza la última palabra en cada una de las decisiones que se adoptan. Al igual que lo administrativo-jurisdiccional, lo personal también se confunde con lo funcional: los recursos humanos y materiales, las causas y todo lo que compone el

tribunal son propiedad del juez o de la jueza. Éste no es pensado ni se ve a sí mismo como un recurso del sistema. Nadie le dice qué ni cómo hacerlo. Menos aún se le fija ni organiza una agenda de trabajo.

Como hemos señalado en otras ocasiones, la capacidad de persistencia de esta forma de organizar los tribunales no es antojadiza, sino que –por el contrario– responde a importantes razones de carácter histórico, político y, en algunos casos, también simbólico (Fandiño, 2018). Para peor, la impronta colonia-piramidal define un tipo de autoridad que se caracteriza por su autorreferencia, rasgos autoritarios, ausencia de diálogo, transparencia o razones, imposición, lejanía, falta de cuestionamiento y rendición de cuentas. Reafirmando lo expuesto, Oteiza (2013, pág. 200) precisa que “el modelo procesal civil dominante en Iberoamérica tiene como matriz la recepción del derecho romano-canónico producido en el Libro de las Leyes y luego adoptadas en el Ordenamiento de Alcalá de 1348 y en las Ordenaciones Alfonsinas de 1446. Esos cuerpos normativos influyeron decisivamente en la cultura procesal latinoamericana. Los rasgos más salientes de ese modelo procesal son la falta de intermediación, el formalismo, la desconcentración y lentitud”.

### *Instituciones interdependientes*

La segunda condición que comparten la organización judicial y la gestión del despacho es que se trata de instituciones interdependientes. Es decir, que su existencia, operatividad y la realización de sus cometidos están directamente relacionadas con las de las restantes, de forma tal que la impronta y promoción de cada una de ellas impactará positiva o negativamente en la otra y viceversa. Ello explica por qué pretender una reforma procesal sin tocar la columna vertebral de la organización del poder o la gestión organizacional es un error ontológico y epistemológico inadmisibles.

Por ello, los Colegios de Jueces/zas, pool o juzgados corporativos son unas de las modificaciones organizativas más significativas de la región. Las distintas manifestaciones responden a un denominador común: un órgano judicial que pasa a estar compuesto por un número plural y determinado de jueces y juezas, que ejercerán allí sus funciones. Ello no importa colegiación a efectos jurisdiccionales, porque cada juez/a seguirá resolviendo de modo unipersonal los casos que le sean adjudicados. Sin embargo, pertenecerán a un único órgano judicial (el juzgado corporativo) y existirá una única estructura administrativa (v.gr., oficina judicial) que prestará servicios de apoyo para sus labores a todos los jueces que componen el juzgado.

Ello reporta innumerables ventajas en términos jurisdiccionales, administrativos y operativos. La principal es escindir las funciones administrativas y jurisdiccionales, creando estructuras diferenciadas pero coordinadas y complementarias. También permite: (i) construir una instancia de diálogo para discutir, consensuar y uniformar criterios de cualquier tipo; (ii) facilitar el intercambio de buenas prácticas y la racionalización de recursos; (iii) incorporar el recurso horizontal como un medio idóneo para resolver planteos y promover uniformidad a través de incentivos adecuados; (iv) maximizar al “recurso juez/jueza”, ya que en función del tipo de estructura se pueden gestionar de modo más eficiente las ausencias y licencias sin que afecte el desarrollo de la causa; (v) la administración centralizada que contribuye a que la labor de los jueces y juezas mejoren su productividad y (vi) quebrar la idea de que la jueza o el juez sean dueños del caso, por cuanto pertenece al juzgado corporativo. Ello también

permite pensar e instrumentar de forma más razonable la garantía del juez/jueza natural y la razón de ser de la intermediación.

La introducción de los juzgados corporativos también ha traído consigo dos planteos asociados. Por un lado, la posibilidad de diferenciar las funciones judiciales de gestión del caso de las funciones del juicio propiamente dichas, a fin de que intervenga en cada una de ellas una autoridad judicial diferente. Ello encontraría justificación en las distintas funciones que tienen el juez o la jueza en una y otra etapa y en las ventajas que reportaría que actúen distintos funcionarios. Por otro, la atribución de la ejecución de sentencias a un juzgado corporativo diferenciado, circunstancia que permite organizar mejor las funciones, ganar en especialidad, revalorizar la ejecución y obtener un funcionamiento más eficaz para la realización de derechos.

La implementación de estas modalidades suele cuestionarse con fundamento en la garantía del juez o jueza natural. Consideramos que ello es erróneo. Esa garantía otorga derecho a exigir que un órgano judicial, determinado por la ley de modo previo al hecho lesivo, sea quien intervenga. Su cometido es evitar la selección o imposición de un juez o jueza ad hoc que puedan carecer de independencia o imparcialidad. Por lo tanto, una estructura del tipo no sólo no afecta en nada dicha garantía, sino que –inclusive– la realiza de mejor forma. Pensemos que la atribución de competencia en la ejecución de sentencias se fundaba en esa rémora del juez o de la jueza natural como dueños de la causa y en el hecho de que haber intervenido con anterioridad les daba un mayor y mejor conocimiento del conflicto para su ejecución. Ahora bien, ¿en cuántas sentencias que se ejecutan ese conocimiento es realmente necesario, útil u otorga una ventaja comparativa?

## **2. OFICINA JUDICIAL COMO MECANISMO IMPRESCINDIBLE PARA LA REFORMA PROCESAL**

### *El concepto de gestión judicial*

Como hemos dicho en otras ocasiones, el concepto de gestión judicial ha sido bastante utilizado en el ámbito de los procesos de reforma judicial en América Latina pero muchas veces ha operado como una suerte de cajón de sastre en donde encajan todos aquellos aspectos relacionados con la mejora de la eficiencia en el funcionamiento de la justicia.

En un intento por delimitar su contenido, lo hemos definido como “un área de conocimiento multidisciplinario relacionada con el funcionamiento eficiente de los juzgados y tribunales y que comprende tanto la administración de los recursos administrativos como de los recursos jurisdiccionales” (Fandiño, 2018, pág.20)

Hay cuatro elementos centrales en dicha definición:

- i. *La incorporación de profesionales del campo de la gestión y administración.* Para gestionar los recursos administrativos de un juzgado necesitaremos la incorporación de profesionales de dicha área. El cargo de abogado o abogada no debiera ser excluyente para desempeñar esta función de planificación. Estos profesionales suelen recibir el nombre de Administradores/as de Tribunal o Directores/as de Oficina Judicial.

- ii. *La complejidad de la gestión judicial.* La organización judicial y el proceso operan porque hay un sistema que administra su funcionamiento. Este sistema está compuesto por un conjunto de elementos interrelacionados, cada uno de los cuales puede ser concebido como un micro-sistema (por ejemplo, notificaciones, comunicaciones, gestión del caso o servicios).
- iii. *División de funciones jurisdiccionales y administrativas.* Éste debe ser uno de los principios básicos que oriente la organización del despacho judicial. La autoridad judicial debe quedar a cargo del conocimiento de las audiencias y el dictado de sentencias sobre el fondo del asunto o la toma de decisiones relacionadas con la dirección del proceso. Todos los aspectos administrativos deben quedar fuera de su conocimiento.
- iv. *La clarificación de objetivos organizacionales.* La organización y el proceso pasan a trabajar con objetivos y metas, estructurando un modelo de gestión que tenga como pauta-guía la eficacia. El objetivo principal de un tribunal debiera ser promover la composición y resolución de un conflicto de la forma más adecuada y expedita, resguardando las garantías fundamentales de las partes intervinientes. Las formas, la organización y la gestión pasan a estar al servicio de ese objetivo, pero bajo una concepción y lógica radicalmente distinta.

### ***Modelos y experiencias comparadas de gestión judicial***

A nivel comparado existen diversos modelos. Por ejemplo, las oficinas judiciales, los mega-despachos, servicios comunes o la figura del administrador de tribunales. Las organizaciones judiciales que funcionan razonablemente o que han emprendido reformas con ese horizonte –independientemente de sus tradiciones y características–, tienen sistemas de gestión judicial o administraciones profesionales.

El *United Kingdom Court Service* es la estructura de gestión judicial inglesa. Se caracteriza por ser una instancia técnica y autónoma de la labor jurisdiccional. Las juezas y los jueces se subordinan a sus decisiones administrativas. La autoridad judicial es considerada un recurso que debe ser administrado eficientemente, tanto así que su agenda de trabajo es producida y controlada por la Administración.

Por su parte, el sistema estadounidense integra y vincula la administración profesional con la participación de juezas y jueces en la toma de decisiones. En ese sentido, la gestión constituye una función interna y técnica de la oficina judicial, pero se halla bajo supervisión del juez presidente del órgano judicial. La administración y el juez presidente constituyen un equipo de trabajo y ambos son responsables de la gestión y del diseño general, coordinación y ejecución de las políticas que se adopten.

España modificó su Ley Orgánica en el año 2003, definiendo por primera vez a la Nueva Oficina Judicial como la organización de carácter instrumental que sirve de apoyo a la actividad jurisdiccional de jueces y magistrados y a la que le viene adjudicado el propósito de racionalizar el trabajo potenciando un mejor aprovechamiento de los recursos humanos y medios materiales.

Uruguay cuenta en materia civil con oficinas judiciales que prestan servicio a dos o tres juzgados. Su objetivo es compartir y optimizar el uso de ciertos recursos como instalaciones físicas, equipos y funcionarios. Se encuentran dirigidas administrativamente por un/a funcionario/a común que es la actuario titular, con la superintendencia administrativa de un juez o una jueza (Espinosa & Martínez, 2018). Actualmente, la Suprema Corte de Justicia uruguaya se encuentra trabajando en la constitución de una Oficina Civil Centralizada (OCIC) para los veinte juzgados de Montevideo (que estará a cargo de un administrador único), replicando la experiencia de la OPEC (Oficina Penal Centralizada).

Chile –en materia laboral, de familia y penal– también cuenta con modelos corporativos y una estructura administrativa de apoyo liderada por un administrador profesional (Sáez, 2007).

En Argentina también se advierten experiencias, tanto en materia civil como penal. En Civil existen experiencias en Mendoza –en el año 2008–, en Neuquén –en el 2016–, y recientemente en La Pampa –en el año 2019–.

Independientemente del tipo, es imprescindible un cambio de matriz en la gestión judicial. El cambio de concepción debe tener como elementos de mínima la división entre funciones jurisdiccionales y administrativas; la especialización en el conocimiento; el reconocimiento de la complejidad de la labor; la incorporación de profesionales del área de la administración a los juzgados; la clarificación de objetivos organizacionales y la implementación de nuevas tecnologías.

Los juzgados que históricamente se conformaron con el objetivo último de la construcción del expediente, **deben reorganizarse para lograr la celebración efectiva de audiencias orales**. Esto no sólo supone garantizar las condiciones de funcionamiento de la sala y la concurrencia de las partes u otros sujetos, sino la disponibilidad de todo el material e información necesaria vinculada al logro de sus objetivos.

### *Ventajas de la gestión judicial*

*Entre las principales ventajas de la gestión judicial, destacamos:*

- (i) *Profesionalizar la organización, responsabilidades y procesos de trabajos*, permitiendo reducir las contingencias y logrando que el recurso más caro del servicio (juez o jueza) se dedique a su deber constitucional y a la única actividad en relación con la cual guarda especialidad: decidir. La gestión debe ser responsabilidad de una estructura independiente a cargo de personal especializado. Un cirujano o cirujana no pierde tiempo en la gestión del hospital para el cual trabaja, ni en su intervención ni en tareas administrativas a éste asociadas. Sólo entra al quirófano y opera. No da turnos ni revisa su agenda o prepara el instrumental. No sólo porque no le compete ni es su responsabilidad, sino porque tampoco está capacitado o capacitada para ello.
- (ii) *Planificación estratégica por parte de profesionales de otras áreas*. Construir una organización medible, que produzca información útil para la toma de decisiones, monitoreo, evaluación, realización de ajustes y promoción de controles. En particular, debe reverse la asignación de responsabilidades específicas a cada agente (qué, cuánto y cómo se trabaja) e instaurarse sistemas de evaluación de desempeño y control



de gestión internos y externos que puedan hacer efectivas las responsabilidades asignadas en forma racional.

- (iii) *Favorecer la instrumentación de la oralidad, la gestión de casos (micro y macro) y la vinculación entre mecanismos de resolución (tribunales multipuertas).* Esto es particularmente relevante porque los tres elementos son los desafíos actuales de la reforma.
- (iv) *Constituir un modelo en sí mismo más eficaz, cuya concepción y estructura sean más compatibles con los valores y objetivos que consolida el marco constitucional-convencional y marca la agenda de reforma (inmediación, transparencia, rendición de cuentas o eficacia).*
- (v) *Facilitar la desburocratización administrativa-jurisdiccional; creación de sistemas de registro, programación y producción de audiencias; estandarización de procesos; uniformidad de criterios administrativos-jurisdiccionales (sea a través de las exigencias de la Oficina Judicial, del juzgado corporativo o pool de jueces); transversalizar buenas prácticas y comunicación interna y externa.*
- (v) *Aprovechar economías de escala en los servicios administrativos que soporten la labor judicial, a través de oficinas comunes que sirvan a una pluralidad de jueces y juezas, que se encarguen de la radicación, el reparto, las notificaciones, la atención al público, el manejo de salas de audiencia y servicios comunes.*

Por lo expuesto y las razones dadas al explicitar la importancia de un enfoque integral, resulta fundamental que esta transformación organizacional se recoja en los modelos regulatorios.

### ***Transparencia y rendición de cuentas***

La transparencia y rendición de cuentas constituyen dos elementos inherentes al cambio de concepción en la lógica de poder, su administración y gestión. Son un valor y una regla. La oscuridad, burocracia y discrecionalidad que caracterizan el funcionamiento del aparato jurisdiccional, tanto en su faz administrativa como jurisdiccional, exige transparencia y responsabilidad. Ello no se reduce a abrir las puertas de las salas de audiencias a la ciudadanía. Exige mucho más: habilitarles la reconfiguración y el control de las palancas de la máquina judicial.

Debemos poder conocer qué se hace en un tribunal, pero también cómo se administra su estructura. Debemos poder pedir y obtener información sin restricciones sobre las causas judiciales, pero también sobre el sistema judicial, su funcionamiento, jueces, juezas, empleados y empleadas, nombramientos, concursos, salarios, productividad o cualquier otro dato. Para ello resulta imperioso que en la reformulación de los mecanismos existentes se instituyan formas de participación y control ciudadano directas. Por ejemplo, remoción popular, jurado o incorporación de sociedad civil en órganos o mecanismos de control.

### ***La necesidad de rescatar el juicio por jurados como institución republicana***

El juicio por jurados es una institución eminentemente republicana y democrática. La consolidación de la transparencia, publicidad y rendición de cuentas como valores socialmente relevantes, sumados a la recreación del ámbito judicial como espacio para la discusión de conflictos de interés público, han acrecentado su condición de tales.

La importancia de la argumentación e interpretación, la asunción de la decisión judicial como una construcción racional argumentativa y el deber de adecuada motivación (incluso, agravado en caso de conflictos colectivos), son algunos de los datos que explican la necesidad de recuperar la audiencia de juicio como el momento de debate, contradicción y discusión por excelencia. Esto explica también por qué resulta fundamental la escisión de roles diferenciados del juez (activo en la organización y gestión del proceso, pasivo en el juicio) o la participación de amigos del tribunal, cuya opinión debiera ser expresamente considerada.

En la misma línea, la incorporación del juicio por jurados permitiría repensar el rol de la ciudadanía en la cosa pública, afianzar el valor de la ley y la responsabilidad ciudadana.

El objetivo principal del jurado es incrementar la participación social en la toma de decisiones públicas, creando mecanismos efectivos de control y construcción de civilidad. Como expresa Lorenzo (2017), el jurado popular aporta una bocanada de aire fresco al sistema. En general los sistemas de jurados se estructuran de forma tal que cada ciudadano o ciudadana participará en un juicio sólo una vez en un tiempo bastante prolongado, lo que permite mantener la lógica y valor de "cada caso es único". En segundo lugar, tampoco puede obviarse que la composición plural de un jurado popular (en términos de género, edad, procedencia, tradiciones culturales, escalas de valores, etc.) permite pensar en una deliberación muy rica sobre el caso. En tercer lugar, el jurado popular puede funcionar como un factor de mayor exigencia a la preparación y el litigio de las partes.

## IX. Repensar las funciones y la finalidad de las vías de impugnación

### 1. OBJETIVOS DE UN SISTEMA RECURSIVO

Un primer elemento que consideramos clave en materia recursiva dice relación con la claridad de sus objetivos, pues de ese modo podremos reglamentar un régimen racional, que imponga pautas de administración coherentes a los objetivos y genere prácticas afines. También posibilitará la asignación de funciones a cada instancia con mayor facilidad y precisión, coadyuvando a compatibilizar las relaciones entre ellas y las garantías involucradas en su existencia.

En ese sentido, consideramos que constituyen objetivos de cualquier sistema recursivo:

- (i) El afianzamiento del derecho al recurso como garantía del debido proceso, en tanto mecanismo que posibilita la reducción del error, mayor transparencia y mejor rendición de cuentas.

Recordemos que en relación a la doble instancia, la Corte IDH ha sido terminante en el deber de garantizarla en materia penal pero no así en el resto de las materias, salvo que una ley expresamente lo estatuya o que involucre ciertos sujetos o conflictos de protección preferente (por ejemplo, niños, niñas y adolescentes). Siendo ello así, el hecho de que en la mayoría de las materias ya exista un régimen de doble instancia en el país, relativiza el impacto de la discusión.

No obstante, futuras reformas pueden pretender reinstalar un régimen de única instancia. En este caso, es fundamental valorar que toda decisión de política legislativa debería pasar el escrutinio del enfoque de derechos y sus principios rectores (progresividad y no regresividad, indivisibilidad e interdependencia, entre otros). La regulación actual es un piso de mínima, circunstancia que condiciona las medidas a arbitrar y la necesidad de demostrar su razonabilidad y la mayor eficiencia en la protección de derechos que su implementación irrogaría. Ese juicio –y el análisis del carácter no regresivo de las medidas de cualquier naturaleza– debe analizarse en concreto y de modo integral y no en abstracto y sesgado.

- (ii) La **instauración de un sistema racional de control**, que permita conciliar las exigencias de corrección y justicia –en función del tipo de conflicto y los valores en juego– con las de seguridad, estabilidad, eficacia y economía de recursos. Para ello deviene ineludible reestructurar los sistemas horizontales en su diseño y administración, pero también los extraordinarios. Esto no sólo supone redefinir en qué casos (agenda) intervendrán sino también bajo qué condiciones (por ejemplo, participación obligatoria de amigos del tribunal o audiencias públicas y deber de valoración de argumentos trascendentes en casos de interés público).
- (iii) La **búsqueda de igualdad, uniformidad y previsibilidad** en la aplicación e interpretación del derecho, dentro de un sistema complejo de fuentes y con múltiples autoridades e instancias (nacionales e internacionales) interpretativas.

Teniendo esos objetivos en atención es que consideramos que, en principio, se debe conservar un sistema de doble instancia amplio (donde se controlen agravios asociados tanto a cuestiones de hecho y prueba como derecho), pero reducir los momentos y tipos de resoluciones apelables, instrumentar filtros adecuados de admisibilidad, mejorar las reglas en torno a la suficiencia técnica y su control e incorporar la ejecución provisional. De ese modo, compatibilizamos el afianzamiento del derecho a recurrir como modo para reducir la falibilidad humana, con la necesidad de obtener decisiones y cumplirlas en plazos razonables. Al mismo tiempo, generamos mayores reaseguros para que el recurso sea planteado, administrado y controlado con mayor seriedad, optimizando la eficiencia del sistema.

Sin embargo, la instancia extraordinaria debe ser necesariamente limitada y circunscripta a la resolución de aquellos casos de trascendencia social e interés público propios de la condición de máximo tribunal de las Cortes.

Es fundamental que los recursos extraordinarios se instituyan como mecanismos para tratar los conflictos que definen los aspectos más relevantes de la vida comunitaria y (la autonomía) personal y no cualquier caso. Como vemos, el acento está puesto más en las características del conflicto y la importancia de su tratamiento, que en la naturaleza del agravio que abriría la instancia extraordinaria (hecho, derecho o prueba).

## **2. SIMPLIFICACIÓN PROCESAL Y ADOPCIÓN DE UN SISTEMA RECURSIVO COMPATIBLE CON UN PROCESO ORAL**

### *Uniformar y simplificar vías y formalidades*

Otro punto que queremos destacar es la necesidad de uniformar y simplificar las vías procesales y sus formalidades.

En las reformas procesales operadas y en curso, no se advierten tendencias claras hacia la desformalización en materia recursiva, ni siquiera en instancias ordinarias. En ese sentido, consideramos que toda reforma debe tener como norte la unificación y simplificación de vías, plazos y modos, recuperando la centralidad del agravio y la crítica (suficiencia técnica) por sobre las formalidades mediatas.

Esto se traduce en la posibilidad de analizar la incorporación del recurso indiferente en instancia ordinaria o reglas particulares que permitan dispensar formalidades en materia recursiva; estatuir un único plazo para todos los recursos; exigir que la interposición y fundamentación del recurso sea en el mismo acto ante el juez o la jueza que pronunciaron la decisión, al igual que su sustanciación o la adaptabilidad en la tramitación de recursos en función de las características del agravio (caso) que abre la instancia.

También supone:

- (i) Limitar las decisiones apelables y dotar al juez o jueza de amplias facultades para subsanar errores procesales en instancia, a fin de acrecentar su responsabilidad y mejorar la eficiencia interna.
- (ii) Reducir y simplificar los efectos del recurso, instituyendo el diferimiento y la condición de no suspensivo del pronunciamiento como regla, aunque dentro de un

esquema con cierta flexibilidad. Es decir, con mandatos de optimización para que, en casos justificados, los operadores y las operadoras puedan solicitar o disponer excepciones a la regla.

- (iii) Establecer que el análisis de admisibilidad lo haga el juez o la jueza del recurso, eliminando el de queja y las prácticas distorsivas que lo caracterizan.
- (iv) Imposibilitar la interposición de recursos horizontales o verticales de forma sucesiva o subsidiaria, excepto en el caso de aclaratoria o reposición.

### ***Compatibilidad con un proceso oral por audiencias***

Un proceso oral por audiencias y con intermediación supone, en tanto metodología de trabajo, la construcción de un espacio de encuentro para las partes, la autoridad judicial y los elementos de juicio. A diferencia del esquema escriturario, todo ello ocurrirá en un único e irreplicable momento, donde se llevará adelante el juicio propiamente dicho.

Partiendo de esa premisa, ¿qué características debería tener un sistema recursivo para ser compatible con un sistema oral?

Sin pretensión de exhaustividad, consideramos que los puntos centrales a valorar son:

- (i) La alzada no efectúa un nuevo juicio, en tanto se encuentra circunscripta por las alegaciones realizadas en instancia y los límites del propio recurso. Es decir, que la congruencia decisoria está doblemente condicionada. Primero, por lo decidido en el grado en relación con las pretensiones efectivamente planteadas, los elementos aportados y discutidos. Segundo, por el alcance de los agravios contra la sentencia (congruencia decisoria). De ese modo, no pueden decidirse materias juzgadas en la instancia inferior pero que no han sido objeto del recurso ni cuestiones que lo exceden o resultan extrañas a éste.

Esto es relevante para entender cuál es el papel que les cabe a las partes ante un tribunal revisor. Las audiencias en segunda instancia servirán para despejar dudas, sustentar el recurso, aclarar cuestiones controvertidas o profundizar sobre los aspectos (in)mediatos que suscitan los agravios introducidos.

- (ii) Existiendo sistemas de grabación y reproducción de imagen y/o sonido adecuados, no sólo es innecesaria sino hasta problemática la repetición del juicio o la celebración de uno nuevo para la toma de decisión en segunda o ulterior instancia.

Primero, porque los registros audiovisuales existentes son fehacientes. Siendo ello así, no existen óbices de ningún orden para sostener que lo ocurrido no fue lo que se captó o fue algo diferente. Inclusive, las herramientas que aporta la neurociencia para juzgar la veracidad de una declaración, dan cuenta de la insuficiencia de las premisas implícitas o explícitas generalmente utilizadas por los operadores y operadoras jurídicas en esa labor. En particular, cuando se circunscriben en la conducta de la o del declarante durante el testimonio para evaluar su credibilidad.

Segundo, porque el hecho de que el juez o la jueza de segunda instancia no hayan estado presentes en la audiencia de juicio no cercena ni disminuye su capacidad valorativa. Ello así porque la actuación de las fuentes y medios de prueba fueron debidamente registrados y, cuando su valoración haya sido cuestionada, el tribunal de revisión contará con el pertinente material probatorio.

Compartimos con Giannini (2019, pág. 51) que si bien es intuitivamente compartible la afirmación según la cual no es lo mismo presenciar directamente una declaración que verla en diferido a través de una pantalla (aun cuando la definición del registro permita una representación de alta calidad), esa intuición no debe ser transformada en una ratio dirimente acerca de lo que un tribunal de alzada puede o no revisar acerca del juicio de hecho. La deferencia que merece el juicio de intermediación llevado adelante por quien percibió directamente el acto no puede seguir siendo apoyado en axiomas que muchas veces son presentados con cierta vaguedad, como la afirmación de que sólo el juez o la jueza que presenció personalmente la declaración puede vivenciar “los giros” del discurso o “sentir el pulso de la audiencia”. En otros términos, de la premisa según la cual la percepción directa e inmediata es superior a la reproducida por pantallas, no se extrae inmediatamente como conclusión que la segunda sea de tan mala calidad como para predicar la imposibilidad de revisar el acierto del juicio del a quo. De este modo, más que una regla “todo o nada”, podría establecerse un principio de revisión amplia aunque condicionado, en el caso de los enunciados de intermediación, a la posibilidad de verificar a través del registro filmico de la audiencia, un error evidente en la percepción de lo sucedido en la audiencia. De este modo, la deferencia a la instancia original se expresa limitando la revisión a los casos de errores manifiestos, pero no prohibiendo el reexamen de los juicios de intermediación ni forzando la reedición del debate ante la alzada.

Tercero, porque el juicio de decisión es diferente del de revisión, aunque tiene como base lo acontecido en instancia y el recurso como congruencia habilitante. Es decir, se discute, obra y actúa sobre lo acontecido, valorado, decidido y recurrido.

Por supuesto que, en aquellos casos en que se carezca total o parcialmente del registro respectivo, deberán adoptarse las medidas para obtener o reproducir la información necesaria para resolver el recurso.

- (iii) Optimizar la eficiencia de la primera instancia, tanto en las facultades de subsanación como en la estructuración de recursos horizontales.
- (iv) El sistema recursivo –su trámite y procesamiento– debe prever una instancia oral donde las partes contendientes y el propio tribunal del juicio revisor puedan maximizar las ventajas de esa metodología de trabajo. Las partes recurrentes, sustentando, aclarando o profundizando sus agravios. El tribunal interviniente, despejando las dudas acerca del alcance del recurso y/o competencia recursiva. Por supuesto que, siendo la oralidad un sistema que admite modulaciones e intensidades, habrá casos en que esas audiencias deberían obviarse, por ser, por ejemplo, una cuestión de puro derecho o un caso simple.

### ***Oralidad y gestión en instancia apelada***

Del análisis de los Códigos Procesales reformados en la región, puede constatarse que el trámite del recurso de apelación o extraordinario sigue siendo rígido. Es decir, no existe una

reformulación en la organización o administración de la instancia recursiva a la oralidad o inmediación como principios rectores ni una revisión en función de la mayor o menor complejidad del recurso. El trámite es igual, independientemente del tipo de decisión apelada, agravio introducido y conflicto subyacente.

Inclusive, el tránsito en instancia extraordinaria se agrava en razón de la inexistencia de mecanismos de control de su funcionamiento, la falta de reglas claras en torno a la administración de su jurisdicción, la condición de máximo tribunal en el orden interno y las limitaciones en la rendición de cuentas.

Con base en estas premisas, **consideramos fundamental que el diseño recursivo se organice en torno a un proceso por audiencias.** El epicentro debe ser la audiencia, limitando la discrecionalidad y el carácter excepcional en su celebración que plantean los regímenes reformados. Por supuesto que la regulación debe ser inteligente, de modo que en aquellos recursos/casos en que la audiencia resulte innecesaria o intrascendente, ésta pueda obviarse (por ejemplo en los recursos manifiestamente inadmisibles o cuestiones de puro derecho donde no sea necesario profundizar en los agravios introducidos).

Este último punto se vincula con el segundo aspecto a considerar: **la adecuación del trámite recursivo a la menor o mayor complejidad del recurso/caso.** De ese modo, en el procesamiento del recurso también se materializa el principio de adaptabilidad o flexibilidad que sostuvimos como parte del cambio paradigmático en materia de legalidad. Esto supone que, si bien existirán carriles de procesamiento organizados en función de la mayor o menor complejidad en abstracto, el juez/jueza y las y los recurrentes puedan proponer y discutir en torno a la modalidad más eficaz en el caso en concreto y las medidas más convenientes.

En consonancia con lo expuesto, estimamos que la clasificación de los recursos de apelación podría dividirse entre **recursos simples y complejos.** El foco de análisis de la simplicidad o complejidad debería estar puesto en los agravios expresados en concreto en el recurso, el conflicto subyacente en el que se enmarca, la decisión recurrida y su alcance, los intereses comprometidos, el desarrollo argumental y la reiteración, replanteo u ofrecimiento de material probatorio en instancia apelada.

Interpuesto fundadamente y sustanciado en primera instancia el recurso, si éste es simple, se deberá entonces convocar a las partes a una audiencia multipropósito donde concentradamente se resolverá la admisibilidad del recurso de apelación deducido, analizarían soluciones compuestas y, en su caso, discutirían en torno a la procedencia del recurso. Si el recurso es complejo, en cambio, el procesamiento en segunda instancia se dividirá –en principio– en dos audiencias: preliminar y juzgamiento.

En la primera se resolverá sobre la admisibilidad del recurso; las medidas probatorias que se hubieran replanteado o requerido y los hechos nuevos que se planteen; la posibilidad de arbitrar soluciones compuestas; medidas de gestión del caso que sean convenientes para mejorar su tramitación y procesamiento, determinando la organización y actividades de la agenda para la audiencia de debate. Cuando por la entidad y particularidades del conflicto el contradictorio sea amplio o deba requerirse la participación de amigos del tribunal u otros sujetos, la Oficina Judicial deberá arbitrar las medidas para garantizar el acondicionamiento de la Sala, la publicidad de la audiencia o la notificación de los sujetos requeridos.

En la segunda, en tanto, se producirá la prueba admitida, se debatirá sobre la procedencia del recurso y el tribunal resolverá sobre el mérito del recurso.

Tanto en la tramitación de recursos simples como complejos, se preserva la oralidad, inmediación y el contradictorio. La admisibilidad y la procedencia deberán ser sustentadas oralmente, profundizando y esclareciendo los agravios planteados. El debate, en ambos casos, debería ser coordinado por un vocal relator dentro del órgano, sin perjuicio de las preguntas que pudieran efectuar los jueces respecto de los argumentos expuestos para sostener la admisibilidad o procedencia del recurso. También deberían considerarse sanciones graves en casos de incomparecencia a la audiencia, como por ejemplo, en la deserción del recurso.

La toma de decisión debería producirse en audiencia. Si el caso lo requiriera, podría disponerse un receso para discutir sobre algún aspecto controvertido. Sólo excepcionalmente, cuando por la particularidad y complejidad del caso ello resulte inconveniente, correspondería habilitar su diferimiento. Con ello se generan incentivos positivos para que todas y todos los operadores lleguen con el caso trabajado a la audiencia, imposibilitando la delegación y favoreciendo una asignación de recursos más eficaz.

El trámite a seguir debería ser propuesto por las partes en sus escritos (recurso y contestación de agravios) y a criterio del vocal relator la adjudicación de su determinación y de las medidas de gestión del caso que faciliten su procesamiento y resolución expedita y adecuada. Consideramos que dichas medidas podrían ser comunicadas por la jueza o el juez relator a sus colegas, junto con las fechas en que se hubiera estimado la celebración de la audiencia pertinente y las consideraciones que estimen relevantes en torno al recurso planteado. Los miembros del tribunal deberían concurrir a la audiencia luego de analizar personalmente los recursos, el caso y su registro digital.

Un tercer aspecto es recuperar el sentido de la admisibilidad como filtro. Remitimos a lo expuesto en el punto anterior.

Un cuarto punto es instrumentar la gestión judicial en la tramitación de los recursos. Es decir, organizar una estructura de apoyo a la labor jurisdiccional en instancia recursiva, a fin de trabajar la agenda de casos y su procesamiento oportuno. Esta gestión judicial comprende desde la incorporación de tecnologías de la información y comunicación hasta la reorganización administrativa. Ello se traduce, por ejemplo, en la utilización del registro electrónico del caso o en la creación de unidades especializadas de asistencia.

### **3. MODELO HORIZONTAL DE REVISIÓN, ADMISIBILIDAD RECURSIVA Y USO DE PRECEDENTES**

#### *Modelo horizontal de revisión*

Hemos insistido en la idea de que cualquier reforma a la justicia debe tener como tema central de agenda la revisión y reformulación de la estructura organizativa del Poder Judicial y su modelo de gestión. Señalamos que los Colegios de Jueces y Juezas, pool o juzgados corporativos son unas de las (re)invenciones organizativas más significativas de la región.

Ello reporta innumerables ventajas en términos jurisdiccionales, administrativos y operativos. Entre otras, posibilita la incorporación del recurso (o apelación) horizontal ante el propio



pool de jueces o juezas. De ese modo, ciertas cuestiones serán resueltas por alguno/algunos de los jueces o juezas del propio pool o juzgado corporativo, sin necesidad de habilitar la segunda instancia.

Con esta medida no sólo se gana en celeridad y economía, sino –más importante aún– se generan sinergias e incentivos de actuación positivos. Se permite, por ejemplo, el control horizontal que supone que sean sus propios pares quienes analicen la corrección y mérito de lo decidido; aumenta el volumen y cantidad de discusiones entre jueces y juezas del órgano, lo cual supone potenciar las discusiones al interior del juzgado corporativo y mejorar las razones e interpretaciones realizadas; contribuye a uniformar criterios y dispensa a la alzada del tratamiento de cuestiones superfluas, permitiendo que se circunscriba a las decisiones más trascendentes.

Todas estas razones son las que justifican por qué –aun cuando se incorpore el registro electrónico del caso que permitiría obviar la pérdida de tiempo de la remisión del “expediente” a la segunda instancia– este tipo de recurso es relevante para construir otro tipo de racionalidad.

Al mismo tiempo, debemos tener en cuenta que esas ventajas se potencian a través de la introducción de otras instituciones asociadas al rediseño organizacional-normativo. La institucionalización de la gestión de casos (micro y macro), de mecanismos participativos internos tendientes a generar buenas prácticas o de conferencias de jueces y juezas para trabajar en la homologación de criterios interpretativos, sirven como ejemplos de ello.

### ***Admisibilidad recursiva***

La admisibilidad del recurso es un problema central del sistema de impugnación. Este problema es triple, por cuanto comprende: (i) la inexistencia de criterios legales para considerar inadmisibles un recurso por cuestiones ya no formales sino de sustancia o trascendencia; (ii) la carencia de estándares que permitan considerar suficientemente fundado un recurso (esto es, visibilizar y regular la importancia de la suficiencia técnica como elemento definitorio del recurso. La imposición de que contenga una “crítica concreta y razonada” o “suficiente” no parece ser idónea para mejorar los embates recursivos y/o su calidad ni para aportar herramientas que permitan controlar correctamente su admisibilidad) y (iii) la falta de instancias eficaces en el control de la admisibilidad, circunstancia con conlleva la aceptación de cualquier recurso y la sobrecarga de trabajo de casos que nunca debieron haber pasado el filtro de la admisibilidad.

A partir de esas premisas es que se torna imperioso propiciar modificaciones drásticas en el diseño de la admisibilidad, tanto desde un plano conceptual como operativo.

Entre los cambios posibles, postulamos:

- (i) La incorporación de la noción de tesis del recurso, exigiendo la explicitación de la regla decisoria que rige su caso, señalando con precisión los hechos y argumentos que conducen lógicamente y razonablemente a la estimación que se pretende y que demuestran el error de juzgamiento en que incurrió el juez o la jueza al decidir;

- (ii) La introducción de causales de admisibilidad, organizando la crítica en torno a la omisión o tratamiento erróneo de los hechos y circunstancias que conforman el contradictorio y se hallen probados; el análisis y valoración individual y conjunto de la prueba rendida, incluso de aquella que fuera desestimada. Debería demostrarse el desacierto o quiebre lógico entre los hechos, prueba y conclusiones arribadas, señalando cómo los elementos omitidos o erróneamente valorados cambiarían el sentido del decisorio o los preceptos y principios constitucionales, convencionales y legales con arreglo a los cuales se pronuncia la sentencia y el razonamiento lógico y jurídico que justifica su aplicación e interpretación adecuada para la decisión del asunto controvertido.

También podrían constituir causales que la sentencia hubiera sido dictada en oposición a un precedente vigente, violando la congruencia decisoria sin perjuicio de la facultad que el juez o la jueza tengan para fallar de oficio en los casos determinados por la ley, conteniendo fundamentos o decisiones contradictorias entre sí que la invaliden como derivación razonada del derecho vigente u omitiendo algún elemento esencial de la sentencia como acto jurídico.

- (iii) La explicitación de la suficiencia técnica como recaudo de admisibilidad, bajo criterios y/o pautas más precisas. Para ello se podrá exigir que la regla decisoria y la crítica a la resolución sean claras, concretas y suficientes. Sin embargo, también será fundamental establecer cuándo un recurso es inadmisibile. Ejemplo de ello podemos establecerlo cuando fuera presentado extemporáneamente, respecto de resolución inapelable o consentida u omitiera las formalidades establecidas; cuando los argumentos expresados constituyan una reedición de los fundamentos de su postulación o defensa; cuando se trate de una mera discrepancia personal o existan precedentes directamente aplicables al caso o no exista crítica concreta y razonada, sea confusa o insuficiente técnicamente para demostrar la existencia de error de juzgamiento que haga probable la admisión de la tesis de su recurso o una decisión distinta;
- (iv) El reforzamiento del filtro de la admisibilidad, atribuyendo exclusivamente la labor a un único órgano (el juez o la jueza del recurso), instrumentando mecanismos de gestión del caso en segunda instancia (lo que obliga a leer, estudiar y analizar el recurso y el caso) y desarrollando audiencias donde se den explicaciones y resuelvan la admisibilidad y/o procedencia oralmente.

Respecto de la admisibilidad de recursos extraordinarios cabe señalar dos aspectos de interés. El primero es que los recaudos de admisibilidad, la carga de suficiencia técnica y el control del recurso como medio para abrir la instancia, se agravan. Por consiguiente, deberán ampliarse los recaudos a fin de abastecer cada uno de esos extremos. El segundo es que se incorpora la noción de trascendencia como estándar para determinar la apertura de la instancia extraordinaria.

Creemos que podrían considerarse trascendentes aquellos casos que revistan interés público o colectivo, gravedad o interés institucional, por cuanto sobrepasan los intereses subjetivos del proceso desde el punto de vista económico, político, social o jurídico. Esos casos deberían ser tratados por el máximo tribunal de cada jurisdicción. Los casos intrascendentes deberían quedar fuera de la competencia extraordinaria, pudiendo ser excepcionalmente

admitidos cuando la Corte considere relevante su tratamiento para resolver alguna cuestión interpretativa dudosa o divergente o bien si considerara indispensable establecer precedente. En ambos supuestos, el recurrente debería alegar y demostrar la trascendencia y el máximo tribunal, justificar adecuadamente la decisión que desestime un recurso fundado en dicha causal.

Estimamos que la incorporación de filtros cualitativos (como la trascendencia) es fundamental, ya que permite superar y/o complementar el criterio rígido y mercantilista del valor del litigio y aportar un instrumento de administración flexible en consonancia con la construcción de una agenda constitucional. Por supuesto, también estimamos que esto debe ir acompañado de pautas que den transparencia a esa selección, permitan conocer sus razones, el caudal de casos que efectivamente arriban a la Corte y cuáles resultan admitidos, la rotación de personas que trabajan en la identificación primaria de los casos y otra serie de recaudos vinculados al procedimiento de selección del caso.

### *Uso de precedentes*

Como señala Oteiza (2007), **la fortaleza de las instituciones del Estado reposa en la idea de la previsibilidad de los comportamientos producto de la idéntica aplicación de las reglas y los principios ante circunstancias similares**. El *stare decisis* (las sentencias crean precedente) se sustenta en poder predecir cómo un nuevo caso será decidido si existe similitud de situaciones.

Partiendo de esa premisa, es fundamental que en América Latina podamos empezar a trabajar seriamente con sistemas de precedentes que reporten uniformidad, previsibilidad, seguridad e igualdad en la aplicación e interpretación del derecho. Las vías de casación existentes no parecieran ser idóneas a tal fin. Especialmente, porque a partir de la concepción que inspira su diseño, se han edificado ciertas resistencias que han imposibilitado la construcción de reglas sistémicas en la materia.

Tal es así que la tendencia a la generalidad del derecho continental europeo y la falta de apego a los hechos han provocado que la jurisprudencia sea concebida en términos de máximas o criterios generales. En ellas, el material fáctico y las circunstancias del caso no poseen un gran significado (Oteiza, 2017).

En ese sentido, la justicia civil se ha caracterizado por presentar bajos niveles de predictibilidad de sus decisiones judiciales, aspecto negativo a la hora de evaluar los niveles de seguridad jurídica. Es fundamental que las y los litigantes que acuden al sistema de justicia puedan realizar un análisis serio de cómo se espera que el sistema de justicia responda en base a la fortaleza o debilidad de su caso. Es incomprensible que nuestros juzgados civiles sigan ofreciendo respuestas diferentes a casos idénticos.

Es momento de que revirtamos dicha situación. Debemos empezar a trabajar con seriedad y responsabilidad en la vinculación de fuentes y autoridades interpretativas. En ese marco, la construcción de precedentes es fundamental.

A partir de esas premisas, **reputamos imprescindible que los tribunales deban uniformar su jurisprudencia y mantenerla estable, íntegra y coherente** (horizontal y verticalmente).

Con ese objeto, deben elaborarse sumarios o enunciados de precedentes correspondientes a su jurisprudencia dominante, ateniéndose a las circunstancias fácticas, probatorias y jurídicas que conforman la regla decisoria del caso que motivó su creación.

Asimismo, la alteración de la tesis jurídica adoptada en el precedente o en el juzgamiento de casos repetitivos debería estar precedida de audiencias públicas y de la participación de personas, órganos o entidades que puedan contribuir para la (re)discusión de la tesis, especialmente en aquellos que involucran la afectación del interés público. Además, para la modificación de precedentes pacíficos sería conveniente exigir una fundamentación adecuada y específica, que haga mérito de nuevos elementos de hecho, probatorios, jurídicos o argumentales, considerando los principios de seguridad jurídica, protección de la confianza e igualdad.

Por último, cualquier sistema de precedentes que se adopte, debe ser complementado transversalmente en la administración de cada subsistema, reforzando la declaración de inadmisibilidad de recursos donde existan precedentes idénticos; imponiendo su utilización por parte del juez o de la jueza al momento de propiciar la conciliación o fórmulas conciliatorias o instaurando herramientas como el case management o mesas internas (conferencias de jueces/juezas).

## X. Reconfiguración de la ejecución de sentencias

Componer un conflicto u obtener una sentencia que lo resuelva no tiene ninguna utilidad si no contamos con medios eficaces para garantizar su cumplimiento. En general, las reformas procesales han descuidado esta faceta, a punto tal que sus estructuras no han sufrido grandes transformaciones. En cierta medida, las regulaciones siguen viendo al proceso como un episodio autosuficiente, circunstancia que es sumamente problemática si –como creemos– la única razón que justifica la existencia del aparato judicial es la realización del derecho reconocido.

La Corte IDH ha fijado la obligación del Estado de garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por las autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos, por cuanto el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de éste.

Con relación a la ejecución de la decisión ha pronunciado que “el hecho de que una sentencia se encuentre en etapa de ejecución no excluye una posible violación al derecho a un recurso efectivo”, en la medida en que “el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento” (Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, párr. 137). La efectividad de las decisiones judiciales “dependen de su ejecución (...) debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado” (Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, párr. 82; *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, párr. 209), por lo que “la ejecución de las sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva” (*Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, párr. 220).

En esos términos, la **efectividad de la tutela judicial constituye una regla, principio y valor fundamental, constitucional y convencionalmente reconocido**, para la reglamentación, operatividad y ejercicio de derechos, que no se reduce al deber de garantizar una vía o medio (recurso) judicial sino que se proyecta al desarrollo del proceso en sí y a la realización adecuada y oportuna de lo decidido.

Los Códigos Procesales reformados, en líneas generales, mantienen la estructura rígida y burocrática del proceso de ejecución. No hay un cambio en su concepción, sentido ni operatividad. Tal es así que, salvo excepciones, los Códigos no proponen herramientas que faciliten la realización del derecho declarado o reconocido. Por ejemplo, utilizar la oralidad como metodología de trabajo para resolver de modo concentrado los problemas propios de la ejecución; introducir reglas claras en torno a la gestión del caso o atribuir la gestión judicial a funcionarios especializados.

Las innovaciones más significativas en la materia han sido la introducción de la ejecución provisional, el acrecentamiento de las facultades judiciales o deberes de las partes (denuncia

de bienes por parte del ejecutado o ejecutada). A los jueces y juezas se les sigue evaluando en función de la cantidad y calidad de sentencias pronunciadas, y no las cumplidas.

Esto es verdaderamente preocupante porque la falta de cumplimiento de las decisiones judiciales es un problema significativo en la región. Lo expuesto, sumado al hecho de que la sentencia sigue siendo el episodio central del proceso, permite intuir que la relevancia de la ejecución en los procesos de reforma ha sido mayormente discursiva.

## **OBJETIVOS Y MEDIDAS MÍNIMAS**

Partiendo de estas premisas, estimamos que toda regulación que se promueva en la materia debiera tener como cometidos centrales reposicionar la ejecución como un momento central de la jurisdicción abierta y reconfigurar la como medio para lograr una efectiva realización del derecho declarado.

Entre las medidas que pueden contribuir a dichos fines, señalamos:

- (i) La incorporación de reglas claras, precisas, flexibles y objetivas en materia de ejecución de sentencias, que doten de facultades al juez y a la jueza para poder asegurar la realización de lo decidido de manera más segura, económica y rápida.

Complementando esto, la Corte IDH ha entendido que para lograr el efecto útil de las decisiones, los tribunales deben respetar los principios de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial y Estado de derecho y establecer de manera clara y precisa el alcance de las reparaciones, sus formas de ejecución y plazos, a fin de evitar dilaciones que afecten la esencia misma del derecho a un recurso efectivo y, por consiguiente, una afectación al derecho protegido. También ha precisado que para lograr plenamente la efectividad de la sentencia, la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora.

En particular, deberían reforzarse los deberes del órgano judicial, las partes (por ejemplo, deber de denunciar bienes por parte del demandado) o terceros (suministrando información o trabando medidas) para lograr el cumplimiento efectivo de la decisión.

También deberían incorporarse previsiones vinculadas a efectividad de derechos y presupuesto, fijando reglas y estándares interpretativos al momento de postular y resolver la ejecución.

- (ii) Proposición amplia de medidas para realizar y garantizar el cumplimiento en función del tipo de conflicto (individual o colectivo). Esto es particularmente relevante en la ejecución de decisiones colectivas pero también en la jurisdicción de acompañamiento. En cualquier caso, las medidas que se adopten deben ser acordes a la naturaleza, entidad y alcance de la decisión en ejecución.

En casos de interés público, se ha propuesto la generación de mesas de trabajo entre los representantes colectivos y las autoridades públicas condenadas a cumplir ciertas decisiones estructurales; la delegación de la ejecución en jueces inferiores elegidos ad hoc o la implementación de mecanismos externos de control y participación ciudadana para el monitoreo de la ejecución de la sentencia, con intervención de organizaciones no gubernamentales y organismos públicos.

- (iii) Reconfiguración de la postulación como oportunidad para proponer y discutir un “plan de ejecución” o medidas adecuadas. Cómo se cumple y cuál es la forma más adecuada para realizar la decisión y satisfacer los intereses en juego es también una labor conjunta, donde las partes deben tener voz. Es fundamental que la reglamentación imponga esta carga de proposición, que genere una instancia de contrapropuestas y que la autoridad judicial pueda escuchar y discutir con las partes.
- (iv) Estructuración eficaz del procesamiento de la ejecución. Este tipo de pretensión también debe estructurarse de modo oral a través de la fijación de una audiencia multipropósito donde se resuelvan todas las contingencias y se organice la ejecución. Ello sin perjuicio de poder fijar excepcionalmente una audiencia complementaria cuando fuera necesario o, en aquellos casos que no evidencien ningún tipo de complejidad, se omita toda audiencia (por ejemplo, ejecución de deuda de dinero con embargo trabado).
- (v) Empoderamiento de la Oficina Judicial como estructura y responsable de la ejecución, para lo cual podrá adoptar toda clase de medidas que permitan realizarla de modo adecuado, oportuno y eficaz. Es conveniente propiciar la creación de una unidad y el cargo de funcionario responsable de llevarla adelante.
- (vi) Incorporación de la ejecución provisional.

**SECCIÓN TERCERA**

# **Fichas analíticas por país**





# I. Código Procesal Civil de Bolivia

## 1. VIGENCIA Y PLAN DE IMPLEMENTACIÓN

El Código Procesal Civil boliviano (CPC) fue aprobado por Ley N° 439 del 19 de noviembre de 2013 y publicado el día 25 del mismo mes y año. La disposición transitoria primera establecía que entraría en vigencia a partir del 6 de agosto de 2014.

Sin embargo, esa fecha fue prorrogada en dos oportunidades. Primero, con motivo de la aprobación del Código de la Niña, Niño y Adolescente (Ley N° 548). Luego, a través de la llamada "ley modificatoria de vigencias plenas" (Ley N° 719), la cual prescribió que tanto el CPC como el aludido Código de la Niña, Niño y Adolescente, serían aplicables a partir del 6 de febrero de 2016, hecho que finalmente ocurrió el día 10 del citado mes y año.

Independientemente de su entrada en vigencia general, el CPC dispuso que ciertas instituciones fueran plenamente operativas desde su publicación<sup>71</sup>. Puntualmente, el señalamiento de domicilio procesal; el régimen de comunicación procesal; el sistema de cómputo de plazos procesales (incluidos los términos en relación a medios de impugnación); el régimen sobre la nulidad de actos procesales; el procedimiento de citación y emplazamiento y la recusación y excusación.

A fin de instrumentar el cambio propiciado, el CPC previó el deber de elaborar un plan de implementación dentro de los tres meses siguientes a su promulgación, término que fue actualizado mediante Ley N° 719 en razón de la sucesiva postergación de su entrada en vigencia<sup>72</sup>.

La preparación de dicho plan estuvo a cargo de la Sala Plena del Consejo de la Magistratura, en consulta con los máximos representantes de los distintos estamentos estadales. El programa debía contener, como mínimo, los siguientes componentes:

1. Plan especial de descongestión, incluyendo el previo inventario real de los procesos clasificados por especialidad, tipo de proceso, afinidad temática, cuantías, fecha de reparto y estado del trámite procesal.
2. Nuevo modelo de gestión, estructura interna, funcionamiento de los juzgados y de las oficinas judiciales.
3. Reglamentación de los asuntos de su competencia que guarden relación con las funciones atribuidas en el CPC.
4. Creación y redistribución de los juzgados, ajustes al mapa judicial y desconcentración según la demanda y oferta de justicia.

<sup>71</sup> Lo que el CPC llamó "vigencia anticipada del Código" (ver disposición transitoria segunda).

<sup>72</sup> Ver artículo 2.II de la Ley N° 719.

5. Uso y adecuación de la infraestructura física y tecnológica de los despachos, salas de audiencias y servicios, que garanticen la seguridad e integridad de la información.
6. Selección de nuevos jueces de acuerdo con el perfil requerido para la implementación del nuevo CPC.
7. Programa de formación y capacitación para la transformación en base a los principios y valores establecidos en la Constitución y el desarrollo en los servidores judiciales de las competencias requeridas para la implementación del CPC, con énfasis en la oralidad, las nuevas tendencias en la dirección del proceso por audiencias y el uso de las tecnologías de la información y comunicaciones.
8. Modelo de atención y comunicación con los litigantes.
9. Formación de servidores judiciales con responsabilidades en procesos regidos por la oralidad.
10. Planeación, control financiero y presupuestario de acuerdo con el estudio de costos y beneficios para la implementación del CPC.
11. Sistema de seguimiento y control de la ejecución del Plan de Implementación.

Para coordinar la aplicación del CPC se creó la **Comisión de Seguimiento e Implementación**, la cual estaba compuesta por representantes de los tres poderes del Estado. Entre las medidas principales que impulsó, destacan: (i) la creación de una plataforma de atención al público; (ii) el buzón judicial; (iii) la oficina de atención al litigante y (iv) la creación de una aplicación para celulares para ver el curso de un determinado proceso<sup>73</sup>.

También introdujo el Sistema Informático Judicial (SIREJ)<sup>74</sup> que entró en vigencia en las nueve capitales de departamento y El Alto el 6 de febrero de 2016 y comenzó a aplicar tanto para los procesos en materia civil y familiar como de niñez y adolescencia. Este sistema permite el registro de expedientes desde el momento del ingreso en plataforma hasta el archivo del caso. El litigante puede seguir su proceso a través de la página web ([sirej.magistratura.organojudicial.gob.bo](http://sirej.magistratura.organojudicial.gob.bo)) y/o, en los teléfonos móviles, descargando la aplicación SIREJ<sup>75</sup>.

En línea con las medidas precisadas, la Sala Plena del Consejo de la Magistratura aprobó mediante Acuerdo N° 001/2016 el **"Reordenamiento y Asignación de Equivalencias de Juzgados y Tribunales del Órgano Judicial"**. Si bien la reorganización había sido aprobada con anterioridad, las modificaciones a la entrada en vigencia del CPC motivaron su revisión por parte de la Dirección de Políticas de Gestión<sup>76, 77</sup>.

<sup>73</sup> Ver nota de prensa de fecha 14 de diciembre de 2015, disponible en [http://www.la-razon.com/seguridad\\_nacional/Junto-Codigo-Civil-Justicia-habilitara\\_0\\_2398560135.html](http://www.la-razon.com/seguridad_nacional/Junto-Codigo-Civil-Justicia-habilitara_0_2398560135.html).

<sup>74</sup> El SIREJ reemplazó el IANUS, sistema de consulta en línea que estaba hace más de 20 años.

<sup>75</sup> Ver [http://correodelsur.com/seguridad/20160626\\_sirej-busca-modernizar-el-servicio-judicial-en-bolivia.html](http://correodelsur.com/seguridad/20160626_sirej-busca-modernizar-el-servicio-judicial-en-bolivia.html)

<sup>76</sup> Ver <http://magistratura.organojudicial.gob.bo/index.php/2013-05-07-15-28-56/noticias>.

<sup>77</sup> Ver <http://magistratura.organojudicial.gob.bo/index.php/institucion/2013-05-07-16-03-21/codigo-procesal-civil>.

Con fecha 23 de noviembre de 2017, el Ministerio de Justicia y el Tribunal Supremo presentaron el Protocolo de Aplicación del CPC. Éste fue un proyecto elaborado por el primero y trabajado y coordinado por el TSJ, los tribunales departamentales de justicia y la Comisión de Seguimiento e Implementación del CPC. Tuvo como propósito ordenar, uniformar y facilitar la actuación procedimental en el marco del CPC<sup>78</sup>.

El 20 de diciembre de 2017, el entonces ministro de Justicia y Transparencia Institucional, Héctor Arce, planteó tres ejes para enfrentar la reforma judicial en su libro "Reflexiones Sobre la Reforma de Justicia en Bolivia". Dichos ejes son el desarrollo normativo; el talento humano como dispositivo central para operar la maquinaria judicial y la tecnología, infraestructura y modelo de gestión, elementos que -cabe destacar- ya estaban siendo valorados y ejecutados en el proceso de reforma a la justicia boliviana<sup>79</sup>.

## 2. OBJETIVOS DEL PROCESO Y PRINCIPIOS RECTORES

El nuevo CPC no indica de modo explícito cuáles son los objetivos del proceso. Sin embargo, podemos encontrar una referencia mediata en la regulación del principio de transparencia. Aquí se indica que la transparencia es consagrada "con el objeto de que la jurisdicción cumpla con la finalidad de proteger derechos e intereses que merezcan tutela jurídica" (art. 1.12).

En consonancia con ello, el artículo 6 –referido a la interpretación de la ley procesal– reitera dicha finalidad al indicar que la autoridad judicial debe tener en cuenta que "el objeto de los procesos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustantiva". Para Arce, "el fin supremo del proceso es procurar justicia" (Arce Zaconeta, 2014).

En su artículo 1, el CPC consagra expresamente una serie de principios que dan cuenta de su fisonomía y los valores que la determinan. Entre ellos se destacan:

1. *Oralidad*: entendida como la forma en la que debe desarrollarse el proceso. Más allá de la cuestión terminológica, hubiera sido deseable una concepción más precisa y robusta, que refiera a la oralidad como metodología de trabajo o estructura base sobre la cual concebir el nuevo proceso.

2. *Legalidad*: la autoridad judicial deberá actuar con arreglo a lo dispuesto en la ley. Cuando la forma de los actos procesales no estuviera expresamente determinada, se exigirá la que resulte indispensable e idónea para el objeto del proceso (art. 67).

3. *Dispositivo*: a diferencia de otros códigos que explícitamente asumen como parte del contenido de este principio el poder *exclusivo* de las partes de iniciar el proceso, Bolivia lo define como un cimiento básico sobre el cual se construye el proceso, el cual consiste en el poder de disposición de la pretensión de los  *sujetos*  implicados en la tutela jurisdiccional<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> Ver <http://www.hoybolivia.com/Noticia.php?IdNoticia=251189>.

<sup>79</sup> Ver <https://www.urgentebo.com/noticia/arce-fija-tres-ejes-para-enfrentar-la-reforma-judicial-en-bolivia>

<sup>80</sup> Arts. 232, 239, 240, 241, 42 y concs., CPC.

4. *Dirección*: potestad del tribunal para encaminar las actuaciones procesales de manera eficaz y eficiente, así como ordenar a los y las intervinientes del proceso el cumplimiento de la ley.

5. *Inmediación*: medio que permite a la autoridad judicial el contacto personal y directo con las partes, la prueba y los hechos que se alegan en el proceso. Quedan exceptuados los actos procesales que deban cumplirse por comisión fuera de la jurisdicción del órgano (art. 2, 11, 139 y concs.).

6. *Concentración*: principio que instruye la conjunción de la actividad procesal en el menor número posible de actos, a fin de evitar su dispersión.

7. *Publicidad*: la forma en que el código concibe este principio es interesante, pues no limita la publicidad a que el proceso no sea secreto y que su información esté disponible para todas las personas, sino que lo regula a través de la exigencia de una actuación positiva del tribunal, esto es *la difusión de la actividad procesal*. Es decir que no bastará con desarrollar un proceso a puertas abiertas sino que éste deberá ser activamente difundido. Su limitación exige habilitación legal y orden judicial expresa<sup>81</sup>.

8. *Saneamiento*: refiere a la facultad del tribunal de adoptar las medidas necesarias para subsanar defectos procesales en la tramitación de la causa, siempre que no afecten el debido proceso y la seguridad jurídica. Un acto sólo podrá ser declarado nulo si la nulidad estuviera expresamente determinada por ley. En consecuencia, cualquier acto irregular será válido si cumplió con el objeto procesal para el que estaba destinado, salvo que se hubiera provocado indefensión (arts. 106, 107 y concs.).

9. *Gratuidad*: el proceso es gratuito, siendo ésta una condición para el efectivo acceso a la justicia de modo igualitario<sup>82</sup>.

10. *Celeridad*: este principio orienta la pronta solución de las contiendas jurídicas a través del uso racional de la "economía del tiempo procesal", evitando así la inercia o desidia de todas y todos los intervinientes mediante pluralidad de instituciones<sup>83</sup>. Expresamente, dispone que el juez o la jueza "no podrán aplazar una audiencia o diligencia ni suspenderla salvo por razones que expresamente autorice el presente Código"<sup>84</sup>. Inclusive, podrán adoptar toda clase de medidas con independencia de la actividad de las partes (art. 2).

11. *Interculturalidad*: éste es uno de los principios que más destaca del CPC boliviano y que lo torna coherente con su nueva Constitución. Como tal, estatuye que "la autoridad judicial en el desarrollo del proceso deberá considerar que el ejercicio de los derechos individuales y colectivos, permite/a la convivencia de una diversidad cultural, institucional, normativa y lingüística"<sup>85</sup>.

<sup>81</sup> Arts. 100 y concs., CPC.

<sup>82</sup> Arts. 298 y concs., CPC. Si sólo se requiere un abogado, se proveerá inmediatamente de la lista provista por el Ministerio de Justicia (arts. 298, III y 303).

<sup>83</sup> Arts. 50, III y concs., CPC.

<sup>84</sup> Arts. 212, 216, 89 y concs., CPC.

<sup>85</sup> Arts. 166 y concs., CPC.

12. *Transparencia*: los actos procesales deben caracterizarse por entregar información útil y fiable, facilitando así la publicidad de éstos y, consecuentemente, la protección de los derechos e intereses en juego.

13. *Igualdad procesal*: la autoridad judicial tiene el deber de asegurar a las partes, durante todo el proceso, la igualdad de condiciones en el ejercicio de sus derechos y garantías, sin discriminación ni privilegios.

14. *Eventualidad*: mediante este principio se exige la realización conjunta y concomitante de actividades, aun cuando sean excluyentes, contrarias o incompatibles.

15. *Contradicción*: consideramos que este principio es esencial para la estructuración de un proceso por audiencias, en tanto es el medio por el cual se controvierte y mejora la calidad de la información generada en el proceso. En un sentido similar lo entiende Bolivia, al indicar que la contradicción es el derecho que tienen las partes a exponer sus argumentos y rebatir los contrarios.

16. *Verdad material*: siendo uno de los principios que más polémica ha suscitado en los debates procesales del último tiempo, el CPC es claro en su posición de que la verdad material es uno de sus ejes rectores. Indica que la autoridad judicial tiene el deber de verificarla en los hechos del caso, para lo cual debe adoptar las medidas probatorias necesarias, autorizadas por la ley, aun cuando éstas no hayan sido propuestas por las partes. Es decir, el CPC instituye un imperativo legal y amplio para que el tribunal verifique la verdad material de los hechos que servirán de motivo de sus decisiones.

Es importante tener presente que este principio también se encuentra consagrado en el artículo 180 de la Constitución del 2009, el que según Sánchez Morales “implica la superación de la dependencia de la verdad formal o la que emerge de los procedimientos judiciales” (Sánchez Morales, 2014), para ser aplicada la verdad que corresponde a la realidad y que debe imperar en todos los ámbitos del derecho<sup>86</sup>.

17. *Probidad*: exige a las y los diversos intervinientes del sistema conducirse en los actos procesales con buena fe, lealtad y veracidad (arts. 62, 63 y conchs.). El CPC establece una serie de supuestos en los que la temeridad o mala fe existe, es decir, se presupone (arts. 65 y conchs.). Así lo considera, entre otros, cuando se obstruya la producción de medios probatorios; por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso o se hagan transcripciones o citas deliberadamente.

### **3. ROL ACTIVO DEL JUEZ O JUEZA: DIRECCIÓN DEL PROCESO Y AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD MATERIAL**

Conforme se desprende de los principios indicados y de las distintas facultades y deberes impuestos por el CPC a la autoridad judicial, el modelo y rol del juez/a delineado es (necesariamente) activo<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> *Ibíd.*, p. 57.

<sup>87</sup> El artículo 8 del CPC reafirma el principio de que “las autoridades judiciales son independientes en el ejercicio de sus funciones y están sometidas sólo a la Constitución y las leyes”.

En ese sentido, el juez o la jueza tienen la potestad para encaminar las actuaciones procesales de manera eficaz y eficiente; sanear el proceso; valorar que el ejercicio de los derechos permita la convivencia de una diversidad cultural, institucional, normativa y lingüística y/o verificar la verdad material de los hechos, adoptando las medidas probatorias que estimen necesarias. Pueden, por ejemplo, suspender el procesamiento del conflicto hasta que se integre debidamente el contradictorio con el litisconsorte necesario (arts. 48, 49 y concs.).

Además, impone a los jueces y juezas la responsabilidad de adoptar medidas orientadas a evitar la paralización del proceso y lograr su finalización celer, impidiendo y sancionando toda forma de fraude procesal, colusión, dilación e inconducta (arts. 2, 9 y concs., CPC).

El capítulo cuarto del CPC (arts. 24 y siguientes) se encuentra dedicado a establecer los poderes, deberes y responsabilidades de la autoridad judicial. Entre muchos otros, por referirse a aspectos novedosos y/o concretos de dirección del proceso, destacamos los siguientes:

#### 1. Entre sus *poderes*

- a. Cuando una parte requiera un trámite que no sea el adecuado, la persona juzgadora deberá impulsar el proceso a través del trámite que legalmente corresponda;
- b. Debe ejercer sus deberes y atribuciones a fin de encauzar debidamente el proceso y la averiguación de la verdad;
- c. Disponer en cualquier momento del proceso la presencia de partes, testigos o peritos;
- d. Imponer a las partes y sus abogado/as, sanciones pecuniarias, compulsivas y progresivas, cuando obstaculicen maliciosamente el desarrollo del proceso o su conducta sea incompatible con la ética profesional y el respeto a la justicia;
- e. Sancionar con arresto a las partes y/o sus abogada/os que falten manifiestamente el respeto de la autoridad judicial, servidores judiciales o parte contraria o impidan maliciosamente cualquier audiencia o diligencia;
- f. Requerir –para el cumplimiento de sus decisiones– de la colaboración de las autoridades, las que están obligadas a prestar asistencia a tal fin (art. 9.1).

