

Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas  
CORPORACIÓN UNIVERSITARIA REMINGTON



PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL  
DE DERECHO PROCESAL

---

“Proceso Garantía y Libertad”

Mayo 2012  
Medellín • Colombia

PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL  
“PROCESO GARANTÍA Y LIBERTAD”  
Edición: mayo de 2012

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA REMINGTON

**Fondo Editorial Remington**

Colección 96 años Organización Remington

**Pedro Juan González Carvajal**

Rector

**Alejandra Muñoz Montoya**

Directora de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas - Derecho

**Claudia Andrea Vasco del Río**

Vicedecana

**Jorge Enrique Gallego Vásquez**

Vicerrector Académico

**María Elena Villegas Isaza**

Vicerrectora Financiera

**Sandra Soledad Agudelo Álvarez**

Coordinadora Académica del evento

**Delio David Arango Navarro**

**Catalina Merino Martínez**

Correctores de texto

Impreso en Medellín por L. Vieco e Hijos Ltda.

Todos los derechos reservados. Ninguna porción de este libro podrá ser reproducida, almacenada en ningún sistema de recuperación, o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio –mecánicos, fotocopias, graduación u otro–, excepto por citas breves en revistas impresas sin la autorización previa por escrito de la editorial.

---

**CORPORACIÓN UNIVERSITARIA REMINGTON**

Calle 51 No. 51-27, Edificio Remington No. 1

Teléfono: 511 10 00

[www.remington.edu.co](http://www.remington.edu.co)

# Contenido

PRESENTACIÓN	5
EL PROCESO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, DESDE UN ENFOQUE GARANTISTA CARLOS ESPÍN ARIAS	9
DERECHO A UN JUZGAMIENTO ESPECIALIZADO DE NI- ÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y TEORÍA GENERAL DEL PROCESO RICARDO GARRIDO ÁLVAREZ	35
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: ¿PROCESO URGENTE?: DEBIDO PROCESO ANDREA MARIEL BRUNETTI	57
GARANTISMO VS. ACTIVISMO JUDICIAL ¿ESPERANZAS ENFRENTADAS? RODRIGO A. ESCOBAR PARAGUAY	97
DE LA PRUEBA REGLADA EN LOS ORDENAMIENTOS JU- RÍDICOS CON LIBERTAD PROBATORIA Y DE LA ETAPA DE ADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS CONFIRMATORIOS EN EL PROCESO: DE LA CORRESPONDENCIA ENTRE LAS FUEN- TES DE PRUEBA Y MEDIOS DE CONFIRMACIÓN PROCESAL REGLADOS COMO CRITERIO DE ADMISIBILIDAD PROBATO- RIA Y DEL PROBLEMA DE <i>LA PRUEBA ENCUBIERTA</i> GONZALO ANDRÉS AGUILERA CHAPARRO	109

ALCANCE DE LAS FACULTADES DE LOS JUECES PARA INTERPRETAR	145
ROSANA SANZ LÓPEZ	
CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS PUBLICÍSTICOS DE LA INICIATIVA PROBATORIA JUDICIAL EN LOS PROCESOS CIVILES	169
CLAUDIO PALAVECINO CÁCERES	
LIBERTAD PROBATORIA Y DECLARACION DE IMPERTINENCIA:	187
JOSÉ ALEJANDRO DUQUE VILLA	
PROYECTO DE CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. ¿PROCESO JUDICIAL O METODO DE INVESTIGACIÓN?	219
JOVANNY BOSS AGUDELO	
EXPERIENCIAS DE LA ORALIDAD DESDE LOS JUZGADOS PILOTOS CIVILES DE CIRCUITO	231
RAFAEL ANTONIO MATOS RODELO	
ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO EJECUTIVO EN COLOMBIA	239
RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ	
LA REFORMA PROCESAL LABORAL EN EL PERÚ: PROCESO LABORAL REFORMADO O DEFORMADO	257
ELISBAN DANTE MAMANI LAURENTE	

## Presentación

Desde ya hace ya muchos años dirijo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, una carrera de Posgrado de *Maestría en Derecho Procesal*<sup>1</sup>. En ella se predicán y practican las ideas republicanas que hacen a la existencia misma de lo que se conoce en todos los foros internacionales como un movimiento académico y judicial que lleva la denominación de *Garantismo procesal*, cuyos sostenedores objetan fundadamente y discuten todos y cada uno de los postulados que defienden hoy quienes integran los cuadros mayoritarios del procesalismo colombiano, enrolado en la defensa de otras ideas antagónicas que se conocen casi desde siempre como los fundamentos propios del *Activismo judicial*, de rigurosa moda hoy en todos los tribunales de la región.

Las ideas garantistas son novedosas en esta América inquisitorial que nos ha tocado vivir y, al defender la irrestricta vigencia de la Constitución y del sintagma aún por definir asertivamente del *debido proceso*, deslumbran a los abogados que aman de verdad a su oficio y ejercen en forma efectiva la defensa de intereses particulares litigiosos.

Son ellos quienes buscan denodadamente una permanente predecibilidad en los resultados judiciales que, así, no convierta en peligroso safari la tarea de abogar, cosa que ocurre recurrentemente en casi toda América al socaire del aumento hasta el infinito de las facultades procesales de los jueces en general.

Y sabido es por todos que ello ha logrado a la postre la instalación en nuestros tribunales de un inexplicable estado de imprevisibilidad que se acepta cansina y resignadamente: el ya conocido —y sufrido— *decisionismo judicial*.

---

<sup>1</sup> Es la única Maestría en la materia que se cursa en la Argentina y, también, la única en América latina en la cual se enseña el Derecho Procesal de la garantía constitucional.

Creo que estos antecedentes han obrado como una suerte de faro que motivó a nutrido contingente de estudiosos colombianos –particularmente de esta bella ciudad de Medellín, cuna de notables procesalistas que han deslumbrado a los procesalistas del continente– a cursar mi *Maestría*, viajando al efecto a la Argentina en ocho oportunidades durante el correr de los años de 2009 y 2010 para asistir allí a casi quinientas horas de clases presenciales, logrando así aspirar al título final de *Magister en Derecho Procesal*, que se logra a partir de la defensa pública de una tesis.

Entre ellos, tres destacados jóvenes docentes de la *Corporación Universitaria Remington*: SANDRA SOLEDAD AGUDELO ÁLVAREZ, JOVANNY BOSS AGUDELO y JOHN ALEXANDER ZULUAGA TORO, quienes participaron pronta y activamente de las ideas garantistas, las hicieron propias y las importaron desde Colombia para enseñarlas en sus aulas al tiempo de mostrar el inequívoco camino que posibilita y asegura la vigencia irrestricta de la Constitución y de su máxima garantía: el *proceso*.

Pero atención: no vinculando la idea a la de un simple procedimiento, cual es costumbre hacer entre los docentes de la asignatura, sino otorgándole la jerarquía de método pacífico de debate dialogal y argumentativo entre dos personas naturalmente desiguales pero igualadas jurídicamente al efecto de la discusión por la imparcialidad del juzgador: director de la discusión y hacedor de la eventual norma que le pondrá fin al litigio en caso de no existir una previa autocomposición.

Estos son los antecedentes del *Congreso Internacional de Derecho Procesal* que, con el lema *Proceso, Garantía y Libertad*, se realizará en la sede de la Corporación Universitaria Remington a fines del mes de mayo del corriente año de 2012. Si a ellos se suma el entusiasmo de todos los organizadores, la confesada vocación garantista de la mayoría de sus participantes y el de la notable eficiencia funcional de SOLEDAD AGUDELO, descarto desde ya el éxito final del soñado encuentro, que servirá a no dudar como nuevo vínculo de unión y de pertenencia entre todos los cursantes rosarinos.

Viendo la nómina de los disertantes programados en el encuentro, descubro allí a numerosos ex alumnos de mi *Maestría* que han cultivado las ideas garantistas para aplicarlas fundada y brillantemente a las materias de fondo con las cuales cada uno trabaja ha-

bitualmente. Son ellos: de *Argentina*: ANDREA MARIEL BRUNETTI; de *Colombia*, JOVANNY BOSS AGUDELO, HERNÁN COLLAZOS, GABRIEL HERNÁNDEZ VILLARREAL y ALEXANDER ZULUAGA; de *Chile*, GONZALO AGUILERA CHAPARRO, JOSÉ DUQUE VILLA, RICARDO GARRIDO ÁLVAREZ y CLAUDIO PALAVECINO CÁCERES; de *Ecuador*, CARLOS ESPIN; de *Paraguay*, RODRIGO ESCOBAR y JOEL MELGAREJO; de *Perú*, ELISBAN DANTE MAMANI LAURENTE y de *Uruguay*, ROSANA SANZ LÓPEZ.

A todos, todos ellos, brindo aquí mi sincero y mejor reconocimiento por la obra indudablemente esclarecedora que llevan a cabo con vocación y total empeño en el campo del proceso verdaderamente constitucional, que no es el que se practica en la habitualidad de este país.

También agradezco a quienes se han sumado espontáneamente a esta *Cruzada Garantista*, tomándola como propia según he podido apreciar mediante la simple lectura de las ponencias que presentaron al Congreso y que se insertan en este libro que hoy presento al lector, con total satisfacción y orgullo docente.

Y hago votos para que pronto podamos tener nuevamente en este bendito país una nueva obra como ésta, producto del consuno de muchos estudiosos de varios países del continente, que sólo aspiran a que se respete y se haga respetar por todos y en toda su extensión la única garantía que consagra la Constitución Nacional: el proceso judicial y con resultados previsibles en sus sentencias para los abogados serios. Que todavía los hay en el país. Y muchos, gracias a Dios.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

En Medellín, y a comienzos de mayo del 2012



# EL PROCESO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, DESDE UN ENFOQUE GARANTISTA

*Carlos Espín Arias\*\**

## RESUMEN

El derecho de las personas al acceso a un proceso, constituye la base fundamental de cualquier sistema de protección de derechos humanos, en virtud de que representa la posibilidad de un remedio a una violación. La Convención Americana de Derechos Humanos, es el principal instrumento de protección de derechos humanos en la región, que contiene una parte declarativa de derechos y además un sistema de protección. Sin embargo, este mecanismo requiere reformas urgentes a fin de que las personas no necesiten pasar por un filtro cuasi judicial, que es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y acceder de forma directa a ser escuchados por un tribunal que, en el caso concreto, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## PALABRAS CLAVE

Proceso, jurisdiccional, imparcialidad, derechos humanos, sistema interamericano derechos humanos.

---

\* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, maestrando en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario (ARG), maestrando de Derecho Administrativo en la Universidad San Francisco de Quito (ECU). Diplomado del Programa de Estudios Avanzados de la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University, Washington College of Law (EEUU). Profesor de la cátedra Litigio Internacional, en la Universidad de los Hemisferios de Quito. Abogado litigante ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos por la Procuraduría General del Estado del Ecuador. carlitespin@hotmail.com

## INTRODUCCIÓN

El presente análisis parte de la necesidad imperiosa que tiene el sistema interamericano de derechos humanos, en adelante SIDH, de lograr una transformación que permita el acceso de los individuos a un proceso de carácter jurisdiccional, que dé como resultado una mejor y más eficiente administración de justicia en materia de derechos humanos a nivel regional. Esto en función de que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH o la Corte, son de obligatorio cumplimiento para los países americanos que han ratificado la Convención Americana y la competencia de la Corte. Se debe recordar que se accede al SIDH de conformidad con el artículo 44 y 45 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH; lo que significa que el sistema puede recibir asuntos presentados por particulares (peticiones individuales) o comunicaciones interestatales (peticiones entre Estados), las segundas que en el sistema son realmente pocas, registrándose solamente dos como es el caso de Nicaragua vs. Costa Rica (Informe de inadmisibilidad Nicaragua vs Costa Rica , 2007) y aquella que data de 2009, la PI-02, Ecuador vs. Colombia (Informe de Admisibilidad Ecuador vs. Colombia, 2010).

En relación a la propia estructura del sistema de protección, esta se ha construido en la CADH, que contiene dos partes marcadas, primero una declaración de derechos y obligaciones de cumplimiento por parte de los Estados, que van desde el artículo 1 hasta el 27, para posteriormente organizar el mecanismo de protección, a través de las funciones que se les ha conferido a los organismos previstos que son: la Comisión Interamericana, institución contemplado en la Carta de la OEA y, la Corte Interamericana de Derechos Humanos que es el máximo organismo en administración de justicia en derechos humanos de la región, la que fue instituida en la Convención Americana.

La Convención Americana fue suscrita en el año de 1969, se le conoce también como Pacto de San José, y según lo describe Robert Goldman, “es quizá el instrumento de su tipo más ambicioso y de mayor alcance que nunca antes haya elaborado un organismo internacional” (Goldman, 2007), en razón de que en un solo instrumento internacional se logró consolidar un catálogo de derechos y un mecanismo de protección y juzgamiento por las violaciones a la carta.

Es relevante la discusión del tema, puesto que las sentencias de la Corte Interamericana influyen en gran medida en la aplicación de derecho que en la actualidad realizan las principales cortes dentro de los Estados Americanos.

## **1. BREVE DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA ACTUAL DE DERECHOS HUMANOS**

Vale indicar que para la operatividad del mecanismo de protección de derechos humanos tenemos varios instrumentos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estatutos de la Corte y Comisión Interamericana, mismos que son aprobados por la Asamblea General de la OEA y, finalmente, los Reglamentos de la CIDH y de la Corte IDH. Los documentos mencionados son las fuentes principales que contienen las características del SIDH y posibilitan su funcionamiento, en cuanto al tratamiento de las peticiones puestas en su conocimiento y estudio.

A pesar de no ser parte de este análisis, revisaremos las particularidades propias de cada uno de los organismos, con la finalidad de poder entrar a tratar la compatibilidad en la estructura del SIDH con relación a la consagración de derechos de la Convención Americana. Es conveniente referir las principales funciones y composición de la CIDH y la Corte IDH dentro de los procedimientos que sustentan.

## **2. FUNCIONES PRINCIPALES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

El SIDH posee dos organismos que son los encargados de llevar adelante el sistema de protección, por lo tanto, es trascendental primero, determinar las principales atribuciones que tiene la Comisión Interamericana, organismo con sede en la ciudad de Washington D.C., Estados Unidos de América. Hay que recordar que si bien sus principales atribuciones están determinadas en la CADH. Su naturaleza está dada por otro instrumento internacional que es la Carta de la Organización de Estados Americanos<sup>1</sup>, que en su artículo 106 dispone:

---

<sup>1</sup> Instrumento suscrito en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de

Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia<sup>2</sup>.

La simple lectura de este artículo clarifica que este organismo tiene como base la Carta de la OEA, pero sus atribuciones debían ser desarrolladas en otro instrumento. Es preciso atender que la organización de Estados Americanos se formó en 1948 con la aprobación de la Carta, sin embargo la CIDH, fue incorporada como organismo de la OEA en la conferencia de 1967 (Martin, Rodriguez, Guevara, 2006) que contiene el cuarto protocolo de enmienda de la Carta de la OEA, en que la CIDH, se convirtió en organismo principal de la Organización de Estados Americanos. Posteriormente, en el año de 1969, en San José de Costa Rica, se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se le asignó funciones definitivas de conformidad con lo que dispone el mencionado artículo 106 de la Carta de la Organización de Estados Americanos. La CADH entró en vigor en el año de 1978 y su importancia en gran medida se debe a las funciones determinadas a la CIDH, que también se desarrollan en su Estatuto que fue aprobado por los países signatarios de la CADH. Hay que apuntar que la Comisión Interamericana está compuesta por siete miembros, quienes son de diferente nacionalidad y duran 4 años en sus funciones.

Las atribuciones determinadas en la Convención Americana con relación al análisis de peticiones individuales contra los Estados miembros que puede realizar la Comisión, se encuentran determinadas en el artículo 41 de la Convención Americana:

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones: b) formular

---

Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993. Datos tomados de la página oficial de la Organización de Estado Americanos.

<sup>2</sup> Carta de la Organización de Estados Americanos

recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención.

De las atribuciones citadas, será la más importante para el análisis la que se refiere al mecanismo desarrollado desde el artículo 44 hasta el 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que posibilita el trámite de peticiones dentro de un procedimiento controvertido, que termina con la adopción de informes de admisibilidad, fondo y formulación de recomendaciones.

Las peticiones presentadas ante la CIDH, inician con una revisión inicial, que es la verificación de requisitos que realiza la Comisión Interamericana sobre la petición, posteriormente se verifica una etapa controvertida que es la admisibilidad en la que los Estados y los peticionarios discuten, fase que termina con un informe sobre si la petición debe o no ser admitida a trámite dentro del Sistema.

En caso de que la CIDH declare la inadmisibilidad de la petición presentada, se termina el procedimiento internacional, caso contrario si la petición es admitida se sigue con otra fase controvertida que tiene como finalidad que la Comisión Interamericana se pronuncie sobre la existencia o no de violaciones de los artículos contemplados en la Convención Americana y otros instrumentos aplicables y formule recomendaciones.

Una vez que la CIDH emite su informe con relación al fondo del asunto, si considera que se ha violado la CADH y el Estado no cumple con las recomendaciones impuestas, le corresponderá elevar el caso a la Corte IDH. Vale la pena atender a que si la CIDH considera que no hay violación se termina con el procedimiento internacional, sin que exista la posibilidad por parte de los particulares de llevar el caso ante la Corte.

En el evento de que un caso sea puesto en conocimiento de la Corte Interamericana, los representantes de las presuntas víctimas pueden presentar su posición con relación a las violaciones, dentro de lo que se ha denominado el Escrito de argumentos, solicitudes y pruebas, donde también consta su pretensión en cuanto a las reparaciones. Todo el trámite de la causa es de carácter controvertido, en el cual, a cada una de las partes, le corresponde exponer sus argumentos, dentro de un proceso con base escrita que contempla una parte final, previo a dictar sentencia, que es la sustanciación de una audiencia oral.

Los puntos que se controvierten dentro del proceso ante la Corte IDH son: excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Es relevante destacar que, a partir de las reformas del reglamento de 2009<sup>3</sup>, se limitó la participación de la CIDH a la remisión del caso y presentación de observaciones en el caso ante la Corte. Antes de la reforma la CIDH era quien litigaba como parte procesal contra los Estados y estaba restringida la actuación de las presuntas víctimas.

Como una breve apreciación, el mecanismo previsto en la CADH para la protección de los derechos humanos, se ha diseñado como un procedimiento controvertido, el mismo que se sustancia ante la CIDH de manera “semi judicial” y procura evitar acudir a la Corte IDH (Gonzalez, 2009), para posteriormente, en caso de que la CIDH lo presente, sea la Corte donde ya se habla de un proceso jurisdiccional propiamente dicho.

### **3. CONSIDERACIONES DEL PROCESO DESDE LA DOCTRINA**

Para entrar en el análisis procesal debemos partir de la concepción del proceso, el cual ha sido definido por el maestro Adolfo Alvarado Velloso como un método de debate dialéctico entre dos partes en pie de igualdad ante un tercero imparcial (Alvarado Velloso, 2006) Esta acertada determinación de lo que significa el proceso hace que entendamos de manera muy clara que cualquier procedimiento de carácter jurisdiccional, que tenga implícita una controversia, debe

---

<sup>3</sup> Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

permitir a las partes discutir en pie de igualdad ante un tercero que decide sobre el tema puesto a su conocimiento.

Esta definición de lo que comporta el proceso desde la doctrina, permite desarrollar lo que los autores han considerado como debido proceso, que no es otra cosa, sino las garantías que deben observarse para que las partes discutan ante el tercero, que puede estar compuesto por un juez o por un conjunto de jueces como sería el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como se mencionó, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el órgano jurisdiccional del SIDH, que nace de la Convención Americana, instrumento que contiene una parte declarativa de derechos que obligan a los Estados Partes, por tanto, es a partir de su consagración de derechos que se debe diseñar un sistema de protección o verificar si el existente está armonizado con los derechos que proclama.

En el caso americano, el artículo 8 de la Convención se denomina garantías judiciales, el mismo que dispone:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Es evidente que esto lo que hace es reforzar la idea de proceso, que se ha extraído de la doctrina, puesto que la Convención Americana ha denominado como garantías judiciales, lo que no puede ser otra cosa que las condiciones que permitan una discusión válida ante el tercero, para llegar a una decisión, que se denomina sentencia. La claridad y amplitud del artículo citado permite que sea aplicado a cualquier materia dentro de un proceso jurisdiccional.

De otro lado, y con la finalidad de verificar que esto es una constante a nivel universal y regional es importante citar otros instrumentos como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 10 dice: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de

sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” (Unidas, 1948).

Resulta evidente que el principio de lo que debe entenderse por proceso se mantiene en los diferentes tratados. En este mismo sentido, un sistema análogo, inclusive lo ha desarrollado con mayor amplitud, como es el caso del Sistema Europeo de Derechos Humanos, que desde mi óptica responde de mejor manera a la naturaleza misma del proceso, según se recoge en el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos que lo ha denominado derecho a un proceso equitativo, con similares características a las ya mencionadas anteriormente en el sistema interamericano.

Para culminar con esta breve muestra de lo que los tratados internacionales a nivel regional y a nivel universal han entendido como características básicas para establecer una discusión ante cualquier juez o tribunal, es decir para que exista proceso, se puede mirar también aquello que se ha plasmado en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en adelante PDCP, en su artículo 14:

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966)

En conclusión, es claro que lo que se debe entender por proceso, desde la perspectiva de los propios tratados internacionales es el mecanismo de discusión que se origina ante un tercero en plena igualdad para las partes. De ahí se desprende que la imparcialidad como característica básica invocada por todos los tratados, misma que es una característica innata al ejercicio de la función de juez.

Es importante que desde la doctrina encontremos algunos puntos de los cuales podamos extraer aquello que configura la noción de debido proceso, o que directamente se relaciona con las condiciones para que cualquier proceso pueda configurarse como tal, más allá de la visión teórica sobre su naturaleza. En este sentido, para Beatriz Quintero y Eugenio Prieto al explicar al debido proceso han mencionado que: “Estas teorías procesales de la justicia se dirigen a desarro-

llar procedimientos, cuyas condiciones y reglas deberán respetarse, cuando se quiere producir un derecho justo o fundar racionalmente juicios de justicia”. “... El modelo de contrato son condiciones y reglas sobre la capacidad de comprensión e igualdad de derechos de las partes, así como sobre la exclusión de la fuerza, la amenaza y el engaño. El modelo judicial, condiciones y reglas sobre la calificación, independencia, imparcialidad y ausencia de prejuicios del juez”. (Quintero y Prieto, 2008).

Es interesante que esta introducción que construyen los autores citados para entender lo que se ha determinado como debido proceso, coadyuva en buena medida a entender que desde cualquier perspectiva que se mire el proceso, hay características básicas que le son propias, y que desde todo punto de vista se constituyen desde la igualdad de las partes, así como de la imparcialidad del juzgador.

De otro lado, podemos mencionar que como lo ha expresado la Ex – magistrada de la Corte Interamericana, Cecilia Medina, el debido proceso es la piedra angular de cualquier sistema de protección de derechos (Medina, 2006). Referencia que posee un valor incalculable al determinar el respeto al proceso y su establecimiento, puesto que sin lugar a dudas deja ver que este se constituye en el derecho más importante para las personas, en razón de que su existencia e irrestricto cumplimiento depende que se pueda garantizar la plena vigencia de los otros derechos, así como su exigibilidad.

En el mismo orden de ideas, el derecho consagrado en los tratados de derechos humanos, es un proceso de carácter jurisdiccional y no cualquier otro tipo de proceso. Podemos valernos aquí del criterio de jurisdicción, como característica esencial para constituir el proceso según apunta Juan Montero Aroca (1976). Este criterio se complementa de manera perfecta con la afirmación que realiza Humberto Briseño Sierra, quien cree que no cabe hablar de proceso jurisdiccional, puesto que no existe otra clase de proceso y por tanto hacerlo sería tautológico. En tal sentido, es preciso destacar que lo que se pretende es que el acceso para la discusión que se mantiene mediante el método de debate, es un derecho que se ejerce ante un juez o tribunal<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Es un derecho y se muestra por su consagración en los tratados internacionales de derechos humanos, CADH, PIDCP, CEDH, Declaración Universal Derechos Humanos.

Al respecto Carlos Ayala Corao ha dicho que: “El derecho a un juez imparcial como parte de un juicio justo, consiste en el derecho de toda persona a ser juzgada por un juez que no tiene inclinaciones hacia alguna de las partes o intereses en juego” (2008).

Se debe anotar que sobre la determinación del proceso se han vertido variedad de conceptos y formas de entenderlo, pero sin lugar a dudas, la definición que la obtuvimos del profesor Alvarado, es aquella que hace posible darle real contenido a los tratados y declaraciones internacionales en materia de derechos humanos. Un método de discusión de dos en pie de igualdad ante un tercero imparcial, que es el contenido del derecho.

La imparcialidad y su alcance es de singular importancia, para asegurar el derecho que corresponde a todas las personas. Si recogemos lo que ha desarrollado la doctrina, de esto dependería el ejercicio del resto de los derechos. Piero Calamandrei ha dicho:

“Pero esta pasividad del juez, al cual ordena la ley no ser curioso y no dirigir miradas indiscretas más allá de los *petita partium*, es también la garantía suprema de su imparcialidad: de una imparcialidad desapasionada y desligada, que el verdadero historiador no podrá nunca alcanzar, porque en la elección del tema está ya la misma confesión de una preferencia, y en la formulación de un problema, se encuentra ya implícito el criterio de la solución. Solo prohibiendo al juez todo poder de iniciativa, se puede obtener de él la “objetividad” ajena a toda manifestación de simpatía, que podría censurarse en el historiador como indicadora de criterio estrecho u obtuso, pero que se considera, en cambio como virtud suprema del magistrado. Esta inercia necesaria del juzgador no podrá ser turbada sin mengua de la justicia. No se puede olvidar que el proceso penal llamado “inquisitorio”, en el que el oficio de investigar los delitos y el de juzgarlos se acumulaban en la misma persona, se ha hecho tristemente famoso en la historia como instrumento típico de de arbitrio policiaco” (1961).

Aquello que se ha referido, deja sentado que las bases de cualquier proceso, en cualquier materia para ser tal, deben permitir a las partes discutir entre iguales, dando contenido al criterio de imparcialidad e imparcialidad. Por tanto, el mecanismo de protección de derechos humanos debe responder al contenido de la CADH. Esto llevará al análisis de si el actual proceso como está diseñado, se com-

padece con lo que la CADH en su parte declarativa prescribe y, si a su vez se acopla a lo que significa proceso o debido proceso. Como bien lo apunta Juan Montero Aroca: “La misma esencia de la jurisdicción supone que el titular de la potestad jurisdiccional, no puede ser al mismo tiempo parte en el conflicto que se somete a su decisión. En toda actuación del derecho por la jurisdicción han de existir dos partes enfrentadas entre sí que acuden a un tercero imparcial, que es el titular de la potestad” (Aroca, 1999).

#### **4. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y SU VISIÓN DEL PROCESO**

Un matiz importante para poder realizar un análisis de lo que se debe entender por proceso o debido proceso, se desarrolla en los fallos de los máximos tribunales como: La Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Europea de Derechos Humanos, puesto que en general su jurisprudencia influencia las sentencias de las cortes supremas o constitucionales de los diferentes países.

Lo que se pretende es visualizar las características propias del proceso, y cómo éste, que es un derecho reconocido y desarrollado por los máximos organismos de justicia en materia de Derechos Humanos, en aplicación de los tratados, cuestión que permite la construcción de un estándar de aplicación de los derechos.