#### 2. Entre sus *deberes*

- a. Fallar conforme al derecho positivo. Sólo podrán decidir en equidad cuando, tratándose de derechos disponibles, las partes lo soliciten (arts. 214 y concs.).
- b. Disponer medidas necesarias para asegurar la efectiva igualdad de las partes.
- c. Velar por la convivencia de la diversidad;
- d. Tomar en cuenta, en la audiencia, la cosmovisión de las personas que intervienen, velando por el respeto de sus tradiciones y costumbres, así como la comprensión adecuada de la realidad donde desempeña sus funciones;

- e. En caso de vacío legal, recurrir a normas análogas, de equidad y principios generales, preservando en todo momento las garantías constitucionales (art. 6).

Con respecto a las audiencias, el artículo 96 establece que la autoridad judicial las presidirá personalmente, pudiendo adoptar las medidas y decisiones necesarias para su realización y desarrollo. En correlato con el deber de averiguar la verdad material, es el juez o la jueza quienes interrogan a los testigos (art. 176). El análisis de los medios de prueba producidos debe ser integral.

Arce presenta este aumento de las facultades de jueces y juezas como una tendencia universal y acorde con el sistema del proceso oral por audiencias, en el que la autoridad judicial es la directora del proceso y una protagonista esencial en su conducción. A esto suma que, para procurar justicia individual y social, era necesaria una reforma ideológica que reforzara de modo extraordinario la función y autoridad de la persona juzgadora, de modo que, sin ceder en imparcialidad, pudiera encauzar y orientar el proceso al descubrimiento de la verdad (Arce Zaoneta, 2014).

Es importante señalar que el mayor activismo del juez o la jueza viene acompañado en el CPC, por el reconocimiento expreso de su responsabilidad por el ejercicio u omisión de sus actos. En ese sentido, el artículo 26 dispone que las autoridades judiciales tengan responsabilidad civil, penal o disciplinaria, en la forma que determine la ley. Puntualmente, precisa que serán responsables por demorar injustificadamente en proveer; dictar providencias inapropiadas; proceder con dolo o fraude y sentenciar incurriendo en error inexcusable.

En similar sentido, se prevé que si las resoluciones del Tribunal Supremo fueran anulatorias de la sentencia recurrida, se podrá sancionar con responsabilidad a la autoridad que hubiera dictado la resolución anulada (art. 223.V.10)<sup>88</sup>.

Por último, el CPC también incorpora deberes y responsabilidades para las partes y sus abogados, los que complementan las facultades señaladas en torno al trabajo conjunto de todos los operadores en la resolución adecuada del conflicto (arts. 62, 63, 64 y siguientes). Entre los modos de responsabilizar destacan: el deber de responder por los daños y perjuicios ocasionados con su accionar; costos y costas y la remisión de los antecedentes a los organismos competentes a efectos disciplinarios.

#### **4. PROCEDIMIENTOS REGULADOS Y SUS RESPECTIVAS AUDIENCIAS**

En este apartado nos interesa realizar un mapeo general de los mecanismos y/o vías de discusión que ha construido el CPC, para luego profundizar en los procesos principales y caracterizar de manera concisa sus respectivas audiencias.

El CPC presenta una estructura basada en siete tipos de procesos generales, entre los cuales y tal como se ilustra en la siguiente figura- se regulan otros más:

<sup>88</sup> Otro aspecto particular es que, si las decisiones interlocutorias fuesen revocadas, no se impondrá condenación en costas (art. 223.IV.3, CPC).





Por motivos de extensión, relevancia y trascendencia práctica, se describirán brevemente los dos principales procesos de conocimiento: el ordinario y extraordinario.

### Proceso ordinario

Previo a la promoción de cualquier pretensión que tramite mediante proceso ordinario, el CPC exige haber intentado una conciliación. Inclusive, es requisito de admisibilidad acompañar junto con la demanda el acta de clausura pertinente (arts. 292 y 362.2). De ese modo, el proceso ordinario siempre tendrá que comenzar con un intento de conciliación en los términos regulados en el capítulo I Título I del Libro Segundo. Dicho momento procesal es totalmente diferente a la conciliación que deberá realizar la autoridad judicial en la audiencia preliminar.

El proceso ordinario procederá en todos los casos en que la ley no señale otro especial para su trámite (art. 362). Es decir, es de aplicación supletoria. Tiene un carácter mixto al combinar actos escritos y orales, aunque privilegiando el proceso por audiencias.

Una vez agotado el intento de conciliación previa, el proceso ordinario propiamente tal comenzará con los actos de proposición, demanda y contestación. Destaca aquí la carga de las partes de precisar como requisito de su postulación, una suma o síntesis de la pretensión (art. 110.2). Una vez admitida la demanda se tendrá un plazo de diez días para la respectiva notificación y, desde ésta, la persona demandada cuenta con un plazo de treinta días para contestar y/o interponer demanda reconventional.

Transcurrido el plazo para contestar o reconvenir, la autoridad judicial deberá citar, dentro de los cinco días, a la primera audiencia contemplada que es la preliminar. Concluida esta audiencia, cuando corresponda, el tribunal procederá a citar a la segunda, la complementaria.

Ésta deberá realizarse entre los quince días siguientes.

A continuación, nos referiremos brevemente a las características y objetivos de ambas audiencias.

1. *Audiencia preliminar*: se trata de la primera audiencia del proceso. Las partes deberán asistir personalmente, salvo motivo fundado que justifique la comparecencia por representante, personas colectivas e incapaces. La inasistencia de la parte demandante o reconviniente significará el desistimiento de la respectiva acción. La ausencia del demandado facultará al tribunal a dictar sentencia de inmediato (art. 365).

Esta audiencia tiene los siguientes objetivos:

1. Ratificarlos actos postulatorios del proceso.
2. Intentar una conciliación.
3. Recibirla prueba relativa a excepciones.
4. Sanear el proceso
5. Fijar definitivamente el objeto del proceso.
6. Determinar, ordenar y diligenciarlos medios de prueba admisibles.
7. Recepción de las pruebas cuyo diligenciamiento fuera posible en dicha audiencia, o convocatoria a audiencia complementaria respecto de las pruebas que no se hubieran producido hasta su conclusión (art. 366).

Las partes también podrán proponer nuevos medios de prueba que, a juicio de la autoridad judicial, se refieran a hechos nuevos o rectificaciones hechas en la propia audiencia.

2. *Audiencia complementaria*: también conocida como audiencia de juicio, tiene por objetivo principal la rendición de la prueba. Además, será el momento en que la autoridad judicial escuche seguidamente a las partes y posteriormente dicte sentencia (art. 368).

Esta audiencia no podrá suspenderse por ningún motivo, salvo fuerza mayor. Podrá prorrogarse por una vez, sea de oficio o a petición de parte, si es que faltara el diligenciamiento de alguna prueba fuera del asiento judicial del tribunal. En este caso deberá fijarse nueva audiencia para dentro de quince días. La inasistencia de alguna parte significará una presunción desfavorable para ésta. De esta audiencia se levantará un acta resumida.

Rendidas todas las pruebas, el juez o la jueza deberán oír los alegatos de las partes. Por regla, destinarán a ello diez minutos, pudiendo ampliar el tiempo en casos de notoria complejidad.

Concluidos los alegatos, la autoridad judicial dictará sentencia en audiencia. No obstante, el CPC permite que cuando el caso así lo amerite, se pueda dictar en ella sólo la parte resolutive. En este caso, podrá diferir la fundamentación de la sentencia para una ulterior audiencia, la que deberá realizarse en un plazo no superior a veinte días (arts. 216 y concs.).

A modo de síntesis, el proceso ordinario comprende una primera etapa postulatoria de carácter escrito y una segunda oral que inicia con la audiencia preliminar y termina con el dictado del fallo en la audiencia de juicio. Destacamos en la normativa boliviana el hecho de “no abrir puertas” a la permanencia de prácticas escritas (v.gr., los alegatos deben ser indefectiblemente orales), circunstancia que sí se produce en otros Códigos. Esa decisión no sólo supone respetar sino maximizar las ventajas que reporta la intermediación, publicidad y contradicción.

Al entender de Fernández Gutiérrez, en la etapa del proceso por audiencia “entran en vigor los principios de publicidad, intermediación, concentración y contradicción, entre otros, posibilitando el contacto personal del juez con las partes de manera organizada, evitando distorsiones en la percepción de los hechos y coadyuva eficientemente en la búsqueda de la verdad material (...)” (Fernández Gutiérrez, 2014).

Si bien el CPC no lo contempla expresamente, sería una buena práctica incluir al comienzo de la audiencia complementaria alegatos de apertura. Esto facilita la labor del tribunal, mejora la litigación y es conteste con los principios que inspiran los procesos orales o mixtos por audiencias.

### **Proceso extraordinario**

Se trata de un proceso que se sustancia y resuelve en una sola audiencia. No se admite demanda reconvenional (art. 369). Procede en controversias relativas a los interdictos de conservar y recuperar la posesión, obra nueva perjudicial y de daño temido; y, desalojo de vivienda, sin perjuicio de la conciliación previa o adopción de medidas preparatorias y cautelares.

Esta audiencia (multipropósito) concentra en un único momento la totalidad de la discusión (trámite) y el pronunciamiento de la sentencia sobre el fondo de la pretensión jurídica sustentada (arts. 370 y concs.). El procedimiento que debe observarse es similar al del proceso ordinario, con las siguientes variaciones:

1. En esta audiencia única se realizarán las actividades contempladas para ambas audiencias del proceso ordinario, sólo que la autoridad judicial podrá dictar sentencia sin la necesidad de haber escuchado alegatos.
2. Contestada la demanda se ordenará el diligenciamiento de la prueba que no pueda realizarse en audiencia, para que el día que ésta se celebre, la prueba ya se encuentre incorporada (Fernández Gutiérrez, 2014).

## **5. ASPECTOS PROBATORIOS Y DE LITIGACIÓN**

Resulta interesante mencionar que el capítulo de prueba se inicia estableciendo el mencionado principio de verdad material, el que otorga amplios poderes a la autoridad judicial para confirmar los hechos alegados por las partes. Teniendo presente ese principio, desarrollaremos los principales aspectos regulados en el CPC en materia de prueba.

### Carga de la prueba: ausencia de carga dinámica y principio de colaboración

En Bolivia, el artículo 136 recoge la regla general de la carga de la prueba (quien pretende un derecho prueba los hechos constitutivos de él y quien lo contradiga debe probar los hechos impeditivos, modificatorios o extintivos) y precisa que en ella no se impedirá la iniciativa de la autoridad judicial.

El CPC no hace mención expresa de la carga dinámica de la prueba, pero sí regula el principio o deber de colaboración de las partes. Éste responde a fundamentos muy similares, con la diferencia de que esta alternativa de regulación pone el acento en la valoración procesal de la conducta de las partes y no en el *onus probandi* como tal.

En efecto, es en el artículo 190 que se consagra el deber de colaboración de las partes, disponiendo en el numeral III que, si una de ellas se negara a colaborar con el material probatorio, se suspenderá la diligencia y se interpretará dicha negativa como prueba de la veracidad de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho que se pretenda probar.

No obstante lo anterior, cabe mencionar con cierto asombro que la “Guía para la Implementación del Código Procesal Civil” del Ministerio de Justicia<sup>89</sup>, interpreta la normativa como si ésta sí consagrara en algún momento la carga dinámica de la prueba, aunque no queda del todo claro en qué dispositivo legal se basa para llegar a esta conclusión. Al respecto indica que “existen supuestos de inversión de la carga de la prueba, como en las presunciones legales (...), y **de carga dinámica de la prueba** donde la carga corresponde a quien tenga la posibilidad de producir la prueba, pero en general el modelo asumido por el Código es que la carga de la prueba corresponde a quien afirma o niega”<sup>90</sup> (Ministerio de Justicia, 2015).

Entendemos que la Guía llega a esa conclusión a partir de lo que estipula el artículo 151 al que cita en un momento de ese párrafo y cuyo numeral II regula la exhibición de documentos cuando éstos se encuentran en poder del adversario o adversaria.

A nuestro entender, dicha cláusula no refiere a la noción de carga dinámica. En primer lugar, porque una norma como ésta afecta directamente al *onus probandi* (cuestión que en la exhibición de documentos no ocurre). En segundo lugar, porque a diferencia de una presunción legal, la carga dinámica concede a la autoridad judicial la obligación o facultad de modificar la carga de la prueba según ciertos criterios y circunstancias del caso, cuestión que tampoco apreciamos en la normativa.

En definitiva, creemos que no existe regla alguna en el CPC que permita concluir la recepción de la carga dinámica de la prueba. En un sentido similar a éste se manifiesta Castellanos Trigo, quien al interpretar el esquema que adopta el nuevo proceso civil, indica que “nuestra legislación procesal sigue el sistema que clasifica los hechos en constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos, es decir, la carga de la prueba incumbe al actor en cuanto al hecho constitutivo de su derecho, al demandado en cuanto a la existencia del hecho impeditivo, modificatorio o extintivo del derecho del demandante” (Castellano Trigo, 2014).

<sup>89</sup> Ver páginas 43 y siguientes.

<sup>90</sup> Lo destacado es nuestro.

## Anuncio de la prueba

La prueba documental vinculada con la pretensión deberá acompañarse con la demanda y/o su contestación. De no contar con ella, se deberá indicar contenido y lugar donde se encuentra y solicitar su incorporación al proceso. Para otros medios de prueba, deberá señalarse cuáles pretenderá producir y precisar qué hechos demostrará con ellos (arts. 111 y 125)<sup>91</sup>.

Con posterioridad a la demanda, sólo pueden proponerse pruebas sobrevinientes o documentos posteriores o anteriores desconocidos. Esto es, referidas a hechos nuevos; las mencionadas por la contraparte a tiempo de contestarla y reconvenirla y/o documentos de fecha posterior a la demanda o, siendo anteriores, no se hubiera tenido conocimiento de ellos (arts. 111. III y 112).

Las pruebas trasladadas son válidas y eficaces, siempre que en el primero se hubieran producido por una de las partes contra la otra (art. 143).

## Admisibilidad y exclusión de la prueba

El artículo 135 del CPC recoge el principio de “necesidad de la prueba”. Este principio nos indica que las afirmaciones de hecho de las partes que fueran relevantes o controvertidas deberán ser probadas. También lo serán los hechos admitidos, aunque sólo cuando la ley expresamente lo disponga.

Por otro lado, el artículo 137 precisa qué tipos de hechos no serán necesarios probar por encontrarse exentos de prueba. Entre ellos enumera los hechos admitidos –salvo que el reconocimiento estuviera limitado por ley–; los notorios –excepto que constituyan el fundamento de la pretensión y no sean admitidos por las partes–; los evidentes –considerados tales aquellos cuya existencia se acredita por sí misma– y los presumidos por ley.

En cuanto a la relevancia de los hechos, podemos entender por ellos aquellos que formen parte del presupuesto fáctico que de verificarse haría aplicable la respectiva norma (Devis Echandía, 1961). Es decir, que se encuentren relacionados con los supuestos de hecho que contempla el derecho invocado, o dicho de otro modo, sólo las afirmaciones de hecho de las partes, que incidan directa o indirectamente en las posibles calificaciones jurídicas del caso, son las que serán objeto de prueba.

Por hechos controvertidos entenderemos aquellos “afirmados por una de las partes y desconocidos o negados por la otra” (Castellano Trigo, 2014).

Establecido el principio general de lo que debe o necesita ser probado, corresponde precisar bajo qué criterios el CPC admite cada uno los mecanismos procesales o medios de prueba que propondrán las partes para acreditar los hechos objeto de prueba. Al respecto, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 142 que indica que la autoridad judicial rechazará de oficio o a instancia de parte aquellos medios probatorios que sean manifiesta-

<sup>91</sup> El CPC prevé la posibilidad de producir prueba anticipada, pero al sólo efecto conservativo y no compositivo (arts. 305.2, 306.1.6 y concs., CPC).

mente inconducentes o que se encuentren prohibidos. De igual manera, podrá desestimar las pruebas impertinentes al momento de dictar sentencia.

Así, a *contrario sensu*, los criterios de admisibilidad de la prueba en la legislación procesal civil boliviana son básicamente tres:

**1. Conducencia:** el concepto de conducencia de la prueba presenta diversas acepciones en la doctrina, siendo a veces entendido como relevancia y otras como pertinencia. El CPC no indica ningún concepto específico, limitándose a indicar que se rechazarán los medios probatorios que sean manifiestamente inconducentes.

La ya citada Guía para la implementación del CPC define la conducencia como la “idoneidad” para demostrar el objeto de prueba. Es decir, que el medio probatorio sea apto o tenga la capacidad de demostrar la veracidad de las afirmaciones de hecho jurídicamente relevantes y que han sido controvertidas por las partes. Esta definición de conducencia es similar a lo que en otros ordenamientos se conoce como *criterio de relevancia*, el que básicamente consiste en la *utilidad* del medio probatorio para la determinación de los hechos jurídicamente relevantes y controvertidos.

**2. Legalidad:** en consonancia con la regulación existente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la mentada Guía dispone que un medio probatorio será admisible siempre y cuando no esté expresamente prohibido por ley y no se haya obtenido con vulneración a derechos fundamentales. El CPC reúne en un único concepto dos criterios que muchas veces se presentan separados: la *legalidad*, que se refiere a la no prohibición del medio probatorio y la *ilicitud*, entendiéndose por tal –en palabras de Picó– “aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental” (Picó i Junoy, 2005).

**3. Pertinencia:** la Guía para la Implementación del CPC de Bolivia define la pertinencia como la “relación del medio de prueba con el objeto de prueba”.

El derecho aplicable, al margen de su nacionalidad, no requiere prueba. El derecho extranjero o la costumbre sólo necesitan ser probados cuando la autoridad judicial no los conozca, para lo cual podrá servirse de cualquier fuente de conocimiento y ordenar todo lo que conduzca a su aprovechamiento (art. 141).

### **Rol del juez o jueza en la producción de la prueba: facultades amplias**

Como se adelantaba en el apartado del rol del juez o jueza, el CPC reconoce a la autoridad judicial amplias facultades para decretar pruebas de oficio. El deber que tiene de averiguar la verdad material le atribuye explícitamente iniciativa probatoria. De ese modo, puede disponer cualquier clase de medida, aun cuando no hayan sido propuestas por las partes (arts. 136 y concs.).

Esta facultad genérica se complementa con regulaciones concretas en cada medio en particular. Por ejemplo, en relación a la prueba pericial, el artículo 193 reconoce que la autoridad judicial podrá disponer de oficio un nuevo dictamen cuando, a su juicio, fuera necesario.

En esa misma línea, el CPC le reconoce a la autoridad judicial, luego de concluida la audiencia de juicio, la posibilidad excepcional de disponer prueba que considere necesaria para mejor proveer. Ello así, cuando fuera importante para la formación de su criterio, disponiendo sobre la forma y el tiempo en que deberá ser recibida. En este caso, el CPC prescribe que el juez deberá “dejar constancia de las razones por las cuales no dispuso oportunamente su diligenciamiento durante el curso del proceso” (arts. 207 y 208).

### Reglas de producción de la prueba

Son medios de prueba admisibles en el CPC, los documentos, la confesión, las declaraciones de testigos, inspección judicial, reconstrucción de hechos, peritaje, presunciones e informes (art. 144.I). Sin perjuicio de ello, reconoce que “las partes podrán valerse de cualquier otro medio que no esté prohibido expresamente en la ley”. La valoración de las pruebas se hará conforme a la sana crítica y tomando en cuenta la realidad cultural en la que se ha generado el medio probatorio, cuestión esta última en la que nuevamente destaca la interculturalidad que busca promover el estado plurinacional boliviano.

**Tabla 25:** Regulación de los medios probatorios CPC de Bolivia

Medio probatorio	Definición legal	Regulación	Requisitos propios de admisibilidad
Prueba Documental	No tiene. Los públicos se presumen auténticos mientras no se pruebe lo contrario. El privado, aun sin reconocimientos de firmas, hará fe entre las partes	Art.147	Rigen normas generales
Confesión	Existe confesión cuando la parte admite total o parcialmente la veracidad de un hecho personal o de su conocimiento, desfavorable a su interés o favorable al del adversario	Art. 156	Rigen normas generales
Declaraciones de testigos	Toda persona mayor de 16 años	Art. 168	Lista con la individualización de la/os testigos. Se proponen cinco máximo, salvo motivo fundado que autorice la autoridad judicial
Inspección y reconstrucción de hechos	No tiene. Sólo se indica que la inspección de lugares o cosas podrá llevarse a cabo por parte del tribunal, tanto de oficio como a petición de parte, y antes que otras pruebas	Art. 187	Rigen normas generales
Prueba pericial	No tiene	Art. 193	Requiere conocimientos especializados en alguna ciencia, arte, industria o técnica

Medio probatorio	Definición legal	Regulación	Requisitos propios de admisibilidad
Prueba por informe	No tiene. Se indica que son evacuados por entidades públicas o privadas. Abogados y quienes actúen en representación de otro, pueden solicitarlo por sí a cualquier oficina pública o privada	Arts. 204 y 205	Deben recaer sobre puntos claramente individualizados y referidos a hechos o actos que resulten de la documentación, archivo o registro del órgano informante. No deben pretender la sustitución o ampliación de otro medio de prueba
Presunciones	No tiene	Art. 206	Se indica que constituirá prueba cuando sean graves, precisas y concordantes, en los casos en que la ley admita prueba testifical

Fuente: elaboración propia

A continuación, se describirán algunas reglas comunes a todos los medios probatorios. Luego, brevemente, ciertos aspectos prácticos de los más frecuentes o tradicionales.

### *Algunas reglas generales*

Un principio general del CPC que es fundamental para el diligenciamiento probatorio es que toda la prueba debe producirse en audiencia, conforme a lo que disponga cada proceso en particular y salvo disposición en contrario (art. 138).

La prueba producida deberá ser valorada en su conjunto. La autoridad judicial deberá individualizar qué pruebas han servido para formar su convicción y cuáles no. La apreciación de éstas deberá realizarse conforme a las reglas de la sana crítica o prudente criterio, tomando en cuenta la realidad cultural en la que fue generado el medio probatorio (art. 145).

En relación con la prueba pericial, el CPC dispone que la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por la autoridad judicial en consideración a la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofreciera. En ese sentido, se reconoce que el juez o la jueza no están obligados a seguir el criterio del perito, pudiendo apartarse del dictamen mediante resolución fundada (art. 202).

### *Prueba documental*

Al igual que en la mayoría de los Códigos analizados, las primeras disposiciones se refieren a aspectos sustantivos de los documentos. Por ejemplo, clases o tipología, indivisibilidad, autenticidad o valor. La prueba documental debe ser presentada por la parte a quien interesa o cuando el tribunal así lo requiera, en original o mediante copias legalizadas por autoridad competente (art. 147).



## Confesión

La confesión procede cuando una de las partes admite total o parcialmente la veracidad de un hecho personal o de su conocimiento, desfavorable a su interés o favorable al de su adversario. Se identifican dos clases de confesiones: la confesión judicial (que a su vez puede ser provocada o espontánea) y la extrajudicial (arts. 156 y 157).

La judicial es la que ocurre dentro del contexto del proceso y será provocada cuando una parte absuelva a consecuencia de una petición expresa y conforme a las preguntas realizadas por la contraparte. También ocurrirá cuando ésta haya sido dispuesta de oficio por la autoridad judicial. Por su parte, la confesión judicial espontánea será aquella que se formule en la demanda o en la contestación, o en algún otro acto del proceso incluyendo la sentencia, y sin interrogatorio previo. La extrajudicial es la que tiene lugar fuera del proceso.

El régimen descrito da cuenta de que el CPC mantiene la tradicional prueba confesional o absolución de posiciones. Es decir, no incorpora la declaración de parte propiamente tal. Esto supone que las partes no pueden declarar voluntariamente y, a *contrario sensu*, que la información que ellas puedan aportar a través de sus respuestas o declaraciones, no se tomarán en cuenta si es que las consecuencias jurídicas que emanan de los hechos sobre los que recae esa declaración, son favorables a la parte que los emite (art. 161).

En este punto, el CPC conserva vestigios de prueba legal tasada, decisión que resulta reprochable desde cualquier punto de vista si pensamos, por ejemplo, que el proceso es un ámbito donde debe producirse información de calidad para la solución adecuada de conflictos. También es contradictorio con la concepción e instituciones que el propio Código acepta, como la búsqueda de la verdad material, la introducción de la oralidad como *forma* de discusión o la amplificación del contradictorio.

## Declaraciones de testigos

En material testimonial, el CPC mantuvo una concepción conservadora y una estructura tasada del medio, que limita drásticamente la potencialidad de la fuente y su utilidad.

En ese sentido, el CPC concibe como testigo sólo a las personas mayores de 16 años (art. 168). A ello cabe sumar las tachas absolutas<sup>92</sup> y relativas<sup>93</sup> instituidas en el art. 169. Una interpretación sistémica de ambos artículos permitiría concluir que sólo una persona que reúna ciertas condiciones, totalmente ajena al juicio y a las partes podría declarar como testigo, bajo el (pre)juicio de que de ese modo se protege la verdad.

Esta perspectiva pone el foco en aspectos que, en un sistema preocupado por la obtención de información de calidad y organizado por audiencias –donde impera la inmediación, publicidad y contradictorio–, no deberían preocupar. Dicho de otro modo, ser

<sup>92</sup> Entre otras menciona a quienes padecieran de enajenación mental o perturbación psicológica grave; los que se encuentren en estado de embriaguez o bajo el efecto de sustancias estupefacientes o alucinógenas y los que hubieran sido condenados por falso testimonio.

<sup>93</sup> El art. 169. II incluye al dependiente de la parte que lo ofreciera; parientes en línea recta, colateral o, inclusive, derivados de vínculos de adopción; el enemigo o amigo íntimo de la parte que lo presenta o el hecho de ser deudor o acreedor.

pariente, dependiente o amigo íntimo de una parte no es un dato dirimente, porque lo que realmente importa es que dicha persona haya percibido los hechos, que sus sentidos hayan estado en óptimo estado para hacerlo y que no mienta en lo que dice haber percibido. Para ello, el ejercicio del contradictorio –materializado en las actividades de examen y contraexamen de las personas declarantes–, coadyuvará a dejar a la vista las contradicciones o posibles mentiras de un testimonio. Por el contrario, asumir que un pariente o un enemigo íntimo siempre mentará, y por ello prescindir de información potencialmente valiosa que ellos o ellas puedan entregar, no se condice con la razón de ser, estructura ni valores de la oralidad.

Como mencionáramos, toda la prueba (incluida la testimonial) debe producirse en audiencia<sup>94</sup>. Se interrogará a cada testigo por separado y previo juramento o promesa. El interrogatorio se inicia cuando el juez o la jueza preguntan los datos del testigo y si existe relación con alguna causal de tacha. En forma inmediata, el testigo deberá hacer una exposición de los hechos que personalmente le consten en relación al objeto de la controversia, justificando sus afirmaciones y explicando las circunstancias en que hubiera ocurrido cada hecho. Luego de esta declaración, las partes podrán interrogarlo a través de sus abogados o abogadas (arts. 176 y concs.).

Como es posible apreciar, el tribunal inicia y dirige el interrogatorio. Éste puede rechazar las preguntas impertinentes o agraviantes para el testigo, formular en cualquier momento preguntas y dar por terminado el interrogatorio (arts. 176.3 y concs.).

En cuanto a las preguntas que las partes podrán realizar, el CPC indica que éstas no podrán estar referidas a más de un hecho y que deben ser claras y concretas. No se admitirán preguntas vejatorias u ofensivas. Debe responder personalmente y no puede asesorarse por abogada/o ni leer notas o apuntes a menos que por la índole de la pregunta el tribunal lo autorice.

Las autoridades de alto rango podrán declarar por escrito con la manifestación de que lo hacen bajo juramento de decir la verdad, en un plazo máximo de cinco días computables desde su notificación. La parte contraria a la que ofreciera el testigo podrá presentar contra interrogatorio que será incluido en el despacho a librarse (art. 180).

También se prevén modulaciones especiales para testigos imposibilitados de asistir (a quienes se interrogará en su domicilio), extranjeros, indígenas o con capacidades diferentes (arts. 181, 183, 184 y concs.).

### ***Prueba pericial***

Por regla, las partes podrán solicitar sólo un dictamen pericial sobre un mismo punto, salvo que hubieran impugnado sus conclusiones en tiempo y forma oportunos. Como mencionamos, la autoridad judicial puede disponer un nuevo dictamen de oficio cuando lo considere necesario (arts. 193 y concs.).

---

<sup>94</sup> Arts. 170, 171, 172, 173 y concs., CPC.

El perito siempre será único, salvo que las partes acuerden otra cosa o la complejidad de la cuestión sometida a proceso lo exija. La parte que lo solicita señalará los puntos sobre los cuales versará la prueba y el adversario podrá objetarla o agregar nuevos puntos. En la audiencia preliminar el juez o la jueza resolverán sobre la admisibilidad del dictamen, designando con criterio propio al perito y fijando los puntos sobre los que trabajará la pericia (arts. 194, 195 y concs.).

Los gastos periciales serán soportados por la parte que requirió la pericia. Si fue solicitado por ambas o por el juez de oficio, serán pagados a prorrata. Para la regulación de honorarios se tomará en cuenta la importancia del trabajo realizado (arts. 203 y concs.).

### *Inspección judicial y reconstrucción de hechos*

A diferencia de otras reglamentaciones, el CPC atribuye a esta prueba un lugar relevante y al juez y la jueza un rol aún más protagónico. La inspección y reconstrucción puede ser ordenada a petición de parte o de oficio, inclusive antes que otros medios de prueba. El único elemento que debe constatarse es que sirva para esclarecer hechos que interesen a la decisión del proceso. En el mismo sentido, si bien debe realizarse antes de los diez días de decretada, cuando exista urgencia podrá practicarse hasta con un día de anticipación (art. 187).

Si las partes no concurren, la inspección se celebra igual. La autoridad judicial podrá preguntar libremente a los expertos o testigos requeridos, sobre elementos de relevancia para el caso (arts. 188, 189 y concs.).

Las partes y terceros tienen el deber de prestar la máxima colaboración para el mejor cumplimiento de las inspecciones y reconstrucciones. Si los terceros se rehúsan, podrán aplicársele las medidas conminatorias pertinentes. Si fueran las partes, se intimará su presencia. Si se resisten, se dispondrá la suspensión de la diligencia, interpretándose la negativa a colaborar como prueba de la veracidad de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho que se pretenda probar (arts. 190, 191 y concs.).

Los gastos que genere la medida serán a cargo de la parte que la solicitó. Cuando fue dispuesta de oficio, el CPC establece que será afrontado por ambas partes a prorrata. Si una de ellas o ambas gozara de beneficio de gratuidad, será sufragado por el Tesoro Judicial (art. 192).

## **6. PROCESOS COLECTIVOS O ACCIONES DE CLASE**

En Bolivia no existe un régimen sistémico e integral que se haga cargo de la conflictividad colectiva y regule la garantía convencional del debido proceso colectivo. En el CPC no hay referencias. Sólo se cuenta con la denominada “Acción Popular”, incorporada en el Código Procesal Constitucional de Bolivia de fecha 5 de julio de 2012<sup>95</sup>.

Éste, en su artículo 68, dispone que “la acción popular tiene por objeto garantizar los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, espacio, seguridad y salubridad

<sup>95</sup> Ver [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=50718-00122013000200017](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=50718-00122013000200017).

pública, medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por la Constitución Política del Estado, cuando ellos por acto u omisión de las autoridades o de personas naturales o jurídicas son violados o amenazados<sup>96</sup>. Luego se refiere a la legitimación, interposición de la acción y efectos de la resolución.

Consideramos que la omisión legislativa en la materia es una grave falencia del sistema, pues la conflictividad colectiva, su gestión y la protección de los derechos en ella involucrados, sólo es posible a través de mecanismos colectivos que reúnan las modulaciones propias de esta dimensión.

## **7. MECANISMOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

Como indica Fernández Gutiérrez, con la nueva Constitución boliviana y al haberse constituido Bolivia como un Estado Plurinacional, éste ha adquirido un carácter pacifista que promueve la cultura de paz y el derecho a la paz (Fernández Gutiérrez, 2014).

Ha sido en función de dicha política pacifista (art. 108.4 de la Constitución) que diversas normativas han regulado la conciliación como un deber para los diversos actores y no sólo como una facultad o posibilidad, como hacía el antiguo Código de Procedimiento Civil. Entre ellas, las Leyes del Órgano Judicial (arts. 3.13 y 67) y del Ejercicio de la Abogacía. Esta última, expresamente dispone que es deber de los abogado/as “facilitar o promover la conciliación u otros medios alternativos de solución de conflictos cuando se encuentren previstos por Ley” (art. 9.8).

En concordancia con lo señalado y tal como anticipásemos, en el nuevo CPC es obligatorio haber promovido un proceso conciliatorio previo a demandar (art. 292). De allí que con la demanda deba acompañarse acta expedida y firmada por el conciliador autorizado.

Ésta procederá en todos los casos, excepto en los procesos de los que fueran parte personas incapaces de obrar; para aquellos a quienes la ley expresamente se los prohíbe; en beneficios de gratuidad, diligencias preparatorias y medidas cautelares; procesos concursales; voluntarios si se suscitara contienda o cuando el demandado tenga su domicilio en otra jurisdicción, en el exterior o fuera desconocido. En los procesos ejecutivos y monitorios será optativo para la parte demandante (arts. 293 y 294).

Rige durante el proceso el deber de confidencialidad, el cual incluye la reserva del contenido de los papeles o cualquier otro material de trabajo presentado, confeccionado o evaluado por las partes a los fines de la conciliación. La confidencialidad cesa, sin embargo, cuando (exista disposición expresa y fundamentada de la autoridad judicial o partes o para evitar la comisión de un delito o su continuación. Su interpretación es restrictiva (art. 295).

La conciliación, también denominada “audiencia de conciliación previa” se desarrolla en una sola audiencia, cuyo fin es lograr un acuerdo extrajudicial y promover la transparencia de las distintas posiciones (art. 296). Durante su desarrollo no es obligatoria la presencia de abogado/as. Se lleva a cabo de manera que la demandante fije su pretensión con claridad,

<sup>96</sup> Ver <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-N254.xhtml>.

debiendo la demandada pronunciarse sobre ella. Para lograr acuerdos, la persona conciliadora debe proponer alternativas de solución.

Además de las normativas señaladas, en Bolivia se regulan los MASC en la Ley de Arbitraje y Conciliación N° 708 de fecha 25 de junio de 2015.

En relación a la conciliación judicial, el artículo 234 del CPC establece las reglas generales. Todos los derechos susceptibles de disposición y transacción pueden ser objeto de conciliación en el proceso, sea a instancia del juez/a o de las partes. Se indica que las partes podrán acudir de mutuo acuerdo y en forma directa al conciliador judicial. La autoridad judicial tiene el deber de instar a las partes a conciliación en la audiencia preliminar y proponer medidas idóneas, trámite que si no se realiza se sanciona con la nulidad. Ello, sin perjuicio de que las partes o el juez o la jueza puedan instar la conciliación en cualquier fase del proceso (arts. 235 y concs.).

En ese sentido, el CPC incorpora como regla general que cuanto expusiera la autoridad judicial en la audiencia de conciliación, no importará prejuzgamiento, *aunque estuviera referido al fondo de la cuestión* (la itálica nos pertenece). Las opiniones vertidas por la autoridad judicial en la audiencia de conciliación no serán causales de excusa ni recusación (art. 238).

En lo relativo al valor del acuerdo que pudiera alcanzarse en la conciliación previa, el artículo 297 del CPC establece que el “testimonio o copia legalizada del acta de conciliación y auto definitivo de aprobación, tendrán valor de documento público o auténtico para el ejercicio de los derechos definidos por esta vía, así como para su inscripción en el registro que corresponda”.

Los acuerdos alcanzados en el contexto de una conciliación judicial deberán constar en acta firmada por las y los intervinientes y refrendada por la secretaria o el secretario, detentando efecto de cosa juzgada entre las partes y sus sucesores y sucesoras a título universal (art. 237). La autoridad judicial que aprobó la conciliación será competente para la ejecución de los acuerdos arribados en el acta de conciliación.

En complemento con lo que indica el Código, la Ley de Arbitraje y Conciliación se refiere al valor de los acuerdos como un acta que desde su suscripción es vinculante para las partes, siendo inmediata su exigibilidad y adquiriendo la calidad de cosa juzgada, exceptuándose las materias establecidas por Ley cuando se requiera la homologación por autoridad judicial competente. En caso de incumplimiento, procede la ejecución forzosa del Acta de Conciliación, conforme al procedimiento de ejecución de sentencia ante la autoridad judicial competente (arts. 33, 34 y concs.).

## **8. VÍAS DE IMPUGNACIÓN**

En tanto derivación de la regla contenida en el artículo 180.2 de la Constitución (“se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales), el CPC estatuye que todo proceso tendrá dos instancias (art. 11). Los medios de impugnación de resoluciones judiciales reconocidos en el Título Sexto son: reposición, apelación, casación, compulsas (comúnmente conocido como “queja” o recurso de hecho) y revisión extraordinaria de sentencia (arts. 250 y siguientes).

La aclaratoria, enmienda y complementación se han incorporado por fuera de dicho Título, pudiendo ser dispuestas de oficio o a pedido de parte. Su regulación no presenta novedades: procede para corregir errores materiales, aclarar conceptos oscuros o subsanar omisiones, sin que pueda alterarse por su intermedio lo decidido. La única particularidad es que, si se intenta sobre sentencia de fondo, las partes sólo podrán usarla una vez<sup>97</sup>, su interposición suspende el plazo para interponer el recurso en lo principal y el plazo se reinicia con la decisión que notifica su acogimiento o rechazo (art. 226).

Profundizaremos en ciertas características de la apelación y casación.

## Apelación

Según lo establecido en el artículo 256 del CPC, la apelación tiene como objeto que el tribunal superior “modifique, revoque, deje sin efecto o anule una resolución judicial que ha causado agravio a la parte litigante que lo interpone”.

Como puede advertirse, la apelación constituye un recurso amplio, que habilitaría el cuestionamiento de errores (de hecho y derecho) y la posible nulidad de la resolución. Ello tiene la ventaja de que simplifica vías y uniforma el régimen, al subsumir en un único medio todos los agravios posibles en torno a la decisión adoptada. Esto es, los vicios vinculados con la formalidad y validez del acto en sí, como aquellos asociados al mérito y corrección de lo resuelto.

En ese sentido, se prevé que el tribunal de segunda instancia que deba pronunciarse sobre un recurso de apelación, apreciará si se planteó alguna forma de nulidad insubsanable de la sentencia o nulidad expresa de actos de la primera instancia. Si la reclamación de nulidad hubiera sido planteada a tiempo de la apelación, se resolverá sobre ella, y sólo en caso de rechazarla se pronunciará sobre los agravios de la apelación. Si se opta por la declaración de nulidad, se dispondrá la responsabilidad del inferior y la devolución de obrados al inferior para que tramite la causa a partir de los actos válidos (art. 108).

La apelación procede contra las sentencias, autos definitivos y resoluciones que expresamente establezca la ley. No son apelables las providencias simples ni las resoluciones expresamente excluidas. No se considera como causal de apelación los errores de derecho que no afectasen la parte resolutive de la sentencia (arts. 257 y 258).

La apelación contra sentencias debe interponerse por escrito fundado durante el plazo de diez días y se sustanciará con traslado a la parte contraria por el mismo plazo. En el caso de resoluciones interlocutorias, el plazo es de tres días. Con la interposición o en la contestación de agravios, cualquiera de las partes puede solicitar la producción de prueba en segunda instancia. El tribunal puede admitirla cuando: las partes lo pidieran de común acuerdo; no se hayan podido diligenciar pruebas decretadas en primera instancia por causas no imputables a las partes que las ofrecieron; si se trata de hechos ocurridos después de la sentencia y, se tratara de desvirtuar un documento que no se pudo presentar en primera instancia por fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria (arts. 261, 262 y concs.).

---

<sup>97</sup> Lo que permite interpretar que respecto del resto de decisiones podría plantearse más de una por parte.

Cuando se trate de autos interlocutorios, la apelación se registrará por las mismas reglas, aunque el plazo para la interposición y contestación del recurso será de tres días. Si los autos interlocutorios fueron dictados en audiencia, el recurso se deberá anunciar en la audiencia e interponerse en el mismo plazo mencionado.

### **Casación**

El recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados en procesos ordinarios y en los casos señalados por la ley, no procediendo en los procesos ordinarios derivados de resoluciones pronunciadas en procesos extraordinarios (art. 270).

En cuanto a las causales de la casación, se establece que éste podrá interponerse en los casos en que exista una *violación, interpretación errónea o aplicación indebida de la ley*, de fondo o de forma. En este último caso, sólo es procedente cuando la norma procesal infringida sea esencial para la garantía del debido proceso y hubiera sido reclamada oportunamente. También procede el recurso de casación cuando en la apreciación de las pruebas se hubiera incurrido en error de derecho o hecho. No se considerarán causal los errores de derecho que no afecten la parte resolutive del auto de vista (arts. 271 y concs.).

En todos los casos, el recurso se interpondrá por escrito ante el tribunal que dictó el auto de vista durante el plazo de diez días, corriéndose traslado por los mismos días a la parte contraria. Deberá expresar con claridad y precisión la ley infringida o aplicada indebidamente, especificando en qué consiste la infracción, violación, falsedad o error. Estas especificaciones deberán hacerse precisamente en el recurso y no estar fundadas en memoriales anteriores ni suplirse posteriormente (arts. 274, 276, 277 y concs.).

La interposición del recurso de casación suspende el cumplimiento de la sentencia, salvo que la parte interesada requiriera su ejecución provisional (arts. 269, 275, 402 y concs.).

## II. Código Procesal Civil de Brasil

### 1. VIGENCIA Y PLAN DE IMPLEMENTACIÓN

El artículo 1045 del Código Procesal Civil brasileño (CPC) estableció que entraría en vigencia un año después de su publicación oficial. El CPC fue aprobado como ley ordinaria N° 13.105 el 16 de marzo de 2015, por lo que conformó derecho vigente y operativo a partir del 16 de marzo de 2016.

El CPC propone un cambio radical en la concepción, diseño y abordaje del diseño procesal. La intervención procesal se aborda desde el conflicto, anclada en la realización del ideario constitucional-convencional y propiciando modificaciones estructurales y transversales.

Teniendo en consideración la magnitud del cambio operado, el CPC incorporó una serie de previsiones tendientes a garantizar la realización de las modificaciones operativas, funcionales y preparatorias necesarios. Los objetivos y fines que el CPC instauraba y las medidas que la implementación exigía estaban en línea con la Estrategia Nacional de la Judicatura 2015-2020 formulada por el Consejo Nacional de Justicia, aprobada por la Resolución N° 198/2014 de 1 de julio 2014<sup>98</sup>.

Entre ellas se destaca el deber del Consejo Nacional de Justicia de promover, periódicamente, pesquisas estadísticas para la evaluación de la efectividad de las normas previstas en el CPC (art. 1069).

También se previó que los actos procesales practicados por medio electrónico hasta la transición definitiva para la certificación digital quedarían convalidados, aunque no hayan observado los requisitos mínimos establecidos, siempre que hayan alcanzado su finalidad y no haya existido perjuicio a la defensa de cualquiera de las partes (art. 1053).

### 2. OBJETIVOS DEL PROCESO Y PRINCIPIOS RECTORES

El CPC no explicita sus objetivos. Sin embargo, expresamente reconoce que, al aplicar el ordenamiento jurídico, el juez o la jueza atenderán a los fines sociales y a las exigencias del bien común, resguardando y promoviendo la dignidad de la persona humana y observando la proporcionalidad, razonabilidad, legalidad, publicidad y eficiencia (art. 8).

De ese modo, podemos afirmar que el proceso brasileño plasmado en el CPC brasileño tiene como finalidades: promover la autocomposición de los conflictos; construir una instancia cooperativa con amplias facultades a disposición de las partes y una autoridad judicial activa en la gestión del caso (Zaneti Jr.) y garantizar la realización efectiva del derecho en un plazo razonable.

La parte general del CPC inicia con el Libro I, cuyo título único condensa reglas y principios fundamentales que estructuran, explican y definen la sistemática del régimen. La característica

<sup>98</sup> Ver <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/estrategia-nacional-do-poder-judiciario-2015-2020>.



central es que la reglamentación ha sido pensada desde el marco constitucional-convencional, concibiendo el conflicto como epicentro regulatorio y el proceso como un mecanismo más de resolución.

Entre los principales principios (y deberes) recogidos por el CPC, destacamos:

1. *Supremacía constitucional e interpretación conforme*: el proceso civil ha sido regulado y debe interpretarse conforme a los valores y normas establecidas en la Constitución y en los tratados, convenciones o acuerdos internacionales de los que Brasil sea parte (arts. 1 y 13).

2. *Interposición de parte (dispositivo atenuado)*: el proceso comienza por iniciativa de parte, salvo las excepciones previstas por ley (arts. 2 y concs.).

3. *Impulso del proceso*: es responsabilidad del tribunal incitar y promover el procesamiento del conflicto, a menos que la norma lo exima del deber (arts. 2 y concs.).

4. *Economía procesal y concentración*: por ejemplo, el CPC prevé que los actos meramente ordenatorios (como la incorporación de documentos y la vista obligatoria), no dependen de despacho, debiendo ser practicados de oficio por el servidor y revisados por el juez cuando sea necesario<sup>99</sup>.

5. *Abuso del derecho (sustantivo o procesal)*: constituye un deber de la autoridad judicial apreciar jurisdiccionalmente la amenaza o lesión al derecho (arts. 3 y 139).

6. *Plazo razonable*: los sujetos intervinientes tienen derecho a obtener en un plazo razonable la solución integral del conflicto que supone la realización del derecho autocompuesto o declarado. Cualquier parte o abogado puede denunciar al contralor del Tribunal o al Consejo de Justicia el incumplimiento de los términos de jueces o relatores<sup>100</sup>.

7. *Buena fe (subjetiva-objetiva)*: toda persona que participa en el proceso, en cualquier calidad y forma, debe comportarse de buena fe. Quien no lo haga, responderá disciplinaria, procesal y civilmente. Entre otros casos, el CPC considera litigante de mala fe aquél que deduzca pretensión o defensa contra texto expreso de la ley o hecho incontrovertido; altere la verdad de los hechos; oponga resistencia injustificada a la tramitación del proceso; suscite algún incidente manifiestamente infundado e interponga algún recurso con propósito manifiestamente dilatorio. Además, incorpora el deber de decir verdad para las partes, con sanciones de distinto tenor<sup>101</sup>.

8. *Autocomposición de conflictos*: el Estado promueve la solución consensual de los conflictos. Es deber de jueces, abogados y defensores públicos promover la conciliación, mediación y cualquier otro método afín, inclusive durante el curso del proceso judicial<sup>102</sup>.

9. *Cooperación procesal*: el CPC concibe el proceso como una comunidad de trabajo (Miti-diero). Es decir, la cooperación conforma un modelo y principio. Todos los participantes del

<sup>99</sup> Arts. 193, 203, 213 y concs., CPC.

<sup>100</sup> Arts. 4, 235 y concs., CPC.

<sup>101</sup> Arts. 5, 77, 79, 80, 139, 142, 143, 489 y concs., CPC.

<sup>102</sup> Arts. 3.2 y 3, 165, 168 y concs., CPC.

proceso tienen el deber de cooperar entre sí para lograr una decisión justa y efectiva en plazo razonable<sup>103</sup>. Este deber general adquiere modulaciones especiales como, por ejemplo, que nadie esté eximido del deber de colaborar con el Poder Judicial para el descubrimiento de la verdad<sup>104</sup> o la obligación del demandado de indicar el sujeto pasivo de la relación jurídica discutida, siempre que tenga conocimiento y aunque se alegue la falta de legitimación, bajo pena de asumir los gastos procesales e indemnizar al demandante por los perjuicios provenientes de la falta de indicación (art. 339).

10. *Contradictorio*: no se dictará decisión en contra de una parte sin haberla escuchado previamente, salvo en los casos de tutela de urgencia, evidencia o monitoria legalmente previstas. Esta regla tiene dos manifestaciones que se hacen elocuentes: en la imposibilidad de decidir basado en un fundamento sobre el cual las partes no tuvieron oportunidad de manifestarse –incluso si se trata de aquellas materias en las que la autoridad judicial deba fallar de oficio–; y la nulidad o ineficacia de la sentencia que no resguardó la debida integración del contradictorio<sup>105</sup>.

11. *Congruencia*: el juez debe resolver el caso dentro de los límites propuestos por las partes, quedándole prohibido introducir cuestiones no controvertidas o decidir algo distinto de lo peticionado. Los hechos constitutivos, modificativos o extintivos que se introdujesen luego de trabada la litis, deben valorarse al decidir. No obstante, si se constata de oficio el hecho nuevo, el juez o la jueza deben escuchar a las partes previo a resolver<sup>106</sup>.

12. *Igualdad*: el CPC asegura a las partes la paridad de tratamiento formal y material en el ejercicio de derechos. Entre otras medidas, se instituye la gratuidad en la justicia para aquellas personas con insuficiencia de recursos<sup>107</sup> o el deber de garantizar a las personas con deficiencias de accesibilidad la utilización de las plataformas y medios judiciales tecnológicos<sup>108</sup>. En igual sentido, si bien el patrocinio letrado es obligatorio, el Estado garantiza a quienes no puedan costearlo el proveimiento técnico de la defensa pública de forma integral y gratuita<sup>109</sup>.

13. *Instrumentalidad de las formas*: el CPC establece que los actos procesales no dependen de una forma determinada, salvo cuando la ley expresamente lo exija, considerándose válidos los que, realizados de otro modo, cumplan con su finalidad esencial<sup>110</sup>. Si el juez o la jueza verifican la existencia de irregularidades, ordenarán su corrección. El CPC habilita, al mismo tiempo, los acuerdos procesales entre las partes<sup>111</sup> e introduce modalidades de gestión de caso o *case management*<sup>112</sup>.

<sup>103</sup> Arts. 6, 139, 378, 774 y concs., CPC.

<sup>104</sup> Arts. 378, 379 y 380, CPC.

<sup>105</sup> Arts. 7, 9, 10, 115, 139 y concs., CPC.

<sup>106</sup> Arts. 10, 42, 139, 141, 319, 329, 335, 336, 489, 490, 492, 493, 504, 508 y concs., CPC.

<sup>107</sup> Arts. 7, 8, 98, 139 y concs., CPC.

<sup>108</sup> Arts. 198 y 199, CPC.

<sup>109</sup> Art. 185, CPC.

<sup>110</sup> Arts. 188, 277, 283, 352 y concs., CPC.

<sup>111</sup> Si el proceso versa sobre derechos que admitan autocomposición, está permitido que las partes plenamente capaces estipulen cambios en el procedimiento para ajustarlo a las especificidades de la causa y pactar sobre sus cargas, poderes, facultades y deberes procesales, antes o durante el proceso. De oficio o a requerimiento de parte, el juez controlará la validez de las convenciones, negándoles aplicación solamente en los casos de nulidad o inserción abusiva en un contrato de adhesión o si alguna parte se encuentra en manifiesta situación de vulnerabilidad (art. 190, CPC).

<sup>112</sup> De común acuerdo, la autoridad judicial y las partes pueden fijar un calendario para la práctica de los actos procesales, cuando sea el caso. El calendario vincula a las partes y al juez o a la jueza, y los plazos previstos en éste sólo serán modificados en casos excepcionales, debidamente justificados. Se dispensa la intimación de las partes para la práctica del acto procesal o la realización de audiencia cuyas fechas hayan sido designadas en el calendario (art. 191, CPC).

14. *Publicidad*: todo acto procesal es público, salvo excepciones legales. Entre ellas resulta problemática la invocación del interés público o social como justificación para su restricción. Los sistemas de automatización procesal deben respetar la publicidad de los actos, el acceso y la participación (arts. 11, 189, 194, 195, 368 y concs.).

15. *Deber de razonable fundamentación*: las decisiones deberán ser fundamentadas, bajo pena de nulidad. Los fundamentos son entendidos como la expresión de razones del análisis y ponderación de los elementos de hecho, prueba y derecho al caso. No obstante, el CPC también se preocupa por precisar que una decisión no se considerará fundamentada, cuando se limite a la indicación, reproducción o paráfrasis de acto normativo o conceptos jurídicos indeterminados, sin explicar su relación con la causa o la cuestión decidida; se invoquen motivos que se prestarían a justificar cualquier otra decisión; no se enfrenten todos los argumentos deducidos en el proceso que sean aptos, en teoría, para negar la conclusión adoptada por quien juzga; se limite a invocar un precedente, sin identificar sus fundamentos determinantes ni demostrar que el caso bajo juzgamiento se ajusta al mismo y cuando deje de seguir alguna regla decisoria invocada por la parte, sin demostrar la existencia de distinción en el caso en juzgamiento o la superación del entendimiento (arts. 11, 489 y concs.).

16. *Oralidad*: se instituye como regla y matriz en la sustanciación, prueba y alegación<sup>113</sup>.

17. *Adquisición probatoria*: la autoridad judicial apreciará la prueba que obra en el caso, independientemente del sujeto que la haya promovido (art. 371).

Además de estos principios, se incorporan reglas en torno a la aplicación de las normas procesales, reconociendo su irretroactividad (respeto por los actos consumados) y vigencia inmediata y explicitando, también, el carácter supletorio del CPC salvo previsión o excepción expresa (arts. 13, 14 y 15).

### **3. ROL ACTIVO DEL JUEZ O JUEZA: DIRECCIÓN DEL PROCESO EN UN MODELO COOPERATIVO**

El CPC instituye un modelo cooperativo cuya eficacia depende de la estructura formalizada de (des)incentivos y su contralor efectivo. La autoridad judicial tiene allí un papel fundamental en la dirección del proceso y la gestión del conflicto (Mitidiero, 2015). Partiendo de esa premisa, se incorpora un capítulo especialmente dedicado a las facultades, deberes y responsabilidades del juez o la jueza, sin perjuicio de las reglas diseminadas a lo largo del articulado y en otras normas convencionales o infraconstitucionales.

Como parte de su responsabilidad en la dirección, la autoridad judicial debe: (i) asegurar a las partes igualdad de trato; (ii) velar por la duración razonable del proceso; (iii) prevenir y/o reprimir cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia; (iv) determinar medidas que aseguren el cumplimiento de la orden judicial; (v) promover en cualquier tiempo la autocomposición; (vi) ampliar los plazos procesales y cambiar el orden de presentación de pruebas adaptándolas a las necesidades del conflicto; (vii) sanear el proceso y (viii) determinar el valor de la causa<sup>114</sup>.

<sup>113</sup> Arts. 334, 357, 358 y concs., CPC.

<sup>114</sup> Arts. 139, 292, 293, 319, 320 y 321, CPC.

Además de la dirección y gestión del conflicto, la autoridad judicial también tiene un rol pro-tagónico como conciliadora, promotora de calendarios de trabajo para el caso, conversora de demandas individuales repetitivas en colectiva y conductora de las audiencias preliminar y de juzgamiento<sup>115</sup>.

Esa dirección es concebida como un medio para organizar la discusión, garantizar el contradictorio de modo amplio, realizar los fines del proceso en un marco dialógico y maximizar su eficacia. De allí que el juez o la jueza de oficio puedan declarar su incompetencia (art. 64); integrar adecuadamente la *litis* (arts. 113 y 115); admitir la intervención de *amicus curiae* (art. 138); ordenar medidas adecuadas para efectivizar la tutela provisional (art. 297) o rechazar *in limine* la demanda cuando contraríe un enunciado de sùmula de un Superior Tribunal, el juzgamiento de recursos repetitivos o se halle caduca o prescripta la acción (arts. 332).

El CPC reconoce en el tribunal facultades de policía, que lo habilita a (i) mantener el orden y el decoro en la audiencia; (ii) ordenar que se retiren de la sala los que se comporten de manera no adecuada; (iii) solicitar la fuerza policial cuando sea necesario; (iv) tratar adecuadamente a las partes, abogados, miembros del Ministerio Público y de la Defensoría y a cualquier persona que participe del proceso y (v) registrar en un acta todos los requerimientos presentados en la audiencia<sup>116</sup>.

Estas reglas generales adquieren modulaciones especiales a lo largo del proceso, en razón del tipo de pretensión y conflicto. En materia de ejecución, por ejemplo, el juez o la jueza pueden, en cualquier momento, ordenar la comparecencia de las partes; requerir que los sujetos indicados por el ejecutante proporcionen información relacionada al objeto de la ejecución o disponer las medidas necesarias para el cumplimiento de la orden de entrega de documentos y datos (arts. 772, 773 y concs., CPC).

Respecto de la autoridad judicial como órgano-sujeto del proceso, se organiza una regulación sistemática y ordenada de los presupuestos que afectan al órgano jurisdiccional (v.gr., competencia, excusación y/o recusación), reforzando su control de oficio (arts. 64 y concs.).

#### **4. PROCEDIMIENTOS REGULADOS Y SUS RESPECTIVAS AUDIENCIAS**

Como constituye una constante en los procesos de reforma a la justicia, el CPC pretende simplificar los mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad de derechos, a fin de maximizar la efectividad de la tutela judicial.

Ello conllevó a que se hayan reducido los tipos de procesos existentes; que las reglas que incorporan los procedimientos especiales sean las imprescindibles en función de la particularidad del tipo de conflicto, remitiendo en lo pertinente al marco general. De esta manera se logra una mejor economía de formas (uniformidad y claridad) sin perder especialidad y que las estructuras de discusión disminuyan (v.gr., síntesis en esquemas de conocimiento) o incorporen manifestaciones que pretenden mejorar el reconocimiento oportuno del derecho (v.gr., tutela provisional de evidencia o monitoria).

<sup>115</sup> Arts. 139, 191, 359 y 360, CPC.

<sup>116</sup> Arts. 360, 77 y concs., CPC.

El CPC estatuye que el procedimiento común se aplicará a todo conflicto (salvo disposición en contrario) y subsidiariamente a los procesos especiales y de ejecución (art. 318).

Finalmente, adopta como matriz un esquema oral por audiencias en el que, si bien los actos de inicio o recursos más relevantes son escritos, por regla el contradictorio es oral. El procedimiento común tiene una organización de doble audiencia (mediación-conciliación y juicio). Los especiales siguen similar esquema, aunque presentan modulaciones propias en razón de las particularidades del conflicto o la pretensión a la cual responden.

Brindaremos algunas pautas arquetípicas de los procesos principales.

### **a. Tutela provisional**

La tutela provisional puede fundamentarse en urgencia (cautelares o anticipatorios) o evidencia (sin urgencia).

El CPC establece directrices comunes a ambos tipos. Entre ellas destacan: (i) toda tutela provisional requerida con carácter incidental no sufraga costas y conserva su eficacia en la pendencia del proceso, aunque pueda ser en cualquier momento revocada o modificada<sup>117</sup>; (ii) el juez o la jueza deben fundamentar clara y precisamente la concesión o revocación de toda tutela provisional y podrán ordenar las medidas que consideren adecuadas para su efectivización, observando –en lo que corresponda– las normas referentes al cumplimiento provisional de la sentencia<sup>118</sup> y (iii) la tutela debe ser requerida a la autoridad judicial interviniente y, cuando sea antecedente, a la competente para conocer el pedido principal<sup>119</sup>.

La tutela provisional de urgencia, cautelar o anticipada, puede concederse con carácter antecedente o incidental. Para ello deben acreditarse elementos que evidencien la probabilidad del derecho, el peligro de daño o el riesgo al resultado útil del proceso. Se exigirá caución real o personal por los daños que eventualmente provocara, pudiendo exonerar de ella a la parte económicamente vulnerable. La tutela de urgencia de naturaleza anticipada no será concedida cuando haya peligro de irreversibilidad de los efectos de la decisión. Una nota distintiva del CPC es que reconoce a la tutela anticipada estabilidad, siempre que la decisión por la que se otorga no haya sido recurrida<sup>120</sup>.

La tutela de evidencia será concedida cuando el derecho resulte claro, verosímil y manifiesto, sin que sea necesario demostrar la existencia de peligro de daño o inutilidad del proceso. Entre otros supuestos, el CPC admite que la tutela es evidente cuando (i) quede demostrado el abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio de la parte; (ii) las alegaciones de hecho puedan ser comprobadas sólo de manera documental y exista tesis asentada en juzgamiento de casos repetitivos o en sùmula vinculante y (iii) la petición inicial estuviera instruida con prueba documental suficiente de los hechos constitutivos del derecho del demandante, al cual el demandado no oponga prueba capaz de generar duda razonable (art. 311).

<sup>117</sup> Arts. 295 y 296, CPC.

<sup>118</sup> Arts. 297 y 298, CPC.

<sup>119</sup> Art. 299, CPC.

<sup>120</sup> Arts. 294, 300, 301, 302, 304 y concs., CPC.

Como señala Zaneti, el CPC pensó una serie de mecanismos para abreviar el tiempo de los procesos y hacer más racional la práctica judicial, reduciendo la sobrecarga del Poder Judicial. Entre ellos, “la posibilidad de tutela de evidencia, que invierte la carga del tiempo en el proceso sin la necesidad de urgencia, posibilitando conceder tutela anticipada al reo para que obtenga la satisfacción de su derecho cuando la causa esté madura y los precedentes vinculantes le sean favorables” (artículo 311, II, CPC). En el mismo sentido, pero ahora en la tutela de urgencia, la estabilización de la tutela anticipada permite que el procedimiento se cierre con la solución fáctica de la cuestión discutida siempre que el reo no impugne la decisión liminar que anticipa la tutela. Aunque no tiene equivalencia con nuestra conocida cosa juzgada, tal instituto resuelve muchos problemas prácticos de la vida de los derechos” (Zaneti, 2017).

### **b. Proceso de conocimiento:**

Como mencionásemos, este proceso es aplicable a todas las causas comunes (salvo disposición en contrario del CPC o de la ley) y, subsidiariamente, a las especiales y de ejecución. Por regla, el proceso de conocimiento contempla dos audiencias: la de conciliación y mediación y la de instrucción y juzgamiento<sup>121</sup>.

Cuando la pretensión interpuesta reúna las condiciones de admisibilidad legalmente impuestas, la jueza o el juez fijarán una audiencia de conciliación o mediación. Ésta debe programarse con una antelación mínima de treinta días, debiendo el demandado ser citado por lo menos veinte días antes de la fecha. Como vemos, dicha audiencia tiene lugar previo a la contestación de demanda. Es presidida y gestionada por un mediador o conciliador, quienes deben actuar conforme lo dispuesto por el CPC y la ley de organización judicial<sup>122</sup>. Las partes deberán concurrir asistidas por sus abogados/as.

Tiene por objetivo lograr un acuerdo entre las partes, debiendo someterse a las reglas que el CPC prevé. Cuando sea necesario y existan posibilidades de una composición, podrá concretarse más de una sesión. No obstante, el proceso de conciliación no puede exceder los dos meses desde la fecha de realización de la primera sesión. El CPC admite la posibilidad de realizar esta audiencia por medio electrónico.

La audiencia no será realizada si ambas partes manifestaran, expresamente, desinterés en la composición consensual o cuando el conflicto no admita autocomposición. El actor deberá expresarlo en su demanda y el demandado mediante escrito hasta diez días antes de la fecha de la audiencia. Con el objeto de disuadir la incomparecencia, el CPC prevé la posibilidad de multar a cualquiera de las partes que no justifiquen su ausencia. En caso de arribar a un acuerdo, se documentará y homologará judicialmente.

Por regla, la resolución de cuestiones procesales pendientes, la fijación de los hechos controvertidos, el proveimiento de la prueba admisible, la distribución de la carga de la prueba y programación, si fuera necesario, de la audiencia de instrucción y juzgamiento, se hace de forma escrita por parte de la autoridad judicial a través de una resolución de “saneamiento y organización del proceso”. Es decir, que no existe una audiencia preliminar a tales efectos.

<sup>121</sup> Arts. 319, 335 y conchs., CPC.

<sup>122</sup> Art. 334, CPC.

Las partes pueden peticionar aclaraciones o ajustes dentro de los cinco días de notificación. También pueden consensuar las cuestiones de hecho y derecho controvertidas para su homologación por el juez o la jueza. En caso de aprobación, ello vincula a las partes y a la autoridad judicial (art. 357).

Como excepción, cuando la causa presenta complejidad en materia de hecho o de derecho, el tribunal debe designar audiencia para que el saneamiento sea realizado en cooperación con las partes. Durante su desarrollo se realizarán los objetivos señalados, momento en el que el juez o la jueza invitarán a las partes a integrar o esclarecer sus alegaciones. También trabajarán en torno al calendario de gestión del caso y, particularmente, de producción probatoria<sup>123</sup>.

La audiencia de instrucción y juzgamiento es gestionada por el tribunal, debiendo contar con presencia de las partes, sus abogados, auxiliares de justicia y todas las personas que deban participar en ella. Allí se intentará conciliar el conflicto (aun cuando se hayan empleado otros medios similares como la mediación o el arbitraje), se rendirá la prueba y, en su caso, dictará sentencia<sup>124</sup>.

### *c. Procedimientos especiales:*

El título III regula los distintos procedimientos especiales existentes dentro del CPC<sup>125</sup>. Entre ellos destacan: pago por consignación; acción para exigir cuentas; acciones posesorias; división y demarcación de tierras privadas; disolución parcial de sociedades, de familia y monitoria<sup>126</sup>.

Las particularidades que presentan en su tramitación están en consonancia con las características del derecho sustantivo, el tipo de conflicto o los objetivos, fines y valores que pretende promover el sistema jurídico en general y el de justicia en particular. Por ejemplo, en el caso de las acciones de familia, se establece que la audiencia de mediación y conciliación podrá dividirse en tantas sesiones como sean necesarias para viabilizar la solución consensual, sin perjuicio de providencias jurisdiccionales para evitar el perecimiento del derecho (art. 696).

Dentro de este título también prescribe lo concerniente a la jurisdicción voluntaria, reglamentando alrededor de doce tipos de procedimientos<sup>127</sup>.

### *d. Ejecución de sentencia y procesos de ejecución:*

El CPC regula de forma separada el "cumplimiento de sentencias"<sup>128</sup> del proceso de ejecución propiamente dicho. Mediante el primero, se fijan las reglas vinculadas con la ejecu-

<sup>123</sup> Art. 357, CPC. El CPC evidencia cierta preocupación porque las autoridades que gestionarán las audiencias estén en condiciones de tomarlas. De allí que prevea que el cronograma de la audiencia de conciliación deberá respetar un intervalo de veinte minutos mínimo entre la finalización de una y el inicio de la siguiente. En el caso de audiencias preliminares por complejidad del caso, testimoniales o periciales, no podrá ser inferior a una hora.

<sup>124</sup> Arts. 358, 359, 361 y concs., CPC.

<sup>125</sup> Arts. 539 a 718, CPC.

<sup>126</sup> La acción monitoria puede ser propuesta por aquel que afirme, con base en prueba escrita sin eficacia de título ejecutivo, tener derecho de exigir del deudor capaz: (i) el pago de cuantía en dinero; (ii) la entrega de cosa fungible o no fungible, de bien mueble o inmueble y (iii) el cumplimiento de obligación de hacer o no hacer (art. 700 a 702, CPC).

<sup>127</sup> Arts. 719 a 770, CPC.

<sup>128</sup> Arts. 513 a 538, CPC.

ción provisional o definitiva de la sentencia. La provisional se realiza mediante el mismo proceso que la definitiva, con la salvedad de que corre por iniciativa y responsabilidad del ejecutante (quien se obliga, si la sentencia fuera reformada, a reparar los daños que el ejecutado haya sufrido), quedará sin efecto si se modifica o anula la sentencia recurrida y, en los casos en que pueda resultar un grave daño al ejecutado, se fije caución suficiente e idónea. No será necesaria caución cuando se trata de crédito de naturaleza alimentaria; el acreedor demostrara situación de necesidad o la sentencia a ser provisionalmente cumplida estuviera en concordancia con alguna sùmula de la jurisprudencia del Supremo Tribunal (arts. 520 y 521).

Teniendo en consideración el contenido de la sentencia o equivalente, el CPC regula diversas modalidades de ejecución: pagar cuantía cierta; prestar alimentos; pagar cuantía cierta por la Hacienda Pública; hacer, no hacer y dar cosa determinada (arts. 520 a 538).

A través del segundo, sistematiza la ejecución de títulos extrajudiciales. La enumeración del CPC es ejemplificativa. Quedan comprendidos la letra de cambio, cheque, documento privado firmado por el deudor y dos testigos y todos los demás títulos a los cuales, mediante disposición expresa, la ley atribuya fuerza ejecutiva. La condición fundamental para promover la ejecución es que exista un título ejecutivo que contenga una obligación cierta, líquida y exigible (arts. 783 y 784).

Sus disposiciones se aplican, en lo que corresponda, a los procedimientos especiales de ejecución, a los actos ejecutivos realizados en el procedimiento de cumplimiento de sentencia o a los efectos de actos y hechos procesales a los que la ley le atribuya fuerza ejecutiva<sup>129</sup>. Los acreedores o sujetos a quienes la ley les haya conferido título ejecutivo podrán promover una ejecución forzosa. El tribunal cuenta con distintas facultades para lograr la satisfacción del crédito<sup>130</sup>.

Al igual que en materia de cumplimiento de sentencias, aquí también se reglamentan diversas especies de ejecución. La duplicidad de reglas similares, aun cuando exista remisión y pretensión de integralidad entre ambas secciones, resulta objetable (arts. 797 a 913, CPC).

#### ***e. Procesos de menor complejidad:***

La Ley N° 9099 de 1995 crea los Juzgados Especiales, anteriormente llamados "Juzgados de pequeñas causas". Los procesos tramitados ante ellos serán guiados por los criterios de la oralidad, simplicidad, informalidad, economía procesal y autocomposición (art. 2).

La "*menor complejidad*" está definida no sólo por un criterio cuantitativo sino también cualitativo, bajo el entendimiento de que se trata de conflictos que no requieren un desarrollo ni discusión fáctica, probatoria ni jurídica amplia. De allí que, entre otras, queden comprendidas las causas cuyo valor no sea superior a cuarenta veces el salario mínimo; las de desalojo para uso propio o las posesorias sobre bienes inmuebles que no excedan la cuantía indicada.

<sup>129</sup> Arts. 771 a 796, CPC.

<sup>130</sup> Arts. 771, 774, 806, 814 y concs., CPC.



El juez o jueza dirigen el proceso con amplias facultades para determinar pruebas, examinarlas y valorarlas. La decisión será tomada en base a lo que consideren justo y equitativo, en vista de los efectos sociales de la ley y las exigencias del bien común.

En causas cuya pretensión no supere los veinte salarios mínimos, la asistencia letrada es facultativa para la parte. Sin embargo, cuando una parte decida concurrir con abogado o se trate de una persona jurídica o empresa individual, la otra parte podrá ser asistida jurídicamente por un organismo establecido por el tribunal. Cuando la pretensión sea mayor al valor señalado, indefectiblemente se requerirá asesoramiento legal. Se indica que el mandato del abogado puede ser verbal, salvo para los poderes especiales.

La demanda puede presentarse escrita o verbalmente, en un lenguaje sencillo y accesible. De la demanda oral se levantará un acta por el secretario, pudiendo utilizarse el sistema de *fichas o formularios impresos*.

## 5. ASPECTOS PROBATORIOS Y DE LITIGACIÓN

### Carga dinámica de la prueba

El CPC establece como regla general el criterio tradicional en la materia: quien alega tiene la carga de probar (art. 373). No obstante, también incorpora la llamada carga dinámica de la prueba, atribuyendo al juez o la jueza la facultad de distribuirla de modo diverso en los casos previstos por ley; los que por sus particularidades resulte imposible o excesivamente dificultoso cumplir con las reglas tradicionales de la carga de la prueba y aquellos en que exista mayor facilidad para obtener la prueba.

En estos casos de inversión de la carga de prueba, el CPC exige:

- a. Que su cumplimiento no sea imposible o excesivamente difícil. Por ende, cuando la decisión judicial suponga generar una situación del tipo, el juez o la jueza no podrán atribuirle la carga;
- b. Que el ejercicio de esta prerrogativa deba estar sometido a contradictorio, permitiendo a las partes expresar sus razones u objetar la medida para liberarse de la carga;
- c. Que la decisión del tribunal de atribuir a alguna de las partes la carga de la prueba sea fundada. Es decir, que deberá circunstanciar, acreditar y motivar porqué y cómo se configura una situación de (des)ventaja que justifica la modificación de la carga de la prueba o un deber agravado de colaboración (art. 373).

En cuanto a la oportunidad para su ejercicio, el tribunal tiene el deber de definir la distribución de la carga de la prueba en la decisión de saneamiento y organización del proceso o su audiencia sustitutiva, luego de trabada la *litis* (arts. 357, 373 y concs.). La determinación temprana evita sorpresas procesales, maximiza el contradictorio, el trabajo cooperativo, la defensa y las posibilidades probatorias.

La posibilidad de alterar la carga de la prueba no sólo conforma una potestad judicial sino también una facultad de las partes. Es decir, que por regla podrán celebrarse acuerdos procesales probatorios que alteren los criterios de distribución. Sin embargo, eso se encuentra

prohibido cuando recaiga sobre el derecho indisponible de la parte o cuando se vuelva excesivamente difícil a una parte el ejercicio del derecho. Los acuerdos probatorios podrán celebrarse antes o durante el proceso<sup>131</sup>.

La decisión que se adopte en materia de asignación de la carga de la prueba es susceptible de recurso (arts. 1015. XI y concs., CPC).

### **Producción anticipada a efectos informativos y/o compositivos**

El CPC instituye la posibilidad de practicar prueba anticipada con efectos proactivos. Es decir, que sirvan para suministrar información útil a las partes para lograr la (auto) composición del conflicto.

En lo que nos interesa, el art. 381 estatuye que la producción anticipada de prueba será admitida en los casos en que la prueba sea susceptible de viabilizar la autocomposición u otro medio adecuado de solución de conflicto y el previo conocimiento de los hechos pueda justificar o evitar la proposición de la acción.

El peticionario deberá expresar las razones que justifican la necesidad de anticipación de prueba y mencionará con precisión los hechos sobre los cuales ésta recaerá. El juez o la jueza citarán a los interesados en la producción de la prueba, salvo si no tuviese carácter contencioso. No se pronunciarán sobre la ocurrencia o no del hecho ni sobre las respectivas consecuencias jurídicas. Se podrá producir cualquier medio de prueba. En este procedimiento no se admitirá defensa o recurso, salvo contra la decisión que rechace totalmente la producción de la prueba discutida por el requirente originario (art. 382).

### **Anuncio de la prueba**

El anuncio o proposición de la prueba constituye una carga de las partes. Por regla, son ellas quienes deberán ofrecer los medios probatorios en sus escritos de inicio, sea demanda o contestación (arts. 319, 335, 336 y concs.).

Tanto la solicitud como el ofrecimiento están sometidos a las condiciones ordinarias o generales de admisibilidad. Entre ellas, la identificación precisa, separada y clara del medio probatorio o la imposibilidad de intercambiar unos por otros. También deben satisfacerse las exigencias específicas o especiales propias de cada medio. Por ejemplo, indicar la identidad y domicilio de los testigos.

### **Admisibilidad y exclusión probatoria**

En el capítulo XII del CPC (artículos 369 y siguientes) se regula lo concerniente a la prueba en general.

Las partes pueden utilizar cualquier medio probatorio para arribar a la veracidad de los hechos, aunque éstos no se encuentren regulados. El único condicionamiento es que sean

---

<sup>131</sup> Art. 373 y concs., CPC.

lícitos y moralmente admisibles. El juez o la jueza deberán rechazar, por decisión fundada, las pruebas que sean inútiles o que aparezcan como meramente dilatorias (arts. 369, 370 y 77.III).

Al mismo tiempo, el CPC establece que son hechos que no requieren ningún tipo de prueba aquellos que por cuyo conocimiento resultan notorios; los afirmados por una parte y confesados por la parte contraria; los admitidos en el proceso como incontrovertidos y aquellos en cuyo favor se aplica la presunción legal de existencia o de veracidad (art. 374).

La existencia, tenor y vigencia del derecho municipal, estadual, extranjero o consuetudinario, constituye una carga de quien lo alegó. Sólo deberá acreditarse cuando el juez así lo ordene (art. 376).

Las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades establecidos. Tanto la prueba trasladada (practicada válidamente en un proceso, pero invocada en otro) como la anticipada puede ser incorporada en juicio sin más formalidades, resguardando el contradictorio y atribuyéndole el valor que considere adecuado (art. 372).

### **Rol del juez o jueza en la producción de la prueba**

Por regla, la iniciativa probatoria es mixta: tanto el juez o la jueza como las partes pueden proponer prueba. En ese sentido, el artículo 370 determina que corresponde a la autoridad judicial, de oficio o a requerimiento de parte, ordenar las pruebas necesarias para el juzgamiento de mérito (art. 370).

Los deberes impuestos al tribunal para el ejercicio de su función enfatizan dicha responsabilidad al exigirle, por ejemplo, ordenar en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para interrogarlas sobre los hechos de la causa, hipótesis en donde no incidirá la pena del confeso (art. 139.VIII).

Este rol del tribunal debe leerse y entenderse dentro de cuatro ideas-fuerzas que estructuran el CPC:

- d. La institucionalización de un modelo cooperativo que concibe el proceso como una comunidad de trabajo y que exige que todos los sujetos procesales tienen el deber de cooperar entre sí para el descubrimiento de la verdad y la obtención de una decisión justa y efectiva en plazo razonable<sup>132</sup>;
- e. El deber de promover soluciones (auto) compositivas, circunstancia que requiere diálogo informado e igualitario (pruebas y razones);
- f. La imposibilidad de tomar decisiones sin resguardar y garantizar el contradictorio<sup>133</sup>;

<sup>132</sup> Arts. 6, 139, 378, 379, 380, 774 y concs., CPC.

<sup>133</sup> Arts. 7, 9, 10, 115, 139 y concs., CPC.

- g. La exigencia de resolver el caso dentro de los límites propuestos por las partes, quedándole prohibido introducir cuestiones no controvertidas o decidir algo distinto de lo peticionado<sup>134</sup>.

El juez o la jueza deben practicar personalmente todas las pruebas. Cuando sea imposible y se halle debidamente justificado, podrán utilizar los mecanismos de comunicación que garanticen la mayor inmediación, concentración y contradicción. Agotados todos los medios, estarán facultados a comisionar la práctica de pruebas (arts. 139, 369 y concs.).

El CPC otorga al juez o jueza potestades para administrar la actividad probatoria. Entre ellas, limitar la recepción de testimonios, requerir la presencia de cualquier auxiliar de justicia o interrogar a los peritos, testigos o partes (arts. 139, 385 y concs.).

De disponer prueba de oficio, la autoridad judicial deberá decretarla en las oportunidades probatorias del proceso, de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos de la controversia. Resguardando el debido proceso, el CPC enfatiza que las pruebas decretadas de oficio deban estar sujetas a la contradicción de las partes (art. 10).

### Reglas de producción de la prueba

El CPC regula los siguientes medios probatorios: acta notarial; declaración de parte; confesional; exhibición de documentos o cosas; documental; documentos electrónicos; testimonial; pericial e inspección judicial (arts. 384 y ss.). Si bien la autonomía de algunos de los medios mencionados podría objetarse (por ejemplo, el documento electrónico, la exhibición o el acta notarial), los abordaremos conforme han sido reglamentados.

**Tabla 26:** Regulación de los medios probatorios CPC de Brasil

Medio probatorio	Definición legal	Regulación	Requisitos propios de admisibilidad
Acta Notarial	No contiene	Art. 384	Rigen reglas generales
Declaración de parte	No tiene	Art. 385	Rigen normas generales
Confesional	Existe confesión, judicial o extrajudicial, cuando la parte admite la verdad del hecho contrario a su interés y favorable al del adversario	Art. 389	Rigen normas generales
Exhibición de documentos o bien	Orden del tribunal para que la parte o un tercero exhiba un documento o cosa que se encuentra en su poder	Arts. 396 y 401	Individualizar documento o bien; precisar la finalidad de la prueba y, manifestar razones que justifiquen la existencia y posesión del documento o bien

<sup>134</sup> Arts. 10, 42, 139, 141, 319, 329, 335, 336, 489, 490, 492, 493, 504 y concs., CPC.

Medio probatorio	Definición legal	Regulación	Requisitos propios de admisibilidad
Documental	No tiene. Se indica que documentos públicos y privados admitidos, tácita o expresamente, se presumen auténticos y válidos	Art. 405	Rigen normas generales
Documentos electrónicos	No contiene	Art. 439	Rigen normas generales
Pericial	Consiste en el examen, inspección o tasación de un hecho, cuando su prueba dependa del conocimiento técnico o científico	Arts. 464 y 156	Necesidad de conocimientos científicos o técnicos para apreciar hechos o circunstancias relevantes para la causa
Testimonial	No contiene	Art. 442	Se prevén recaudos especiales en torno a la idoneidad del testigo, designación y alcance de la declaración
Inspección judicial	Inspección, en cualquier fase del proceso, de personas o cosas, a fin de ilustrarse sobre algún hecho que interese a la decisión de la causa	Art. 481	Necesidad o conveniente

Fuente: elaboración propia

### *Algunas reglas generales*

El CPC establece que las pruebas orales deben producirse en audiencia pública, sujetas al principio de contradicción, concentración, en presencia del juez o la jueza y bajo su dirección<sup>135</sup>. Por ende, deja fuera de la discusión en audiencia la prueba documental. La única excepción son los documentos cinematográficos o fonográficos (art. 434). Ello es problemático porque supone la introducción de prueba de baja calidad. No obstante, dentro del marco cooperativo bajo el que se estructura el proceso y teniendo en cuenta las facultades que las partes y jueces detentan en él, sería aconsejable que se discuta en torno a la información que contiene y reporta todo medio probatorio.

El orden en que preferentemente deberá practicarse la prueba será: (i) perito y asistentes técnicos, quienes responderán a las preguntas de esclarecimiento requeridas; (ii) demandante y demandado, que prestarán declaraciones personales y (iii) testigos enlistados por el demandante y demandado, los cuales serán interrogados. Mientras depongan el perito, los asistentes técnicos, las partes y los testigos, los abogados y el Ministerio Público no podrán intervenir o interrumpir, sin permiso de tribunal. Dicho orden puede alterarse de oficio o a petición de parte<sup>136</sup>.

<sup>135</sup> Arts. 361, 368 y conchs., CPC.

<sup>136</sup> Art. 361, CPC.

La audiencia puede ser postergada por convención de las partes, atraso injustificado de su inicio o imposibilidad acreditada de comparecencia de cualquier persona necesaria para su realización. Cuando no se compruebe ninguno de esos extremos antes del inicio de la audiencia, el juez o la jueza procederán a su celebración. En ese caso, pueden dispensar la producción de las pruebas requeridas por la parte cuyo abogado o defensor público no haya comparecido a la audiencia. La parte que dé causa a la postergación responderá por los gastos adicionales<sup>137</sup>.

Por regla, la audiencia debe ser única y continua. Excepcional y justificadamente podrá escindirse en caso de ausencia del perito o testigo, siempre que haya concordancia entre las partes. En este caso o, cuando sea imposible la realización de instrucción, debate y juzgamiento en el mismo día, el tribunal marcará su prosecución para la fecha más próxima posible, con cronograma preferente<sup>138</sup>.

Las audiencias pueden ser íntegramente grabadas, en medio digital o analógico, siempre que se asegure el rápido acceso de las partes y de los órganos juzgadores. El CPC autoriza a las partes mismas a grabar, independientemente de autorización judicial. De la audiencia se labrará un resumen a requerimiento y dictado de la autoridad judicial. Las decisiones (interlocutorias o definitivas) se transcribirán íntegramente (art. 367).

En cuanto al alcance del deber de cooperación en materia probatoria, el CPC establece que -preservando el derecho de no producir prueba contra uno mismo- las partes deberán: (i) comparecer en juicio, respondiendo a lo que les sea interrogado; (ii) colaborar con el juzgado en la realización de la inspección judicial que sea considerada necesaria y (iii) practicar todo acto que les sea ordenado (art. 379).

Respecto de los terceros la regla es aún más amplia y enfática. En este caso, deberán informar al tribunal los hechos y circunstancias de las que tengan conocimiento y exhibir cosa o documento que estén en su poder. A tal fin la autoridad judicial podrá, en caso de incumplimiento, ordenar, además de la imposición de la multa, otras medidas inductivas, coercitivas, mandamentales o subrogatorias.

### ***Acta notarial***

El CPC permite constatar o documentar la existencia y el modo de existir de algún hecho, a requerimiento del interesado, mediante acta expedida por notario. Los datos representados mediante imagen y sonidos grabados en archivos electrónicos podrán estar contenidos en el acta notarial (art. 384).

### ***Declaración de parte***

La declaración de parte puede disponerse a requerimiento de parte o de oficio. La citación a comparecer se hará bajo pena de tenerlo por confeso. Cuando no concurra o, de hacerlo, se recusara a declarar, el juez o la jueza le aplicarán la pena. En cambio, cuando la parte sin motivo justificado deje de responder o emplee evasivas, deberán apreciar las demás

<sup>137</sup> Arts. 362, 363 y concs., CPC.

<sup>138</sup> Arts. 365 y 366, CPC.

circunstancias y elementos de prueba, declarando al momento de sentenciar si hubo negación a declarar (art. 386).

Está prohibido a quien aún no declaró que asista al interrogatorio de la otra parte. En aquellos en que el declarante se encuentre fuera del asiento del juzgado, podrá deponer por medio de videoconferencia u otro recurso tecnológico de transmisión de sonidos e imágenes en tiempo real, lo cual podrá ocurrir, inclusive, durante la realización de la audiencia de instrucción y juzgamiento (art. 385).

La declaración es personal. No puede servirse de escritos anteriormente preparados. Sin embargo, pueden consultarse notas breves para complementar o esclarecer puntos. La parte no está obligada a declarar en los siguientes casos: (i) en hechos criminales que le fueran imputados; (ii) en hechos en relación a los cuales, por estado o profesión, deba guardar secreto; (iii) en hechos sobre los cuales no pueda responder sin deshonra propia, de su cónyuge, compañero o de algún pariente que pueda ser su sucesor y (iv) en hechos que coloquen en peligro la vida del declarante o la de sus familiares. Esta exención no aplica a las acciones de estado y de familia (arts. 387 y 388).

### ***Confesional***

La confesión judicial puede ser espontánea o provocada. La primera puede ser realizada por la propia parte o representante con poder especial. La segunda deberá estar en la documentación de declaración de parte.

La confesión judicial hace prueba contra el confesante, no perjudicando a los litisconsortes. La admisión en juicio de hechos relativos a derechos indisponibles no vale como confesión, al igual que la realizada por persona que carece de poder de disposición o mandato. Por su parte, la confesión extrajudicial efectuada oralmente, solo tendrá eficacia en los casos en que la ley no exija prueba literal<sup>139</sup>.

### ***Exhibición de documentos o bien***

La solicitud de exhibición de la parte debe contener la individualización completa del documento o cosa; la finalidad de la prueba, indicando los hechos que se relacionan con los mismos y las circunstancias en que se apoya el requirente para afirmar que el documento o la cosa existe y se encuentra en poder de la parte contraria (arts. 397).

El requerido debe exhibir la cosa o documento dentro de los cinco días de intimado. Si afirma que no los posee, el juez o la jueza permitirán que el requirente pruebe por cualquier medio que la declaración es falsa. No se admitirá la negación a exhibir si el requerido está obligado legalmente; hubiese aludido al documento o a la cosa en el proceso con la intención de constituir prueba y el documento, por su contenido, fuese común a las partes. La falta de exhibición o su negativa permitirán tener por verdaderos los hechos. El tribunal puede adoptar toda clase de medidas para lograr la exhibición del documento o cosa (arts. 398, 399 y 400).

<sup>139</sup> Arts. 390, 392, 392, 394 y 395, CPC.

En el caso de que el requerido sea un tercero, la citación para responder es de quince días. Si niega la exhibición o posesión, la autoridad judicial programará audiencia especial y tomará su declaración, así como el de las partes y/o testigos, resolviendo lo que corresponda. Si no existen justos motivos, se ordenará su depósito y, en caso de incumplimiento, expedirá mandato de aprehensión (sin perjuicio de la responsabilidad por crimen de desobediencia, pago de multa y otras medidas inductivas, coercitivas, mandamentales o subrogatorias que sean necesarias para asegurar la efectivización de la decisión)<sup>140</sup>.

El CPC reconoce diversas causales de excusación al deber de exhibición de documentos o cosas. Entre otras, cuando los mismos sean: (i) concerniente a negocios de la propia vida de familia; (ii) su presentación pudiera violar el deber de honra; (iii) su exhibición acarreará la divulgación de hechos a cuyo respeto, por estado o profesión, deban guardar secreto; (iv) subsistieran otros motivos graves que, según el prudente arbitrio del tribunal, justifiquen la negativa a la exhibición o (v) hubiera disposición legal que justifique la negativa de la exhibición. Si los motivos se refirieran a una parte del documento, la parte o el tercero deberán exhibir la otra para ser extraída de ella una copia reprográfica (art. 404).

### *Documental*

El CPC regula aspectos sustantivos de los documentos (tales como su valor probatorio o medios de impugnación) y procesales. Entre ellos, su ofrecimiento y producción (arts. 405 y concs.).

La regla general es que cada parte tiene la carga de acompañar los documentos en los que funde sus alegaciones junto con la demanda o contestación. Excepcionalmente, podrán ofrecerse e incorporarse en cualquier momento del juicio cuando tengan como objetivo probar hechos ocurridos con posterioridad a las alegaciones o controvertir los producidos; los hechos a probar aconteciesen con posterioridad a dichos actos o la parte hubiera tenido conocimiento o acceso también con posterioridad (arts. 435 y concs.).

En cualquier momento o instancia, el juez o la jueza pueden requerir a las oficinas públicas las constancias necesarias para la prueba de las alegaciones de las partes y los procedimientos administrativos en las causas en que estén interesados la Unión, los Estados, el Distrito Federal, los Municipios o entidades de la administración indirecta (art. 438).

### *Documentos electrónicos*

El CPC reglamenta al documento electrónico como medio especial. En ese sentido, dispone que serán admitidos documentos electrónicos producidos y conservados en observancia de la legislación específica. Su utilización en el proceso convencional dependerá de su conversión al formato impreso y de la verificación de su autenticidad. No obstante, la autoridad judicial apreciará el valor probatorio de los que no sean convertidos, facilitando su acceso a las partes (arts. 441, 439 y 440).

<sup>140</sup> Arts. 401, 402 y 403, CPC.



### *Prueba testimonial*

El CPC recoge una fórmula amplia en relación a este medio: la prueba testimonial siempre es admisible, salvo excepción legal. En relación a las personas, no podrán hacerlo las incapaces, impedidas o sospechosas. En relación a los hechos, el tribunal rechazará el interrogatorio a testigos sobre los ya probados por documento o confesión de la parte o los que sólo puedan ser probados por documento o por examen pericial (arts. 442, 443 y 447).

Todo testigo debe declarar en la audiencia de instrucción y juzgamiento ante el juez o jueza de la causa, excepto los que prestan testimonio anticipadamente y los que son inquiridos mediante carta. No estará obligado a declarar sobre hechos que le acarreen grave daño a él, a su familia o respecto de los cuales, por estado o profesión, deba guardar sigilo (arts. 448 y 453).

Antes de prestar testimonio, el testigo deberá informar si es que tiene relaciones de parentesco con la parte que lo presenta y/o interés en el objeto del proceso. Es decir, si lo comprenden las generales de la ley. También deberá comprometerse a decir la verdad acerca de todo lo que sepa y se le pregunte. El tribunal advertirá al testigo que será sancionado en caso de no cumplir con dicho compromiso (arts. 457 y 458).

Las preguntas al testigo serán formuladas directamente por las partes y no podrán ser capciosas, impertinentes o vejatorias. El juez o la jueza no admitirán preguntas que puedan inducir la respuesta ni las que no tengan relación con los hechos objeto de prueba o importen repetición de una pregunta ya respondida. El testigo deberá ser tratado con cortesía (art. 459).

El CPC no tiene una regulación concreta que indique cómo debe contestar el testigo durante el interrogatorio.

La autoridad judicial puede interpelar a los testigos, antes o después de las preguntas realizadas por los contendientes. Lo hará por separado y sucesivamente. Primero a los del demandante y luego a los del demandado, aunque puede alterar el orden si las partes prestan conformidad. Debe evitar que los testigos escuchen el testimonio de los demás. Puede ordenar el careo de dos o más testigos o de alguno de ellos con la parte, cuando sus declaraciones diverjan sobre algún hecho determinado que pueda influir en la decisión de la causa<sup>141</sup>.

### *Prueba pericial*

Cuando la prueba del hecho depende del conocimiento técnico o científico, la autoridad judicial necesariamente será asistida por perito. Si el punto controvertido es de menor complejidad, podrá sustituir la pericia por la producción de prueba técnica simplificada<sup>142</sup>.

<sup>141</sup> Arts. 456, 459 y 461, CPC.

<sup>142</sup> La prueba técnica simplificada consistirá en el interrogatorio del especialista por el juez o la jueza, sobre el punto controvertido de la causa que demande especial conocimiento científico o técnico. Durante el interrogatorio, el especialista, que deberá tener formación académica específica en el área objeto de su declaración, podrá valerse de cualquier recurso tecnológico de transmisión de sonidos e imágenes con el fin de esclarecer los puntos controvertidos de la causa (art. 464, apartados 3 y 4, CPC).

Rechazará la pericia cuando la prueba del hecho no dependa de conocimiento especial de un técnico; cuando sea innecesaria en vista de otras pruebas producidas y (iii) si la verificación fuera impracticable. También podrá dispensar la prueba pericial cuando las partes en la petición inicial y en la contestación, presenten, sobre las cuestiones de hecho, pareceres técnicos o documentos dilucidadores que consideren suficientes (arts. 156, 464, 472 y concs.).

Para la designación de los peritos, las partes y el juez o la jueza acudirán a profesionales legalmente habilitados y órganos técnicos o científicos debidamente inscriptos en registro creado al efecto. El perito es un auxiliar de la justicia. Por regla, es nombrado por la autoridad judicial, aunque las partes pueden de común acuerdo escogerlo. Constituye un deber la aceptación del cargo (salvo motivo debidamente justificado) y el cumplimiento en plazo y forma. Sólo puede concedérsele, por única vez y de modo excepcional, una prórroga por la mitad del plazo originario (arts. 156, 157, 465, 471, 476 y concs., CPC).

El perito debe presentar su informe, por lo menos, veinte días antes de la audiencia de instrucción y juzgamiento. Se sustanciará con las partes, quienes pueden manifestarse sobre éste, presentar preguntas complementarias y/o el parecer de su asistente técnico<sup>143</sup>. El juez o la jueza podrán rechazar las preguntas que consideren impertinentes y formular las que entiendan necesarias para el esclarecimiento de la causa. El perito del juzgado tiene el deber de esclarecer los puntos planteados. Si aún hubiera necesidad de esclarecimiento, la parte requerirá a la autoridad judicial que mande intimar al perito o al asistente técnico a comparecer a la audiencia de instrucción y juzgamiento (arts. 469, 470, 477 y concs.).

El informe pericial debe contenerla exposición del objeto de la pericia; el análisis técnico o científico realizado; la indicación del método utilizado, esclareciéndolo y demostrando que es el predominantemente aceptado por los especialistas del área de conocimiento de la cual se originó, y la respuesta conclusiva a todas las preguntas presentadas. La fundamentación debe ser hecha en lenguaje simple y con coherencia lógica, indicando cómo llegó a sus conclusiones. Está prohibido al perito sobrepasar los límites de su designación, así como emitir opiniones personales que excedan el examen técnico o científico del objeto de la pericia. Para el desempeño de su función, el perito y los asistentes técnicos pueden valerse de todos los medios necesarios (art. 473 y 475).

Cuando el objeto litigioso peritado no esté suficientemente esclarecido, el juez puede ordenar de oficio o a pedido de parte una nueva pericia. Ella tiene por cometido corregir una eventual omisión o inexactitud de los resultados de la primera. No la sustituye, correspondiendo a la autoridad judicial apreciar el valor de una y de otra (art. 480).

### *Inspección judicial*

La inspección de personas o cosas puede ordenarse de oficio o a requerimiento de parte. Procede cuando el juez o la jueza lo entiendan necesario para la mejor verificación o interpretación de los hechos que deba observar; la cosa no pueda ser presentada en juicio sin considerables gastos o graves dificultades o disponga la reconstitución de los hechos.

<sup>143</sup> El perito debe asegurar a los asistentes de las partes el acceso y el acompañamiento de las diligencias y de los exámenes que realice, con previa comunicación comprobada en los autos, con una antecedencia mínima de cinco días (art. 466., apartado 2, CPC).

Al realizar la inspección, la autoridad judicial puede ser asistida por peritos u otros auxiliares de justicia. Las partes tienen siempre derecho a asistir a la inspección, ofreciendo esclarecimientos y formulando observaciones que consideren de interés para la causa. De lo actuado se labrará un acta que el CPC califica de minuciosa y que podrá estar instruida con diseños, gráficos o fotografías. Consideramos que debería priorizarse la utilización de medios tecnológicos que eviten la reproducción escrita de lo acontecido, circunscribiendo el acta a lo elemental<sup>144</sup>.

## 6. PROCESOS COLECTIVOS O ACCIONES DE CLASE

La Constitución Política de Brasil reconoce los derechos colectivos y, por ende, el debido proceso colectivo como dimensión constitucional (Título I, capítulo I). De ese modo, el artículo 5 inciso LXX dispone que “el mandato de seguridad colectiva puede ser interpuesto por: a) partido político con representación en el Congreso Nacional; b) organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida en funcionamiento desde por lo menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados”. Lo propio hace el inciso LXXIII, al reconocer que “cualquier ciudadano es parte legítima para proponer acción popular que busque anular un acto lesivo al patrimonio público o de entidad en la que el Estado participe, la moralidad administrativa, el medio ambiente y el patrimonio histórico y cultural, quedando el autor, salvo mala fe comprobada, exento de costas y honorarios judiciales”.

También se identifican reglas similares a lo largo del articulado. Por ejemplo, la legitimación extraordinaria reconocida al Ministerio Público o la Defensoría Pública (arts. 129 y 134).

En el CPC se incorpora el modelo de resolución de casos repetitivos a través de incidente o recurso (Didier, 2018). No hay referencias expresas, adecuadas y sistémicas al proceso representativo colectivo como tal. Sin embargo, a lo largo del articulado hay algunas manifestaciones. Por ejemplo, la regulación de los *amicus curiae* (art. 138); el deber de defensa de los derechos colectivos en cabeza de la Defensa Pública (art. 185) o el reconocimiento de legitimación colectiva del Ministerio Público (arts. 176) o su deber de intervención como fiscal del orden jurídico en casos (colectivos) donde se comprometa el interés público o social o la posesión de tierra rural o urbana (art. 178).

Esto puede tener que ver con la pluralidad de regulaciones, tradición y desarrollo que en la materia ya existía en el derecho brasileño. Como señala Verbic, por fuera de la Constitución Federal y su mandato de seguridad colectiva, el bloque legislativo brasileño regula varias formas de tutela colectiva de derechos, a saber: (i) Acción popular, Ley Nº 4.717/1965; (ii) Acción civil pública (LACP), Ley Nº 7.347/1985 y (iii) Acción civil colectiva, Código de Defensa del Consumidor (Ley Nº 8.078/1990) (VERBIC, 2018). Recuperaremos alguna idea en relación a este último.

El Código de Defensa del Consumidor (Ley Nº 8.078) contempla la exigibilidad de derechos individuales y colectivos de los consumidores. La defensa colectiva podrá ser ejercida para resguardar<sup>145</sup>:

<sup>144</sup> Arts. 481, 482, 483 y 484, CPC.

<sup>145</sup> Art. 81, CDC.

- (i) Intereses difusos (derechos transindividuales, de carácter indivisible, cuyos titulares sean personas indeterminadas y ligadas por una circunstancia de hecho);
- (ii) Derechos colectivos (intereses transindividuales, de naturaleza indivisible, cuyo titular es un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí, o con la parte contraria, por una relación jurídica base) y
- (iii) Derechos individuales homogéneos (intereses que se derivan de un origen común).

Tratándose de intereses o derechos difusos, la sentencia tendrá efecto *erga omnes*, salvo si la solicitud fuera desestimada por falta de pruebas. En este caso, cada parte podrá ejercer su propia acción con idéntico fundamento, siempre que se base en nuevas pruebas.

Respecto de derechos colectivos, la sentencia tiene efectos en relación a todo el grupo, categoría o clase representada, excepto que la pretensión hubiera sido desestimada por falta de pruebas.

En ambos supuestos, los efectos de la cosa juzgada se entenderán sin perjuicio de los intereses y derechos de los miembros de la comunidad, el grupo, categoría o clase individual.

Para aquellos casos de intereses o derechos individuales homogéneos, tendrá efecto *erga omnes*, si el caso así lo requiere, para beneficiar a todas las víctimas y sus sucesores. Si la pretensión es rechazada, las personas afectadas que no hayan intervenido en el proceso como partes podrán reclamar medidas de compensación de forma individual.

## 7. MECANISMOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

En Brasil, los MASC se encuentran regulados no sólo en el CPC sino en otras leyes<sup>146</sup>. Entre ellas ocupa un lugar destacado la Ley Nº 13.140 que reglamenta el mecanismo de mediación.

Como expusieramos, el CPC impone como deber promover la solución autocompositiva de los conflictos<sup>147</sup>. Para ello, instrumenta modalidades de vinculación dinámicas entre mecanismos de resolución y asume el proceso como una instancia cooperativa.

En ese sentido, los tribunales crearán centros judiciales de resolución de conflictos consensuales, los que serán responsables de conducir las audiencias de conciliación y mediación y el desarrollo de programas destinados a ayudar, orientar y estimular la autocomposición (art. 165).

El CPC distingue entre conciliador y mediador. Entiende que el primero deberá actuar preferentemente cuando no exista una relación previa entre las partes, pudiendo proponer

<sup>146</sup> Las disposiciones del CPC no excluyen otras formas de conciliación y mediación extrajudiciales vinculadas a órganos institucionales o realizadas por intermedio de profesionales independientes, las cuales podrán ser reguladas mediante ley específica (art. 175, CPC).

<sup>147</sup> El Estado promoverá, siempre que sea posible, la solución consensual de los conflictos. La conciliación, mediación y otros métodos de solución consensual de conflictos deberán ser promovidos por jueces, abogados, defensores públicos y miembros del Ministerio Público, inclusive durante el curso del proceso judicial (art. 3.2 y 3, CPC).

soluciones al conflicto. El segundo, cuando existe un vínculo previo entre los contendientes, ayudándoles a entender los problemas y los intereses del conflicto a fin de que puedan restablecer la comunicación e identificar por sí mismos soluciones consensuadas que generen beneficios mutuos (art. 165).

Se reconoce que la conciliación y la mediación están informadas por los principios de independencia, imparcialidad, autonomía de la voluntad, confidencialidad, oralidad, informalidad y decisión informada. Se admite la aplicación de técnicas negociales, con el objetivo de proporcionar un ambiente favorable a la autocomposición. La mediación y la conciliación serán regidas conforme a la libre autonomía de los interesados, inclusive en lo que se refiere a la definición de las reglas procedimentales (art. 166).

La mediación puede ser judicial (arts. 334 y ss., CPC) o extrajudicial (arts. 21 y ss., Ley Nº 13.140). En lo relativo a la mediación judicial, es novedoso lo que dispone el apartado 7, el que indica que la audiencia de conciliación o mediación podrá llevarse a cabo por medios electrónicos de conformidad a la ley.

Teniendo en consideración que la petición inicial debe contener la indicación del auto de cumplimiento o incumplimiento de la audiencia de conciliación o mediación, podemos concluir que el proceso de mediación previo al juicio es obligatorio (art. 319, apartado VII). La audiencia no será realizada cuando ambas partes manifiesten desinterés en la composición consensual o cuando el conflicto no la admita (art. 334 apartado 4, CPC).

Los acuerdos que se concierten en la mediación constituyen títulos ejecutorios (art. 20, Ley Nº 13.140).

La confidencialidad constituye un principio rector de la mediación: toda la información que se produzca en su curso es reservada y no podrá ser utilizada en ningún procedimiento para ningún fin diferente a aquél previsto por las partes. En concordancia con ello, tanto para el conciliador, el mediador o sus equipos<sup>148</sup>, existe prohibición de revelar hechos o elementos que deriven de la mediación o conciliación (art. 166).

Dicho deber justifica que el conciliador y mediador queden impedidos por el plazo de un año, contado del término de la última audiencia en que actuaron, de asesorar, representar o patrocinar a cualquiera de las partes. La violación de dicho deber u otros afines, conllevará a su exclusión del registro (arts. 172 y 173).

El artículo 30 de la Ley Nº 13140 ratifica dicha regla, reconociendo como excepción que las partes decidan expresamente algo diferente, que la divulgación sea requerida por ley, necesaria para el cumplimiento del acuerdo alcanzado con la mediación o esté asociada a la concurrencia de delitos de acción pública. La prueba presentada en contravención a dichas disposiciones, se considerará inadmisibles en procedimientos arbitrales o judiciales (art. 30 apartado 2).

<sup>148</sup> El art. 30 apartado 1 de la Ley Nº 13.140 prescribe que el deber de confidencialidad se aplica al mediador, a las partes, a sus agentes, abogados, asesores técnicos y otras personas de su confianza que hayan participado directa o indirectamente en el proceso de mediación.

Los conciliadores, mediadores y cámaras privadas de conciliación y mediación deberán habilitarse en un registro nacional y en los listados de tribunales de justicia o tribunal federal de distrito, que llevará el registro de profesionales cualificados, con indicación de su campo profesional (art. 167 del CPC y 12 de la Ley N° 13.140).

Para inscribirse deberán presentar un certificado que acredite la formación mínima en cursos realizados por alguna entidad autorizada, como parámetro curricular establecido por el Consejo Nacional de Justicia junto con el Ministerio de Justicia.

En lo sucesivo el CPC regulará otros aspectos de la forma en que se nombran los conciliadores y mediadores y llevará, por ejemplo, un registro del desempeño realizado (éxito en las audiencias)<sup>149</sup>.

Por su parte, la Ley N° 13.140 admite que cualquier persona que tenga la confianza de las partes y sea capaz de realizar una mediación, podrá ser mediador extrajudicial. Es decir, que no será necesario integrar ni registrarse en consejo, clase o asociación alguna (art. 9). En cambio, los mediadores judiciales deben graduarse en algún programa institucional de educación superior reconocido por el Ministerio de Educación y formarse en la escuela de mediadores reconocida por la ENFAM o por tribunales, con sujeción a los requisitos mínimos establecidos por el Consejo Nacional de Justicia junto con el Ministerio de Justicia (art. 11).

Las partes pueden escoger de común acuerdo al conciliador, mediador o la cámara de conciliación y mediación. El conciliador o mediador escogido por las partes podrá estar registrado en el tribunal o no. Si no existe acuerdo en cuanto a la elección del mediador o conciliador, habrá distribución entre los habilitados por el registro del tribunal, observando la respectiva formación. Siempre que sea recomendable, se designará a más de un mediador o conciliador (art. 168, CPC).

La remuneración del conciliador o mediador estará determinada por el cuadro fijado por el tribunal, conforme a parámetros establecidos por el Consejo Nacional de Justicia. Ambas tareas pueden ser realizadas como trabajo voluntario. Los tribunales ordenarán el porcentaje de audiencias no remuneradas que deberán ser asumidas por las cámaras privadas de conciliación y mediación, con el fin de atender procesos en donde sea concedida la gratuidad de la justicia, como contrapartida de su acreditación (art 169, CPC).

## **8. VÍAS DE IMPUGNACIÓN**

El CPC establece que es un deber de los tribunales uniformizar su jurisprudencia y mantenerla estable, íntegra y coherente. De allí que deban elaborar enunciados de sùmula correspondientes a su jurisprudencia dominante, ateniéndose a las circunstancias fácticas de los precedentes que motivaron su creación. Es decir, que los jueces, juezas y tribunales deben seguir, observar y respetar los precedentes y su vinculatoriedad (arts. 926 y concs.).

---

<sup>149</sup> Arts. 167 y concs., CPC.

Los recursos reconocidos por el CPC son: (i) apelación; (ii) agravo de instrumento; (iii) agravo interno; (iv) embargos de declaración; (v) ordinario; (vi) especial; (vii) recurso extraordinario; (viii) agravo en recurso especial o extraordinario y (ix) embargos de divergencia<sup>150</sup>.

Por regla, los recursos no impiden la eficacia de la decisión, salvo disposición legal o decisión judicial en sentido diverso. Para suspender la ejecutoriedad debe demostrarse que la inmediata producción de sus efectos generaría un riesgo de daño grave, de difícil o imposible reparación y demostrar la probabilidad de fundabilidad del recurso (art. 995).

Pueden recurrir quienes sean vencidos, terceros perjudicados o el Ministerio Público. Este último puede recurrir como parte o como fiscal del orden jurídico (art. 996).

En materia recursiva, las formas, plazos y condiciones son mayores y el control de admisibilidad más estricto. En caso de vencimiento parcial y mutuo, cualquiera de las partes puede adherir al recurso del otro. El recurso adhesivo queda subordinado al recurso independiente. Será admisible en la apelación, en el recurso extraordinario y en el recurso especial. No será tratado si hubiera desistimiento del recurso principal o si éste fuera considerado inadmisibile<sup>151</sup>.

A fin de reforzar la tramitación y economía procesal de la primera instancia, el CPC establece que no procede recurso contra los despachos (art. 1001).

## Apelación

El recurso de apelación es admisible sólo contra sentencias y cuestiona el mérito de la decisión judicial (valoración de hechos, prueba y derecho) y las formalidades del acto mismo. Las cuestiones resueltas en la fase de conocimiento en instancia (cuando las decisiones no son susceptibles de agravo de instrumento), no son cubiertas por la preclusión y deben ser suscitadas como cuestión preliminar de la apelación contra la decisión final o en la contestación del recurso de la contraria (art. 1009).

La apelación debe contener los nombres y calificación de las partes; la exposición de hechos y de derecho; los motivos de la solicitud de reforma o declaración de nulidad y la petición de una nueva decisión (art. 1010).

El recurso de apelación se sustanciará con la contraparte, a fin de garantizar la posibilidad de contraargumentar dentro de los quince días. Si el apelado interpusiere una adhesión a la apelación, el juez intimará al apelante para que presente sus contraargumentos. Sustanciado el recurso y/o su adhesión, el juez o la jueza remiten la causa al tribunal, independientemente del juicio de admisibilidad. Recibido el recurso por el superior, se distribuirá inmediatamente. El relator decidirá unipersonalmente la admisibilidad cuando el recurso sea infundado. En los demás casos, elaborará su voto para el juzgamiento del recurso por el órgano colegiado (arts. 1009, 1010 y 1011).

<sup>150</sup> Arts. 994 y concs., CPC.

<sup>151</sup> Art. 997 y concs., CPC.

Por regla, la apelación tiene efecto suspensivo. Sin embargo, el CPC habilita una serie de materias en que el recurso no suspende la ejecución, salvo solicitud y decisión expresa en contrario. Por ejemplo, la sentencia que homologa la división y demarcación de tierras o la que condena a pagar alimentos (arts. 1012 y concs.).

Es importante destacar que, cuando el proceso se halle en condiciones, el CPC establece el deber de decidir inmediatamente el mérito y no proceder a su devolución a instancia. Entre otros supuestos, cuando decreta la nulidad de la sentencia por no ser congruente con los límites del pedido o de la causa de pedir; constate la omisión en el examen de uno de los pedidos, hipótesis en la cual podrá juzgarlo o decreta la nulidad de la sentencia por falta de fundamentación (art. 1013).

Las cuestiones de hecho que no fueron propuestas en el juicio previo podrán ser suscitadas en la apelación, si la parte prueba que dejó de hacerlo por motivos de fuerza mayor (art. 1014).

Las decisiones que no constituyen sentencias y que estén expresamente enumeradas por ley, pueden ser cuestionadas por agravio de instrumento. Entre otras, el CPC reconoce las decisiones vinculadas a tutelas provisionales; rechazo del pedido de gratuidad de justicia o acogimiento del pedido de su revocación; exhibición o posesión de documento de cosa; exclusión del litisconsorte o redistribución de la carga de la prueba (art. 1015).

El agravio de instrumento será dirigido directamente al tribunal de alzada competente, por medio de petición que deberá contener similares requisitos que la apelación. El agravio debe presentarse obligatoriamente con copias de la petición inicial, de la contestación, de la petición que ocasionó la decisión agravada, de la propia decisión agravada, de la constancia de la respectiva intimación u otro documento oficial que compruebe la tempestividad y de los poderes otorgados a los abogados y a las abogadas del agravante y del agravado (arts. 1016, 1017 y concs.).

### Recursos extraordinarios y especiales

Los recursos extraordinarios y especiales proceden en los casos previstos en la Constitución Federal (en decisiones contrarias a disposiciones de la Constitución; en las que se declare inconstitucional un tratado o ley federal o se juzgue válida una ley o acto local en afrenta a la Constitución)<sup>152</sup>. Serán interpuestos ante el presidente o vicepresidente del tribunal recurrido, en peticiones distintas que contendrán la exposición del hecho y del derecho; la demostración de la procedencia del recurso interpuesto y las razones del pedido de reforma o de invalidación de la decisión recurrida. Cuando los recursos se basen en *Divergencia Jurisprudencial*, el recurrente realizará la prueba que demuestre su interpretación. El Supremo Tribunal Federal o el Superior Tribunal de Justicia podrán dispensar el vicio formal del recurso oportuno u ordenar su corrección, siempre que no se repute grave. (art. 1029).

Si con motivo de la tramitación de un incidente de resolución de demandas repetitivas, el presidente del Supremo Tribunal recibiese requerimiento de suspensión de procesos en

<sup>152</sup> Arts. 102 y concs., Constitución Política de Brasil.



donde se discuta una cuestión federal constitucional o infraconstitucional, podrá, considerando razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social, extender la suspensión a todo el territorio nacional, hasta la ulterior decisión del recurso extraordinario o del recurso especial a ser interpuesto (art. 1029).

Recibida la petición del recurso en la secretaría del tribunal, se sustanciará con el recurrido y resolverá su admisibilidad adoptando la decisión que corresponda en función del tipo de proceso y/o fundabilidad (art. 1030).

Cuando haya multiplicidad de recursos extraordinarios o especiales con fundamento en idéntica cuestión de derecho, el Superior Tribunal puede seleccionar dos o más recursos representativos de la controversia para su juzgamiento, ordenando la suspensión del trámite de todos los procesos pendientes, individuales o colectivos, que tramiten en el Estado o en la región, según sea el caso (art. 1036 y concs.).

Una herramienta introducida por el CPC, relevante para la construcción de soluciones homogéneas (que reporten seguridad e igualdad de tratamiento), es el incidente de resolución de demandas repetitivas. Éste será admisible cuando simultáneamente exista una efectiva repetición de procesos que contengan controversia sobre la misma cuestión únicamente de derecho y cuando exista un riesgo de ofensa a la igualdad y a la seguridad jurídica (art. 976).

Este incidente tiene como particularidad que el desistimiento o el abandono del proceso no impide su examen de mérito. Si no fuera el requirente, el Ministerio Público intervendrá obligatoriamente y deberá asumir su titularidad en caso de desistimiento o de abandono. No procede el incidente de resolución de demandas repetitivas cuando uno de los tribunales superiores, en el ámbito de su respectiva competencia, ya hubiera seleccionado el recurso para la definición de la tesis sobre la cuestión de derecho material o procesal.

El pedido de instauración del incidente será dirigido mediante oficio al presidente del tribunal por el juez o la jueza relatora, en tanto que las partes, Ministerio Público o Defensoría Pública lo harán mediante petición. El oficio o la petición estarán instruidos con los documentos necesarios para la demostración del cumplimiento de los presupuestos para la instauración del incidente. La resolución del incidente no irroga costas (art. 977 y concs.).

### III. Código General del Proceso de Colombia

#### 1. VIGENCIA Y PLAN DE IMPLEMENTACIÓN

El Código General del Proceso en Colombia (CGP) estableció dos tipos de vigencia: una directa y otra condicionada (art. 627). La directa comprendía un número taxativo, reducido y determinado de artículos, de los cuales algunos regirían a partir de su promulgación el 12 de julio de 2012 y otros luego del 1 de octubre del mismo año.

La vigencia condicionada implicaba que los demás artículos del CGP serían operativos desde el 1 de enero de 2014, en forma gradual y en la medida en que se hubieran ejecutado las exigencias programáticas. Entre ellas, los cursos de formación de funcionarios y empleados; la infraestructura física y tecnológica imprescindible; el número de despachos judiciales requeridos; y los demás elementos ineludibles para el funcionamiento del proceso oral por audiencias. La determinación y control de dichas condiciones estaba a cargo del Consejo Superior de la Judicatura.

No obstante, el CGP debía comenzar a regir definitiva e integralmente en todos los distritos judiciales del país en un plazo máximo de 3 años. Es decir, que el 1 de enero de 2017 era la fecha límite, independientemente de que se hubieran cumplido o no las estipulaciones expresadas.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió un acuerdo el 27 de diciembre de 2013, mediante el cual reglamentó la gradualidad con que se implementaría el CGP. Estableció tres etapas para su entrada en vigencia en los 34 distritos judiciales. La primera iniciaría el 3 de junio de 2014, debiendo estar vigente completamente para enero de 2016. Se comenzaría por los distritos judiciales más pequeños, finalizando con los más grandes<sup>153</sup>.

En cuanto a su instrumentación, se preveía la elaboración de un *"Plan de Acción para la Implementación del CGP"* y la creación de la *"Comisión de Seguimiento a la Ejecución del Plan de Acción para la Implementación del CGP"* (arts. 618 y 619).

Dicho plan fue elaborado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en colaboración con el Ministerio de Justicia y del Derecho, y aprobado mediante Acuerdo N°PSAA13-9810 el 11 de enero de 2013. El detalle del programa podemos encontrarlo en los anexos 1 y 2 del mencionado acuerdo<sup>154</sup>. Sus cometidos fueron:

1. Plan especial de descongestión, incluyendo el previo inventario real de los procesos clasificados por especialidad, tipo de proceso, afinidad temática, cuantía, fecha de reparto y estado del trámite procesal.

<sup>153</sup> Ver [http://www.nuevaleyegislacion.com/complementos/anx\\_ac9927\\_13.pdf](http://www.nuevaleyegislacion.com/complementos/anx_ac9927_13.pdf).

<sup>154</sup> Ver <http://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/web/Gacetas/Consulta/Contenido/Default.aspx?ID=1710>.

2. Nuevo modelo de gestión, estructura interna y funcionamiento de los despachos, así como de las oficinas y centros de servicios administrativos.
3. Reglamentación de los asuntos de competencia del Consejo Superior de la Judicatura que guarden relación con las funciones atribuidas en el CGP.
4. Creación y redistribución de despachos judiciales, ajustes al mapa judicial y desconcentración de servicios judiciales según la demanda y oferta de justicia.
5. Uso y adecuación de la infraestructura física y tecnológica de los despachos, salas de audiencias y centros de servicios que garanticen la seguridad e integridad de la información.
6. Selección, en los casos en que haya lugar, del talento humano por el sistema de carrera judicial de acuerdo con el perfil requerido para la implementación del nuevo Código.
7. Formación y capacitación. En particular, de funcionarios de las entidades con responsabilidades en procesos regidos por la oralidad.
8. Modelo de atención y comunicación con los usuarios.
9. Planeación y control financiero y presupuestal de acuerdo con el estudio de costos y beneficios para la implementación del Código.
10. Sistema de seguimiento y control a la ejecución del proyecto de acción.

El programa mencionado daba cuenta de que la implementación del CGP detentaba cierto enfoque de política pública. Sin embargo, en mayo de 2014, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ordenó la suspensión del cronograma previsto en razón de la falta de asignación presupuestaria. Para ese momento, sólo se habían realizado acciones aisladas<sup>155</sup>. Luego de la interrupción, se prosiguió con su ejecución hasta la puesta en marcha definitiva, la que no estuvo exenta de críticas técnicas y logísticas de distinto tenor<sup>156</sup>.

## 2. OBJETIVOS DEL PROCESO Y PRINCIPIOS RECTORES

El CGP no explicita sus objetivos. Sin embargo, expresamente reconoce que al interpretar la ley procesal el juez o la jueza deberán tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación del CGP deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el

<sup>155</sup> El Acuerdo No PSAA14-10155, del 28 de mayo de 2014, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, suspendió el cronograma previsto en el acuerdo proferido el 27 de diciembre de 2013. Para más información: <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/6-2014-paralizada-implementacion-de-codigo-general-del-proceso>.

<sup>156</sup> Mediante ACUERDO No. PSAA15-10392, de octubre 1 de 2015, el Consejo Superior de la Judicatura dispuso que el CGP entraría a regir en todo el país, de forma integral, a partir del 1º de enero de 2016. Ver <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/4-2016-con-tropiezos-arranc%C3%B3-c%C3%B3digo-general-del-proceso>.

derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. La autoridad judicial se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias (arts. 11 y 12).

El CGP se inicia con un título preliminar que condensa principios y reglas interpretativas que sirven para desentrañar el sentido y alcance de su sistemática. No obstante, a lo largo del articulado también encontramos directrices de interés.

Los principios fundamentales regulados son:

1. *Acceso (individual y colectivo) a la Justicia*: todas las personas o grupos de personas tienen derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses<sup>157</sup>.

Entre otras medidas, se instituye la gratuidad en la justicia para aquellas personas con insuficiencia de recursos (aunque resulte criticable su limitación a quien pretenda hacer valer un derecho litigioso a "título oneroso"); la posibilidad de conferir poder especial para actuar en juicio verbalmente en audiencia, mediante diligencia o por memorial dirigido a la autoridad interviniente; la facultad de que los servidores judiciales que dominen las lenguas y dialectos de los grupos étnicos, oficiales en sus territorios, realicen audiencias empleando tales expresiones lingüísticas a solicitud de las partes o el deber de utilizar en toda actuación judicial las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura. Las actuaciones judiciales se podrán realizar a través de mensajes de datos de cualquier tipo. La autoridad judicial deberá contar con mecanismos que permitan generarlos, archivarlos y comunicarlos<sup>158</sup>.

2. *Proceso oral (por audiencias)*: las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva. El CGP, si bien mantiene la noción de expediente, cambia su lógica. Por ejemplo, en aquellos juzgados en los que se encuentre implementado el Plan de Justicia Digital, éste estará conformado íntegramente por mensajes de datos.

En relación con la celebración de audiencias, se adoptan dos previsiones de interés: las intervenciones orales no podrán ser sustituidas por escritos y en ningún caso el juzgado hará la reproducción escrita de las grabaciones<sup>159</sup>.

3. *Igualdad (real o material) de las partes*: el juez o la jueza deben hacer uso de todos los poderes que detentan para garantizarla. Inclusive, deberán resguardar la equidad en la utilización del tiempo en audiencia (arts. 4, 107.3 y concs.).

4. *Economía procesal y concentración*: constituye un deber de todos los sujetos intervinientes maximizar la utilidad jurisdiccional. Las partes y sus apoderados deben, por ejemplo, realizar

<sup>157</sup> Arts. 2, 13, 53, 54 y concs., CGP.

<sup>158</sup> Arts. 151, 152, 73, 77, 90, 103, 104 y concs., CGP.

<sup>159</sup> Arts. 3, 107, 122 y concs., CGP.

las gestiones necesarias para lograr la oportuna integración del contradictorio y la autoridad judicial programar las audiencias de manera que el objeto de cada una de ellas se cumpla sin solución de continuidad, no pudiendo aplazarla o suspenderla salvo por razones expresamente reconocidas<sup>160</sup>.

5. *Inmediación*: el juez o la jueza deberán practicar personalmente todas las pruebas y las demás actuaciones judiciales que les correspondan. El CGP concibe la inmediación como un elemento central del proceso. De allí que la posibilidad de comisionar sea excepcional y restrictiva y sólo sea posible cuando esté prevista por ley. Si la participación personal es imposible, podrá hacerlo a través de videoconferencia, teleconferencia o de cualquier otro medio de comunicación que garantice la inmediación, concentración y contradicción. En ciertos supuestos la posibilidad de comisionar está expresamente prohibida (por ejemplo, en la práctica de medidas cautelares extraprocerales)<sup>161</sup>.

Otra manifestación del valor del lugar de la inmediación en el CGP y su vinculación con los derechos en juego, es que, aun en los supuestos de prueba extraprocerales o trasladadas, el juez o la jueza deben controlar que ellas hayan sido debidamente contradichas o garantizar una instancia a tal fin.

6. *Legalidad*: el CGP prescribe que los jueces y juezas están sometidas al imperio de la ley, debiendo también ponderar en su actuación la equidad, costumbre, jurisprudencia y doctrina. El proceso debe instrumentarse en la forma legalmente establecida (arts. 7, 132 y concs.).

También dispone que las normas procesales sean de orden público, de obligatorio cumplimiento y que en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. De allí que las estipulaciones que limiten el acceso a la justicia no serán consideradas violaciones del negocio jurídico cuando ellas resulten en incumplimiento ni impedirán al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda (art. 13).

7. *Dispositivo atenuado*: los procesos sólo podrán iniciarse por demanda de parte, salvo los que la ley autoriza a promover de oficio (arts. 8 y concs.).

8. *Congruencia*: toda pretensión que se promueva debe fijar con claridad lo que procura, los hechos que le sirven de fundamento, los fundamentos de derecho que se invoquen y las pruebas que la sustentan. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta<sup>162</sup>. El CGP habilita a fallar *ultra* o *extra petita* en asuntos de familia, niñez, discapacidad o adultos mayores<sup>163</sup> y agrarios<sup>164</sup>.

<sup>160</sup> Arts. 5, 42, 78.6 a 10, 106, 107.2 y concs., CGP.

<sup>161</sup> Arts. 6, 37, 38, 171 y concs., CGP.

<sup>162</sup> Arts. 82, 93, 96, 278, 281, 303 y concs., CGP.

<sup>163</sup> "Cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, a la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole" (art. 281, CGP).

<sup>164</sup> "En la interpretación de las disposiciones jurídicas, el juez y la jueza tendrán en cuenta que el derecho agrario tiene por finalidad tutelar los derechos de los campesinos, de los resguardos o parcialidades indígenas y de los miembros e integrantes de comunidades civiles indígenas" (art. 281, CGP).

9. *Impulso de procesos*: con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces y juezas deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por negligencia suya (arts. 8 y concs.).

De hecho, una herramienta útil para la dinamización del proceso, es la figura del desistimiento tácito prevista en el artículo 317 del CGP. Gracias a esta figura, cuando se requiera el cumplimiento de una carga procesal a cargo de una de las partes para poder continuar con el trámite de una actuación procesal, la autoridad judicial puede aperecibirla fijando un plazo para su observancia so pena de declarar por desistida la respectiva actuación.

10. Doble instancia (a menos que la ley establezca una sola)<sup>165</sup>.

11. *Gratuidad*: el servicio de justicia que presta el Estado será gratuito, sin perjuicio del arancel judicial y de las costas procesales<sup>166</sup>.

12. *Debido proceso*: el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones previstas en el CGP. Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso (arts. 14 y concs.).

13. *Lealtad, probidad y buena fe*: dichas exigencias pesan no sólo sobre las partes y auxiliares de justicia sino también sobre los funcionarios del órgano judicial. Por ejemplo, la autoridad judicial puede sancionar y responsabilizar patrimonialmente a sus empleados, a los demás empleados públicos, a las partes, sus abogados/as y cualquier particular que sin justa causa incumpla las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones, demoren su ejecución o actúen de mala fe o con temeridad<sup>167</sup>.

El CGP regula situaciones en que presume que ha existido mala fe o temeridad. Entre ellas destacan: cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la petición, recurso o incidente; cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso y cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (art. 79).

También se incorpora el deber de veracidad de la parte y el abogado, sancionándose penal, disciplinaria, pecuniaria y procesalmente (arts. 86 y concs.).

14. *Contradictorio*: la autoridad judicial tiene el deber de interpretar los escritos postulatorios de manera que permita decidir el fondo del asunto, resguardando el derecho de contradicción y el principio de congruencia (arts. 42.5, 101, 107.3, 110 y concs.).

15. *Preclusión*: siendo los plazos perentorios e improrrogables por regla<sup>168</sup>.

16. *Colaboración*: las partes deben cooperar con el juez o la jueza para la práctica de pruebas y diligencias. Inclusive, tienen el deber de adoptar las medidas para conservar en su poder

<sup>165</sup> Arts. 31, Constitución Política; 9 y concs., CGP.

<sup>166</sup> Arts. 228, Constitución Política; 10 y concs., CGP.

<sup>167</sup> Arts. 42, 78, 80, 81 y concs., CGP.

<sup>168</sup> Arts. 102, 117, 132 y concs., CGP.

las pruebas y la información contenida en mensajes de datos que tengan relación con el proceso y exhibirla cuando sea exigida por la autoridad judicial. El CGP exige que el juez o la jueza califiquen siempre la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deduzcan indicios de ella<sup>169</sup>.

Reafirmando esta idea, Parra Quijano sostiene que el proceso consagrado “privilegia su función social, la lucha entre las partes bajo los ojos del tribunal se sustituye por una comunidad de trabajo entre el tribunal y las partes, con el objetivo de permitir al juez la decisión justa y verdadera, restablecer la paz jurídica entre las partes y defender así los intereses mayores de la sociedad” (2012).

17. *Publicidad*: las audiencias y diligencias serán públicas, salvo que el juez, por motivos justificados, considere necesario limitar la asistencia de terceros. Resulta objetable que el examen de los expedientes sólo se encuentre autorizado para ciertos sujetos<sup>170</sup>.

18. *Plazo razonable*: la efectividad de la tutela supone la existencia de un proceso de duración razonable. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado (arts. 2, 42.8 y concs.).

El CGP establece que, salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un año para dictar sentencia en primera instancia, contado a partir de la notificación del auto emisario de la demanda a la parte demandada. En segunda instancia, el plazo no podrá ser superior a seis meses, contados a partir de la recepción del expediente en la secretaría del tribunal. Vencido el término, el funcionario perderá automáticamente competencia (siendo nula de pleno derecho toda actuación posterior), debiendo informar al Consejo Superior y remitir las actuaciones al magistrado en turno. Excepcional y justificadamente, se puede prorrogar por una sola vez el término para resolver la instancia respectiva hasta por seis meses más. El vencimiento de los términos constituye un criterio obligatorio de calificación de desempeño de los distintos funcionarios judiciales<sup>171</sup>.

19. *Motivación adecuada*: el CGP exige que toda decisión esté debidamente motivada. Las providencias se expresarán de manera breve y precisa, sin transcripciones ni citas innecesarias. Las sentencias lo harán examinando críticamente las pruebas, con una explicación clara de las conclusiones que recaen sobre ellas y los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentarlas, exponiéndolas con brevedad y precisión. Si cambia de criterio o se aparta de la doctrina probable, la autoridad judicial deberá expresar clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión<sup>172</sup>.

Además de las citadas directrices, también se incorporan reglas en torno a la interpretación de normas procesales; su observancia; los vacíos y deficiencias del CGP.

<sup>169</sup> Arts. 78.8, 12 y 14, 229.1, 233, 280 y concs., CGP.

<sup>170</sup> Arts. 107.5, 123 y concs., CGP.

<sup>171</sup> Arts. 121 y concs., CGP.

<sup>172</sup> Arts. 7, 42.7, 278, 279, 280 y concs., CGP.

### 3. ROL ACTIVO DEL JUEZ O LA JUEZA: DIRECTOR Y GESTOR DEL CONFLICTO

El CGP moldea y define una jueza o juez activo y comprometido con la resolución oportuna del conflicto. Su condición de directores y gestores judiciales queda evidenciada en el cúmulo de deberes y prerrogativas asignadas. Ambas condiciones se ejercen dentro de un modelo procesal con rasgos cooperativos, donde procuran resguardarse: el contradictorio como mecanismo de debate y garantía fundamental; la igualdad material en el acceso y tránsito judicial y la efectividad de la tutela. De allí la preocupación del CGP por crear reglas y mecanismos que responsabilicen a la autoridad judicial por la omisión o ejercicio irregular de sus deberes, incentivando comportamientos funcionales a los principios y objetivos declarados.