La Corte Interamericana, desde sus inicios, ha desarrollado con mucha amplitud el tema, la importancia reviste el derecho a comparecer ante un juez o tribunal de conformidad con lo manifestado en el artículo 8 de la Convención Americana, según lo destacan las opiniones consultivas realizadas a la Corte IDH, que se citan a continuación.

En el caso de la OC-9/1987, la cual fue solicitada por la República Oriental del Uruguay, se puso de manifiesto la importancia que conlleva el derecho de las personas al proceso, al determinar que no es posible aún en estados de emergencia suspender las garantías determinadas en el artículo 8 de la CADH, artículo denominado como garantías judiciales, lo cual no es otra cosa que: “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de propias y verdaderas garantías judiciales” (1987).

Además, dentro de la misma resolución de la Corte IDH, aclaró que lo que se ha entendido es que el debido proceso legal conlleva las condiciones para asegurar la defensa de los derechos u obligaciones de las personas que estén sometidas a consideración judicial (1987).

De lo anotado, es aún más preciso que todos los derechos de las personas estén determinados por la existencia de un proceso que permita restablecerlos cuando se produzca una circunstancia que de manera ilegítima los limite. Por otra parte, y no menos importante, se puede concluir que solo cuando se juntan los requisitos establecidos en el artículo 8.1 podemos decir verdaderamente que estamos gozando de la garantía y derecho que constituye el proceso.

Posteriormente, la Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, definió mucho más aquello a lo que se debe entender por proceso, al determinar qué: para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia (Opinión Consultiva OC-16/99, 1999). Es oportuno mencionar que lo resuelto por la Corte pone gran énfasis en aquello que debe ser entendido como el proceso, definiéndolo como un mecanismo dotado de características que permiten la defensa de derechos, puesto que caso contrario se desnaturaliza.

Este criterio importante de la Corte Interamericana que ha sido expuesto en sus opiniones consultivas, hace parte también de su amplia jurisprudencia que desarrolla también el contenido del derecho al proceso que tenemos las personas en varios casos importantes como: Tribunal Constitucional Vs. Perú, en que se determinó: “el debido proceso es un derecho en sí, pero también tiene carácter instrumental en tanto que permite disfrutar de otros derechos, y por ellos su violación es más grave, pues el proceso es una garantía para el respeto de los derechos sustantivos y para el control de la arbitrariedad en el ejercicio del poder” (Tribunal Constitucional vs. Perú, 2001).

Sin duda, el caso citado comporta un evidente desarrollo de aquello que se ha garantizado en la Convención Americana, puesto que

la jurisprudencia internacional pone especial atención en la necesidad de proteger ante todo el derecho al proceso, la posibilidad de las personas de acceder a un organismo jurisdiccional, a tal punto que se sobrepone a otros derechos como bien lo ha expresado la propia Corte IDH.

De otro lado, podemos atender a uno de los casos que se podría tomar como referente para la consolidación del derecho al proceso y su alcance, dentro del sistema interamericano, es la causa *Apitz Barbera vs. Venezuela* que con mayor amplitud ha complementado el estándar necesario con relación a las garantías procesales. Se desarrollan temas como la imparcialidad, al puntualizar la necesidad de que el juzgador “se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda del justiciable o la comunidad” (*Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, 2008). De la misma forma, se atendió a otros criterios como vinculados al proceso como la independencia, lo imprescindible de que los jueces puedan actuar sin presiones, o aspectos como la motivación. Sin embargo, algo que contribuye al tema planteado y que llama la atención es que: “la Corte considera que del artículo 8.1 de la Convención no se desprende que el derecho a ser oído debe necesariamente ejercerse de manera oral en todo procedimiento. Lo anterior no obstaría para que la Corte considere que la oralidad es una de las “debidas garantías” que el Estado debe ofrecer a los justiciables en cierto tipo de procesos”. (*Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, 2008).

La jurisprudencia referida contiene gran relevancia, primero por precisar el alcance del artículo 8.1 de la Convención Americana, norma que garantiza el acceso a un juez o tribunal con las características que se ya se han mencionado, expone los requisitos que constituyen el proceso. Muestra que del texto de la CADH nace el derecho irrestricto de las personas a ser escuchadas por un juez. Se puntualizó que no implica un proceso oral, para la existencia de garantías. Esto a pesar de que existe una gran tendencia a la oralidad en la actualidad en la región, como sería el caso ecuatoriano, pero la realidad apunta a que se continúa con una base escrita. El mismo sistema interamericano, contempla una parte oral, pero la mayor parte se desarrolla por escrito.

Si bien es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado amplio contenido a los derechos reconocidos en la Convención Americana, con especial énfasis en lo que respecta al proceso, se debe puntualizar que la característica básica es que la contradicción debe desarrollarse en igualdad entre las partes, es decir, que las partes procesales estén en equilibrio, tal como denomina la Convención Europea de Derechos Humanos, en adelante CEDH, a su artículo 6.

Sin embargo de lo mencionado, es necesario anotar que cierta parte de la jurisprudencia de la Corte no ha sido consistente con aquello que se ha citado. En varios de los fallos de la Corte IDH, se encuentra una línea argumentativa que afecta y contradice la amplitud del derecho de las personas a un proceso, con interpretaciones en las a meros procedimientos de carácter administrativo, se los introduce dentro del concepto de garantías judiciales, o lo que en otras palabras sería equilibrio procesal<sup>5</sup>, cuestión que constituye un grave error de concepto, el mismo que estaría motivado en la visión de la que la Convención es un instrumento vivo que debe interpretarse de conformidad a las condiciones actuales (Tyrer contra el Reino Unido, 1978), pero es evidente que la interpretación significará transgredir el concepto elemental sobre el proceso

Esta errada interpretación desde su concepto, se devela por sí misma, cuando la Corte IDH al analizar el contenido de los procedimientos administrativos pretende estirar al máximo el contenido del artículo 8 de la CADH, al decir que: “su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (Baena Ricardo y otros vs. Panamá, 2001).

De forma clara se ha observado que frente a un procedimiento administrativo, de ninguna manera puede hablarse de proceso, y la

---

<sup>5</sup> Según lo denomina el artículo 6 de la Carta Europea de Derechos Humanos.

misma denominación del artículo 8 lo evidencia, por lo tanto, la interpretación se desvanece por sí misma, al equiparar las palabras administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, cuando por principio el proceso solamente es jurisdiccional, como se ha citado anteriormente.

Dentro del caso pueden verificarse serias contradicciones, se parte de aquello que dispone la Convención Americana, las garantías judiciales se aplican a todos los procesos, sean civiles, laborales, fiscales o de cualquier otra naturaleza, para posteriormente interpretar la necesidad de los límites al poder Estatal y concluye que: “Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso” (Baena y otros vs. Panamá, 2001).

La afirmación final del caso evidencia el error conceptual de la Corte IDH, al equiparar el proceso o debido proceso con el principio de legalidad, resulta un absurdo pretender este derecho ante los órganos administrativos, cuando para que exista proceso, se necesita que las partes estén en pie de igualdad ante un tercero y por regla general ante la administración solo hay dos partes la administración y el administrado. Por ende basta atender a la definición que los propios administrativistas le han dado al principio de legalidad. Según lo expresa Eduardo García de Enterría: “Según el Planteamiento originario del principio de legalidad, la administración, primero, no podría actuar por propia autoridad, sino amparándose en la autoridad de la ley”. (2008).

Analizado lo citado es evidente que el fallo de la Corte IDH, rebasa el real contenido del artículo 8, cuando lo que quiere es referir al principio de legalidad como límite de la actividad administrativa, tal y como se ha expuesto y lo ha entendido el mismo Juan Carlos Cassagne: “El Estado de Derecho significó básicamente, a partir de entonces un régimen en el cual el derecho preexiste a la actuación de la Administración y la actividad de ésta se subordina al ordenamiento jurídico” (1998).

La interpretación en el caso Baena Ricardo muestra gran debilidad conceptual al referir inclusive que: “Los directores generales y las juntas directivas de las empresas estatales no son jueces o tribunales en un sentido estricto; sin embargo, en el presente caso las decisiones adoptadas por ellos afectaron derechos de los trabajadores, por lo que resultaba indispensable que dichas autoridades cumplieran con lo estipulado en el artículo 8 de la Convención” (Baena y otros vs. Panamá, 2001).

Lo referido no hace más que apuntalar aquello que se hace evidente, se pretende exigir el principio de legalidad en las actuaciones de la administración, cosa que es posible, pero de ninguna manera se puede menoscabar el derecho entendiendo un simple procedimiento administrativo, como proceso. Hay que referir que además contraviene el mismo sentido de la norma convencional y el propio desarrollo de la jurisprudencia que se ha citado en cuanto a la imparcialidad, independencia que son cuestiones que no se pueden tener en los procedimientos administrativos, puesto que por regla general se constituyen solamente por dos partes y no existe un tercero.

## **5. BREVE CONFIGURACIÓN DEL DEBIDO PROCESO POR EL SISTEMA EUROPEO**

Con similar inspiración llevó a la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con anterioridad se constituyó el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en 1950, con la suscripción de la Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos<sup>6</sup>, en adelante CEDH. Sistema que en relación a su funcionamiento ha registrado importantes reformas, puesto que antiguamente, tenía una estructura similar al SIDH, pero en la actualidad según el protocolo adicional 11, se eliminó la Comisión Europea de Derechos Humanos, y se dejó como mecanismo de protección con un solo organismo de carácter jurisdiccional, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo que según señala Paola Acosta, “significó una completa reestructuración del sistema y su plena judicialización” (2007).

---

<sup>6</sup> Este tratado entro en vigencia a partir de 1953.

A pesar de que el actual sistema europeo, que tiene como fuente el CEDH, pueda brindar mayor efectividad en el despacho de causas que su antigua composición, el principal de los argumentos a favor de la estructura está dado por que dota de contenido aquello que se encuentra en su artículo 6.1 de la CEDH, el artículo 10 de la Declaración Americana, 8 de la CADH o 14 de la PDCP, puesto que se permite a las personas acceder de manera irrestricta ante un tribunal, es decir, las peticiones planteadas por los particulares contra los Estados, son escuchadas dentro de proceso o un debido proceso.

Con relación a lo anotado, Susana Núñez apunta que: “El protocolo 11 fue adoptado el 11 de mayo y se aplica a partir del 1 de noviembre de 1998, fecha en que empezó a funcionar la actual Corte Europea de Derechos Humanos con carácter permanente, igual dejó de existir la actual Comisión Europea de Derechos Humanos. Una ventaja más del protocolo es que reconoce el acceso directo de los individuos a la nueva Corte” (Palacios).

Hay que partir del contenido mismo de artículo 6 del CEDH, que dice:

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.

Como bien se lo ha explicado en líneas anteriores y lo ha expresado la ex magistrada Cecilia Medina, en relación a la importancia del debido proceso. Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el valor que se le ha dado a este derecho ha sido sin duda muy relevante, según lo exponen Sarmiento, Mieres y Presto: “sus abundantes vertientes, unido a la naturaleza judicial del derecho, hacen de este precepto uno de los vértices de todo el sistema europeo de garantía de derechos. Por tanto, no nos debe sorprender que la jurisprudencia del TEDH en este ámbito sea especialmente abundante, al igual que rica en matices” (2012).

Por otro lado, es importante mirar que tenemos casos como *Piesack vs Bélgica*, que han desarrollado la importancia de la imparcialidad al decir:

“Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto” (1982, pág. 12).

Sin embargo, para el tema que nos ocupa, la concepción de proceso se ha concretado en sentencias como *Belilos vs. Suiza*, en el que determinó que para que “un “tribunal” que se caracteriza, en el sentido material del término, por su función jurisdiccional: resolver, conforme a las reglas del Derecho y después de un procedimiento reglado, cualquier cuestión que dependa de su competencia. Ha de reunir también una serie de requisitos - independencia, especialmente en relación al Poder Ejecutivo, imparcialidad, inamovilidad, garantías de procedimiento - varias de las cuales aparecen en el propio texto del artículo 6.1.” (*Belilos vs. Suecia*, 1988).

Es relevante comprender aquello que es parte del desarrollo de TEDH, como son el acceso a la justicia y de igualdad procesal, al entender que: “sin necesidad de recurrir a los “medios complementarios de interpretación” previstos en el artículo 32 del Convenio de Viena [...] el artículo 6.1 garantiza a todos el derecho a que un Tribunal conozca de cualquier litigio referente a sus derechos y obligaciones de carácter civil. Consagra, por tanto, “el derecho a un Tribunal”, del cual el derecho de acceso, es decir, el derecho de acudir al Tribunal en materia civil, no constituye más que un aspecto” (*Golder vs. Reino Unido*, 1975).

Lo que deja muy claro la jurisprudencia citada con relación al acceso a un juez o tribunal, es que el acceso a un tribunal para defender sus derechos es irrestricto, sin importar en la materia que se tenga que someter el caso a un tribunal, civil, penal, contencioso administrativo, cuestión que plenamente estaría alineada con la definición de proceso que la doctrina ha generado, misma que ha sido concordante con el texto de los convenios internacionales de derechos humanos.

De otro lado, es importante analizar que el propio Tribunal en cuanto a los requisitos para acceder a la jurisdicción internacional ha

sido bastante claro al referir que para empezar a computar la regla de los seis meses, se toman en consideración los recursos que sean normales y efectivos, y señala: “Sin embargo, si una vía de recurso extraordinario constituye en único recurso judicial a disposición del interesado, el plazo de seis meses puede ser computado a partir de la fecha de resolución relativa de este recurso” (Europa, 2010). Esto permite mirar que siempre que se discuten derechos, debe hacerse en el curso de un proceso de conformidad con el artículo 6 del CEDH, y que sería ante un organismo jurisdiccional.

Finalmente, los aspectos recogidos dejarían claro que la jurisprudencia del TEDH, entiende al artículo 6 de su Carta, como el derecho de los individuos a ser escuchados en un proceso; es decir, por un juez o tribunal, dotados de imparcialidad e independencia, con equidad procesal. En esencia este concepto es plenamente compatible con lo que la doctrina ha entendido el proceso como un método de discusión en igualdad.

## **6. EL SISTEMA INTERAMERICANO Y SU COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO DE LOS INDIVIDUOS AL PROCESO**

En relación a este punto hay que referir que el sistema ha estado en constante evolución desde su creación en 1969, período de tiempo en el cual, el sistema de peticiones ha variado, prueba de ello constituyen las observaciones realizadas por el Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la CIDH para el Fortalecimiento del SIDH que adoptó un informe que fue puesto a consideración del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos. El documento evidencia la preocupación de los Estados con relación al tratamiento de las peticiones presentadas ante la CIDH. En el informe se ha recogido lo siguiente:

El Grupo de Trabajo observa que esta situación trae consigo una carga de trabajo considerable para la CIDH, lo cual repercute en la eficiencia y agilidad de la tramitación de asuntos, particularmente en lo relacionado con la mora procesal, la dilación del trámite y la reiteración de actos de parte dentro del procedimiento (SIDH, 2011).

Esta que es una de las observaciones que se realiza en cuanto al trámite de peticiones que realiza la CIDH, tiene un eminente carácter procesal. Se evidencia que uno de los factores en cuestión es el tiempo dentro del cual los asuntos puestos en consideración de la Comisión Interamericana tardan en ser atendidos, lo cual como bien señala el informe se afecta directamente a la efectividad del sistema.

De otro lado, como se puede extraer de lo que antes se ha citado en este trabajo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8 consagra el derecho a comparecer ante un tribunal para ser escuchado en igualdad en un plazo razonable. Por su parte, la jurisprudencia de los máximos tribunales ha dejado ver que el derecho se ejerce a través del acceso a un proceso de carácter jurisdiccional, puesto que hacerlo ante otro tipo de organismo, no se compecede con el espíritu de la norma internacional.

En el caso de la CIDH como ya se refirió, el propio Comisionado Felipe González, menciona que la Comisión es un organismo semi-judicial. Lo que deja ver algo que puede ser preocupante, el que una persona recurra al sistema internacional de protección de derechos humanos, está orientado con un principio de subsidiaridad que se expresa en el preámbulo de la CADH, pero es claro que de ninguna forma el texto de la Convención prevé el derecho a un organismo más o menos jurisdiccional. No se debe olvidar que la CIDH emite recomendaciones, que posteriormente el caso puede ir a la Corte IDH y ahí sería el inicio del verdadero acceso al debido proceso.

La reflexión sería sobre si el sistema de protección que mantienen los Estados Americanos, tiene adecuada correspondencia entre su diseño y los derechos que se han consagrado en la Convención Americana. Además de que como vimos no se permite acceder a un tribunal de manera directa, se limita de forma insubsanable el contenido del artículo 8 de la CADH. No se puede olvidar que solo la CIDH o los Estado pueden llevar casos ante la Corte, pero en ningún caso los particulares.

Es preciso mencionar que a más de vulnerar el artículo 8, se violenta el contenido del artículo 25 de la CADH, que dispone:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales com-

petentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Es evidente que el texto de este artículo, no concuerda con el sistema actual de casos que lleva adelante la CIDH, puesto que uno de los graves problemas que señaló el Grupo de trabajo, fue la demora que tiene repercusión con la eficacia. Por otra parte, las personas tienen el derecho a un recurso ante jueces o tribunales, acceso que con el modelo de mecanismo de protección no es posible.

La afectación al artículo 8 es total, puesto que no se le permite acceder a un tribunal directamente, se obliga a pasar un filtro, la CIDH, extinguiendo así el derecho al proceso. Hay que tener presente, que según resolvió la Corte IDH en la opinión consultiva OC-9/87 planteada por Uruguay, la cual fue bastante clara al mencionar que no existe posibilidad de limitar el debido proceso en relación a los estados partes de la CADH (Humanos, 1987), ni aun en los estados de emergencia<sup>7</sup>.

Es claro, que como otros organismos a nivel universal, pueden recibir quejas, pero en ningún caso, si se respeta los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la que se instituyó un organismo jurisdiccional, se puede limitar el acceso directo, por parte de las personas. Esta limitación se origina, no con la competencia que se le otorga a la CIDH para conocer de peticiones individuales o comunicaciones interestatales, la limitación está inmersa en el artículo 51 y que dice:

1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.

Gran parte de la doctrina cree que se obtuvo un completo *locus standi*, puesto que los particulares tienen la facultad de discutir con los Estados en igualdad de condiciones. Sin embargo con el actual

---

<sup>7</sup> Definir estado de emergencia.

modelo, es imposible que eso sea una realidad si antes de pasar al organismo jurisdiccional hay que someterse a un organismo semijudicial, que tiene el poder de que los casos sean de conocimiento de la Corte IDH.

La concepción de la determinación de la naturaleza de la CIDH con relación a la tramitación de peticiones, es bastante ambigua, situación que afecta los derechos humanos. De ninguna forma se puede negar la importante labor de la CIDH en la promoción y difusión de los derechos humanos, pero es claro que el rol que se le ha impuesto desde la CADH, limita gravemente el acceso de las personas a un tribunal. Es preciso referir que la comisión culmina su labor en el rol más o menos de juzgador por ser solamente cuasi judicial con la emisión de informes, los cuales no tiene un cumplimiento obligatorio sino son solamente recomendaciones.

Al respecto hay criterios que han visto las limitaciones del Sistema Interamericano. En un importante trabajo que realiza Patricia Acosta, con relación al acceso a los sistemas internacionales regionales de derechos humanos cree:

“Dicho sistema es una imitación del europeo de aquel entonces, por lo tanto está estructurado en dos instancias, Comisión – cuya competencia no judicial, a partir de entonces encuentra fundamento en este instrumento- y Corte” (2007).

La referencia anterior, debe ser entendida como lo mencionamos en este trabajo, pues en la actualidad el sistema de protección europeo, permite acceder directamente al único organismo, que es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y ha superado el sistema estructurado por una Comisión y una Corte.

Si bien estamos convencidos de que es imperiosa una reforma que le reconozca al individuo su condición de sujeto del derecho internacional en el escenario americano, y que con ello debe llegar la posibilidad de acceso directo al Tribunal (Acosta, 2007).

Esta afirmación que se ha citado, describe la necesidad que tiene el sistema interamericano de reformarse para lograr una mejor protección y goce de las personas del derecho a comparecer directamente ante un juez o tribunal, en cumplimiento de lo que la misma Convención Americana ha establecido.

Se requiere indicar que el derecho comporta el poder acceder a la discusión ante un juez con las características recogidas en los instrumentos internacionales. En este sentido el ex - Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, que considera los siguientes parámetros para referir el acceso a la justicia, los cuales se pueden resumir, en el acceso de la víctima a un tribunal independiente e imparcial, el derecho a la igualdad en el proceso, plazo razonable y cumplimiento resolución ( 2001).

El extracto de los aspectos mencionados por el ex - magistrado son una muestra de las deficiencias que constituyen el actual sistema interamericano de derechos humanos, sin embargo, es preciso mencionar que la base del derecho es el acceso al método de debate en pie de igualdad ante un juez o tribunal.

Es relevante señalar que por su parte la doctora Cecilia Medina, realizó un análisis de las reformas a los reglamentos de la Corte y Comisión interamericana, en el que identificó los avances que se registran en cuanto al debido proceso, al señalar que la CADH no reconoce *locus standi* a los particulares puesto que en la Convención los únicos que pueden presentar casos ante el sistema son la Comisión y los Estados en caso de comunicaciones interestatales. Por otro lado, señala la importancia en la modificación del Reglamento a la Corte que ha permitido una participación de la presunta víctima en el proceso ante la Corte IDH, según las reformas de 2009, puesto que desde sus inicios y de conformidad al Reglamento modificado en 2003, la CIDH era parte procesal (Medina, 2011).

Las reformas de los reglamentos a la Corte IDH que comenta Cecilia Medina y que se han descrito, permiten ver que la potestad de las personas para participar del proceso se registra como un avance en relación al debido proceso. A pesar de que, como bien se ha expuesto, no está en las manos de los particulares comparecer directamente ante la Corte, por lo que el derecho consagrado en el artículo 8 y 25 es excesivamente débil en el SIDH.

## **7. CONCLUSIONES**

El proceso debe ser entendido como un método de debate, donde intervienen dos partes ante un tercero imparcial e imparcial, des-

cripción doctrinaria que permite otorgar real contenido al texto de los tratados internacionales de derechos humanos y se adaptan al desarrollo jurisprudencial de los más altos tribunales internacionales en la materia.

El contenido del derecho al tribunal imparcial e independiente de ninguna manera puede ser entendido como aplicable a procedimientos de carácter administrativo, puesto que para hablar de garantías judiciales solo es posible en un proceso jurisdiccional, que como lo explica Briseño es una tautología, puesto que el proceso siempre es jurisdiccional.

El actual sistema interamericano de protección de derechos humanos, no contempla el respeto a los derechos consagrados en el artículo 8 y 25 de la Convención Americana sobre derechos humanos, en razón de permitir el acceso directo de las personas a un tribunal.

Como lo señala la doctrina es necesario mantener un sistema regional que permita garantizar los derechos de las personas, cuestión que solo se puede lograr al adaptar el mecanismo de protección de la CADH a la declaración de derechos.

La necesidad de reformar un sistema estructurado de conformidad con los más importantes tratados de derechos humanos regionales y universales implica que se modifique la CADH, a través de un protocolo adicional, para que el acceso de las personas para discutir sobre la violación de derechos se realice de forma directa ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para tal objetivo es inminente un cambio de rol de la Comisión Interamericana, que de ninguna manera puede ser un filtro de llegada a la Corte.

## REFERENCIAS

ACOSTA, P. Tribunal Europeo y Corte interamericana: escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional.

ALVARADO VELLOSO, A. Teoría General del Proceso. de Academia Virtual Iberoamericana de Derecho Procesal y Altos Estudios Procesales. Disponible en :

<http://campus.academiadederecho.org/archivos.cgi?wAccion=vergrupo&wIdGrupo=9471> (Recuperado el 3 de noviembre de 2011)

- MONTERO AROCA, J. Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano. Lima: ENMARCE E.I.R.L., 1999.
- AYALA CORAO, C. La independencia de la Justicia y Los Procesos Constituyentes en la Región Andina. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 6, No. 1*, 2008.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ricardo Baena y otros vs. Panamá, 30, 01, 2001.
- CALAMANDREI, P. Estudios Sobre El Proceso Civil. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Piersack vs. Bélgica, 1 de octubre de 1982.
- CASSAGNE, J.C. Derecho Administrativo I. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 2008.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe de Admisibilidad Ecuador vs. Colombia., 112/10.
- \_\_\_\_\_. Informe de inadmisibilidad Nicaragua vs. Costa Rica, 11/07.
- MEDINA, C. Modificación de los reglamentos de la corte Interamericana de Derechos humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al procedimiento de peticiones individuales ante la Corte. Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 117- 126.
- SIDH. G. Washington D.C.: Consejo Permanente de Estados Americanos. 2011
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Tyrer contra el Reino Unido, 5856/72, 25 de abril de 1978.



# DERECHO A UN JUZGAMIENTO ESPECIALIZADO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

*Ricardo Garrido Álvarez\**

## RESUMEN

El presente artículo reflexiona sobre la justificación teórica y dogmática relativa al juzgamiento especializado de niños, niñas y adolescentes que viene impuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde la perspectiva de una concepción garantista del proceso. La clave de esta justificación estaría marcada por el nuevo paradigma impuesto por la Convención Internacional de los Derechos del Niño y por los ejes valorativos sobre los que está construida, esto es, concebir al niño como sujeto de derechos y a razón de ello, tener en cuenta su correlato ideológico necesario: la autonomía personal.

## PALABRAS CLAVE

Juzgamiento, proceso, autonomía progresiva, Derecho Internacional, Derechos del niño.

---

\* Ricardo A. Garrido Álvarez es abogado de la Universidad de Chile, ha sido consultor de UNICEF e Investigador Asociado del Programa de Justicia de Infancia y Adolescencia de la Universidad Diego Portales.

## INTRODUCCIÓN

Es un hecho social y político establecido que la Convención Internacional de los Derechos del Niño, vino a instalar lo que los especialistas llaman un nuevo paradigma en materia de relaciones del Estado con la infancia, que se desplazó desde lo que suele llamarse la doctrina de la situación irregular, a la doctrina de la protección integral de derechos. La forma usual de resumir este cambio, es entenderlo como el tránsito de un Estado (un juez) que tomaba las decisiones por los niños en situación irregular i.e., sin padres, pues de existir éstos eran ellos quienes tomaban las decisiones por sus hijos, a una concepción del niño como sujeto de derechos. Esto, atendiendo a que anteriormente el niño no era visualizado y reconocido por el sistema institucional como un sujeto autónomo, capaz de tomar decisiones políticamente significativas y ejercer derechos, es decir, como un miembro activo de la comunidad política, para eso estaban sus padres.