El Código dedica un título completo a los deberes y poderes de los jueces y juezas, sin perjuicio de las numerosas manifestaciones que se realizan a lo largo de su articulado<sup>173</sup>.

Entre los deberes atribuidos destacamos: (i) dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias y procurar la mayor economía procesal; (ii) prevenir, sancionar o denunciar los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe<sup>174</sup>; (iii) hacer efectiva la igualdad entre las partes; (iv) adoptar medidas para sanear los vicios del procedimiento y precaverlos; (v) realizar el control de legalidad de la actuación procesal una vez agotada cada etapa del proceso, a fin de evitar nulidades; (vi) disponer de oficio la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada y (vii) comunicarse con los tribunales y particulares por cualquier medio técnico de comunicación que tenga a su disposición, de lo cual deberá dejar constancia. Privilegiará el medio más rápido y seguro<sup>175</sup>.

Dentro de los poderes de ordenación e instrucción relevantes, señalamos: (i) rechazar cualquier solicitud que sea notoriamente improcedente; (ii) ordenar a las partes aclaraciones en torno a las peticiones que presenten y (iii) ratificar la veracidad de las excusas que las partes o sus apoderados presenten para justificar su inasistencia a audiencias o diligencias. En este último caso, de encontrar inconsistencias e irregularidades, además de rechazar la excusa y aplicar la sanción procesal que proceda, enviará copias para la investigación penal o disciplinaria que corresponda (art. 43).

En relación a las prerrogativas correccionales, enfatizamos la de sancionar a quienes le falten al debido respeto en (o por) el ejercicio de sus funciones, incumplan órdenes o retarden su ejecución y la de expulsar de las audiencias a quienes perturben su curso<sup>176</sup>.

En tanto facultades especiales de la audiencia de instrucción y juzgamiento, precisamos las que delimitan nuevamente el objeto del juicio (como en la audiencia inicial) y las que

<sup>173</sup> Por ejemplo, el deber de reconocer de oficio -en cualquier tipo de proceso- una excepción, cuando halle probados los hechos que la constituyen, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deberán alegarse en la contestación de la demanda (art. 282, CGP).

<sup>174</sup> Por ejemplo, en cualquiera de las instancias, siempre que el juez o la jueza adviertan colusión, fraude o cualquier otra situación similar en el proceso, ordenarán de oficio la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas para que hagan valer sus derechos (art. 72).

<sup>175</sup> Arts. 42, 60, 61, 90, 107, 111, 121, 130, 132, 285, 590 y concs., CGP.

<sup>176</sup> Arts. 44, 121 y concs., CGP.



practican las pruebas que hubieran sido decretadas, interrogando a los peritos, recibiendo las declaraciones de los testigos, la exhibición de documentos o cualquier otra (art. 373).

La condición de director y gestor del conflicto se exagera en los conflictos que involucran sujetos o bienes de tutela constitucional preferente o en los colectivos en general. El CGP trae algunas prescripciones en torno a ello, las cuales deben integrarse e interpretarse con los instrumentos convencionales e infra, sustantivos y procesales, que regulan los mismos.

En cuanto al Juez como sujeto del proceso, se organiza una regulación sistemática y ordenada de los presupuestos que afectan al órgano jurisdiccional (por ejemplo, competencia, excusación y/o recusación), reforzando el control de oficio<sup>177</sup>.

#### 4. PROCEDIMIENTOS REGULADOS Y SUS RESPECTIVAS AUDIENCIAS

En línea con las modificaciones operadas en la materia, el CGP depura los tipos procesales existentes. Su preocupación por garantizar la tutela judicial de modo efectivo se traduce en la drástica reducción de la tipología de procesos y en la simplificación de las estructuras de discusión.

De ese modo, reglamenta un proceso de conocimiento madre cuya estructura aplica a los procesos declarativos especiales y, subsidiaria o análogamente, al resto de procesos regulados en función del tipo de conflicto o pretensión (por ejemplo, ejecución de sentencias o monitorio).

Con buena técnica, los procesos declarativos especiales han sido reducidos en número, pero también en densidad regulatoria: sólo se incorporan las reglas imprescindibles en razón de particularidades justificadas del tipo de conflicto-pretensión.

En cuanto a la estructura del contradictorio, el CGP adopta por regla un sistema oral por audiencias. Si bien los actos postulatorios o recursos más relevantes son generalmente escritos, el método que ordena el litigio es oral. Brindaremos algunas pautas arquetípicas de los esquemas principales.

##### a. Procesos declarativos

###### a.1: Proceso verbal

Todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial será dilucidado mediante el proceso verbal. Es decir, es el proceso matriz y/o supletorio<sup>178</sup>. La interposición de pretensiones (demanda y contestación) se realizan por escrito (arts. 82, 89, 96, 369 y concs., CGP).

Contempla dos audiencias: la inicial y la de instrucción y juzgamiento. Todos los sujetos procesales deben concurrir personalmente. La inasistencia injustificada genera responsabilidades procesales, disciplinarias, penales o civiles<sup>179</sup>.

<sup>177</sup> Arts. 15 a 34, 139 a 147 y concs, CGP.

<sup>178</sup> Art. 368, CGP.

<sup>179</sup> Por ejemplo, cuando ninguna de las partes concurra a la audiencia, ésta no podrá celebrarse y vencido el término sin que se justifique la inasistencia, el juez, por medio de auto, declarará terminado el proceso (art. 372.4, CGP).

En la audiencia inicial la autoridad judicial: (i) ordenará practicar las pruebas estrictamente necesarias para resolver las excepciones previas que se encuentren pendientes<sup>180</sup>; (ii) exhortará diligentemente a las partes para que concilien sus diferencias, proponiendo bases de arreglo; (iii) saneará el proceso y verificará la integración del contradictorio; (iv) interrogará oficioso y obligatoriamente a las partes sobre el objeto del proceso, fijando junto a ellas los hechos controvertidos que requieran prueba; (v) admitirá la prueba ofrecida necesaria para dilucidar la controversia, fijando la fecha de la audiencia de instrucción y juzgamiento; (vi) decretará y practicará las demás pruebas que le resulte posible, siempre y cuando estén presentes las partes y (vii) si no es necesaria prueba alguna fuera de la producida, oídas las partes, dictará sentencia (art. 372).

En la audiencia de instrucción y juzgamiento se rinde la prueba sobre los hechos en los que las partes no hayan estado de acuerdo y que no fuesen susceptibles de confesión. Si bien las partes tienen el deber de asistir a la audiencia inicial, cuando una de ellas no haya asistido y se hubiera admitido excusa constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito dentro de los tres días siguientes, el juez o la jueza en la audiencia de instrucción y juzgamiento volverán a requerir a las partes que determinen los hechos controvertidos a fin de fijar otra vez el objeto del litigio y, si procede, rechazar pruebas decretadas en la audiencia inicial que estimen innecesarias. Este trámite pretende depurar la prueba a fin de maximizar la economía procesal.

Producido el juicio y rendidos los alegatos de parte, debe dictarse sentencia oral. Si fuere necesario podrá decretarse un receso hasta por dos horas para el pronunciamiento. Cuando no pueda dictarse oralmente, deberá justificarlo e informar al Consejo Superior. En ese caso, deberá anunciar el sentido de su fallo, una breve exposición de sus fundamentos y emitir la decisión escrita dentro de los diez días siguientes<sup>181</sup>.

El art. 372 prevé que cuando se advierta que la práctica de pruebas es posible y conveniente en la audiencia inicial, el juez o jueza –de oficio o a petición de parte– decretarán las pruebas en el auto que fija fecha y hora para ellas, con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento. En esa única audiencia se proferirá la sentencia. Dicha regla constituye una síntesis interesante del rol de gestor del juez, el trabajo cooperativo de las partes, la preocupación por la simplificación del proceso y la búsqueda de soluciones efectivas.

### ***a. 2: Proceso verbal sumario***

Se trata de un proceso de conocimiento abreviado, simplificado y de única instancia. Mediante este procedimiento se tramitan los asuntos contenciosos de mínima cuantía y aquellos expresamente fijados por ley. Entre otros, las controversias sobre propiedad horizontal; pensiones alimenticias; patria potestad o derechos de autor (arts. 390 y concs.).

La demanda y contestación pueden presentarse verbalmente ante el secretario, quien levantará acta de ambos actos procesales. También se podrán presentar por escrito o a través de formularios elaborados por la autoridad correspondiente, sin perjuicio del que las propias partes quieran utilizar. Salvo cuando la autoridad judicial lo exija, no es necesaria la adjunción

<sup>180</sup> Cuando no requieren prueba, las excepciones deben resolverse de forma previa a la audiencia inicial.

<sup>181</sup> Art. 373, CGP.

de anexos a la demanda. En el auto que el juez o la jueza tienen por trabada la *litis* y fija la fecha de la audiencia única, decretarán las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio consideren (arts. 391 y 392).

El proceso contempla una única audiencia multipropósito, en la que se concentran todas las actividades propias de la audiencia inicial e instrucción y juzgamiento. Es decir, se intentará conciliar, fijar los hechos controvertidos, depurar la discusión, admitir y practicar las pruebas, oír a las partes y dictar sentencia (art. 392).

No será necesario convocar a dicha audiencia cuando las pruebas aportadas con la demanda y la contestación fueran suficientes para resolver el fondo del asunto. En ese caso, el juez o la jueza pueden dictar sentencia escrita una vez vencido el término de traslado de la demanda (art. 390). Ello comporta un ejemplo de desformalización o simplificación procesal<sup>182</sup>.

### **a. 3: Procesos declarativos especiales**

Entre los procesos declarativos que tienen reglas particulares<sup>183</sup> de modo general o sobre algunos actos o momentos procesales (remitiendo en lo demás al proceso verbal)<sup>184</sup>, destacamos: (i) expropiación; (ii) deslinde y amojonamiento; (iii) proceso divisorio y (iv) proceso monitorio (para quienes pretendan el pago de una obligación dineraria, contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía)<sup>185</sup>.

### **b. Proceso ejecutivo y ejecución de sentencias**

Mediante el proceso ejecutivo se podrá exigir la realización de obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en alguno de los títulos ejecutivos reconocidos por ley. Ello comprende aquellos creados voluntariamente (títulos valores), ley (deudas documentadas) y/o sentencias judiciales (arts. 422 y concs.). El CGP también incorpora reglas sobre ejecución de sentencias, en una duplicidad objetable (arts. 305 y concs.). De todos modos, las reglas son comunes.

La estructura del proceso depende de la cuantía del título ejecutivo. Si es de mínima cuantía, el trámite de las excepciones se resolverá a través de la audiencia concentrada regulada en el proceso verbal sumario. Cuando fuera de menor o mayor cuantía, se someterá a una audiencia inicial y, de ser necesario, a la de instrucción y juzgamiento.

Al ser el ejecutivo un proceso híbrido (de conocimiento restringido y ejecución), el CGP prevé una audiencia de remate a fin de poder realizar los bienes que sean necesarios para satisfacer la pretensión ejecutiva reconocida (art. 452).

Teniendo en consideración el objeto de la pretensión y el contenido del título ejecutivo, el CGP regula diversas modalidades de ejecución: por sumas de dinero, ejecución de hacer, no

<sup>182</sup> Otro ejemplo es que, la demanda escrita que no cumpla con los requisitos legales, podrá ser corregida ante el secretario mediante acta (art. 391).

<sup>183</sup> Arts. 399, ss. y concs., CGP.

<sup>184</sup> Por ejemplo, art. 404.3, CGP.

<sup>185</sup> Se exige al actor que determine los hechos, argumentos y pruebas que fundamentan su pretensión. Si el demandado se opone, deberá contestar demanda y se tramitará mediante proceso verbal sumario. Cuando la pretensión monitoria o la oposición son infundadas, se sanciona al actor o demandado (arts. 419 y concs., CGP).

hacer y dar cosa determinada y contra entidades de derecho público (arts. 424, 426, 306 y concs.).

### c. Procesos de liquidación

Los procesos de liquidación se encuentran establecidos para los siguientes casos: sucesión; liquidación de sociedad conyugales o patrimoniales por causas distintas de la muerte de los cónyuges o compañeros permanentes; disolución, nulidad y liquidación de sociedades (contempla audiencia inicial con el objetivo de conciliar) e insolvencia de la persona natural no comerciante (prevé audiencia de negociación de deudas).

### d. Procesos de jurisdicción voluntaria

El CGP somete a jurisdicción voluntaria distintos asuntos. Entre otros, la obtención de licencia por parte del padre, madre o guardadores para enajenar o gravar bienes de sus representados; licencia para la emancipación voluntaria; designación de guardadores, consejeros a administradores; declaración de ausencia; interdicción o autorización para caso de adopción<sup>186</sup>.

Interpuesta la petición, el juez o la jueza ordenarán las citaciones, publicaciones y, de corresponder, la notificación al Ministerio Público. Cumplido lo cual decretan las pruebas que consideren necesarias, las cuales se producirán en audiencia (arts. 578, 579 y 580).

### e. Procesos de menor complejidad

La Ley N° 497 (1999) crea la justicia de paz o de “**pequeñas causas**”, atribuyéndole la potestad de conocer los conflictos: (i) que las personas o la comunidad, en forma voluntaria y de común acuerdo, sometan a su conocimiento; (ii) los que versen sobre asuntos susceptibles de transacción, conciliación o desistimiento; (iii) los que no sean sujetos a solemnidades de acuerdo con la ley y (iv) los que corresponden “*en cuantía no superior a los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes*”.

El proceso en la justicia de paz acentúa la idea de que la tutela debe ser verdaderamente instrumental al conflicto-derecho en juego. De allí que los jueces y juezas de paz guíen su actuación por principios como la oralidad, gratuidad o desformalización.

En ese sentido, se estipula expresamente que el procedimiento se sujetará a un mínimo de formalidades, constando de dos etapas: una previa de conciliación o auto compositiva y otra posterior de carácter resolutivo (sentencia). La etapa de conciliación se lleva a cabo después de presentada la solicitud, en una audiencia dictada a tal efecto (art. 22).

La solicitud o demanda puede ser oral o escrita. En el primer supuesto, la autoridad judicial levantará acta. La notificación de la solicitud se hará por *el medio más idóneo*, circunstancia que implica simplificar la comunicación en pro de la mayor eficacia para el tipo de acto, sujeto o conflicto. Otros elementos de consideración es que no resulta necesaria la asistencia letrada y la decisión del conflicto puede dictarse en equidad.

<sup>186</sup> Arts. 577 y concs., CGP.

## 5. ASPECTOS PROBATORIOS Y DE LITIGACIÓN

### Carga dinámica de la prueba

El CGP consagra las cargas dinámicas, regulando con precisión los supuestos, oportunidad y criterios con los que debe proceder el juez o la jueza. Luego de reiterar la regla general del *onus probandi*, el art. 167 instituye la carga dinámica de la prueba, sea de oficio o a petición de parte. De ese modo, dispone que la autoridad judicial puede, según las particularidades del caso, atribuir la carga de probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. Es decir, que independientemente de quien afirme o niegue, el juez o la jueza pueden evaluar cuál de las partes está en condiciones más favorables para esclarecer el hecho y recibir la carga de acreditación.

En ese sentido, se estatuyen criterios ilustrativos para definir cuándo se considerará que una parte se encuentra en una situación más favorable o en mejor posición probatoria: (i) por su cercanía al material probatorio; (ii) por tener en su poder el objeto de prueba; (iii) por circunstancias técnicas especiales; (iv) por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio; (v) por el estado de indefensión o de incapacidad en la que se encuentre la contraparte y (vi) por otras circunstancias similares.

En cuanto a la oportunidad para su ejercicio, el CGP habilita al juez a efectuarlo al momento de decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier instancia del proceso antes de fallar. Más allá de la amplitud de la regla, la necesidad de evitar sorpresas procesales y dispendios jurisdiccionales justifican que se ordene en la primera oportunidad procesal o, en su defecto, apenas se tenga conocimiento de la situación de (des)ventaja probatoria.

De igual manera, el ejercicio de esta prerrogativa debiera estar sometido a un amplio y adecuado contradictorio, en el cual las partes puedan alegar las razones que justifiquen u objeten la medida. La decisión que se adopte es susceptible de recurso.

En caso de modificar la carga probatoria, la autoridad judicial otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la que se someterá a las reglas de contradicción previstas.

### Intercambio de prueba previo al juicio

El CGP instituye la posibilidad de practicar pruebas con antelación al juicio, ya no con carácter conservativo sino proactivo. Es decir, como una herramienta para que cualquier persona que tenga un conflicto de relevancia jurídica pueda obtener información con antelación a un proceso a fin de evaluar mejor los hechos, posición, intereses, estrategia, mecanismo de resolución o componer el conflicto. El régimen colombiano denomina a este dispositivo "pruebas extraprocesales"<sup>187</sup>. Las reglas sobre medios de prueba, citación y práctica se regulan entre los arts. 183 a 190 y 275.

<sup>187</sup> Las pruebas extraprocesales practicadas ante quien ejerce funciones jurisdiccionales podrán hacerse valer ante cualquier otra autoridad o particular con funciones jurisdiccionales (art. 589, CGP).

Pueden practicarse interrogatorios de parte; declaración sobre documentos<sup>188</sup>; exhibición de documentos, libros de comercio o muebles; testimonio para fines judiciales, no judiciales, con y/o sin citación de la contraparte; inspecciones judiciales y peritaciones; informes y pruebas practicadas de común acuerdo<sup>189</sup>.

Quien pretenda demandar o sienta el temor de que se le demande podrá pedir, por una sola vez, que su posible contraparte conteste el interrogatorio que le formule sobre hechos que han de ser materia del proceso. En la solicitud indicará concretamente lo que pretenda probar y podrá anexar el cuestionario, sin perjuicio de que lo sustituya total o parcialmente en la audiencia<sup>190</sup>.

En el caso de testimonios anticipados con o sin intervención del juez o de la jueza, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, deberán ratificarse en juicio. Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor (arts. 188 y 222).

Todas las pruebas que se soliciten con citación de la contraparte, deben notificarse personalmente con no menos de cinco días de antelación a la fecha de la respectiva diligencia.

### **Admisibilidad y exclusión probatoria**

El CGP considera que el ofrecimiento probatorio será inadmisibile cuando las pruebas sean lícitas y/o notoriamente impertinentes, inconducentes o manifestamente superfluas o inútiles. En esos supuestos, el juez o la jueza deben declarar inadmisibles y excluir las pruebas ofrecidas<sup>191</sup>.

Están exentos de prueba los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas. Todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios (arts. 167 y 180).

Los usos y costumbres deben acreditarse con documentos, copia de decisiones judiciales definitivas que demuestren su existencia y vigencia o con un conjunto de testimonios. Lo mismo en relación a normas jurídicas que no tengan alcance nacional o extranjeras, aunque en este caso puede requerirse a cualquier medio para constatar su aplicación (arts. 177, 178 y 179).

Las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades establecidas. Las pruebas practicadas por comisionado o de común acuerdo por las partes y los informes o documentos solicitados a otras entidades públicas o privadas, que lleguen antes de dictar sentencia, serán tenidas en cuenta para la decisión, previo el cumplimiento de los requisitos legales para su práctica y contradicción<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> "(...) Cualquier interesado podrá pedir que se cite al autor de un documento privado, al mandatario con facultades para obligar al mandante o al representante de la persona jurídica a quien se atribuye, para que rinda declaración sobre la autoría, alcance y contenido del documento (...)" (art. 185, CGP).

<sup>189</sup> Las partes, de común acuerdo, podrán practicar o delegar la práctica de pruebas en un tercero, y deberán aportarlas antes de dictarse sentencia. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando una de las partes esté representada por curador ad litem (art. 190, CGP).

<sup>190</sup> Art. 184, CGP.

<sup>191</sup> Arts. 168, 164 y concs., CGP.

<sup>192</sup> Arts. 82.6, 84, 96.4, 173 y concs., CGP.

Tanto la prueba trasladada (practicada válidamente en un proceso, pero invocada en otro) como la extraprocesal pueden ser incorporadas y apreciadas en juicio sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtir la contradicción en el proceso al que están destinadas (art. 174).

Al analizar la admisibilidad de las pruebas ofrecidas, la autoridad judicial tiene el deber de pronunciarse expresamente sobre ellas, dando razones adecuadas y suficientes. Por regla, las partes pueden desistir de las pruebas admitidas, pero no producidas<sup>193</sup>.

A fin de reforzar y compeler a las partes al intercambio previo de información, el CGP dispone que el juez o la jueza se abstendrán de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiera sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente (art. 173).

### **Rol del juez o jueza en la producción de la prueba**

Por regla, la iniciativa probatoria es mixta: tanto el juez o la jueza como las partes pueden proponer prueba con la condición de que sea útil para el proceso. La regla contenida en el art. 169 es clara: las pruebas podrán ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos alegados por las partes.

Si bien la regla citada reconoce dicha potestad en términos facultativos (podrá), el art. 42.4 prescribe que es un deber del juez emplear los poderes que el CGP le otorga en materia de prueba de oficio para verificar los hechos alegados por las partes.

La preocupación en torno a la prueba como elemento de conocimiento del y para el conflicto también explica que el juez o la jueza deban exigir a las autoridades o a los particulares la información que, no obstante haber sido solicitada por el interesado, no les haya sido suministrada, siempre que sea relevante para los fines del proceso (art. 43.4)<sup>194</sup>.

En relación con ciertas fuentes y medios probatorios, existen restricciones a la potestad oficiosa. Por ejemplo, para decretar de oficio prueba testimonial, los testigos deben haber sido mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

De disponer prueba de oficio, la autoridad judicial deberá decretarla en las oportunidades probatorias del proceso, de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos de la controversia. Resguardando el debido proceso, el CGP enfatiza que las pruebas decretadas de oficio deban estar sujetas a la contradicción de las partes (art. 170).

Las providencias en las que el juez o la jueza dicten prueba de oficio, no serán susceptibles de recursos. Los gastos que implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.

<sup>193</sup> Arts. 168, 173, 174, 270 y concs., CGP.

<sup>194</sup> El juez también hará uso de este poder para identificar y ubicar los bienes del ejecutado.

La autoridad judicial debe practicar personalmente todas las pruebas. En caso de imposibilidad debidamente justificada, deberá utilizar los mecanismos de comunicación que garanticen la mayor inmediación, concentración y contradicción. Cuando no sea posible, excepcionalmente, podrá comisionar la práctica de pruebas (arts. 171 y concs.).

El CGP otorga al juez o jueza potestades para administrar la actividad probatoria. Entre ellas, limitar la recepción de testimonios cuando los hechos materiales de esa prueba se consideren suficientemente esclarecidos. Dicho auto no admite recurso (art. 212). También reconoce al órgano judicial amplias facultades en la producción probatoria propiamente dicha, pudiendo interrogar a los peritos, testigos o partes (arts. 373 y concs.).

### Reglas de producción de la prueba

Los medios de prueba que regula el código en su artículo 165 son:

*Tabla 27: Regulación de los medios probatorios en el CGP*

Medio probatorio	Definición legal	Regulación	Requisitos propios de admisibilidad
Declaración de parte	Declaración o interrogatorio de las partes sobre los hechos relacionados con el proceso	Art. 198	Rigen normas generales
Confesión	No tiene	Art. 191	Condiciones acumulativas vinculadas a la persona, disponibilidad del derecho, hechos y acreditación (art. 191)
Juramento	No tiene	Art. 206	Tipo de proceso, justificación y discriminación de conceptos
Testimonio de terceros	No tiene	Art. 208	Se prevén recaudos especiales en torno a la idoneidad del testigo, designación y limitación del número
Dictamen de peritos	Verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos	Art. 226	Necesidad de conocimientos o experticia técnica, veracidad y objetividad. Se limitan peritajes sobre derecho (salvo en relación a ley y costumbre extranjera)
Documentos	Escritos, planos, dibujos, mensajes de datos, fotografías, videograbaciones y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares	Art. 243	Rigen normas generales. Se suman recaudos propios relativos a la validez y eficacia de los distintos tipos de documentos



Medio probatorio	Definición legal	Regulación	Requisitos propios de admisibilidad
Informes	Informes de entidades o cualquier persona sobre hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros que detenten	Art. 275	Debe acreditarse que la entidad o persona archiva, registra o almacena información relevante
Inspección judicial	Examen de algún lugar, objeto o persona, por el mismo tribunal de la causa	Art. 236	Necesidad y conveniencia debidamente justificada
Indicios	No tiene	Art. 240	Acreditación del hecho base

Fuente: elaboración propia

Los medios probatorios reconocidos no son taxativos, pues puede proponerse cualquier otro que sea útil para la formación del convencimiento del juez o la jueza. En ese caso, se practicarán de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o de la forma que la autoridad judicial estime prudente, preservando los principios y garantías constitucionales (art. 165). Con ello se revalida el derecho a la prueba, maximizando su utilidad y condición instrumental.

### *Algunas reglas generales*

El CGC impone un orden para la práctica de los diferentes medios de prueba, el cual puede alterarse de oficio o a petición de parte<sup>195</sup>.

Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, por lo que aquellas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho<sup>196</sup>.

Todas las pruebas deben producirse en audiencia pública, sujetas al principio de contradicción, concentración, en presencia de la autoridad judicial y bajo su dirección<sup>197</sup>. El contradictorio debe ser efectivo e igualitario. De allí que, cuando deba recibirse declaración a una persona discapacitada, que no entienda el castellano o no se exprese en este idioma, se designará por el juez intérprete (art. 181).

Las audiencias se videograbán. Está prohibido que el juzgado haga reproducción escrita de las grabaciones. Sólo cuando deban practicarse por fuera del despacho judicial o se presenten fallas en los medios de grabación, el juez o la jueza podrán ordenar que las diligencias consten en actas que sustituyan o complementen el sistema de registro (art. 107.6).

<sup>195</sup> Interrogatorio a los peritos, declaraciones de los testigos, exhibición de documentos y las demás pruebas que hubieran sido decretadas (art. 373.3 y concs., CGP).

<sup>196</sup> Art. 164, CGP.

<sup>197</sup> Arts. 373, 107, 172 y concs., CGP.

El CGP ha creado (des)incentivos para garantizar la producción probatoria. Además de los señalados, destaca el deber del juez o de la jueza de reservar el tiempo suficiente para agotar el objeto de cada audiencia o diligencia, considerando su omisión como falta grave (art. 107.2)<sup>198</sup>.

### *Confesión*

El CGP regula la confesión como un medio particular, distinto de la declaración de parte. Para que opere la confesión exige: capacidad; poder de disposición; que verse sobre hechos personales o de los que tenga conocimiento, cuyas consecuencias sean adversas al confesante y respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba y que sea expresa, consciente y libre, hallándose debidamente probada cuando fuera extrajudicial o judicial trasladada<sup>199</sup>.

Por regla, la confesión es indivisible. Sin embargo, el CGP establece que toda confesión admite prueba en contrario y debe aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que la desvirtúe. El mandato o calidad en la que se actúa condiciona el alcance probatorio de la confesión<sup>200</sup>.

### *Declaración de parte*

Las partes podrán ser citadas de oficio o a pedido de parte para ser interrogadas personalmente sobre los hechos relacionados con el proceso. En el caso de personas jurídicas con varios representantes, el CGP prevé que cualquiera de ellos deberá concurrir a absolver el interrogatorio, sin que pueda invocar limitaciones de tiempo, cuantía o materia o manifestar que no le constan los hechos, que no esté facultado para obrar separadamente o que no está dentro de sus competencias, funciones o atribuciones, siendo su responsabilidad informarse suficientemente. En caso de que exista imposibilidad de asistir (por enfermedad o funciones), el tribunal podrá ordenar su celebración en el lugar donde se encuentre o autorizar la utilización de medios técnicos<sup>201</sup>.

El interrogatorio será oral y personal, debiendo prestar juramento de decir verdad. Las preguntas podrán formularse por escrito en pliego que se acompañará al memorial en que se pida la prueba, pudiendo ampliarse o modificarse verbalmente en la audiencia. Por regla, no puede exceder las 20 preguntas. La autoridad judicial excluirá las preguntas que no se relacionen con la materia del litigio, sean inconducentes, superfluas o no sean claras y precisas. Si contienen más de un hecho, el juez o la jueza las dividirá. Las preguntas pueden ser o no asertivas, pero la parte puede dar o el juez exigir las explicaciones que estime necesarias. A tal fin puede hacer gráficos o representaciones que ilustren su testimonio. Las partes podrán objetar las preguntas. La inasistencia, renuencia o respuestas evasivas, harán presumir los hechos sobre los que versan los interrogatorios<sup>202</sup>.

<sup>198</sup> Para que las partes se comprometan a llevar a los testigos, el art. 218.1 establece que "sin perjuicio de las facultades oficiosas del juez, se prescindirá del testimonio de quien no comparezca".

<sup>199</sup> Arts. 191 y concs., CGP.

<sup>200</sup> Arts. 192 a 197, CGP. Tratándose de personas jurídicas de derecho público, no es válida la confesión de su representante legal. No obstante, puede pedirse que rinda informe escrito, bajo juramento, respecto de los hechos relevantes para el proceso (art. 195, CGP).

<sup>201</sup> Arts. 198, 199, 200, 201 y concs., CGP.

<sup>202</sup> Arts. 202, 203, 205 y concs., CGP.

### *Juramento*

El CGP regula dos clases de juramento: el estimatorio y el deferido por ley.

El primero opera en aquellos casos en que se pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras. En esos casos, el actor debe estimarlo razonadamente bajo juramento en su demanda, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la contraria. Sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación (arts. 206).

El juramento deferido por ley, consagrado en el art. 207, consiste en la afirmación específica que exige la ley para tener por cierto el hecho afirmado, por ejemplo, el juramento de hallarse en situación de imposibilidad o incapacidad en el amparo de pobreza (art. 152, CGP).

### *Declaración de terceros*

Prestar declaración testimonial es un deber, salvo dispensa legal. Entre otros, no están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión los ministros de culto o los profesionales en relación con hechos amparados legalmente por el secreto profesional y cualquier otra persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto<sup>203</sup>.

La prueba testimonial debe pedirse indicando el nombre, domicilio, residencia o lugar donde pueden ser citados los testigos, enunciando concretamente los hechos objetos de la prueba. Por regla, la parte tiene la responsabilidad de procurar la comparecencia del testigo<sup>204</sup>. Las partes pueden cuestionar la inhabilidad o imparcialidad para prestar declaración. La tacha en relación a la credibilidad (parcialidad) no impide el testimonio, debiendo el juez o la jueza analizarlo al momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso<sup>205</sup>.

La recepción del testimonio se inicia con la identificación del testigo. Luego la autoridad judicial le informará sobre los hechos objeto de su declaración, ordenándole que relate lo que conozca o le conste de los hechos. Así, seguirá interrogándolo para lograr un testimonio espontáneo, exacto y completo. A posteriori, podrán interrogar las partes. Primero, la que solicitó la prueba. Luego, podrá contrainterrogar la contraria. En ese mismo orden, si fuera necesario, podrán interpelar nuevamente al testigo por una vez más. El juez o la jueza no sólo inician el interrogatorio, sino que pueden realizar preguntas en cualquier momento. También pueden prescindir de testimonios cuando consideren suficientemente esclarecidos los hechos, mediante auto que no admite recurso<sup>206</sup>.

Por regla, las preguntas se formulan oralmente y deben versar sobre un hecho, ser claras y concisas. Los testigos no podrán escuchar las declaraciones de otros (art. 219). La autoridad judicial rechazará las preguntas inconducentes, manifestamente impertinentes

<sup>203</sup> Arts. 208, 209 y concs., CGP.

<sup>204</sup> Cuando el testigo fuera dependiente de otra persona, también se comunicará al empleador o superior para los efectos del permiso que éste deba darle. En la citación se prevendrá al testigo y al empleador sobre las consecuencias del desacato (art. 217).

<sup>205</sup> Arts. 210, 211, 212, 217 y concs., CGP.

<sup>206</sup> Arts. 212, 219, 221 y concs., CGP.

y superfluas. Podrán excepcionalmente admitirse, si son útiles para precisar la razón del conocimiento del testigo sobre el hecho en cuestión. También rechazará las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar sus percepciones, excepto cuando se trate de personas especialmente calificadas por sus conocimientos. Las partes podrán objetar preguntas por las mismas razones que puede rechazarlas el juez o la jueza o por considerarlas sugestivas<sup>207</sup>.

El testigo debe dar razón de sus dichos. De allí que no pueda responder con una simple expresión de que es cierto el contenido de la pregunta o reproducirla. Podrá hacer dibujos, gráficos, representaciones y/o aportar y reconocer documentos relacionados con su declaración. No podrá leer notas ni apuntes, a menos que sea autorizado en casos de cifras, fechas o cuando se considere justificado y no se altere la espontaneidad del testimonio (art. 221).

### *Prueba pericial*

Para la designación de los peritos, las partes y el juez o la jueza acudirán a instituciones especializadas o a profesionales de reconocida trayectoria e idoneidad. Sobre un mismo hecho, cada parte procesal podrá presentar un solo dictamen. La parte que pretenda valerse de una pericia, deberá aportarla en la oportunidad para pedir pruebas. Cuando el tiempo previsto sea insuficiente, podrá anunciarlo en el escrito respectivo y acompañarla en el plazo que la autoridad judicial conceda, el cual no será inferior a diez días<sup>208</sup>.

Por regla, el dictamen no puede versar sobre cuestiones de derecho. El perito debe jurar que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional. Debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado, explicando y documentando su metodología y los fundamentos de sus conclusiones (art. 226).

La parte que no ha presentado el dictamen, podrá solicitar que el perito en cuestión comparezca a la audiencia; aportar otro dictamen o realizar ambas acciones. El juez citará al perito para su interpelación cuando lo considere necesario. Podrá interrogarlo tanto el juez o la jueza como las partes. La contraparte podrá realizar preguntas asertivas e insinuanes. Ambas partes tendrán derecho a interrogar nuevamente al perito en el mismo orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor (art. 227).

En el caso de que esta prueba haya sido decretada de oficio por el juez, las partes igualmente podrán contradecirla. A dichos efectos, el dictamen permanecerá en secretaría y luego de mínimo diez días, podrá realizarse la audiencia de contradicción de la prueba a la que debe asistir el perito<sup>209</sup>.

### *Informativa*

La prueba informativa puede requerirse de oficio o a pedido de parte. Las personas o entidades tienen el deber de informar sobre los datos que detentan en sus registros, salvo

<sup>207</sup> Arts. 219 y 220, CGP.

<sup>208</sup> Arts. 47, 48.2, 226, 227, 234 y concs., CGP.

<sup>209</sup> Arts. 230, 231 y concs., CGP.

reserva legal. En dicho caso, lo debe indicar y justificar ante el juez. La demora, renuencia o inexactitud del informe será sancionada con multa, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondiesen. Rendido el informe, las partes o juez podrán requerir su aclaración, complementación o ajuste<sup>210</sup>.

### **Indicios**

El CGP considera a los indicios como medios de prueba. Para que un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado. En correlato con los deberes de cooperación impuestos a las partes, el juez puede deducir indicios de su conducta procesal. Los indicios deben apreciarse en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia, convergencia y relación con las demás pruebas que obren en el proceso. Por su parte, los hechos legalmente presumidos se tendrán por ciertos, pero admitirán prueba en contrario cuando la ley lo autorice<sup>211</sup>.

### **Inspección judicial**

La inspección puede ordenarse de oficio o a requerimiento de parte. En este caso indicará con precisión y claridad los hechos que pretende probar. Es excepcional, ordenándose solamente cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías, dictamen pericial o por cualquier otro medio de prueba. Contra la decisión del juez que considera innecesaria o inconveniente la inspección no cabe recurso alguno. Al momento de fijar el día y hora para su producción, el juez debe disponer cuanto estime necesario para que la prueba se cumpla con la mayor eficacia. Con ese objeto, podrá ordenar las pruebas que se relacionen con los hechos materia de la inspección. Durante la práctica de la prueba, el juez expresará los resultados de lo percibido y las partes sus apreciaciones<sup>212</sup>.

### **Prueba documental**

Al igual que en la mayoría de los Códigos analizados, las primeras disposiciones se refieren a aspectos sustantivos de los documentos. Por ejemplo, clases o tipología, autenticidad o valor. Con relación a los mensajes de datos, precisa que serán valorados como tales los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud. La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos<sup>213</sup>.

El CGP exige que todo documento se aporte al proceso en original o copia. Por regla, la parte tiene la carga de acompañar el original, salvo causa justificada. Cuando adjunte copia, deberá indicar dónde se encuentra el original. Al incorporar un documento al proceso se reconoce con ello su autenticidad. En consecuencia, no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos<sup>214</sup>.

<sup>210</sup> Arts. 275, 276 y 277, CGP.

<sup>211</sup> Arts. 275, 276 y 277, CGP.

<sup>212</sup> Arts. 236, 237, 238 y concs., CGP.

<sup>213</sup> Arts. 243, 246, 247, 257, 260 y concs., CGP.

<sup>214</sup> Arts. 244, 245, 248, 249 y concs., CGP.

La parte que pretenda utilizar documentos que se hallen en poder de la otra o de un tercero, deberá solicitar su exhibición en la oportunidad para pedir pruebas, precisando su clase y alegando los hechos que pretende demostrar. En caso de oposición, el tribunal apreciará los motivos. Si no los encontrara justificados y se hubiera acreditado que el documento estaba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. A los terceros se los multará en caso de renuencia a la exhibición. Las partes no están obligadas a exhibir documentos de su propiedad exclusiva cuando éstos gocen de reserva legal o la exhibición les cause perjuicio<sup>215</sup>.

## 6. PROCESOS COLECTIVOS O ACCIONES DE CLASE

No hay referencias expresas al proceso colectivo como tal en el CGP. Sin embargo, a lo largo del articulado hay manifestaciones de sus elementos centrales. Éstas sirven como evidencia de su reconocimiento, pero bajo ningún punto de vista constituyen reglamentación razonable y adecuada del derecho constitucional al debido proceso colectivo.

El artículo 2 refiere que “toda persona o *grupos de personas* tiene derecho a la tutela judicial efectiva” (acceso colectivo a la justicia), reconociendo la posibilidad de ser parte en el proceso y de comparecer conforme las disposiciones que la ley regule (arts. 53 y 54). En consonancia, al regular la competencia de los jueces civiles de primera instancia, establece que conocerán de las “acciones populares y de grupo no atribuidas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo” (caso o causa colectiva)<sup>216</sup>. También reconoce legitimados extraordinarios para actuar colectivamente. Por ejemplo, dentro de las funciones del Ministerio Público, alude a la potestad de intervenir en toda clase de procesos en defensa del ordenamiento jurídico, las garantías y derechos colectivos o de interponer acciones populares (art. 46). Inclusive, al regular la cosa juzgada reconoce su dimensión colectiva, en tanto determina que en los procesos en que se emplace a personas indeterminadas, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento (art. 303).

Conforme lo expuesto, puede afirmarse que los jueces y juezas civiles entenderán en todos los casos o conflictos colectivos cuyo origen no se encuentre en la actividad de una entidad pública o persona privada que desempeñe funciones administrativas.

Por otro lado, es el artículo 88 de la Constitución Política el que instituye las denominadas acciones populares y las acciones de grupo o clase, estableciendo que la ley regulará las “acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares (...)”.

También se constatan otras disposiciones en la Constitución que reconocen los intereses o derechos colectivos, así como mecanismos de tutela específicos. Entre ellos: (i) el amparo colectivo (art. 86 parte final); (ii) la obligación de la ley de propugnar a la protección de

<sup>215</sup> Arts. 265, 266, 267 y 268, CGP.

<sup>216</sup> Art. 20.7, CGP. Ver art. 390, CGP.

derechos individuales, de grupo o colectivos frente a la acción u omisión de las autoridades públicas (art. 89) y (iii) el deber del Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, de defender los intereses colectivos y, en especial, el ambiente (art. 277) (Verbic, 2017).

Con fundamento en dicha manda, se sancionó en 1998 la Ley N° 472, mediante la cual se regula el ejercicio de las acciones populares y de grupo. La acción popular tiene finalidad preventiva y restitutiva, mientras que la acción de grupo o de clase procura el resarcimiento y requiere existencia de daño.

Las acciones populares son concebidas como los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos o para restituir las cosas a su estado anterior cuando fuera posible (art. 2).

El procedimiento de las acciones populares es regulado por los artículos que van del 9 al 45. Entre otros elementos del debido proceso colectivo constitucional, se prescriben la procedencia y caducidad de la acción, la legitimación, jurisdicción y competencia, presentación de la demanda, admisión, notificación y traslado.

La justicia competente para entender en las acciones populares que tengan por objeto cuestionar actos, acciones u omisiones de entidades públicas o privadas en ejercicio de función administrativa, es la contenciosa administrativa. En los demás casos, como mencionáramos, intervendrá la jurisdicción ordinaria civil (art. 15).

La sentencia que recaiga tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general (art. 35).

Por su parte, las acciones de grupo son aquellas pretensiones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad. La ley indica que estas acciones se ejercerán exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios y que el grupo afectado debe estar integrado por no menos de 20 personas (art. 3).

Los presupuestos y el procedimiento de esta clase de acciones se regulan en los artículos que van del 46 al 69. Entre otros, se prevé la procedencia; legitimación; jurisdicción y competencia; requisitos y admisión de la demanda; medidas cautelares; período probatorio; alegatos, sentencia y recursos.

En cuanto a la forma de atribución de la jurisdicción, la regla es igual que para la acción popular: si el conflicto que lesiona intereses protegidos proviene del ejercicio de la función administrativa, la competencia es contenciosa administrativa. En su defecto, será civil (art. 50).

La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada en relación con quienes fueron parte del proceso y de las personas que, perteneciendo al grupo interesado, no manifestaron oportuna y expresamente su decisión de excluirse del grupo, proceso y sus resultados (art. 66).

Entre los derechos e intereses colectivos que a título enunciativo recoge la ley, destacamos: el goce de un ambiente sano; la moralidad administrativa; la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (...); el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; la defensa del patrimonio en general y el público en particular (art. 4).

## 7. MECANISMOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Colombia no tiene mediación. El mecanismo autocompositivo reconocido es la conciliación. La misma es regulada mediante la Ley N° 640 (2001), el Decreto N° 1818 (1998) y el CGP. Asimismo, en contradicción con el sentido compositivo que inspira la reglamentación procesal, se incorpora la transacción como medio “anormal” de terminación del proceso<sup>217</sup>.

La conciliación puede ser judicial o extrajudicial. Esta última tiene carácter obligatorio previo al juicio. En ese sentido, el artículo 90.7 del CGP estatuye que el juez o la jueza podrán declarar inadmisibles las demandas sin ulterior recurso cuando no se acredite que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de admisibilidad. En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la autoridad judicial, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad (art. 590).

La conciliación judicial la realizan el juez o la jueza en la audiencia inicial. En tanto director y gestor del conflicto-proceso, la autoridad judicial tiene la obligación de exhortar diligentemente a las partes a conciliar sus diferencias, proponiendo fórmulas de arreglo y dejando en claro que ello no significa prejuzgamiento<sup>218</sup>.

Por su parte, la Ley N° 640 reglamenta la conciliación extrajudicial en derecho (capítulo IV) y la extrajudicial en materia civil (capítulo VI).

En correlato con lo establecido en el CGP, esta norma dispone que, en los asuntos susceptibles de composición, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción civil, contenciosa administrativa y de familia<sup>219</sup>, de conformidad con lo previsto en la ley para cada una de estas ramas<sup>220</sup>. Los procesos de expropiación o divisorios están, por ejemplo, exceptuados de dicha exigencia (arts. 35 y 38).

La conclusión de la etapa prejudicial se acredita con la suscripción del acta en la que las partes y el conciliador dejen constancia de la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio (art. 20). De conformidad con lo dispuesto por el art. 90 del CGP, la ausencia del mencionado requisito dará lugar al rechazo de plano de la demanda<sup>221</sup>.

<sup>217</sup> Arts. 312 y 313, CGP.

<sup>218</sup> Art. 372 inc. 6, CGP.

<sup>219</sup> En asuntos de familia no es obligatoria la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad cuando esté de por medio una situación de violencia intrafamiliar, de conformidad con lo decidido por la Corte Constitucional en sentencia C-1195 de 2001.

<sup>220</sup> No obstante, lo dispuesto por la Ley N° 640, en materia laboral no constituye requisito de procedibilidad la conciliación extrajudicial de conformidad con lo resuelto por la Corte Constitucional en sentencia C-204 de 2003, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

<sup>221</sup> Con la regla del art. 90 del CGP, se considera derogado el artículo 36 de la Ley N° 640.



El acuerdo concertado y suscripto por las partes ante la instancia de conciliación, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo (art. 20). Es decir que tiene efectos equivalentes a una sentencia judicial. De allí que las actas de conciliación no necesiten ser aprobadas u homologadas por autoridad alguna.

La excepción se da en materia contenciosa administrativa. En este caso, las actas deben remitirse antes de cumplirse los tres días siguientes a la celebración del acuerdo y estarán dirigidas a la autoridad judicial o la corporación que fuera competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efectos de que se imparta su aprobación o desaprobación.

En lo que dice relación con la confidencialidad de la información, sólo hace mención a ella el artículo 16 del Decreto N° 1818, que prescribe que “la conciliación tendrá carácter confidencial. Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva y las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso subsiguiente cuando éste tenga lugar”.

Para ser conciliador en derecho debe acreditarse la condición de abogado/a titulado/a y en ejercicio, excepto cuando se trate de conciliadores pertenecientes a centros de conciliación de consultorios jurídicos de facultades de derecho, personeros municipales y notarios que no sean abogados/as titulados/as (arts. 5 y 7).

Complementando lo anterior, se precisa que los conciliadores de centros de conciliación deberán haber cursado la capacitación en mecanismos alternativos de solución de conflictos avalada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, aprobar una evaluación administrada por dicho Ministerio e inscribirse ante un centro de conciliación (art. 7).

Por otro lado, el artículo 14 del Decreto N° 1818 establece las calidades del conciliador, indicando que éste deberá ser ciudadano en ejercicio, el que podrá conciliar en derecho o en equidad. Para el primer caso, el conciliador deberá ser abogado titulado, salvo cuando se trate de Centros de Conciliación de facultades de derecho.

Las obligaciones del conciliador impuestas por ley son múltiples. Entre ellas destacamos, el deber de ilustrar a los comparecientes del objeto, alcance y límites de la conciliación; motivar a las partes para que presenten fórmula de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia y velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles ni los mínimos e intransigibles(art. 8).

## **8. VÍAS DE IMPUGNACIÓN**

Los medios de impugnación regulados por el CGP son: reposición, apelación, súplica, casación, queja y revisión (arts. 318 y ss.)<sup>222</sup>.

<sup>222</sup> En el estatuto arbitral (ley 1563 de 2012) se consagra el recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, el cual es de conocimiento de la sala civil de los tribunales superiores de distrito judicial, siempre que no esté atribuido a la jurisdicción contenciosa administrativa (artículo 31, núm. 5 del CGP).

## Apelación

El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, a fin de convalidar o revocar la decisión. Mientras exista agravio, pueden cuestionarse a través de este recurso tanto las cuestiones fácticas, como las probatorias o jurídicas. Es decir que se trata de un recurso ordinario amplio (art. 320).

Son apelables todas las sentencias definitivas de primera instancia que no sean dictadas en equidad y las resoluciones expresamente mencionadas por ley. Entre ellas cabe destacar las que denieguen el decreto o la práctica de pruebas<sup>223</sup>, rechacen la demanda o resuelvan sobre medidas cautelares<sup>224</sup>.

La apelación debe interponerse verbalmente si la resolución recurrida ha sido dictada en audiencia y por escrito -antes de los tres días siguientes a su notificación- si fue decretada fuera de audiencia. El CGP habilita a la parte que no apeló a adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuera desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse ante la autoridad judicial que lo profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término de ejecutoria del auto que admite apelación de la sentencia. La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal<sup>225</sup>.

En el caso de resoluciones interlocutorias, el CGP reconoce dos vías recursivas: reposición con apelación en subsidio y apelación directa. La apelación contra autos debe fundamentarse ante el juez o la jueza que dictaron la providencia. Cuando se apele una sentencia (sea en audiencia o fuera de ella), deberá precisar brevemente los reparos concretos que le genera la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior. Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada.

La apelación puede concederse con efecto suspensivo, devolutivo o diferido (art. 323).

Sustanciada la apelación, ésta se elevará. La Alzada analizará la admisibilidad del recurso. Omitidos los recaudos o insatisfecha su suficiencia técnica, lo declarará desierto o inadmisible<sup>226</sup>.

Cuando se apelen sentencias, el juez o la jueza, de oficio o a pedido de parte, pueden ordenar la producción de prueba. Ejecutoriado el auto que admite la apelación, el juez o la jueza convocarán a la audiencia de sustentación y fallo. Si decretan pruebas, éstas se practicarán en la misma audiencia. Luego, se oirán las alegaciones de las partes y se dictará sentencia. El apelante deberá sujetar su alegación al desarrollo de los argumentos expuestos ante el juez o jueza de primera instancia (art. 327).

<sup>223</sup> Si el superior revoca o reforma el auto que había negado el decreto o práctica de una prueba y el juez no ha proferido sentencia, éste dispondrá su práctica en la audiencia de instrucción y juzgamiento, si aún no se hubiera realizado, o fijará audiencia con ese propósito. Si la sentencia fue emitida antes de resolverse la apelación y aquella también fue objeto de este recurso, el superior practicará las pruebas en la audiencia de sustentación y fallo (art. 330, CGP).

<sup>224</sup> Art. 321.3, 1 y 8, CGP.

<sup>225</sup> Art. 322, CGP.

<sup>226</sup> Arts. 322, 326 y 327, CGP. El CGP regula en sus arts. 352 y 353 el recurso de queja.

La autoridad judicial de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que por ley deba adoptar de oficio. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiera adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. El juez o la jueza no podrán hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella (art. 328).

### **Casación**

El recurso de casación constituye un medio de impugnación extraordinario. Sus finalidades son defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios sufridos por las partes con ocasión de la providencia recurrida (arts. 333 y ss.).

Dicho recurso puede deducirse contra sentencias que hubieran sido dictadas por tribunales superiores en segunda instancia en todo tipo de procesos declarativos, en acciones de grupo cuya competencia sea de jurisdicción ordinaria y para liquidar una condena concreta (art. 334).

Las causales que habilitan el recurso de casación son:

- a. Violación directa de una norma jurídica sustancial.
- b. Violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de un error de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria o por un error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda, contestación o una determinada prueba.
- c. No estar la sentencia en concordancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, las excepciones propuestas por el demandado o que el juez o la jueza han debido reconocer de oficio.
- d. Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación del apelante único.
- e. Haberse dictado sentencia en un juicio viciado de algunas de las causales de nulidad consagradas en la ley, a menos que tales vicios hubieran sido saneados (art. 336).

El tribunal podrá sacar una sentencia de oficio aun cuando no se den algunas de estas causales, en los casos en que sea ostensible que ésta compromete gravemente el orden o el patrimonio público o atenta contra los derechos y garantías constitucionales.

El recurso debe interponerse en el plazo de cinco días. No podrá hacerlo quien no apeló la sentencia de primer grado, cuando la proferida por el tribunal hubiera sido exclusivamente confirmatoria de aquélla.

Al tratarse de una instancia extraordinaria y casatoria, el CGP establece un límite cuantitativo a la potestad recursiva cuando se trata de pretensiones esencialmente económicas. En este supuesto, el recurso sólo es admisible cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea superior a mil salarios mínimos, legales, mensuales y vigentes<sup>227</sup>. No obstante, cuando una parte cumple dichas condiciones y recurre, el CGP habilita a conceder este mismo recurso al otro litigante que lo haya interpuesto dentro de plazo y aunque el valor del interés de éste fuera insuficiente. En este caso, los recursos se considerarán autónomos (arts. 335, 338 y 339).

Una vez que el recurso ha sido admitido, se dará traslado por treinta días para que las partes presenten las demandas de casación, cuyos requisitos se encuentran regulados en el artículo 344. Admitidas, se sustanciará por quince días más para que los opositores formulen la réplica respectiva. La concesión del recurso no impedirá que la sentencia se cumpla, salvo cuando verse exclusivamente sobre el estado civil, se trate de sentencia meramente declarativa o cuando haya sido recurrida por ambas partes. Puede requerirse la suspensión de la ejecución provisional, ofreciendo caución suficiente<sup>228</sup>.

Podrá haber audiencia una vez que el proyecto de fallo esté elaborado, la que será dirigida por el presidente/a de la Sala. Antes de dictar sentencia de instancia, la Sala podrá decretar prueba de oficio si lo estima necesario.

<sup>227</sup> La determinación del interés económico se establecerá con los elementos de juicio obrantes en la causa. No obstante, el recurrente puede aportar dictamen pericial a tales fines (art. 339).

<sup>228</sup> Arts. 340, 341, 342, 343 y conccs., CGP.

## IV. Código Procesal Civil de Costa Rica

### 1. VIGENCIA Y PLAN DE IMPLEMENTACIÓN

El nuevo Código Procesal Civil de Costa Rica (CPC)<sup>229</sup>, fue aprobado por la Asamblea Legislativa el 1 de diciembre de 2015 y publicado en el Diario Oficial con fecha 8 de abril de 2016. Según lo establecido en sus “Disposiciones Transitorias”, el CPC comenzaría a regir a partir de los treinta meses desde su publicación. Finalmente, la fecha de entrada en vigencia se fijó para el **8 de octubre de 2018**.

En lo concerniente a su implementación, se precisó que todos los actos procesales se documentarán por medios tecnológicos y que las audiencias serán grabadas en audio y videos. De no ser ello posible, excepcionalmente se levantará un acta lacónica, la cual será firmada por las personas que integren el tribunal.

En el *Plan Estratégico del Poder Judicial 2013-2018* no se encontró mención a la implementación del nuevo CPC. Sin embargo, dicho plan contempla ejes transversales al quehacer del Poder Judicial en tanto estructura, organización y servicio, los cuales procuran dar respuesta a los compromisos internacionales asumidos y abordar la justicia en clave de política pública.

Estos ejes son: servicio público de calidad, acceso a la justicia, género, ética y valores, y medioambiente. Además, dentro de los temas y objetivos estratégicos que orientaron el trabajo institucional en el período 2013-2018 se encuentran el retraso judicial, la modernización (innovación) de la gestión judicial, la participación ciudadana, la gestión del recurso humano, la comunicación, la transparencia y rendición de cuentas y la planificación institucional.

En el sitio de la Comisión de la Jurisdicción Civil puede encontrarse información sobre la reforma a la justicia civil. Por ejemplo, que uno de sus pilares fundamentales es la tecnología, por cuanto: avanza en sistemas modernos para la tramitación de los procesos y propende a un acceso sencillo para la persona usuaria y a una comunicación expedita y registrada de la actividad procesal. Además, dentro de los Módulos de Capacitación de la Escuela Judicial, se encuentran cursos intensivos sobre el CPC para jueces, juezas, técnicos y técnicas judiciales.

Dicha Comisión cuenta con equipos de trabajo dedicados a la implementación jurídica, capacitación, tecnología de información, cobro judicial, comunicación, asistencia para la adecuada instalación física de despachos civiles, seguimiento con gestión humana y comunicación, presupuesto, aprobación y nuevas necesidades.

Tiene como misión incidir en la mejor calidad de la administración de justicia civil, mediante la puesta en marcha de actividades de capacitación, la propuesta, ejecución y seguimiento de las políticas administrativas y tecnológicas y la revisión, modificación y elaboración del marco normativo legal y reglamentario que afecta a la jurisdicción civil.

---

<sup>229</sup> Expediente legislativo N° 15.979.

Además, en el Plan de Reestructuración de la Jurisdicción Civil, se establece que el nuevo CPC prevé una reestructuración a nivel organizacional del Poder Judicial, ya que instituye nuevas instancias para el conocimiento de la materia civil y su competencia.

## 2. OBJETIVOS DEL PROCESO Y PRINCIPIOS RECTORES

En lo que dice relación con los objetivos del proceso, el CPC de Costa Rica no los identifica de forma expresa. Sin embargo, de la lectura de otros artículos podemos identificar algunos. Por ejemplo, que la finalidad de la aplicación del régimen procesal es lograr la efectividad del derecho sustantivo.

En cuanto a los principios procesales, el CPC regula los siguientes:

1. *Igualdad procesal*: el tribunal debe mantener la igualdad de las partes y respetar el debido proceso, procurando informar adecuadamente a las partes con la finalidad de no causarles su indefensión.
2. *Instrumentalidad*: este principio concibe las normas procesales como un medio para conseguir la aplicación de las normas de fondo.
3. *Buena fe procesal*: las personas intervinientes deberán ajustar su conducta a la buena fe, respeto, lealtad y probidad. En este mismo sentido, se indica que el tribunal, sea de oficio o a petición de parte, tiene el deber explícito de aplicar todas las medidas necesarias para prevenir y sancionar las conductas contrarias a dichos principios o a los del proceso.
4. *Dispositivo*: la iniciación del proceso corresponde exclusivamente a las personas que estén interesadas. A su vez, éstas podrán disponer de sus derechos procesales siempre y cuando éstos no sean indisponibles.
5. *Impulso procesal*: si bien las partes deben impulsar el proceso, oficiosamente los tribunales también deberán adoptar “todas las disposiciones necesarias para su avance y finalización”.
6. *Oralidad*: el proceso debe ser oral, pues es el medio fundamental de comunicación. Sólo serán escritos (en soporte físico o tecnológico) aquellos actos expresamente autorizados por la ley. Por ejemplo, una recusación que se quiera presentar antes de señalada audiencia (art. 14.4). En caso de duda, el tribunal debe optar por la oralidad.
7. *Inmediación*: el CPC exige que las audiencias sean celebradas por el tribunal que conoce del proceso y las sentencias dictadas por el juez/a ante el/la cual se practicaron las pruebas.
8. *Concentración*: la actividad procesal debe desarrollarse en la menor cantidad de actos y tiempo posible. Asimismo, las audiencias deberán celebrarse en el menor número posible de sesiones.
9. *Preclusión*: en virtud de este principio los actos y etapas procesales se deben cumplir en el orden que la propia ley establece. Cumplidos o vencidas las respectivas etapas, no podrán reabrirse o repetirse.

10. *Publicidad*: el CPC indica que el proceso será de conocimiento público. Podrá reservarse en virtud de la ley, de oficio o a solicitud de parte, cuando circunstancias especiales lo ameriten por poder perjudicar los intereses de la justicia, los privados de las partes o los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

Resulta extraña y objetable la ausencia de principios como la constitucionalización o convencionalidad del derecho y proceso. Especialmente, por la pertenencia de Costa Rica al sistema interamericano y universal de protección de derechos humanos.

### **3. ROL ACTIVO DEL JUEZ O JUEZA: DIRECCIÓN DEL PROCESO Y AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD COMO “POTESTADES” DEL TRIBUNAL**

Entre los principios establecidos por el CPC en su artículo 2, podemos encontrar ciertos deberes que sirven para formarse una idea del rol activo que como director del proceso tiene el juez o la jueza en el CPC.

Por ejemplo, en el artículo 2.1 se le atribuye al tribunal el deber de mantener la igualdad de las partes respetando el debido proceso e informando por igual las actividades procesales. Esto se reitera en el artículo 5.5, cuando se enuncian las potestades del tribunal.

Con respecto a la buena fe procesal, la autoridad judicial –de oficio o a petición de parte– debe tomar todas las medidas necesarias que provengan de la ley o de sus poderes de dirección, para prevenir y/o sancionar cualquier acción u omisión contraria al orden del proceso (impidiendo el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria) o a su avance y finalización.

Por otro lado, el artículo 5 del CPC establece expresamente las potestades del tribunal, entre las cuales se reconoce:

- a. Dirigir el proceso y velar por su pronta solución.
- b. Desechar cualquier solicitud notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta.
- c. Sancionar a las partes y a sus abogado/as cuando realicen cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, la buena fe, la lealtad, la probidad o bien realicen cualquier forma de abuso y fraude. También se aplicará el régimen disciplinario cuando se compruebe que han realizado gestiones o actitudes dilatorias o temerarias.
- d. Dictar resoluciones dentro del plazo legal.
- e. Procurar la búsqueda de la verdad dentro de los límites de la ley.

Para interpretar el mencionado inciso v –por el conocido y vasto debate que existe a su alrededor– consideramos importante tener presente dos elementos. Primero, que la búsqueda de la verdad no es un principio procesal para este CPC, sino que es una potestad del juez/a. Segundo, que la potestad es de medios (procurar) y no de resultados, debiendo ejercerse a criterio del tribunal y con los límites que impone la ley. De allí que, cada vez que el tribunal

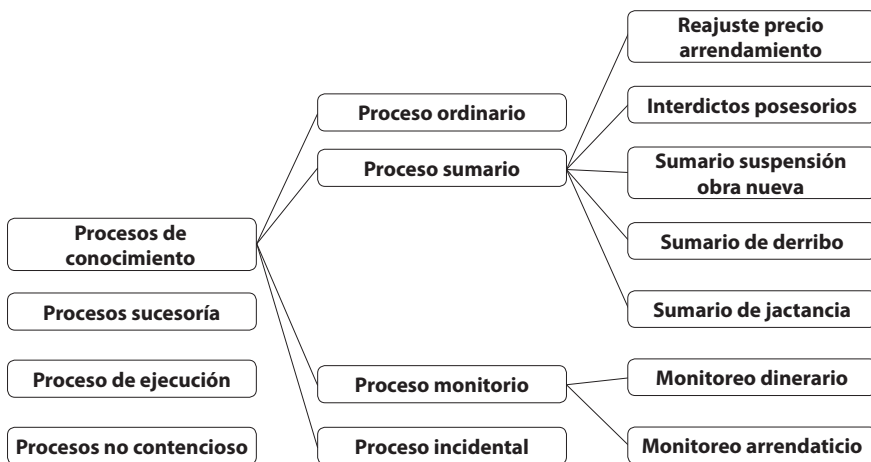
decida ejercerla, deberá hacerlo teniendo presente los principios que inspiran el sistema. Especialmente, la congruencia, igualdad, contradicción, defensa e inmediación.

Por último, en lo que dice relación con el rol general que debe tener el juez o jueza en las audiencias, el artículo 50.4 indica que la *dirección le corresponde al tribunal*. Como parte de ella, podrá hacer las advertencias legales que correspondan, esto es evitar la formulación de preguntas impertinentes, la lectura innecesaria de textos y documentos; moderar el debate evitando divagaciones impertinentes; retirar el uso de la palabra u ordenar el abandono del recinto a quien no siga sus instrucciones, manteniendo el orden y velando por la mantención del respeto.

Consideramos que este deber de dirección de las audiencias también implica un deber ético de suma importancia para el acceso a la justicia, la igualdad procesal y una verdadera publicidad: explicar a las partes y a las personas presentes –con un lenguaje claro, sencillo y llano–, cuáles son los objetivos, estructura, actividades y trascendencia de cada audiencia.

#### 4. PROCEDIMIENTOS REGULADOS Y SUS RESPECTIVAS AUDIENCIAS

El CPC de Costa Rica agrupa sus procesos en cuatro grandes categorías, los que a su vez se descomponen en otros procedimientos. En la siguiente figura se ilustra su estructura procedimental:



A continuación, revisaremos brevemente las características de los principales procesos de conocimiento (ordinario y sumario), haciendo énfasis en la forma en que se encuentran reguladas sus audiencias. Conocer las características de estos procesos y audiencias nos permitirá tener una idea general de las estructuras procesales del CPC.

##### Proceso ordinario

El proceso ordinario es de carácter supletorio, aplicándose a todas aquellas pretensiones que no tengan un procedimiento expresamente señalado para su tramitación (art. 101).



La estructura general de este proceso consta de una etapa escrita y otra oral. Durante la primera se sustancian los actos de alegación y proposición. Interpuesta y notificada la demanda, la demandada tiene un plazo de treinta días para presentar su contestación.

Terminado el plazo, contestada la demanda o deducida reconvencción (si es que fuera el caso), el proceso se desarrolla mediante dos audiencias concentradas: preliminar y complementaria. Más allá de la mentada estructura general, el artículo 102.2 faculta al tribunal para llevar a cabo el proceso en una única audiencia o sin ella. Esto dependerá de la naturaleza o circunstancias del proceso, al no existir prueba que practicar o por cualquier otra razón que valore el tribunal.

La audiencia preliminar debe llevarse a cabo a la mayor brevedad posible. Será dirigida por uno de los jueces del tribunal (art. 102.3). Sus objetivos sustanciales son:

- a. Informar acerca del objeto del proceso y la estructura de la audiencia.
- b. Promover la conciliación.
- c. Sanear el proceso. Si bien el artículo no lo dice explícitamente, clasificamos dentro de este objetivo las actividades de los numerales 3, 4, 5 y 6. Entre otras, estos se refieren a la ratificación y aclaración de las proposiciones de las partes, la práctica de prueba y resolución de asuntos referidos a la actividad procesal defectuosa.
- d. Definir la cuantía del proceso y fijar el objeto del debate.
- e. Analizar y declarar qué pruebas resultan admisibles para ser practicadas en la audiencia complementaria, además de adoptar las disposiciones prácticas para su concreción. Será también la instancia para fijar día de la audiencia complementaria.
- f. En el caso de que existan, resolver sobre medidas cautelares que se encuentren pendientes.

Si bien no se contempla en este artículo –y teniendo en cuenta que el CPC no lo regula expresamente–, pensamos que se debe agregar a los objetivos de esta audiencia informar a las partes sobre la futura aplicación de la carga dinámica de la prueba.

Éste constituye el momento idóneo, pues el tribunal ya ha contado con los actos de alegación y proposición como antecedentes que le permitan formarse la convicción sobre si en este caso aplicarán los principios de disponibilidad y facilidad probatoria a que hace referencia el artículo 41.1, así como poder calificar la naturaleza de lo debatido. Al mismo tiempo, parece un momento suficientemente adecuado como para no sorprender a las partes y resguardar así la seguridad jurídica.

Por último, vale la pena tener presente que, si se quisiera sustituir a un testigo ofrecido en la demanda, el momento para realizarlo será esta audiencia.

Desde el punto de vista de la litigación, la audiencia complementaria -denominada en otros lugares, de juicio o prueba- es el momento central de todo proceso judicial. En su desarrollo

las partes expondrán ante el juez o jueza su versión de los hechos e intentarán demostrar su teoría del caso, generando la información que permitirá a la autoridad judicial tomar una decisión (art. 102.5).

Esta audiencia deberá realizarse antes de cumplirse los veinte días siguientes a la celebración de la audiencia preliminar que se organiza del siguiente modo: (i) producción probatoria (cuando se requiera sustituir un testigo admitido, podrá solicitarse y resolverse en esta oportunidad); (ii) presentación de conclusiones o alegatos finales de las partes y (iii) deliberación y dictado de la sentencia.

### **Proceso sumario**

El proceso sumario procede para ciertas materias que se encuentran principal y mayoritariamente relacionadas con bienes, las cuales se detallan en los catorce incisos que consagra el artículo 103. Los procesos sumarios especiales –que consagran ciertas reglas particulares de tramitación–, se regulan en los artículos que van del 104 al 109.

La estructura general del proceso sumario consta de un primer período escrito similar al proceso ordinario, con la diferencia de que el demandado tendrá un plazo de 5 días para contestar la demanda.

El procedimiento se organiza en torno a una única audiencia, la que deberá realizarse a la mayor brevedad posible. Con dicho objetivo, algunas de las actividades que se realizarían en una audiencia preliminar tendrán que concretarse de forma previa. Consecuentemente, el tribunal tendrá que determinar con anterioridad a ella las pruebas que se practicarán, así como las actividades que sean pertinentes para ello. Las partes deberán comparecer con todas las fuentes de prueba ofrecidas.

En esta audiencia única se llevan a cabo los mismos cometidos que para la audiencia preliminar y complementaria del proceso ordinario. Es decir: (i) intento de conciliación; (ii) saneamiento del proceso; (iii) definición cuantía del proceso y objeto del proceso; (iv) admisión y práctica de las pruebas; (v) resolución de medidas cautelas si es que procede y (vi) conclusiones de las partes y dictado de la sentencia (art. 103).

## **5. ASPECTOS PROBATORIOS Y DE LITIGACIÓN**

### **Carga dinámica de la prueba difusa**

El CPC define la carga de la prueba estableciendo en primer lugar la regla tradicional: a quien formule una pretensión le corresponde probar los hechos constitutivos de su derecho, y a quien se opone, los hechos impositivos, modificativos o extintivos (art. 41.1).

No obstante, al igual que lo hace el nuevo CPC de Nicaragua, luego de dicha pauta general se precisa que para la aplicación de las reglas anteriores *“se deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido.”*

Será la autoridad judicial quien deberá valorar en el caso en concreto dichas circunstancias, a fin de determinar el deber de colaborar (con las presunciones que ello genera) o,

directamente, atribuir la carga de probar a una de las partes en función de la disponibilidad o facilidad probatoria respecto de cierta fuente o medio de prueba (inversión de la carga).

Sostenemos ello, pues los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria son los mismos que justifican y dan origen a la llamada *carga dinámica de la prueba* y, además, porque una interpretación distinta dejaría sin sentido la última frase de la norma (prefiriéndose así la interpretación que permite que la ley surta sus efectos).

En esa inteligencia, la naturaleza de lo debatido debería valorarse como un mandato y, al mismo tiempo, como un límite para el juez o la jueza. Es la autoridad judicial quien deberá tenerla presente para poder determinar si en uno u otro caso, las reglas del *onus probandi* deben modularse.

No obstante lo expuesto, el CPC arroja algunas dudas cuyas respuestas deberán ser contestadas en la práctica y definidas por la propia jurisprudencia: ¿en qué momento el juez o la jueza deben formarse dicha convicción y anunciarla a las partes?; ¿en base a qué tipo de información se toma la decisión?; ¿es esta información de calidad?; ¿la decisión es susceptible de recurso?

En cuanto a la primera pregunta, creemos que por los objetivos que tiene la audiencia preliminar, por el momento procesal en que se desarrolla y el nivel de información con que contarán los jueces/zas en razón de lo aportado en los escritos postulatorios, ella sería el momento idóneo (o límite) para informar de la aplicación de la carga dinámica. También será una oportunidad ideal para escuchar a las partes y promover el contradictorio en torno a la posible administración de esta regla. Asimismo, la eventual inversión del *onus probandi* puede constituir un incentivo apropiado para que las partes aporten en sus escritos información de buena calidad.

En cuando a la posibilidad de impugnar esta decisión, en base a lo dispuesto en los artículos 58.1, 66.1 y 67.3, concluimos que esta resolución califica como un auto y, por tanto, podría ser susceptible de revocatoria y no de apelación.

Por último, es relevante señalar que las mencionadas reglas sobre carga de la prueba se aplican, siempre y cuando no exista otra disposición legal que la distribuya con otros criterios especiales.

### **Anuncio de la prueba**

En los escritos postulatorios deberán ofrecerse detallada y ordenadamente todos los medios de prueba. Si se propone prueba testimonial, se indicarán-sin interrogatorio formal- los hechos sobre los cuales declarará el testigo. En la pericial, se precisarán los temas concretos de la pericia y la especialidad del experto. Cuando la prueba conste en un registro público de medios informáticos, se señalará la forma de identificarla en el registro. La documental deberá adjuntarse con la demanda (arts. 35, 37 y concs.).

### **Admisibilidad y exclusión probatoria**

Los medios de prueba regulados son la declaración de parte y de testigos, dictamen de peritos, documentos e informes, reconocimiento judicial, medios científicos y tecnológicos

y cualquier otro no prohibido. Esto implica que la enumeración no sólo no es taxativa sino que existe la posibilidad de utilizar cualquier medio, siempre y cuando no esté expresamente prohibido.

Teniendo en cuenta dicha máxima, el CPC precisa que se admitirán todas las pruebas que tengan relación directa con los hechos y las pretensiones, cuando éstos sean controvertidos. Luego indica expresamente cuál deberá ser excluida, indicando que no se admitirá la prueba cuando se refiera a hechos admitidos o que deban tenerse como tales, así como la impertinente, excesiva, inconducente o ilegal (art. 41.2 y 3).

En consecuencia, sólo los hechos que sean controvertidos (entendiéndose por ello que no hayan sido admitidos expresamente o que no sean notorios, evidentes o se encuentren amparados en una presunción que no admita prueba en contrario) podrán ser probados a través de los medios que sean pertinentes, legales, conducentes y no excesivos (o necesarios).

Esta máxima se encuentra íntimamente relacionada con lo que en algunos razonamientos jurídicos se conoce como "*pertinencia lógica material*", concepto que en este caso se encuentra regulado normativamente cuando se indica que se admitirán pruebas que tengan relación directa con la pretensión. Lo central para este criterio es la *pertinencia del hecho* que se pretende probar. Según Marín, para determinar si un medio probatorio es pertinente lógica y materialmente, nos preguntamos "si el **hecho** para el que se ofrece la prueba es pertinente. Es decir, si de ser creído el hecho, éste tiende a satisfacer alguno de los elementos de la teoría legal invocada" (Marín, 2018, pág. 182).

En definitiva, el primer criterio de admisibilidad se focaliza en los hechos a probar y su condición controversial. De la prueba que se haya admitido en base a dicho principio general, sólo podrá practicarse en juicio aquella que, además, cumpla con los siguientes criterios:

1. *Pertinencia*: para la RAE, en Derecho, pertinente es un adjetivo que califica a un sustantivo como "*concerniente al pleito*". Esto quiere decir que se encuentra relacionado con el juicio, conflicto o debate. Este requisito de pertinencia fluye del inicio del artículo 41, cuando indica que "serán admisibles sólo las pruebas que tengan relación directa con los hechos". Luego, se reitera de modo invertido al indicar que se rechazará la prueba impertinente. Para Marín, aquí nos encontramos con una segunda dimensión de la pertinencia, a la que denomina *pertinencia lógica*. Se habla de pertinencia lógica cuando "un medio de prueba tiende a hacer más o menos probable la existencia del hecho que se alega" (Marín, 2018).

2. *No excesiva (o necesaria)*: el criterio de necesidad o de exclusión de prueba sobreabundante deriva a *contrario sensu* del artículo 41.3, cuando éste indica que la prueba "excesiva" será rechazada. El sentido de esta regla se encuentra en la necesidad de establecer un uso racional y una economía de los recursos, en este caso, del tiempo procesal, por lo que sólo la prueba indispensable para probar un hecho será admitida.

La necesidad de la prueba deberá ser evaluada caso a caso, ya que será necesario tener presente que el criterio de exceso numérico a veces funcionará y otras veces será totalmente irrelevante. Si se ofrece, por ejemplo, gran cantidad de prueba pero para probar distintos hechos, ésta no resultaría sobreabundante. Si, por el contrario, se ofrece mucha prueba para probar un mismo hecho, pero cada medio probatorio aporta un elemento diferente para ha-

cer más probable su ocurrencia, tampoco estaríamos en un escenario de sobreabundancia. También habrá que tener presente que en algunos casos se debe recurrir a la prueba indiciaria y que entonces se podrá estar presentando prueba para probar un hecho accesorio, la que tampoco catalogaría como excesiva (Marín, 2018).

Por último, destacamos que este criterio de no exceso o necesidad, es reiterado a propósito de la admisibilidad de la prueba testimonial, al indicar que el tribunal puede ampliar o reducir el número de testigos según la trascendencia y *necesidad* de dicha prueba.

3. *Conducencia*: la conducencia probatoria se ha entendido de múltiples maneras. Desde su aptitud y aportes *útiles* a los hechos, así como también desde su *pertinencia* legal o, a veces, como expresión de dos o más criterios. En este caso, teniendo presente las disposiciones de este código y los manuales de litigación y de dirección de audiencias que fueron realizados por CEJA y aprobados por la comisión de reforma de Costa Rica, entenderemos que un medio probatorio es conducente si éste es considerado apto o idóneo legalmente para probar el hecho en cuestión. Por ejemplo, no será conducente probar la existencia de un título ejecutivo para un monitorio dinerario a través de testigos, pues el medio idóneo para ello será un documento. Lo propio ocurre si se pretende probar la posesión inscrita de una finca mediante prueba testimonial.

4. *Legalidad*: como definición *a priori exigua* resulta posible decir que *se considerarán admisibles todos aquellos medios de prueba que no se encuentren expresamente prohibidos por la ley* (no necesariamente por todo tipo de norma del ordenamiento jurídico costarricense).

Como es posible advertir, hemos utilizado una interpretación mínima y textual de dicho criterio cuya amplitud requerirá la observancia y el debate a través de la doctrina y a la jurisprudencia. Si bien el artículo 41.2 y 41.3 dejan en claro que se admitirá una prueba sólo cuando ésta no sea ilegal, no resulta del todo claro si en este concepto el CPC se refiere sólo a ilegalidad propiamente tal (el haber sido la prueba obtenida con vulneración a una norma que no tiene rango constitucional, es decir, en violación a una norma de rango legal que reviste, por lo general, carácter de norma procesal), o también la entiende como ilicitud en el sentido de que la prueba no se haya obtenido con vulneración de otras normas que no sean de carácter legal y, sobre todo, con vulneración de derechos fundamentales<sup>230</sup>.

Cabe ejemplificar el concepto de prueba ilícita para la doctrina: *“La prueba ilícita es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental”* (Picó Junoy, 2005).

### **Rol del juez o jueza en la producción de la prueba: facultades de oficio amplias e independientes de las pruebas ofrecidas por las partes**

Según lo establece el artículo 41.3, el tribunal *podrá* proponer a las partes la incorporación de pruebas no ofrecidas por ellas e, incluso, ordenarlas de oficio.

<sup>230</sup> La duda cabe porque, por ejemplo, en Bolivia, el artículo 142 expresamente indica que se rechazará la prueba que sea prohibida por “norma de derecho”, expresión en la cual cabe todo tipo de normas y no solo las de rango legal. Además, la Guía de Implementación que elaboró dicho Ministerio de Justicia precisa que no son admisibles las pruebas ilícitas ni las ilegales.

En la audiencia de juicio, el tribunal podrá de oficio o a petición de parte solicitar informes o dictámenes a distintas instituciones (universidades o institutos) por sus conocimientos técnicos y experiencia en alguna materia en particular (art. 44.5).

En segunda instancia, aunque la prueba es excepcional y restrictiva, el tribunal podrá decretarla de oficio cuando sea indispensable.

### Reglas de producción de la prueba

Los medios de prueba que regula el código en su artículo 41.2 son:

*Tabla 28: Regulación de los medios probatorios CPC de Costa Rica*

Medio probatorio	Definición legal	Regulación	Requisitos propios de admisibilidad
Declaración de parte	No tiene	Art. 42	Rigen normas generales
Declaración de testigos	Cualquier persona física que tenga conocimiento sobre los hechos controvertidos, sea mayor de doce años y posea capacidad	Art. 43	Para ampliar o reducir el número de testigos se tendrá en cuenta la trascendencia y necesidad
Dictamen de peritos	No tiene	Art. 44	Necesidad de conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, ajenos al derecho, para apreciar hechos o circunstancias relevantes o adquirir certeza de ellos
Documentos e informes	No tiene. Se indica que documentos públicos y privados admitidos, tácita o expresamente, se presumen auténticos y válidos	Art. 45	Rigen normas generales
Reconocimiento judicial	Examen de algún lugar, objeto o persona, por el mismo tribunal de la causa	Art. 46	Necesidad o conveniente
Medios científicos y tecnológicos	Reproducciones de cualquier naturaleza. Calcos, relieves, filmes o fotografía, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos y, en general, cualquier prueba científica	Art. 48	Rigen normas generales. Para su producción rigen normas de la prueba pericial

Fuente: elaboración propia

Recordamos que estos medios probatorios no son taxativos, pues el numeral 7 del artículo en cuestión introduce un principio de libertad probatoria.

### *Algunas reglas generales*

El artículo 41.4 se refiere a la práctica de la prueba, estableciendo una serie de normas generales para dicho momento procesal. Se regulan aproximadamente diez aspectos, como el deber de cooperación de las partes, el de veracidad y juramento o el principio de concentración e inevaluabilidad<sup>231</sup>.

A continuación, desarrollaremos dos aspectos que nos parece fundamental analizar:

1. *Orden en la práctica de las pruebas*: el numeral 4 del artículo 41.4 indica que las pruebas deberán seguir un cierto orden que comienza con el reconocimiento judicial, luego la declaración de partes, peritos e interrogatorio de testigos. No obstante ello, se precisa que a solicitud de parte o de oficio, y por causa justificada, se podrá alterar dicho orden.

En lo que dice relación a este punto, y desde la perspectiva de la litigación efectiva y estratégica, es recomendable que el tribunal tome la decisión de autorizar a las partes a que practiquen la prueba según les parezca más acorde con su teoría del caso. Creemos y recomendamos que ésta sea la regla, pues se trataría de una práctica coherente con la metodología integral de un proceso mixto por audiencias.

2. *Forma del interrogatorio*: el numeral 5 establece ciertas pautas en cuanto al interrogatorio de testigos y peritos. Indica que deberá ser oral y directo y que se *formularán las preguntas sin intermediación del tribunal*. Esto último es destacable, puesto que se aparta de la tendencia en la que el rol del juez o jueza es predominantemente activo o inquisitivo, llegando al extremo de controlar toda la producción de la prueba y con ello no permitir una efectiva vigencia del principio de contradicción, cuestión que impacta directamente en la calidad de la información.

Por lo demás, esta norma es coherente con la metodología de un sistema por audiencias, en el cual las partes litigan en función de su teoría del caso, procurando depurar y examinar la versión de los hechos y la prueba de la contraparte.

Sumado a la anterior, el CPC precisa ciertas reglas sobre la forma del interrogatorio, respecto de las cuales realizaremos una breve observación. Según esta regulación las preguntas deben ser claras y precisas, no pueden referirse a más de un hecho, ni incluir valoraciones o calificaciones, excepto a peritos y testigos técnicos.

El tribunal no podrá aceptar las preguntas que no tengan relación con los hechos controvertidos, o que tengan el carácter de sugestivas, insinadoras, ofensivas, vejatorias o capciosas. Por último, indica que las controversias sobre el contenido de una pregunta se discutirán en el mismo acto sin necesidad de suspender, salvo en casos muy calificados. En relación a la persona que declara se indica que no podrá leer notas ni apuntes, excepto cuando se autorice por el tribunal por tratarse de preguntas relacionadas con cifras, fechas o datos de difícil precisión.

<sup>231</sup> La prueba no practicada por culpa de la parte proponente se tendrá por inevaluable, sin necesidad de resolución expresa (art. 41.4.10, CPC).

Respecto a esta norma podemos decir, en primer lugar, que la primera regula lo que son las conocidas “objeciones a las preguntas”. Asumimos en este punto una perspectiva similar a la que se explica en el referido Manual de Litigación (Marín, 2018), que clasifica estas objeciones en dos grupos: las que pretenden proteger la *calidad de la información* y las que pretenden resguardar *el uso racional de recursos del sistema judicial*.

En el primer grupo encontraremos las preguntas confusas, ofensivas y vejatorias, y las sugestivas cuando estamos en el interrogatorio o examen directo. Como bien indica Marín, la prohibición general de preguntas confusas se desprende a *contrario sensu* de la exigencia que establece que las preguntas deben ser “claras y precisas”. Como preguntas confusas calificarán las preguntas compuestas (que se refieran a más de un hecho) y las preguntas capciosas (que inducen a error al declarante). Entre estas últimas se pueden distinguir aquellas preguntas que tergiversan la prueba y las repetitivas.

Con el objetivo de proteger la calidad de la información también se encuentran prohibidas las preguntas ofensivas y vejatorias (pueden ejercer coacción ilegítima en el declarante e inducirlo a declarar en determinado sentido), y las preguntas sugestivas en el examen directo. Este último es el punto que más nos interesa destacar: las preguntas sugestivas se encuentran prohibidas sólo en el interrogatorio, no en el contrainterrogatorio o contraexamen. En caso contrario, el ejercicio de contraexamen no cumpliría con su objetivo y sería totalmente inconsistente con el sistema que se ha querido implementar.

Por último, con el objetivo de proteger recursos, se prohíben las preguntas impertinentes. Esto es, que no guarden relación directa con los hechos controvertidos o el objeto de pretensión dilatoria, o que se refieran a hechos evidentes, notorios o admitidos, todos los cuales no requieren prueba en general. También estarán prohibidas por este motivo las preguntas que tiendan a introducir opiniones de los o las declarantes, o las preguntas argumentativas que no tienen otro propósito que incluir valoraciones o conclusiones subjetivas por parte del abogado o abogada.

### *Declaración de parte*

La pregunta fundamental que debe guiar la lectura de este medio de prueba es si debe entenderse como una declaración de parte propiamente tal (es decir que el testimonio de la parte es valorado como prueba independiente de si su declaración le favorece o le perjudica), o como la tradicional confesión o absolución de posiciones que contenían los códigos del siglo pasado (en el cual se consideran como prueba sólo aquellos hechos que perjudiquen a la parte declarante).

El CPC de Costa Rica parece establecer claramente la “confesión” como medio probatorio propio de un sistema escrito y de prueba legal. Esta conclusión fluye principalmente de lo establecido en el artículo 42.2, al indicar que la “admisión de los hechos propios, de forma expresa o tácita, permite *presumirlos como ciertos y constituye prueba contra la parte declarante*”.

A esto se suma lo indicado en el inciso final de ese artículo, el que indica que si la parte no comparece sin justa causa, o si no llega a la hora señalada, rehúsa declarar, responde de forma evasiva o no lleva los documentos de apoyo cuando sean necesarios, “*se producirán los efectos de la admisión tácita del interrogatorio*”. Como se aprecia, es la propia ley la que está definiendo el valor probatorio de este medio de prueba.



No obstante que el CPC regule la confesión, es importante señalar que no hay nada en él que prohíba la declaración voluntaria de parte como se conoce en los sistemas acusatorios y por audiencias y, con ello, que su testimonio, aunque sea a favor, sea valorado como prueba en base a la sana crítica que consagra el artículo 41.5.

En este caso, aplicarían las reglas de la prueba testimonial que permiten que pueda declarar “cualquier persona”, sólo regulando límites en cuanto a la edad y a la capacidad. Así, de conformidad con lo estatuido en el artículo 41.2 y siguientes, las partes podrían proponerse como testigos de los hechos y la autoridad judicial tendrá la obligación de aceptarlo y valorarlo conforme a derecho. Es decir, en su totalidad y conteste a los criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano.

### ***Prueba testimonial***

Como hemos adelantado, según el CPC puede ser testigo cualquier persona física que tenga conocimiento sobre los hechos controvertidos, sea mayor de doce años y posea capacidad. Este punto ratifica que las partes pueden declarar voluntariamente como testigos<sup>232</sup>. Además, supera el sesgo del sistema antiguo de las tachas, el cual se justifica por existir un sistema de valoración de la prueba más libre.

*Facultades del tribunal en el interrogatorio:* por regla general, en caso de interrogatorio a personas menores de edad, el tribunal hará las preguntas. En el interrogatorio de testigos podrá intervenir el tribunal (art. 43.4).

Destacamos que esta intervención es facultativa y no imperativa, por lo que siempre quedará a criterio del juez o de la jueza cuándo, en qué medida y con qué objetivo podría intervenir. En este punto, creemos importante tener en cuenta que, con la finalidad de respetar el principio de contradicción y, con ello, proteger la calidad de la información, lo recomendable será que el tribunal intervenga con preguntas aclaratorias, salvo en casos excepcionales que justifiquen una mayor intervención.

*Práctica de la prueba:* iniciará con el juramento y la identificación del testigo. En primer lugar, el testigo será interrogado por la parte que lo presenta, luego por la contraria y, finalmente, por el tribunal. Una vez concluida la declaración e interrogatorio, las partes y el tribunal podrán volver a preguntar para pedir aclaraciones.

*Forma de contestar:* además de contestar respetando las reglas generales que fueron expuestas, el artículo 43.4 precisa que el testigo deberá justificar las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que ocurrieron los hechos y cómo tuvo conocimiento de ellos.

---

<sup>232</sup> Para detalles de por qué “inhabilitar o excluir a las partes para declarar voluntariamente como testigos en sus propios juicios es propia de los sistemas escritos, donde esta práctica sí tenía coherencia y sustento legal, pero que su mantención en los nuevos sistemas por audiencias es incoherente con sus fundamentos (...)”, ver: MARÍN VERDUGO, Felipe (2016), *Declaración de la parte como medio de prueba*, Revista Ius Et Praxis, 16. Recuperado de: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/164/157> (última consulta: 06.09.2020).

### *Prueba pericial*

Los peritos judiciales serán designados de la lista elaborada por el Poder Judicial, tomando en cuenta la naturaleza y objeto de la peritación (art. 44.2). El dictamen pericial será examinado en la audiencia de prueba primero por quien propuso la prueba y luego por la contraria y el tribunal. Para dicho fin se podrá contar con expertos técnicos o consultores. Se podrán hacer observaciones, pedir aclaraciones, ampliaciones y/o explicaciones. El tribunal también podrá, de oficio o a petición de parte, solicitar informes de universidades, institutos, academias, colegios u otros organismos especializados.

### *Prueba documental*

El artículo 45 se encarga de regular todo lo referido a la prueba documental, estableciéndose en sus primeros apartados las normas sustantivas relativas a la definición de documento público y privado, las presunciones de autenticidad, validez y eficacia de éstos.

Los documentos, sean públicos o privados, se presumirán auténticos toda vez que estos hayan sido admitidos tácita o expresamente. En cuanto a su exhibición de documentos, el artículo 45.4 indica que se ordenará a las partes la exhibición de éstos y cualquier tipo de informe, libro o fuente probatoria, si están bajo su dominio o disposición.

## **6. PROCESOS COLECTIVOS O ACCIONES DE CLASE**

En lo que dice relación con los procesos colectivos o acciones de clase, cabe mencionar que en el proyecto inicial existía una regulación expresa. Ésta se encontraba dentro del Libro II del Código, Título I, artículos 115 y siguientes, en los que se regulaba un proceso de conocimiento colectivo que el Código titulaba "Proceso para la tutela de intereses supra-individuales". Se indicaba que por medio de este proceso se resolverían las pretensiones relativas a:

- Intereses difusos (intereses transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por las mismas circunstancias de hecho);
- Intereses colectivos (aquellos transindividuales e indivisibles, en el que el titular es un grupo, categoría o clase de personas determinadas o fácilmente determinables ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base);
- Intereses individuales homogéneos (aquellos provenientes de origen común)

A pesar de lo dicho, en la tramitación del proyecto este procedimiento fue eliminado como tal. El CPC que finalmente se aprobó no tiene regulación expresa y autónoma de los procesos colectivos. No obstante ello, de una lectura sistémica se podría concluir que al menos la posibilidad de litigar colectivamente sí existe.

El artículo 19.1 que define quiénes pueden tener la condición de parte en un proceso, establece en sus dos últimos numerales que podrán serlo: **"6. Los grupos organizados a los que se les reconocen legitimación de grupo. 7. Cualquiera que en interés de la colectividad haga valer intereses difusos"**.

Esto nos permitiría concluir que en cualquiera de los procesos regulados por el CPC, podría litigarse colectivamente. Ahora bien, ello no nos permite sostener que el CPC haya regulado de forma expresa el derecho al debido proceso colectivo constitucional-convencional, decisión que constituye una importante y lamentable deficiencia de la regulación.

## **7. MECANISMOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

En Costa Rica, podemos encontrar los MASC regulados tanto en el CPC como en la Ley N° 7727 de 1997 sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

Antes que nada debemos mencionar que en Costa Rica se encuentra regulada tanto la mediación como la conciliación y que ambas pueden llevarse a cabo judicial o extrajudicialmente. El CPC en sus artículos 51 y siguientes norma las “formas extraordinarias de conclusión del proceso”, entre las que incluye la conciliación extrajudicial y judicial.

La conciliación extrajudicial es facultativa para las partes y podrá hacerse antes o durante el proceso. Respecto de la conciliación judicial, la ley dispone que las partes podrán celebrarla ante el conciliador o conciliadora judicial del tribunal, un centro de conciliación judicial con especialidad en la materia, extrajudicialmente, y en caso de que ello no sea posible, ante el tribunal que conoce del proceso.

En el último caso el tribunal debe instar acuerdos conciliatorios en las etapas establecidas por la ley, principalmente en la audiencia preliminar. También lo hará cuando las circunstancias favorezcan el arreglo o si lo solicitaren las partes de mutuo acuerdo. Tratándose de este último tipo de conciliación, las partes se encuentran facultadas para ser asesoradas por su abogado o abogada.

En esta misma línea, el artículo 6 de la Ley N° 7727 dispone en materia de conciliación judicial que, en cualquier etapa del proceso, el tribunal puede proponer la realización de una audiencia de conciliación, la que puede llevarse a cabo ante el mismo juez de la causa o ante un juez conciliador. Estos últimos son designados por la Corte Suprema.

Respecto al valor de los acuerdos, el artículo 51.3 del CPC indica que “el acuerdo conciliatorio debe ser examinado por el tribunal para determinar si está a derecho y no quebranta normas de orden público o alcanza derechos indisponibles o irrenunciables. Debidamente homologado, dará por terminado el proceso si comprendiera todas las pretensiones”.

La ejecución de este acuerdo se realizará por el procedimiento establecido para la ejecución de sentencias. La citada ley en su artículo 9 también se refiere a este punto, precisando que “los acuerdos de conciliación judiciales, una vez homologados por el juez, y los extrajudiciales, tendrán autoridad y eficacia de cosa juzgada material y serán ejecutorios en forma inmediata”.

## **8. VÍAS DE IMPUGNACIÓN**

Los artículos 65 y siguientes regulan los medios de impugnación. Por regla, el sistema recursivo adoptado es limitado en medios y alcance, “evitando de esta manera el alargue in-

necesario de los procesos judiciales<sup>233</sup>. Consecuentemente, han sido instituidos como vías recursivas la revocatoria, apelación, recurso de hecho, casación y revisión. A continuación, nos referiremos brevemente a la apelación y la casación.

## Apelación

El artículo 67 regula lo relativo al recurso de apelación y el 68 el de apelación por inadmisión (que es el nombre que aquí toma el conocido recurso de hecho o súplica).

A diferencia de lo que hemos podido encontrar en la mayoría de los otros Códigos, Costa Rica no ha regulado de forma expresa la finalidad y causales de procedencia del recurso de apelación. Aparte de lo expresado en términos generales en el artículo 65.2, en orden a que las partes legitimadas para impugnar serán aquellas que sean *perjudicadas* por las resoluciones (también conocido como agravio genérico), no existen mayores precisiones ni detalles.

El CPC indica que la apelación será procedente únicamente en contra de las resoluciones que expresamente se disponga. Entre ellas se consideran todos aquellos autos que minuciosamente detalla el artículo 67.3 (treinta y dos casos) y las sentencias definitivas que no sean dictadas en procesos ordinarios de mayor cuantía, según lo establece el artículo 67.5 del CPC. En los procesos de ejecución, las sentencias sólo serán susceptibles del recurso de apelación.

En cuanto a la interposición del recurso, el CPC prescribe que cuando la apelación se interponga en audiencia, ésta deberá efectuarse inmediatamente después de dictada la resolución. Cuando se trate de resoluciones escritas, el plazo será de tres días para los autos y de cinco para las sentencias. Interpuesto el recurso, debe emitirse pronunciamiento sobre su admisión y, sin necesidad de resolución expresa, las partes deberán comparecer ante el superior a hacer valer sus derechos antes del quinto día (art. 67.1).

En lo que dice relación con la prueba en segunda instancia, el artículo 67.2 dispone como regla general el carácter restrictivo y excepcional de su admisibilidad. Sólo se admitirán las pruebas que sean estrictamente necesarias para resolver, cuando no se hayan podido ofrecer o practicar en primera instancia por causas ajenas a la parte. Es importante destacar que este código permite que el tribunal ordene prueba de oficio, pero sólo en casos en que sea indispensable.

Para la tramitación del recurso se contempla una audiencia en segunda instancia, la que procede si es que se admite la rendición de alguna prueba, si alguna parte lo solicita o si el tribunal lo considera pertinente. En esta correspondería diligenciar la prueba y dar la palabra a cada una de las partes. Dicha audiencia se llevaría a cabo sólo una vez admitido el recurso, y es fijada en un plazo de quince días.

Además de la apelación que hemos señalado, el CPC también regula la apelación por inadmisión. Ésta procederá en contra de la resolución que deniegue un recurso de apelación y

<sup>233</sup> Ver <https://www.larepublica.net/noticia/la-oralidad-como-principal-cambio-y-los-procesos-de-conocimiento-en-el-nuevo-codigo-procesal-civil>.

deberá presentarse en el acto si esto ocurrió en audiencia o antes del tercer día si la resolución fue dictada por escrito.

Tal como ha sido tendencia en las normativas recientes, la regla general de la apelación es que ésta no produce efectos suspensivos. Esto es mencionado también a propósito de los principios generales de las vías de impugnación, en los cuales se indica que las sentencias de condena que sean objeto de un recurso, podrán ser ejecutadas provisionalmente.

En concordancia con el indicado principio de ejecución de las resoluciones, Costa Rica siguió la tendencia completa al regular también lo que se conoce como “apelación diferida”. Esta procede cuando se apelen autos o sentencias que no pongan fin al procedimiento y este acto se realice en la audiencia de pruebas. En dichos casos, la apelación se entenderá interpuesta de forma diferida y condicionada a la apelación de la sentencia, momento en el cual deberá reiterarse la apelación y el punto tendrá trascendencia en la resolución final. Si es así, la apelación diferida será resuelta junto con la apelación de la sentencia.

### **Casación**

El artículo 69, que tiene nueve apartados, regula el recurso de casación. Las resoluciones en contra de las cuales procede este recurso son aquellas sentencias dictadas en procesos ordinarios de mayor cuantía o inestimables y aquellas en cuyos supuestos la ley lo señale expresamente.

En cuanto a las causales, el artículo 69.2 las divide en dos tipos: razones procesales y razones de fondo.

Los motivos procesales que hacen procedente la casación son:

1. Infracción o errónea aplicación no saneada de normas procesales esenciales para el debido proceso.
2. Vulneración al principio de inmediación.
3. Sentencia dictada por un número de jueces menor al exigido por ley.
4. Ausencia o contradicción grave en la fundamentación.
5. Haberse fundado en pruebas ilegítimas o introducidas ilegalmente al proceso.
6. Incongruencia.

Sólo tendrá legitimación para interponer esta casación la parte que ha sido perjudicada por la inobservancia de la ley (se reitera el criterio general de la legitimación) y quien haya intentado todos los recursos para la rectificación del vicio.

Por su parte, los motivos de fondo son los siguientes:

1. Violación de normas sustantivas aplicables al caso concreto. Se incluyen aquí las normas sobre valoración e interpretación de la prueba.

2. Quebranto de la cosa juzgada, siempre que se haya alegado oportunamente como excepción.

La forma de interponer el recurso será por escrito, ante el tribunal que dictó la resolución y en el plazo de quince días (art. 69.3). Deberá indicar la naturaleza del proceso, las partes y la hora y fecha de resolución impugnada. Además, debe precisar las normas infringidas o erradamente aplicadas y los motivos en que se funda.

Presentado el recurso, la parte contraria tendrá un plazo de cinco días para concurrir ante el superior y hacer valer sus derechos. La admisión de la casación no producirá la suspensión del procedimiento y, al igual que en la apelación, el CPC establece que la admisión de prueba tendrá carácter restrictivo y excepcional, consagrando las mismas excepciones que se enunciaron a propósito de la apelación.

A continuación, y muy brevemente, describiremos dos variantes de la casación.

Por un lado, tendremos lo que el artículo 70 define como *“casación en interés de la ley”*. Ésta tiene como finalidad la uniformidad de la jurisprudencia. Procede en contra de las sentencias dictadas en recursos extraordinarios, cuando las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia sostengan criterios discrepantes sobre cuestiones procesales o de fondo sustancialmente iguales.

La legitimidad para interponer este recurso lo tendrán la Procuraduría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, las personas jurídicas y los órganos de derecho público que, por las actividades que desarrollen y funciones que tengan, acrediten interés legítimo en la unidad jurisprudencial. Será la Corte Plena la que conocerá de este recurso.

Por otro lado, en el artículo 71 se regula la denominada *“casación en interés de la jurisprudencia”*. Se establece su procedencia para casos de sentencias no impugnables por medio del recurso de casación, cuando sobre temas jurídicos concretos los tribunales hubieran dictado fallos contradictorios. En todo caso, debe existir un interés público en resolver esta discrepancia. La legitimación activa la tienen las mismas personas que en la casación en interés de la ley, además de grupos de tres o más jueces y/o juezas vinculadas directamente con los temas propuestos.

## V. Código Orgánico General de Procesos de Ecuador

### 1. VIGENCIA Y PLAN DE IMPLEMENTACIÓN

La disposición final segunda del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) estableció un período de doce meses para su entrada en vigencia, computables desde su publicación en el Diario Oficial. Ello ocurrió el 22 de mayo del 2015, tornándose plenamente operativo el 23 de mayo de 2016.

A partir del registro documental existente, puede advertirse que Ecuador pensó –aunque de modo superficial– en la implementación del COGEP desde una perspectiva múltiple.

En ese sentido, se le encargó al Consejo de la Judicatura elaborar y aprobar el plan de implementación de la nueva normativa a fin de que fuera ejecutada integralmente en todo el territorio y adoptara todo tipo de medidas para la aplicación de las disposiciones que contiene. En especial, el equipamiento tecnológico, capacitación e instalación de salas de audiencias en las unidades judiciales que brindarían las facilidades para la implementación del nuevo sistema.

Con dicha finalidad, se creó un Plan Estratégico de la Función Judicial. Este plan comprende el período 2013-2019 y engloba cinco objetivos estratégicos, sin orden jerárquico ni prelación. A través de éstos se procura favorecer el acceso a la justicia y promover una institución moderna, tanto en su estructura como en los procesos y procedimientos. Los objetivos son: (i) asegurar la transparencia y calidad en la prestación de los servicios de justicia; (ii) fomentar el óptimo acceso a la justicia; (iii) impulsar la mejora permanente y modernización de los servicios; (iv) institucionalizar la meritocracia en el sistema de justicia y (v) combatir la impunidad, contribuyendo a mejorar la seguridad ciudadana.

El 13 de julio de 2011 se disolvió el Consejo de la Judicatura y se creó en su reemplazo el Consejo de la Judicatura de Transición. Éste se conformó por tres delegados provenientes de la Presidencia de la República, el Poder Legislativo y la Función de Transparencia y Control Social. El Consejo de la Judicatura de la Transición ejerció sus funciones por un período de 18 meses. Su cometido fue superar la crisis que existía en la función judicial, reorganizar y reestructurar el sistema judicial institucional y administrativamente, en cumplimiento del mandato popular expresado en las urnas el 7 de mayo de 2011<sup>234</sup>.

El Programa de Reestructuración –parte del Plan Estratégico– con miras a implementar acciones tendientes a modernizar y transparentar la administración de justicia, se organizó y desarrolló en seis ejes:

- (i) Talento humano: su objetivo general era llevar adelante los procesos técnicos y transparentes para que se implementara un sistema integral de gestión del personal de la Función Judicial. Este sistema contempla la cobertura de vacantes; el fortale-

<sup>234</sup> El 26 de julio de 2011 inició sus funciones el Consejo de la Judicatura de Transición, con la posesión de Paulo Rodríguez, Tania Arias y Fernando Yávar.

cimiento de la Escuela de la Función Judicial; la creación de un sistema de remuneraciones variables; el desarrollo del escalafón de la carrera judicial y la normativa de Talento Humano.

- (ii) Modelo de Gestión: de conformidad con los preceptos constitucionales y demás normas conexas, el modelo busca garantizar el acceso y servicio oportuno, eficiente y de calidad de todas las personas a la justicia. El Código Orgánico de la Función Judicial posibilita construir un nuevo modelo de gestión que genere un conjunto de procesos para promover servicios de calidad. El propósito fundamental es que los jueces se dediquen únicamente al ejercicio de sus competencias y no a tareas administrativas.
- (iii) Infraestructura Civil: la labor está encaminada a remodelar los inmuebles existentes y a construir la nueva infraestructura de la Función Judicial para que responda al modelo de gestión.
- (iv) Tecnología: contempla la implementación de tecnologías que incrementen y garanticen la disponibilidad y acceso a la información. El propósito es dotar de infraestructura tecnológica a todo el personal en beneficio de los usuarios y usuarias del Sistema Judicial.
- (v) Coordinación Interinstitucional: prevé el desarrollo de mecanismos y herramientas de mejora de la Función Judicial, mediante el trabajo en temas interinstitucionales entre órganos de la Función Judicial y con instituciones externas. Se busca un trabajo conjunto con todas las instancias, pero respetando la independencia y desechando la incompetencia para cooperar. Sus líneas de acción han sido el trabajo de género, pluralismo jurídico, justicia de paz y ambiente y justicia.
- (vi) Gestión Financiera Equitativa: es el mecanismo que se complementa con la planificación y evaluación para gestionar, organizar y administrar los recursos de los proyectos del Programa de Reestructuración de la Función Judicial. Se destaca por haber sustentado su accionar en principios fundamentales de la administración.

Se observa en notas de prensa de la página del Consejo de la Judicatura que el plan de implementación supuso distintos desafíos físicos y tecnológicos. Uno de ellos consistía en la necesidad de crear ochocientas salas de audiencias a nivel nacional para poder aplicar la oralidad procesal en materias no penales.

En la rendición de cuentas de julio 2011-enero 2013, el Consejo de la Judicatura expuso los resultados del Programa de Reestructuración de la Justicia, profundizando en lo obtenido y pendiente en cada uno de los ejes.

En cuanto a la capacitación a jueces y funcionarios, se informó que, al 9 de septiembre de 2015, se había formado a 2.392 funcionarios judiciales por parte de cuarenta y seis jueces en materias del COGEP, a fin de lograr que la oralidad, intermediación, buena fe y litigación fuera una realidad en cada uno de los procesos judiciales. Los jueces docentes recibieron 360 horas de preparación, las cuales fueron impartidas por el Centro de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, con apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo. También se capacitaron a diez funcionarios de la Procuraduría General del Estado.



Durante los años siguientes se continuaron las capacitaciones. Inclusive, el Consejo de la Judicatura llevó a cabo cursos para abogados/as, con el objetivo de que estén preparados/as para la vigencia plena del COGEP.

En enero de 2016, el presidente del Consejo de la Judicatura informó que para la implementación del COGEP se tuvieron en cuenta los aspectos más integrales que requiere una reforma, indicando, por ejemplo, que “a nivel de infraestructura física y tecnológica, además del sistema informático para las grabaciones de las audiencias, estamos completamente preparados”. A ello agregó que “para la capacitación de los administradores y operadores de justicia, así como para la formación de formadores en esta temática, se ha destinado alrededor de un millón de dólares desde el año 2015”.

En mayo de 2016, se inauguró en Quito el “Edificio de Oralidad”, de manera simultánea con la entrada en vigencia del COGEP. Comenzó a funcionar con 20 jueces y 12 salas de audiencias, dedicadas exclusivamente a la aplicación de la oralidad procesal. También se implementaron unidades judiciales para recibir las demandas del nuevo sistema en algunas provincias. A nivel nacional, se instalaron 938 salas de audiencia.

El Presidente del Consejo de la Judicatura manifestó que la Función Judicial se preparó oportunamente para la implementación del COGEP. De igual forma se efectuaron varias adecuaciones físicas en el Complejo Judicial y en la Corte Provincial. Dentro de éstas se cuenta: (i) implementación de ventanilla única para la recepción de escritos e ingreso de causas; (ii) ventanillas para la consulta de causas, la oficina de Mediación y la Unidad de Flagrancia y (iii) incremento en el número de salas de audiencias a 34. Se aprecia un interés en mejorar la infraestructura judicial para que esté acorde con el nuevo sistema no penal.

Además, se indicó que el sistema informático ofrece notificaciones por vía electrónica, actualización de flujos procesales y actas de resumen de audiencias.

En noviembre de 2016, la Comisión de la Asamblea ecuatoriana conoció el avance de la implementación del COGEP. El presidente del Consejo de la Judicatura, Gustavo Jalkh, dio a conocer el balance del primer semestre de la implementación del COGEP. Sostuvo que la implementación del COGEP representó para el país un cambio absoluto del sistema escrito hacia el oral, siendo el cambio procesal más importante de la vida republicana de Ecuador.

Durante el año 2017 se reportó que la implementación del COGEP fue el mayor logro del Consejo de la Judicatura en el 2016 y la transformación más importante en la justicia.

Por último, en el conversatorio “COGEP: un año de vigencia” –liderado por el Vocal del Consejo de la Judicatura, Néstor Arbito–, se concluyó que la oralidad dio mayor agilidad al despacho de causas no penales y ayudó a descongestionar la carga procesal del sistema de justicia. También se resaltaron dos particularidades de su aplicación: la oralidad, que ha permitido mejorar la práctica profesional del derecho en el manejo de estrategias y pruebas para la defensa de los casos y la aplicación de los principios de inmediatez y transparencia que dan como resultado mayor celeridad procesal.

## 2. OBJETIVOS DEL PROCESO Y PRINCIPIOS RECTORES

Si bien el COGEP no explicita cuál es o debe ser el objetivo del proceso, entre los antecedentes históricos menciona que lo que éste regula son los procesos, “es decir, la sucesión de actos dirigidos a la aplicación del derecho en un caso concreto”. De ahí que se pueda concluir que entre los fines del proceso en Ecuador, se encuentra la aplicación de la ley sustantiva.

En lo que dice relación con los principios, podemos afirmar que se instituye la primacía del derecho internacional y la Constitución. Ello así, porque el artículo 2 indica que en todas las actividades procesales deberán aplicarse los principios previstos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial y los desarrollados en el propio COGEP.

En los artículos 3 a 8, el Código regula como principios rectores de toda la actividad procesal, los siguientes:

1. *Dirección del proceso*: el juzgador debe ejercer la dirección del proceso, controlar las actividades de las partes y evitar dilaciones innecesarias. Se indica que esto lo faculta a interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas.

2. *Proceso oral por audiencias*: todos los procesos, en todas las instancias, así como sus fases y diligencias, deben desarrollarse bajo un sistema oral o por audiencias, salvo las excepciones expresamente establecidas.

3. *Impulso procesal o principio dispositivo*: el impulso del proceso en el COGEP corresponde a las partes procesales.

4. *Principio de inmediación*: la autoridad judicial celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales. Asimismo, se indica que sólo podrán delegarse diligencias que deban celebrarse en territorio distinto al de su competencia y que las audiencias en las que no esté la autoridad judicial serán nulas.

5. *Principio de intimidad*: la autoridad judicial garantizará que los datos personales de las partes procesales se destinen únicamente a la sustanciación del proceso y se registren o divulguen con el consentimiento libre, previo y expreso de su titular, salvo que el ordenamiento jurídico les imponga la obligación de incorporar dicha información con el objeto de cumplir una norma constitucionalmente legítima.

6. *Transparencia y publicidad de los procesos judiciales*: la información de los procesos y sus partes es pública. Únicamente se admitirán aquellas excepciones estrictamente necesarias para proteger la intimidad, el honor, el buen nombre o la seguridad de cualquier persona. Son reservadas las diligencias y actuaciones procesales previstas como tales en la Constitución de la República y la ley.

### 3. ROL ACTIVO DEL JUEZ O JUEZA EN LA DIRECCIÓN DEL PROCESO

Como ha sido indicado en el apartado anterior, el artículo 3 encarga a la autoridad judicial la dirección del proceso, debiendo controlar la actividad de las partes y evitar dilaciones innecesarias. Para dar cumplimiento a lo anterior, el juez o la jueza podrán interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y hacer uso de otras acciones correctivas.

En el artículo 80, referido a la dirección de las audiencias, el COGEP establece que ésta corresponde exclusivamente a la autoridad judicial competente. Se indica que dentro de sus facultades de dirección podrá indicar a las partes los asuntos a debatir, moderar la discusión, impedir que sus alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes y ordenar la práctica de pruebas cuando sea procedente.

También podrá limitar el tiempo del uso de la palabra e interrumpir a quien haga abuso manifiesto e ilegal de su tiempo, ejerciendo las facultades disciplinarias destinadas para mantener el orden y garantizar la eficaz realización de la audiencia. Se indica además que se debe dirigir la audiencia, de manera tal que las partes y el público comprendan lo que ocurre.

La presencia ininterrumpida del juez o la jueza es tan importante en el COGEP, que su ausencia injustificada habilita la nulidad *no subsanable* de la diligencia (arts. 81 y concs.).

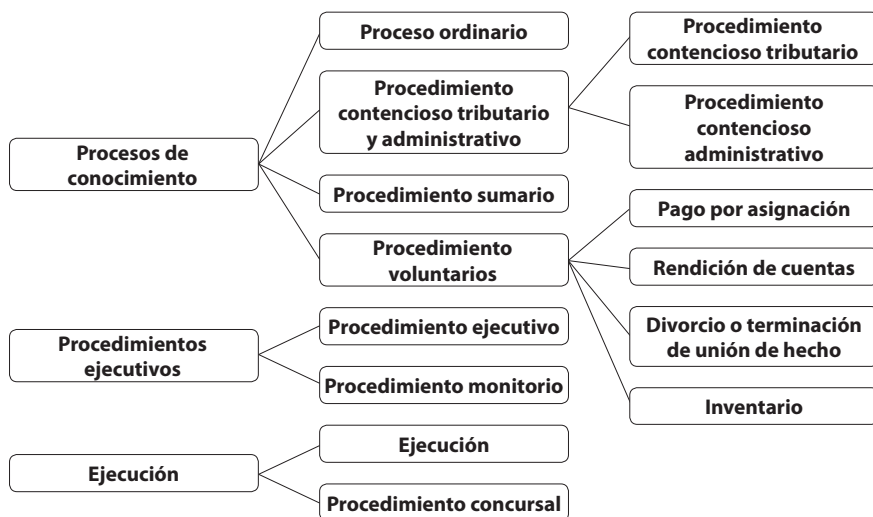
En la audiencia preliminar, la jueza además de estar obligada a promover la conciliación, podrá disponer que la controversia sea derivada a un centro de mediación para que las partes lleguen a acuerdo (art. 294.6).

En la audiencia de juicio:

- (i) Al momento de la presentación de los alegatos finales, el juez o la jueza podrán solicitar aclaraciones o precisiones que estimen pertinentes a las partes, ya sea durante su exposición o a su finalización (art. 297.6). Lo mismo podrá hacer durante el interrogatorio a testigos (art. 174) e incluso podrá ordenar al declarante que responda lo preguntado.
- (ii) El tribunal deberá denegar las preguntas inconstitucionales, impertinentes, capciosas, oscuras, compuestas y aquellas destinadas a coaccionar al declarante.
- (iii) En caso de declaraciones evidentemente falsas, la autoridad judicial suspenderá la práctica del testimonio.

### 4. PROCEDIMIENTOS REGULADOS Y SUS RESPECTIVAS AUDIENCIAS

El COGEP agrupa sus procesos en tres grandes categorías, las que a su vez se descomponen en varios procedimientos. En la siguiente figura se ilustra la estructura procedimental del Código. Luego profundizaremos en las características del proceso ordinario y sumario.



### Proceso ordinario

El proceso ordinario es aplicable a todas las causas que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación. La estructura es mixta: postulaciones por escrito y organización del debate y discusión oral. Las dos grandes audiencias son:

1. *Audiencia preliminar*: con la contestación o sin ella, en el término de tres días posteriores al vencimiento del plazo de contestación, el juzgador convocará a esta audiencia, la que deberá realizarse en un término no menor a diez ni mayor a veinte días (art. 292).

Esta audiencia tiene por objetivos:

- a. Resolver sobre excepciones previas.
- b. Sanear el proceso y determinar el objeto de la controversia.
- c. Habilitar la exposición de los fundamentos de cada parte.
- d. Promover, obligatoriamente, la conciliación. A ese efecto, el COGEP adopta una regla clave que implica que “las manifestaciones de dirección de la audiencia, incluso la proposición de fórmulas de arreglo entre las partes y las ordenadas para el cumplimiento de las actividades previstas en la misma, en ningún caso significarán prejuzgamiento. Por esta causa, el juzgador no podrá ser acusado de prevaricato, recusado, ni sujeto a queja”.
- e. Disponer a través de la autoridad judicial, de oficio o a petición de parte, que la controversia pase a un centro de mediación legalmente constituido.
- f. Anunciar la prueba de las partes y la formulación de solicitudes, objeciones y planteamientos que se estimen relevantes sobre la prueba de la contraparte.

- g. Ordenar, a través del juzgador, la práctica de prueba de oficio, en los casos previstos en el COGEP.
- h. Promover el debate y resolución sobre la admisibilidad de la prueba.
- i. Desarrollar acuerdos probatorios.
- j. Citar a audiencia de juicio de ser el caso (art. 294).

2. *Audiencia de juicio*: esta audiencia debe realizarse en el plazo máximo de treinta días contados a partir de la culminación de la preliminar. Inicia con los alegatos de apertura de cada una las partes, en los que deberán determinar el orden en que se practicarán sus pruebas de acuerdo a sus propias estrategias. Seguido a ello la autoridad judicial ordenará su producción. La audiencia culmina con los alegatos finales que durarán el tiempo que el juez o la jueza fijen. Las partes sólo podrán efectuar una réplica (art. 297).

Terminada la intervención de los contendientes, la autoridad judicial podrá suspender la audiencia hasta que forme su convicción, debiendo reanudarla el mismo día para emitir oralmente su resolución.

### **Proceso sumario**

El procedimiento sumario se encuentra regulado en los artículos 332 y 333. En términos generales, procede para la discusión de ciertos derechos personales y deudas dinerarias de baja cuantía que no sean exigibles por otra vía.

La postulación es por escrito. A diferencia del procedimiento ordinario, se organiza en torno a una audiencia única con dos fases: saneamiento del proceso, introducción de prueba y alegatos y resolución del conflicto.

Por su naturaleza, se eliminan ciertos trámites y se reducen algunos plazos. Por ejemplo, no es admisible la reforma de la demanda; la reconvenición sólo procede en ciertos casos y se establece un plazo máximo de treinta días para la realización de la audiencia.

En lo sucesivo, se regulan ciertas particularidades para determinadas materias que se tramitarán sumariamente.

## **5. ASPECTOS PROBATORIOS Y DE LITIGACIÓN**

### **Carga de la prueba**

El artículo 169 regula la carga de la prueba. En principio, impone la regla tradicional: a la parte actora corresponde probar los hechos propuestos afirmativamente en la demanda y, a la demandada, los que ha negado en su contestación. Junto a ello se regula el efecto del silencio de la contestación, al indicar que la parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa. Sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

No obstante lo expuesto, en determinados casos la ley establece una inversión de la carga probatoria, colocando en cabeza del demandado la carga de probar. Esto sucede, por ejemplo, en materia de familia cuando se trata de probar los ingresos del obligado por alimentos, y en materia ambiental respecto de la inexistencia de daño potencial o real. Asimismo, el COGEP deja abierta la posibilidad de invertir la carga de la prueba en otros casos, siempre que exista disposición legal habilitante.

### **Anuncio de la prueba**

El artículo 142.7, establece que la demanda deberá contener el anuncio de los medios de prueba que se utilizarán para acreditar los hechos. En ese sentido, se acompañarán los documentos (precisando los datos e información necesaria para su actuación), la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias como inspección judicial, exhibición o informes de peritos. Por último, si no se tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se deberá describir su contenido precisando el lugar en el que se encuentran y solicitar las medidas que correspondan para su práctica (art. 143).

Con respecto al anuncio de la prueba en la contestación, aplican las reglas citadas, con la única y lógica diferencia que todo ello deberá realizarse al momento de contestar la demanda en los mismos términos establecidos para ella (art. 152).

En concordancia con las disposiciones citadas, el COGEP estatuye que la oportunidad para adjuntar la prueba documental es la demanda, contestación, reconvencción y contestación reconvenccional, salvo disposición en contrario (art. 159).

La prueba que no sea posible tener, deberá anunciarse en la oportunidad correspondiente, y de no haberse hecho en su momento, no podrá introducirse posteriormente en la audiencia, excepto las situaciones expresamente previstas en el Código.

*Anuncio sobre prueba nueva:* se podrá pedir prueba no anunciada en las instancias procesales correspondientes, hasta antes de la convocatoria de juicio, siempre y cuando se acredite que no fue de conocimiento de la parte a la que beneficia, o que habiéndola conocido, no pudo disponer de ella. El tribunal aceptará o rechazará dicha solicitud de acuerdo con los criterios de su sana crítica (art. 166).

### **Admisibilidad y exclusión probatoria**

Luego de consagrar el principio de necesidad de la prueba en relación a los hechos alegados por las partes, el COGEP define una serie de supuestos que no requieren ser probados. Entre ellos: (i) los afirmados y admitidos; (ii) los imposibles; (iii) los notorios o públicamente evidentes y (iv) los que la ley presume de derecho (arts. 162 y 163).

La oportunidad procesal destinada a la depuración de la prueba es la audiencia preliminar. En ella se determinará qué medios probatorios serán admitidos según requisitos de *pertinencia, utilidad, conducencia y práctica en conformidad a la lealtad y veracidad*.

Así, el tribunal deberá declarar la inadmisibilidad de una prueba cuando ésta se haya obtenido en violación a la Constitución o la ley. Por otro lado, se dispone que las pruebas obtenidas

haciendo uso de simulación, dolo, fuerza física o moral, y las actuadas sin oportunidad de contradicción, serán ineficaces y carecerán de eficacia probatoria.

La resolución por la cual el tribunal declara inadmisibile una prueba, podrá apelarse con efecto diferido.

En cuanto a la prueba anticipada, el COGEP sólo la admite a efectos conservativos y no compositivos o con otra finalidad (arts. 120.2 y concs.).

### **Rol del juez o jueza en la producción de la prueba: ¿prueba para mejor resolver como facultades probatorias amplias?**

En cuanto a las posibilidades que tiene el juez o la jueza de participar en la producción de la prueba, el artículo 168 regula la figura de la prueba para mejor resolver. Aquí se dispone que, excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar de oficio y motivando su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.

En concordancia con dicha disposición general, según lo dispuesto en el artículo 226, la autoridad judicial podrá ordenar un informe pericial como medida para mejor resolver. En efecto, se indica que si luego del debate entre los peritos, el tribunal mantiene dudas sobre las conclusiones respectivas, ordenará en esa misma audiencia un nuevo peritaje. Según el artículo 228, también la inspección judicial podrá proceder de oficio.

De la lectura del COGEP emerge la divergencia relativa a la interpretación concreta que se hará o se deba realizar de estas disposiciones. Ocurre que las normas señaladas no establecen límites claros a esta facultad de ordenar prueba de oficio, salvo la de expresar las razones de la decisión. Los códigos tradicionales solían regular lo que se ha conocido como "medidas o prueba para mejor resolver", y uno de sus distintivos era que se decretaban en un momento procesal posterior al término probatorio. Es decir, después de que las partes hayan producido todas sus pruebas.

Teniendo en cuenta lo anterior –y lo que ha sido regulado a propósito de las actuaciones a realizar en la audiencia preliminar– concluimos que, no obstante la denominación usada por el código puede llevar a entender que estamos en presencia de la figura tradicional de medidas para mejor resolver, el COGEP ha atribuido a la autoridad judicial una iniciativa probatoria relativamente amplia. La consideramos así porque, por ejemplo, no se lee un límite que es común en otros códigos y que restringe la iniciativa probatoria a los medios probatorios que hayan sido aportados por las partes, con la finalidad de esclarecer asuntos relativos a ellos.

En definitiva, de las normas indicadas se podría bien concluir que la autoridad judicial podría decretar todo tipo de prueba, siempre y cuando sea de manera excepcional y fundadamente. No existe límite en cuanto al momento ni en cuanto a lo que fueron las pruebas propuestas por las partes.

## Reglas de producción de la prueba

Los medios de prueba que regula el código son:

*Tabla 29: Regulación de los medios probatorios en el COGEP*

Medio probatorio	Definición legal	Regulación	Requisitos propios de admisibilidad
Prueba testimonial	Declaración que rinde una de las partes o un tercero	Art. 174	Rigen normas generales
Prueba documental	Todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho	Art. 193	Rigen normas generales
Prueba pericial	Es la persona natural o jurídica que por razón de sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos, prácticos o profesionales está en condiciones de informar a la o al juzgador sobre algún hecho o circunstancia relacionado con la materia de la controversia	Art. 221	Rigen normas generales
Inspección judicial	Examinación directa, por parte de la o el juzgador, de lugares, cosas o documentos	Art. 228	Conveniencia o necesidad para la verificación o esclarecimiento del hecho o materia del proceso

Fuente: elaboración propia

### *Algunas reglas generales*

Los artículos 158 a 172 contienen algunas reglas generales en materia probatoria, tanto desde una perspectiva sustantiva como práctica. Desde esta última, destaca en el COGEP la prerrogativa que tienen las partes a contradecir la prueba (art. 165). Ésta se manifiesta concretamente en el derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla. Destacamos esta norma porque una de las características esenciales de un verdadero sistema por audiencias es la posibilidad de depurar la información mediante el ejercicio del contradictorio. Regular este elemento como un derecho permitirá proteger buenas prácticas y evitar aquellas que tiendan a disminuir el ejercicio/derecho de contradicción.

Destacamos otro punto interesante de esta normativa que, si bien no encontramos expresamente en el capítulo relativo a la prueba, sí lo encontramos en las reglas referidas a la audiencia de juicio. Nos referimos a la libertad que el COGEP reconoce a las partes para determinar el orden de la práctica de las pruebas, cuestión que todavía sigue siendo regulada por ley en muchos de los nuevos códigos latinoamericanos.

Este distintivo se presenta totalmente armónico con los principios y la esencia de un proceso oral por audiencias en el que la teoría del caso y estrategia de cada parte son fundamentales en la producción de información de alta calidad y coherentes con un sistema probatorio



moderno y de sana crítica, en el cual ya no es más la ley quien define en abstracto aspectos como los medios probatorios admisibles, valoración u orden de producción.

### ***Prueba testimonial***

La prueba testimonial se encuentra regulada en los artículos 174 y siguientes. Se define como la declaración que rinde una de las partes o un tercero. Desde ya destacamos muy positivamente la concepción que el COGEP tiene sobre la prueba testimonial al permitir que puedan declarar las propias partes. Éste es otro reflejo del abandono de un sistema legal tasado.

*Facultades del tribunal durante examen:* el artículo 174 indica que el tribunal puede pedir aclaración sobre un tema puntual si considera que es indispensable.

*Examen de los testigos o práctica de la prueba:* esta prueba se realiza en la audiencia de juicio o a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología (art. 175). Seguido al juramento y ciertas formalidades, la parte que haya pedido la presencia del testigo lo interrogará. Terminado, la contraparte podrá contrainterrogar a la persona que ha declarado.

*Forma de preguntar:* podrán formularse preguntas sugestivas sólo sobre temas introductorios que no afecten a los hechos controvertidos, recapitulen información ya aportada por el testigo o el tribunal haya calificado como testigo hostil. Por regla general, están permitidas en el contraexamen (art. 177).

Por otro lado, no podrán admitirse las preguntas que sean inconstitucionales, impertinentes, capciosas, oscuras, compuestas y las destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo.

*Forma de contestar:* debe responder sin leer notas ni apuntes, a menos que se trate de valores o cifras (art. 178).

*Objeciones a los testimonios:* el artículo 176 se refiere a la objeción que podrán realizar las partes a cualquier pregunta, siempre y cuando esta objeción sea motivada. En especial podrán hacerlo cuando la pregunta acarree responsabilidad penal al declarante, sean capciosas, sugestivas, compuestas, vagas, confusas, impertinentes o hipotéticas por opiniones o conclusiones. También podrán objetarse las respuestas divagantes o parcializadas. Realizada la objeción, el juez o la jueza se pronunciarán al respecto.

*Declaración anticipada:* el tribunal podrá recibir como prueba anticipada, y en una audiencia especial para ello, los testimonios de personas que en general no puedan comparecer a la audiencia de juicio, siempre y cuando se garantice el derecho de contradicción de la contraparte (art. 181).

*Declaración de la parte:* es el testimonio sobre los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho rendido. Es indivisible en todo su contenido, salvo cuando exista prueba con la parte favorable del declarante (art. 187).

*Forma y momento de la declaración:* el artículo 188 indica que la declaración de parte se practicará en la audiencia de juicio, salvo que se trate de una declaración urgente.

### *Prueba documental*

Como se ha indicado en el cuadro respectivo, el COGEP entiende como prueba documental a todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho.

Como en la mayoría de los códigos en los respectivos artículos relativos a la prueba documental, se definen diversos aspectos sustantivos y de validez de cada tipo de documento.

En lo que refiere a litigación o producción probatoria, destacamos nuevamente las disposiciones del COGEP. Los documentos, toda vez que han sido elaborados por una persona, deben ser incorporados al proceso en audiencia. No obstante ello, dichas disposiciones no indican expresamente cómo se ejercerá el contradictorio respecto de éstos, aunque teniendo en cuenta el derecho de contradicción y la obligación de producirse en audiencia, se concluye que la prueba documental debe ser litigada en juicio de manera similar a como se hace con la prueba viva. Ello así, pues es lo único que realmente asegurará un verdadero ejercicio del derecho de contradicción.

A este respecto se refiere el artículo 196 que regula la forma en que se producirá la prueba documental en audiencia:

- (i) Los documentos se leerán y exhibirán públicamente en su parte pertinente.
- (ii) Los objetos se exhibirán públicamente.
- (iii) Las fotografías, grabaciones, los elementos de pruebas audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirán también en su parte pertinente en la audiencia y por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes.
- (iv) La prueba documental actuada quedará en poder de quien juzga para tenerla a la vista al momento de tomar su decisión sobre el fondo del asunto, dejando a salvo la facultad de las partes de volver a actuarla o usarla durante la audiencia de juicio.

### *Informe pericial*

El artículo 222 se refiere a esta materia. Se indica que el perito podrá ser interrogado bajo juramento por las partes, acerca de su idoneidad e imparcialidad, y sobre el contenido del informe, siguiendo las normas previstas para los testigos.

Tendrán derecho a interrogar nuevamente al perito si lo consideran necesario, en el orden determinado para el testimonio. Concluido el conainterrogatorio, y si existe divergencia con otro peritaje, el tribunal podrá abrir el debate entre peritos. Concluido el debate, se abrirá un interrogatorio y conainterrogatorio de las partes, exclusivamente relacionado con las conclusiones divergentes de los informes.

Acreditación y desacreditación de peritos: según el artículo 223, durante la audiencia de juicio podrán dirigirse preguntas al perito, y presentar pruebas no anunciadas oportunamente,

orientadas a determinar su parcialidad y falta de idoneidad, a desvirtuar el rigor técnico o científico de sus conclusiones así como cualquier otra destinada a solventar o impugnar su credibilidad.

### *Inspección judicial*

*Práctica de la inspección judicial:* solicitada la inspección en la oportunidad procesal correspondiente, el tribunal determinará el lugar, fecha y hora en que ésta se realizará, señalando con precisión el objetivo de la diligencia. En los casos excepcionales en los que la percepción sensorial del juzgador no sea suficiente para obtener una conclusión precisa, se podrá designar un perito acreditado para ello (art. 229).

*Desarrollo de la inspección judicial:* se concurrirá al lugar e inmediatamente después de instalada la diligencia, se concederá la palabra a la parte que solicitó la prueba a fin de que explique su objetivo. Enseguida, quien juzga examinará lo que corresponda y le dará la palabra a la contraparte. Se dará fe de la diligencia y se adjuntará la grabación en video.

## **6. PROCESOS COLECTIVOS O ACCIONES DE CLASE**

El COGEP no tiene regulación normativa respecto a los procesos colectivos. Sólo incorpora en la normativa respecto de las partes, la posibilidad de que comunidades, pueblos o colectivos puedan demandar o ser demandados (art. 30.3).

Con esto podríamos decir que existe una legitimación colectiva activa y pasiva que permitiría entablar un proceso de esta especie. Sin embargo dicha legitimación no permite concluir que en el código se haya regulado la garantía constitucional del debido proceso colectivo.

Como hemos visto a propósito de otros países, una regulación mínima de este tipo de mecanismo debería considerar una normativa específica que refiera a aspectos tales como qué tipo de intereses colectivos se pueden proteger, cómo se define la clase, cómo puede excluirse a una persona de ésta y cómo se llevan a cabo las notificaciones, entre otras cosas.