Resulta curioso que se hable de un nuevo paradigma, puesto que como se sabe, la lógica de los arreglos institucionales de los estados occidentales se basa en una idea totalmente similar. En efecto, ideológicamente hablando, desde la ilustración, el fundamento del orden político es la idea de una comunidad de individuos libres y racionales que deliberan acerca de lo que es correcto para sí mismos, en términos jurídico morales, personas titulares de derechos. De la concepción moral de persona se desprenden algunos derechos morales, el más importante de ellos: la autonomía personal. La idea moderna de que las personas tenemos derecho a tener y sostener ideas distintas acerca de lo que es correcto y justo y que dichas ideas pueden orientar el curso de nuestra propia vida (de nuestro plan de vida en términos de Rawls), es de este modo el fundamento filosófico político de nuestros principales arreglos institucionales y particularmente de nuestro sistema judicial, puesto que, como nadie puede (en el sentido de que no está moralmente justificado y políticamente legitimado) imponernos su concepción acerca de lo que es correcto, las reglas que gobiernan nuestras actuaciones sólo pueden provenir de nuestra propia deliberación acerca de lo que estimamos conveniente y correcto. Esta elemental suposición ideológica es lo que justifica a la democracia como régimen político (puesto que las reglas que regulan la con-

vivencia social sólo pueden ser aquellas deliberadas racionalmente por sus propios destinatarios) y a la obligación judicial de usar como criterio de decisión de casos las reglas deliberadas democráticamente i.e., las leyes. De no ser así, el juez estaría facultado para imponer sus propias reglas acerca de lo que resulta conveniente o correcto para el caso que decide y esto es insostenible desde el punto de vista de la concepción que se viene resumiendo. El juez es un miembro más de la comunidad política en la que sus decisiones tienen lugar y por ello, las reglas que usa como criterio valorativo para justificar su decisión, sólo pueden ser aquellas que son el resultado de una deliberación compartida acerca de lo que es conveniente dadas ciertas condiciones generales. De esta suerte, la teoría de la argumentación distingue dos niveles o grados para la racionalidad de los criterios valorativos o normas, en un primer grado de justificación se ha sostenido que una norma es válida, es decir, correcta o está justificada para cada caso, si puede mostrarse a través del discurso racional que tanto sus consecuencias, como sus efectos colaterales, son aceptables por una comunidad de hombres libres y racionales que se autogobiernan (principio U). En un segundo nivel, de aplicación de las leyes, se trata de determinar si el caso que debe ser resuelto por los jueces es alcanzado por el significado de la regla general, que ya ha sido justificada o fundamentada, y si lo es, decidir que el caso debe ser resuelto por la aplicación de la regla general. No se supone que las reglas puedan ser evaluadas nuevamente en su pertinencia porque ello supondría que los jueces tienen una función deliberativa que el sistema institucional suele negarles (Atria, 2004).

De esta concepción del diseño institucional en un Estado democrático de derecho, se desprende la naturaleza institucional de su sistema judicial: la de órganos que adjudican derechos preexistentes a la decisión que toman. Estos derechos preexisten en las reglas deliberadas por los propios destinatarios de las decisiones y en este orden de ideas, el proceso mismo puede ser visto como un conjunto de mecanismos destinados a asegurarnos que el juez permite a las partes decidir lo que es correcto para ellas y que cuando ello no es posible, usa la ley y sólo la ley como criterio de decisión del caso que debe resolver. Un sentido elemental en que podemos entender las garantías que integran el proceso, se relaciona con la capacidad que éstas últimas tienen de asegurarnos que el juez no adelanta en el acto de

su decisión, su propia idea acerca de lo que es correcto para el caso, si no que respeta la autonomía personal de las partes destinatarias de su decisión, expresada mediante el autogobierno democrático.

Estimo la concepción del profesor Alvarado Velloso (1992) acerca del proceso como un medio de debate racional expresa, felizmente, la idea acerca de un sistema institucional respetuoso del autogobierno en una comunidad de hombres libres y racionales. (Ferrajoli, 2010)

## 1. INFANCIA, PROCESO, Y AUTONOMÍA

Hasta ahora, todo lo expuesto puede resultar demasiado elemental para el lector, puesto que avanzado el siglo XX, era una circunstancia ideológica la idea de que somos personas titulares de derechos, que esto implica nuestro gobierno personal, que las decisiones institucionales no pueden sernos impuestas sino después de sernos reconocida esa calidad y que el proceso, es la garantía primera y última de ese reconocimiento. Sin embargo, a las mismas alturas (finales del siglo XX) era un hecho social que las decisiones significativas en la vida de cualquier niño (persona menor de 18 años) eran adoptadas por sus padres o por el Estado. Incluso, usualmente, este último estaba expresamente facultado para resolver lo conveniente para el niño en situaciones sociales “irregulares”, es decir, reconocíamos a los niños la calidad de personas pero sin ninguno de los atributos morales que se siguen de esa condición, i.e. sin agencia moral ni capacidad para decidir lo conveniente a los asuntos que les conciernen, como por ejemplo con quien quieren vivir, con quienes desean establecer relaciones afectivas, que quieren estudiar, que actividades emprender, etc. En otras palabras, vivíamos en una contradicción lógica insalvable.

Como ha señalado Benhabib (2005):

“(...) desde el punto de vista de la ética discursiva y una teoría normativa de democracia deliberativa (...), la pertinencia y cuestiones relacionadas de inclusión y exclusión han sido molestas para la teoría discursiva desde sus inicios. La premisa básica de la ética discursiva afirma que << solo son válidas aquellas normas y arreglos institucionales normativos que pueden ser acordadas por todos los interesados bajo situaciones especiales de argumentación llamadas discursos>>. (...) dentro de la ética discursiva el proble-

ma del alcance, la cuestión de quién debe ser o no incluido en discursos, siempre ha planteado una dificultad. En una primera lectura, la teoría parece excluir de la entidad moral y la representación moral a quienes no son capaces de habla y acción plena. Según la fuerza con la que se defina << la capacidad de habla y de acción>>, muchos seres que quisiéramos reconocer como agentes morales y víctimas morales, tales como los niños muy pequeños, las personas de capacidades diferentes y los enfermos mentales, parecerían quedar excluidos de la conversación moral. Lo que es más, puede haber seres con los que estamos en deuda por obligaciones morales y que pueden convertirse en víctimas morales en virtud de ser impactados por nuestras acciones pero que no pueden representarse a sí mismos: seres sensibles capaces de sentir dolor (...). ¿La ética discursiva puede hacer justicia a sus demandas y su condición moral? [Se] ha sugerido (...) que los intereses morales de seres que no son participantes plenos en discursos morales deberían ser y pueden ser efectivamente representados en contextos discursivos a través de sistemas de representación moral” (p.20-21).

No puedo abordar en este trabajo, las profundas tensiones que se producen por el contexto familiar que rodea al niño (la familia es, en sí misma, un derecho del niño), entre su autonomía, intereses y prerrogativas concurrentes de terceros (los padres son terceros en cualquier concepción normativa relevante que se tenga respecto del niño) y las restricciones que se imponen al ejercicio de la autonomía de los niños por efecto del cuidado personal que corresponde a los padres. Sólo puedo adelantar acá, que la concepción de familia y las obligaciones y estándares que devienen de la CIDN se relacionan con la autonomía, en la medida en que la familia debe proveer y contribuir a la formación de un sujeto autónomo, que tiene intereses y derechos discernibles de los de sus padres o parientes. Los expertos han intentado salvar esta tensión con el concepto de “autonomía progresiva” que se desprendería de los términos que usa el art. 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y según el cual, el niño iría adquiriendo progresivos niveles de autonomía en la medida en que madura y se desarrolla (en función de su edad y madurez dice la Convención) y que dicho desarrollo progresivo debería serle reconocido también progresivamente. El concepto es, sin embargo, altamente problemático, fundamentalmente porque la autonomía es un atributo moral que se distribuye a las personas en cuanto tales,

independientemente de los niveles reales de racionalidad autónoma que posean.

Carlos Nino (1989) ha sostenido, incluso, que la autonomía personal es la forma típica de expresión y concreción del principio de **dignidad humana**, según el cual, el principio de autonomía juega un rol definitorio de la incondicionalidad de los derechos humanos asociada a la dignidad. Dice Nino:

“(…) Sólo se podría decir que los derechos humanos son incondicionales si se interpretara esto en el sentido de que su única condición de aplicación, que no interviene en la caracterización de los beneficiarios de tales derechos, está constituida por los actos voluntarios de tales beneficiarios y no por otras circunstancias, como ser cualquiera de sus restantes propiedades posibles ( como su raza, sexo, etcétera), (...) el discurso moral está dirigido a la libre adopción de principios de conducta, y es, por lo tanto, una técnica para convergir en acciones y actitudes sobre la base del consenso” (p.268).

Es decir, una persona tiene autonomía y el ordenamiento jurídico le reconoce una multitud de formas de manifestarla aunque su racionalidad pueda ser seriamente cuestionada. De manera, que la autonomía no sería, en cuanto valor, una propiedad moral graduable más allá de los niveles concretos de autonomía que un caso puede expresar, pero esa gradación es una propiedad de todos los derechos, aunque no de su distribución. En otras palabras, no somos titulares de derechos en grados o niveles, un caso particular puede suponer, eso sí, el ejercicio gradual de un derecho que es una cosa distinta.

Por otro lado, las reglas que reconocen autonomía, como cualquier otra regla destinada a garantizar cualquier derecho, buscan hacer probable su concreción en el plano de los hechos sin que ello, su efectividad “real”, sea un componente definitorio de la regla que lo consagra, porque la definición que fundamenta la regla es ideológica, no real, como diría el propio Dworkin (1989). Su validez se relaciona con su justificabilidad moral y como se sabe, eso está muy lejos de razones prudenciales o de hecho. Por ejemplo, las reglas que definen el juego democrático, que lo garantizan, buscan hacer probable la deliberación compartida acerca de lo conveniente para todos, el hecho de que el resultado de esa discusión sea adecuado o no, no es ningún

desmérito para la regla que garantiza el ejercicio de la deliberación, porque la razón subyacente de la regla, el valor que la regla protege y que la hace importante, no se relaciona con los niveles concretos en la consecución de ese valor.

El caso del proceso no escapa a esta aproximación. El proceso es un medio de debate racional, la circunstancia de que el debate esté, de hecho, inspirado en motivos altamente irracionales, como la inquina o malquerencia, no afecta el valor implicado en el proceso y el resultado del mismo expresa un valor adscrito a las personas que intervienen, independientemente de los niveles reales de racionalidad que los mismos tengan.

Del mismo modo, la racionalidad del proceso no se relaciona (a un nivel analítico) con la racionalidad del medio escogido para protegerlo. De hecho, medios pretendidamente racionales pueden ser considerados en sí mismos irracionales, considerados los costos asociados a la adopción de esos medios o cursos de acción.

Jon Elster (2010) usa precisamente el ejemplo de la custodia parental de los hijos (niños) como un caso de lo que él llama “hiperrealismo”, la pretensión de que algo es racional aunque todos los factores considerados no lo sean. Señala Elster que:

“la ignorancia del costo de los efectos secundarios de decidir podría inducir una hiperracionalidad en los casos litigiosos de custodia de los hijos. El tribunal quizá trate de promover el interés del niño determinando cuál de los progenitores es más apto para recibir la custodia. Una vez zanjada esa cuestión, el juez tiene una buena razón para otorgar la custodia a ese padre. Sin embargo, en el proceso jurídico psicológico para verificar la actitud relativa se puede infligir un daño incalculable al niño. Visto el objetivo que debe alcanzarse, un procedimiento más racional podría consistir en lanzar una moneda o a tenerse a la presunción tradicional de la custodia materna” (p.239).

Esta observación es aguda además de certera, porque muestra cabalmente hasta qué punto la racionalidad e idoneidad del proceso depende de consideraciones valorativas que son ajenas a los valores concretos del caso que debe ser decidido. *Summun ius summun injuria*: el derecho en extremo es agravio, como señaló Aristóteles.

Por lo anterior, lo que interesa en esta reflexión, es visualizar aquellas reglas procesales o aquellas normas de procedimiento que son compatibles con la justificación misma del proceso, es decir, las razones que justifican un procedimiento especializado en función de los niveles de libertad y autonomía que deben serle reconocidos al niño en cuanto sujeto de derecho. La sugerencia general de esta comunicación, es que un procedimiento especializado es la consecuencia necesaria del reconocimiento y de la probabilidad de que los niños manifiesten su autonomía, es decir, puedan ejercer ellos mismos los derechos de que son titulares. Por las infinitas repercusiones y ámbitos en que el ejercicio de la autonomía se proyecta, escogeré sólo unos de los muchos derechos comprometidos en los procedimientos judiciales en que intervienen o cuyos destinatarios son los niños: el derecho a ser oído.

De lo que va dicho, pudiera desprenderse una conclusión simple, pero nada trivial: puesto que el nuevo “paradigma” impuesto por la CIDN impone reconocer a los niños su calidad de sujetos de derecho y como consecuencia, su correlativo que es la autonomía personal, esto implica traspasarle al niño todos los derechos que le corresponderían a un adulto objeto de una decisión de autoridad. Esta conclusión es aceptable, de hecho éste es el estándar para algunas dimensiones o garantías específicas de la idea de proceso, o debido proceso, como la defensa. En efecto, los estándares de defensa en sistemas avanzados estiman que corresponde al niño una defensa técnica y material del todo similar a la que sería el derecho de un adulto y que todas las figuras vicarias de representación (tutor, curador *ad litem*, etc.), traspasan al proceso una concepción de la minoridad e incapacidad del niño incompatible con la CIDN. Lo anterior es corolario evidente de que al reconocer que el niño tiene intereses y derechos distintos de los de sus representantes legales y/o padres, ellos pueden manifestar intereses discernibles durante el juicio mismo (ello es lógica y fácticamente posible) pudiendo incluso dirigirse contra sus propios padres (la confusión anterior invisibilizaba procesalmente al niño haciendo inviable causas contra los padres por violencia, agresión sexual, etc.), es por esto, que la defensa que aconsejan los estándares internacionales es idéntica a la que se concibe para los adultos.

No obstante ello, los estándares internacionales son bastante explícitos en estimar que existen diferencias relevantes entre los niños

y los adultos que justifican un juzgamiento especializado, es decir, reglas procedimentales diferenciadas e incluso un régimen jurídico distintivo para los niños, niñas y adolescentes.

En el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, ha existido una constante preocupación por parte de los organismos internacionales por reforzar la idea de la especialidad del sistema de enjuiciamiento juvenil. A raíz de este consenso, y particularmente, a propósito del derecho a un juzgamiento especializado de los menores infractores de las leyes penales, éste ha sido incluido, tanto en los instrumentos internacionales especializados en materia de infancia, como en los generales, sean éstos de carácter universal o regional. Desde luego, la propia Convención de los Derechos del Niño, sin duda, base en materia de regulación de los derechos de infancia, establece de manera explícita en su preámbulo la necesidad de un tratamiento especial y diferenciado de los niños, con algunas referencias temáticas específicas, incluso como la de los jóvenes infractores. Se dispone que: *“el niño por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*. Luego en su artículo 40.3 señala la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas apropiadas para promover un sistema especializado de juzgamiento para los menores infractores de las leyes penales. A su vez, esto ha sido reforzado por la observación n° 10 referida a los derechos del niño en la justicia que elaboró el Comité de los Derechos del Niño, encargado de verificar y supervisar el cumplimiento de la CDN por parte de los estados signatarios.

Una norma similar la encontramos en las Reglas mínimas de naciones Unidas y en las Directrices de naciones unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.

Si bien se podría entender que el reconocimiento específico que estos instrumentos otorgan al derecho a un juzgamiento especializado, se debe, precisamente, a que regulan materias de infancia y a que uno de sus objetivos es establecer diferencias con otros instrumentos de carácter general para justificar su existencia. Al realizar un análisis de las normas generales referidas al tema, podemos llegar a la conclusión de que en ellos se consagra con igual nitidez el carácter especial del juzgamiento de niñas, niños y adolescentes.

En efecto, el derecho a un tratamiento especial y diferenciado para establecer la responsabilidad penal de los niños y jóvenes con respecto a los adultos, se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.4 relativo a las garantías del debido proceso en términos bastante precisos: *“En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social”*. Éste hecho, atiende básicamente, a las características especiales que los menores poseen y se justifica, en que los procesos penales juveniles se impongan garantías añadidas y más intensas a favor de éstos en comparación con los adultos. A su vez, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos establece en su artículo 5.5: *“Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible para su tratamiento”*. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en uso de sus facultades jurisdiccionales ha señalado, en su ya célebre opinión consultiva n° 17 sobre la condición jurídica del niño, que: *“Los niños en razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado [...] es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”*.

Analizados los distintos instrumentos de carácter internacional, puede sostenerse que en ellos el Derecho a un juzgamiento especializado por parte de los jóvenes encuentra un reconocimiento explícito y que la adopción de este derecho tiene una importancia gravitante para el diseño y estudio de los sistemas de justicia juvenil. En este orden de ideas, se afirma que el principio de especialidad recogido en la legislación internacional de los derechos humanos tiene al menos dos dimensiones, por un lado, las leyes que regulan los procedimientos (particularmente penales) aplicables a los niños, deben ser específicas, esto es, diferenciadas de las que le son aplicables a los

adultos y, por otra parte, los organismos jurisdiccionales y personas encargadas de aplicarlas deben ser especializadas.

Los Estados signatarios de los distintos instrumentos internacionales, tienen como uno de sus objetivos principales recoger estos mandatos y adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y las demás pertinentes, para dar efectividad a los derechos reconocidos en ellos. Por lo que resulta importante destacar que el sistema internacional regula un conjunto de principios y normas generales, en virtud de los cuales ordena a los Estados incorporar en su legislación estas disposiciones, pero no entrega una guía completamente desarrollada de la forma en que este proceso debe llevarse a cabo, siendo los propios Estados quienes deben realizar un análisis para posteriormente decidir como incorporan estos derechos en su ordenamiento jurídico interno (Duce,2009).

En el contexto de este mandato y en la forma específica en que deba cumplirse dentro del Estado, cabe preguntarse: ¿cuál es la lógica sistemática que justifica alterar la estructura de la regulación procesal en los juicios en que intervienen niños o en los que son destinatarios de la decisión?, porque ello envuelve el riesgo de interpretar este mandato en un sentido minorista que tensiona la concepción de autonomía individual y la idea de proceso, o debido proceso que le es correlativa. Dicho en otros términos, la cuestión radica en vislumbrar si hay alguna razón que permite orientar los cambios normativos y las prácticas judiciales que parece disponer el derecho Internacional en una dirección específica que no anule la idea de proceso, por referencia a cambios exigidos en función de la autonomía personal que la CIDN reconoce a los niños, niñas y adolescentes. Otra vez: si esta lógica sistemática puede ir perfilando el modo preciso y racional en que la regulación específica debe hacerse dentro de cada estado, es decir, lo que debe hacerse, este cambio a mi juicio se consigue cotejando los estándares internacionales con la teoría general del proceso, y a partir de este cotejo podemos encontrar soluciones normativas coherentes con los valores y principios jurídicos en juego.

Existe la tendencia a considerar que el estándar en esta materia es reconocer como mínimo las garantías de los adultos con un reforzamiento de ciertas garantías específicas; la pregunta pertinente es: ¿cuál es la justificación racional y sistemática de ese reforzamiento?

y una respuesta sistemáticamente satisfactoria podría ser, que en la medida en que hay un déficit concreto en el ejercicio de la autonomía que justifica establecer reglas que maximicen su satisfacción en contextos específicos de decisión, esas reglas deben disponerse para de esta forma corregir el déficit en la autonomía.

Un ejemplo que puede servir para ilustrar el punto que ha venido estudiándose desde el derecho penal juvenil es el de las condiciones y requisitos de la confesión. Ya Albrecht (1990) había apuntado que la menor competencia de acción de los jóvenes i.e., su menor dominio de los contextos en que se produce su intervención en un juicio, los hace más susceptibles a confesar. Este caso muestra, claramente, que una consideración “especial” en la estructura normativa que fija los términos y condiciones de la confesión se hace necesaria por cuestiones relativas al ejercicio autónomo de los derechos del adolescente que sea capaz de abarcar el conjunto de las consecuencias que puede tener su actuar dentro de un proceso judicial.

## **2. EL CASO DEL DERECHO A SER OÍDO**

Un caso paradigmático, entre muchos otros posibles, de este cambio procedimental y de la fundamentación del mismo justificado en la autonomía, es el derecho a ser oído.

En efecto, siendo el proceso, desde la perspectiva de una teoría general del proceso, un mecanismo de debate racional, el derecho a ser oído puede ser contextualizado fenomenológicamente como un acto comunicativo central en el contexto de la intervención de niños en juicios y procedimientos (de cualquier índole, judicial o administrativa) y por tanto, su perfil analítico y dogmático debe guardar estricta relación con la medida en que ese derecho implica un acto de comunicación destinado a la realización de la autonomía.

El Derecho del Niño a ser oído en asuntos judiciales que lo afectan, constituye un derecho que particulariza el derecho general reconocido en el art. 12.1. de la Convención sobre Derechos del Niño, cuyo texto señala:

1. “Los Estados Partes garantizarán al niño/a que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndolo-

se debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.”

A su vez, el art. 12.2. establece el derecho a ser oído en los procedimientos judiciales de la siguiente forma:

2. “Con tal fin, se dará en particular al niño/a la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”.

El art. 12.2 de la CDN indica que la participación directa de los niños debe asegurarse en los procedimientos judiciales y administrativos que los afecten. Como tal, es un derecho de participación destinado a proyectar, en el espacio social, muy especialmente en el ámbito de los procedimientos legales que puedan afectar sus derechos de alguna manera, las autonomías de los niños, niñas y adolescentes y que anima el conjunto del sistema de derecho de la convención (Freeman, 1997).

De acuerdo al Comité de Derechos del Niño, éste es uno de los cuatro principios generales de la CDN junto al derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y al desarrollo y el interés superior<sup>1</sup> del niño (CRC/C/GC/12, pto. 2). Como eje fundamental de la Convención, se relaciona sistemáticamente con el derecho a la libertad de expresión del niño (art. 13 CDN), libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14 CDN), libertad de asociación (art. 15 CDN), acceso a una información adecuada (art. 17 CDN) y el derecho al esparcimiento, juego y actividades culturales (art. 31 CDN). Conceptualmente no debe confundirse con el derecho fundamental a la defensa, no obstante existir una serie de cruces con éste dentro de los procesos judiciales y, en general, dentro del derecho al debido proceso (Art. 40 CDN).

El régimen jurídico de este derecho en el campo internacional de los derechos de los niños, comprende a la Observación General N°

---

<sup>1</sup> En este trabajo no se ha hablado especialmente de la noción de interés superior del niño debido a que podría distorsionar el análisis de las normas procesales aplicables a los casos en que intervienen niños, niñas y adolescente, atendido el carácter multívoco de esa voz, y además porque, como he sostenido en otro lugar, el interés superior del niño no sería otra cosa que la aplicación de las reglas de derecho pertinentes a su caso que es la tesis que se defiende acá.

12 (2009) del Comité de Derechos del Niño, la Opinión Consultiva N° 17 (2002) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las Reglas 75 y 76 de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y la Resolución 2005/20 que establece las directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos.

Un aproximación, desde la dogmática internacional, podría definirlo preliminar y elementalmente, determinando de este modo su núcleo básico, de la siguiente forma: Consiste en el derecho que posee toda persona, y por lo tanto el niño, a expresar a otra su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta (CRC/C/GC/12, pto. 15). El artículo 12 de la CDN otorga al niño un derecho fundamental de poder expresarse y ser escuchado por quienes tomarán decisiones que afectarán su vida. En consecuencia, impone una obligación de escuchar, a aquellos que deben tomar decisiones sobre él, lo cual incluye tomar las precauciones necesarias para atender la situación en la que el niño se manifiesta. El derecho del niño a ser oído conlleva el deber simétrico de los adultos a escucharlo (Baratta, 1999).

La particular estructura de este derecho, consiste en posiciones dentro de una relación dialógica, donde alguien puede hablar -en este caso el niño- porque otro debe escuchar -los adultos-, en especial los operadores de procedimientos judiciales y administrativos. Como veremos, el deber correlativo exige un conjunto de conductas positivas y no sólo abstenciones, para brindar eficacia directa a opiniones que de otra manera, no tendrían una consideración asegurada en los procedimientos que afectan a sus autores. Por ello, en el ámbito de los procedimientos judiciales y administrativos, este derecho fundamental introduce elementos básicos de justicia procedimental en la toma de decisiones sobre los niños, niñas y adolescentes que afectan sus intereses y derechos. Hay que observar, que el derecho se refiere a todos los procedimientos y no sólo a aquellos que las leyes nacionales identifican como procedimientos de menores. Se diría incluso, que la intensidad de este mandato se acentúa en los casos del proceso en la medida en que la “audiencia es un rasgo definitorio del espacio dialógico que habilita”.

La opinión expresada, se refiere a lo que el niño siente, desea, conoce o piensa. Como expresión, puede ser formulada por cualquier medio en consonancia con su libertad de expresión (art. 13 CDN). Pero el derecho sólo puede realizarse cuando esta debidamente presente la parte que escucha.

En este sentido, la fórmula de la *Children's Act* inglesa de 1989 que señala que para identificar el bienestar del niño se debe recurrir, en primer término, a los *deseos y sentimientos* de éste, constituye una forma precisa de proteger los derechos de los menores, en cuanto (aún cuando se hable de *bienestar* y no de *derechos*) sólo una consideración de los deseos y sentimientos –o de la opinión– del niño puede garantizar efectivamente que la protección de derechos sea indicativa de que se ha dejado atrás el enfoque tradicional de protección del niño sin considerar sus derechos y autonomía. Esta fórmula conecta directamente con la distinción entre un teórico o abstracto interés del niño y el llamado *interés manifiesto del niño*, que resulta relevante para ponderar y valorar los distintos intereses o principios en colisión.

Como señala Couso (2006), Un primer estándar impuesto por este principio a las decisiones de los tribunales de familia que afecten a un niño, es de derecho sustantivo. “Tomar debidamente en cuenta” la opinión del niño impone, en mi opinión, conferir un “especial peso” a esa opinión y a las preferencias expresadas por él, en su caso. No debe entenderse esto, en el sentido de que el tribunal debe necesariamente resolver el asunto de la forma como el niño quiere, pero sí en el sentido de que a la hora de ponderar los diversos principios en tensión y de sopesar las distintas alternativas de solución, la opinión del niño, especialmente si de ella se deriva una preferencia a favor de una de esas diversas alternativas de solución, debe traducirse en conferirle un mayor peso relativo a la alternativa escogida por él. Así, si en un determinado caso resulta que “antes” de considerar la opinión del niño no hay una alternativa claramente preferible a las otras (en su interés superior) entonces, después de escuchar su opinión, la alternativa que el niño prefiere adquiere un “especial peso” que termina por inclinar la balanza, definitivamente, en favor de esa preferencia. A la misma conclusión puede llegarse, si “antes” de escuchar la opinión del niño una alternativa parece apenas un poco

mejor que las otras; entonces, la preferencia expresada por el niño a favor de otra alternativa que no parecía la mejor, de manera perfecta puede inclinar la balanza en su favor al conferirle un mayor peso relativo. (p. 154-155).