## **7. MECANISMOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

En Ecuador existe la Ley N° 2006-014 –denominada de “Arbitraje y Mediación”–, que fue publicada el 14 de diciembre de 2006 y cuya última modificación fue realizada el 9 de marzo de 2009. Deroga la ley de 1997 referida a la misma materia. También se regulan estas cuestiones en el COGEP.

Ante todo, debemos destacar que en Ecuador hay presencia tanto de mediación como de conciliación, anticipando desde ya que la primera tiene un carácter extrajudicial y la segunda judicial. A continuación, nos referiremos a ellas.

El título II de la mencionada Ley se refiere a la mediación, indicando que ésta es un procedimiento por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral, procuran un acuerdo voluntario para solucionar un conflicto. Es de carácter extrajudicial y definitivo, debiendo versar sobre materias transigibles. Existen centros de mediación y mediadores independientes (art. 43).

El artículo 46 de la ley que comentamos nos permite concluir que la mediación podrá proceder antes o después de iniciado el juicio. Esto, porque la mediación se establece en los siguientes casos: (i) cuando exista un convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación; (ii) a solicitud de cualquiera de las partes y (iii) cuando el juez ordinario disponga, en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación, caso en el que las partes deben aceptarlo.

En este mismo sentido también se expresa el artículo 294.6 del COGEP que establece que el juez o la jueza, de oficio o a petición de parte, “podrán disponer que la controversia pase a un centro de mediación legalmente constituido”.

En cuanto a la conciliación, se deduce que ésta siempre tiene un carácter judicial. El artículo 294 del Código establece que debe realizarse de manera obligatoria por el juez o la jueza en la audiencia preliminar, la que en el caso de ser total, será aprobada en el mismo acto, mediante sentencia que causará ejecutoria. Asimismo, el artículo 233 indica que las partes podrán conciliar en cualquier estado del proceso, incluso al momento de cumplimiento de la sentencia. Por lo demás, el artículo 234 establece que la conciliación se realizará en audiencia “ante la o el juzgador”.

En cuanto a la existencia de mediación previa obligatoria, o como requisito de procedibilidad de la demanda, la conclusión es que, en términos generales, en Ecuador no existe la necesidad de acudir a un proceso de mediación previo a la interposición de la demanda.

En ninguna parte de las normativas analizadas se establece algo similar. De hecho, en el artículo 142 del COGEP –referido al contenido de la demanda–, no se menciona en ningún momento que deba hacerse alusión o acompañarse algún documento que acredite haber intentado una mediación previa. En concordancia con lo anterior, el artículo 147 –al establecer las causales de inadmisión de la demanda– tampoco menciona algo al respecto.

En cuanto al valor de los acuerdos, se indica que el acta tiene la misma validez que una sentencia judicial. En efecto, el artículo 47 expresa que “el acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación”.

En concordancia a lo anterior, el artículo 363 del Código establece que son títulos de ejecución, los que se encuentran enumerados en dicho artículo, estableciendo en el número 3 el acta de mediación.

Por el carácter estrictamente confidencial que tiene el proceso, se deduce que no podría usarse como prueba en juicio la información vertida en éste, ya que ella no puede ser revelada en ninguna instancia judicial o externa. Todo lo que se dice en la audiencia de mediación es de carácter reservado. En añadidura, el artículo 50 establece: “Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar”. No obstante ello, las partes pueden renunciar a la confidencialidad.

## 8. VÍAS DE IMPUGNACIÓN

Los artículos 250 y siguientes del COGEP regulan la impugnación de las resoluciones judiciales, previéndose los siguientes recursos: aclaración, reforma, ampliación, revocatoria, apelación, casación y de hecho.

Entre los principios en materia de recursos destaca la prohibición de recursos sucesivos o subsidiarios, indicando que no se podrán interponer en el mismo acto procesal, recursos horizontales o verticales sucesivos, excepto en el caso de la aclaración o ampliación (art. 252).

Daremos cuenta de las principales características que presentan los recursos de apelación y casación.

### Apelación

El artículo 256 dispone la procedencia del recurso de apelación en contra de las sentencias definitivas e interlocutorias de primera instancia y de las resoluciones que la ley expresamente prevea.

Se debe interponer de manera oral en la audiencia respectiva y fundamentarse por escrito en el plazo de diez días desde la notificación. Se exceptúa la apelación con efecto diferido. De dicha fundamentación se notificará a la contraria, para que ésta conteste. El recurso se sustancia en audiencia conforme a las reglas generales de las audiencias previstas en el COGEP.

Se permitirá la prueba en segunda instancia cuando se trate de acreditar hechos nuevos y ésta se haya anunciado en la fundamentación o contestación, o cuando versando sobre los mismos hechos, sólo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia.

De las disposiciones del COGEP no surge explícitamente la finalidad del recurso de apelación ni las causales que lo hacen procedente. Es decir, no se advierte norma que indique si el fin de esta apelación es la anulación de la sentencia, la revocación o enmienda o si debe resolverse positivamente o reenviarse.

### Casación

En los artículos 266 y siguientes se regula el recurso de casación, el que procede en contra de las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Administrativo. También procede respecto de las resoluciones que hayan sido dictadas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución, si ellas resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado.

Según el artículo 268, la casación podrá interponerse en los siguientes casos:

1. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales que hayan viciado el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión, y hayan influido en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada.

2. Resolución que no contenga los requisitos exigidos por la ley, contenga decisiones contradictorias o incompatibles, así como falta de motivación.
3. Cuando se revuelva un asunto que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia.
4. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.
5. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios.

Se debe interponer fundadamente por escrito en un plazo de diez días posteriores a la decisión pertinente. Al igual que la apelación, este recurso se conoce en audiencia según las reglas para la substanciación de audiencias. No procede cuando de manera evidente se pretenda la revisión de la prueba.

## VI. Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador

### 1. VIGENCIA Y PLAN DE IMPLEMENTACIÓN

Si bien la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador (CPCM) estaba prevista para el 1 de enero de 2010, ésta se prorrogó hasta el 1 de julio del mismo año. Ello así, pues el plazo establecido originalmente resultó insuficiente para tomar las acciones necesarias a fin de preparar y fortalecer los recursos y mecanismos orientados a la efectiva aplicación de la nueva normativa.

En ese sentido, se adujo que “el recorte presupuestario de 15 millones de dólares le impide estar a tiempo. Según datos de la CSJ, se necesitan cerca de 5.12 millones de dólares para la implementación de estas normativas; 2 millones destinados para el Código Procesal Penal y 3.1 para el Procesal Civil y Mercantil”<sup>235</sup>.

A fin de paliar dicha dilación y como parte de la planificación de la implementación, se dictó el Decreto N° 372. Por su intermedio, se realizaron modificaciones orgánicas para garantizar la aplicación del CPCM (por ejemplo la creación, conversión y/o transformación de órganos y/o competencias judiciales), se reorganizó la distribución del trabajo judicial y se modificó otros cuerpos normativos complementarios.

En su art. 17 se estableció una fecha límite de dos años para finalizar los procesos que se encontraban en trámite al entrar en vigencia el CPCM. Ese plazo fue prorrogado en más de una oportunidad, hasta su derogación mediante el Decreto N° 892.

Si bien dentro del período de tiempo señalado se había finalizado con un 85% de los procesos pendientes, existían casos que era imposible finalizarlos, dado que dependían del interés de las partes y no del impulso de oficio. En razón de lo anterior, se estimó que no era factible precisar una fecha límite para la completa finalización de los procesos.

### 2. OBJETIVOS DEL PROCESO Y PRINCIPIOS RECTORES

El CPCM viene a reemplazar un Código del siglo XIX, herencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855. En la exposición de motivos, se señala que este CPCM “responde al designio político de agilizar y modernizar la administración de justicia salvadoreña, cuando tenga que actuar en los conflictos de carácter dispositivo en dichas materias, potenciando en forma simultánea los principios constitucionales del proceso”<sup>236</sup>.

En cuanto a los objetivos del proceso judicial, la normativa procesal no tiene artículos que se refieran especialmente a ello. Sin embargo, puede observarse –como de hecho sucede en muchos de los Códigos estudiados– que en las normas que regulan la interpretación de la normativa procesal, se indica que debe procurarse la “protección y eficacia de los derechos de las personas y la consecución de los fines que consagra la Constitución” (art. 18).

<sup>235</sup> Ver <http://elsalvador.abogadosnotarios.com/codigo-procesal-penal-civil-y-mercantil-entraran-en-vigencia-en-2010/>

<sup>236</sup> Exposición de motivos del Código Procesal Civil y Mercantil.

Más allá de su regulación a lo largo del CPCM, el capítulo primero (arts. 1 a 16) sistematiza los siguientes principios:

1. *Derecho a la protección jurisdiccional*: todas las personas tienen derecho a plantear sus acciones, pretensiones y excepciones ante los tribunales. Ello comprende el derecho a que el proceso se tramite y decida conforme a la normativa constitucional y legal vigente.

2. *Vinculación a la Constitución, leyes y demás normas*: siguiendo la tendencia de varios Códigos, El Salvador introduce de forma expresa la supremacía y aplicación directa de la Constitución, indicando que la autoridad judicial –junto con respetar y obedecer todas las normas del ordenamiento jurídico– debe, a instancia de parte o de oficio, “examinar previamente la constitucionalidad de las normas de cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso o el fundamento de las decisiones que adopten en el mismo”<sup>237</sup>. Asimismo, indica que en el caso de identificar una contradicción con la carta fundamental, debe declarar inaplicable la respectiva norma.

Este principio también regula de modo expreso que la prueba ilícita, entendida como aquella que ha sido obtenida con infracción de derechos o libertades fundamentales, no surtirá efecto.

3. *Legalidad*: el proceso deberá realizarse ante un juez o jueza competente y siempre conforme al Código. Destaca que las formalidades previstas en esta normativa son de carácter imperativo, razón por la cual un análisis del mérito y sentido de éstas será crucial.

4. *Defensa y contradicción*: este principio reconoce el derecho de la parte demandada a defenderse de la pretensión, tanto mediante las diversas actuaciones como a través de la respectiva prueba. También abarca la facultad de ambas partes de contradecir y argumentar para rebatir la posición de la contraria. La regla general será el contradictorio, salvo disposición expresa en contrario.

5. *Igualdad procesal*: el CPCM reconoce que las partes dispondrán de los mismos derechos, obligaciones, cargas y posibilidades procesales. Cualquier limitación a la igualdad que establezca, no debe aplicarse de modo que pueda generar una pérdida irreparable al derecho a la protección jurisdiccional. El juez o la jueza tienen la obligación de garantizar la igualdad procesal y someter sus actuaciones e interpretaciones a este principio.

6. *Dispositivo*: las partes tienen el derecho exclusivo de iniciar un proceso civil y realizar todos los actos de disposición de sus derechos que el CPCM les permita, entre las cuales incluye poner fin al proceso de modo unilateral.

7. *Aportación*: entendiéndolo en realidad como un “principio de aportación de parte”, éste delimita claramente la actuación de la autoridad judicial, al indicar que tanto los hechos como las pruebas deben ser aportadas exclusivamente por las partes. El juez o la jueza no podrán de ningún modo incluir hechos nuevos u ordenar prueba. En relación a esta última, la autoridad judicial sólo podrá ordenar medidas para mejor resolver, siempre que se trate de prueba que ya fue debida y oportunamente controvertida.

<sup>237</sup> Artículo 2, inciso 2°.



8. *Oralidad*: las actuaciones se realizarán predominantemente de forma oral, a excepción de los escritos, documentos y actos que el CPCM establezca. Esta regla supone que, en caso de duda, debe preferirse la oralidad por sobre la escrituración.

9. *Publicidad*: las audiencias de todos los procesos serán públicas. Su acceso sólo podrá restringirse mediante decisión debidamente motivada, en la que se precisen de manera expresa y clara las razones de dicha restricción y las personas que podrán estar presentes. Asimismo, el CPCM estatuye que sólo podrán conocer el expediente las partes, apoderados, representantes, sus abogados y cualquier otra persona que alegue un interés jurídicamente protegido.

Actualmente, la publicidad no se concibe como la mera ausencia de secretismo judicial, sino como la construcción de un proceso de puertas abiertas en el que, además, existan adecuados incentivos para que la publicidad sea tal.

Siendo ello así, consideramos que en el CPCM este principio debería ser interpretado como una obligación positiva para la autoridad judicial y los sujetos involucrados, a fin de consumir un proceso activamente público. También deberían primar lecturas amplias, dinámicas y teleológicas del principio, valores e intereses en juego, que permitan disuadir criterios restrictivos en el acceso público al expediente en función de la necesidad de "alegar interés protegido". La publicidad de los actos de gobierno, transparencia y rendición de cuentas, son argumentos suficientes.

10. *Inmediación*: cambiando y prohibiendo las antiguas prácticas procesales, el CPCM es categórico al indicar que la autoridad judicial debe estar presente tanto en las audiencias como en toda la producción de la prueba, teniendo totalmente prohibida la delegación de sus funciones.

11. *Concentración*: pretende que los actos procesales se realicen con la mayor proximidad temporal posible.

12. *Obligación de colaborar*: todas las personas tienen la obligación de colaborar con la justicia, pudiendo imponérseles multas en caso de denegación o reticencia.

13. *Principio de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal*: todas las personas que participen del proceso deben actuar conforme estos principios y valores. Similar a lo que se indica en la obligación de colaborar, el principio indica que las personas que no cumplan con lo indicado, serán condenadas en costas o con la obligación de resarcir los daños y perjuicios que hubieran causado. Por su parte, el juez o jueza debe procurar impedir cualquier conducta que implique actividad ilícita o genere una dilación indebida del proceso.

14. *Principio de dirección y ordenación del proceso*: este principio impone a la autoridad judicial el deber y la responsabilidad de dirigir el proceso y asumir el impulso de su tramitación, debiendo disponer las medidas necesarias para evitar su paralización.

15. *Obligación de resolver*: bajo esta obligación se consagra de forma expresa el conocido y antiguo principio del *non liquet*. Es decir, que la autoridad judicial no puede dejar de resolver el caso sometido a su conocimiento, así como tampoco aplazar ni dilatar esta decisión.

16. *Principio de gratuidad de la justicia*: reconoce el derecho de toda persona a que se le imparta justicia gratuitamente.

### **3. JUEZA O JUEZ COMO DIRECTOR ACTIVO DEL PROCESO Y CON FACULTADES SUSTANTIVAS MODERADAS**

El nuevo CPCM busca consagrar un modelo de autoridad judicial fuerte. Especialmente, en lo relativo a su condición de directora del proceso. Así lo expresa en sus motivos, al precisar que busca dejar atrás la imagen de un juez o jueza como simple espectador/a.

Este modelo se materializa a lo largo del articulado. En los principios rectores revisados en el apartado anterior, advertimos que la autoridad judicial tiene la facultad de ordenar diligencias para mejor proveer (con los límites previstos en el artículo 7); el deber indelegable de presidir personalmente las audiencias y el de evitar toda conducta que implique actividad ilícita o que genere dilación indebida del proceso.

Además, los artículos 14 y 194 son explícitos al poner en cabeza del juez o de la jueza la dirección del proceso y su impulso de oficio, a fin de que lo ejecuten como legalmente corresponda.

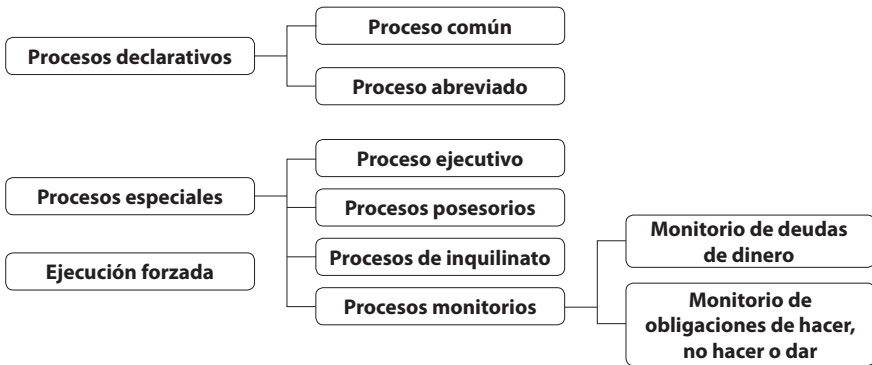
Respecto a las audiencias en particular, el artículo 204 dispone que el juez y la jueza tendrán el deber de dirigir el debate, ordenar las lecturas necesarias, hacer advertencias legales, recibir juramentos y declaraciones, moderar la discusión impidiendo preguntas impertinentes o que se aparten de la discusión, evitar divagaciones de las partes y mantener el orden y respeto en las audiencias.

Durante la audiencia preparatoria, al momento de fijar el objeto del juicio, el juez o la jueza podrán requerir a las partes que aclaren puntos oscuros o dudosos que contengan las alegaciones iniciales o las efectuadas durante el desarrollo de la audiencia (art. 306).

Previo a la proposición de pruebas, la persona juzgadora podrá colaborar con las partes al momento de determinar los hechos sobre los que existe disconformidad, aquellos que resulten admitidos o los estipulados por ambas partes.

### **4. PROCEDIMIENTOS REGULADOS Y SUS RESPECTIVAS AUDIENCIAS**

En este apartado nos interesa realizar un mapeo general de los mecanismos y/o vías de discusión que contiene el CPCM, para luego profundizar en los procesos principales y caracterizar de manera concisa sus respectivas audiencias.



En primer lugar, se puede apreciar que el CPCM ha optado por una regulación numéricamente reducida en comparación con otros códigos. La estructura se basa en tres grandes estructuras procesales: los procesos declarativos, los especiales y la ejecución forzada. Dentro de los procesos especiales, se regulan cuatro procedimientos y sólo en uno de ellos se reconocen dos clases.

Por motivos de extensión, relevancia y trascendencia práctica, se describirán brevemente los dos principales procesos de conocimiento: el ordinario y extraordinario.

### Proceso ordinario común

Este procedimiento se encuentra regulado en los artículos 276 a 417 del CPCM. El artículo 240 determina su ámbito de aplicación, estipulando que quedan sometidas a este procedimiento las demandas de determinadas materias (como por ejemplo competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad), siempre que el objeto de discusión no sea exclusivamente de cantidad. En este supuesto, tramitará por el procedimiento que le corresponda en función de cantidad demandada, esto es, en aquellas causas cuya cuantía supere los veinticinco mil colones o su equivalente en dólares y aquellas en las que el interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo.

**1. Audiencia preparatoria:** se realiza una vez que han finalizado las actuaciones iniciales de las partes y servirá para intentar la conciliación, sanear los defectos que puedan tener las alegaciones iniciales, fijar el objeto de discusión y los términos del debate y proponer y admitir la prueba que pretendan ocupar las partes (art. 292).

**2. Audiencia probatoria:** tiene por objetivo la realización, en forma oral y pública, de los medios de prueba previamente admitidos. En la misma audiencia, y antes de finalizar ésta, se concederá la palabra a las partes para que realicen los alegatos finales (art. 402).

En atención a los principios y estructura propia de un sistema por audiencias y como hemos indicado en relación a otros códigos analizados, creemos que sería útil para mejorar los efectos de litigación y el orden del debate, implementar la práctica de incluir alegatos de apertura.

## Proceso abreviado

Regulado entre los artículos 418 a 430, quedan sometidas a este proceso las demandas que no superen los veinticinco mil colones y ciertas materias en particular como los reclamos judiciales por liquidación de daños y perjuicios, de oposición a la reposición judicial de títulos valores, relativos a la disolución y liquidación judicial de una sociedad o los de nulidad de sociedades (art. 241).

En los procesos abreviados se realiza una audiencia única, en donde el juez o la jueza promueven la conciliación intentando que las partes lleguen a un acuerdo. En su defecto, se proseguirá con la ratificación de los escritos postulatorios; la proposición, admisibilidad y producción de la prueba; presentación de alegatos finales y podrá dictarse sentencia en ese mismo momento (art. 425).

## 5. ASPECTOS PROBATORIOS Y DE LITIGACIÓN

El CPCM da inicio al capítulo sobre actividad probatoria puntualizando que la prueba es un derecho de las partes mediante el cual pueden demostrar la veracidad de sus afirmaciones en igualdad de condiciones. Este derecho permite exigir a la autoridad judicial que tenga en cuenta las pruebas producidas en su decisión y que utilice todos los medios de prueba que el Código prevé y que por la naturaleza del debate posibiliten la comprobación de los hechos.

A continuación nos referiremos brevemente a los principales aspectos probatorios.

### Carga de la prueba

En cuanto al *onus probandi*, la carga de la prueba es exclusiva de las partes. Esto confirma que la autoridad judicial tiene un rol fuerte en la dirección del proceso, pero limitado en el ejercicio de facultades probatorias. De allí que el juez o la jueza sólo puedan ordenar medidas para mejor resolver, las que siempre deberán realizarse en relación a medios probatorios que hayan sido oportunamente aportados por las partes (art. 321).

Resulta llamativo que el CPCM no establezca ningún criterio de distribución del *onus probandi* entre las propias partes, de manera que pueda servir al tribunal como una verdadera regla de juicio en caso de falta o incumplimiento. Ambos elementos hacen a la esencia de la noción misma de carga de la prueba.

Teniendo a la vista la normativa vigente y la prohibición de *non liquet*, ¿en contra de quién debería fallar la autoridad judicial si es que al momento de dictar sentencia no se encuentra convencida de ninguna de las pretensiones de las partes? ¿El artículo 321 cumple la función de orientar al tribunal en esa situación? Al parecer la respuesta sería negativa.

El CPCM también reconoce la posibilidad de concertar convenciones probatorias entre las partes del proceso (arts. 321 y concs.).

## **Anuncio de la prueba**

El sistema consagrado en el CPCM establece que la prueba debe ser determinada, ofrecida y/o acompañada en los escritos de demanda, contestación o análogos (arts. 276, 284 y conchs.).

En ese sentido, los documentos que acrediten el cumplimiento de los presupuestos procesales, así como los que fundamenten la pretensión y los informes periciales, deben acompañarse con los respectivos escritos. En caso de no disponer de algún documento, las partes deben describir su contenido, indicar el lugar donde se encuentra y solicitar su incorporación al proceso.

Omitidas dichas cargas, precluye la posibilidad de aportarlos con posterioridad, salvo que la ley excepcionalmente lo autorice por ser posteriores a los actos de inicio o anteriores pero desconocidos por fuerza mayor o justa causa (art. 289). Esta facultad puede ser ejercida por cualquiera de las partes hasta la conclusión de la audiencia de prueba. Luego de ella no se admitirá la presentación de documentos, salvo las resoluciones judiciales o administrativas que recaigan y deban tener efecto en el proceso.

Otro supuesto de excepción es el previsto en el artículo 289 segundo párrafo. Allí se dispone que el demandante pueda presentar en la audiencia preparatoria los documentos, medios, instrumentos, dictámenes o informes relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia surja a consecuencia de las alegaciones efectuadas por el demandado en su contestación. Es decir, faculta a la actora a ofrecer y/o producir prueba tendiente a rebatir los argumentos presentados por la demandada en su contestación, los cuales (lógicamente) no pudo prever porque desconocía la posición de la demandada. Ello explica por qué la demandada no queda comprendida en este supuesto de excepción, sin perjuicio de su facultad de contradecir la proposición de la actora y/o de requerir la producción de algún tipo de elemento de prueba con motivo de ella.

La admisibilidad y/o producción de las fuentes o medios probatorios estará supeditada a la alegación, acreditación y contradicción de los extremos referidos durante la propia audiencia preparatoria.

En lo que dice relación con el ofrecimiento del resto de la prueba, el CPCM nos permite concluir que para cumplir con la exigencia bastaría con un anuncio genérico de los medios probatorios que se utilizarán en los escritos de inicio. Esto hace sentido con las normas que indican que la proposición de la prueba se realiza en la audiencia preparatoria. Es en esta oportunidad que las partes deberán comunicar al tribunal las pruebas de las que intentarán valerse, singularizando el medio de prueba y especificando su contenido y finalidad (arts. 310 y 317). No obstante ello, en virtud de lo dispuesto en los artículos 276 inciso 9, 359 y 360, podría exigirse que los escritos de inicio contengan mayores detalles en la individualización de testigos.

## **Admisibilidad y exclusión de la prueba**

El CPCM establece tres criterios de admisibilidad probatoria: la licitud, la pertinencia y la utilidad de la prueba (arts. 316 a 320).

La licitud de la prueba es entendida como el respeto a las normas legales y derechos constitucionales, comprendiendo lo que tradicionalmente se entiende como legalidad de la prueba e ilicitud propiamente tal. De ese modo, se exige que las pruebas deban practicarse conforme a la ley procesal y que las que fueren obtenidas con vulneración de la ley o derechos constitucionales no serán apreciadas al momento de fallar (art. 316).

La pertinencia se regula en el artículo 318 y se define como la relación que debe guardar el medio probatorio con su objeto. Es decir, ciñe su alcance a una relación meramente lógica y no jurídica. El CPCM escinde este concepto del criterio de utilidad de la prueba, el cual es entendido como la imposibilidad de admitir prueba que, según las reglas y criterios razonables, no sea idónea o resulte superflua para comprobar los hechos controvertidos (art. 319).

Ambos filtros resultan determinantes en el análisis de admisibilidad de la prueba, a fin de evitar la incorporación de elementos probatorios irrelevantes o innecesarios para acreditar el objeto controvertido.

Al mismo tiempo, el CPCM establece que deben ser probados los hechos controvertidos, la costumbre jurídica (cuando las partes no se pongan de acuerdo con su vigencia o contenido) o el derecho extranjero, sin perjuicio de que el juez o la jueza puedan valerse de cualquier medio para su averiguación. En cambio, son hechos que no requieren ser probados los admitidos o estipulados por las partes; los que gocen de notoriedad general; evidentes y la costumbre, si las partes estuvieren de acuerdo en su existencia, contenido y sus normas no afectaren el orden público (arts. 313, 314 y 315).

### **Autoridad judicial: iniciativa probatoria condicionada y medidas para mejor proveer**

Como hemos indicado con anterioridad, el CPCM contempla una autoridad judicial muy activa en cuanto a la gestión del proceso, pero de intervención limitada en el ámbito probatorio.

La proposición de pruebas corresponde exclusivamente a las partes. La autoridad judicial sólo podrá ordenar diligencias para esclarecer puntos oscuros o contradictorios, respecto de prueba que hubiese sido debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes. El artículo 321 prescribe que en el ejercicio de dicha facultad no se podrá practicar ningún medio probatorio que no hubiese sido introducido oportunamente por las partes, ni incorporar hechos nuevos bajo ninguna circunstancia. Con esos condicionantes, el artículo 7 habilita al juez o a la jueza a disponer "diligencias para mejor proveer".

El único medio que podría disponerse, estrictamente de oficio, es el reconocimiento judicial. En ese sentido, el artículo 390, parágrafo segundo, habilita que la autoridad judicial pueda disponer dicho medio probatorio cuando lo considere necesario para dictar sentencia.

En concordancia con lo expuesto, las facultades del juez o jueza durante el interrogatorio de testigos se limita a la realización de preguntas estrictamente aclaratorias, las que incluso pueden ser objetadas por las propias partes (art. 369). Norma similar se contempla a propósito de la prueba pericial, indicándose que la autoridad judicial podrá realizar preguntas al perito después de las realizadas por las partes y sobre algún punto que, según su prudencial criterio, requiera mayor claridad (art. 387).

## Reglas de producción de la prueba

El artículo 330 del CPCM regula los medios probatorios que serán admisibles, indicando que podrá producirse cualquiera de los que están regulados. Respecto de los no previstos, se admitirá cualquiera, siempre y cuando no afecte la moral o libertad personal de las partes o terceros. En este caso, se producirán de conformidad con las normas procesales del medio afín reglado.

A continuación, se presenta una tabla resumida con los medios probatorios regulados en el CPCM, su definición, regulación legal y los requisitos propios de admisibilidad.

*Tabla 30: Regulación de los medios probatorios en el CPCM*

Medio probatorio	Definición legal	Regulación	Requisitos propios de admisibilidad
Documentos	Públicos son los expedidos por notario que da fe y por autoridad o funcionario público en el ejercicio de su función. Privados son aquellos cuya autoría es atribuida a los particulares, se considerarán como tales aquellos que no hayan cumplido con las formalidades que la ley prevé para los públicos	Arts. 331 y 332	Deben ser acompañados con los escritos de inicio. Se contempla una excepción para la demandante, cuando debe presentar documentos para contradecir la prueba o alegatos presentados por la demandada en su contestación
Declaración de parte	No tiene	Art. 344	Rigen requisitos generales
Interrogatorio de testigos	Cualquier persona, salvo los que estén permanentemente privados de razón o del sentido indispensable para tener conocimiento de los hechos que son objeto de prueba	Art. 354	Rigen requisitos generales
Prueba pericial	No tiene	Art. 375	Necesidad de conocimientos científicos, artísticos o de alguna técnica especializada para la apreciación de algún hecho controvertido
Reconocimiento judicial	No tiene	Art. 390	Necesidad de que el juez o la jueza reconozcan por sí mismos a una persona, objeto o lugar, para el esclarecimiento de los hechos
Medios de reproducción del sonido, la voz o la imagen y almacenamiento de información	No tiene	Art. 396	Indicar lugar donde el material se encuentra para que la autoridad judicial lo requiera o se apersona

Fuente: elaboración propia

A continuación, se describirán algunas reglas comunes a todos los medios probatorios que por su impacto en la litigación y/o coherencia con el proceso por audiencias, es meritorio destacar. Luego brevemente, ciertos aspectos prácticos de aquellos más frecuentes o tradicionales.

### *Algunas reglas generales*

En el CPCM podemos apreciar que se dedica una sección completa a regular diversas normas generales sobre la prueba, entre las cuales se incluyen el mencionado derecho de probar, la admisibilidad y exclusión probatoria, el objeto de la prueba, prueba del derecho, cadena de custodia y aseguramiento de prueba (arts. 322, 323 y concs.).

Una de las normas generales que nos gustaría destacar es el artículo 325, vinculado con la acreditación de prueba material o tangible. Al respecto, el CPCM indica que cuando alguna de las partes pretenda probar sus hechos a través de un objeto, sustancia, fotografía, video, medios de almacenamiento de datos, imágenes, voz o información o mediante cualquier instrumento o documento de aquellos que no deban acompañarse en la demanda o contestación, éstas deberán incorporarlos a la audiencia probatoria mediante testimonio.

De los regímenes analizados, El Salvador aparece como el primero que regula una norma de esta naturaleza, la que destacamos positivamente por reconocer y volver operativa una de las razones técnicas que justifican un sistema por audiencias. Esto es, la calidad de la información que se puede generar mediante una audiencia pública y contradictoria.

En este sentido, es fundamental entender que la justificación de este contradictorio radica en la naturaleza del origen de cada fuente probatoria: la persona humana. Sea un testigo, perito, documento u objeto, el ser humano siempre participó de su creación. El hecho de haber participado en la producción de esa prueba, la dota de una subjetividad inculcable e inevitable. Para contrarrestar dicha subjetividad las partes pueden controvertir y "limpiar" lo más posible dicha prueba.

En función de ello, es fundamental regular la posibilidad de que la prueba material, documental o tangible pueda ser acreditada mediante testimonio de las personas correspondientes, ya que éste sería el único mecanismo que aseguraría la calidad de la información que está aportando dicho documento u objeto al proceso.

En lo sucesivo, el referido artículo regula con cierta minuciosidad el procedimiento de acreditación, el que básicamente se conforma de dos etapas: la primera que tiene por objetivo decidir sobre su admisibilidad y, la segunda, sobre su contenido sustantivo. El procedimiento implica una solicitud a la autoridad judicial para mostrar a la contraria y al testigo la respectiva prueba material, con el objetivo de que las partes la reconozcan y la parte que la presenta establezca las bases necesarias para su admisibilidad.

Una vez admitida la prueba, se procede –de forma similar– a realizar un interrogatorio al testigo sobre el contenido de la prueba.

### *Declaración de parte*

Este medio probatorio se encuentra regulado en los artículos 344 y siguientes, contemplando la declaración voluntaria de la propia parte (art. 344) y también la de la contraria (art. 345).



Las reglas que rigen su producción son similares a las que desarrollaremos a propósito de la interrogación de testigos. Por ejemplo, que las preguntas del examen se formularán de modo claro, preciso y oral, debiendo evitarse las opiniones, sugerencias, calificaciones o cualquier otra clase de indicación o comentario que pueda dirigir la contestación. A su vez, se indica expresamente que cuando el interrogatorio sea realizado por la parte contraria, aplicarán las normas del contrainterrogatorio de testigos. Esto último quiere decir que se permitirían las preguntas sugestivas.

El artículo 351 regula las consecuencias de la negativa a responder o la expresión de respuestas evasivas de la parte. Se precisa que "la negativa podrá ser considerada como reconocimiento de los hechos en que se hubiera intervenido y que fueran perjudiciales para aquéllos a los que se refieran las preguntas, salvo en el caso de que resulte amparado por la facultad de guardar secreto o el derecho a no autoincriminarse por un delito". Lo mismo aplicará cuando las respuestas fueran evasivas.

### *Prueba documental*

Como ya se expuso, la regla general del CPCM es que la aportación de documentos y dictámenes periciales debe realizarse con los escritos iniciales. Cuando no se cuente con ellos, se deberá indicar dónde se encuentran y solicitar las medidas pertinentes. En relación a los supuestos de excepción a dicha regla, remitimos a lo expuesto en el apartado V.2. Recordemos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 325, la prueba material o tangible deberá acreditarse en juicio mediante testimonio.

### *Prueba testimonial*

Los artículos 534 y siguientes regulan la prueba testimonial. Al igual que en la documental, primero se precisan sus aspectos sustantivos y luego los procesales. En lo que se refiere a la proposición de esta prueba, se indica que ésta deberá realizarse en la forma determinada por el código y contener la identidad de los testigos. El número de testigos que pueden comparecer en audiencia no está limitado, pero el juez o la jueza podrán hacerlo para evitar diligencias innecesarias.

Uno de los aspectos más destacables del CPCM, es que no se regulan tachas ni inhabilidades de testigos, salvo aquellas que puedan afectar una correcta percepción de los hechos. Por ejemplo, el estar permanentemente privado de razón o del sentido indispensable para tener dicho conocimiento. Es más, el CPCM no deja lugar a dudas sobre los elementos que determinarán la credibilidad del testigo, la cual "dependerá de las circunstancias o hechos que determinen la veracidad de sus declaraciones". Al respecto, se indica que las partes podrán cuestionar la credibilidad, utilizando cualquier medio de prueba y en base a las siguientes hipótesis:

- I. Comportamiento del testigo mientras declara o la forma en que lo hace;
- II. La naturaleza o carácter del testimonio;
- III. En el grado de capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar los hechos;
- IV. En la existencia de cualquier prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad que pudiera afectar el testimonio o,

## V. En manifestaciones o declaraciones anteriores.

Inclusive, se indica que no será admisible la impugnación de un testigo en base a sus creencias religiosas o convicciones políticas.

Respecto de la existencia de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad, cabe realizar una breve digresión. Si bien esta norma es totalmente distinta a la regulación tradicional de las tachas de testigos, se debe tener especial cuidado en que esta causal no abra la puerta a prácticas que respondan a las viejas estructuras donde un pariente o un amigo se presume interesado y parcial.

En este sentido, será fundamental considerar el requisito final de esta causal. Esto es, el hecho de que exista una actitud parcial que *efectivamente* pueda afectar el testimonio. Por dicho motivo, la regla general respecto a parientes, amigos, amigas, enemigos o enemigas, tendría que ser la credibilidad de éstos. Con base en la contradicción como método, creemos que la autoridad judicial debiera exigir a la parte que impugna la credibilidad, justificar y demostrar que el vínculo que dotaría de cierto carácter de parcialidad al testimonio del testigo, afecta de forma directa la credibilidad del testimonio. La parcialidad del testimonio podrá controlarse mediante el respectivo contrainterrogatorio.

El interrogatorio del testigo comienza con el juramento que la autoridad judicial tomará al testigo. Luego, la parte que lo presenta deberá acreditarlo e identificarlo, procediendo a realizar su examen. Una vez que ésta haya terminado, la contraria podrá contrainterrogarlo. Desde la perspectiva de la litigación y la calidad de la información, destacamos que el CPCM sea explícito al momento de permitir las preguntas sugestivas en el examen que realiza la parte contraria. Esta parte podrá utilizar documentos, actas de declaraciones anteriores o similares, con el objeto de demostrar o desvirtuar contradicciones o solicitar aclaraciones.

Concluido ello, la parte que presentó al testigo podrá volver a interrogarlo y, la contraria, contrainterrogarlo. En ambas intervenciones, las partes deberán limitarse a preguntar sobre materias que hayan derivado del interrogatorio anterior.

Por último, y como indicamos a propósito de las facultades probatorias de la autoridad judicial, ésta sólo podrá realizar preguntas aclaratorias con el límite que la imparcialidad le impone. Las partes podrán objetar estas preguntas e, incluso, interrogar sobre ellas al testigo.

### ***Prueba pericial***

En los artículos 375 y siguientes se regula la prueba pericial. Los dictámenes de parte deberán ser acompañados junto con la prueba documental al interponer la demanda o contestación.

En cuanto al momento de proposición, el artículo 381 indica que cuando se pretenda un perito judicial *in limine litis* y la urgencia del caso lo requiera, se deberá indicar en el escrito de alegación inicial, con identificación del objeto de prueba. También podrá proponerse durante la audiencia preparatoria o en la única audiencia del proceso abreviado.

Luego de haber visto los dictámenes periciales, las partes podrán solicitar la comparecencia del perito a la audiencia de juicio a fin de interrogarlo. En dicha audiencia, la parte que presentó al perito podrá requerir que el perito exponga el dictamen, lo aclare, ilustre y responda a las preguntas sobre el método seguido, premisas, conclusiones y otros aspectos pertinentes. Concluido dicho examen, la contraria tendrá el derecho a contrainterrogar.

Por su parte, el juez o la jueza podrán, en todo momento, interrogar al perito sobre algún punto en el que a su juicio se necesite mayor claridad.

## **6. PROCESOS COLECTIVOS O ACCIONES DE CLASE**

No hay referencias de este tipo de pretensiones en el CPCM. La única pauta tangencial la encontramos dentro de las diligencias preliminares. Allí se incorpora la determinación judicial del grupo de afectados en los procesos para la defensa de los intereses colectivos de personas consumidoras y usuarias. No se regula ningún proceso para este tipo de acciones.

Como hemos indicado a propósito del análisis de otros regímenes, la ausencia de regulación de este tipo de procesos vulnera la garantía de acceso a la justicia (colectiva) y el derecho al debido proceso colectivo. Su omisión supone, entre otras consecuencias, convalidar prácticas abusivas de daños individualmente no recuperables. Ello así, pues no existen incentivos para litigar este tipo de conflictos en clave individual.

Otra falencia que presenta el CPCM es que a la fecha se encuentran pendientes de regulación los procesos universales de quiebra y suspensión de pagos, hallándose vigentes las normas del Código de Procedimientos Civiles y la Ley de Procedimientos Mercantiles.

## **7. MECANISMOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

En El Salvador los MASC se encuentran regulados tanto en el CPCM como en la denominada Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

En su artículo 246 el código establece que antes de promover un proceso, y con el objeto de evitarlo, las partes *podrán* intentar un proceso de conciliación. De esto se deduce que en El Salvador la conciliación previa al proceso no tiene carácter obligatorio. Además, en la normativa relativa a las causales de inadmisibilidad de la demanda, no se considera tal el hecho de no haber acreditado un intento de conciliación o mediación previa.

No obstante lo anterior, las partes podrán participar de un proceso de conciliación extrajudicial que será conocido por los Juzgados de Paz competentes. El artículo 254 del CPCM indica que lo acordado en la conciliación tendrá fuerza ejecutiva entre las partes y será ejecutable mediante el trámite establecido para la ejecución de sentencias.

En lo que respecta a la conciliación que realiza la autoridad judicial dentro del proceso, el CPCM estatuye que ésta debe llevarse a cabo en la audiencia preparatoria. Su primer acto será, de hecho, el intento de conciliación. El objetivo de la conciliación será evitar la continuación innecesaria del proceso. Según lo indica el artículo 293, una vez abierta la audiencia preparatoria, el juez o jueza instarán a las partes para lograr un acuerdo en relación con la pretensión deducida en el proceso, advirtiendo los derechos y obligaciones que pudieran

corresponderles, sin que ello signifique prejuzgamiento del contenido de la eventual sentencia.

El acuerdo al que se arribe en este contexto se traduce en una transacción, y será examinado por la autoridad judicial. Ésta deberá revisar el contenido del acuerdo, comprobando que lo convenido no implique fraude de ley, abuso de derecho ni verse sobre derechos indisponibles. Tampoco debe comprometer el interés público o el de menores o realizarse en perjuicio de terceros. Este acuerdo, homologado judicialmente, puede impugnarse por las causas que invalidan los contratos. Una vez aprobado, constituirá título ejecutivo.

## 8. VÍAS DE IMPUGNACIÓN

Los medios de impugnación en el CPCM se encuentran regulados en los artículos 501 y siguientes. Se contempla el recurso de revocatoria, de apelación, de casación y la revisión de sentencias firmes. Profundizaremos en ciertas características de la apelación y casación.

### Apelación

La apelación tiene como finalidades revisar los siguientes aspectos:

1. La aplicación de las normas que rigen los actos y garantías del proceso;
2. Los hechos probados que se fijan en la resolución y la valoración de la prueba;
3. El derecho aplicado para resolver las cuestiones objeto de debate y
4. La prueba que no hubiera sido admitida (art. 510).

Podrá deducirse en contra de las sentencias y autos de primera instancia que pongan fin al proceso y de las resoluciones que expresamente señale la ley. Deberá interponerse por escrito antes del plazo de cinco días. Junto a este escrito, podrán acompañarse documentos que tengan relación con el fondo del asunto, siempre y cuando sean necesarios para la decisión del conflicto y sólo en aquellos casos en que sean posteriores a la audiencia probatoria o audiencia del proceso abreviado o si son anteriores a dichas audiencias, cuando la parte justifique haber tenido conocimiento de ellos con posterioridad a dicho momento procesal (art. 511).

En la audiencia del recurso se practicará la prueba que proceda y el tribunal oír a las partes, empezando por el apelado –para que éste se oponga o adhiera a la apelación– y luego al apelante con relación a la oposición (art. 514).

Respecto de la prueba, se indica que ambas partes podrán proponerla, siendo admisible sólo la que hubiera sido denegada indebidamente en primera instancia; la que no se hubiera podido practicar por cualquier causa no imputable al que solicite la prueba y cuando la prueba se refiera a hechos relevantes pero acaecidos con posterioridad al plazo para dictar sentencia en primera instancia.

En lo que dice relación a la prueba documental, se contempla que también podrá ser propuesta luego cuando, por alguna justa causa, no se hubieran aportado los documentos en primera instancia (art. 514).

## Casación

Los artículos 519 y siguientes se encargan de regular el recurso de casación, el cual “deberá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho” (art. 521). En cuanto a las causales que hacen procedente este recurso, el CPCM las separa en causales de fondo y de forma.

Entre las causales de fondo el recurso de casación será admisible en los casos en que se hubiera aplicado indebida o erróneamente la ley o cuando, directamente, ésta no se hubiera aplicado y cuando se hubiera infringido la doctrina legal, presente en casos de violación a la jurisprudencia del tribunal de casación. En este caso, se precisa que dicha jurisprudencia debe estar contenida en tres o más sentencias constantes, uniformes y no interrumpidas (art. 522).

Las causales de forma conforman un total de catorce. A modo ilustrativo podemos mencionar: el abuso, exceso o defecto de jurisdicción; la falta de competencia; la litispendencia y cosa juzgada; la denegación de prueba legalmente admisible; la infracción de requisitos internos y externos de la sentencia; etc. (art. 523).

Según el artículo 519, serán recurribles en materia civil y mercantil, las sentencias y autos pronunciados en apelación en procesos comunes y en los ejecutivos mercantiles cuyo documento base sea un título de valor y las sentencias pronunciadas en apelación en los procesos abreviados, cuando produzcan efectos de cosa juzgada sustancial.

Se puede concluir que uno de los fines u objetivos principales de este recurso es velar por la unificación de la jurisprudencia, pues más allá del motivo de fondo relacionado con la infracción a la jurisprudencia de casación, el artículo 524 establece que estas normas deberán aplicarse en la forma que más favorezca a la uniformidad de la jurisprudencia como medio para asegurar la igualdad ante la ley, seguridad y certidumbre jurídica.

El recurso deberá interponerse por escrito en el plazo de quince días. Si se admite, se mandará a oír a la parte contraria para que dentro de ocho días evacúe sus alegaciones. No existe previsión expresa alguna en torno a prueba o audiencias en instancia de casación.

## VII. Código Procesal Civil de Honduras

### 1. VIGENCIA Y PLAN DE IMPLEMENTACIÓN

El artículo 932 estableció que el Código Procesal Civil (CPC) entraría en vigencia 24 meses después de su publicación en el Diario Oficial La Gaceta. La publicación se llevó a cabo el día 26 de mayo de 2007, por lo que constituía derecho vigente desde el 26 de mayo de 2009.

En las disposiciones adicionales se preveía la creación de una Comisión Nacional de Coordinación Interinstitucional del Sistema de Justicia Civil de la República de Honduras (la cual estaba compuesta de manera plural y tenía como cometido central la implementación del nuevo sistema procesal) y de la Comisión de Notificaciones (que elaboraría los formatos y manuales de comunicaciones). También se establecía que, en el plazo de un año, el Poder Judicial debía proveer las dotaciones personales y materiales suficientes para que el sistema de justicia civil pudiera funcionar de manera adecuada.

No obstante, el 17 de agosto de 2009 se dictó el Decreto N° 168-2009, disponiendo la reforma al artículo 932 y la suspensión de la vigencia formal del CPC. Al mismo tiempo, estableció que la nueva entrada en vigencia del CPC sería el 1 de noviembre de 2010.

Dicha decisión encontró justificación en distintas consideraciones que tenían como denominador común la ausencia de condiciones para su adecuada implementación y puesta en práctica. Entre otras razones se sostuvo que los órganos llamados a implementar el nuevo CPC no contaban con la infraestructura y logística requeridas; los operadores o servidores de justicia no se encontraban debidamente capacitados y se carecía de herramientas de gestión imprescindibles que debían ser aprobados por la Corte Suprema de Justicia, tales como manuales, diagramas de flujo, formularios y reglamentos.

En definitiva, el CPC había entrado formalmente en vigencia y, sin embargo, por las razones explicitadas, no había sido posible su instrumentación. Como señalamos, recién se tornó efectivamente operativo el 1 de noviembre de 2010.

En cuanto a su implementación, tampoco se advierte que haya sido estructurada y ejecutada con perspectiva integral y/o enfoque de política pública. No se encontró información relevante al respecto.

Esto resulta problemático porque el cambio propuesto con la reforma al Código de Procedimientos Civiles de 1906 era verdaderamente radical en términos de concepción y ejercicio de derechos y administración de poder<sup>238</sup>. Parecía existir, de hecho, consenso y consciencia entre los actores sociales involucrados en el proceso de reforma acerca de la necesidad

<sup>238</sup> "La intención de aprobar un nuevo Código se fundamentaba en la existencia de un consenso político-jurídico, muy amplio, que ha liderado la Corte Suprema de Justicia en íntima colaboración con el Congreso Nacional, para modificar el vigente sistema de enjuiciamiento civil hondureño y aprobar un nuevo Código imbuido de los principios que debían regir un proceso civil moderno" (Programa de Fortalecimiento del Estado de Derecho en Honduras, Módulo 4. Explicación instructiva del Nuevo Código Procesal Civil de Honduras, marzo 2007).

de instrumentar un plan acorde a la envergadura de la modificación<sup>239</sup> y las disposiciones adicionales citadas habían previsto la complejidad de la labor, institucionalizando órganos al efecto.

En cuanto a capacitaciones, sólo se hallaron, aunque aislados y asistémicos, algunos programas pertenecientes a Universidades<sup>240</sup> o entidades cooperativas<sup>241</sup>. El hecho de que haya tenido que suspenderse la aplicación del CPC por quince meses en razón de la falta de elementos y condiciones esenciales, da cuenta de la ausencia de planificación estructural.

## 2. OBJETIVOS DEL PROCESO Y PRINCIPIOS RECTORES

El CPC no explicita sus objetivos. Sin embargo, éstos pueden reconstruirse a partir de las reglas y principios adoptados. En ese sentido, podemos afirmar que el proceso tiene las siguientes finalidades: (i) garantizar la tutela judicial efectiva (arts. 1, 16 y concs.); (ii) habilitar una instancia de discusión racional y simplificada, donde el contradictorio sea amplio, igualitario y real (arts. 3, 4, 5, 6, 17 y concs.); (iii) facilitar la composición y/o resolución adecuada del conflicto (arts. 10, 11, 12 y concs.) y (iv) realizar concreta y oportunamente lo compuesto o decidido (arts. 14 y concs.)<sup>242</sup>.

Un punto por destacar vinculado con los objetivos es que, más allá de las objeciones que el CPC merezca, el sistema que propicia tiene pretensión de coherencia: el amplio acceso a la justicia encuentra correlato con el reforzamiento de la primera instancia, la simplificación procedimental, amplificación del contradictorio, limitación recursiva<sup>243</sup> y ejecución provisional<sup>244</sup>.

El CPC se inicia con un título preliminar que condensa las reglas y principios que el régimen procesal estima fundamentales y que sirven para entender e interpretar el sentido y alcance de su sistemática.

Los principios regulados son:

1. *Derecho de acceso a la justicia*: el juez o la jueza tienen el deber de garantizar la tutela judicial efectiva, removiendo los impedimentos que se puedan producir y posibilitando su ejercicio, por ejemplo, proveyendo de asistencia jurídica gratuita a quien lo requiera (arts. 82, 83 y 80, Constitución Política de Honduras; 1, 83 inc. 2, 90, 91, 742 y concs., CPC).

<sup>239</sup> Ver en tal sentido el propio dictamen sobre el Proyecto de Código Procesal Civil de la Comisión Ordinaria de Asuntos Judiciales, designada por la Presidencia del Congreso Nacional con fecha 30 de mayo de 2006. En él se explicita que "no será fácil lograr la implementación rápida y eficaz de la norma que encarne el nuevo Código Procesal Civil, dado su carácter tremendamente novedoso y moderno que se enfrenta, como ha sucedido en otros ordenamientos y países, al peso de la tradición".

<sup>240</sup> Por ejemplo, como parte del contenido de un Magister en Derecho Procesal, pero no como plan de acción del Estado o Poder Judicial.

<sup>241</sup> Programa de Fortalecimiento del Estado de Derecho (...), ob. cit.

<sup>242</sup> "El trabajo dictaminador de esta Comisión se ha dirigido a la consagración de los principios y la creación de los procedimientos que permitan la efectiva solución de las controversias que se sometan a la jurisdicción civil, lo que está ineludiblemente vinculado al cumplimiento del Artículo 1 de la Constitución de la República que establece que "Honduras es un Estado de derecho, soberano, constituido como república libre, democrática e independiente para asegurar a sus habitantes el goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social" (Del dictamen al CPC de la Comisión Ordinaria de Asuntos Judiciales, ob. cit.).

<sup>243</sup> Por ejemplo, se instituye el efecto diferido en la apelación, posponiendo la expresión de agravios para el momento de la impugnación de la sentencia definitiva de primera instancia (ver art. 708 del CPC).

<sup>244</sup> Arts. 1, 208, 708, 714, 771 al 781 y concs., CPC.

2. *Debido proceso individual y colectivo*: se reconoce como parte del mismo la amplitud de pretensiones y el derecho a una resolución justa y motivada (arts. 3, 2, 13, 207 y concs.).
3. *Contradicción*: admitiendo la dualidad de posiciones, el CPC enfatiza el contradictorio como método de debate dentro de un marco dialógico. De ese modo, reconoce que las partes tienen derecho a ser oídas antes de adoptar cualquier decisión que afecte directa o indirectamente la conclusión del proceso, sea en instancia o en etapa recursiva, en un proceso ordinario o especial. Inclusive, para la adopción de medidas cautelares y fase de ejecución, salvo que voluntariamente se coloquen en situación de rebeldía o que sea contraria la audiencia a la propia finalidad del acto (v.gr., frustre la medida cautelar), lo que deberá estar expresamente previsto (arts. 4, 25 inc. 2 y concs.).
4. *Igualdad*: el CPC no sólo dispone la interdicción de la discriminación, sino que impone al tribunal el deber positivo de garantizar la igualdad material entre las partes (arts. 4 y concs.).
5. *Buena fe, veracidad y ejercicio de la vía procesal adecuada*: la conducta de los sujetos intervinientes debe ser veraz, proba, leal y de buena fe. El juez debe prevenir, sancionar, rechazar de plano o reparar el abuso del derecho y/o los perjuicios que generen los actos contrarios a dichos principios (art. 6).
6. *Legalidad procesal y formas*: el proceso civil se desarrollará según las disposiciones del CPC, las cuales se consideran imperativas y obligatorias para el órgano jurisdiccional, las partes y terceros que intervengan. Sin embargo, también dispone que el órgano jurisdiccional “adecuará la exigencia de las normas al logro de los fines del proceso respetando las garantías legalmente previstas” (arts. 7, 115 y concs.).
7. *Economía procesal*: se entiende como la reducción de tiempo, costo y esfuerzo, sin que ello afecte el carácter imperativo de las actuaciones ni las garantías procesales (art. 8).
8. *Oportunidad*: toda actuación judicial es iniciada a instancia de parte (art. 9)245.
9. *Dispositivo*: el CPC lo concibe como la potestad de las partes de determinar la pretensión y su alcance. Recoge dentro de este principio el de congruencia, al señalar que la decisión que resuelva el proceso debe guardar correlato con las peticiones planteadas y que el contenido del título de ejecución determina los límites de la actividad ejecutiva. De allí que sean nulos los actos de ejecución que se extiendan a cuestiones que no integraron la litis, la pretensión declarada o que contradigan su contenido (arts. 10, 12 inc. 5, 206, 208, 210.5, 214.2, 424.1 y 2. g, 434, 743, 744 y concs.).
10. *Aportación de parte de los hechos y pruebas*: se halla prohibida la contribución al proceso del conocimiento privado del juez o la jueza, quienes en ningún caso intervendrán de oficio en la fase de alegaciones o probatoria, salvo expresa autorización del CPC (arts. 11, 287, 229.1, 234, 238, 239, 241, 425, 583.3 y concs.).

245 “Ningún proceso civil, ni siquiera aquellos en los que la materia a decidir tiene carácter público o semipúblico, puede iniciarse de oficio” (Programa de Fortalecimiento del Estado (...), ob. cit.).



11. *Dirección del proceso en cabeza del juez o jueza e impulso de oficio*: su omisión se considera falta grave. Idéntico deber tienen los funcionarios, haciéndolos pasibles de la imposición de multas y responsabilizándolos civil y penalmente por los perjuicios<sup>246</sup>.

12. *Oralidad*: se instituye como regla y matriz en la sustanciación, prueba y alegación. Los actos procesales que tengan que celebrarse por escrito deben facilitar la aplicación del principio de oralidad (arts. 15, 115.2, 132, 152 y concs.).

13. *Inmediación*: por regla, la autoridad judicial que dicte la sentencia debe ser la que presencié y dirigió la práctica de las pruebas, so pena de nulidad (arts. 16, 133, 159 inc. 4 y concs.).

14. *Concentración* (arts. 17, 120.2, 174.5 y concs.).

15. *Elasticidad y preclusión*: el ejercicio de una facultad o fenecimiento del plazo previsto a tal fin impide su reedición. No obstante, el CPC habilita a que, en los actos orales del proceso, bajo la dirección de la autoridad judicial, las partes pueden alegar lo que consideren conveniente a su derecho, así como aportar pruebas sobre ello, salvo que la ley fije términos preclusivos (arts. 18, 126, 123 y concs.).

16. *Subsanación*: en tanto se trate de actos procesales anulables y siempre que se hubiera manifestado la voluntad de las partes de cumplir los requisitos exigidos por la ley (arts. 20 y 426).

17. *Publicidad*: toda actuación debe realizarse en audiencia pública, salvo los casos exceptuados por el CPC, otras leyes, razones de orden público o cuando el juez o la jueza así lo dispongan para proteger la familia, la imagen o la intimidad de cualquiera de las partes o de terceros (arts. 19, 131, 134 y concs.).

18. *Doble instancia*: en ningún proceso habrá más de dos instancias, sin perjuicio de los recursos extraordinarios en los casos previstos (arts. 303 segundo párrafo, Constitución de Honduras; 14, CPC).

Del articulado también surgen otros principios, sean autónomos o modulaciones de los señalados, como por ejemplo, el del juez natural (art. 27) o imparcialidad (arts. 52 y concs.).

Además de los principios, el título preliminar incorpora reglas en torno a las clases de pretensiones admitidas, introduciendo una fórmula enunciativa, amplia y general que admite cualquier conflicto de base jurídica (*caso judicial*); facultades procesales del juez; valoración razonada de la prueba y prohibición de arbitrariedad (aunque persisten resabios tasados en torno a prueba documental y declaración de partes); aplicación de la norma procesal y carácter supletorio del CPC, salvo previsión o excepción expresa (arts. 2, 3, 12, 931 y concs.).

Existen algunas contradicciones o tensiones entre los principios y reglas adoptados entre sí y entre ellas y las finalidades y cambios que procuran realizarse. Damos ejemplo de ellas: el

<sup>246</sup> Arts. 304, 305, 321 a 327 de la Constitución de la República de Honduras; 11, 31, 41, 42, 53, 69.2, 81.4, 122, 126 inc. 3, 127, 129, 135, 214.1, 229.2, 259.1, y concs del CPC.

concepto de legalidad que se instituye al afirmar la condición de imperativas de las reglas del CPC, con la instrumentalidad de las formas como mecanismo para la mejor tramitación del conflicto (*case management* y/o acuerdos procesales); la oportunidad, con el deber estatal de protección oficiosa en caso de colectivos en situación de vulnerabilidad (por ejemplo, niños, niñas y adolescentes), sea para su promoción o la ejecución de la sentencia; y/o, la adopción de la oralidad como metodología de trabajo, con la conservación de un expediente escrito como registro central o la presencia del secretario como relator en la audiencia (arts. 115.4, 153, 154, 155, 174.1, 182, 403 y concs.).

A fin de reducir la discrecionalidad en la aplicación, el problema de la acumulación de sentidos contrapuestos y realizar mejor los derechos en juego, los principios y reglas deberían pensarse de manera interrelacionada e integral, desde la conflictividad que pretenden resolver, con base en el esquema constitucional y procesal adoptado y en miras a realizar sus objetivos y finalidades.

### **3. ROL ACTIVO DEL JUEZ O JUEZA: DIRECCIÓN DEL PROCESO COMO MEDIO**

El CPC estatuye que la dirección del proceso estará a cargo del juez o de la jueza, quienes deberán controlar de oficio la concurrencia de todos los presupuestos procesales, así como la inexistencia de motivos de nulidad antes de dictar sentencia (art. 12). Por ejemplo, la falta de capacidad para ser parte y actuar en juicio (arts. 59 y 60).

De igual modo, la autoridad judicial podrá subsanar los defectos de los actos procesales anulables de las partes, siempre que en dichos actos se hubiera manifestado la voluntad de cumplir los requisitos de la ley (arts. 20, 426, 434 y concs.). Cuando no fuera subsanable podrá decretar de oficio la nulidad, previa audiencia. En instancia recursiva sólo lo podrá realizar cuando haya sido parte de los agravios, salvo que se trate de un supuesto de ausencia de competencia o hubiera existido violencia o intimidación que afectara al tribunal (arts. 214.2 y 3).

Otra manifestación clara de su condición y rol para dirigir es que la autoridad judicial tiene el deber de impulsar de oficio el proceso, siendo responsable por cualquier demora ocasionada por su negligencia (art. 167)<sup>247</sup>. También se encuentra facultada para intervenir directamente en el proceso en los casos que prevea el CPC, siempre y cuando sea en aras de la obtención de una decisión justa que no menoscabe el principio dispositivo y el de aportación de parte (art. 12.3). Finalmente, deberá adoptar de oficio una medida cautelar distinta de la solicitada (siempre que sea menos rigurosa que ésta), integrar la *litis* emplazando a las personas interesadas (art. 69.2) o reconstruir las actuaciones (art. 158.3).

En línea con lo expuesto, el juez o la jueza, presidente/a del Tribunal, tienen la responsabilidad de la dirección de los debates en las audiencias. Deben mantener el orden, velar por el respeto y consideración a los órganos jurisdiccionales, corrigiendo en el acto las faltas que se cometan. Asimismo, deben encargarse de agilizar el desarrollo de las audiencias, procurando regular las intervenciones de las partes y que éstas se sujeten al objeto del debate (arts. 115.2, 174, 175 y concs.).

<sup>247</sup> Se exceptúan del impulso de oficio los casos expresamente señalados por el CPC.

En el dictamen que antecede al CPC se sostiene que “la opción del Código es negar que el Juez sea un mero espectador y, al propio tiempo, impedir que se convierta en director del proceso. Hallar el justo término medio es lo que se ha pretendido. Por eso en los momentos en que deba intervenir, se le ha otorgado esa posibilidad, siempre colaborando con las partes”<sup>248</sup>.

Este párrafo permite visibilizar varias cuestiones. Primero, que se instituye un/a juez/a presente y responsable de la gestión del proceso. Segundo, que existen reparos en torno al alcance del rol. Tercero, que se confunde dirección con ejercicio autoritario del poder o, por lo menos, que hay cierta preocupación en torno a que ello suceda. Cuarto, que se entiende al proceso como una instancia colaborativa.

De la lectura integral del CPC puede reafirmarse: (i) la autoridad judicial asume la dirección del proceso, con amplias facultades y responsabilidades; (ii) esa dirección encuentra como instancia de control a las propias partes, lo que explica la amplificación del contradictorio por parte del CPC previo a cada toma de decisión y (iii) la dirección es concebida y opera como un medio para realizar los fines del proceso dentro de un marco dialógico.

Por ejemplo, la regla es que el tribunal declare de oficio la ausencia de competencia para conocer en el conflicto. No obstante, el CPC impone al juez o a la jueza que sea en la primera oportunidad-procurando con ello optimizar la economía y utilidad jurisdiccional-y que escuchan a las partes, resguardando el contradictorio (arts. 25, 31, 33, 41).

Tanto en lo concerniente a conflictos que involucren sujetos desaventajados o bienes de tutela convencional preferente como en los colectivos o de interés público, el rol de dirección y gestión del conflicto se deberían acentuar. El CPC no trae prescripciones claras y sistemáticas al efecto<sup>249</sup>. La validez, legitimidad, características, implicancias e interés involucrado, justifican un tratamiento diferenciado.

En cuanto a la autoridad judicial como sujeto del proceso, se organiza una regulación sistemática y ordenada de los presupuestos que afectan al órgano jurisdiccional (v.gr., competencia, excusación y/o recusación), reforzando el control de oficio (arts. 52 y concs.).

#### **4. PROCEDIMIENTOS REGULADOS Y SUS RESPECTIVAS AUDIENCIAS**

El Código Procesal de 1906 establecía un proceso ordinario complejo e inútil en la práctica, circunstancia que motivó al legislador a vaciarlo de contenido y crear numerosos procesos especiales. Todo ello llevó a una situación caótica, insostenible en la configuración y estructuración de un proceso civil moderno<sup>250</sup>.

Partiendo de esa premisa y en consonancia con el movimiento regional y universal en la materia, el CPC depura y simplifica las estructuras de discusión existentes. De ese modo, limita la cantidad de procesos ordinarios y especiales y adopta como matriz, por regla, un

<sup>248</sup> Del dictamen al CPC de la Comisión Ordinaria de Asuntos Judiciales, ob. cit.

<sup>249</sup> En materia de procesos colectivos, se reconoce al juez la potestad de separar en la audiencia preliminar las peticiones en distintos procesos, siempre que la separación represente economía procesal o facilite la conducción del proceso (art. 576.2. CPC).

<sup>250</sup> Del dictamen al CPC de la Comisión Ordinaria de Asuntos Judiciales, ob. cit.

esquema oral por audiencias. Si bien los actos postulatorios o recursos más relevantes son escritos<sup>251</sup>, el método que ordena el contradictorio es oral.

En el caso del proceso ordinario se instituyen dos grandes esquemas de discusión para conflictos que requieren decisiones adjudicativas: uno de conocimiento amplio (audiencia preliminar y de juicio) y otro abreviado (audiencia multipropósito). Los especiales están organizados bajo similar estructura (en general, abreviada), aunque presentan modulaciones propias en razón de las particularidades que los caracterizan. Brindaremos algunas pautas arquetípicas de algunos de ellos.

### *Procesos declarativos*

Toda pretensión que se deduzca ante tribunales civiles que no tenga señalada por ley una tramitación especial, será decidida mediante proceso declarativo (art. 398). Entre estos existen dos estructuras de conocimiento: la ordinaria (amplia) y abreviada (simplificada). Para determinar qué conflictos tramitarán mediante cada estructura procesal, el legislador utilizó dos de los criterios comúnmente reconocidos: el tipo de conflicto-materia y la cuantía de lo pretendido<sup>252</sup>.

#### **1. Proceso ordinario**

Se tramitarán por proceso ordinario las pretensiones que versen sobre las siguientes materias, independientemente de su cuantía: tutela de derechos fundamentales y honoríficos; impugnación de acuerdos sociales; competencia desleal; propiedad industrial; publicidad; condiciones generales de contratación; arrendamientos urbanos o rurales de bienes inmuebles, salvo que se trate de la expiración del arrendamiento por las causas establecidas en la ley de inquilinato; retracto; declaración de la responsabilidad civil de jueces, magistrados y miembros del Ministerio Público; pretensiones colectivas y acciones reivindicatorias de bienes inmuebles.

Con prescindencia de la materia de que se trate, también tramitarán por dicha vía las demandas cuya cuantía superen cien mil lempiras (L 100,000.00)<sup>253</sup>, y aquellas cuyo interés económico resulte imposible calcular.

Siendo que las normas sobre la clase de proceso por el que habrá de sustanciarse una pretensión tienen carácter imperativo, podrán ser apreciadas de oficio por el juez o la jueza. El demandado podrá impugnar en la contestación a la demanda la clase de proceso adoptada y la cuestión será resuelta en la audiencia preliminar (arts. 403 y 404.1 y 2).

Para cada una de las materias mencionadas, el CPC contempla ciertas especialidades en su tramitación, las que son reguladas de manera diferenciada. Esa decisión es problemática porque supone crear una pluralidad injustificada de vías que atentan contra la simplifica-

<sup>251</sup> Arts. 424, 425, 434, 583, 584, 695, 709, 721.1, 732.1 y concs., CPC.

<sup>252</sup> Arts. 399, 400, 401 y concs., CPC.

<sup>253</sup> Dicha cuantía fue fijada por Decreto No. 21-2015 de fecha 17 de marzo de 2015 y publicada en el Diario Oficial la Gaceta No. 33.882 de fecha 13 de noviembre de 2015. La reforma es cuestionada, alegándose que el legislador no modificó la regla que atribuye la competencia objetiva (esto es, el artículo 29.2 del CPC).

ción, flexibilidad, claridad, seguridad y previsibilidad en las reglas de discusión. La especialidad puede resguardarse con las adecuaciones a los marcos generales sin reproducir procesos *ad hoc* para cada tipo de “conflicto-pretensión”.

El proceso ordinario está estructurado bajo un esquema de doble audiencia: preliminar y probatoria.

Trabada la *Litis* o declarada la rebeldía, la autoridad judicial debe convocar a las partes a una audiencia preliminar que se fija en un plazo no mayor de veinte días contados desde la convocatoria judicial. Las partes deben concurrir personalmente<sup>254</sup>. Si por motivo fundado envían un representante, éste debe contar con poder suficiente para conciliar, renunciar, allanarse o transigir. En otro caso se les tendrá por no comparecidas. La audiencia sólo puede diferirse por una vez, cuando se acredite en debida forma razones de fuerza mayor. Cuando se ausentan ambas partes y sus apoderados, el juez o la jueza ponen fin al proceso. Lo mismo hará la autoridad judicial cuando no asista el demandante o su apoderado y el demandado no muestren interés legítimo en la prosecución del proceso (arts. 444, 445, 446 y concs.).

La audiencia preliminar tiene por objetivos: intentar la conciliación de las partes, evitando la continuación innecesaria del proceso. Al gestionar la conciliación el juez advertirá a las partes de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles. Sin prejuzgar el contenido de la eventual sentencia, podrá proponer soluciones o fórmulas de arreglo al conflicto; sanear los defectos procesales denunciados; fijar con precisión el objeto del juicio y los términos de su debate; proponer y admitir la prueba de la que intentarán valerse las partes; y, cuando corresponda, la fecha de la audiencia probatoria (arts. 444, 447, 448, 449, 465, 472 y concs.)<sup>255</sup>.

Cuando exista conformidad sobre los hechos y la discusión se reduzca a una cuestión sobre derecho o toda la prueba admitida se halle producida, luego del alegato de las partes, se pondrá fin a la audiencia preliminar y se abrirá el plazo para dictar sentencia. El CPC no limita la actividad probatoria a la documental sino a toda la que se hubiera incorporado o la que pudiera practicarse en el acto, como por ejemplo, el interrogatorio de parte (arts. 464, 474 y 475).

Si hubiera que producir prueba más allá de la introducida, se fijará una audiencia probatoria (o de juicio) que deberá celebrarse en el plazo de dos meses posteriores a la preliminar. Ésta tiene como cometido central la práctica oral y pública de todas las fuentes y medios probatorios oportunamente admitidos. También es la instancia en que las partes podrán efectuar sus alegatos finales (arts. 465.1, 466 y 473).

<sup>254</sup> La incomparecencia debe ser justificada (art. 445, CPC). Actualmente, en caso de no justificar la incomparecencia del representante, los juzgados archivan las diligencias, en el entendido que el legislador busca que las partes en contienda lleguen por sí mismas a un arreglo.

<sup>255</sup> “Especial relevancia tiene la audiencia preliminar en la que, en un único trámite y en presencia del juez, que inevitablemente debe haber efectuado un estudio previo de la demanda y de la contestación, se propiciará la conciliación entre las partes (...). La exigencia racional y constitucional de la efectividad de la tutela judicial obliga a la introducción de esta audiencia preliminar, en la que se resuelvan las eventuales cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, de modo que se eviten al máximo las sentencias que no entren sobre el asunto litigioso (...)” (Del dictamen al CPC de la Comisión Ordinaria de Asuntos Judiciales, ob. cit.).

El CPC habilita a celebrar una o más audiencias probatorias, circunstancia que atenta contra la necesidad de concentración, economía procesal y contradictorio. La fragmentación en la producción probatoria no sólo genera un mayor dispendio jurisdiccional, sino que debilita la confrontación de la información que reportan las fuentes probatorias y, por ende, la potencia de la inmediación.

Las partes comunicarán al tribunal los testigos y peritos que deberán ser citados por la oficina judicial, entendiéndose que los demás asistirán por cuenta de la parte proponente. La citación se practicará con antelación suficiente a la fecha de inicio de la audiencia probatoria (art. 465.2).

Durante el curso de los alegatos o finalizados, la autoridad judicial podrá solicitar las aclaraciones que considere pertinentes. La sentencia debe pronunciarse en el plazo de diez días siguientes a la finalización de la audiencia (arts. 476 y 480).

## 2. Proceso abreviado

El CPC prescribe que tramitarán mediante proceso abreviado los casos en que se conozcan demandas: i) entre comuneros, conforme al Código Civil; pago por consignación; expiración del arrendamiento e impugnación de depósitos por las causas establecidas en la Ley de Inquilinato; pretensiones posesorias; calificación registral; rectificación de hechos o informaciones inexactas y perjudiciales; arrendamientos financieros y venta de bienes muebles a plazo; propiedad horizontal; prescripción adquisitiva, deslinde y amojonamiento; pretensiones derivadas de accidentes de tránsito y ii) la demanda cuya cuantía no sea superior a los cien mil lempiras (art. 400).

Aun sopesando la aplicación oficiosa del derecho, la menor complejidad de los conflictos que por el proceso abreviado se dirimen o la posibilidad de instrumentar formularios normalizados, resulta llamativo que en este procedimiento el demandante no esté obligado a fundamentar jurídicamente la demanda. Especialmente, si tenemos en cuenta la pluralidad de fuentes normativas, el carácter argumental, complejo y cultural del derecho y la incidencia de la labor interpretativa (arts. 583.2 y 584).

El demandado puede reconvenir, siempre que su pretensión esté comprendida en el ámbito del proceso abreviado y tenga conexión con la pretensión de la demanda principal. Debe ponerlo en conocimiento del demandante con cinco días de antelación a la audiencia preliminar<sup>256</sup>, expresando los hechos en que se funda, sus pruebas y la petición en que se concreta (art. 589).

La autoridad judicial controla de oficio la adjudicación del tipo de proceso. El demandado puede impugnarla en la audiencia multipropósito, debiendo resolverse en el acto, luego de haber escuchado al demandante y antes de entrar en el fondo del asunto (arts. 404.3, 591.2 y 592).

Como ocurre con el proceso de conocimiento amplio (ordinario), para cada una de las materias mencionadas en el punto i) arriba desarrollado, el CPC contempla regulaciones diferenciadas.

---

<sup>256</sup> Salvo que el demandante ya tuviera conocimiento de ello al haberse expresado en el acto de conciliación previo al proceso.

El proceso abreviado prevé una única audiencia multipropósito que debe celebrarse entre los diez y veinte días desde la citación del demandado. En ella se concentran los cometidos de la audiencia preliminar y de prueba. De allí que durante la misma se intente la conciliación entre las partes, se trabaje, depure y fije oralmente el contradictorio (contestación, excepciones preliminares, reconvencción y sus correspondientes traslados); se proponga, admita y practique la prueba y se efectúen los alegatos (arts. 588.4 y 590). En todo lo no regulado y con las modulaciones del caso, aplican supletoriamente las reglas de las audiencias preliminar y de prueba del proceso ordinario.

### *Procesos no dispositivos*

Estos procesos regulan los esquemas de discusión de conflictos en materia de estado, personalidad, capacidad o familia. Se caracterizan por la indisponibilidad de su objeto; la intervención del Ministerio Público; la necesaria representación de patrocinio letrado; el trabajo interdisciplinario y el aumento de las facultades de la autoridad judicial en materia de prueba, debido al interés público que concurre en estos procesos. En estos procesos, por ejemplo, no vinculará al tribunal la conformidad de las partes sobre los hechos el silencio o las respuestas evasivas sobre los hechos alegados, ni las disposiciones en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes y de los documentos (arts. 629, 630, 631, 632 y concs.).

### *Proceso monitorio*

El proceso monitorio procede para las pretensiones que tienen como fin únicamente el pago de una deuda de dinero vencida, exigible y documentada, de cantidad determinada en lempiras o en moneda extranjera legal, hasta un límite de doscientos mil lempiras. Se admite cualquier documento que acredite créditos y débitos normales en el tráfico económico diario (arts. 676 y 677)<sup>257</sup>, como por ejemplo, facturas de profesionales o empresarios medianos y pequeños entre los que cuentan fontaneros, pintores, mecánicos, tenderos o libreros.

La demanda puede ser interpuesta por las propias partes, sin patrocinio letrado, cuando la cuantía de la deuda sea inferior a cinco mil lempiras (L 5,000.00). Cuando la exceda, sí es obligatoria la representación procesal de las partes (arts. 80, 79.4, 679.3 y concs.). La estructura de este proceso se caracteriza por invertir el contradictorio. Admitida la demanda, se requiere de pago y notifica al demandado. En caso de oposición, el procedimiento se transforma en ordinario o abreviado según su cuantía, siendo aplicables las audiencias que en cada uno de estos procesos se regulan. No se admite reconvencción (arts. 679, 680, 681 y concs.).

### *Tutela Sumaria*

La tutela sumaria se instituye como un proceso especial, urgente y autónomo. No está supeditada a un proceso existente ni es necesario exigir la apertura de otro posterior. Este

<sup>257</sup> "Se introduce en el ordenamiento jurídico hondureño, partiendo de la mejor tradición europea, e incorporando los avances de las reclamaciones de pequeña cuantía anglosajonas y las previsiones del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, el proceso monitorio. La idea esencial es, a la vista de la realidad social, que el acreedor consiga un título ejecutivo de forma rápida, que le permita las máximas garantías en el cobro de la deuda si no hay oposición de deudor" (Del dictamen al CPC de la Comisión Ordinaria de Asuntos Judiciales, ob. cit.).

proceso es admisible en todos los supuestos en los que las relaciones jurídicas de dos o más personas deban ser provisionalmente reguladas en su alcance, extensión y modo de ser, mientras o hasta que se decida en forma definitiva el derecho que a cada uno corresponde.

La solicitud de tutela sumaria no exige la presentación simultánea o sucesiva de una demanda en un proceso declarativo y es incompatible con la adopción de medidas cautelares (art. 686.3).

Como requisitos para su admisión están las razones de especial urgencia, la necesidad de mantener la paz jurídica o evitar la creación o consolidación de situaciones de hecho, acreditando interés legítimo y suficiente. La tutela sumaria se ciñe mayoritariamente a los términos del proceso abreviado (arts. 686, 687.2 y concs.).

#### *e. Proceso ejecutorio*

A diferencia del Código Procesal de 1906, el CPC regula en su libro VI la ejecución forzosa con pretensión de unidad y sistematicidad, comprendiendo tanto títulos judiciales, extrajudiciales como los de "ejecución".

El derecho a la ejecución forzosa tiene por finalidad hacer cumplir el contenido del título ejecutorio y dotar de efectividad la tutela judicial otorgada. El CPC reconoce la facultad de acumular los procesos de ejecución que se tengan contra un mismo deudor ejecutado (arts. 742, 743, 744, 745 y concs.).

Los distintos tipos de ejecución instituidos son:

##### *e. 1. Ejecución de títulos judiciales*

Se consideran títulos ejecutables las sentencias judiciales y arbitrales de condena que se hallen firmes; los acuerdos y transacciones judiciales aprobados y homologados judicialmente; las multas procesales impuestas por un tribunal y cualquier otra resolución judicial que, conforme al Código u otras leyes, lleve aparejada ejecución (art. 751).

También comprende la ejecución de títulos extranjeros. Su fuerza ejecutoria está condicionada por el alcance de los compromisos internacionales. Cuando el título provenga de algún Estado con el que Honduras tiene reciprocidad u organismos internacionales a los que pertenece, la eficacia será directa. Si no existen tratados, quien pretenda ejecutar una sentencia extranjera deberá promover el exequátur o procedimiento de validación (arts. 753, 754, 755 y concs.). Se rompe con ello el esquema rígido fundado en la soberanía nacional como argumento, facilitando y promoviendo la cooperación judicial internacional como medio para la protección de derechos y construcción de ciudadanía.

La pretensión ejecutoria se interpone por escrito. Acreditados los recaudos, el juez o la jueza ordenarán el mandamiento de ejecución, mediante el cual se exige el cumplimiento de la prestación y se procede al embargo de bienes. Cuando exista oposición a la ejecución, ésta se sustanciará de acuerdo a lo previsto en los incidentes presentados por escrito (arts. 757, 758, 760, 763 y concs.).



### *e. 2: Ejecución provisional*

El CPC introduce la ejecución provisional de sentencias de condena mientras existan recursos con efecto no suspensivo (devolutivos) pendientes (arts. 771, 772 y concs.).

Esa decisión de política legislativa se ha justificado en la necesidad de proporcionar “a los acreedores que disponen de un título fiable, instrumentos procesales oportunos para conseguir una rápida y eficaz tutela de su derecho de crédito frente al deudor que resulta incumplidor. (...) Se quiere proteger al litigante que resultó ganador en la primera instancia, de manera que pueda obtener el cumplimiento de la resolución de que se trate, aunque contra ella se haya interpuesto los recursos legalmente establecidos”<sup>258</sup>.

La parte que hubiera obtenido sentencia favorable debe solicitar por escrito la ejecución provisional. Podrá formularla en cualquier momento desde que conste la pendencia de un recurso devolutivo y antes de que se dicte sentencia en él (art. 772).

El CPC otorga carácter ejecutorio y no cautelar a la ejecución provisional. De allí que, por regla, no exija al solicitante la prestación de garantía o caución para asegurar los posibles perjuicios que puede sufrir el ejecutado en el caso de revocación total o parcial de la resolución ejecutada de forma provisional. Excepcionalmente, el juez o la jueza pueden ordenarla antes de admitir la solicitud, si las circunstancias lo aconsejan y fijándola en una cantidad acorde y proporcionada a la capacidad económica del solicitante. El ejecutante deberá responder por todos los daños y perjuicios producidos al ejecutado por la ejecución provisional si finalmente la sentencia fuera revocada. Esta responsabilidad podrá ser exigida de inmediato en el mismo proceso (arts. 773, 775, 776 y concs.).

### *e. 3: Ejecución de títulos extrajudiciales*

La ejecución forzosa de títulos extrajudiciales sólo es admisible cuando se cuenta con uno de los títulos reconocidos por ley con fuerza ejecutiva y cuando consta en éste la obligación de pagar una cantidad líquida y exigible (art. 782). Se trata de un proceso híbrido, donde la nota distintiva es su carácter ejecutorio, pero en el que también hallamos una etapa de conocimiento limitada.

Interpuesta la ejecución y acreditados los extremos exigidos, se notificará el mandamiento judicial al deudor junto con el requerimiento de pago. Cuando exista oposición, al igual que sucede en la ejecución de títulos judiciales, se sustanciará conforme a lo previsto para los incidentes presentados por escrito y se resolverá en audiencia. La oposición sólo puede justificarse por los motivos expresamente reconocidos. La audiencia se desarrollará con arreglo a lo establecido en el proceso abreviado. Si se rechaza la oposición, se seguirá la ejecución por vía de apremio (arts. 783, 795 y concs.).

Teniendo en consideración el objeto de la pretensión y el contenido de la sentencia, el CPC regula las diversas modalidades de ejecución: ejecución por cantidad de dinero<sup>259</sup>, ejecución de hacer, no hacer y dar cosa determinada. Ellas resultan aplicables a todos los tipos de ejecución mencionadas (arts. 799 y concs.).

<sup>258</sup> Del dictamen al CPC de la Comisión Ordinaria de Asuntos Judiciales, ob. cit.

<sup>259</sup> Se prevé que la subasta judicial de los bienes pueda ser sustituida por la enajenación a favor de especialistas en la materia y/o que el ejecutante y ejecutado, con aprobación judicial, puedan acordar otro modo de enajenación del bien (arts. 838, 841, 843 y concs.).

### *Pequeñas causas o pretensiones de menor complejidad*

#### *f. 1. Justicia de Paz*

La competencia de los Jueces de Paz comprende:

- (i) Conocer en primera instancia de los pleitos civiles, en juicio verbal, si el objeto de la demanda no excediera de cincuenta mil lempiras y no está atribuido a los Juzgados de Letras (art. 29 inc. 2).
- (ii) Ejercer la jurisdicción voluntaria y la contenciosa en los casos en que expresamente lo disponga la ley.
- (iii) Conocer en primera instancia las causas criminales por faltas y, a prevención con los Jueces de Letras, formar de oficio o a petición de parte, el sumario por simples delitos graves.

Según lo establece la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, para ser Juez de Paz se requiere ser ciudadano en ejercicio de sus derechos, mayor de 21 años, saber leer y escribir y tener domicilio en el municipio correspondiente. Son electos popularmente en el término municipal.

#### *f. 2. Simplificación de procesos de menor cuantía dentro de la jurisdicción tradicional*

El artículo 584 del CPC consagra la posibilidad de utilizar *formularios normalizados* de demanda para los litigios que deban seguirse por el proceso abreviado, especialmente cuando la pretensión *no supere los cinco mil lempiras*. En estos casos, la presentación puede realizarse personalmente (no siendo necesaria la defensa letrada en primera instancia), aunque si una parte está representada por abogado la otra también deberá estarlo (art. 79.4). La contestación también podrá efectuarse mediante formulario.

En los casos en que la demanda y contestación se realicen mediante formularios, la autoridad judicial fijará la fecha de audiencia el mismo día de la contestación. Ésta deberá celebrarse dentro de los quince días de notificadas las partes. Cuando no se utiliza formulario, se comunica mediante citación y la audiencia debe realizarse en un plazo mínimo de 10 días y máximo de 20 desde dicha citación. Expresa que en lo demás regirán las normas del proceso abreviado, *"simplificando el juez los trámites en lo posible"* (art. 596).

## **5. ASPECTOS PROBATORIOS Y DE LITIGACIÓN**

### **Carga dinámica de la prueba**

El CPC consagra como regla la fórmula tradicional del *onus probandi*: cada parte tiene la carga de probar la certeza de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos de su pretensión. El juez o la jueza valorarán al momento de dictar sentencia el cumplimiento de dicha carga, desestimando la pretensión de la parte cuyos hechos contradichos y relevantes permanezcan inciertos. Dicha regla se aplicará siempre que una disposición legal expresa del CPC u otra ley, no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes (art. 238).

Sin embargo, en el art. 238.5 se establece que “para la aplicación de lo dispuesto en los numerales anteriores (...) el juez o tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

Es decir, que pone en cabeza del tribunal el deber de aplicar las reglas de la carga de la prueba, sopesando la disponibilidad y facilidad probatoria de las partes. Ello habilita a la autoridad judicial a aplicar y distribuir de un modo diverso y dinámico la carga de la prueba. Su operatividad dependerá de la ponderación que el juez o la jueza realicen en función de las circunstancias concretas de la causa.

Si bien la regla es expresa y se reputa conocida, lo cierto es que la autoridad judicial debiera tomar los recaudos necesarios para prevenir oportunamente a las partes acerca de la posibilidad de inversión de la carga de la prueba. Es decir, evitar el efecto sorpresa al momento de la decisión. Más allá de las facultades generales en materia de dirección, puede ser útil lo dispuesto por el art. 239.6. Éste dispone que cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Ello habilita a las partes a completar o modificar sus proposiciones de prueba.

Existen otros supuestos en que el legislador hondureño directamente ha invertido la carga de la prueba. Entre ellos, cuando al regular las pretensiones colectivas prescribe que *“la carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración (...)”* (art. 577) y en los procesos sobre competencia desleal o publicidad ilícita, en tanto corresponde al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese (arts. 517, 518 y 542). Las razones en que se funda la decisión legislativa son las mismas: colocar la carga de la prueba en quien se encuentra en una posición más ventajosa para demostrar la corrección de los hechos. En estos casos, la inversión opera de pleno derecho para las partes y es un deber del juez observarla.

### **Anuncio de la prueba**

El anuncio o proposición de la prueba constituye una carga de las partes. Por regla, las partes deberán ofrecer los medios probatorios en sus escritos de inicio, sea demanda o contestación (arts. 229, 424.2. h, 583 y concs.). Inclusive, se prevé que las partes no sólo aporten los documentos con que cuenten sino también los dictámenes periciales en que apoyen sus pretensiones (art. 425.6).

En el caso del proceso abreviado, se extrema la carga de diligencia probatoria, pues el proceso se estructura sobre una única audiencia multipropósito. De allí que, en el escrito de demanda se propongan todas las pruebas cuya práctica pudiera determinar la suspensión de la audiencia. En caso de que las admita la autoridad judicial, dichas pruebas se practicarán antes de la audiencia. En todas las citaciones se advertirá a las partes que deberán asistir a la audiencia con todas las pruebas que pretendan utilizar (arts. 583.3 y 4 y 588.3).

De modo general, el art. 239 establece que las partes, por escrito (en sus postulaciones de inicio) u oralmente (en audiencia preliminar o multipropósito), pueden requerir la aper-

tura de la causa a prueba y proponer los medios probatorios que consideran deben ser practicados.

Tanto la solicitud como el ofrecimiento están sometidos a las condiciones ordinarias o generales de admisibilidad. Entre ellas, la identificación precisa, separada y clara del medio probatorio o la imposibilidad de intercambiar unos por otros. También deben satisfacerse las exigencias específicas o especiales propias de cada medio e indicar, por ejemplo, la identidad y domicilio de los testigos.

El derecho a la prueba y su relevancia como medio para la acreditación de los hechos controvertidos y la resolución adecuada del conflicto, exacerba el carácter instrumental de las formas. Ello explica por qué cuando no se disponga de alguna fuente de prueba, puede describirse su contenido, con indicación del lugar en que se encuentra, solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso. Si al momento de proponer la prueba las partes no disponen de datos relativos a cierto medio probatorio, pueden aportarlos a la autoridad judicial antes de los cinco días siguientes y, en todo caso, con antelación suficiente a la práctica de la prueba. El juez o la jueza procurarán que un simple defecto de forma en la proposición de un medio probatorio no deje sin efecto la petición, si se deduce claramente su propósito (arts. 239.4 y 5 y 425.6).

Cuando se aleguen hechos nuevos con posterioridad a la traba de la *litis* y éstos no fuesen reconocidos por la contraria, corresponderá practicar la prueba propuesta. A través de ésta se intentará acreditar la condición de novel del hecho y/o la imposibilidad de conocimiento anterior, de conformidad con las circunstancias de la causa (art. 241)<sup>260</sup>.

### Admisibilidad y exclusión probatoria

El CPC considera que el ofrecimiento probatorio será inadmisibile en los siguientes casos: (i) cuando las pruebas hayan sido obtenidas con vulneración de derechos fundamentales o en contravención de las disposiciones legales aplicables (prueba prohibida) y (ii) cuando sean impertinentes, improcedentes o inútiles<sup>261</sup> por no versar sobre hechos controvertidos ni conducentes para la resolución del litigio (arts. 234, 236, 237 y 238). Es decir, que las pruebas serán admisibles cuando sean debidamente ofrecidas, legales, pertinentes, necesarias y útiles<sup>262</sup>.

Los usos y costumbres deben acreditarse, salvo cuando las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. Lo mismo en relación al contenido y vigencia del derecho extranjero, aunque en este caso el juez o la jueza pueden valerse de cualquier medio para constatar su aplicación (art. 234.2 y 3).

Están exentos de prueba los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general y aquellos sobre los que exista plena conformidad de las partes (no controvertidos), salvo en los casos

<sup>260</sup> "Si el juez o tribunal apreciara ánimo dilatorio o mala fe procesal en la alegación, podrá imponer al responsable una multa de un medio (1/2) a dos (2) salarios mínimos" (art. 241.3).

<sup>261</sup> Son impertinentes las pruebas que no guardan relación con lo que sea objeto del proceso; improcedentes las innecesarias e inútiles, aquellas que razonablemente nunca contribuirán a esclarecer los hechos controvertidos (art. 236.2 y 3).

<sup>262</sup> En el dictamen que promueve el CPC se destaca como uno de sus elementos relevantes "la objetividad científica en el manejo de la prueba" (Del dictamen al CPC de la Comisión Ordinaria de Asuntos Judiciales, ob. cit.).

en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes o que a juicio del juez o jueza pudiera haber dolo o fraude procesal (art. 235).

El tribunal recibirá el pleito a prueba, resolviendo fundadamente sobre la admisión de cada una de las propuestas. Previo a tomar la decisión la autoridad judicial tiene el deber de garantizar el contradictorio. La inadmisión puede ser cuestionada mediante reposición. Si se desestima dicho recurso, debe formularse protesta al efecto de hacer valer sus derechos en el recurso de apelación que contra la sentencia definitiva se pueda interponer. Por el contrario, la admisión de un medio de prueba será irrecurrible (arts. 230 y 240).

Un aspecto novedoso en la sistemática del CPC es la regulación de la prueba prohibida. Se entiende por tal, tanto la que vulnera directamente garantías procesales establecidas en la Constitución, convenios internacionales relativos a derechos humanos suscritos y ratificados o el Código, como aquella que sea consecuencia necesaria de dichas vulneraciones. Además de prohibir su admisión -y a fin de desterrar cualquier tipo de eventual incidencia-, el CPC precisa que la prueba prohibida carecerá de eficacia probatoria.

La objeción en torno al carácter ilícito de la prueba puede ser a pedido de parte o de oficio. En ambos casos debe argumentarse, acreditarse y sustanciarse, resolviéndose en la audiencia probatoria del juicio ordinario y, si se tratase de procesos abreviados, al comienzo de la práctica de la prueba en la audiencia (art. 237.2 y 3).

En contra del auto que resuelve la eficacia probatoria de una prueba por ser considerada prohibida, cabe la interposición oral de reposición. Cuando sea denegada, deberá realizarse protesto del acto y podrá apelarse al momento de recurrir la sentencia definitiva.

### **Rol del juez o jueza en la producción de la prueba: tipos de conflictividades y resguardo del contradictorio**

La intermediación constituye un principio estructural del CPC. En materia de prueba, ello implica que los jueces que estén conociendo en un caso, deban presenciar la producción contradictoria y pública de todos los elementos de juicio bajo sanción de nulidad (arts. 133 y concs.)<sup>263</sup>.

Como mencionamos, en los conflictos individuales, el CPC limita las facultades probatorias de la autoridad judicial, en tanto prescribe como regla general que las pruebas son ofrecidas y producidas a instancia de parte (art. 229). Sólo de modo excepcional el juez, jueza o tribunal tienen la posibilidad oficiosa de practicar pruebas *complementarias* a las propuestas por las partes. Para ello, deberán sostener y argumentar que las pruebas propuestas son insuficientes y no permiten una adecuada formación de su convicción.

Si bien la forma de atribución de la potestad es abierta y está construida en base a conceptos jurídicos indeterminados, el CPC es claro en su condición excepcional. En ese sentido,

<sup>263</sup> Inclusive se prevé que sean los jueces y juezas que presenciaron la audiencia quienes tienen que fallar, aun cuando después de ésta hubieran dejado de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto. Ello no rige cuando el juez o la jueza hubieran perdido la condición de magistrado/a (art. 181).

en el inciso final del citado artículo, se establece expresamente que dicha facultad judicial “nunca significará que el juez pueda tener iniciativa probatoria, sustituyendo los deberes y las cargas de las partes al respecto”.

Además, cuando se pretenda hacer uso de ellas, el juez o la jueza deben oír a las partes antes de tomar su decisión. Es decir, que se garantiza la posibilidad de contradecir, argumentar o probar a contrario. También se garantiza la posibilidad de controlar la producción de ese medio probatorio (art. 230).

De igual modo, el artículo 239 numeral 6 dispone que si el tribunal considera insuficientes las pruebas aportadas, lo manifestará a las partes indicando los hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por dicha insuficiencia probatoria. En conclusión, las facultades probatorias del juez o la jueza se limitan a complementar las pruebas aportadas por las partes y no pueden suplir la iniciativa probatoria de ellas.

Durante la producción probatoria en audiencia, la autoridad judicial puede alterar justificadamente las reglas fijadas para el interrogatorio cruzado, pudiendo preguntar o interrumpir a la parte, al testigo o al perito para que aclaren contradicciones o declaraciones imprecisas en casos excepcionales. También podrá, de oficio, designar perito oficial cuando los dictámenes privados aportados por las partes sean absolutamente contradictorios y resulte necesario para resolver el litigio<sup>264</sup>.

En los conflictos colectivos, el CPC exagera las facultades de la autoridad judicial, otorgándole la facultad de suplir la deficiencia probatoria que dejara el hecho de que la parte gravada con la carga de probar no aportara la información o conocimiento necesarios para resolver. Ello a fin de obtener los elementos probatorios indispensables para dictar una sentencia de fondo. A tal fin, puede requerir pericias a entidades públicas cuyo objeto esté ligado a la materia en debate u ordenar de oficio la producción de prueba, con el debido respeto de las garantías del contradictorio.

Los intereses que suelen hallarse en juego en esta clase de conflictos, su magnitud e incidencia social, la relevancia de los bienes o sujetos involucrados, la necesidad de mayor seguridad e igualdad en el tratamiento y resolución, son algunas de las razones que explican la exigencia de mayores deberes y responsabilidades, tanto para las partes o actores sociales intervinientes como para el juez o la jueza en tanto autoridades públicas.

---

<sup>264</sup> Arts. 230.4 y 323, CPC.

## Reglas de producción de la prueba

Los medios de prueba que regula el CPC en su artículo 251 son:

*Tabla 31: Regulación de los medios probatorios CPC de Honduras*

Medio probatorio	Definición legal	Regulación	Requisitos propios de admisibilidad
Interrogatorio de partes	Declaración de parte sobre hechos y circunstancias de las que tenga noticia y guarden relación con el objeto del proceso	Art. 253.1	Rigen normas generales
Testifical	Quien tenga noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del proceso	Art. 293	Se prevén recaudos especiales en torno a la idoneidad del testigo, designación y limitación del número
Peritaje	Cuando para valorar los hechos o circunstancias relevantes en el asunto, se requieran conocimientos científicos, artísticos, técnicos, tecnológicos u otros análogos.	Art. 315.1	Necesidad de conocimientos o experticia técnica, veracidad y objetividad
Documentos	Todo objeto de naturaleza corpórea en el que conste por escrito una declaración de voluntad de una persona o varias o la expresión de una idea, pensamiento, conocimiento o experiencia	Art. 269.2	Rigen normas generales. Se suman recaudos propios relativos a la validez y eficacia de los distintos tipos de documentos
Reconocimiento judicial	Examen de algún lugar, objeto o persona para esclarecer un hecho, por el mismo tribunal de la causa	Art. 344.1	Necesidad o conveniente
Medios técnicos de archivo y reproducción	Reproducción ante el tribunal de imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación u otros semejantes	Art. 291	Rigen normas generales. Debe repararse en la necesidad de acreditar instrumentalmente la autenticidad del medio y contenido

Fuente: elaboración propia

Cuando exista una fuente de prueba que deba incorporarse y ninguno de los medios indicados sea idóneo para ello, el tribunal, a instancia de parte, tiene el deber de admitirla y adaptar la fuente al medio para su producción (art. 251.2). Esta cláusula es importante porque revalida el derecho a la prueba como prerrogativa y elemento central para el conflicto-proceso; introduce el principio de libertad probatoria y le otorga a su ejercicio carácter instrumental. Al mismo tiempo, es objetable porque exige adaptar la fuente al medio cuando lo lógico y útil es lo inverso.

Las presunciones no conforman medios de prueba, aunque constituyan elementos relevantes para la acreditación de los extremos litigiosos y la toma de decisión. De forma certera, el

CPC regula las presunciones legales y judiciales en el capítulo concerniente a los alegatos finales y sentencia. Exige para su operatividad la acreditación de los indicios de base y el deber del juez o la jueza de exponer los argumentos por los que entienden que el hecho presunto se encuentra configurado (arts. 477 y 478).

### *Algunas reglas generales*

El CPC impone un orden para la práctica de los diferentes medios de prueba, el que puede alterarse de oficio o a petición de parte<sup>265</sup>.

Todas las pruebas deben producirse en audiencia pública, sujetas al principio de contradicción, concentración, en presencia de la autoridad judicial y bajo su dirección. El registro será audiovisual. Es facultad del tribunal convocar a audiencia, la que se dispone de oficio y por orden cronológico. La audiencia puede suspenderse o interrumpirse por causas excepcionales, que deberán acreditarse en debida forma. La decisión en ambos casos compete al juez o jueza. Cuando el tribunal aprecie que el profesional del derecho, el litigante, el perito o el testigo han pretendido dilatar el proceso o han procedido sin fundamento alguno, podrá imponerles una multa de medio a cuatro salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de la responsabilidad penal por el delito de desobediencia<sup>266</sup>.

Por regla, las actuaciones se celebran en la sede del tribunal y todos los sujetos deben comparecer allí. Sin embargo, el tribunal podrá -cuando fuera necesario o conveniente para una más justa resolución del pleito- constituirse en cualquier lugar del territorio de su circunscripción para la práctica de las actuaciones y solicitar el auxilio judicial para la práctica de pruebas, ya sea en razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales o por cualquier otra causa que demuestre la imposibilidad de comparecer<sup>267</sup>.

Como vemos, el CPC ha creado (des)incentivos para garantizar la producción probatoria. Además de los señalados, destaca la posibilidad de sancionar al litigante por cuya causa no se pudiera ejecutar en tiempo y forma una prueba admitida con multa de uno a tres salarios mínimos, salvo que pudiera justificar ausencia de responsabilidad o desistiera de practicar dicha prueba si él la hubiera propuesto (art. 232.1).

En consonancia con el robustecimiento del contradictorio, las partes detentan, para la obtención de información de calidad, amplias facultades durante la audiencia de juicio. Entre ellas, la potestad de objetar las preguntas formuladas a los testigos o peritos o las respuestas que no se circunscriban a lo interrogado o sean evasivas. También pueden formular reparos a la conducta de la contraria si se comporta de manera irrespetuosa, o quebranta los deberes de lealtad, probidad y buena fe procesales (arts. 470 y 471).

### *Declaración de parte*

El interrogatorio comenzará con preguntas realizadas por el-la abogado/a de la parte que haya solicitado la prueba, pudiendo luego ser interpelados por los letrados de las demás.

<sup>265</sup> Interrogatorio de las partes; de testigos; declaraciones de peritos; reconocimiento judicial; lectura de documentos; y, reproducción de imágenes y sonidos registrados (art. 252).

<sup>266</sup> Arts. 171, 172, 173, 176, 177, 178, 180, 231 y concs., CPC.

<sup>267</sup> Arts. 242, 118.3, 159.4 y concs., CPC.



Primero preguntarán los que ocupen la misma posición procesal y después los contrarios. El tribunal también podrá indagar con el fin de aclarar o solicitar más información sobre los hechos declarados. Si la parte interrogada también hubiera pedido la práctica de dicha prueba, cuestionará al final en idénticos términos. Los declarantes no podrán comunicarse entre sí (arts. 253, 257, 263 y concs.).

Las preguntas deberán ser formuladas oralmente en sentido afirmativo y de manera concreta, precisa y clara. No podrán incluir valoraciones ni calificaciones y deberán versar únicamente sobre hechos controvertidos. El juez o la jueza, de oficio o a petición de parte, pueden rechazar las preguntas que según la ley sean inadmisibles, entre ellas, las capciosas, sugestivas o ambiguas.

La parte interrogada debe responder por sí misma, personalmente y sin leer, a menos que se trate de apuntes que sean convenientes para auxiliar su memoria. Debe responder de manera natural, relatando la cuestión sin interrupciones y dando respuestas categóricas, precisas y concretas, sin perjuicio de ulteriores precisiones y explicaciones.

Si la parte no comparece ni justifica causa para ello, la autoridad judicial puede considerar reconocidos los hechos, siempre que hubiera participado personalmente y le sean entera o parcialmente perjudiciales (arts. 256.2, 231.4, 260 y concs.).<sup>268</sup>

Durante el interrogatorio cruzado, el tribunal tiene la facultad de alterar justificadamente las reglas fijadas en el CPC, pudiendo preguntar o interrumpir a la parte, testigo o perito para que aclaren contradicciones o declaraciones imprecisas (arts. 230, 257, 259 y concs.).

### ***Prueba testimonial***

Cualquier persona puede ser testigo siempre que no se halle permanentemente privada de razón o del uso de sentidos. Cuando además posea conocimientos técnicos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, podrá proponerse y admitirse como testigo-perito. Su idoneidad debe cuestionarse al momento de la declaración. Un punto problemático en relación a ello, es que el CPC conserva un sistema de tachas<sup>269</sup>.

Prestar testimonio constituye un deber. Quienes por su estado o profesión deban guardar secreto, lo manifestarán razonadamente, siendo facultad del juez o de la jueza exonerarlo. Se prestará juramento de decir verdad. La declaración será oral y contradictoria, existiendo las mismas condiciones y metodología en el interrogatorio que para la declaración de parte. El tribunal cuidará que las preguntas permitan al testigo narrar los hechos de manera lineal, coherente y lógica, sin interrupciones de parte, salvo que dude, se contradiga o claramente evada toda o parte de la respuesta, en cuyo caso el propio órgano jurisdiccional podrá interrogar directamente<sup>270</sup>.

<sup>268</sup> La declaración de parte ya realizada sobre los mismos hechos es irrevocable. Cualquier rectificación que por el mismo declarante se haga se tendrá por no realizada, salvo que por otros medios probatorios se pueda demostrar que hubo error, intimidación o violencia (art. 267.2, CPC).

<sup>269</sup> Arts. 294, 295, 298, 303, 312, 314 y concs., CPC.

<sup>270</sup> Arts. 298, 300, 301, 304, 307, 308 y concs., CPC.

Los testigos deben declarar separada y sucesivamente, sin poder comunicarse entre sí. El juez o la jueza pueden alterar el orden. Se pueden proponer hasta cinco testigos por hecho controvertido. Cuando tres de los declarantes sean contestes, el tribunal puede dimitir los dos restantes. Desde el derecho a la prueba y la obtención de información de calidad, ambas circunstancias resultan objetables<sup>271</sup>.

### *Prueba pericial*

Las partes pueden elegir entre aportar al proceso el dictamen de perito privado o solicitar que examine un perito oficial designado por el tribunal. Los dictámenes privados deben ser acompañados en los escritos iniciales o postulatorios, salvo que se justifique la imposibilidad de aportarlo en término. En dicho caso, deberá incorporarse antes de la audiencia preliminar o multipropósito<sup>272</sup>.

La parte que renuncie o no pueda solventar un dictamen privado, podrá requerir la designación de un perito oficial. El tribunal resolverá sobre la procedencia del dictamen y determinará los aspectos que han de ser su objeto, de acuerdo con las proposiciones de las partes y los que de oficio considere conveniente formular (arts. 321 y concs.).

En cuanto a su rol en la audiencia, los peritos privados u oficiales tendrán la intervención requerida por las partes y que el tribunal admita. Este último sólo denegará las solicitudes que por su finalidad y contenido se estimen impertinentes o inútiles. El perito tiene el deber de actuar con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como perjudicar a cualquiera de las partes. Pueden ser recusados o tachados con causa legítima<sup>273</sup>.

### *Reconocimiento judicial*

El CPC entiende por reconocimiento judicial la inspección personal que realiza el tribunal de alguna fuente probatoria. Ésta es admisible cuando fuera necesario o conveniente que el órgano jurisdiccional examine por sí mismo algún lugar, objeto y/o persona. La actuación del reconocimiento judicial se efectuará a través de cualquier medida que el tribunal considere necesaria para lograr la efectividad del reconocimiento. A tal fin puede utilizar la fuerza pública y requerir la participación de las partes, testigos o peritos, quienes realizarán las observaciones que estimen oportunas<sup>274</sup>.

### *Prueba documental*

El CPC dedica varios apartados a regular aspectos sustantivos de la prueba documental, por ejemplo, el tipo de documentos existentes, su valor probatorio, impugnación o cotejo<sup>275</sup>.

<sup>271</sup> Arts. 296 y concs., CPC.

<sup>272</sup> Arts. 315, 319, 324.2, 425.6 y concs., CPC.

<sup>273</sup> Arts. 328, 329, 333, 337, 339, 342 y concs., CPC.

<sup>274</sup> Arts. 344 a 349, CPC.

<sup>275</sup> Arts. 269, 270, 273, 274, 278 y concs., CPC.

En cuanto a su introducción en el proceso, dispone que los documentos en los que las partes funden su derecho, deberán presentarse por regla general junto a la demanda y contestación. Las partes tienen el deber de exhibir los documentos que se les requieran, so riesgo de otorgarle valor probatorio a las copias simples acompañadas o a los dichos afirmados (arts. 287, 281 y 282).

No obstante, el demandante podrá hacerlo en la audiencia preliminar del proceso ordinario o en la del proceso abreviado, cuando se trate de documentos cuya relevancia se haya puesto de manifiesto a consecuencia de las alegaciones del demandado (art. 287).

De igual manera, se indica que cualquiera de las partes podrá presentar documentos con posterioridad al momento indicado (antes o después de la audiencia respectiva y hasta el momento de comenzar el plazo para dictar sentencia), en los casos en que éstos no hayan podido obtener o conocer con anterioridad por razones justificadas y resultaran relevantes para la decisión de fondo que se sustanciará con la contraparte.

Como parte de la prueba documental, se regula posibilidad de solicitar informes sobre hechos relevantes para el proceso a personas jurídicas o entidades públicas por referirse esos sucesos a su actividad (art. 276).

### *Medios técnicos de archivo y reproducción*

Las partes pueden, ante el tribunal, solicitar la reproducción de imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación u otros semejantes y que sean relevantes para el proceso. Es decir, comprende instrumentos que sirven para almacenar, conocer o reproducir contenidos. Ambas partes pueden proponer medios de prueba que consideren convenientes para acreditar la autenticidad y exactitud de lo reproducido (arts. 291 y 292).

## **6. PROCESOS COLECTIVOS O ACCIONES DE CLASE**

Se tutelan específicamente los intereses jurídicos colectivos. Si bien el CPC muestra una especial preocupación por la defensa de consumidores y usuarios, el proceso colectivo es un medio idóneo para la resolución y exigibilidad de cualquier conflicto-derecho colectivo. Para ello se legitima tanto a los afectados como a las personas jurídicas legalmente constituidas para su defensa (v.gr., organizaciones ecologistas, de ciudadanos, entre otras)<sup>276</sup>.

El CPC dispone que los conflictos colectivos tramitarán mediante el proceso ordinario, aunque con las modulaciones o particularidades propias de este tipo de pretensiones (arts. 399 y 566).

El objeto del proceso colectivo podrá versar sobre los siguientes intereses:

**1. Intereses o derechos colectivos**, entendiendo por tales aquellos supraindividuales que afectan a un grupo, categoría o clase, cuando los individuos que lo compongan estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, ligados por circunstancias de

<sup>276</sup> Arts. 61.8, 64, 66, 566 y concs., CPC.

hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica común a todos ellos.

**2. Intereses o derechos difusos**, considerando como tales aquellos supraindividuales que afectan a un grupo, categoría o clase, cuando los individuos que lo compongan estén indeterminados o sean de difícil determinación, ligados por circunstancias de hecho o vinculados entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica común a todos ellos.

**3. Intereses o derechos individuales homogéneos**, estimando por tales al conjunto de derechos subjetivos individuales, con un mismo origen, de los que son titulares los miembros de un grupo, categoría o clase, sin existir una relación común a todos ellos.

La regulación de los procesos colectivos en el CPC es objetable, insuficiente y parcial. Entendido como sistema de tipo representativo, la publicidad, por ejemplo, no debiera concebirse como información que sirva para excluir sino para ampliar el interés social en el pleito. Por otro lado, la regulación sólo está pensada para casos de consumo o ambientales y deja afuera otro tipo de conflictividades<sup>277</sup>. Finalmente, no se prevén reglas claras en torno a ejecución de sentencias (aspecto trascendental en esta clase de conflictos) o para diferir la determinación de si el proceso reúne las condiciones para proseguir como colectivo para la audiencia preliminar (art. 576).

No obstante, el CPC trae pautas sobre algunos de los elementos arquetípicos del debido proceso colectivo. Entre ellos, la capacidad, legitimación extraordinaria, representatividad adecuada, control judicial o certificación de la acción y publicidad e intervención<sup>278</sup>.

Otro de los elementos centrales en materia de procesos colectivos es la toma de decisión en torno al tipo de cosa juzgada colectiva. En términos generales, al regular la cosa juzgada material, el CPC refiere que ésta afectará a las partes, sus herederos, causahabientes y a todos “los sujetos no litigantes titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes” (art. 210 inc. 4).

En términos particulares, establece que: “1. Cuando se trate de intereses o derechos colectivos o difusos, la cosa juzgada tendrá eficacia *erga omnes* y vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase. 2. Cuando se trate de intereses o derechos individuales homogéneos, la cosa juzgada tendrá eficacia *erga omnes* en el plano colectivo, pero la sentencia que acoja la demanda no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, que podrán formular solicitudes y oposiciones propias en el proceso de ejecución para dejar sin efecto la eficacia de la decisión en su esfera jurídica individual” (art. 580).

<sup>277</sup> En los procedimientos en los que se interponga la pretensión de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el juez podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados (art. 575).

<sup>278</sup> Arts. 568, 570, 571, 572 y concs., CPC.

## 7. MECANISMOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Los MASC en Honduras se encuentran regulados en el CPC y en la Ley de Conciliación y Arbitraje (LCA)<sup>279</sup>. En cuanto a la conciliación<sup>280</sup>, la ley indica que ésta puede ser judicial o extrajudicial.

En términos generales, es facultad de las partes instar una conciliación o acudir a un organismo de mediación para evitar el inicio de un proceso (art. 415). Por ejemplo, en el caso de pretensiones colectivas de cesación, retractación o meramente declarativas vinculadas a condiciones generales de contratación contrarias a la ley<sup>281</sup>. No obstante, existen algunas pretensiones en que ello es obligatorio (v.gr., aquellas asociadas a propiedad industrial relativa a invenciones laborales<sup>282</sup> o cuando la Administración Pública sea demandada en un proceso civil por controversias fundadas en Derecho Privado<sup>283</sup>).

Interpuesta la demanda, el CPC regula la conciliación judicial, la que debe ser intentada o dirigida por el juez o la jueza en la audiencia preliminar (arts. 447 y 448). Más allá de ello, las partes podrán disponer de las pretensiones interpuestas en el proceso en cualquier estado y momento, ya sea en la primera instancia, durante la sustanciación de los recursos o en la ejecución forzosa. A tal efecto podrán renunciar, desistir del proceso, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo. Quedan exceptuados los casos en los que la ley prohíba la disposición o la limite por razones de orden público, de interés general, de protección de terceros o cuando implique fraude de ley<sup>284</sup>.

En concordancia con lo establecido en el CPC, la LCA establece que la conciliación judicial procede en todos los procesos en que no se haya proferido sentencia y que versen total o parcialmente sobre materias susceptibles de conciliación. Impone que exista por lo menos una oportunidad para instarla, debiendo llevarse a cabo antes de la revisión de las pruebas.

La conciliación extrajudicial puede ser llevada a cabo por centros especializados en la materia, cuyas posibilidades de integración y requisitos son detallados en la ley.

En cuanto al valor del acuerdo de la conciliación, el artículo 4 de la LCA indica que tendrá efectos de cosa juzgada e igual fuerza ejecutiva que una sentencia judicial firme. La ubicación del artículo dentro de las reglas generales, el posterior distingo entre judicial y extrajudicial y su sentido para la sistemática de la institución, permiten sostener que ese valor aplica para todo tipo de conciliación<sup>285</sup>.

<sup>279</sup> Publicada por Decreto N° 161-2000, en vigencia desde el año 2001.

<sup>280</sup> "La conciliación es un mecanismo de solución de controversias a través del cual dos o más personas naturales o jurídicas tratan de lograr por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado que se denomina conciliador" (art. 2, LCA).

<sup>281</sup> Las partes someterán la cuestión ante una autoridad pública administrativa competente, planteando la adecuación a la ley de las cláusulas controvertidas y pudiendo proponer una redacción alternativa a éstas (art. 546).

<sup>282</sup> En este caso, antes de interponer pretensión alguna en dicha materia, la cuestión debatida deberá ser sometida a un acto de conciliación ante el Registro de Propiedad Industrial. No se admitirá demanda sobre esos derechos que no vaya acompañada de una certificación del director del Registro de la Propiedad Industrial, donde conste la inconformidad de alguna de las partes con la propuesta de acuerdo (art. 525).

<sup>283</sup> No se admitirá la demanda a trámite si no se acompaña certificación válida de haberse denegado la petición objeto del proceso en la vía administrativa previa, debiendo vigilar de oficio el tribunal la concurrencia de este requisito, sin perjuicio del derecho de la parte a alegarlo en la contestación a la demanda en el juicio ordinario o al principio de la audiencia en el juicio abreviado (art. 414).

<sup>284</sup> Arts. 481 y 486, CPC.

<sup>285</sup> Ver arts. 487 y 488, CPC.

El acuerdo obtenido a través de una conciliación judicial debe ser aprobado u homologado por el juez o la jueza, redactando el acta correspondiente (art. 8). En cambio, el acuerdo concertado a través de la conciliación extrajudicial es auténtico con la sola firma de las partes y del conciliador, sin necesidad de trámite notarial o judicial alguno (art. 25).

La LCA regula la confidencialidad informativa de lo actuado en la conciliación, estableciendo expresamente que los participantes deberán mantener la mayor prudencia y reserva y que las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen, no incidirán en el eventual proceso. De ese modo, puede concluirse que toda la información que se genere en el proceso conciliatorio no podrá usarse como condicionante o prueba.

Con respecto al perfil del conciliador, se exige que todos sean profesionales universitarios, excepto los estudiantes universitarios que realicen su práctica en los centros de conciliación de las Instituciones de Educación Superior. Antes de que éstos sean aceptados e incluidos en la lista de conciliadores de los centros, deberán aprobar una capacitación que imparte el centro (arts. 15 y 16, LCA).

## 8. VÍAS DE IMPUGNACIÓN

El CPC consolida el derecho al recurso<sup>286</sup>, instituyendo un sistema de doble instancia ordinaria más casación. Los artículos 690 y siguientes del CPC regulan los medios de impugnación. Los recursos ordinarios previstos son: reposición, apelación y queja. Se contemplan como extraordinarios el recurso de casación, revisión y rescisión<sup>287</sup>. Nos referiremos a la apelación y casación.

Las finalidades del recurso de apelación en el CPC son enmendarla errónea aplicación e interpretación tanto de normas procesales como sustantivas y lograr la revisión tanto de los hechos tenidos por probados en la resolución recurrida como de la valoración de la prueba (art. 705). Como puede advertirse, la apelación habilita una revisión fáctica y jurídica amplia que se encuentra condicionada por la prohibición de la reforma en perjuicio (art. 692) y la congruencia decisoria de los agravios introducidos (con la excepción de aspectos de orden público o garantías fundamentales<sup>288</sup>).

La apelación sólo podrá deducirse contra sentencias, autos definitivos que pongan fin al proceso y aquellos que la ley expresamente señale, dictados en primera instancia por los Juzgados de Paz y los Juzgados de Letras. Se eliminan todos los recursos de apelación directos contra providencias simples o resoluciones interlocutorias, puesto que se entiende que son un elemento que contribuye a dilatar y entorpecer el curso del proceso de primera instancia<sup>289</sup>. De esta forma, los agravios que se tengan deberán hacerse valer al momento de apelar la sentencia definitiva. Cuando no se apelara, carecerán de eficacia los protestos y apelaciones diferidas que se hubieran planteado.

<sup>286</sup> Las partes y los intervinientes en el proceso, así como los terceros a los que la resolución judicial cause directa o indirectamente un perjuicio, tendrán derecho a recurrirla en los términos establecidos en este Código. Quien haya impugnado una resolución judicial podrá desistir del recurso en cualquier momento anterior a su resolución" (Art. 690).

<sup>287</sup> En sentido estricto no es un recurso sino un proceso que está establecido en el art. 735 a 741. A través del mismo, el rebelde podrá pretender la formalización de audiencia contra la sentencia firme.

<sup>288</sup> "El control de oficio de los defectos procesales, cuando se establece legalmente, alcanza a todos los órganos judiciales, en la instancia o en vía de recurso, y con independencia de que se pongan de manifiesto por las partes" (Del dictamen al CPC de la Comisión Ordinaria de Asuntos Judiciales, ob. cit.).

<sup>289</sup> Del dictamen al CPC de la Comisión Ordinaria de Asuntos Judiciales, ob. cit.

La apelación se interpondrá por escrito ante el juzgado que dictó la resolución, antes de los diez días posteriores a su notificación (arts. 693 y 709).

Con respecto a la prueba en la segunda instancia, ésta deberá ser propuesta en el escrito de interposición, de oposición o de impugnación. Sólo podrán practicarse las siguientes: documental referida a instrumentos de fondo que acompañen al respectivo escrito, la denegada indebidamente en primera instancia; la que no pudo practicarse por causa no imputable al que la solicita y la que se refiera a hechos relevantes o de interés discutidos que hayan acaecido después de abierto el plazo para dictar sentencia en primera instancia.

Por su parte, la casación es un recurso extraordinario. Como tal, se ciñe a cuestiones de derecho y no a juicios de hecho. De allí que, por regla, no pueda revisarse la fijación de los hechos ni la valoración de la prueba. Lo único que excepcionalmente puede controlarse es la motivación fáctica de la resolución, siempre que ésta fuera determinante en un sentido diferente del fallo, es decir, cuando no responda a las reglas de la razón y la lógica (arbitrariedad).

Tiene una función uniformadora y nomofiláctica (unificación de criterios interpretativos). Su fin es "la protección de las normas del ordenamiento jurídico, procurando y promoviendo la más adecuada aplicación e interpretación del derecho objetivo, así como la unificación de la jurisprudencia nacional".

Se prescribe que las normas referidas a este recurso deberán aplicarse e interpretarse en la forma que sea más favorable a la finalidad de unificación de la jurisprudencia, valorando especialmente que el CPC lo considera un instrumento de garantía de la igualdad ante la ley y seguridad jurídica (art. 716)<sup>290</sup>.

Sólo serán recurribles mediante este recurso las sentencias definitivas, autos que pongan término al juicio haciendo imposible su continuación y las resoluciones que el CPC expresamente disponga y las que hayan sido dictadas en apelación por las Cortes de Apelaciones en el proceso ordinario. Por lo tanto, no acceden a casación las dictadas en la segunda instancia de los procesos abreviados, ni siquiera por cuantía.

También se prescribe que podrá impugnarse la aplicación e interpretación de normas procesales que regulen aspectos como jurisdicción, temas de competencia y adecuación de procedimiento; actos y garantías procesales cuando su infracción suponga la nulidad o produjera indefensión; la forma de la sentencia y la aplicación e interpretación de las normas de derechos que sirvieron para resolver el conflicto.

Debe interponerse por escrito ante la Corte de Apelaciones en el plazo de veinte días de notificada la resolución que causa agravio (art. 721.1).

<sup>290</sup> "Este concepto de casación puede servir para transmitir al ciudadano una mayor confianza en la justicia, ya que tiene como objetivo que los casos iguales o semejantes sean resueltos de una misma forma y en un mismo sentido. La uniformidad sólo se garantiza si el recurso de casación es conocido por un único órgano jurisdiccional que sólo puede ser la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia" (Del dictamen al CPC de la Comisión Ordinaria de Asuntos Judiciales, ob. cit.).

## VIII. Código Procesal Civil de Nicaragua

### 1. VIGENCIA Y PLAN DE IMPLEMENTACIÓN

Para la entrada en vigencia del Código Procesal Civil en Nicaragua (CPC), se estableció un plazo de doce meses desde su publicación en el Diario Oficial. Dicho plazo fue prorrogado por seis meses más, con el objetivo de continuar capacitando y formando a todos los actores del sistema de justicia. Ello permitiría que, una vez que entrara en vigencia, se tuviera el nivel de pertinencia, adecuación y conocimiento para una aplicación efectiva, eficaz y eficiente del CPC<sup>291</sup>. Éste finalmente entró en vigencia el 10 de abril de 2017.

Desde la perspectiva de una implementación integral, la Dra. Alba Luz Ramos Vanegas –presidenta de la Corte Suprema de Justicia– precisó que el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial autorizó la creación de tres comisiones de trabajo<sup>292</sup>:

1. La *Comisión Técnica de Implementación, Capacitación y Seguimiento*<sup>293</sup>, que tendría como objetivo liderar, organizar y desarrollar el proceso de capacitación en todo el país, así como atender las incidencias que se presentaran durante la implementación y aplicación del CPC.
2. La *Comisión de Infraestructura Jurídica*<sup>294</sup>, que se encargaría de elaborar formularios judiciales, modelos de providencias, autos y sentencias, y las normativas administrativas necesarias para la aplicación de la ley.
3. El *Comité Técnico Operativo de Apoyo*<sup>295</sup>, con el mandato de crear las condiciones mínimas favorables de infraestructura física, organización de despachos judiciales, equipos tecnológicos, planificación, actualización de estadísticas judiciales y racionalización de recursos<sup>296</sup>.

También se contempló la creación de la Comisión de Coordinación y Seguimiento al Proceso de Aprobación del CPC, específicamente orientada a realizar capacitaciones sobre el CPC dirigidas a los y las diputadas, participar en las discusiones del plenario de la Asamblea Nacional y brindar explicaciones y aclaraciones sobre el contenido normativo del Código<sup>297</sup>.

Dentro de las mencionadas comisiones se encontró información de prensa específicamente relacionada con la primera de éstas y, en concreto, con la implementación de un plan de capacitación del nuevo Código.

En nota de prensa de fecha 05 de junio de 2015, queda de manifiesto que el sistema judicial ya tenía diseñado un plan de capacitación nacional. El vicepresidente de la Corte Suprema

<sup>291</sup> Ver <https://www.elnuevodiario.com.ni/nacionales/400999-prorrogan-entrada-vigencia-codigo-procesal-civil/>

<sup>292</sup> Discurso dado en el acto de presentación del nuevo Código y de Inauguración del Postgrado en Derecho Procesal Civil con énfasis en las Técnicas de Litigación Oral (postgrado realizado de cara a la implementación del Código), ver <https://www.poderjudicial.gob.ni/codigoprocesalcivil/comisiones.asp>.

<sup>293</sup> Ver <https://www.poderjudicial.gob.ni/codigoprocesalcivil/pdf/comision-tecnica-implementation-capacitacion.pdf>.

<sup>294</sup> Ver [https://www.poderjudicial.gob.ni/codigoprocesalcivil/pdf/discurso\\_INFRAESTRUCTURA\\_JURIDICA%202017.pdf](https://www.poderjudicial.gob.ni/codigoprocesalcivil/pdf/discurso_INFRAESTRUCTURA_JURIDICA%202017.pdf)

<sup>295</sup> Ver <https://www.poderjudicial.gob.ni/codigoprocesalcivil/pdf/comite-tecnico-operativo.pdf>.

<sup>296</sup> Ver <http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/prensa/pdf/ramos0001.pdf>.

<sup>297</sup> Ver <https://www.poderjudicial.gob.ni/codigoprocesalcivil/comisiones.asp>.



de Justicia explicó que en cada departamento del país habría tres docentes encargados de capacitar a los/as trabajadores/as del Poder Judicial sobre los nuevos procesos. Se lee también que pretendían capacitar a formadores y formadoras, abogado/as y notario/as. A su vez, se indica que las personas formadoras realizarán pasantías de capacitación en El Salvador por ser un país con procedimientos similares<sup>298</sup>.

En concordancia con lo anterior, se aprecia en nota de prensa de fecha 18 de noviembre de 2015, que entre el 15 y 21 de noviembre, funcionarios del Poder Judicial se encontrarían en una pasantía en El Salvador, con el objetivo de intercambiar experiencias, conocer las metodologías de trabajo y la preparación, organización, desarrollo y registro de audiencias, con el fin de identificar y aprender buenas prácticas para la futura implementación y aplicación del CPC.

Por otro lado, en la página del Poder Judicial de Nicaragua (Dirección General de Despachos Judiciales), se señala que existiría un nuevo modelo de Gestión de Despachos Judiciales. También se pueden encontrar enlaces que se refieren a Infraestructura Jurídica, Soporte Técnico y Gestión de Audiencias. Sin embargo, ninguna de ellas parece estar estrictamente orientada a la implementación del CPC, como sí lo es el mencionado Plan de Capacitación.

Durante marzo de 2017 se realizó una capacitación por parte de la Procuraduría General de la República sobre las "Principales novedades de la Ley Nº 902, Código Procesal Civil de la República de Nicaragua", con el fin de dotar de mejores herramientas jurídicas a los servidores públicos de la institución<sup>299</sup>. Un mes después, se capacitó a facilitadores judiciales sobre su rol en la promoción y aplicación de la mediación<sup>300</sup>.

También en abril de 2017, en coordinación con el CEJA, se efectuó un curso de profundización en litigación oral en el proceso civil. La Dra. Ileana Pérez destacó que con el apoyo del CEJA se ha logrado impartir este nuevo curso con entusiasmo renovado, ya que los esfuerzos fortalecen los conocimientos teóricos, capacidades y destrezas prácticas que exige el CPC en su fase de implementación y capacitación. Agregó que era urgente continuar avanzando en el proceso de formación, actualización y especialización de las personas funcionarias con responsabilidades directas en la administración de la justicia civil<sup>301</sup>.

En julio del mismo año se llevó a cabo un curso sobre la mediación en el CPC con enfoque de género. Se destacó la implementación de la mediación como método de resolución alterna de conflictos civiles, y la ayuda que prestará en la formación de cada uno de los operadores, a fin de que estén mejor preparados para aplicarla de manera eficiente<sup>302</sup>.

En septiembre de 2017, la presidenta de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia detalló la experiencia de Nicaragua con la entrada en vigencia de la Ley Nº 902, así como las actividades que se han desarrollado para que su implementación sea exitosa, destacando las capacitaciones realizadas que involucran no sólo a funcionarios judiciales y personal de

<sup>298</sup> Ver <http://www.elnuevodiario.com.ni/politica/361620-capacitan-nuevo-codigo-procesal-civil/>

<sup>299</sup> Ver <http://www.pgr.gob.ni/index.php/54-noticias/2593-pgr-capacita-sobre-el-nuevo-codigo-procesal-civil>.

<sup>300</sup> Ver <https://www.elnuevodiario.com.ni/nacionales/423566-capacitan-facilitadores-judiciales-cpc/>

<sup>301</sup> Ver [https://www.poderjudicial.gob.ni/prensa/notas\\_prensa\\_detalle.asp?id\\_noticia=8037](https://www.poderjudicial.gob.ni/prensa/notas_prensa_detalle.asp?id_noticia=8037).

<sup>302</sup> Ver [https://www.poderjudicial.gob.ni/prensa/notas\\_prensa\\_detalle.asp?id\\_noticia=8066](https://www.poderjudicial.gob.ni/prensa/notas_prensa_detalle.asp?id_noticia=8066).

apoyo, sino a todo el sistema de justicia de la materia civil. Se han creado manuales de apoyo e impulso para las docentes, entre ellos el Manual del Docente con énfasis en técnica de litigación oral; el Manual del Docente y una guía que contiene la infraestructura jurídica del régimen adoptado. Además, se ha desarrollado un proceso de formación especializada en materia Procesal Civil, que tiene por objetivo elevar las competencias profesionales, técnicas y formativas de las personas funcionarias de la Carrera Judicial y que se fundamenta en el enfoque curricular basado en el modelo de formación por competencias.

Como Coordinadora General de la Comisión Técnica de Implementación, Capacitación y Seguimiento, la magistrada destacó a Nicaragua como el único país que ha transformado de forma total la matriz procesal hacia la oralidad.

Previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 902 se realizaron a nivel nacional videoconferencias sobre la aplicación del CPC. Otra de las prácticas mencionadas fue la creación de grupos de WhatsApp en los que participaron funcionarios/as judiciales por circunscripción, evacuando dudas de carácter procedimental.

En este sentido, la magistrada señaló que se desarrolló un instrumento de medición y observación para monitorear y evaluar las audiencias orales al momento de su ejecución, elemento que permitió identificar y planear los ajustes a los programas de capacitación judicial. Igualmente mencionó que con el objetivo de contribuir al proceso de capacitación y a la divulgación del CPC, se ha creado una página web y en ella se ha incluido información relevante sobre cada uno de los procesos, breves y sencillas descripciones que orientan al usuario sobre las fases procesales y esquemas básicos que le permiten tener una visión amplia sobre el desarrollo y duración del proceso mixto por audiencias<sup>303</sup>.

En abril de 2018 se celebró el primer aniversario de la vigencia del CPC y la presidenta de la Corte Suprema de Justicia, Alba Ramos, resaltó los avances en su aplicación y la importancia de haber introducido la oralidad en todas las materias de la administración de justicia.

La Dra. Ramos aseveró que el Poder Judicial ha desarrollado un efectivo plan de formación académica integral, a través del Instituto de Altos Estudios Judiciales. Dicha formación académica integral ha contribuido a fortalecer los conocimientos, capacidades, técnicas, habilidades, destrezas y actitudes de los discentes, a través de un enfoque sistemático, teórico-práctico, acorde con el contexto social y jurídico del país. La capacitación ha sido tanto para funcionarios judiciales como para quienes realizan funciones de apoyo a la función jurisdiccional. También las abogadas que se dedican al litigio de asuntos civiles han sido instruidas sobre cómo deben preparar sus demandas y solicitudes y cómo deben comparecer y actuar en las audiencias civiles<sup>304</sup>.