Es probable que, por este tipo de razones algunos autores hayan ido perfilando el contenido dogmático del derecho (la posición iusfundamental en la teoría de Alexy) compuesto por las siguientes obligaciones por parte de quien debe decidir un asunto concerniente al niño:

1. Derecho del niño a tener una opinión (propiamente bajo el art. 14 CDN): Obligación de no interferir con las opiniones de los niños.
2. Derecho del niño a hacerse escuchar: Obligación de atender al niño que desea expresar algo.
3. Derecho del niño a expresar una opinión (propiamente bajo el art. 13 CDN): Obligación de escuchar conscientemente dicha opinión. La cual es un deber positivo fuera del art. 13 CDN.
4. Derecho del niño a hacerse entender: Obligación de entender el sentido de las opiniones expresadas de los niños.
5. Derecho del niño a contestar: Obligación de atender, escuchar y entender las respuestas de los niños.
6. Derecho del niño a disentir: Obligación de atender, escuchar y entender las opiniones divergentes de los niños con la opinión de quien escucha.
7. Derecho del niño a debatir: Obligación de dar respuesta a las objeciones de los niños y escuchar adecuadamente sus réplicas.
8. Derecho del niño a cuestionar y criticar: Obligación de escuchar adecuadamente y deliberar sobre las críticas formuladas por los niños.
9. Derecho del niño a influir: Obligación de considerar su opinión dentro de la deliberación que conduce a una decisión que afecta a los niños.
10. Derecho del niño a saber como se influye: Obligación de explicar adecuadamente y hacer explícitas las explicaciones de como se han considerado las opiniones, disensos y críticas del niño para tomar las decisiones que los afectan.

Dentro de la doctrina internacional, se han organizado estas distintas actividades dentro de cuatro grandes dimensiones esenciales: Espacio, voz, audiencia e influencia (Lundy, 2007).

En primer lugar, el *espacio* alude a que los niños, niñas y adolescentes deben tener la oportunidad para expresar una opinión. Dicho espacio no debe confundirse con un lugar físico, aunque suele incluir la exigencia de condiciones físicas adecuadas para que los niños puedan expresar su opinión con seguridad y comunicarla eficazmente. El niño debe gozar de las condiciones necesarias, creadas por el Estado, para expresar sus opiniones de manera segura, no expuesto a ningún daño, riesgo o peligro. Esto supone que el niño sea efectivamente protegido de presiones y manipulaciones, y que el juez debe evaluar las presiones a que está sujeto el niño al manifestar su opinión. Por otro lado, el entorno debe ser suficientemente inclusivo y, no, por el contrario, hostil o intimidatorio, ni tampoco insensible o inadecuado a la edad del niño o la niña (CRC/C/GC/12, Pto. 34). Aquí hay que tener en cuenta las circunstancias concretas del niño o niña y, evidentemente, las condiciones apropiadas de acuerdo a su género y etnicidad, etc.

Esto incluiría actividades como que el niño debe ser informado sobre las circunstancias que lo afectan, cómo, cuándo, dónde y quienes lo escucharán para poder expresar su opinión. También, debe estar en condiciones de comprender adecuadamente las implicancias del proceso, sus derechos y posibles decisiones para su defensa. La información del caso transmitida a los niños debe adaptarse a sus condiciones específicas, incluyendo circunstancias de género y etnicidad.

La *voz* consiste en que debe facilitárseles a los niños la expresión libre de sus opiniones. En primer lugar, el niño debe decidir expresarse autónomamente y no puede ser obligado o considerado como un recurso de información a disposición de los operadores del procedimiento. El art. 12 no obliga al niño a expresar sus opiniones, sino que establece que el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente. Por esa razón, el niño no deberá ser objeto de ningún tipo de presión, coacción o influencia que pueda impedirle expresar su opinión ni tampoco para obligarlo a hacerlo. Esta posibilidad de ser oído, debe estar al alcance de todos los niños capaces de formarse una opinión y como veremos, no tiene que ver con una edad o un estado general

de madurez. Dicha expresión, como se dijo, puede ser por cualquier medio y no puede quedar restringida sólo a un lenguaje verbal o escrito, pudiendo incluir manifestaciones pictóricas o de movimientos corporales significativos, como mímicas, expresiones faciales o juegos (CRC/C/GC/12, Pto. 21). Adicionalmente, el niño debe poder expresar su opinión cuantas veces él quiera y cuando estime necesario.

El art. 12.1 exige la condición de que los niños estén en situación de formarse un juicio propio. Los que deben atender, escuchar y entender la opinión de los niños tienen entonces la obligación de evaluar la capacidad de éste de formarse un juicio propio. La Opinión Consultiva N°17 señala a este respecto que la libertad de expresar la opinión del niño no es ilimitada, precisamente porque la autoridad debe valorarla según la posibilidad que tenga el niño de formarse un juicio propio (Opinión Consultiva OC-17/2002: 20).

Para expresar una opinión los niños no requieren estar en posesión de un conocimiento exhaustivo o cabal de todos los aspectos del asunto sobre el cual opinan.

Por otro lado, los niños pueden necesitar asistencia para formarse y expresar su opinión. Ello incluye la necesidad de disponer de los mecanismos para allanar las dificultades de lenguaje o comunicación que estén presentes. Este rasgo suele ser muy relevante a la hora de establecer estándares de defensa y reglas procedimentales en legislaciones estatales específicas

Esta dimensión del derecho a ser oído, impone el deber de atender, escuchar y entender directamente al niño, sin la intervención de un intermediario o representante, salvo que así lo haya requerido el niño. El niño no puede ser subrogado sin su consentimiento en la expresión de su opinión. Es parte del deber de asistencia de los padres, apoyar a los niños en la expresión de su voz. (observese el rol no contradictorio que juega el derecho del niño a tener una familia en este caso). Sin embargo, los niños, en cualquier momento pueden requerir una representación independiente. Este derecho hace necesario establecer prácticas de evaluación seria de las capacidades y competencias del niño de formarse un juicio propio y participar en el proceso, así como para inspirarle la necesaria confianza (CRC/C/GC/12, Pto. 42).

En tercer término, la **audiencia** significa que la opinión debe ser efectivamente atendida, escuchada y entendida. Esto quiere decir, que el niño no sólo debe ser oído pasivamente sino activamente escuchado, lo cual exige una atención y consideración especiales. Y ser entendido se refiere a que sean captadas todas las dimensiones de significado de lo que el niño desea comunicar. Esto exige también, que quien escucha no sólo oiga lo que el niño dice sino que observe el contexto haciéndose una opinión fundada sobre sus motivaciones, condiciones, miedos y silencios. La comprensión del significado de las expresiones del niño debe ir más allá del lenguaje verbal o escrito y cubrir todas sus manifestaciones significativas. Esto requerirá un adecuado apoyo interdisciplinario, cuando sea necesario.

Finalmente, la opinión del menor debe tener **influencia**, en el sentido de que debe influir en las consideraciones de las decisiones que se tomen en el procedimiento. El art. 12.2 exige que se debe decidir “*teniéndolo debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño*“. Esto se refiere, al impacto adecuado que deben tener las opiniones del niño sobre las decisiones que los afectan y que refleja en dichas decisiones, la consideración al interés superior del mismo al que están comprometidos los adultos que son responsables de la decisión. Esto quiere decir, en primer lugar, que los adultos que son responsables de la decisión no deben resolver arbitrariamente cuando el niño dice algo relevante para la decisión o no.

Obsérvese la característica argumental que adquiere el derecho a ser oído en esta dimensión de influencia que, si se quiere, justifica y es abarcativa de las demás. En otras palabras, un fundamento importante del deber de justificación racional de las decisiones guarda relación con la manifestación de derechos que son independientes de los derechos que son usados como fundamento mismo de la decisión. La argumentación de los jueces debe, entonces, hacerse cargo de las opiniones del niño a un nivel de justificación que permita despejar las dudas de que la voluntad del niño está siendo desplazada por los criterios valorativos del juez, sino por consideraciones valorativas concurrentes expresadas en el derecho vigente, que dadas las particulares del caso aparecen más aconsejables que la manifestación de autogobierno del niño. Este deber de justificación no se funda, tan

sólo, en la evidencia de que el juez haya seleccionado correctamente el derecho aplicable (y lo haya interpretado de una forma dogmáticamente consistente) sino también y sobre todo, en el derecho del niño a decidir sobre sus propios asuntos, es decir en su libertad, que es el fundamento último y primordial del proceso.

Como ha citado muy recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito del llamado caso Atala:

“Lo anterior no quiere decir que siempre van a coincidir la determinación del interés superior del niño en el caso concreto con las opiniones del niño, aun cuando el niño tenga la edad y madurez para formarse su juicio propio por cuanto el interés superior consiste en la óptima realización de sus derechos y el niño puede tener motivos para sostener opiniones cuyas consecuencias debiliten o afecten excesivamente esos mismos derechos en relación a su autonomía, integridad, privacidad, igualdad, derecho al desarrollo, etc. El juez o el responsable del procedimiento deben evaluar razonablemente el peso de las opiniones del niño, en relación a sus consecuencias para el conjunto de sus derechos fundamentales, así como en relación al nivel de madurez del niño, pero esta valoración como sostiene Couso, exige una carga argumentativa superior a la decisión que se aleja de la opinión del niño” (Cillero, 2011, citado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012.)

### **3. CONCLUSIONES**

De lo que va dicho, aparece con nitidez que esta forma de conceptualización dogmática del derecho a ser oído compatibiliza correctamente la doctrina impuesta por el Derecho Internacional de los derechos del niño con las categorías científicas del derecho procesal y con la concepción del proceso como un acto que realiza la libertad humana, porque en esta perspectiva, la especialidad de los procedimientos se justifica en niveles más altos de ejercicio de la autonomía individual del sujeto que interviene en el proceso y en la medida, también, en que aumenta su participación e incidencia como sujeto que dialoga y debate dentro del proceso.

Por supuesto, esta visión proyecta modelos competitivos acerca de los procedimientos específicos que aseguran la autonomía de mejor forma, es decir, no hay un modo único de regulación que se

proyete desde estos estándares y esta conceptualización dogmática, pero, al menos esto, permite descartar por implausibles ciertas formas concretas de regulación que modifiquen o alteren las reglas procesales generales sin beneficio de la autonomía del sujeto especial que interviene: el niño. Como ha señalado Holmes y Sustein (2011) cuando se trata de derechos, algunos argumentos no solo no tienen peso suficiente sino que son por completo inadmisibles y en este sentido, podríamos entender a los sistemas procesales especializados y jurídicos en general como “absolutistas”. Excluyen de manera incondicional algunas razones y solo proscriben condicionalmente ciertas acciones e inacciones, con el objeto, de permitir el ejercicio pleno de la autonomía del niño con base en su dignidad.

## REFERENCIAS

- ALBRECHT P, A. El Derecho penal de menores. Traducción de la primera edición alemana por Bustos Ramírez. Barcelona: PPU, 1990.
- ALVARADO VELLOSO, A. Introducción al estudio del derecho procesal. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, 1992.
- ATRIA, F. Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo. En: Revista de estudios de la justicia. N°5. (2004). p. 119-141.
- BARATTA, A. Infancia y Democracia. En: García Méndez Emilio y Beloff, Mary, Infancia y Democracias en América Latina, análisis crítico del panorama legislativo en el contexto de la Convención Internacional de Derechos del Niño. Buenos Aires. Temis-Depalma. 1999.
- BENHABIB, S. Los derechos de los otros. Extranjeros residentes y ciudadanos. Barcelona: Gedisa, 2005.
- CILLERO B., M. Citado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia caso Atala y niñas vs. Chile de 24 de febrero de 2012, considerando 207, 2012. Extraída desde <http://www.corteidh.or.cr/cfm?idCasi=381>.
- COUSO, J. El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído. En: Revista de derechos del niño, números tres y cuatro. 2006. p.154-155.
- DUCE, M. El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto

en el diseño del proceso penal juvenil. En: Revista Ius Et Praxis. Año 15. N° 1. 2009. p.77-81

DWORKIN, R. Los Derechos en Serio. Barcelona: Ariel, 1989.

ELSTER, J. La explicación del comportamiento social. Más tuercas y tornillos para las ciencias sociales. Barcelona: Gedisa, 2010.

FERRAJOLI, L. Democracia y garantismo. Madrid: Trotta. 2010.

FREEMAN, M. Taking children's rights more seriously en The moral status of children Essays on the rights of the child, Dordrecht. Nijhoff. 1997.

HOLMES, S. y SUSTEIN, C. El Costo de los Derechos. ¿Por qué la libertad depende de los impuestos? Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

LUNDY, L. Voice is not enough': Conceptualising Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child', British Education Research Journal 33(6), 2007.

NINO, C. Ética y derechos humanos, un ensayo de fundamentación. Buenos Aires: Astrea, 1989.

Children's Act 1989.

ONU. Convención sobre los Derechos del Niño, versión electrónica, extraída el 20 de marzo de 2012 desde [www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm).

CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 24 de Febrero de 2012: Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Extraída el 20 de marzo de 2012 desde <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=381>

# RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: ¿PROCESO URGENTE?: DEBIDO PROCESO

*Andrea Mariel Brunetti*

## RESUMEN

Ante la problemática que se suscita en virtud de los conflictos de restitución internacional de niños por sustracción o retención ilícita parental, es sumamente necesario e ineludible adoptar por parte de los Estados, procedimientos judiciales prestos y expeditivos, a los efectos de lograr el cumplimiento cierto de la garantía de restitución que consagran los Convenios Internacionales suscriptos con miras a la protección internacional de los niños, niñas y adolescentes. Sin la debida celeridad, atributo determinante de la validez operativa de los tratados, se frustra el objetivo inmediato de los mismos, causándose graves e irreparables perjuicios a los más vulnerables. Precisamente, es a través del debido proceso judicial que se logra la concreción de la garantía constitucional de tutela judicial efectiva en tiempo razonable, respetándose la defensa en juicio y el derecho del niño de ser oído, puntal de los derechos humanos y cimera expresión del respeto a la dignidad humana.

## PALABRAS CLAVE

Restitución internacional, proceso urgente, debido proceso, defensa en juicio, derechos de los niños niñas y adolescentes a ser oídos, interés superior, tutela judicial efectiva, derechos humanos.

---

\* Jueza del Tribunal Colegiado de Instancia Única de Familia N° 7 de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, Argentina. Miembro suplente de la Red Nacional de Jueces Expertos en Restitución Internacional de Menores de la Conferencia de La Haya, designada por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe.

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad se presentan, y cada vez más con mayor frecuencia, conflictos de restitución internacional de menores, debido al aumento de matrimonios y uniones entre personas de distintas nacionalidades producto de los variados y permanentes movimientos migratorios en el mundo globalizado de hoy. En consecuencia, ante la crisis familiar, se genera una de las principales disputas en cuanto a la residencia efectiva de los hijos, convirtiéndose éstos en muchos casos, en el “botín de guerra internacional de sus progenitores”<sup>1</sup> al ser sustraídos de su centro de vida o retenidos ilícitamente en lugar distinto al de su residencia habitual.

Tal problemática, que causa graves e irreparables perjuicios a los más vulnerables de la relación, los niños, constituye una primordial preocupación de los Estados. Motivo por el cual se han diseñado mecanismos de restitución con miras a la protección internacional de los niños, a través de Tratados Internacionales como son el Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores (La Haya, 25 de octubre de 1980), y el Convenio Interamericano Sobre Restitución Internacional de Menores (Montevideo, 15 de julio de 1989) que se complementan con una serie de convenios internacionales en cuanto a medidas de protección, procedimientos, competencia y ley aplicable<sup>2</sup>. Igualmente existen modelos recomendados por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la Red de Jueces expertos de La Haya, en cuanto a guías de buenas prácticas, comunicaciones, conclusiones y variados documentos explicativos para su puesta en marcha y, fundamentalmente, la Ley Modelo Sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños, desarrollado por el grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Ins-

---

<sup>1</sup> FAMÁ, María Victoria. Cuando los niños se vuelven botín de guerra internacional de sus progenitores. DJ24/06/2009, 1697.

<sup>2</sup> Documento Preliminar. No 4 de mayo de 2011 - Proyecto revisado de Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Disponible en <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd04s.pdf>

tituto Interamericano del Niño, y presentada en la segunda reunión de expertos gubernamentales “Programa interamericano de cooperación para prevenir y reparar casos de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes por uno de sus padres”, Buenos Aires, Argentina, 19 - 21 de septiembre de 2007.<sup>3</sup>

Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989), estatuye un principio fundamental a los fines de la interpretación del Convenio de La Haya, como es la supremacía del interés superior del niño y a la vez dispone específicamente en su normativa, que los Estados Parte adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.<sup>4</sup>

De este modo, la finalidad sustancial prevista por los tratados internacionales, se traduce en proteger a los niños a nivel internacional frente a los perjuicios que podría ocasionarles un traslado o una retención ilícita, a través de procedimientos que procuren su inmediata restitución al Estado en el que se halla verdaderamente su centro de vida. De esta forma se evita el arraigo del niño en un nuevo centro de vida mediante vías de hecho, restableciendo el *status quo* anterior al traslado ilícito. Todo ello en función de su mejor interés, como también para velar porque los derechos de custodia y de visitas vigentes en un Estado se respeten en otro.

Se ha demostrado en variados estudios de campo, que la extensa duración en el tiempo en estos casos, incide en forma negativa sobre la dimensión física y psíquica de las personas involucradas, principalmente el niño, pero también el progenitor no sustractor, lo que ha llevado a calificar a la sustracción parental como “abuso”, encuadrándose además como uno de los tipos de violencia familiar.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Consúltense todos los textos existentes en: [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=text.display&tid=21](http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=21) y <http://www.incadat.com/>

<sup>4</sup> Convención de los Derechos del Niño, art. 11.1.

<sup>5</sup> HERZ, Mariana. Medidas preventivas y reparadoras de la sustracción internacional parental de niños, niñas y adolescentes. Santa Fe: UNL, 2007, Capítulo 3. Quien refiere al estudio de FREEMAN, M., International Child Abduction: the effects, Reunite Research Unit, may 2006, [www.reunite.org](http://www.reunite.org). También véase: HERZ, Mariana. Violencia familiar en las convenciones sobre restitución internacional de menores, en E. D. del 14-11-2006, N° 11.635, p. 1.

Cierto es que, para el efectivo cumplimiento de la garantía de restitución descrita, se requiere la mayor celeridad en la resolución de las solicitudes de restitución internacional, pues sin la debida urgencia en su disposición, se enervan los postulados consagrados en los convenios internacionales en miras a ello. Por tanto es tarea ineludible de los Estados, la de instruir procedimientos judiciales rápidos y expeditivos a fin de evitar los efectos no deseados que habitualmente se producen en estos casos, como es la dilación en el tiempo y el consecuente arraigo del niño por vías de hecho, teniéndose en cuenta además que, a posteriori, indefectiblemente acaecerá un nuevo desarraigo.

Al mismo tiempo, convencidos que es mediante el debido proceso judicial que se logra la concreción de la garantía constitucional de tutela judicial efectiva y en tiempo razonable, es que se propone que dichos procedimientos, amén de la urgencia, aseguren indefectiblemente las garantías de defensa en juicio y el derecho del niño de ser oído, puntal de los derechos humanos y cimera expresión del respeto a la dignidad humana.

A tal fin, se sugiere la adopción de los preceptos establecidos en el Proyecto de Ley Modelo<sup>6</sup> que refiriéramos anteriormente y en las Guías de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980,<sup>7</sup> que recomiendan mecanismos aptos y recursivos en pro de la premura ineluctable que constituye, además, el atributo determinante de la validez operativa de los tratados, sin la cual se frustra el objetivo inmediato de los mismos, causando graves e irreparables perjuicios, precisamente, a los sujetos más vulnerables como son los niños, cuya protección se exige en virtud del mandato constitucional, convencional y en su interés superior.

Se advierte nuevamente, sobre la necesaria adecuación del Derecho a las exigencias del nuevo paradigma de la humanización del Derecho y que el Juez cuente con las herramientas apropiadas para lograr el fin de su cometido, para así hacer justicia como garante de la tutela jurisdiccional de los Derechos Humanos. Ello siempre, sin descuidar el contradictorio, el debate y el derecho de audiencia que

---

<sup>6</sup> Disponible en <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011info06s.doc>

<sup>7</sup> Pueden consultarse en: <http://www.incatat.com/index.cfm?act=text.text&id=9&lng=3>

también protege y garantiza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Una vez más se afirma, que en el estricto campo del Derecho de Familia, las delicadas cuestiones que allí se albergan, requieren de un justo equilibrio entre lo urgente, la eficacia y la garantía del debido proceso y de defensa en juicio, fundamentalmente el amparo de los Derechos de los niños y en función del principio superior de su mejor interés. Creemos entonces, que la verdadera tutela judicial efectiva se brinda en tiempo razonable y maximizando el cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso judicial.

## **1. FUENTES CONVENCIONALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

Las fuentes convencionales de Derecho Internacional Privado ratificadas por la Argentina respecto, en específico, de la Restitución Internacional de niños, son la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ratificado el 20 de marzo de 1991, aprobado por Ley 23.857 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, firmada en Montevideo en 1989, aprobada por ley 25.358 (CIDIP IV) que por ser posterior a aquélla toma sus postulados de manera semejante. Además existe un convenio bilateral con la hermana República Oriental del Uruguay sobre Protección Internacional de Menores, aprobado por ley 22.546, que lo comprende.

Al mismo tiempo, debe tenerse especialmente en consideración la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Ley 23.849 e incorporada con jerarquía constitucional a partir del año 1994 (art. 75 inc. 22 CN), que establece los principios que rigen e integran el marco normativo aplicable. Prisma bajo el cual debe analizarse todo caso en que se hallen comprometidos los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes. Así dispone el art. 3. 1. “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Efectivamente, dichos tratados reconocen el interés superior del niño al establecer un mecanismo de pronta restitución al Estado de su residencia habitual, (garantía de restitución), aún cuando se prevén excepciones. Lo que se procura es el restablecimiento de la situación existente con anterioridad a la sustracción o retención indebida. Al mismo tiempo se evita la posibilidad de elegir la jurisdicción de su conveniencia al progenitor sustractor (*forum shopping*), estableciendo como punto de conexión, a los fines de determinar la jurisdicción internacional para resolver las cuestiones atinentes a la responsabilidad parental, la residencia habitual del niño, es decir, aquella que existía previo a su traslado o retención ilícita.

Principalmente dispone tal convención en su art. 11, el deber de los Estados de celebrar acuerdos bilaterales y multilaterales que, para garantizar las relaciones parentales frente al riesgo de traslados y retenciones indebidas, deben asegurar la cooperación entre autoridades, en concordancia con la norma de protección internacional del art. 35 de su mismo articulado. Y en el art. 3, sienta el principio fundamental y superior del mejor interés del niño.

Estos tratados multilaterales de restitución internacional, tienen como finalidad específica proteger a los niños de los efectos dañinos de la sustracción y retención de las fronteras internacionales, proporcionando un procedimiento para llevar a cabo rápidamente su regreso. Así se asegura la pronta restitución del niño al país de su residencia habitual donde transcurre su centro de vida, como también, hacer efectivo el derecho de visita o de custodia parental y ser respetado tanto en un Estado como en otro (art. 1 Convenio de La Haya; art. 1 CIDIP).

Para ello, los Estados parte se han comprometido internacionalmente a adoptar todas las medidas necesarias, ya sea de carácter nacional, bilateral como multilateral, a fin de cumplir su cometido. Por lo cual la cooperación interestatal es tarea fundamental para la operatividad de los tratados.

Así, en lo que respecta al Convenio de La Haya, ya son ochenta y uno los Estados contratantes y a su turno, son setenta y dos los miembros actuales de la Conferencia: Estados Miembros, setenta y uno y una Organización Regional de Integración Económica (Estados miembros no es lo mismo que Estados contratantes). En total, cuenta

con ochenta y un Estados contratantes que se extienden más allá de Europa y llegan a África, Norteamérica, Sudamérica y Asia. Sin embargo, si bien es extensa la red global de protección de menores sustraídos o retenidos ilícitamente, sigue estando incompleta.<sup>8</sup>

En este punto, es preciso destacar que Colombia no es Estado miembro de la Conferencia de La Haya, pero sí Estado contratante de algunos convenios. Ha ratificado y adherido al Convenio de la Haya de 1980 (Ley 173 de 1994) particularmente, entre otros.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Argentina es Estado miembro de la Conferencia de La Haya y ha ratificado los siguientes convenios: Convenio de 1 de marzo de 1954 sobre el Procedimiento Civil, Convenio de 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial, Convenio de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación. Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Convenio de 22 de diciembre de 1986 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Y firmado: Convenio de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte. Para un listado completo de los Convenios suscritos a nivel mundial en el marco de la Conferencia de La Haya consúltese: [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions.listing](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.listing)

<sup>9</sup> Convenio de 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, Convenio de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Asimismo el **Código de la Infancia y la Adolescencia. Ley 1098 del año 2006** dispone en su art. 112 “**RESTITUCION INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS O LOS ADOLESCENTES.** Los niños, las niñas o los adolescentes indebidamente retenidos por uno de sus padres, o por personas encargadas de su cuidado o por cualquier otro organismo en el exterior o en Colombia, serán protegidos por el Estado colombiano contra todo traslado ilícito u obstáculo indebido para regresar al país. Para tales efectos se dará aplicación a la Ley 173 de 1994 aprobatoria del Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, a la Ley 620 de 2000 aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscrita en Montevideo el 15 de julio de 1989, y a las demás normas que regulen la materia. Para los efectos de este artículo actuará como autoridad central el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. La Autoridad Central por intermedio del Defensor de familia adelantará las actuaciones tendientes a la restitución voluntaria del niño, niña o adolescente y decretará las medidas de restablecimiento de derechos a que haya lugar”.

Cabe señalar, que dentro de este marco operatorio se han desarrollado todo tipo de iniciativas, dictado nuevos convenios, documentos, conclusiones y recomendaciones. Así se ha elaborado el proyecto de Ley Modelo de Procedimiento y las guías de buenas prácticas tanto para prevención como para aplicación y ejecución, ya señaladas anteriormente.<sup>10</sup>

Por su parte, en lo que respecta al ámbito americano, existen una serie de instrumentos globales y regionales relativos a la cuestión de la sustracción internacional de niños aplicables en este continente.

Precisamente, dentro del ámbito de actividades de la propia Conferencia de La Haya se encuentra la sección de Sustracción Interamericana de Menores, que tiene el propósito de monitorear el desarrollo regional de la jurisprudencia relativa a la Convención Interamericana y asimismo, brindar acceso a la doctrina en español y a documentos de referencia clave relativos a la sustracción internacional de menores en el Continente Americano.<sup>11</sup>

Así se informa que más de la mitad de los treinta y cinco Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) son en la actualidad parte del Convenio de La Haya, y más de la tercera parte de los Miembros de la OEA son actualmente parte de la Convención Interamericana, entre los cuales se halla también Colombia (Ley 620 del año 2000).

En el caso de concurrencia convencional, esto es, cuando los países involucrados han ratificado ambos Convenios, el Artículo 34 de la Convención Interamericana le otorga prioridad a la Convención Interamericana respecto del Convenio de La Haya sobre Sustracción de Menores, salvo acuerdo en otro sentido entre los Estados involucrados a través de la respectiva reserva que habilita dicha norma, como es el caso de Venezuela. No obstante ello, en la práctica se dan algunas excepciones, como es el caso de Brasil y Perú, que continúan

---

<sup>10</sup> Véase [http://www.hcch.net/index\\_es.php](http://www.hcch.net/index_es.php) y la base de datos de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: <http://www.incatat.com/>

<sup>11</sup> Véase <http://www.incatat.com/index.cfm?act=text.text&id=4&lng=3>

aplicando el Convenio de La Haya debido a que no han designado aún Autoridad central para la Convención Interamericana.<sup>12</sup>

Por otra parte, en su caso, se aplica también la cláusula del convenio más favorable a la consecución de los fines de la CIDIP IV, cuando se superponen sus normas con textos convencionales anteriores o posteriores.

Para los supuestos en que alguno de los Estados involucrados no sea parte del Convenio de La Haya, se previene que en caso de que los menores sustraídos no tengan residencia habitual en un Estado parte del Convenio o sean ilícitamente sustraídos hacia Estados que se encuentran fuera del ámbito del Convenio o retenidos en ellos, las respuestas legales serán según la jurisdicción que entienda en el caso.

En este sentido, informa la Oficina Permanente que se han celebrado acuerdos regionales y bilaterales que ofrecen recursos generales y, en ciertas circunstancias, muy específicos luego de la sustracción de un niño. En algunos Estados ha habido una evolución de una respuesta de *common law* altamente desarrollada a los casos de sustracción de menores fuera del ámbito del Convenio de La Haya. Asimismo, se han celebrado reuniones de jueces y encargados de diseñar políticas públicas, tanto a nivel regional como bilateral, que han redundado en declaraciones de buenas prácticas y memorandos de entendimiento con respecto al tratamiento de casos de sustracción de menores fuera del ámbito del Convenio de La Haya.<sup>13</sup>

Es importante resaltar, que en el marco de la Conferencia de la Haya en pos de la colaboración interestatal y la labor continua que

---

<sup>12</sup> El art. 34 de la CIDIP IV dispone que entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25-10-80 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención (2ª Parte). Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25-10-80. El art. 35 dispone que la CIDIP IV no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia

<sup>13</sup> Disponible en <http://www.incadat.com/index.cfm?act=text.text&id=5&lng=3>

implica el Convenio de la Haya de 1980, así como la protección de los menores y su interés superior en función de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados han suscripto además, el 19 de octubre de 1996, la “Convención sobre Jurisdicción, Ley Aplicable, Reconocimiento, Aplicación y Cooperación con respecto a la Responsabilidad Paterna y Medidas para la Protección de Menores” cuya entrada en vigor data del 1º de enero de 2002 y que no ha sido ratificado ni por Argentina ni por Colombia.<sup>14</sup> Textualmente expresa que la Convención del 5 de octubre de 1961 sobre las facultades de las autoridades y la ley aplicable respecto de la protección de menores, necesita ser revisada. Consagra el deseo, también, de establecer disposiciones comunes para el efecto, tomando en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Menor del 20 noviembre de 1989.

Otra fuente convencional, aunque no ratificada ni por Argentina ni Colombia, de fundamental importancia por el combate al secuestro internacional de niños (*legal kidnapping*) a nivel mundial, es el Convenio Europeo de Luxemburgo del 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia.

Es importante resaltar, que a los efectos de la interpretación del Convenio de La Haya en cuanto a su finalidad, objetivos, contenido, procedimiento, etc. resulta sumamente conveniente y provechoso, consultar el informe explicativo realizado por la Dra. Elisa Pérez Vera.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Para consultar sobre el estado actual del Convenio véase: [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions.status&cid=70](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=70) Para información respecto de Colombia, puede consultarse a través de la página del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar donde se puede encontrar el Manual para la ejecución de tratados y convenios internacionales en materia de niñez y de familia y el manejo de los trámites consulares para la restitución internacional de derechos de la niñez. [https://www.icbf.gov.co/ichf/directorio/portel/libreria/pdf/manual\\_para\\_la\\_ejecucionytratados\\_sep172009.pdf](https://www.icbf.gov.co/ichf/directorio/portel/libreria/pdf/manual_para_la_ejecucionytratados_sep172009.pdf)

<sup>15</sup> <http://www.hcch.net/upload/expl28s.pdf>

## 2. FUNCIONAMIENTO DE LOS CONVENIOS SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS: CUMPLIMIENTO DE LA GARANTÍA DE RESTITUCIÓN

El art. 1º inc. a del Convenio de La Haya y del mismo modo el art. 1º de la Convención Interamericana (CIDIP IV) garantizan la “**restitución inmediata**” de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante.<sup>16</sup> Asimismo aseguran que el ejercicio del derecho de custodia y visitas vigente en un Estado sea respetado por otro.

La finalidad de los convenios es clara: **restituir** a su residencia habitual en forma **urgente** a los niños trasladados o retenidos ilícitamente en un Estado extranjero. Para que una vez restituidos, el juez competente del Estado de su residencia habitual sea el que entienda de la cuestión de fondo, esto es, la tenencia.

Ambas convenciones califican autónomamente de manera análoga la sustracción internacional de niños: “*El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un **derecho de custodia** atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.*” (Art. 3 CLH). “*Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor*” (art. 4 CIDIP IV).

Por lo cual, ambos convenios precisan cuándo habrá sustracción internacional de niños, extrayendo los siguientes elementos: 1) que

---

<sup>16</sup> Ambos convenios regulan cuestiones atinentes a los aspectos civiles de la sustracción internacional de niños siendo su objetivo asegurar el cumplimiento de la garantía de restitución inmediata y no sancionar al sustractor, la materia penal es ajena. En Argentina: Ley 24.270 Delito de Impedimento de Contacto de los hijos menores con el progenitor no conviviente.

el niño (*menor de 16 años*) haya sido trasladado o retenido en el extranjero ilícitamente; 2) la ilicitud está dada por la violación al derecho de custodia de una persona o institución; 3) el derecho de custodia violado se considerará conforme al derecho vigente en el Estado de la residencia habitual del niño; 4) punto de conexión: la residencia habitual del niño, esto es, la inmediatamente anterior al hecho de sustracción.

La ilicitud del traslado o de la retención constituye el elemento objetivo básico y será entonces analizada conforme el derecho de custodia respectivo.

### 3. DERECHO DE CUSTODIA

En virtud de las calificaciones autónomas de las convenciones, ambas determinan lo que se entiende como derecho de custodia y derecho de visitas (art. 5 CLH, art. 3 CIDIP IV).<sup>17</sup> El derecho de custodia significa puntualmente el derecho al cuidado de la persona del niño y especialmente el derecho a decidir sobre su lugar de residencia.<sup>18</sup> Los problemas que se presentan en su análisis se vinculan particularmente a los supuestos de responsabilidad parental compartida. Al mismo tiempo, se dificulta delimitar el derecho de custodia del de visitas respecto del progenitor no conviviente, puesto que debe asegurarse además el derecho de contacto con ambos progenitores.

Se ha entendido tanto en doctrina como en jurisprudencia, que el progenitor que detenta la guarda material del niño no tiene una custodia exclusiva, por tanto cualquier decisión de traslado o retención en un Estado extranjero por decisión unilateral de éste, resultaría ilegal.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Respecto del término “custodia”, resulta más ajustado referirse a “cuidado” de los hijos, en consonancia con la filosofía de la Convención sobre los Derechos de los Niños. Cf. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, M. Victoria y HERRERA, Marisa. Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, Ley 26.061: comentada, anotada y concordada. Buenos Aires: Ediar, 2007. p. 144-145.

<sup>18</sup> Véase RAYA de VERA, Eloísa. Interpretación del derecho de custodia. En: Revista La Ley, Año LXXIII n° 61, marzo 2009, p. 10.

<sup>19</sup> “Existen sin embargo antecedentes resueltos en sentido opuesto, atendiendo a que el derecho de veto a la expatriación del niño no puede considerarse como una desmembración del derecho de custodia, que se sitúa en cabeza del progenitor conviviente, razón por la cual, aun sin contar con la autorización del padre no conviviente ni

Cabe referir en este punto, la distinción que señala Famá en cuanto a tenencia material y tenencia legal o en sentido amplio. La primera se tipifica cuando un progenitor convive con su hijo, y la segunda, implica posesión de los atributos emergentes del ejercicio de la responsabilidad parental. Es esta última, la compatible para el caso de tenencia compartida, no obstante la guarda se encuentre en cabeza de un solo padre (tenencia material o ficta). Y en estos casos, se entiende que toda decisión respecto a fijar la residencia del menor en un país determinado, exige consentimiento de ambos progenitores.<sup>20</sup>

En ambos convenios, el punto de conexión “residencia habitual” atribuido en la consecuencia jurídica de la norma de conflicto, determina el derecho aplicable a su tipo legal (sustracción internacional).<sup>21</sup> Y esto nos conduce necesariamente, a establecer qué se entiende por este punto de conexión del derecho aplicable, lo que constituye esencialmente el nudo de la cuestión.<sup>22</sup>

La residencia habitual se presenta, más que como un concepto jurídico como una noción de hecho con contenido de tipo sociológico<sup>23</sup> y totalmente distinto al concepto de domicilio. Es un concepto flexible<sup>24</sup>

---

venia judicial sustitutiva, se considera que no se configura sustracción por no haber violación al derecho de custodia. Entre ellos sobresalen algunos fallos de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, del 2° y 5° Circuito que profundizan lo decidido en el caso “Croll vs. Croll” [18], en los asuntos “Villegas Duran vs. Arribada Beaumont” [19] y “Abbot vs. Abbot” [20], pendiente de una decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos que deberá fijar el alcance del “derecho de custodia” en el CLH80. Estas decisiones han sido fuertemente criticadas porque omiten toda referencia a la definición que las convenciones proveen y recurren a otros elementos para determinar el contenido del derecho de custodia (extralegales, tales como diccionarios de la lengua o legales, específicamente la *lex fori*). HERZ, Mariana. El proceso de restitución de niños, niñas y adolescentes víctimas de sustracción parental internacional. RDP 2010 I. Santa. Fe: Rubinzal Culzoni. p. 197.

<sup>20</sup> FAMÁ, M. Victoria, op. cit.

<sup>21</sup> GOLSCHMIDT, Werner. Introducción filosófica al Derecho. 6ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 251 y ss.

<sup>22</sup> SOTO, Alfredo M. Temas Estructurales del Derecho Internacional Privado. Buenos Aires: Estudio, 2009. p. 153 y ss., p. 261 y ss., p. 274 y ss.

<sup>23</sup> QUAINI, Fabiana et al. Restitución Internacional de Menores. Aspectos civiles y penales. Mendoza: Cathedra Jurídica, 2009.

<sup>24</sup> GOICOECHEA, Ignacio. Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores. RDF, N° 30, p. 65.

descripto en doctrina y jurisprudencia como centro de vida del niño, lugar donde éste desarrolla sus actividades por ser el centro de sus afectos y vivencias.<sup>25</sup> La determinación depende del Juez, al evaluar las circunstancias de cada caso en particular y los diversos factores, tales como permanencia estable en un lugar por un período de tiempo variable, edad del niño, las condiciones que lo abarcan, acciones de los padres, etc.<sup>26</sup>

A mayor abundamiento, el Convenio sobre protección internacional de menores suscripto con la República Oriental del Uruguay en 1981, establece en su art. 3 que se entiende por residencia habitual del menor: el lugar donde tiene su centro de vida. Por su parte, la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, N° 26.061, art. 3 inc. f, define al centro de vida como el lugar

---

<sup>25</sup> WEINBERG de ROCA, Inés M., Domicilio de menores adultos. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 1997, p.499.

<sup>26</sup> Véase: JÁUREGUI, Rodolfo G. Un caso de restitución internacional de niños que invita a reflexionar. L.L., 02/08/2010, DJ04/08/2010, 2070 - DFyP 2010 (agosto), 76. MASSANO, Alejandra y ROVEDA, Eduardo G. Un nuevo caso de sustracción internacional de niños, LA LEY, 07/11/2011, 7. ORTEMBERG, Osvaldo Daniel. Límites al conocimiento en el proceso de restitución de menores víctimas de sustracción ilegal. LLGran Cuyo2006 (abril), 359. SOLARI, Néstor E. Sustracción Internacional de menores. El “centro de la vida del menor” en el contexto del Convenio de La Haya, LL. 2006-793. Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, LA LEY2006-C, 271. SAMBRIZZI, Eduardo A., Un nuevo caso en el que la Corte Suprema de Justicia aplicó el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, Sup. Const. 2011 (septiembre), 27/09/2011, 20 - LA LEY2011-E, 394. FAMÁ, M. Victoria, op. cit. RAYA de VERA, Eloísa B. El Factor tiempo en el proceso de restitución internacional de menores, L.L. 2011-C , 412. SCOTTI, Luciana B. La garantía de debido proceso en un caso de restitución internacional de menores, LL. 2010-D , 567. “Una acertada decisión en un caso de restitución internacional de menores”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, año 1 n° 3, nov 2009, p. 65. HERZ, Mariana, Sustracción Internacional de niñas, niños y adolescentes, RDF 2012- I. CSJN, “W., E. M. c/ O., M. G. 14/06/1995, L.L. 1996 - A- 260. CSJN, “S. A. G.”, 20/12/2005, L.L. 2006-C, 272. TCF Nro. 3 de Rosario, 23/02/2009, –G. M. M. c. M., M.O. s/restitución urgente de menores–, LLLitoral 2009 (junio), 585. CSJN, 21/12/2010, –R., M. A. c. F., M. B.–, L.L. 2011-C , 412. CSJN, 28/06/2011, –D. F., R. c. G., M. S. s/restitución de hijo– DJ14/09/2011, 43. CSJN, 16/08/2011, –V., D. L. s/ restitución de menores - ejecución de sentencia extranjera–, L. L. 2011-E , 35. CSJN, 08/11/2011, –F. R., F. C. c. L. S., Y. U. s/reintegro de hijo–, L.L., 07/12/2011, 11 - DJ25/01/2012, 17. CSJN, 22/11/2011, –W., D. c. S. D. D. W. s/ demanda de restitución de menor–, LA LEY 07/12/2011, 7. CSJ, 19/05/2010, “B., S. M. c. P., V. A.”, L.L. 2010-C, 633. Entre otros.

donde los niños transcurren en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia, aclarando su decreto reglamentario N° 415/06, que el concepto de centro de vida se interpretará armónicamente con la definición de residencia habitual de los tratados internacionales ratificados por Argentina en esta materia.

Determinado entonces el caso de sustracción internacional conforme los requisitos analizados, corresponde la restitución, salvo la existencia razonada de las excepciones que taxativamente establecen ambos convenios (art. 13 CLH; art.11 CIDIP IV). Excepciones que deberán ser interpretadas de manera restrictiva conforme asentada y variada jurisprudencia al respecto.<sup>27</sup> Diferimos su tratamiento para otra oportunidad para no exceder el objeto de la presente ponencia. Solamente referiremos que se trata de los supuestos de: falta de efectividad en el derecho de custodia; riesgo grave de peligro físico o psíquico del niño al ser restituido; oposición del niño conforme su edad y madurez, esto último se vincula con su derecho a ser oído en el proceso que desarrollaremos brevemente más adelante, y cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

#### **4. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

Este es el principio rector en todas las medidas que deban afrontarse respecto a niñas, niños o adolescentes. Igualmente, respecto de instituciones públicas o privadas de bienestar social, de los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos (art. 3.1. CDN), entendido como la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías (art. 3 Ley 26.061 Argentina y art. 6 y 8 Código de la Infancia y Adolescencia Ley 1098 Colombia).

A su turno, las excepciones enumeradas deberán ser consideradas por el Juez de Familia (en Argentina como en Colombia) a la luz del interés superior del niño en concordancia con los preceptos establecidos en la Convención sobre los Derechos del menor (1989)<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Puede consultarse doctrina de la Corte Suprema de la Nación, cit. ut supra nota precedente.

<sup>28</sup> Conforme a ALEXY, el rasgo crucial para diferenciar reglas y principios se halla en que estos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo

Justamente se trata de armonizar los postulados de los tratados internacionales en materia de sustracción internacional de menores con la referida convención de jerarquía constitucional en nuestro país (art. 75 inc. 22). Así se ha afirmado en reiterada doctrina y jurisprudencia.<sup>29</sup>

En este aspecto, es concluyente lo expresado en el Informe Pérez-Vera, cuando reza: “Por tanto es legítimo sostener que los dos objetivos del Convenio —uno preventivo, el otro destinado a lograr la reintegración inmediata del niño a su entorno de vida habitual— responden en su conjunto a una concepción determinada del interés superior del menor”. No obstante, incluso desde la óptica elegida, era preciso admitir que el traslado de un niño puede a veces estar justificado por razones objetivas relacionadas con su persona o con el entorno que le es más próximo. Por ello, el Convenio reconoce ciertas excepciones a la obligación general asumida por los Estados de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita. En la mayoría de los supuestos, tales excepciones no son más que manifestaciones concretas del principio demasiado impreciso que proclama que el interés del menor es el criterio vector en la materia” (punto N° 25).

Por tanto, se entiende que las convenciones sobre restitución internacional de niños, preservan el principio de su interés superior mediante la previsión de los mecanismos que aseguren la pronta restitución, impidiendo, así, toda vía de hecho. Pues tales convenciones

---

posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. En este sentido, los principios son “mandatos de optimización”, que pueden ser cumplidos en diferente grado y conforme las posibilidades fácticas y jurídicas (principios y reglas opuestos). En cambio, las reglas, son “mandatos definitivos” o concluyentes, normas que pueden ser cumplidas o no, la distinción se funda en que la regla es válida y por tanto debe ser cumplida, o no válida. Los principios siempre son válidos. En definitiva la diferencia entre reglas y principios es cualitativa. Véase: ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 607. Por su parte Dworkin (quien parte de Hart pero critica su positivismo como muy estrecho), señala que el ordenamiento jurídico está integrado también por principios cuya pertenencia al mismo no es determinada por la manera en que son creados (esto es, por su *pedigree*), sino por la adecuación de su contenido a la moral. Véase: DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1995.

<sup>29</sup> Véase FAMÁ, M. Victoria. Op. cit.

presumen que el bienestar del niño se logra restableciendo la situación a su estado anterior a la sustracción o retención ilícita.<sup>30</sup>

Al mismo tiempo, la restitución podrá denegarse bajo el mismo principio, esto es, cuando resulte contraria al interés superior del niño.<sup>31</sup>

Las disposiciones previstas guardan directa armonía con la nueva concepción de los derechos humanos. La “humanización” del derecho, que se construye sobre el pilar de principios rectores que lo fundan e interpretan. Dicha concepción sitúa a la persona como sujeto de derechos (principio *pro homine*)<sup>32</sup> impactando en todo el sistema jurídico. Por ende, los jueces, para asegurar la democracia, deben aplicar la ley conforme estos principios fundamentales, universales e inalienables.<sup>33</sup> Es el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho<sup>34</sup> al que no es ajeno el Derecho de Familia.<sup>35</sup>

---

<sup>30</sup> CSJN, “W., E. M. c/ O., M. G.”: “...Que, precisamente, la Convención de La Haya preserva el interés superior del niño mediante el cese de la vía de hecho”; –R., M. A. c/ F., M. B.– op. cit. Véase además: Najurieta, María Susana. La restitución internacional de menores y el principio del interés superior del niño. JA 2006-I-43.

<sup>31</sup> En este punto se recomienda consultar: GROSSMAN, Cecilia P. El interés superior del niño en los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad. Buenos Aires: Universidad, 1998. BIOCCA, Stella Maris. Interés superior del niño. RDF N° 30, , Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2005, p. 24. GARRIDO ÁLVAREZ, Ricardo. Derecho a un juzgamiento especializado de niños, niñas y adolescentes y Teoría general del proceso, inédito. Como así también una excelente herramienta de interpretación, en otro campo, pero siempre en el ámbito de protección de los niños, como son las Directrices de la ACNUR para determinar el interés superior del niño: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7126>

<sup>32</sup> BIDART CAMPOS, Germán J. (2000). Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio *pro homine*. En: El Derecho Constitucional del siglo XXI, diagnóstico y perspectiva. Coordinadores: BIDART CAMPOS, Germán y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. Buenos Aires:Ediar.

<sup>33</sup> Acorde al concepto de democracia sustancial que expresó Ferrajoli consistente en las normas sustanciales de validez, las cuales vinculan la tutela y el respeto de los derechos fundamentales y los demás principios axiológicos establecidos en ellas. En Derecho y Razón. Op. cit. p. 864.

<sup>34</sup> Cabe aclarar, que Estado Constitucional de Derecho y Estado de Derecho no son términos sinónimos como ha señalado FERRAJOLI: Un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado Constitucional. La legitimidad constitucional del actual modelo de Estado que propone la corriente neoconstitucionalista cuyo eje principal estaría marcado por la primacía, garantía y defensa de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho representa el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones

Sabido es que en este contexto, variadas decisiones judiciales son justificadas directamente desde principios constitucionales y su determinación, junto con los alcances y condiciones de aplicación, es tarea exclusiva de los jueces ante cada caso concreto.<sup>36</sup>

En este aspecto, citando a Ciuro Caldani, en el complejo del funcionamiento de la norma ninguna tarea se desenvuelve de manera aislada. Se da lo que él llama una “dialéctica de complementariedad” y enseña: “el reconocimiento se nutre en especial de la interpretación y de la aplicación; la aplicación, se alimenta de manera destacada de la interpretación y del reconocimiento; la interpretación se enriquece por los requerimientos de la determinación, la argumentación y la aplicación”. Concluye Ciuro que, en la actualidad, “el reconocimiento funcional de los alcances a atribuir a las normas suele requerir que las ramas jurídicas tradicionales (Derecho Constitucional, Internacional, Administrativo, Penal, Procesal, Civil, Comercial, del Trabajo, etc.) sean enriquecidas con nuevos planteos “transversales” (como el Derecho de la Salud y el Bioderecho, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Derecho del Arte, etc.).<sup>37</sup>

En consecuencia, habrá que considerar en primer término la fuente que contiene el principio y luego buscar el interés superior del niño en las propias normas infralegales del lugar de residencia habitual del mismo. Pues son estas las que aportarán los elementos necesarios para lograr la adecuada interpretación del principio

---

jurídicas, el Estado Constitucional específica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. En: Neoconstitucionalismos. Madrid: Trotta, 2003.

<sup>35</sup> Véase nuestro trabajo: La humanización del Derecho, la tutela judicial efectiva y el debido proceso judicial, Microjuris, MJ-DOC-5398-AR | MJD5398. La tutela judicial efectiva desde la perspectiva del Derecho Constitucional de Familia. Revista de la Maestría de Derecho Procesal Zum al Derecho Meridiano de Derecho Procesal Garantista N° 1.

<sup>36</sup> CHAUMET, Mario E. y MEROI, Andrea A. ¿Es el derecho un juego de los jueces? (Notas sobre Estado Constitucional, Principios y reglas, iura novit curiae, y garantía del contradictorio), LL, 2008- D- 717

<sup>37</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel. El complejo del funcionamiento de las normas. Centro de Filosofía, Investigación y Docencia N° 40.

(vinculación coadyuvante de contribución desde la dimensión normológica).<sup>38</sup>

## 5. DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO

Este punto es de trascendental importancia en el procedimiento restitutorio. Se vincula íntimamente con la hipótesis de excepción que señaláramos anteriormente en cuanto a la oposición del niño a la restitución producto de su derecho a ser oído, conforme a su edad y grado de madurez (capacidad progresiva), en todo proceso administrativo o judicial que lo afecte (art. 12 CDN, art 27 Ley 26061; art. 26 CIA ley 1098 Colombia); así como las garantías del debido proceso judicial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que les son aplicables (art. 8 CADH, Pacto de San José de Costa Rica, 1969).

En tal sentido, el niño, niña o adolescente, tiene derecho a ser oído ante la autoridad competente, administrativa o judicial cada vez que lo solicite; que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al arribar a una solución que lo afecte; a ser asistido por un letrado preferentemente en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento (en caso de carecer de recursos el Estado le deberá asignar de oficio uno); a participar activamente en todo el procedimiento. “El niño no debe escapar a la protección constitucional que su derecho a opinar merece, mucho menos cuando se dirimen cuestiones que le son propias, debiendo considerársele como protagonista de su propia vida.”<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> “A su vez, la contribución con la justicia puede provenir, desde la dimensión normológica, a través de los valores naturales relativos fidelidad –satisfecho cuando se describe la auténtica voluntad de los autores de las normas o de la comunidad respecto del orden de repartos deseado–; adecuación –inherente a la correspondencia de los conceptos con los fines propuestos–; exactitud –realizado cuando las construcciones normativas se cumplen–; subordinación –satisfecho en las relaciones verticales de producción–; ilación –propio de las vinculaciones verticales de contenido–; infalibilidad –inherente a las relaciones horizontales de producción–; concordancia –realizado en las vinculaciones horizontales de contenido–; y coherencia –propio del ordenamiento normativo en su conjunto–. La contribución de la coherencia a la justicia realiza la armonía normativa”. CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Ubicación de la Justicia en el mundo del valor (El asalto al valor justicia). Centro de Filosofía, Investigación y Docencia N° 39.

<sup>39</sup> JÁUREGUI, R. op. cit.

Ello es congruente con el entendimiento de considerar al niño como sujeto “titular de derechos propios, con acceso a la jurisdicción, en foros y en casos en que se discuta sobre su destino y bienestar, está claro que las autoridades nacionales –e internacionales– deben ajustar sus decisiones a esta realidad”.<sup>40</sup>

Así se ha dicho en jurisprudencia: “al decidir respecto de la procedencia de la restitución internacional de los menores no puede prescindirse de recabar la opinión que poseen los niños respecto del sitio en el cual desean residir, ello por aplicación del art. 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores ratificado por la ley 23.857.”<sup>41</sup>

Al respecto, corresponde traer a colación lo dispuesto por la Observación General N° 7 del Comité de los Derechos del Niño, del año 2005: “En razón de su relativa inmadurez, los niños pequeños dependen de autoridades responsables que evalúan y representan sus derechos y su interés superior en relación con decisiones y medidas que afecten su bienestar, teniendo al hacerlo en cuenta sus opiniones y capacidades en desarrollo.”

Como se pusiera de manifiesto al comienzo de la ponencia, la garantía del debido proceso se concreta a través de la efectivización del derecho a ser oído, puntal de los derechos humanos y cimera expresión del respeto a la dignidad humana. Volveremos más adelante sobre este tema al tratar las garantías del debido proceso.

## 6. PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN

Ambos convenios establecen un procedimiento autónomo que comprende dos fases: una voluntaria, extrajudicial y opcional, llevada a cabo ante las Autoridades Centrales, donde operan la conciliación y la mediación; y una obligatoria o judicial, donde la Autoridad Central intervendrá en colaboración con la autoridad judicial y las partes, con miras al respeto del interés superior del niño. En ambas etapas la urgencia es la nota distintiva (arts. 2, 11, 12 y 18 CDH; arts. 10, 12, 13 y

---

<sup>40</sup> HOOFT, Eduardo R. Restitución internacional de menores. Un caso argentino brasileño, LNBA, 2006 -6-664.

<sup>41</sup> Voto del Dr. Hitters en SCJBA “B., S. M. c. P., V. A” cit. JÁUREGUI, R. op. cit.

17 CIDIP IV), así se establecen breves plazos de resolución en ambos convenios (6 semanas, art. CLH; 60 días, art. 12 CIDIP IV).

Los convenios reconocen el derecho de iniciar el pedido de restitución a toda persona o institución, no solo a los padres sino también a los tutores y guardadores que ejercían el derecho de custodia en el Estado de residencia habitual del niño antes del traslado o retención indebidos (art. 8 CLH; arts. 4 y 5, CIDIP IV).

El Convenio de La Haya permite que el pedido se realice ante la Autoridad Central del Estado de residencia habitual del niño o de otro Estado contratante, a opción del peticionante y sin limitaciones (art. 8). Aunque, se puede acudir directamente ante las autoridades judiciales o administrativas obviando la intervención de la Autoridad Central (art. 29). Por su parte, la Convención Interamericana establece la presentación directa ante los jueces del lugar de residencia habitual del niño, lo que aparece justificado por la mayor proximidad con el solicitante no sustractor. También se admiten como *foro de necesidad o de urgencia*, el del lugar donde se encontrare el niño o el del lugar en que acaeció la sustracción, pudiendo incluso tratarse de un tercer Estado (arts. 6 y 1). El tratado bilateral de cooperación argentino-uruguayo le otorga jurisdicción única al juez de la residencia habitual del niño (art. 5), las comunicaciones se efectúan a través de las Autoridades Centrales (art. 15).