## 2. OBJETIVOS DEL PROCESO Y PRINCIPIOS RECTORES

El CPC no explicita sus objetivos. Sin embargo, expresamente reconoce que la interpretación y aplicación del CPC debe estar en consonancia con los derechos y garantías contenidas en

<sup>303</sup> Ver [https://www.poderjudicial.gob.ni/prensa/notas\\_prensa\\_detalle.asp?id\\_noticia=8239](https://www.poderjudicial.gob.ni/prensa/notas_prensa_detalle.asp?id_noticia=8239)

<sup>304</sup> Ver <http://oasisnoticioso.blogspot.com/2018/04/poder-judicial-destaca-avances-del.html>.

la Constitución Política e instrumentos internacionales de derechos humanos, siendo deber de toda autoridad judicial velar por el respeto de los derechos fundamentales (art. 1).

En sus primeros veintiún artículos, el CPC consagra los siguientes principios:

1. *Supremacía de la Constitución Política*: este principio consagra la “constitucionalización del proceso”. Es una de las directrices que más destacamos del CPC, pues supone adoptar un marco constitucional-convencional desde el cual pensar, resolver y controlar la conflictividad, el derecho y proceso en clave de derechos humanos. Este principio se complementa con el orden de prelación de fuentes que estatuye el art. 24 del CPC.

2. *Ámbito de la ley*: indica que todos los operadores deben actuar conforme a lo dispuesto en el CPC, respetando la legalidad de las formas. Sin embargo, los requisitos de las actuaciones procesales nunca podrán interpretarse de manera que se conviertan en obstáculo insuperable para el acceso de las personas a la justicia. Al mismo tiempo, las autoridades deberán evitar o corregir las faltas que puedan anular cualquier acto procesal. La nulidad sólo será declarada en los casos determinados por la ley, cuando haya dejado de cumplirse alguna formalidad esencial para su validez que cause perjuicio a las partes o se atente contra el orden público o legítima defensa (arts. 2, 137, 211 y concs.).

3. *Supletoriedad*: el CPC constituye la legislación supletoria para todas aquellas materias que no tengan contemplada, total o parcialmente, una normativa procesal.

4. *Territorialidad de la norma procesal*: los procesos que se dirimen en territorio nacional, se rigen por la normativa de Nicaragua.

5. *Temporalidad*: rige la ley procesal vigente, la cual nunca tendrá efecto retroactivo.

6. *Debido proceso*: mandato para las autoridades judiciales en orden a guardar observancia de las garantías del debido proceso y brindar las garantías necesarias a las partes para la adecuada defensa de sus derechos.

7. *Acceso a los juzgados y tribunales*: derecho de las partes para acudir y promover la actividad de las autoridades judiciales con el fin de proteger sus derechos (arts. 7, 86 y concs.).

8. *Tutela judicial efectiva*: derecho de las partes a obtener una sentencia debidamente razonada, motivada, fundamentada y en tiempo, que resuelva sus pretensiones y dé efectivo cumplimiento a lo resuelto<sup>305</sup>. A ese efecto, el CPC expresamente dispone que las autoridades judiciales están obligadas a intervenir con absoluta imparcialidad en todo proceso sometido a su conocimiento (arts. 49 y concs.) o que se indique que una actuación debe hacerse “inmediatamente” o “tan pronto” o no exista plazo o término fijado para su realización, se entienda que deba realizarse dentro de las siguientes veinticuatro horas (art. 131).

9. *Juez/a predeterminado/a por la ley*: la competencia se atribuye por ley y con anterioridad a la iniciación de las actuaciones. La autoridad judicial deberá controlar la competencia funcional y territorial de oficio (arts. 33, 42 y concs.).

<sup>305</sup> Arts. 8, 22 y concs., CPC.

10. *Igualdad, contradicción, defensa e imparcialidad*: mandato que exige a la autoridad judicial garantizar la igualdad de derechos, facultades y condiciones de las partes en el proceso. Lo mismo se exige respecto al principio de contradicción, defensa a imparcialidad. En relación al primero, el CPC evidencia un reforzamiento del contradictorio, a punto que no podrá adoptar decisión alguna que afecte directa o indirectamente a las partes sin oír las. Inclusive, extiende ello a la adopción de medidas cautelares (arts. 10, 378 y concs.).

11. *Proceso público*: consagra la publicidad del proceso, salvo que la ley o la autoridad judicial dispongan lo contrario. Dicha medida es excepcional y, por consiguiente, de escrutinio agravado. Las razones en que pueden fundarse son seguridad, moral, orden público o en protección de los intereses de niños, niñas, adolescentes o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades que lo exijan.

Previo a su disposición, siempre debe escucharse a las partes presentes. La decisión debe ser fundada, aunque no admitirá recurso alguno. En ningún caso podrá impedirseles a las partes el acceso al expediente o a alguna actuación oral (arts. 14, 141 y concs.).

La publicidad se ve complementada con el derecho de las partes a recibir y obtener información (art. 128).

12. *Principio dispositivo*: las partes pueden iniciar el proceso y ponerle fin de manera previa al dictado de sentencia, siempre y cuando no se estén tutelando derechos o intereses públicos<sup>306</sup>.

13. *Aportación de parte*: este principio precisa que tanto los hechos como los medios para probarlos han de ser propuestos y aportados por las partes. Importante es la prohibición del artículo 13 párrafo final, que indica que “a la autoridad judicial le queda prohibida la aportación al proceso de hecho o medios de prueba de conformidad con el presente Código”.

14. *Buena fe y lealtad procesal*: deber que se le impone a la autoridad judicial de adoptar todas las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección, para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contraria al orden o a los principios del proceso.

15. *Dirección del proceso*: la autoridad judicial tiene el deber de dirigir y controlar formalmente el proceso e impulsar las actuaciones procesales de mero trámite hasta su conclusión.

En relación a los sujetos de tutela preferente, el CPC establece el deber de la autoridad judicial de adoptar medidas especiales para su protección y/o garantizar su intervención, por ejemplo, garantizando la intervención de la Procuraduría General de la República (art. 68) o la utilización de formas de lenguaje o medios idóneos para la comunicación de personas con discapacidad (arts. 136, 259 y concs.).

16. *Oralidad*: se indica que la expresión oral es el medio fundamental de las actuaciones procesales, y que el proceso debe adjuntarse al principio de oralidad bajo sanción de nulidad absoluta. En caso de duda entre la aplicación de la oralidad y la escritura, el juez o la jueza siempre deberán escoger la oralidad.

<sup>306</sup> Arts. 12, 96, 97 y concs., CPC.

17. *Inmediación*: el CPC instituye el deber de la jueza o del juez de presidir las audiencias, la práctica de las pruebas y demás actuaciones procesales. Se prohíbe la delegación de funciones bajo pena de nulidad absoluta. Asimismo, se consagra el requisito de identidad de la persona que conoce las pruebas y quien dicta sentencia (arts. 17, 140 y concs.).

18. *Concentración procesal*: propugna a que el proceso sea desarrollado en la menor cantidad de audiencias posibles.

19. *Celeridad*: los actos procesales deben realizarse sin demora, evitando dilaciones y, en lo posible, abreviando los plazos establecidos.

20. *Convalidación procesal*: el CPC adopta un sistema de nulidades procesales relativas y absolutas. En relación a las primeras, dispone que se convaliden por otras posteriores, prohibiendo a la autoridad judicial declarar este tipo de nulidad de oficio. Las absolutas -que afectan el orden público o el derecho de defensa de las partes-, no se convalidan por la falta de protesta y deben ser declaradas de oficio en cualquier tiempo (arts. 20 y concs.).

21. *Integración de principios*: los principios integran el cuerpo normativo procesal, son vinculantes para la autoridad judicial, y su inobservancia dará lugar a la sanción de nulidad.

### **3. JUEZ Y JUEZA: DIRECCIÓN Y CONTROL FORMAL DEL PROCESO**

Como veremos a continuación, Nicaragua es uno de los países que tiene el modelo de autoridad judicial más restringido de los Códigos analizados. Consagra un juez que tiene a su cargo la dirección formal del proceso, pero al cual se le veta expresamente la participación en todo lo que diga relación con la producción probatoria (art. 13). Las únicas excepciones son: (i) las preguntas aclaratorias que puede realizar en interrogatorios y (ii) la potestad de iniciativa probatoria en los procesos tutela de derechos o intereses públicos y/o pretensiones colectivas (arts. 231 inc. 2 y 494).

Sumado a lo anterior, los principios establecen varios mandatos importantes a la autoridad judicial, como interpretar y aplicar el Código conforme a la constitución política y a la normativa internacional de derechos humanos; garantizar la igualdad de derechos, facultades y condiciones a las partes en el proceso y respetar el contradictorio, defensa e imparcialidad (arts. 10 y concs.).

El artículo 15 establece de modo expreso que los jueces y juezas tienen el deber de dirigir y controlar formalmente el proceso e impulsar todas las actuaciones de mero trámite. Junto a ello, y según lo establece el artículo 169, a la autoridad judicial también le corresponde la dirección de las audiencias, de manera indelegable.

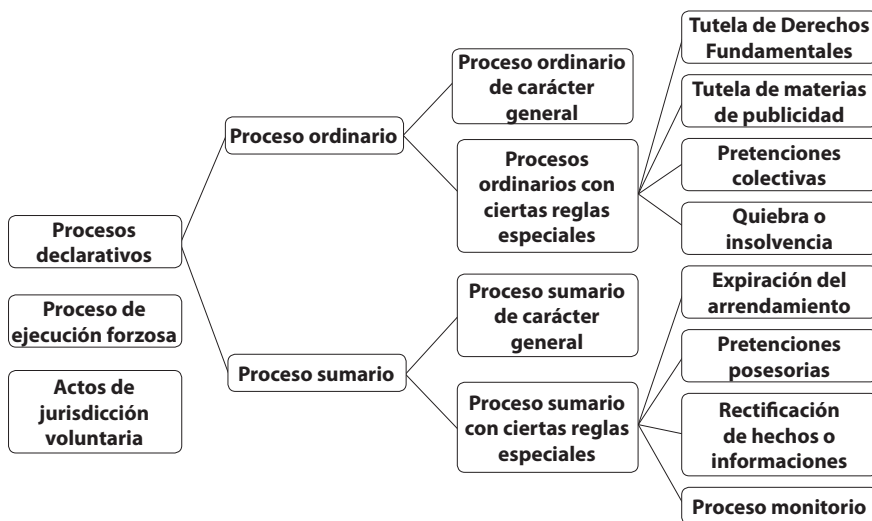
En razón de dicho deber de dirección de los debates, a la jueza le corresponde conceder la palabra a las partes; mantener -con todos los medios a su alcance- el orden en las audiencias y el respeto y consideración a los órganos jurisdiccionales y a quienes se hallen ante ellos; corregir en el acto las faltas que puedan cometerse y agilizar el desarrollo de las audiencias, a través de llamados de atención o retiro de palabra del abogado o de las partes que en sus intervenciones cometan divagues innecesarios y se separen notoriamente de la discusión (arts. 173 y concs.).

Como directora de las audiencias y del debate, la autoridad judicial tiene el deber de examinar personalmente la prueba y velar porque la práctica de ésta no afecte la moral ni las buenas costumbres (arts. 243 y concs).

#### 4. PROCEDIMIENTOS REGULADOS Y SUS RESPECTIVAS AUDIENCIAS

En este apartado nos interesa realizar un mapeo general de los mecanismos y/o vías de discusión que ha construido el CPC, para luego profundizar en los procesos principales y caracterizar de manera concisa sus respectivas audiencias.

Los procesos se encuentran regulados en los artículos 390 y siguientes. Proceden para toda pretensión civil que no tenga señalada por ley una tramitación especial.



##### Proceso ordinario

El proceso ordinario debe utilizarse, por un lado, para aquellas pretensiones que, independientemente de su cuantía, versen sobre las materias reguladas en el artículo 391 (tutela de derechos fundamentales y del honor de las personas; publicidad; pretensiones colectivas; impugnación de acuerdos sociales; arrendamientos y reivindicaciones de inmuebles, entre otras). Por otro, las pretensiones cuya materia no esté comprendida en los numerales de dicho artículo ni en el proceso sumario, conforme la cuantía fijada por la Corte Suprema de Justicia y las de cuantía inestimable.

Luego de estatuido el proceso ordinario, se regulan las especialidades de éste, las cuales se contemplan para algunas de las materias mencionadas con anterioridad. Estas especialidades pueden considerarse como procesos ordinarios especiales. Entre ellas encontramos la tutela de derechos fundamentales; publicidad; pretensiones colectivas y quiebra o insolvencia.

El proceso ordinario contempla dos audiencias: la inicial y la probatoria.

1. *Audiencia inicial*: tiene por objetivo instar a las partes a llegar a un arreglo, sanear defectos procesales, fijar con precisión las pretensiones de las partes, ratificar los medios probatorios propuestos y analizar la admisibilidad de las pruebas solicitadas (art. 441).

2. *Audiencia probatoria*: la finalidad principal de esta audiencia es llevar a cabo la práctica de las pruebas. Antes de finalizar la audiencia, las partes realizarán sus alegatos finales con el fin de concretar y relacionar los hechos alegados con las pruebas presentadas (art. 469).

### **Proceso sumario**

Aplicable para aquellas pretensiones que conforme la cuantía fijada por la Corte Suprema de Justicia, no estén comprendidas en el ámbito del proceso ordinario y las que –independientemente de la cuantía para ciertas materias en particular– se encuentran reguladas en el artículo 392 (pretensiones posesorias; rectificación de hechos o informaciones inexactas y perjudiciales; propiedad horizontal; prescripción adquisitiva; servidumbre o partición de herencia).

La demanda y contestación deben ser presentadas por escrito. Trabada la controversia, las partes serán citadas a una audiencia única. En ella se distinguen dos fases que se corresponden con los objetivos de las dos audiencias establecidas para el proceso ordinario. Por un lado, se instará a las partes a llegar a un arreglo, sanear defectos procesales, fijar las pretensiones de las partes, ratificar los medios probatorios propuestos y su admisibilidad. Por otro, se llevará a cabo la práctica de las pruebas solicitadas y se presentarán los alegatos finales orales (art. 506).

Cuando la pretensión no supere los cincuenta mil córdobas, las partes podrán iniciar este mismo proceso mediante el uso de formularios, supuesto en el que los términos se reducen a la mitad de lo fijado para el proceso sumario. A este tipo de proceso, las partes no requieren comparecer representadas por abogados. Sin embargo, si una de las partes está asistida o representada por abogado, la otra igualmente deberá estarlo (art. 87).

## **5. ASPECTOS PROBATORIOS Y DE LITIGACIÓN**

### **Carga dinámica de la prueba difusa**

Nicaragua regula la carga de la prueba de forma tradicional: corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos constitutivos que invoca y, al demandado, los hechos impeditivos, modificativos o extintivos (art. 240). Sin embargo, al final de dicho artículo, establece que para la aplicación de estas normas, “la autoridad judicial deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

### **Anuncio de la prueba**

El anuncio o proposición de la prueba se encuentra regulado en el artículo 241 del CPC. Las partes deberán proponer los medios de prueba en la demanda o contestación, indicando por separado los hechos que pretenden demostrar con cada uno de ellos (arts. 420, 421 y

concs.). De igual manera, deberán precisar la identidad y el domicilio de las personas que han de ser citadas para la práctica de cada medio de prueba. Cuando se desconozcan dichos datos al momento de postular, deberán aportarlos con la antelación suficiente que permita su práctica.

En este mismo sentido, el artículo 421, en su último inciso, postula que se deberán acompañar los medios probatorios destinados a sustentar el petitorio (entre ellos, los dictámenes periciales), junto con los datos necesarios para su práctica. Con respecto a la contestación, el artículo 427 hace un reenvío a los requisitos y anexos previstos para la demanda.

En cuanto a los hechos nuevos, las partes podrán formular alegaciones complementarias sobre ellos cuando sean relevantes para el proceso, proponiendo su prueba. A estos efectos, se entenderá como hecho nuevo el acaecido después del período de alegación. El juez o jueza deberán decidir la admisibilidad de los hechos y de sus pruebas. Dichas alegaciones se podrán realizar en los momentos procesales que detalla dicho artículo (art. 453).

### **Admisibilidad y exclusión de la prueba**

Están exentos de prueba: (i) los hechos no controvertidos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes o que, a juicio de la autoridad judicial, pudiera haber dolo o fraude procesal; (ii) los hechos que sean de notoriedad absoluta y general; (iii) el derecho nacional y los instrumentos internacionales aprobados y ratificados por el Estado de Nicaragua y (iv) los hechos presumidos por la ley, salvo reserva legal del derecho de probar (art. 235).

Los artículos 236 y 237 se refieren a los requisitos para que se pueda admitir una prueba y a la prueba ilícita y sus efectos, respectivamente.

La prueba debe ser lícita, útil y necesaria. La misma será admitida en los cuatro siguientes casos:

- a. Cuando se obtenga y origine sin vulnerar los derechos fundamentales y garantías procesales.
- b. Cuando cumpla los requisitos específicos de cada medio probatorio.
- c. Cuando sea pertinente y procedente, entendiéndose por pertinente aquellas pruebas que guarden relación con el objeto del proceso y por procedente las que sean necesarias.
- d. Las que sean útiles, considerando como tales las que razonablemente contribuyan a esclarecer los hechos controvertidos (art. 236).

A su vez, se considerará como prueba ilícita la que en su obtención u origen no cumpla con lo precisado en el inciso y aquella que en su proposición y admisión no cumpla con lo establecido en el apartado. Consecuentemente, si una prueba hubiera sido aportada al proceso, admitida y practicada violentando dichas cláusulas, carecerá de eficacia probatoria. De igual



manera, tampoco tendrán eficacia probatoria los actos que sean consecuencia de aquellos que fueron obtenidos ilegalmente y que no hubiera sido posible obtener sin la información derivada de ellos.

Los artículos 238 y 239 regulan el procedimiento para la alegación, debate y resolución de la prueba ilícita.

### Facultades del juez o jueza en la producción de la prueba

De la lectura del CPC es posible concluir que *los tribunales no tienen facultades en la producción de la prueba*. Esto lo podemos apreciar en lo dispuesto en el artículo 231, el que indica expresamente que las pruebas sólo se practicarán a instancia de parte. Junto a ello, no se ha encontrado ninguna norma en algún capítulo específico que pueda hacer excepción a esa regla o matizarla de algún modo, por lo que es categórico que en Nicaragua las autoridades judiciales en materia civil no tienen iniciativa probatoria. Es decir, en términos generales, la autoridad judicial no puede producir prueba de oficio.

Ahora bien, como se indicó en el apartado sobre el rol del juez o jueza, dicha regla se contempla sin perjuicio de lo dispuesto en los procesos en los que se tutelen derechos o intereses públicos. En esos casos o en los procesos referidos a pretensiones colectivas (art. 494), la autoridad judicial sí contará con potestades probatorias.

### Reglas de producción de la prueba

Los medios de prueba regulados son los siguientes:

*Tabla 32: Regulación de los medios probatorios CPC de Nicaragua*

Medio probatorio	Definición legal	Regulación	Requisitos propios de admisibilidad
Interrogatorio de las partes	Interrogatorio a una parte sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del proceso	Art. 254	Si lo solicita un colitigante respecto de otro, debe existir oposición o conflicto de intereses entre ambos en ese proceso
Documentos	Documentos públicos son los autorizados por funcionarias y funcionarios judiciales o públicos y/o notarios, siempre que se cumplan las solemnidades requeridas por la ley. Documentos privados son los realizados sin la intervención de las personas indicadas en los públicos	Art. 267	Rigen requisitos generales. En caso de acompañarlos con posterioridad al momento regular, serán admitidos si es que concurre un hecho nuevo o nueva noticia (Art. 285)
Medios técnicos	Reproducción de imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes	Art. 288	Rigen requisitos generales

Medio probatorio	Definición legal	Regulación	Requisitos propios de admisibilidad
Prueba testifical	Persona que tiene noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del proceso	Art. 290	Ser ciudadano o ciudadana en ejercicio de sus derechos, o extranjeros mayores de dieciséis años
Prueba pericial	No tiene	Art. 390	Para valorar los hechos o circunstancias relevantes en el asunto se requieren conocimientos científicos, artísticos, técnicos, prácticos y otros análogos
Reconocimiento judicial	No tiene	Art. 328	Para el esclarecimiento y apreciación de los hechos fuera necesario o conveniente, que la autoridad judicial examine por sí misma algún lugar u objeto; que la parte que lo solicite exte-reme los recaudos principales en relación a los que pretende que el reconocimiento se refiera e indique si procura concurrir alguna persona técnica o práctica en la materia
Presunciones	No tiene	Art. 333	Cuando la presunción admita prueba en contrario, la autoridad judicial debe justificar y razonar los argumentos que lo han llevado a la decisión de considerar el hecho presunto como la consecuencia de los indicios

Fuente: elaboración propia

### *Algunas reglas generales*

Como en todos los Códigos reformados, las pruebas deberán ser practicadas en audiencias públicas y sujetas al principio de contradicción. Sólo excepcionalmente podrá producirse prueba por fuera de la audiencia probatoria (art. 244). Cuando deba incorporarse una fuente de prueba al proceso y ninguno de los medios contemplados por la ley sea idóneo para ello, la autoridad judicial, a petición de parte, adaptará la prueba al medio apropiado y lo admitirá para su práctica (art. 252).

Las partes podrán solicitar una orden para practicar las pruebas, siempre y cuando no perjudique el desarrollo de la audiencia ni menoscabe la intervención de la contraria. Cuando no exista tal solicitud, la prueba se rendirá en el siguiente orden: interrogatorio de las partes;

interrogatorio de testigos; pericial; reconocimiento judicial; documentos públicos o privados; medios técnicos de filmación y grabación y medios técnicos de archivo y reproducción (art. 253).

Si no pudiera producirse en tiempo y forma una prueba por causa de la parte, ésta será sancionada por la autoridad judicial con multa de uno a tres salarios mínimos, salvo que desistiera de practicar dicha prueba o bien pudiera justificar la ausencia de responsabilidad, en cuyo caso se practicará la prueba en las diligencias finales (art. 233).

La prueba anticipada ha sido prevista a efectos meramente conservativos. Si se hubiera otorgado, el CPC exige que la demanda se interponga dentro de los treinta días de su práctica, salvo que se acredite caso fortuito o fuerza mayor. En su defecto, no se otorgará valor probatorio a lo actuado. Otro punto llamativo (y objetable) es que la prueba anticipada será incorporada en la audiencia probatoria, mediante su lectura (arts. 246, 247 y concs.).

### *Interrogatorio de las partes*

El interrogatorio de parte se encuentra regulado en los artículos 254 y siguientes del CPC. De su lectura podemos concluir que se ha apartado de la figura tradicional de la confesión, no obstante no considerar en este medio probatorio la declaración voluntaria de parte. Más allá de ello, veremos que normativamente ésta sí estaría permitida.

En ese sentido, se advierte que a pesar de que existan varios elementos semejantes a la tradicional absolución de posiciones, ésta no alcanza a constituirse como tal. Especialmente, porque el silencio o las respuestas evasivas de la parte interrogada no producen el efecto de dar por confesa a la persona sobre determinados hechos. Es decir, el CPC efectivamente se ha apartado de regular *tasadamente* por ley cómo debe estimarse un determinado medio de prueba, lo cual se valora positivamente.

La declaración de partes es admisible cuando cualquiera de ellas solicite a la autoridad judicial el interrogatorio de las demás, sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y guarden relación con el objeto del proceso. El procedimiento reglado es similar a la prueba testifical y se realiza de manera presencial (inmediación), oral y contradictoria.

### *Documentos*

Los artículos 267 y siguientes regulan los diversos aspectos relacionados con los documentos. Esto es, las clases de documentos que pueden existir, sus requisitos, impugnación y cotejo.

Con respecto a los documentos públicos, el artículo 269 indica que éstos deben ser aportados en original o por testimonio, copia fotostática autenticada, certificación fehaciente o copia simple, si no se hubiera impugnado su autenticidad.

En relación a los documentos privados, el artículo 274 establece que deberá acompañarse el original o hacerse mediante copia autenticada por fedatario público. Si sólo se posee una copia simple del documento, podrá presentársela y surtirá los mismos efectos que el original, siempre y cuando la parte demandada hubiera comparecido y la conformidad de la copia con el original no sea cuestionada.

Cabe mencionar que también se regula el procedimiento para otros tipos de documentos, como los extranjeros o copias fotostática.

Con respecto al momento en que deben presentarse los documentos, el artículo 285 precisa que la regla general será que las partes lo hagan con la demanda y contestación, cuando el documento sea el fundamento de su derecho. No obstante ello, el CPC permite que la parte demandante lo haga en la audiencia inicial del proceso ordinario o en la audiencia del proceso sumario, cuando los documentos que pretende acompañar hayan tomado relevancia como consecuencia de las alegaciones de la contraria. Norma similar pudo apreciarse en el CPCM de El Salvador.

De igual manera, cualquiera de las partes podrá presentar documentos en cualquier momento, pero antes de la audiencia en la que se practique la prueba, cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias: (i) ser de fecha posterior a la demanda o contestación o a la audiencia inicial o audiencia del proceso sumario, siempre que no se hayan podido elaborar ni obtener con anterioridad; (ii) que siendo documentos anteriores a las oportunidades procesales mencionadas, se justifique no haber tenido conocimiento previo de su existencia y (iii) no haber podido obtener los documentos previamente por causas que no sean imputables a la parte, siempre que los haya designado o anunciado.

Excepcionalmente podrá presentarse un documento con posterioridad a la audiencia en que se practicó la prueba, cuando se justifique que llegó a su conocimiento después de dicha audiencia y que, además, es relevante para la decisión de fondo.

### *Prueba testifical*

Los artículos 290 y siguientes se refieren a la prueba testimonial o testifical. Las partes podrán proponer cuantos testigos estimen convenientes por cada hecho controvertido, siendo facultad del tribunal obviar declaraciones, una vez que haya escuchado a tres testigos y considere que el hecho se encuentra suficientemente ilustrado (art. 292).

Los testigos declararán por separado, en el orden en que estuviera consignado por las propuestas de las partes. No podrán comunicarse entre sí. El interrogatorio inicia con las preguntas hechas por el juez o jueza con el objetivo de individualizar al testigo y esclarecer la existencia de interés o vínculo con la parte que lo ha llevado y que pudiera afectar su imparcialidad. Cada parte interrogará a sus testigos y luego podrá preguntar la parte contraria.

La autoridad judicial podrá interrogar a la parte llamada a declarar, a fin de obtener aclaraciones y adiciones sobre los hechos declarados. Será su deber rechazar las preguntas que no cumplan con los requisitos legalmente previstos. Deberá cuidar que las preguntas permitan al testigo narrar los hechos de manera directa, coherente y lógica, sin interrupciones de las partes, salvo que dude, se contradiga o evada la respuesta, caso en que el juez o la jueza podrán interrogarlo directamente.

Las preguntas serán orales, claras, precisas, y no podrán incluir valoraciones ni calificaciones. No se admitirán preguntas capciosas, indeterminadas, sugestivas, ambiguas, impertinentes, inútiles o perjudiciales para el testigo, así como tampoco las que no se refieran a los conocimientos propios de él.

Al contestar, el testigo deberá responder por sí mismo, oralmente y sin valerse de ningún borrador. Sin embargo, cuando se le pregunte sobre cuentas, libros o documentos, se permitirá que consulte antes de responder. Si cualquiera de las partes lo solicita, el libro o documento deberá aportarse en el acto para que sea examinado por las partes. Debe además, dar razón o fundamento de lo que declara.

### ***Prueba pericial***

Aportados los dictámenes, los peritos deberán comparecer a la audiencia respectiva. En ella realizarán una exposición completa del dictamen (cuando ésta requiera la realización de otras operaciones complementarias del escrito aportado, mediante el empleo de los documentos aportados con la demanda o contestación). Allí contestarán preguntas y objeciones sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen. Se responderán también las solicitudes de ampliación del dictamen, se llevará a cabo la crítica del dictamen de que se trate, por el perito de la parte contraria y se formularán las tachas que pudieran afectar su intervención.

El juez o la jueza podrán formular preguntas y requerir explicaciones a los peritos para comprender y valorar mejor el dictamen realizado.

## **6. PROCESOS COLECTIVOS**

Como expusimos con anterioridad, aparte del proceso ordinario general, en Nicaragua se regula una serie de procesos ordinarios especiales, los cuales se rigen por sus normas especiales y, en todo lo no previsto, por las reglas del proceso común. Del artículo 485 en adelante, el CPC reglamenta el proceso ordinario especial contemplado para las pretensiones colectivas.

A través de este proceso se conocerán las pretensiones de diversas personas, frente a uno o varios demandados, que traten sobre:

a) *Intereses o derechos colectivos*, aquellos supra individuales que afectan a un grupo, categoría o clase, en que los sujetos están perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, ligados por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica común entre ellos.

b) *Intereses o derechos difusos* son tales los intereses supra individuales que afectan a un grupo, categoría o clase, cuyos individuos son indeterminados o de difícil determinación, ligados por circunstancias de hecho o vinculados entre sí o con la contraria, por una relación jurídica común a todas ellas.

c) *Intereses o derechos individuales homogéneos*, es decir el conjunto de derechos subjetivos individuales con un mismo origen, de los que son titulares los miembros de un grupo, categoría o clase, sin existir una relación común a todos ellos.

En cuanto a los legitimados para interponer pretensiones colectivas, el artículo 64 numerales 8 y 10 determina la capacidad para ser parte de los grupos de personas consumidoras y usuarias afectadas y los pueblos originarios y afrodescendientes. También reconoce legi-

timación para la defensa de derechos e intereses de dicho colectivo, a las asociaciones de consumidores o usuarios legalmente constituidas; a la Procuraduría General de la República y a las personas afectadas por un hecho dañoso cuando los o las integrantes del grupo estén perfectamente determinadas e identificadas o lo sean fácilmente (arts. 71 y concs.).

El CPC, reconoce a los pueblos originarios y afrodescendientes especial legitimación en materia de propiedad comunal, uso, administración, manejo de tierras tradicionales, demarcación y titulación (art. 72).

Cuando el grupo afectado sea indeterminado o de difícil determinación, sólo estarán legitimados para defender sus derechos las asociaciones de consumidores y usuarios que se encuentren legalmente constituidos.

Tratándose de un sistema representativo de tutela colectiva, es importante que el CPC regule la representatividad adecuada y que incluya, como parte de su análisis, distintos recaudos. Entre ellos, la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del representante (arts. 488 y concs.).

Tratándose de intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios, el efecto de cosa juzgada se extiende a todos y vincula a los miembros del grupo, categoría o clase.

Cuando se trate sobre intereses o derechos individuales homogéneos, la cosa juzgada afecta a todos ellos en el plano colectivo, pero la sentencia que acoja la demanda no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, quienes podrán formular solicitudes y oposiciones propias en el proceso de ejecución, para dejar sin efecto la eficacia de la sentencia en su esfera jurídica individual.

## **7. MECANISMOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

En Nicaragua, los MASC se encuentran regulados tanto en el CPC como en la Ley de Mediación y Arbitraje N° 540 de 2005.

El CPC regula en el artículo 406 el ámbito de aplicación de la mediación, estableciendo que las partes podrán hacer uso de este método o de cualquier otro alternativo, en las sedes de la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos o en un centro administrador de métodos de resolución alternativa de conflictos autorizado. También regula la transacción judicial, exigiendo su homologación judicial y otorgándole condición de título ejecutivo<sup>307</sup>.

La mediación previa al proceso es obligatoria, pues las partes –antes de interponer la demanda–, deberán acudir a las sedes de la Dirección de Resolución Alternativa de conflictos u otro centro similar, a fin de evitar el inicio del proceso (art. 407).

En caso de que las partes lleguen a un arreglo y éste fuera incumplido, se procederá según las reglas de la ejecución de títulos no judiciales, previo análisis del acuerdo por la autoridad judicial. De lo contrario, en caso de no llegar a acuerdo o frente a la ausencia de alguna de

<sup>307</sup> Arts. 101, 102, 103 y concs., CPC.

las partes al trámite, el solicitante podrá presentar su demanda ante el juzgado competente, debiendo acompañar el certificado que acredite que se intentó la mediación.

El artículo 408 se refiere a la mediación durante el proceso, y establece que incluso en la fase de ejecución las partes podrán acudir a la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos o similares, en búsqueda de un arreglo. Para ello, las partes, de mutuo acuerdo, deben solicitar la suspensión del proceso.

Como se lee en esta norma, es importante dejar en claro que aunque se trate de una posible mediación durante el proceso, ésta no se efectúa dentro de él, pues las partes deben acudir a un organismo externo a fin de llegar a un acuerdo. No es el juez o la jueza quienes podrán mediar o conciliar dentro del proceso. Conforme se desprende de los artículos 408, 441 y 442, sólo existe la posibilidad de llegar a un acuerdo extrajudicialmente. En ese sentido, el artículo 442 expresamente estatuye que "la autoridad judicial instará a las partes a lograr un arreglo en relación con la pretensión deducida en el proceso, señalándoles las ventajas de resolver el conflicto extraprocesalmente".

Ahora bien, no obstante lo anterior, y teniendo en cuenta que el CPC no prohíbe la conciliación intraprocesal –y el artículo 406 indica que las partes pueden resolver su conflicto mediante cualquier otro medio alternativo–, consideramos que no existe óbice para que las partes puedan solicitar a la autoridad judicial una conciliación y que ésta la lleve a cabo. Al contrario, sería una buena práctica con un enorme potencial en la gestión de la conflictividad y en la eficiencia y economía del proceso.

En caso de que las partes lleguen a entendimiento, deberán remitir el acuerdo al tribunal que conoce de la causa, a fin de que éste lo homologue y cierre el proceso. En caso de acuerdo parcial, se dictará sentencia de homologación sobre los puntos acordados, continuando el proceso con aquellos no compuestos. Si el acuerdo se incumple, se procederá según lo establecido para la ejecución de títulos judiciales.

## **8. VÍAS DE IMPUGNACIÓN**

El Libro Quinto se encarga de regular los medios de impugnación (arts. 536 y conchs.). En consonancia con el afianzamiento del contradictorio y la competencia como congruencia, en materia recursiva el CPC dispone que la autoridad judicial que conociera de un recurso, sólo podrá pronunciarse sobre las cuestiones formuladas por los recurrentes, sin poder extender el efecto de su decisión a las no planteadas o más allá de los límites de lo solicitado, salvo lo regulado en los procesos en que se tutelen derechos o intereses públicos (art. 541).

Los recursos reconocidos son: reposición, apelación y casación. En los casos en que se deniegue alguno de estos dos últimos, se contempla el recurso por denegatoria de admisión (art. 539).

### **Apelación**

Los artículos 546 y siguientes regulan el recurso de apelación y señalan que serán recurribles las sentencias definitivas dictadas en toda clase de procesos, los autos definitivos que pongan fin a los mismos y los que la ley disponga. La apelación se interpondrá por escrito ante

el juzgado que haya dictado la resolución que se impugne, en el plazo de diez días. El CPC instituye la ejecución provisional de sentencias (arts. 559 y concs.).

Se desprende de lo dispuesto en el artículo 549, que las causales de procedencia de este recurso, son el agravio y la infracción o vulneración de garantías procesales en primera instancia.

En cuanto a la posibilidad de rendir prueba en la segunda instancia, el artículo 550 indica que ésta podrá pedirse en los siguientes casos:

- a. Cuando hayan sido denegadas indebidamente en la primera instancia, siempre que se hubiera protestado en los tiempos y formas oportunas.
- b. Cuando las que fueron propuestas y admitidas, no pudieron practicarse por cualquier causa no imputable a la parte que la propone.
- c. Las que se refieran a hechos nuevos que sean relevantes para la causa, acaecidos o conocidos después del plazo para dictar sentencia.

Dentro del procedimiento contemplado para la tramitación de la apelación, el artículo 557 regula la *"audiencia en segunda instancia"*. Ésta procede a solicitud de parte y siempre que fuera necesario, celebrándose de conformidad con las reglas del proceso sumario. Durante ésta las partes alegarán lo que consideren oportuno y necesario para sus respectivas posiciones, admitiéndose y practicándose la prueba cuando proceda. Siendo que la referida audiencia se celebra a solicitud de parte y siempre que sea necesario, podemos concluir que ésta no siempre será obligatoria y que, al contrario, tiene más bien un carácter residual.

Finalmente, en cuanto a la decisión de la apelación, el artículo 560 se refiere expresamente al "alcance de la decisión de la apelación". En relación a ésta, el CPC la divide según las diversas hipótesis que pueden presentarse:

- I. Si hubiera infracción de normas o garantías procesales que originan la nulidad absoluta de actuaciones, el tribunal lo declarará y ordenará la devolución del proceso para que éste continúe a partir de la diligencia inmediatamente anterior a la que originó la nulidad.
- II. Si las infracciones provocaran la nulidad relativa, el tribunal anulará la resolución apelada y devolverá las actuaciones para que en primera instancia se subsane el defecto y se vuelva a decidir sobre el fondo.
- III. Si la infracción procesal se ocasionó al dictar sentencia, ésta se revocará y en segunda instancia se resolverá sobre el fondo del asunto.

## Casación

Este recurso procede en casos de infracción de normas que establezcan *derechos fundamentales* reconocidos en la Constitución de Nicaragua y en la *infracción de normas procesales* que regulen los siguientes aspectos:



1. Jurisdicción, competencia objetiva, funcional y territorial, cuando venga determinada por normas imperativas y la adecuación de procedimiento.
2. Los actos y garantías procesales, cuando su infracción suponga la nulidad absoluta o produjera indefensión.
3. La forma y contenido de la sentencia (arts. 562 y concs.).

También podrá interponerse cuando se trate de infracción de normas sustantivas aplicables para la resolución del objeto del proceso.

Serán recurribles los autos que pongan término al proceso y hagan imposible su continuación y las sentencias dictadas en segunda instancia en los siguientes casos: (i) conforme la cuantía fijada por la Corte Suprema de Justicia; (ii) cuando la cuantía fuera inestimable y (iii) cuando la resolución presente interés casacional, independientemente de la cuantía (art. 563).

En cuanto al interés casacional, se dice que éste tiene como fin la unificación de la jurisprudencia. Dicho interés existiría cuando:

1. La sentencia recurrida, dictada por un juez de distrito o tribunal de apelaciones, se oponga a la doctrina de la Corte Suprema.
2. La sentencia de un juez de distrito, resuelva cuestiones sobre las que existe contradicción con lo resuelto por otro juez de distrito actuando como segunda instancia.
3. La sentencia, dictada por un Tribunal de Apelaciones se contradiga con lo resuelto por otro Tribunal de Apelaciones.

El artículo 566 es claro al disponer que, mediante este recurso, no se puedan revisar los hechos ni tampoco la valoración de las pruebas. Sólo se admite el control de la motivación fáctica de la sentencia con el objetivo de revisar su existencia, suficiencia y carácter lógico, siempre que fuera determinante para un fallo en sentido diferente.

## Bibliografía

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2006) El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 137-162.
- ABRAMOVICH, V. (2007) Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales, en ABRAMOVICH Víctor, BOVINO Alberto y COURTIS Christian, La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década, Editores del Puerto SRL., Buenos Aires, pp. 217-253.
- ALCALÁ-ZAMORA, N. (1947) Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución a los fines del proceso), Primera edición, México.
- ALEGRE, M. (2020) A propósito de la reforma al Código Civil. Duguit y la constitucionalización del derecho privado, en "Pensar en derecho". Recuperado el 30 de enero de 2020 de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/a-proposito-de-la-reforma-al-codigo-civil.pdf>.
- ALVARADO, A (2004) Debido Proceso Versus Prueba de Oficio. Temis. Argentina.
- ANDREWS, N. (2012), La combinación de la administración pública y privada de la justicia civil, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX, Valparaíso, Chile, pp. 253 – 289.
- ANDREWS, N. (2013), Justicia Civil Inglesa. Proceso Civil y otras formas de resolución de controversias. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Bogotá (Colombia).
- ARCE ZACONETA, J. C. Héctor (2014), Líneas rectoras y principios procesales del nuevo Código de Procedimiento Civil Boliviano, en: Varios autores y una autora "El nuevo Proceso Civil. I Jornadas Nacionales", p. 5-7.
- BARBOSA, J. C. (1989). Os poderes do juiz na direcao e na instruaao do processo. Temas de direito processual civil, 4ª serie, Sao Paulo, Saraiva.
- BARBOSA, J. C. (2004). Reformas processuais e poderes do juiz. Temas de direito processual, 8ª serie, Sao Paulo Saraiva, 2004, p. 53.
- BENEDETTI, M. A. y SÁENZ, M. J. (2016) Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- BENENTE, M. (2016) El Estado y los derechos humanos en la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016.
- BENENTE, M. (2014) Constitucionalismo fracturado. Poder y derecho en las nuevas constituciones latinoamericanas, Revista Institucional del Colegio de Abogados de Carchi, Ecuador.
- BERIZONCE, R. O. (1967) La nulidad en el proceso, Platense, La Plata, p. 48.
- BERIZONCE, R. O. y VERBIC, F. (2013) Control judicial de políticas públicas (a propósito de un proyecto de ley brasileño), Revista La Ley 2013-D-778, Argentina.
- BERIZONCE, R. O. (2012) "Nuevos principios procesales y su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales (influencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos)", ANALES No 42 - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P., pp. 257-289.
- BERIZONCE, R.O. (2016). Procedimientos preliminares y prueba anticipada como instrumentos para la decisión temprana de los conflictos.
- BINDER, A. (2013) Derecho Procesal Penal. Tomo I. Hermenéutica del proceso penal, Ad-Hoc, Buenos Aires.

BINDER, A. (2002) La fuerza de la inquisición y la debilidad de la república. Ponencia presentada en el Seminario sobre reforma de la justicia penal organizado por CEJA, PGR e INACIPE, en México, octubre del año 2002. Recuperado el 31 de enero de 2020 en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/09/doctrina30866.pdf>

BURBANK, S. B., FARHANG, S. y KRITZER, H. M. (2010) Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and other Common Law Countries [“Beautiful cars without engines (Valguarnera 2010: 42)”].

CADIET L. (2016) La tendance a la contractualisation de la justice et du proces, RePro, São Paulo, Nº 261, pp. 117 y ss.

CALAMANDREI, P. (1973) Instituciones de derecho procesal civil, traducción de Sentis Melendo, Ejea, Buenos Aires.

CAPPELLETTI, M. (2016). El Proceso civil en el Derecho Comparado. Las grandes tendencias evolutivas, ARA Editores, Argentina.

CARBAJAL, F. (2018) La paradoja 8.1. “El derecho a ser oído” en los procesos civiles reformados, CEJA e INECIP, Litigación y sistema por audiencias, Sistemas Judiciales, Año 17 Nº 21.

CASTELLANO TRIGO, G. (2014), La prueba en el Nuevo Código de Procedimiento Civil, en: Varios autores y una autora “El nuevo Proceso Civil. I Jornadas Nacionales”, pp. 169 y 173.

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (2018). La gestión judicial de los nuevos tribunales civiles, Marco FANDIÑO (Director), Santiago (Chile)-

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (2018) Gobierno Judicial. Independencia y fortalecimiento del Poder Judicial en América Latina, Alberto BINDER y Leonel GONZÁLEZ (Directores), Santiago (Chile).

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (2018) 10 ideas sobre el modelo de reforma a la justicia civil que promueve el CEJA. Santiago (Chile).

CEJA e INECIP (2018) Litigación y sistema por audiencias, Sistemas Judiciales, Año 17 Nº 21.

CHAYES, A. (2017), “El rol del juez en el litigio de interés público”, traducción al español de MINATTA Olivia y VERBIC Francisco, en Revista de Processo Nº 268.

COURTIS, C. (2007). El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos, en ABRAMOVICH Víctor, BOVINO Alberto y COURTIS Christian, La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, p. 522.

DAMASKA, M. (1986). Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso Legal, Editorial Jurídica de Chile, Chile.

DEVIS ECHANDÍA, H. (1961) Derecho Procesal Civil. La prueba en general, Tomo I, p. 188.

DE PAULA RAMOS, V. (2018) Prova testemunhal. Do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento Científico ao diálogo com a Psicologia e a epistemologia, San Pablo: Thompson Reuters - Revista Dos Tribunais.

DE SOUSA, B. (2007). La reinención del Estado y el Estado Plurinacional. CENDA-CEJIS-CEDIB. Santa Cruz de la Sierra.

DEL ROSARIO PÉREZ LÓPEZ, I. (2018) Litigación oral con perspectiva de género. La experiencia de Nicaragua en materia procesal civil, CEJA e INECIP, Litigación y sistema por audiencias, Sistemas Judiciales, Año 17 Nº 21.

DIDIER JR. F. (2018) Curso de Direito Processual Civil, Vol. 1, Editora LusPodium, Salvador de Bahía.

DIDIER JR. F. (2016) Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos - Espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções, RePro Nº 256, pp. 209-218.

- DUCE, M., MARÍN, F. y RIEGO, C. (2008), Reforma a los Procesos Civiles Orales: Consideraciones desde el Debido Proceso y Calidad de la Información, en CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. Justicia Civil: Perspectivas para una Reforma en América Latina, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Santiago de Chile, pp. 13-94.
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian (2012) Proceso Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- DULITZKY, A. E. (2014) Artículo 28. Cláusula Federal, en Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario, Steiner Christian y Uribe Patricia (editores), Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, pp. 687-706.
- ESPINOSA, Lorena y MARTÍNEZ Juan José (2017), Reporte sobre la gestión judicial y oralidad en la justicia civil uruguaya, en: FANDIÑO, Marco (Director), Estudios Comparados sobre reformas al Sistema de Justicia Civil. Alemania, España y Uruguay, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Santiago de Chile, p. 529.
- FALCÓN, E. M. (1975) El recurso indiferente, Revista La Ley 1975-B-1139, Argentina.
- FANDIÑO, M., GONZÁLEZ, L., GARCÍA, R. (2020) Case Management y flexibilidad del proceso en la reforma procesal civil chilena. Oportunidades y Desafíos. Libro en preparación.
- FANDIÑO, M. (2019) Estudios Comparados sobre Reformas al sistema de Justicia Civil. Australia y Canadá. Vol. nº2. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Santiago de Chile.
- FANDIÑO, M. (2018) Lineamientos para la transformación de los juzgados civiles en base a los nuevos paradigmas procesales, en La gestión judicial de los nuevos tribunales civiles, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Santiago (Chile), pp. 11-51.
- FANDIÑO, M. (2014) Lecciones extraídas de la implementación de la Nueva Oficina Judicial en España, en Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia, Año 14, Nº 18, INECIP-CEJA.
- FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, E. W. (2014), De los Procesos Ordinarios y Extraordinarios en el Nuevo Código Procesal Civil, en: Varios autores y una autora, "El nuevo Proceso Civil. I Jornadas Nacionales", pp. 69 y 82-83.
- FERRER, J. (2017). Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso, Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol. 7(2), pp. 137-164.
- FERRER, J. (2010), La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana, en: ACCATINO, D. (Coord.), Formación y valoración de la prueba en el proceso penal, Legal Publishing, Chile, pp. 3-19.
- FERRER MAC-GREGOR Eduardo y ZALDÍVAR Arturo (coords.), La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Tomo II. Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, p. 444.
- FIGUEREDO MEDINA G., GONZÁLEZ ACOSTA A. y LONDOÑO TORO B. (2009) Diagnóstico del impacto de la ley colombiana de acciones populares y de grupo en sus primeros diez años de vigencia, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XLII, Nº 126, septiembre-diciembre 2009, pp. 1339-1371.
- FISS, O. (1984), Against Settlement, Faculty Scholarship Series 1215.
- GARCÍA ODGERS, R. (2018), Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile desde la perspectiva del derecho comparado, Tesis para optar al grado doctor en derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal Nº 44, julio-diciembre 2016, Bogotá (Colombia), pp. 19-43.
- GARGARELLA, R. (2016) Creación constitucional en sociedades plurales. La "estrategia de acumulación", Anales de la Universidad de Chile: Democracia y proceso constituyente, Universidad de Chile.
- GARGARELLA, R. (2014) La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010), Katz Editores, Madrid.

- GIANNINI, L. J. (2019) Revisión y oralidad. La apelación del juicio de hecho en el proceso oral civil en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Revista Dos Tribunais*, nº 8, julio-diciembre 2019, pp. 45-55.
- GIANNINI, L. J. (2016) *El certiorari. La jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*, Editorial Platense, Buenos Aires.
- GIANNINI, L., PÉREZ HAZAÑA, A., VERBIC, F., SUCUNZA, M., TAU, M., KALAFATICH, C. y UCIN, C. (2017) Propuestas de bases para la discusión de un proyecto de ley que regule los procesos colectivos, en *Los procesos colectivos y acciones de clase en el derecho público argentino*, GIANNINI Leandro J. y VERBIC (Directores), RubinzalCulzoni Editores.
- GIMENO, V. (2009), *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte General*, Universidad Nacional a Distancia, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid.
- GONZÁLEZ, Leonel y EMMANUELLI, Rolando (2018), *Reglas de Evidencia en Puerto Rico. Un análisis legal y empírico sobre su aplicación en los procesos judiciales*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).
- GONZÁLEZ, Leonel (2014), *La gestión judicial en los Tribunales de Familia de Santiago de Chile*, *Revista Sistemas Judiciales* Nº18. Las nuevas oficinas de gestión de audiencias, CEJA-INECIP.
- GONZÁLEZ, Leonel y MARTÍNEZ, Juan José (2015), *Seguimiento de medidas de protección: la experiencia del Centro de Medidas Cautelares de Santiago de Chile y el trabajo de la Unidad de Seguimiento e Información*, *Revista de Derecho de Familia*, volumen III, Nº7, Thomson Reuters, Santiago, Chile.
- GOZÁÑI, O. A. (2009). El principio de Legalidad de las Formas. *Derecho & Sociedad*, (32), pp. 245-265. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17429>.
- HARFUCH, A. y PENNA, C. (2013) *El juicio por jurados en el continente de América*, en *Sistemas judiciales. Juicio por Jurados*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas e INECIP, año 9 Nº 17, 2013.
- HITTERS, J. C. (2002) *Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación*, Editorial Platense, Buenos Aires, 2002.
- HUNTER, I. (2010). El principio dispositivo y los poderes del juez, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXV, Valparaíso, pp. 149-188.
- ISSACHAROFF, S. (2012) *Fairness in Aggregation*, 9 *US-China L. Rev.* 477, 2012.
- ISSACHAROF, S. (2013) *Acciones de Clase y Autoridad Estatal*, RDP 2013-1.
- JOLOWICZ, J. A. (2000) *On civil procedure*. Cambridge Studies in International and Comparative Law
- LEDESMA, A. E. (2018) *Algunas reflexiones sobre la oralidad y las vías de impugnación en el proceso civil*, Mendoza, Asociación Argentina de Derecho Procesal. Recuperado el 30 de enero de 2020 de: <https://www.aadproc.org.ar/pdfs/Jornadas/2018/Oralidad%20y%20vias%20de%20impugnacion%20Mendoza%20Angela%20Ledesma.pdf>
- LILLO, R., Cabezón, A., FANDIÑO, C. (2016). "Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial para favorecer el Acceso a la Justicia en América Latina." En: Fandiño, C. (Coordinador). *Guía para la Implementación de Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial para favorecer el Acceso a la Justicia*. CEJA, Santiago.
- LORENZO, L. (2017) *Manual de Litigación Civil*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago de Chile.
- MACHO, C. (2014) *Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa*, ADC, tomo LXVII, fasc. III.
- MARÍN, F. (2018) *Manual de litigación de audiencias orales en la nueva justicia civil de Costa Rica*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Marco FANDIÑO CASTRO y Lorena ESPINOSA OLGUIN (Editores), p. 181, 182 y 184.
- MARINONI, L., ARENHART S., MITIDIERO, D. (2016) *Novo Código de Processo Civil comentado*. Thomson Reuters-Revista dos Tribunais.

- MAURINO, G. y SUCUNZA, M., (2016) en Acceso a la justicia, Roberto GARGARELLA - Sebastián GUIDI (Directores), "Constitución Nacional Comentada", Thomson Reuters La Ley Editores, Buenos Aires.
- MENKEL-MEADOW, C. (2005) Roots and Inspirations: A Brief history of the Foundations of Dispute Resolution, en *The Handbook of Dispute Resolution*, editado por Michael L. Moffitt y Robert C. Bordone, Jossey-Bass, San Francisco, USA.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, Estado Plurinacional de Bolivia (2015), Guía para la implementación del Código Procesal Civil, p. 44.
- MITIDIERO, D. (2020) A Colaboração como Modelo e como Princípio no Processo Civil. Recuperado el 30 de enero de 2020 en: [https://www.academia.edu/10250562/Coopera%C3%A7%C3%A3o\\_como\\_Modelo\\_e\\_como\\_Princ%C3%ADpio\\_no\\_Processo\\_Civil](https://www.academia.edu/10250562/Coopera%C3%A7%C3%A3o_como_Modelo_e_como_Princ%C3%ADpio_no_Processo_Civil).
- MITIDIERO, D. (2015) Colaboración en el Proceso Civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos, 3 Ed. revisada, actualizada y ampliada, Thomson Reuters, Revista Dos Tribunales.
- MITIDIERO, D. (2015) La colaboración como norma fundamental del nuevo Proceso Civil brasileiro, *Revista do Advogado, O Novo Código de Processo Civil*, San Pablo: AASP, N° 126
- MONTERO AROCA, J. (2000) La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española y la oralidad, conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000.
- MORA, L. (2008). La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, organización actual y perspectivas futuras, en *Revista Sistemas Judiciales*, N° 13, INECIP-CEJA, p. 40.
- MORELLO A., Mario, S., GUALBERTO L. y BERIZONCE R. O. (2015) Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados, Tomo V, Abeledo Perrot.
- MOUFFE, C. (1999) El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical, Barcelona, Paidós,
- NIEVA J. (2010) La valoración de la prueba, Marcial Pons, Madrid.
- NIEVA J. (2010) Oralidad e intermediación en la prueba: luces y sombras, *Civil Procedure Review*, v.1, n.2: 27-41, jul./set.
- NIEVA J., FERRER J. y GIANNINI, L. (2019) Contra la carga de la prueba, introducción de Michele Taruffo, Marcial Pons, Madrid.
- NÚÑEZ, R. (2009), *Negociación, mediación y conciliación como métodos de resolución de controversias*, Ediciones Jurídicas Santiago, Santiago, Chile.
- OTEIZA, E. (2013) Entrevista sobre reforma judicial, *Revista de Derecho Privado*, CARAMELO G. y PICASSO S. (Directores), Año II N° 7 Noviembre de 2013, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- OTEIZA, E. (2007) El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires (Argentina), 2007, Año VI-N° 10.
- OTEIZA, E. (2004) El juez ante la tensión entre libertad e igualdad, *Revista de Derecho Procesal (número extraordinario): poderes y deberes del juez*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pp. 213-233.
- PACIOCCO, David y STUESSER, Lee (2015): *The law of evidence*, 7ma edición, Irwin Law, Toronto, Canadá.
- PALOMO, D. (2010) Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite, *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, pp. 465 - 524. ISSN 0718-0195, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.
- PARRA, J. (2012) La función social del proceso, en XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Colombia, p. 25.

PEÑA MARDONES, Cristóbal (2017), Traduciendo el discovery al civil law chileno: su aporte a los procesos de reforma procesal civil. *Revista Ius et Praxis*, año 23, N° 2, Universidad de Talca, pp. 79-120.

PEREIRA S., VILLADIEGO C. y CHAYER H. (2011) Bases para una reforma a la justicia civil en América Latina y el Caribe, en *Modernización de la Justicia Civil*, PEREIRA S. (coordinador), Universidad de Montevideo, Uruguay.

PEREIRA S. (2012) Los "procesos de pequeñas causas": consideraciones para su diseño, X Seminario Gestión Judicial, organizado por Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Buenos Aires.

PÉREZ, A. (2019) Diálogo y cooperación en la justicia civil contemporánea: hacia una mayor eficiencia, legitimidad y justicia en la decisión, Recuperado el 30 de enero de 2020 en [http://publications.iai.spk-berlin.de/receive/reposis-iai\\_mods\\_00000473](http://publications.iai.spk-berlin.de/receive/reposis-iai_mods_00000473).

PEREZ A. y SILVA O. (2009) El imperativo de transparencia patrimonial del deudor como requisito funcional para una ejecución civil eficiente, *Revista Ius et Praxis* 15 N°2, 2009, pp. 79 a 11.

PEYRANO, J. W. (2010) El principio de cooperación procesal, *La Ley* 08/02/2010, 08/02/2010, 1 - LA LEY2010-A, 1062; AR/DOC/315/2010

PICHÉ, C. Y NOREAU, P. (2019). Reformas a la Justicia Civil en Quebec y Canadá en FANDIÑO, M. (Director) Estudios comparados sobre Reformas al Sistema de Justicia Civil. Australia y Canadá. Volumen II. Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

PICÓ, J. (2006) El juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal, III Congreso Internacional de Derecho Procesal, celebrado en Panamá del 16 al 19 de agosto de 2006.

PICÓ, J. (2012), El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado. *Cuestiones Jurídicas*, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, Vol. VI. N° 1, enero-junio 2012.

PICÓ, J. (2005) La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil, ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Bogotá del 6 al 8 de septiembre de 2005.

CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA (2014) Propuesta modelo de incorporación de la perspectiva de género en las sentencias, Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia. Recuperado el 30 de enero de 2020 en: [http://www.cumbrejudicial.org/c/document\\_library/get\\_file?p\\_l\\_id=16908&folderId=1391406&name=DLFE-6959.pdf](http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=16908&folderId=1391406&name=DLFE-6959.pdf).

QUIROGA C. (2017) La experiencia de gestión judicial asociada en Mendoza, Recuperado el 30 de enero de 2020 en: <http://www.saij.gob.ar/>

RAMÍREZ, S. (2017), La Justicia de Paz en América Latina: bases para una justicia democrática y republicana en Diálogo Multidisciplinario sobre la nueva Justicia Civil en Latinoamérica, Editores Marco FANDIÑO y Leonel GONZÁLEZ, CEJA, 2017.

RÍOS, E. (2013) La oralidad en los procesos civiles en América Latina. Reflexiones a partir de una observación práctica, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago de Chile.

RÍOS, E. (2017) Manual de Dirección de Audiencias Civiles, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Jaime ARELLANO y Leonel GONZALEZ (Directores). Santiago de Chile.

RUA, G. y GONZALEZ, L. (2018) El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias. *Revista Sistemas Judiciales*. CEJA-INECIP.

SAEZ, J. (2008) La organización y administración de los nuevos tribunales- La otra reforma, Editorial Metropolitana, Chile.

SÁNCHEZ H. (2014), Los principios en el Proceso Civil, en: Varios autores y una autora, "El nuevo Proceso Civil. I Jornadas Nacionales", p. 55.

SANDER, F. Y HERNÁNDEZ, M. (2008). A Dialogue Between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse. *University of St. Thomas Law Journal*. Volume 5 Issue 3 Spring 2008.

- SCAGLIOTTI, M. (2018) Puesta en marcha de la primera Oficina Judicial Civil de Neuquén, en *La gestión judicial de los nuevos tribunales civiles*, Marco FANDIÑO (Director), Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago de Chile, p. 211-236.
- SICA H. (2016) Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC/2015, *Revista de Processo*, V. 41, Nº 257, p. 269-281, São Paulo: RT, julho.
- SOLETO, H. y FANDIÑO, M. (2017), *Manual de Mediación Civil*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago de Chile.
- SUCUNZA, M. A. (2016) El derecho constitucional-convencional al debido proceso colectivo: conceptualización e interpelaciones en pos de su efectividad, en *Revista de Derecho Público*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pp. 105-163.
- SUCUNZA, M. A. (2018) Constitucionalización del derecho y reforma a la justicia no penal: interpelaciones y aportes en pro de una (re)ingeniería procesal igualitaria, responsable y democrática, en "Análisis de las bases para la reforma procesal civil y comercial", Jorge A. Rojas (Coordinador), Asociación Argentina de Derecho Procesal, RubinzalCulzoni Editores.
- SUCUNZA, M.A. y VERBIC, F. (2018) La CSJN y el art. 32 de la Ley General del Ambiente: una práctica arbitraria que se consolida, *Revista de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, julio-agosto.
- SUCUNZA, M. A. (2018) El rol del juez en los Procesos Colectivos: director, gestor y responsable político, social e institucional, *Revista La Ley, Suplemento Especial*, febrero-marzo.
- SUCUNZA, M. A. y VERBIC, F. (2017) El Deber de razonable fundamentación en el Código Civil y Comercial de la Nación: alcance, contenido e implicancias, *Revista La Ley, Suplemento Especial*, 3 de febrero de 2017.
- SUCUNZA, M. A. y VERBIC, F. (2016) Postulación de pretensiones colectivas a la luz de la reciente Acordada de la Corte Suprema, *Revista La Ley, Suplemento Especial*, mayo.
- SUCUNZA, M. A. y VERBIC, F. (2016) Del modo de imponer las costas en casos de interés público. ¿Hermosos autos sin motor?, *La Ley* 27/10/2016, AR/DOC/2834/2016.
- SUCUNZA, M. A. y VERBIC, F. (2015) Medidas cautelares en procesos colectivos: ausencia de régimen adecuado y modulaciones necesarias, *Revista Forense*, Brasil.
- SUCUNZA, M. A. y VERBIC, F. (2015) Prueba anticipada en el nuevo Código Procesal Civil: un instituto relevante para la composición eficiente, informada y justa de los conflictos, Capítulo 27 en "Coleção Grandes Temas do NOVO CPC - Direito Probatório", Fredie Didier Jr., Marco Jobim e William Santos Ferreira (coordinadores), Editora JusPodivm, Salvador Bahía.
- TARUFFO, M. (2011), *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta S.A., Madrid.
- TARUFFO, M. (2006), Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 pp. 249-271.
- TARUFFO, M. (2003), Investigación judicial y producción de prueba por las partes, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XV, 2003, pp. 205-213.
- TARUFFO, M. (2001) Someremarksongrouplitigation in comparativeperspective, *Duke Journal of Comparative& International Law*, Vol. 11, 2001, Nº 2, p. 405.
- TARUFFO, M. (1998), Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización, conferencia pronunciada el 26 de noviembre de 1998 en el seminario de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.
- UCIN, M.C. (2017) Dimensión democrática y deliberativa del proceso, ponencia presentada en el Congreso Nacional de Derecho Procesal, AADP, Termas de Río Hondo, Santiago del Estero.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE JOSÉ C. PAZ (2018) Jueces y juezas denunciados/as en el Consejo de la Magistratura, Administración del Poder Judicial: programa de estudios sobre Poder Judicial, Mauro BENENTE (Director), 2018, p. 68.

VAN RHEE, C.H. (2014) Obligations of parties and their lawyers in civil litigation: the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. In.: ADOLPHSEN, Jen et al (org.). Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag. C.H. Beck, 2014, p. 669/679.

VARGAS, J. E. (2002). "Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial". Revista Sistemas Judiciales, (2) pp. 1-11.

VARGAS, J. E. (2005) Las reformas a la justicia civil desde la perspectiva de las políticas públicas, CEJA, Santiago, noviembre, 2005.

VARGAS, M. (2018) La justicia civil de doble hélice. Hacia un sistema de justicia integral de resolución de conflictos en sede civil. Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 31, pp. 195-220.

VARGAS, M y FUENTES, C. (2018), Introducción al Derecho Procesal. Nuevas aproximaciones, DER Ediciones, Santiago, Chile.

VERBIC, F. (2015) La Corte Suprema Argentina y la construcción del derecho constitucional a un debido proceso colectivo, Int'l Journal of Procedural Law, Volumen 5 -2015-, Nº 1.

VERBIC, F. (2017) Manual de Introducción a los Procesos Colectivos y las Acciones de Clases, en Diálogo multidisciplinario sobre la nueva Justicia Civil de Latinoamérica, Marco FANDIÑO y Leonel GONZÁLEZ (Directores), Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2017.

VERBIC, F. (2012) Tutela Colectiva de derechos en Argentina. Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia, 2012-05, RDP número especial, Conferencia IAPL-IIDP.

VERBIC, F. (2014) Motivación de la sentencia y debido proceso en el sistema interamericano, La Ley, 2014- A Nº 39, 25 de febrero de 2014.

VILLA, S. (2011) El principio de cooperación en el proceso civil actual Ponencia presentada en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 8 al 10 de junio de 2011, publicada en elDial.com.

VILLADIEGO, C. (2008) Estudio Comparativo: justicia civil de pequeñas causas en las Américas, en "Justicia Civil: perspectivas para una reforma en América Latina", Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Agosto 2008, p. 95 – 129.

ZANETI JR. H. (2020) A Cooperação para o Processo, homenaje a Humberto Theodoro Jr., inédito.

ZANETI JR H. (2017) El nuevo Código de Proceso Civil Brasileño de 2015 y los conflictos jurídicos: el derecho procesal como un camino para la paz social, en "XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal" de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni.

ZANETI JR. H. (2011) De la ley a la constitución. La positivización de los derechos difusos y colectivos en la Constitución brasileña, en Revista Jurídica del Perú, Tomo 126 (agosto, 2011), pp. 65-81.

ZANETI JR H. (2020) A Cooperação para o Processo, homenaje a Humberto Theodoro Jr., inédito.

ZUCKERMAN, A. (2013), Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice, Sweet & Maxwell, Londres.





La historia de las reformas a la justicia no penal en la región ha sido una crónica de desencuentros. No ha existido una agenda clara que aglutine y ordene los procesos de reforma, el horizonte de sentido o que posibilite dialogar y generar consensos comunes en la región. Salvo en la última década, los avances han sido complejos, parciales y sesgados.

Este trabajo -concretado gracias al apoyo financiero de Global Affairs Canada (GAC)- se inscribe en esa preocupación por construir puentes de diálogo que permitan recuperar un acervo común latinoamericano, compartir experiencias y generar insumos de trabajo para buscar soluciones a los desarreglos o deficiencias regulatorias advertidas.

¿Existe un modelo de justicia civil latinoamericana? ¿Qué características debería tener la justicia para que ello sea posible? ¿Cómo debería ser ese modelo a las puertas de la segunda década de este milenio?

Responder dichos interrogantes exigió un largo y profundo proceso de análisis, reflexiones y debates, que se concretaron en una propuesta de bases para lo que pensamos debe ser un modelo de justicia civil integral, que amplíe el acceso a la justicia, garantice los derechos de las personas y gestione estratégicamente la conflictividad social actual.