Las solicitudes que se presentan ante la Autoridad Central consisten en un formulario-tipo que debe ir acompañado de toda la documentación exigida por los convenios, en este caso están exentos de legalizaciones, al igual que cuando son transmitidos vía consular. En caso de interposición de demanda judicial, los documentos requeridos deberán legalizarse de conformidad con la legislación vigente y ser traducidos oficialmente al idioma del Estado ante el que se presentan. Expresamente se excluye la imposición de la caución de arraigo, fianza u otra semejante (art. 22, CLH y art. 23, CIDIP IV) para garantizar el pago de las costas del proceso. El convenio bilateral nada dice, pero correspondería por aplicación del Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa que rige en el ámbito de Mercosur.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> HERZ, Mariana, El proceso..., op. cit.

Respecto de la existencia de plazo para la presentación de solicitudes, el convenio bilateral argentino-uruguayo impone un límite de un año desde que se produjo el traslado o retención indebida. Cuando el paradero del niño es desconocido, el plazo comienza a computarse a partir del momento en que fuera localizado. Este límite actúa como un plazo de caducidad, ya que es rígido y no admite excepciones. Los convenios multilaterales no prevén este plazo, pero transcurrido el mismo el juez puede denegar la restitución si estima que es más favorable al interés superior del niño. Si el pedido se presenta dentro del plazo del año computado del mismo modo que lo hace el convenio bilateral, la restitución debe cumplirse salvo las excepciones previstas en los convenios. Cuando, en cambio, la solicitud se presenta después del año y se demostrase que el niño se ha integrado a su nuevo entorno, la restitución será rechazada (art. 12, CLH80 [46]; art. 14, CIDIP IV).<sup>43</sup>

Fracasada la faz voluntaria o en caso de presentación directa, el Juez competente será el Juez de Familia o civil del lugar del Estado de refugio, es decir donde se encuentra el niño. Este, podrá solicitar del Estado requirente una decisión o certificación relativa a la ilicitud del traslado o retención, sin que ello afecte la competencia e independencia de la autoridad judicial competente del Estado requerido. Al mismo tiempo, tendrán en consideración la legislación extranjera aplicable al derecho de custodia sin necesidad de recurrir a procedimientos tendientes a probar su vigencia, todo en virtud de la cooperación interestatal plasmada a través de la actuación de las Autoridades Centrales.

La finalidad del proceso restitutorio es la obtención de una orden judicial de restitución. Este es el principio general que reconoce excepciones en forma taxativa y restrictiva.

Si bien, como señaláramos en puntos precedentes, el Convenio de La Haya no prevé un procedimiento específico de restitución, sí establece en su art. 2 que los Estados adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que se cumplan los objetivos del convenio recurriendo a los **procedimientos de urgencia** de que dispongan. A modo de avanzada, la Convención Interamericana, prevé un pro-

---

<sup>43</sup> Ibidem.

cedimiento sumario de plazos abreviados y de medidas urgentes. A saber: interpuesta la demanda y comprobado el cumplimiento de los requisitos formales, el juez debe adoptar medidas precautorias para evitar la salida al exterior del país del niño, puede adoptar medidas provisorias respecto de los derechos de custodia y visitas, debe notificar de la demanda al sustractor y tomar conocimiento personal del niño. A partir de esto último, el demandado tiene un plazo de 8 días para oponer las excepciones a la restitución previstas en el art. 11 y dentro de los 60 días siguientes el juez debe dictar una sentencia. No se establecen normas referidas a los medios de prueba ni respecto de los recursos oponibles contra la sentencia que ordena o deniega la restitución.<sup>44</sup>

En caso de oponerse excepciones, pesa la carga de la prueba en quien las invoca. Ha de destacarse que la etapa probatoria no puede prolongarse más allá de lo necesario para su acreditación, en función de la urgencia, y es netamente discrecional, admitiéndose solamente aquella que sea conducente a la comprobación de los hechos que taxativa y restrictivamente se contemplan como hipótesis de excepción en los convenios, evitando introducción de pruebas que tengan que ver con la cuestión de fondo. Por ello, normalmente es la prueba documental la que prima.

Se trata de evitar además las dilaciones innecesarias que usualmente se producen y que atentan contra la garantía de restitución inmediata y su celeridad. Muchas veces ocasionadas por los ardides de la parte, interesada en su morosidad, pero muchas otras también, por error frecuente en los jueces al tratar cuestiones referentes al tema de fondo, como es la custodia o tenencia.

Como se advirtiera con anterioridad, el análisis de las excepciones excede el objeto del presente trabajo, pero al solo efecto ilustrativo enumeraremos las que se prevén:<sup>45</sup>

1. El consentimiento anterior o la aceptación posterior al traslado o retención indebida por parte de quien ostentaba la custodia (art.

---

<sup>44</sup> HERZ, Mariana. El proceso..., op. cit.

<sup>45</sup> Puede consultarse la doctrina citada a lo largo del presente trabajo y, especialmente el excelente trabajo de Mariana Herz, op. cit. y el de María Victoria Famá, op. cit.

13.1.a CLH; art. 11.1.a de CIDIP IV), que a su turno se puede encuadrar primeramente en el art. 3 CLH y 4 CIDIP IV al examinarse el derecho de custodia.

2. La existencia de un grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera se lo ponga en una situación intolerable (art. 13.1.b de CLH y art. 11.1.b de CIDIP IV que suprime lo referente a la situación intolerable por considerar que se trata de un concepto impreciso que amplía en demasía las causales de denegación). La presente es una de las más frecuentes que se invocan en la práctica y que ha dado lugar a confusiones respecto de la cuestión de fondo. Ya existe asentada doctrina en cuanto a que debe tratarse de una afectación inusual, extrema, demasiado severa como para ser tolerada. Y lo que la autoridad debe apreciar es la posibilidad de que ocurra y no la constatación de que ha ocurrido. Error también frecuente en tribunales. La casuística jurisprudencial en este aspecto es variada y profusa. Señala Herz en este punto, que si bien los tribunales del Estado de residencia habitual del niño son los mejor posicionados para decidir las cuestiones vinculadas al régimen de custodia y visitas, si el procedimiento pudiera conducirse en el otro Estado con presencia del sustractor mediante videoconferencias y con la garantía otorgada por las autoridades del Estado de relocalización, de que el niño no será sacado de su territorio, se ahorraría dinero y se evitarían los continuos desplazamientos que implica la sustracción, restitución y posterior relocalización cuando se resuelve la guarda.
3. La oposición del menor cuando ha alcanzado una edad y un grado de madurez apropiado para considerar sus opiniones (art. 13.2 de CLH y art. 11.2 de CIDIP IV). Este punto lo hemos desarrollado anteriormente al tratar el derecho del niño a ser oído (art. 12 CDN). Corresponde agregar, que las convenciones no establecen un límite de edad, dependerá del grado de madurez que se aprecie en cada caso concreto. No existe un criterio uniforme en la jurisprudencia comparada. No obstante, es el Juez quien decide sobre el retorno y las opiniones del niño habrán de tenerse en cuenta a los fines del convenio y a su interés superior. Se deberá tener especialmente en cuenta que la opinión del niño sea clara

y exenta de la influencia del progenitor.<sup>46</sup> Es importante en este punto señalar, que en caso de grupos de hermanos se tenderá a no separarlos.

4. La violación a los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales, como consecuencia de la restitución (art. 20 de CLH y art. 25 de CIDIP IV). Considera Herz, que únicamente podrá ser invocada en el supuesto poco común de que la restitución del niño conmocione completamente la conciencia del tribunal u ofenda toda noción del debido proceso.

La sentencia restitutoria ordenará la restitución o en su caso, hará lugar a las excepciones interpuestas y por ende denegará aquella. Los convenios no contienen disposiciones relativas a la materia recursiva, la que deberá ceñirse a la urgencia del caso. En la práctica, ello atenta enormemente contra la celeridad requerida en estos procesos dificultándose muchas veces la restitución. Aquí se trasluce la necesidad de cooperación interestatal para facilitar el regreso seguro y lograr su cometido. La Convención Interamericana dispone que estas medidas deben adoptarse dentro de los 45 días corridos a partir de la notificación a la autoridad requirente de la sentencia que ordena la restitución, de lo contrario quedarán sin efecto la decisión y las medidas adoptadas. (art. 13)

## **7. PROCESO DE RESTITUCIÓN: ¿PROCESO URGENTE? DEBIDO PROCESO**

Advertíamos que, para el efectivo cumplimiento de la garantía de restitución que prescriben los tratados internacionales, se requiere la mayor celeridad en la resolución de las solicitudes de restitución internacional, pues sin la debida urgencia en su disposición, se enervan los postulados consagrados en los convenios internacionales con miras a ello (arts. 2, 11, 12 y 18 CDH; arts. 10, 12, 13 y 17 CIDIP IV). Se precisa, pues, del respeto a las garantías del debido proceso y a la prevalencia en todo su desarrollo del interés superior del niño (art. 3

---

<sup>46</sup> HERZ, Mariana. El proceso..., op. cit.

CDN), que puede resultar “resquebrajado” si la justicia no opera con la debida rapidez y sin mayores dilaciones.<sup>47</sup>

Esto refleja uno de los deberes de los Estados cuya responsabilidad internacional se impone en caso de incumplimiento y en virtud de los compromisos asumidos frente a otros Estados. Todo ello, en el marco de la protección de los Derechos Humanos conjugados con los tratados restitutorios ratificados. Señala Herz, que algunos de esos deberes respecto al procedimiento restitutorio son: “a) El deber de celeridad, que impone que todas las etapas del proceso restitutorio se cumplan rápidamente, sin dilaciones injustificadas y respetando, en la medida de lo razonable, los plazos establecidos en las convenciones. Este deber ha sido erigido en estándar internacional de tratamiento exigible inclusive en supuestos en que los convenios no resultan aplicables.<sup>48</sup> b) El deber de actuar de oficio, que significa que los particulares pueden coadyuvar al Estado pero su inacción no debe afectar la adopción de todas aquellas medidas tendientes al logro de los propósitos y fines de las convenciones. En particular, el Estado no debe esperar que el peticionante impulse el proceso ni que solicite o requiera medidas que sus autoridades puedan adoptar. Tampoco recae sobre él el deber de informar de la existencia de un proceso restitutorio que obstaculice el pronunciamiento sobre la custodia (art. 16, CLH)”.<sup>49</sup>

Destacábamos la razón de asegurar el cumplimiento de la inmediata restitución del niño que prevén los convenios (Garantía de restitución), motivo por el cual la “urgencia” es la nota característica del procedimiento, a fin de la eficacia operativa de los tratados (art. 1º CLH; art. 1º CIDIP IV).

Por tanto, resulta como tarea ineludible de los Estados, la de instruir procedimientos judiciales rápidos y expeditivos a fin de evitar los efectos no deseados que habitualmente se producen en estos ca-

---

<sup>47</sup> RAYA de VERA, Eloísa B. El factor tiempo..., op. cit.

<sup>48</sup> “Bajrami contra Albania” decidido por la CEDH el 12-12-2006 en que se eleva al art. 11, CLH80 al nivel de Standard internacional de protección que es exigible aun a los Estados no signatarios del CLH80 para cumplir con el art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cit. por HERZ, Mariana. El proceso... op. cit.

<sup>49</sup> HERZ, M. op. cit.

sos: la dilación en el tiempo y el consecuente arraigo del niño por vías de hecho, teniéndose en cuenta además que, a posteriori, indefectiblemente acaecerá un nuevo desarraigo; y la consiguiente frustración de la finalidad y objeto de los convenios de restitución.

Adviértase que en estos supuestos, es preciso evitar toda práctica dilatoria proveniente de ardidés jurídicos que atenten contra la finalidad propia de los tratados: la inmediata restitución segura de los niños a su residencia habitual.<sup>50</sup>

“Cuanto más tiempo transcurra entre el traslado o la retención ilícita y la decisión a adoptar, esta será mucho más difícil para aquel que tiene que resolver, pues el menor habrá desarrollado un nuevo centro de vida en el Estado requerido”.<sup>51</sup>

Cierto es, como señala Famá, que cuando el problema ha llegado a la Justicia ya es demasiado tarde y por tanto se exige una decisión inmediata y efectiva. Providencia que busca evitar la consolidación de situaciones fácticas que paradójicamente benefician al propio trasgresor que ha vulnerado los derechos del otro progenitor y de sus hijos. En muchos de los casos, el infractor actúa a sabiendas y por ello ha decidido el cambio de jurisdicción para obtener una decisión judicial que lo favorezca (fórum shopping o fórum conveniens), pues frecuentemente tiene la íntima convicción de radicarse en el país requerido. El factor tiempo se erige entonces como un arma de poder que avala su conducta antijurídica.<sup>52</sup>

En general, los Estados no disponen de un procedimiento específico para los casos de restitución internacional de niños. En consecuencia y en función de lo ordenado por ambos convenios, el juez competente debe optar por el trámite más urgente que disponga en sus ordenamientos procesales, así lo hace saber, también, la propia Autoridad Central<sup>53</sup> al presentar el requerimiento restitutorio y sus

---

<sup>50</sup> RAYA de VERA, Eloísa B. El factor tiempo , op. cit.

<sup>51</sup> GOICOECHEA, Ignacio y SEOANE de GHIODI, María del Carmen. Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Ley 23.857), LL. 1995-D, 1412.

<sup>52</sup> FAMÁ, M. V., Cuando los niños ..., op. cit.

<sup>53</sup> La Autoridad Central es el órgano designado por cada Estado contratante para cumplir con las funciones previstas en las Convenciones de restitución internacional: arts.

informes. Algunos Estados han dictado normas procesales especiales<sup>54</sup> y en otros casos se ha establecido un proceso monitorio especial.<sup>55</sup>

En humilde opinión, no se comparte el criterio de cierta doctrina de considerar al proceso restitutorio como una medida cautelar.<sup>56</sup> Sostenemos decididamente, que debe respetarse en todo momento la defensa en juicio de todas las partes involucradas, no pudiendo ordenarse de ningún modo la restitución inaudita parte. Ello en función de lo previsto por los propios tratados en cuanto a las excepciones que pueden plantearse legalmente a la restitución inmediata que señaláramos. Que siendo taxativas y de interpretación restrictiva exigen breves plazos de tiempo para su comprobación y alegación, con miras además, del interés superior del niño. Esto me recuerda a la frase acuñada en doctrina, “todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar”.<sup>57</sup>

Entiéndase, el proceso de restitución no implica de ningún modo un juicio de custodia (tenencia) de amplitud de pruebas. En este proceso no se discute sobre la aptitud de uno u otro progenitor a los efectos de la custodia de los niños. La decisión sobre la cuestión de fondo no es competencia del Juez interviniente en el país requerido, sino del Juez del Estado donde el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de que acaeciera el traslado o retención ilícita

---

6 y 7 CLH y art. 7 CIDIP IV. En la República Argentina: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Dirección General de Asuntos Jurídicos, Dirección de Asistencia Jurídica Internacional. En Colombia: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), pueden consultarse las Autoridades Centrales de todos los países contratantes en: [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions.authorities&cid=69](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.authorities&cid=69)

<sup>54</sup> LEC Española, Título IV, Medidas Provisionales con relación a las personas (Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional); Decreto Ejecutivo N° 222/2001 de Panamá reglamentario de la ley que aprueba la CLH; el Auto acordado de la Corte Suprema de la República de Chile del 3-11-98 que regula el procedimiento aplicable por los tribunales para las causas de restitución, previendo plazos breves de tramitación tanto en primera instancia como ante la Corte de Apelaciones. Véase SCOTTI, Luciana B. La garantía del debido proceso, op. cit.

<sup>55</sup> Véase HERZ, Mariana, El proceso, op. cit.

<sup>56</sup> GOICOECHEA, I., Aspectos prácticos, op. cit. p. 68.

<sup>57</sup> PEYRANO, Jorge W. Lo urgente y lo cautelar, JA, 1995-I, p. 899.

(art. 16 CLH, art. 16 CIDIP IV). Una intervención judicial en contrario generaría responsabilidad internacional al Estado de refugio.

Así lo ha entendido la fértil jurisprudencia<sup>58</sup> en la materia que ha sentado ya doctrina y la profusa labor doctrinaria a nivel internacional, principalmente la de los organismos encargados de la operatividad y monitoreo de la aplicabilidad de los convenios<sup>59</sup>. Lo anterior ha dado como resultado una mayor difusión de los tratados, llegándose a elaborar una la Ley Modelo Sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños.<sup>60</sup> Tal regulación fue desarrollada por el grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, y presentada en la segunda reunión de expertos gubernamentales “Programa interamericano de cooperación para prevenir y reparar casos de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes por uno de sus padres”, Buenos Aires, Argentina, 19-21 de septiembre de 2007.<sup>61</sup> Igualmente, se han difundido las Guías de Buenas Prácticas entre otros documentos trascendentales en virtud del Convenio de La Haya de 1980,<sup>62</sup> que

---

<sup>58</sup> Puede consultarse la extensa cantidad de casos internacionales en la base de datos de jurisprudencia internacional de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado: [www.incatat.org](http://www.incatat.org)

<sup>59</sup> Véase: [http://www.hcch.net/index\\_es.php](http://www.hcch.net/index_es.php)

<sup>60</sup> Principios procesales que contempla la Ley Modelo: celeridad, inmediatez, concentración procesal y de la competencia, doble instancia, existencia de contradictorio de partes, participación preceptiva del Ministerio Público como representante de la causa pública, preservación del derecho del niño a ser oído, conciliación y cooperación jurídica internacional. Se intenta equilibrar los intereses comprometidos, esto es, la celeridad sin sacrificar las garantías del debido proceso aseguradas en los tratados de derechos fundamentales, teniendo especialmente en cuenta los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño como la inmediatez y el derecho del niño a ser oído. La estructura del procedimiento y sus plazos se simplifican y acortan.

<sup>61</sup> Op. cit.

<sup>62</sup> Durante el marco de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial celebrada en La Haya del 22 al 28 de marzo de 2001, se sugirió realizar como una guía práctica explicativa cuyo objeto sería el de facilitar el funcionamiento del Convenio. Se concentraría en cuestiones de funcionamiento e iría dirigido principalmente a los nuevos Estados contratantes. No tendría efectos obligatorios ni infringiría la independencia del poder judicial. La metodología a seguir debería dejarse a la Oficina Permanente. Así se redactaron dos Partes de la Guía de buenas prácticas. La Primera Parte trata de la práctica de las Autoridades Centrales y la Segunda Parte de las Medidas de Aplicación.

recomiendan mecanismos aptos y recursivos en forma de estándares mínimos para adoptar por los Estados en su Derecho Interno, en pro de la premura ineluctable que constituye además, el atributo determinante de la validez operativa de los tratados.<sup>63</sup>

---

Estas partes de la Guía fueron aprobadas por la Comisión Especial sobre el Convenio reunida en La Haya del 27 de septiembre al 1 de octubre de 2002, y publicadas en inglés, francés y español. La Tercera Parte de la Guía de buenas prácticas, por consiguiente, trata de las medidas de prevención. Las medidas indicadas en esta Parte de la Guía de buenas prácticas pueden ser adecuadas tanto para los Estados Contratantes como para los no Contratantes por igual. Esta Guía no pretende, imponer una uniformidad en el procedimiento o en la práctica. La finalidad de esta Guía es hacer una relación de procedimientos y prácticas que los Estados pueden desear poner en funcionamiento. Nada debe interpretarse como obligatorio para los Estados Parte, y en especial a las Autoridades Centrales designadas en virtud del Convenio, a revisar sus propias prácticas y, en la medida de lo posible, a mejorarlas. Op. cit.

- 63 Así la Guía de las Buenas Prácticas Parte II Medidas de Aplicación, punto 6, Cuestiones de Derecho Procesal, establece en su punto 6.3 Procedimientos expeditivos: Los Estados contratantes están sometidos a la obligación de tratar las demandas de retorno con diligencia. Esta obligación se extiende también a los procedimientos de apelación. El rápido tratamiento de las solicitudes es un factor esencial del Convenio La ley de aplicación puede comprender nuevas disposiciones para facilitar el trato diligente de los asuntos de La Haya por los tribunales. Las leyes, los reglamentos, las normas procesales de los tribunales, o los códigos de normas procesales de muchos Estados contienen disposiciones que confieren a los tribunales poderes para acordar la prioridad de una demanda de retorno de La Haya, tomar todas las medidas provisionales necesarias y poner en marcha procedimientos acelerados. En algunos Estados está previsto que todos los asuntos relativos al Convenio se dirijan a tribunales designados para asegurar que los casos sean oídos por jueces con el suficiente conocimiento de las disposiciones del Convenio y de los procedimientos acelerados. Y en su punto 6.6. establece: Procedimiento de recurso acelerado: limitar el plazo para recurrir cuando sea necesario; especificar el tribunal o limitar el número de niveles frente a los que se pueda recurrir; y indicar el efecto de presentar un recurso contra una orden de retorno (¿se mantendrá una orden de retorno mientras el recurso está pendiente?). 6.7 Ejecución: examinar si los mecanismos de ejecución en el seno del sistema interno necesitan ser completados (es decir, prever disposiciones por desacato al tribunal, arresto o encarcelamiento, poder de ordenar la revelación de la localización del menor, proporcionar garantías para el menor, ampliar el papel del Fiscal del Estado); y en los sistemas en los que se requieren medidas de ejecución complementarias, asegurar que el solicitante tenga conocimiento de la necesidad de medidas de ejecución distintas. Con este efecto, conviene reconocer la necesidad de obtener la ejecución de las órdenes de retorno (es decir, que el retorno se realice realmente y no simplemente se ordene). 6.5 Reglas sobre la prueba: Las normas y prácticas relativas a la aportación y admisión de pruebas, incluyendo el testimonio de expertos, debe aplicarse en los procedimientos de retorno teniendo en cuenta la necesidad de rapidez y la importancia de limitar la averiguación a las cuestiones litigiosas que son directamente relevantes a la cuestión del retorno.

En este sentido, se ha sostenido en jurisprudencia “...que la acción de restitución es autónoma por su objeto y específica por su perfil procesal, pues puede verse agotada con la sola restitución sin ser seguida por acción posterior...” (esto lo distingue especialmente de una medida cautelar). En cuanto a lo segundo, por participar de la naturaleza del recurso de innovar, aunque no ya referida al juez sino a las partes (...) Según Droz, la Convención fija simplemente una obligación de resultado: el retorno del niño (“Travaux du Comité ...” années 1981-82, *Editions du centre National de la Recherche Scientifique*, París, 1981, p. 131) Esto es así en tanto de lo que se trata es de lograr una solución de urgencia con miras a evitar la consolidación jurídica de situaciones inicialmente ilícitas (*Rapport explicatif* de Mile Elisa Pérez Vera N° 40) evitando que la solución de las disputas entre progenitores en torno a la guarda o tenencia de los menores se logre mediante vías de hecho (Weimberg de Roca, Inés. “Sustracción y restitución internacional de menores”, LA LEY 1995- C 1281) frustrando maniobras de fórum shopping (Weimberg de Roca, ob. cit.; Operti Badán ob. Cit.)...”<sup>64</sup>

En igual sentido, la doctrina lo describe como un proceso autónomo de carácter sumario que tiene por objeto la única finalidad de devolver al menor al entorno natural.<sup>65</sup>

Compartimos esta calificación, en el entendimiento de que se trata de un proceso autónomo no cautelar, que en cumplimiento del objetivo primordial como tal, requiere de plazos abreviados en sus diferentes etapas, especialmente la probatoria.<sup>66</sup> Etapa acotada a la

---

<sup>64</sup> “S., Z.A.A. c/ A., D. D. s/ exhorto”, 14-09-95, ED -165-499

<sup>65</sup> SANTOS BELANDRO, Rubén. Minoridad y ancianidad en el mundo actual. Un estudio desde el Derecho Internacional Privado Comparado. El testamento vital. Montevideo: Asociación de Escribanos de Uruguay, 2007. p. 213. Cit. por SCOTTI, Luciana B., La garantía del debido proceso., op. cit.

<sup>66</sup> “Lo precedentemente expuesto, justifica que el régimen probatorio, extremadamente reducido, que admite la susodicha Convención para acreditar las hipótesis de excepción a su aplicación que contempla el art. 13, no sea el propio de un proceso de conocimiento -como parece interpretarlo la recurrente que se remite al juicio sumarísimo- más o menos pleno (“Límites al conocimiento en el proceso de restitución de menores víctima de sustracción ilegal”, por Osvaldo Orttemberg, en La Ley Gran Cuyo, 2006 –abril–). Es que la mencionada Convención gira sobre el pivote de que la restitución del menor sustraído debe ser “inmediata” (“El factor tiempo en el proceso de restitución internacional de menores”, por Eloísa Raya de Vera, en La Ley, 31 de

comprobación de los hechos que constituyen taxativamente los supuestos excepcionales y de interpretación restrictiva, donde tienen plena vigencia las potestades judiciales en cuanto a su procedencia y pertinencia, y donde el mecanismo recursivo deberá adaptarse a la urgencia requerida para no frustrarse la esencia misma de los convenios internacionales en la materia.<sup>67</sup>

No puede dejarse de considerar, que este proceso tiene por fin la restitución inmediata del niño a su residencia habitual en resguardo de su interés superior, pues además, se amparan las relaciones familiares asegurándose el derecho de visita, y en su propio bienestar ergo, resulta evidente que se trata de una tutela especial, como aquellas propias del Derecho de Familia.

En este sentido, podemos sostener que por tratarse de una tutela especial, pues se protegen derechos de los niños y de una tutela a nivel internacional, lo que se compromete a su vez es la responsabilidad estatal que precisa de un tratamiento diferenciado, ágil y expeditivo, sin que ello implique que no puedan respetarse las garantías del debido proceso judicial.

Precisamente, consideramos que la tutela judicial efectiva de estos derechos amparados internacionalmente se logra a través del debido proceso.<sup>68</sup> Donde el derecho de defensa y el derecho del niño a ser oído y su opinión tenida especialmente en cuenta, reviste singular importancia.

Se sostiene firmemente, que por requerirse una rápida y efectiva tutela de los derechos fundamentales, no por ello se deben vulnerar garantías constitucionales.<sup>69</sup>

---

mayo de 2011), dado que con la demora en la restitución se corre el riesgo del arraigo del niño en su nuevo hábitat. C.A.Civ. y Com. Rosario, Sala III, Del voto del Dr. Peyrano, Jorge W., Purcell, Brett s/ pedido de restitución del menor Dante Purcell, 10/08/2011, La Ley Online AR/JUR/48650/2011.

<sup>67</sup> También se lo ha definido como “proceso atípico”. Voto Dr. Peyrano, cit. ut supra.

<sup>68</sup> “Esto hace al abecé de la constitución, del acceso a la justicia, de la garantía de la defensa, y de la tutela judicial continua y efectiva”, SCBA, C 104.149, 15-VII-2009. Cit. por SCOTTI, Luciana B., DFyP 2011 (septiembre) 66.

<sup>69</sup> Ya en el I Encuentro Regional de Derecho de Familia del Mercosur, que tuvo lugar en 2005, la Comisión 5 que trabajó sobre la materia propuso en sus conclusiones la aprobación de un procedimiento ágil y de rápida tramitación para evitar el

En igual sentido, se ha sostenido que “*sea cual fuere la vía adecuada, por más sumariada y urgencia que corresponda otorgarle, y aún cuando el objeto del juzgamiento no tenga que ver con el fondo de las cosas sino con la reparación inmediata de un statu quo arbitrariamente alterado, salta a la vista la necesidad de que exista un proceso, naturalmente estamos hablando del proceso debido, en el cual se respeten todas y cada una de las garantías que integran el paradigma del debido proceso legal...*”.<sup>70</sup>

No se comparte en absoluto el concepto de “proceso urgente” como carente de las etapas que definen al proceso como tal, en aras de la celeridad.<sup>71</sup> Por el contrario, se considera al proceso como garantizador de los derechos constitucionales. El garantismo así entendido, pretende “el irrestricto respeto de la Constitución y de los Pactos Internacionales que se encuentran en su mismo rango jurídico”. Por ende, entraña la existencia de un Juez comprometido exclusivamente con la constitución, que “se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales”.<sup>72</sup>

Sin embargo, es necesario adecuar el Derecho a las nuevas exigencias. Que el Juez cuente con las herramientas apropiadas para lograr el fin de su cometido: hacer justicia como garante de la tutela jurisdiccional de los Derechos Humanos. Ello sin descuidar el contra-

---

desarraigo del niño, que tuviera en cuenta el derecho de defensa de todas las partes involucradas y resguardara el derecho del niño a intervenir en el proceso y su interés superior ponderando racionalmente tanto las circunstancias fácticas como jurídicas de la especie a fin de alcanzar decisiones acordes con el respeto de los derechos fundamentales que, a la vez, contribuyan a la lucha común contra el flagelo de los desplazamientos y de las retenciones ilícitas. Cf. HERZ, Mariana. El proceso, op. cit.

<sup>70</sup> SCBA, “V., M. J.”, 15-VII-2009, cit. por SCOTTI, Luciana B., DFyP 2011 (setiembre) 66.

<sup>71</sup> Entendiendo al proceso como lo define el Maestro El Maestro Alvarado Velloso: “una serie lógica y consecucional de instancias bilaterales, conectadas entre si por la Autoridad (Juez o árbitro)”. Lo lógico de la serie radica en su propia composición que siempre presenta cuatro fases, ni más ni menos y en el orden siguiente: afirmación – negación – confirmación – evaluación. Con la característica particular de ser cada uno el precedente lógico del que le sigue y, al mismo tiempo, ser el consecuente lógico del que le precede. Sin poder prescindirse de ninguna de las fases señaladas pues de lo contrario carece de sentido. Ver en ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Introducción al estudio del derecho procesal. Rubinzal Culzoni. 1989. Primera Parte. p. 234 y ss.

<sup>72</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Garantismo Procesal. Arequipa: Adrus. 2010. P. 78.

dictorio, el debate y el derecho de audiencia, que también protege y garantiza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Creemos entonces, que la verdadera tutela judicial efectiva se brinda en tiempo razonable y maximizando el cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso judicial.

## 8. CONCLUSIONES

Se apela a la regulación de un proceso unificado, ágil y expeditivo a fin de cumplimentar la tutela judicial efectiva en tiempo razonable, a los efectos de lograr el cumplimiento cierto de la garantía de restitución que consagran los Convenios Internacionales suscriptos con miras a la protección internacional de los niños, niñas y adolescentes.

Que el Juez cuente con las herramientas apropiadas para lograr el fin de su cometido: hacer justicia como garante de la tutela jurisdiccional de los Derechos Humanos. Ello sí, sin descuidar el contradictorio, el debate, y el derecho de audiencia que también protege y garantiza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La verdadera tutela judicial efectiva se brinda en tiempo razonable y maximizando el cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso judicial, porque precisamente es a través del debido proceso judicial que se garantizan los derechos fundamentales.

## REFERENCIAS

Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

Alvarado Velloso, Adolfo. Introducción al estudio del derecho procesal. Rubinzal Culzoni. Primera Parte. 1989.

\_\_\_\_\_. Garantismo Procesal. Arequipa: Adrus, 2010.

BIDART CAMPOS, Germán J. Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio *pro homine*. En: el Derecho Constitucional del siglo XXI, diagnóstico y perspectiva. Coordinadores: BIDART CAMPOS Germán y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. Buenos Aires: Ediar, 2000.

BIOCCA, Stella Maris. Interés superior del niño. RDF N° 30. Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2005.

- BRUNETTI, Andrea M. La humanización del Derecho, la tutela judicial efectiva y el debido proceso judicial. *Microjuris*, MJ-DOC-5398-AR | MJD5398.
- \_\_\_\_\_. La tutela judicial efectiva desde la perspectiva del Derecho Constitucional de Familia. En: *Revista de la Maestría de Derecho Procesal Zum al Derecho Meridiano de Derecho Procesal Garantista* N° 1.
- CHAUMET, Mario E. y MEROI, Andrea A. ¿Es el derecho un juego de los jueces? (Notas sobre Estado Constitucional, Principios y reglas, iura novit curiae, y garantía del contradictorio), *LL*, 2008- D- 717
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Ubicación de la Justicia en el mundo del valor (El asalto al valor justicia), *Centro de Filosofía, Investigación y Docencia* N° 39.
- \_\_\_\_\_. El complejo del funcionamiento de las normas. *Centro de Filosofía, Investigación y Docencia* N° 40.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995.
- FAMÁ, María Victoria. Cuando los niños se vuelven botín de guerra internacional de sus progenitores. *DJ24/06/2009*. 1697.
- FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho*. En: *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2003.
- FREEMAN, M., *International Child Abduction: the effects*, Reunite Research Unit, (mayo 2006). Disponible en [www.reunite.org](http://www.reunite.org).
- GARRIDO ÁLVAREZ, Ricardo. *Derecho a un juzgamiento especializado de niños, niñas y adolescentes y Teoría general del proceso*. Inédito.
- GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMÁ, M. Victoria y HERRERA, Marisa. *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, Ley 26.061: comentada, anotada y concordada*. Buenos Aires: Ediar, 2007.
- GOICOECHEA, Ignacio y SEOANE DE GHIODI, María del Carmen. *Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Ley 23.857)*, *LL*. 1995-D, 1412.
- GOICOECHEA, Ignacio. Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores. *RDF*, N° 30, p. 65.
- GOLSCHMIDT, Werner. *Introducción filosófica al Derecho*. 6 ed. Buenos Aires, Depalma, 1987.
- GROSSMAN, Cecilia P. El interés superior del niño. En: *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*. Universidad de Buenos Aires. 1998.

- HERZ, M. Violencia familiar en las convenciones sobre restitución internacional de menores. En: E. D. del 14-11-2006, N° 11.635, p. 1.
- \_\_\_\_\_. Sustracción Internacional de niñas, niños y adolescentes, RDF 2012.
- \_\_\_\_\_. Medidas preventivas y reparadoras de la sustracción internacional parental de niños, niñas y adolescentes. Santa Fe: UNL, 2007. Capítulo 3.
- \_\_\_\_\_. El proceso de restitución de niños, niñas y adolescentes víctimas de sustracción parental internacional RDP. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2010.
- HOOFT, Eduardo R. Restitución internacional de menores. Un caso argentino brasileño. LNBA, 2006 -6-664.
- JÁUREGUI, Rodolfo G. Un caso de restitución internacional de niños que invita a reflexionar. L.L., 02/08/2010, DJ04/08/2010, 2070 - DFyP 2010 (agosto), 76.
- MASSANO, Alejandra y Roveda, Eduardo G. Un nuevo caso de sustracción internacional de niños, LA LEY, 07/11/2011, 7.
- NAJURIETA, María Susana. La restitución internacional de menores y el principio del interés superior del niño. JA 2006-I-43.
- ORTEMBERG, Osvaldo Daniel. Límites al conocimiento en el proceso de restitución de menores víctimas de sustracción ilegal. LLGran Cuyo2006 (abril), 359.
- PEYRANO, Jorge W. Lo urgente y lo cautelar. JA, 1995-I, p. 899.
- QUAINI, Fabiana et al. Restitución Internacional de Menores. Aspectos civiles y penales. Mendoza: Editorial Cathedra Jurídica, 2009.
- RAYA de VERA, Eloísa B. El Factor tiempo en el proceso de restitución internacional de menores. L.L. 2011-C , 412.
- \_\_\_\_\_. Interpretación del derecho de custodia. En: Revista La Ley, marzo 2009. Año LXXIII n° 61. p. 10.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. Un nuevo caso en el que la Corte Suprema de Justicia aplicó el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, Sup. Const. 2011 (septiembre), 27/09/2011, 20 - LA LEY2011-E, 394.
- SANTOS BELANDRO, Rubén. Minoridad y ancianidad en el mundo actual. Un estudio desde el Derecho Internacional Privado Comparado. El tes-

tamento vital. Montevideo: Asociación de Escribanos de Uruguay, 2007.  
En: SCOTTI, Luciana B. La garantía del debido proceso LL. 2010-D ,  
567.

SCOTTI, Luciana B. Una acertada decisión en un caso de restitución internacional de menores. En: Revista de Derecho de Familia y de las Personas. La Ley. nov. 2009, año 1, n° 3, p. 65.

SOLARI, Néstor E. Sustracción Internacional de menores. El “centro de la vida del menor” en el contexto del Convenio de La Haya. LL. 2006-793. Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, La ley 2006-C, 271.

SOTO, Alfredo M. Temas Estructurales del Derecho Internacional Privado, Buenos Aires: Estudio, 2009.

WEINBERG de ROCA, Inés M. Domicilio de menores adultos. RDPC, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 1997.

## **DOCUMENTOS JURÍDICOS**

Documento Preliminar No 4 de mayo de 2011 - Proyecto revisado de Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Extraído el 28-03-2012 de: <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd04s.pdf>.

Convención sobre los Derechos del Niño. Extraído el 28-03-2012, de: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>.

Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980. Extraído el 20-03-2012 de: [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions.text&cid=24](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=24)

Código de la Infancia y la Adolescencia Ley 1098 del año 2006 Colombia. Extraído el 20-03-2012 de: <https://www.icbf.gov.co/icbf/directorio/portel/libreria/pdf/97835-CODIGODELAINFANCIALey1098.pdf>

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Montevideo el 15 de julio de 1989, CIDIP IV. Extraída el 20-03-2012 de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>

Informe explicativo realizado por la Dra. Elisa Pérez Vera. Extraído el 20-03-2012 de: <http://www.hcch.net/upload/expl28s.pdf>

Ley 24.270 Delito de Impedimento de Contacto de los hijos menores con el progenitor no conviviente. Extraído el 29-03-2012 de:

<http://www.portaldeabogados.com.ar/portal/index.php/leyes/54-leyesnacion/198-24270-impedimento-de-contacto.html>

Directrices de la ACNUR para determinar el interés superior del niño. Extraído el 20-03-2012 de:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7126>

Ley Modelo Sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños, desarrollado por el grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño. Extraído el 20-03-2012 de: <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011info06s.doc>

Guías de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 (Parte I, II, III y IV). Extraído el 20-03-2012 de:

[http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=text.display&tid=21](http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=21)

## **JURISPRUDENCIA**

Corte Europea de Derechos Humanos: “Bajrami contra Albania” 12-12-2006.

Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, del 2º y 5º Circuito, Casos “Croll vs. Croll”; “Villegas Duran vs. Arribada Beaumont”; “Abbot vs. Abbot”. Herz, Mariana; “El proceso de restitución de niños, niñas y adolescentes víctimas de sustracción parental internacional” RDP 2010 - I, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, p. 197.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: “W., E. M. c/ O., M. G.” 14/06/1995, L.L. 1996 - A- 260; “S. A. G.”, 20/12/2005, L.L. 2006-C, 272; “R., M. A. c. F., M. B.”, 21/12/2010, L.L. 2011-C, 412; “D. F., R. c. G., M. S. s/restitución de hijo” 28/06/2011, DJ14/09/2011, 43; “V., D. L. s/ restitución de menores - ejecución de sentencia extranjera”, 16/08/2011, L. L. 2011-E, 35; , “F. R., F. C. c. L. S., Y. U. s/reintegro de hijo”, 08/11/2011, L.L., 07/12/2011, 11 - DJ25/01/2012, 17; “W., D. c. S. D. D. W. s/demanda de restitución de menor”, 22/11/2011, LA LEY 07/12/2011, 7; “B., S. M. c. P., V. A.”, 19/05/2010, L.L. 2010-C, 633 .

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, C 104.149, 15-VII-2009 y “V., M. J.”, 15-VII-2009, cit. por Scotti, Luciana B., DFyP 2011 (setiembre) 66.

Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Rosario, Sala III, Purcell, Brett s/ pedido de restitución del menor Dante Purcell, 10/08/2011, La Ley Online AR/JUR/48650/2011.

Tribunal Colegiado de Familia Nro. 3 de Rosario, 23/02/2009, “G. M. M. c. M., M.O. s/restitución urgente de menores”, LLLitoral. 2009 (junio), 585.

Jurisprudencia internacional de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado: [www.incat.org](http://www.incat.org)



# GARANTISMO VS. ACTIVISMO JUDICIAL

## ¿ESPERANZAS ENFRENTADAS?

Rodrigo A. Escobar Paraguay

### INTRODUCCIÓN

*omnibus mobilibus mobilior sapientia*  
(de todo cuanto se mueve, lo que más lo hace es el conocimiento)

Como el título enuncia, la cuestión plantea la necesidad de un análisis de si se da o no una antinomia entre una y otra doctrina, ya que ambas se presentan con sus principios a establecer las pautas para una buena administración de justicia. Ahora, lo que habrá que analizar es si la vigencia de una necesariamente excluye a la otra, o pueden coexistir ambas.

La postura de esta ponencia apunta a establecer no solo una línea divisoria entre ambas doctrinas, sino que establecer la imposibilidad de coexistencia entre una y otra, y atendiendo al sistema de gobierno vigente en la mayoría de los países Latinoamericanos, no puede apuntarse a la vigencia de otra doctrina que no sea la garantista.

Mucha tinta se ha derramado, y se seguirá haciendo sobre este tema a desarrollar hoy en esta disertación, pues se trata de una postura que implica una visión ideológica de la administración de justicia<sup>1</sup>, por un lado están los defensores de un sistema, y por el otro sus detractores, que se establecen como una especie de bastiones contrapuestas, capaces de defender sus ideas hasta las últimas consecuencias.

---

<sup>1</sup> “Los cambios no suceden por casualidad, las grandes líneas de pensamiento jurídico, no pueden escapar de las concepciones ideológicas y del momento histórico en que se manifiestan. Hoy se relata que no existen dudas que el proceso dejó de ser algo meramente técnico, sin valores jurídicos, por el contrario, pasó a ser una concepción de categorización ideológica y filosófica”. (VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío. Proceso Civil. Actualidad y Futuro. Asunción: BIJUPA, 2008, p. 306).

Se trata de responder a las preguntas ¿“verdad procesal” o “verdad real”? entendiendo por el primero la situación en donde el juez escucha a las partes –con sus respectivas verdades- para luego emitir una resolución definitiva sobre la contienda, siempre de acuerdo a las aportaciones de las partes, y sin que le esté permitido bajo ningún sentido establecer su parecer, porque ello significaría una injerencia inaceptable, lo que nos retrotrae *ipso facto* a un proceso de características inquisitoriales. Por el otro, se entiende que el juez debe investigar qué es lo que realmente ocurrió, no ateniéndose solamente a lo que las partes aportaron en el caso particular, sino que tiene facultades de indagar lo necesario para llegar así a la verdad real, que es al final la versión del juez sobre el caso particular que se le presenta para resolver.

Por supuesto las críticas siempre están presentes en uno y otro lado, los que atacan al garantismo dicen que existen tres verdades – lo que constituye una de las críticas- la del pretensor, la del demandado y por último la del Juez, y en muchos casos, ninguna de las tres verdades se constituía en la verdad real. Sin embargo, el debido proceso debe ser respetado por sobre todo, por lo que el Juez no puede apartarse de lo establecido en las leyes, ya que pueden existir tantas verdades como personas y concepciones existan, tal es así que no se puede hablar de una verdad real.

Esto acarrea hacia otras disyuntivas, como las que señalan si el proceso ha de ser **publicista** o como lo llaman otros la **socialización del proceso**, o, por el contrario, debe tener vigencia la **constitucionalización del proceso**, queriendo significar con ello, que se debe dar la vigencia del debido proceso, lo que implica el respeto a las garantías constitucionales.

¿Por qué no darle preponderancia al juez? ¿Se trata de un temor de nuestro pasado de dictaduras? Es evidente que una de las razones es esa, y se podría decir que una de las más fuertes, pues es en estos regímenes donde se observó como el poder omnímodo de los jueces apoyados por el Poder Ejecutivo podían fungir de semi-dioses con poder de vida y muerte sobre los gobernados. Por supuesto, hoy se podrá decir que se ha establecido el sistema de control o equilibrio entre poderes también conocido como *checks and balances*, o sea controles y contrapesos; y esto es justamente lo que se quiere defender a través de la vigencia de un debido proceso legal.

De este modo, lo que se busca evitar es que uno solo de los poderes pueda tener preponderancia por sobre el otro, ya que en estos regímenes el poder ejecutivo tenía todo el poder y podía dominar a los otros poderes a su antojo<sup>2</sup>, y también los jueces, amparados en el poder que les era otorgado por el ejecutivo, hacían de la administración de justicia un mero ejercicio de su propia voluntad. Este es el temor fundado para no darle una preponderancia tal al juez para que pueda dirimir los asuntos, tal como se hacía en el proceso inquisitorial.

Entraremos ahora a analizar las dos posturas, de modo a determinar la potabilidad de una u otra, y en qué manera afecta a la administración de justicia la adopción de una de ellas, apuntando siempre por supuesto que la tutela judicial efectiva, solo puede provenir de la aplicación del garantismo procesal, única manera de lograr “la paz social” en un sistema democrático de gobierno, cuyo postulado fundamental es el Estado de Derecho.

## 1. ¿QUÉ ES EL ACTIVISMO JUDICIAL?

Comencemos analizando el activismo judicial y, acudiendo para ello a los grandes defensores de esta postura doctrinaria. Para empezar hay que decir que existen ilustres maestros del Derecho que se erigen como defensores de esta postura, entre los que podemos citar a Couture, Calamandrei y Capeletti, como antiguos defensores del activismo, y entre los actuales: Picó I Junoy, Vázquez Sotelo, Muñoz Sabaté (españoles); Barboza Moreira y Carlos Alvaro de Oliveira (aquí en Brasil); Morello, Berizonce, Arazi, Gozaíni (argentinos); Vescovi, Gelsi Bidart, Simón (uruguayos); Jairo Parra Quijarro (co-

---

<sup>2</sup> “Los sistemas procesales están ligados sin duda a ideologías políticas. Durante cientos de años el derecho fue utilizado como una herramienta de ejercicio del poder, mundialmente se han desarrollado sistemas inquisitoriales donde el juez era un mero ejecutor de las voluntades políticas de turno, lejos de la independencia y la imparcialidad propias de su función. En este tipo de modelos de enjuiciamiento, que funcionaron a la perfección en regímenes totalitarios, el “proceso” funcionaba como una herramienta de control social en la que no se respetaban garantías constitucionales de ninguna índole y sólo el magistrado tenía amplias facultades instructorias para obrar”. (MELGAREJO GARCÍA, Flavia. Activismo judicial y Garantismo procesal: los poderes Jurisdiccionales a la luz del debido proceso. Disponible en: [http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Activismo\\_judicial\\_y\\_Garantismo\\_Procesal\\_FLAVIA\\_GARCIA\\_MEL.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Activismo_judicial_y_Garantismo_Procesal_FLAVIA_GARCIA_MEL.pdf))

lombiano), Monroy Galvez, Simons Pino (peruanos), Pablo Villalba Bernié (paraguayo), entre otros.

Se puede ver una amalgama de los más brillantes procesalistas que se tornan hacia al activismo judicial, pero también grandes juristas dan su voto al garantismo.

Según la posición de PEYRANO<sup>3</sup>, serían las varias potestades y deberes que se les asigna a los jueces en los diversos Códigos Procesales Civiles, a los efectos de que éstos puedan cumplir con su finalidad que es impartir justicia.

Es decir, se parte de la idea de un juez con ciertas potestades y deberes establecidos expresamente en los diversos cuerpos normativos rituales, y que permiten a los mismos restablecer la paz social, es decir, depende de cada juez. Algunos, cuando hacen referencia al activismo, hablan del “solidarismo procesal”, atendiendo a que el juez puede, según su criterio establecer las bases de su sentencia, sin apearse demasiado a los rigorismos procesales establecidos por los Códigos Procesales. Tal ha sido la idea expresada por GELSI BIDART<sup>4</sup>, del siguiente modo: “*Ningún juez tendría que dejar de considerar que si va a dictar una sentencia injusta, mejor es que no la dicte*”.

De acuerdo a esta inteligencia, el juez también puede actuar de modo arbitrario, pues puede como los antiguos pretores, dictar una sentencia que vaya más allá de lo expresamente establecido por las leyes al efecto.

Esta situación de que el juez tenga ciertas atribuciones es lo que vuelve peligrosa a esta doctrina, pues el juez no puede tener estas potestades, atendiendo a que son las partes las que deben ser los directores del proceso, y el juez de modo imparcial e *imparcial*<sup>5</sup>, debe

---

<sup>3</sup> PEYRANO, Jorge W. Sobre el activismo judicial. En: La Ley 2008-B-837.

<sup>4</sup> GELSI BIDART, Adolfo, citado por MORELLO en La Prueba: tendencias modernas. 2 ed. La Plata: Platense, 2001, p. 145.

<sup>5</sup> “(...) la primera calidad del juzgador es su imparcialidad, no es parte del proceso porque, si lo es, es acusador o acusado. Es demandante o demandado. Pero además de ser imparcial ese juez para ser tal, esencialmente tal debe tener una segunda calidad más; la imparcialidad es decir: no tener interés, inmediato, ni mediato en el resultado del litigio. Imparcialidad e imparcialidad son dos supuestos que no pueden funcionar sin un tercero que, es la independencia del juzgador respecto

dictar sentencia, atendiendo a los lineamientos constitucionales y legales<sup>6</sup>. Si bien se puede decir que las potestades de los jueces no están fuera de la Ley, es decir, hoy ya no podrían crear el Derecho, por lo menos en un Estado de Derecho, pueden definir en base a ciertos criterios que no son los que establece el espíritu de la Constitución y la ley.

Volviendo a lo que se mencionó anteriormente, en algún momento de la historia de Roma, aparece la magistratura del pretor o *praetor*, que se constituyó en una institución de defensa de los derechos, y con ello llevó para siempre el sello de verdaderos servidores de la justicia, ya que suplantaron el rigorismo de las leyes primitivas romanas, por una con características más humanas, para lo cual tuvieron que apartarse de los lineamientos establecidos por las leyes romanas. Pero en este caso, se justificaba porque no existía un Estado de Derecho tal como se concibe hoy en día, lo cual tornaba necesario que estos actuaran de esta manera<sup>7</sup>, sin embargo hoy no se puede admitir la actuación de los magistrados fuera de los lineamientos constitucional y legalmente establecidos.

---

de las partes en litigio; es decir: que el juzgador no esté en una situación de obediencia debida con respecto al acusador y al acusado porque en ese caso pasa a ser acusador o acusado. Entonces imparcialidad, imparcialidad e independencia, tres calidades que yo de aquí en más voy a emplear con una sola palabra “Imparcialidad””. (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Conferencia pronunciada en el I Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de Noviembre de 1999, disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>)

<sup>6</sup> “(...) el concepto de proceso debe respetar los lineamientos fijados por la Constitución nacional a través de las garantías que confiere. De allí que entendernos que el proceso es un método de debate dialéctico y pacífico que sigue reglas preestablecidas y se desarrolla entre dos partes que actúan en condición de perfecta igualdad ante un tercero imparcial, imparcial e independiente con el objeto de resolver heterocompositivamente un litigio” . (CALVINHO, Gustavo. Debido Proceso y Procedimiento Monitorio. En Derecho Procesal Contemporáneo. El Debido Proceso, de Alvarado Velloso, Versión Digital, p. 127)

<sup>7</sup> Efectivamente y como anota ZOLTAN MEHESZ, la plebe alcanzó una nueva conquista en el año 376 A.C., ya que por medio de la *Lex Licinia*, llevó a un plebeyo al consulado. Sin embargo, los patricios, en su afán de mantener la superioridad sobre la plebe, reservaron para sí la administración de justicia por medio de un magistrado denominado *praetor*, con lo cual dieron pie al nacimiento de una magistratura que estuvo al servicio de la verdadera justicia durante siete siglos. (ZOLTAN MEHESZ, Kornel. El Pretor y la Jurisprudencia Pretoriana. Asunción: Bibliográfica Jurídica Paraguaya S.R.L., 1998, pág., 16 y 17).

El juez siempre debe actuar en base a lo establecido en las leyes Art. 15, inc. c) del Código Procesal Civil paraguayo, que dice: *“Resolver siempre según la ley, sin que le sea permitido juzgar del valor intrínseco o la equidad de ella”*.

Desde aquellos siglos dorados de la magistratura romana, la situación ha variado mucho, y cada vez se ha tratado de restringir más las funciones de los jueces, atendiendo a la situación de que en algún momento fueron utilizados como instrumentos en manos del poder, más todavía atendiendo a que en nuestra región latinoamericana esta situación cobró mucha fuerza, se ha tratado de no darle potestades desmedidas a los jueces, y mucho menos permitir que los mismos actúen más allá de lo establecido por las leyes, y hoy en día se habla de aquellas garantías contenidas en las Constituciones, que no pueden ser soslayadas, y que incluso en base a ellas, el juez no debe participar en lo más mínimo en el trámite del proceso judicial, que es lo que pregona el garantismo procesal que hoy defendemos por constituir el Derecho Constitucional el movimiento, es decir, la aplicación de las garantías constitucionales en pos de la vigencia del Debido Proceso legal.

## **2. ¿QUÉ ES EL GARANTISMO PROCESAL?**

Los sostenedores de esta doctrina apuntamos que el juez debe ser un espectador imparcial del desarrollo del proceso, celoso de que se cumpla lo que están establecidos en las normas rituales y por sobre todo de las garantías constitucionales, lo que se ha llamado el debido proceso constitucional.

Atendiendo a esto, se apunta que cualquier injerencia del magistrado dentro del proceso, sería un resabio del proceso inquisitorial, en donde el juez era el director del proceso, y atendiendo a que dicho sistema ha sido superado, pues el activismo judicial también debe ser desterrado para que pueda tener vigencia la democracia y las libertades y garantías que ella pregona.

El garantismo procesal *“postula el proceso judicial basándose en la Constitución, de modo tal que a nadie se le puede privar del debido proceso adjetivo, lo que significa que el mismo se conforma entre dos partes donde el juez debe ser imparcial e impartial. Este último*

*arbitra el proceso garantizando en todo momento la bilateralidad y el derecho a la contradicción. De este modo, el proceso queda gobernado por el principio dispositivo, no existiendo proceso sin petición de parte, ni actuación de oficio del órgano jurisdiccional”<sup>8</sup>.*

La actuación de oficio del juez es inadmisibles, porque de este modo el juez se estaría involucrando -contaminando- en el proceso, y ya estaría tornando para una de las partes, desdeñando de este modo el derecho de la otra parte. Por ello es que se apunta que el juez no puede contaminarse con el proceso. Aceptar esta situación significaría volver por un camino ya desandado, es decir, al proceso inquisitorial.

“En los cuatro rumbos del continente, el sufrido hombre americano ha tenido que aprender a la fuerza y desde los tiempos de la Conquista a convivir con un injusto y a veces perverso sistema de enjuiciamiento –tanto en lo civil como en lo penal- que puede ser más o menos inquisitivo pero que siempre es inquisitivo al fin, y que se ha vuelto irremediablemente ineficiente con los años, por pedirle al juez el mantenimiento de un permanente compromiso espiritual con cada caso justiciable”<sup>9</sup>.

Tal como ya se ha anunciado antes, al igual que el activismo, esta posición doctrinaria tiene sus defensores diseminados por el continente americano y también en el viejo continente, entre los que se puede citar: en primer lugar por supuesto Alvarado Velloso (argentino); Juan Montero Aroca (España); Cipriani y Monteleone (Italia); y en Paraguay en los últimos tiempos se ha dado también un movimiento de defensa de esta doctrina –sobre todo abogados jóvenes influenciados por el maestro Alvarado-, estando en la vanguardia el joven jurista Sebastián Irún Croskey, autor de “Medidas Cautelares y Debido Proceso”.

Se debe apuntar que la misma pregona el principio dispositivo –mala palabra para los activistas-, es decir, las partes deciden lo que ocurre en el proceso, convirtiéndose el juez en un figura

---

<sup>8</sup> REVIRIEGO, José Antonio y BLANZACO, Santiago. El control de constitucionalidad de oficio. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/reviriego.pdf>

<sup>9</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Debido Proceso versus Pruebas de Oficio. Asunción: Juris, Intercontinental Editora. p. 9.

intermedia que observa cómo se va desarrollando el proceso, y al final de un modo “imparcial e imparcial” dicta resolución devolviendo la paz social que se había perdido. Lo cual por supuesto no es ajeno a las críticas: “Este modelo procesal propiciado desde el garantismo, si bien ha sido una solución histórica para un tiempo anterior, no ha coadyuvado a que en el proceso civil se obtenga la verdad, que en definitiva es hasta si se quiere una situación lógica cuando el juez está supeditado a concluir sobre la base de dos posiciones generalmente opuestas, planteados por las partes”<sup>10</sup>.

La Constitución vigente en la República del Paraguay, establece todas las garantías del debido proceso, el que puede y debe ser aplicado a todo proceso y no solo al penal. Además de ello está establecida la necesidad de que se den procesos imparciales, con jueces competentes e independientes que puedan garantizarlo: “DE LA DEFENSA EN JUICIO. La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales”<sup>11</sup>.

De este modo la Carta Magna garantiza la vigencia del debido proceso a través de una administración de justicia, que debe ser imparcial, competente e independiente, de acuerdo a lo que se desprende del propio contenido constitucional. En rigor esto sería la instauración del denominado garantismo procesal, que garantiza la vigencia de un debido proceso –característica fundamental del Estado de Derecho- a cuyo efecto establece los diversos derechos y garantías que han de ser observados en todo proceso judicial.

Veamos a través de las ideas del Maestro ALVARADO lo que implica este garantismo del que tanto se habla, y que es enarbolado por los sistemas vigentes en la mayoría de los países Latinoamericanos: “En rigor de verdad de que Granillo Fernández dijo recién: que garantismo es cumplir la Constitución y que podíamos cumplir la Constitución, si no la había escrita procedimental, está todo dicho. (...) Explicarles esto de cómo hemos llegado a esta etapa del garantismo procesal, les quiero contar que la Argentina, América Latina, en los últimos 450 años no ha tenido un proceso que le informe las regla

---

<sup>10</sup> VILLALBA BERNIÉ, Pablo. Op. Cit., p. 255.

<sup>11</sup> Art. 16, Constitución de 1992.

*que la idea de la lógica aconsejan que funcionen como proceso. No funcionó así porque Roma y Grecia, lo dijo hace un momento Granillo Fernández, marcaron un estilo procesal serio, como tiene que mandar la recta razón, dos discutiendo ante un tercero. Un acusador y un acusado; un pretendiente y un pretendido; un actor y un demandado; y un tercero que por ser tal, no puede ser ni el primero, ni el segundo. El tercero que, siendo juez hace su profesión y más un medio de vida su calidad de tercero no puede ser ni uno ni otro. Ello llevo algún día a sostener que la primera calidad del juzgador es su imparcialidad, no es parte del proceso porque, si lo es, es acusador o acusado. Es demandante o demandado. Pero además de ser imparcial ese juez para ser tal, esencialmente tal debe tener una segunda calidad más; la imparcialidad es decir: no tener interés, inmediato, ni mediato en el resultado del litigio. Imparcialidad e imparcialidad son dos supuestos que no pueden funcionar sin un tercero que, es la independencia del juzgador respecto de las partes en litigio; es decir: que el juzgador no esté en una situación de obediencia debida con respecto al acusador y al acusado porque en ese caso pasa a ser acusador o acusado. Entonces imparcialidad, imparcialidad e independencia, tres calidades que yo de aquí en más voy a emplear con una sola palabra "Imparcialidad"<sup>12</sup>.*

La característica fundamental del garantismo entonces es la imparcialidad, la que está establecida en la Constitución como una garantía para el justiciable, que deberá en todos los casos tener jueces capaces, independientes e imparciales.

El Estado es el principal interesado en la resolución de los conflictos generados, por ello el órgano encargado de la administración de justicia, debe dar respuestas adecuadas a los litigantes, estas respuestas no pueden ser disimiles, ya que de ese modo se crearía un caos jurídico. De ahí la importancia del garantismo, que permite darle soluciones iguales a los contendientes, atendiendo a las garantías establecidas para los mismos en las respectivas constituciones y leyes que regulan el procedimiento civil.

---

<sup>12</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Conferencia pronunciada en el I Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de Noviembre de 1999, disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>, p.p. 1 y2.

No se puede en un Estado moderno volver a un proceso inquisitivo en donde todo el poder recaía en manos del juez, y era él quien dirigía el proceso. ¿Qué dicen los defensores del activismo a este respecto? ¿Debemos dejar al libre juego de las partes todo el proceso en todas las circunstancias?

“El juez no debe resolver un litigio limitado a la prueba que le ofrecen las partes, porque ello implicaría mantener en el proceso civil, la mal entendida neutralidad en cuyo nombre se han cometido a través de los siglos, grandes abusos y flagrantes injusticias como consecuencia del apartamiento del juez y de una igualdad puramente formal, basada principalmente, en el poder del más fuerte”<sup>13</sup>.

Con este mismo razonamiento habría que preguntarse si ¿se puede presentar cien testigos en un juicio? ¿No limitará el juez en este caso la libertad probatoria? Por supuesto, se hablara de la economía o la celeridad procesal, pero ¿y la libertad probatoria y la búsqueda de la verdad real?

Volvemos a la pregunta inicial ¿Verdad real o verdad material? Agregamos otra ¿Para buscar la verdad real, hay que sacrificar el debido proceso? Claro que no, no se puede sacrificar el debido proceso, además la búsqueda de la verdad real apunta a una entelequia, pues será muy difícil entre tantas posturas disimiles encontrar una verdad que sea la verdadera.

Con la firme convicción de haber conseguido la atención de este distinguido auditorio, pero atendiendo aquella frase de Baltasar Gracián: *“Lo bueno, si breve, dos veces bueno; y aun lo malo, si breve, no tan malo”*. Vamos cerrando esta disertación, dejando expuesta en esta última parte que se desarrollará, la postura personal sobre el tema, partiendo de la siguiente premisa:

### **3. ¿EXISTE REALMENTE UNA NECESIDAD DE NEGACIÓN DE LA UNA DOCTRINA SI SE OPTA POR LA OTRA?**

Llegados a este punto, ya se puede vislumbrar hacia donde apunta esta disertación, que pretende ser un pequeño aporte a este debate

---

<sup>13</sup> LÓPEZ GONZÁLEZ, Jorge Alberto. “Teoría General sobre el principio de oralidad en el proceso civil. San José, Costa Rica, 2001, p. 179.

tan antiguo como interesante, en donde evidentemente no pueden coexistir las dos doctrinas procesales que aparecen como contrapuestas, sencillamente porque el uno va contra los dictados del sistema democrático de gobierno, ya que a través de ella, se implantaría un sistema procesal ya hoy superado, y que es propio de sistemas de gobierno dictatoriales.

En definitiva, en la búsqueda de la verdad están comprometidos tanto las partes como el juez, pero el juez ha de definir las cuestiones litigiosas que se le plantean, siempre respetando los lineamientos y directrices del debido proceso establecidos en la propia Constitución.

#### 4. REFERENCIAS

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Debido Proceso Vs. Pruebas de Oficio. Asunción: Juris, Intercontinental Editora.

\_\_\_\_\_. Conferencia pronunciada en el I Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de Noviembre de 1999, disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>

LÓPEZ GONZÁLEZ, Jorge Alberto. Teoría General sobre el principio de oralidad en el proceso civil. San José, Costa Rica, 2001.

MELGAREJO GARCÍA, Flavia. Activismo judicial y Garantismo procesal: los poderes Jurisdiccionales a la luz del debido proceso. Disponible en: [http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Activismo\\_judicial\\_y\\_Garantismo\\_Procesal\\_FLAVIA\\_GARCIA\\_MEL.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Activismo_judicial_y_Garantismo_Procesal_FLAVIA_GARCIA_MEL.pdf)

MORELLO. La Prueba: tendencias modernas. 2 ed. La Plata: Platense, 2001, p. 145.

PEYRANO, Jorge W. Sobre el activismo judicial. En: La Ley 2008-B-837.

REVIRIEGO, José Antonio y BLANZACO, Santiago. El control de constitucionalidad de oficio. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/reviriego.pdf>

ZOLTAN MEHESZ, Kornel. El Pretor y la Jurisprudencia Pretoriana. Asunción: Bibliográfica Jurídica Paraguaya S.R.L., 1998



# DE LA PRUEBA REGLADA EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS CON LIBERTAD PROBATORIA Y DE LA ETAPA DE ADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS CONFIRMATORIOS EN EL PROCESO: DE LA CORRESPONDENCIA ENTRE LAS FUENTES DE PRUEBA Y MEDIOS DE CONFIRMACIÓN PROCESAL REGLADOS COMO CRITERIO DE ADMISIBILIDAD PROBATORIA Y DEL PROBLEMA DE LA *PRUEBA ENCUBIERTA*\*

Gonzalo Andrés Aguilera Chaparro\*\*

## RESUMEN

En los ordenamientos jurídicos con libertad probatoria y en referencia a la etapa de admisibilidad de medios de confirmación procesal, en la cual se selecciona, por vía de inclusión y exclusión de medios confirmatorios, el material probatorio que ingresará al proceso, analizaremos el control de la correspondencia o congruencia entre la fuente probatoria y el medio de confirmación elegido para su ingreso al proceso. Sostendremos que en los sistemas con libertad de prueba, pese al derecho a prueba y a la libertad de

---

\* Este trabajo sintetiza algunas monografías realizadas en la cátedra de Teoría General del Proceso en El Magister de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario, cohorte 13, dirigido por el profesor Adolfo Alvarado Velloso.

\*\* El autor es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Valparaíso de Chile, diplomado en Derecho del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica de Chile, diplomado en litigación en la Universidad Andrés Bello de Chile, diplomado en Derecho Procesal en la Universidad Andrés Bello de Chile, egresado de la cohorte 13 de la Maestría de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario de Argentina. Se desempeñó profesionalmente en la unidad de defensa incompatible en materias de Derecho de Familia de la Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso de Chile, y actualmente se desempeña como defensor laboral en la Oficina de Defensa Laboral de Valparaíso, dependiente de la Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso de Chile. gonzaloach@yahoo.es

medios probatorios admisibles *primaefacie*, el elenco de fuentes de prueba recolectada de manera previa a la etapa de confirmación procesal debe incorporarse por la vía de un medio de confirmación procesal idóneo. Y que la incorporación de dichos elementos probatorios, a través de un medio confirmatorio inidóneo y con omisión de las normas sobre producción de los medios de confirmación reglados, debe ser controlado en la etapa de admisibilidad de prueba, para así maximizar la protección del principio de contradicción de prueba y del debido proceso, siendo inocua la mera postergación de dicho control a otras fases del proceso.

## **PALABRAS CLAVE**

Admisibilidad probatoria, excusión de prueba, debido proceso, derecho a defensa, control horizontal de la producción probatoria, derecha a defensa, libertad de prueba.

## INTRODUCCIÓN

(...) Así habló y el aedo, movido por divinal impulso, entonó un canto cuyo comienzo era que los argivos diéronse a la mar en sus naves de muchos bancos, después de haber incendiado el campamento, mientras algunos ya se hallaban con el celebérrimo Odiseo en el ágora de los teucros, ocultos por el caballo que éstos mismos llevaron arrastrando hasta la acrópolis.

El caballo estaba en pie, y los teucros, sentados a su alrededor, decían muy confusas razones y vacilaban en la elección de uno de estos tres pareceres; hender el vacío leño con el cruel bronce, subirlo a una altura y despeñarlo, o dejar el gran simulacro como ofrenda propiciatoria a los dioses; esta última resolución debía prevalecer, porque era fatal que la ciudad se arruinase cuando tuviera dentro aquel enorme caballo de madera donde estaban los más valientes argivos, que causaron a los teucros el estrago y la muerte.

Cantó cómo los aqueos, saliendo del caballo y dejando la hueca emboscada, asolaron la ciudad; cantó asimismo cómo, dispersos unos por un lado y otros por otro, iban devastando la excelsa urbe, mientras que Odiseo, cual si fuese Ares, tomaba el camino de la casa de Deífobo, juntamente con el deiforme Menelao. Y refirió cómo aquél había osado sostener un terrible combate, del cual alcanzó Victoria por el favor de la magnánima Atenea.

Homero, *Odisea* VIII, 490.

Ya de antiguo conocemos la legendaria historia del ardid del caballo de Troya. Ulises, uno de los reyes griegos, no quería retirarse de Troya sin ganar y tuvo una idea. Siguiendo sus indicaciones, los griegos construyeron un enorme caballo de madera que tenía una escotilla escondida y dentro de él, escondieron a muchos soldados. Al ver esto, los troyanos grandes creyentes en los dioses, cayeron en el engaño y lo aceptaron para ofrendarlo a los dioses. Por la noche, los troyanos decidieron entrar el caballo a la ciudad y para ello, por su tamaño, tuvieron que romper parte de la muralla. Lo pusieron en la plaza central e hicieron una gran fiesta. Los soldados griegos salieron armados del caballo y abrieron el resto de las puertas al ejército que había vuelto con sus barcos e ingresaban también por la muralla rota. Los troyanos no pudieron defenderse y los griegos mataron a los guardianes, capturando e incendiando la ciudad, que finalmente fue destruida.

Con el ajuste analógico pertinente, en las cuartillas que conti-núan intentaremos develar el peligro de que las fuentes confirmato-rias que ingresan a un proceso con evasión de las normas de control procedimental previsto para los medios confirmatorios reglados, en los ordenamientos jurídicos en que reina la libertad de prueba, pue-dan conformar –ya en el ámbito del proceso– un *caballo de Troya* que encubra la afectación de los principios que configuran un proceso como tal. Para ello –a fin de optimizar el resguardo de dichos princi-pios– debe realizarse el control de correspondencia entre fuente con-firmatoria y medio de confirmación procesal, en la etapa de admisibi-lidad probatoria y no bastando los controles *ex post* al ingreso del medio probatorio respectivo.

Así las cosas, acopiaremos esfuerzos para conocer tanto si el elen-co de fuentes de prueba que recolectan las partes de manera previa a la etapa de confirmación procesal debe o no incorporarse por la vía de un medio de confirmación procesal que pueda entenderse como más idóneo, y tanto – para el caso de la afirmativa a la primera inte-rrogante –si la incorporación de dichos elementos probatorios a travé-s de un medio confirmatorio inidóneo y con omisión de las normas sobre producción de los medios de confirmación reglados, puede y/o debe ser controlado en la subetapa de admisibilidad de prueba. En definitiva, el tema a analizar se refiere a la denominada –foralmen-te– prueba encubierta, mediante la cual, para evadir *ex ante* (ya no *in itinere*) el cumplimiento de las normas regladas sobre formación o producción de determinados medios de confirmación procesal, se recurre a otro medio confirmatorio, reglado o atípico, en las que los mecanismos de control en dicha producción son inexistentes o de más bajo estándar.

La mayor apertura a la posible incorporación al proceso de fuen-tes de prueba mediante medios de confirmación alternativos a los reglados y de mayor estándar de control en la producción de prueba, ocurre en los ordenamientos jurídicos en los que reina una mayor libertad probatoria, especialmente en lo relativo a los medios pro-batorios admisibles y a la valoración de los mismos. Dicha libertad probatoria –refractaria *ab initio* y que minimiza la regulación legal de la prueba– maximiza la posibilidad de introducción al proceso de elementos o fuentes de prueba por la vía o medio confirmatorio que

la parte estime conveniente. Se posterga el control -de una eventual falta de correspondencia entre la fuente y el medio- al momento de la valoración o ponderación probatoria. Por esto, es que intentaremos circunscribir el problema planteado a los ordenamientos jurídicos con libertad probatoria, en los que la problemática –como veremos- podría ser más aguda. El problema planteado cobra importancia práctica en países como el mío –Chile– en los cuales existe un derrotero marcado desde sistemas de tarifación o regulación legal de la prueba hacia sistemas en los que reina la libertad probatoria<sup>1</sup>.

La tensión que se produce en las interrogantes formuladas encierra una antinomia entre, por un extremo, el derecho a prueba de los justiciables y, por el otro extremo, la necesidad del control horizontal de las partes sobre la actividad probatoria. No obstante –como respuesta tentativa– creo que, por la necesidad de testeo de la prueba, como garantía del derecho a defensa e incluso de la imparcialidad del juzgador, el control de una eventual falta de pertinencia o correspondencia de un medio de confirmación probatorio respecto de la fuente de prueba que se pretende incorporar al proceso, debe verificarse en la etapa de admisibilidad probatoria, ya que un mero control *ex post* se tornaría fútil e inócuo. En efecto postulamos que: *el juez, en los ordenamientos jurídicos con libertad de prueba, debe controlar la falta de correspondencia entre la fuente de prueba y el medio confirmatorio reglado, en los casos fuertes, por la vía de admisibilidad; para así, maximizar la protección del principio de contradicción de prueba y del debido proceso, ya que la postergación de dicho control a otras fases del proceso minimiza la referida protección.* Ese será el afán de las líneas venideras.

Para una mejor exposición, a modo de un breve marco teórico, nos referiremos previamente a algunas cuestiones terminológicas preliminares (II), en cuya extensión definiremos los conceptos y cate-

---

<sup>1</sup> En Chile - como en otros países hispanoamericanos - la tendencia legislativa se encamina hacia procedimientos orales, inmediatos, concentrados y con libertad probatoria, al menos en lo referido a los medios de confirmación procesal admisibles (aceptación expresa de medios confirmatorios innominados y no reglados) y a la valoración probatoria (generalmente mediante la utilización de la sana crítica). En dicho sentido, para Chile, basta ver las reformas al Proceso Penal, la nueva Ley de Tribunales de Familia, el nuevo Procedimiento en la Justicia laboral, y el proyecto del nuevo Procedimiento Civil.

gorías con los cuales trabajaremos en esta presentación. Luego (III), nos adentraremos derechamente en nuestro tema tratado, centrando nuestra atención en la etapas del proceso en las cuales, teóricamente, puede realizarse en control de correspondencia entre la fuente de prueba y el medio de confirmación utilizado para el evento de evasión de las normas regladas de producción probatoria. Más adelante (IV), expondremos los argumentos a favor de la conveniencia procesal en la anticipación del contradictorio y del control de correspondencia entre la fuente de prueba y el medio de confirmación utilizado -para el evento de evasión de las normas regladas de producción probatoria-, a la etapa de admisibilidad de los medios confirmatorios. Clausuraremos (V), con algunas conclusiones provisionales y palabras de cierre.

## 1. ALGUNAS CUESTIONES TERMINOLÓGICAS PRELIMINARES

### 1.1 FUENTE DE PRUEBA Y MEDIOS DE PRUEBA

Una primera distinción, se refiere a las categorías de *fuerza de prueba* y de *medios de prueba*. Mientras la primera es aquel elemento extraprocesal que puede incidir en la confirmación de un hecho relevante en el proceso, el segundo, es la vía procedimental por la cual la fuente ingresa formalmente al proceso.

La doctrina recoge dicha distinción. A modo ejemplar, HERNANDO DAVIS ECHANDÍA (2007) señala que (sic) “*no hay que confundir la fuerza de la prueba con el medio a través del cual se manifiesta; está última noción comprende los métodos aceptados en cada ley procesal como vehículo de la prueba; por ejemplo, el testimonio, el documento, el indicio, la confesión, la inspección por el juez mismo, el dictamen de peritos.*” (p. 132). A su vez ROLAND ARAZI (2008), haciendo una vista de diversas conceptualizaciones de los autores respecto del distingo en comento, señala que “*la distinción entre las fuentes y los medios de prueba permite una mayor comprensión de las cuestiones vinculadas con la teoría general de la prueba. (...). Observamos, entonces, la diferencia entre el testigo como fuente de prueba y su declaración.- (...) A fin de que la distinción entre medios y fuentes tenga utilidad práctica, reservamos el primer término a la actividad*

*del juez, de las partes, o de terceros, desarrollada dentro del proceso, para traer fuentes de prueba; esa actividad se realiza de la manera indicada en cada ordenamiento procesal. En cuanto a las fuentes de prueba, ellas son las personas o las cosas cuyas existencias son anteriores al proceso e independientes de él, que tienen conocimiento o representan el hecho a probar. Agrega a modo ejemplar que (sic) en la prueba de testigos, el testigo es la fuente, y (...) su declaración es medio de prueba” (pp. 93-94). El profesor ADOLFO ALVARADO VELLOSO (2009a) –quien prefiere la utilización del vocablo confirmación procesal por sobre la alocución de prueba<sup>2</sup> (de ahí que se refiera más estrictamente a medios de confirmación y no a medios de prueba)– en el distingo en exposición señala que “conviene detenerse en la formulación del concepto de fuente toda vez que la cabal comprensión del fenómeno permitirá al estudioso distinguir entre ‘medio’ y ‘fuente’ de confirmación. Una simple reflexión acerca del tema posibilita distinguir lógicamente entre • la persona que declara (fuente del conocimiento que permite llegar a la comprensión del hecho) y • la declaración que la misma persona hace ante un juzgador acerca de ese hecho (medio por el cual se confirma)” (pp. 54 y ss.).<sup>3</sup>*

---

<sup>2</sup> Sobre la preferencia del vocablo *confirmación procesal*, Alvarado Velloso (2009a) señala que la “(...) enorme diferencia conceptual existente entre los diversos ‘medios de prueba’ hace que la más moderna doctrina se abstenga de utilizar dicha palabra prueba y prefiera el uso del vocablo confirmación (significa reafirmar una probabilidad): en rigor, una afirmación negada se confirma con diversos medios que pueden generar convicción (o certeza o crédito) a un juzgador en tanto que no la generan en otro. De tal modo, no necesariamente se confirma siempre con prueba científica (o prueba propiamente dicha) que no admite – otra vez: hasta hoy – opinabilidad alguna. Ya se verá más adelante cuántas implicaciones técnicas tiene la adopción de la palabra confirmar, dándole a ella el amplio sentido que en el derecho ha tenido hasta ahora la palabra probar.” (p. 31). Nosotros participamos de dicha precisión, pero – más bien por la costumbre – utilizaremos indistintamente las denominaciones *confirmación* y *prueba*.

<sup>3</sup> En sentido similar - y citando a autores clásicos como Sentís Melendo, Carnelutti, e incluso a Bentham - Marcelo Sebastián Midon (2007a) señala “todas las fuentes son anteriores al proceso y se incorporan a él haciendo uso de los medios de prueba. Así por ejemplo, el testigo – o mejor dicho el conocimiento del testigo – es la fuente, y su testimonio el medio. La cosa que debe ser examinada por el juez es la fuente, y su reconocimiento por el magistrado –en otro tiempo denominado inspección ocular– es el medio. El documento es la fuente, y su incorporación al proceso, con todas las diligencias y formalidades previas, es el medio. Fuentes de prueba es el justiciable o, mejor, el conocimiento del justiciable sobre los hechos controvertidos, y medio de

Nosotros, de aquí en más, trabajaremos con dicha diferenciación entre fuente confirmatoria o fuente de prueba y medios de confirmación procesal o medios de prueba.

## 1.2 LIBERTAD DE PRUEBA Y PRUEBA LEGAL

Para los autores, la prueba, como fenómeno que enfrentan el juez y a las partes en la verificación de los hechos, transita desde una mayor libertad y ausencia de regulación de la norma jurídica, hasta una reglamentación completa y específica.

El profesor italiano MICHELLE TARUFFO (2005) acierta, de entrada al tema, que

(...) el problema de la especificidad y de la ubicación de la prueba jurídica resulta relativamente simple si –en lugar de observar las pretendidas peculiaridades ontológicas de la prueba o de la actividad del juez en la determinación del hecho– se observa lo que distingue la prueba jurídica de las metodologías cognoscitivas que se usan en otros campos. El elemento de distinción es, precisamente, el carácter jurídico de la prueba y el hecho de que sirva para usos típicamente jurídicos, en contextos jurídicos como proceso. La prueba se puede, en realidad, definir como jurídica si concurre al menos una de esas condiciones (aunque habitualmente concurren ambas). (...) merece algún comentario la primera condición, es decir, la regulación jurídica. Que ésta sea el criterio de referencia para identificar la dimensión jurídica de la prueba parece absolu-

---

*prueba es la confesión. La materia u objeto que se somete a pericia constituye la fuente; el trabajo o actividad de los peritos, estudiándola y dictaminando, es el medio. Los datos o noticias que la entidad informante posea serán las fuentes, y la emisión del informe respectivo el medio.- Como podrá apreciarse, en todos los casos, una misma manifestación probatoria ofrece siempre los dos aspectos y los dos momentos, de fuente de prueba y de medio de prueba. La prueba existirá fuera del proceso como “fuente” y dentro de él como “medio”. La fuente será anterior al proceso e independiente de aquél; el medio se formará durante el proceso y pertenecerá a él.- Del análisis se colige que los medios de prueba son ilimitados; la ley prevé algunos pero indica que los no previstos se diligenciaran aplicando por analogía las disposiciones de los que sean más semejante, o, en su defecto, en la forma que establezca el juez (...). En cambio las fuentes son limitadas; no se pueden crear por orden judicial, existen o no existen, y de tener entidad, deben procurarse los medios para que el juez las conozca” (pp. 52 y 53). En Chile dicha distinción la explica latamente el profesor Rodrigo Cerda San Martín (2010, pp. 41-42, 45-46), y ya en el ámbito del proceso penal, vide: LOPÉZ MASLE, Julian y HORVITZ LENNON, María Inés (2004, pp. 65-67)..*

tamente obvio; menos obvio es, en cambio, qué debe entenderse por regulación jurídica de la prueba y qué consecuencias se derivan de ello para la forma de concebir la prueba en el proceso. —En un intento de tipificación simplificadora de las orientaciones (...) se pueden distinguir dos concepciones fundamentales—. La primera de las concepciones (...) puede denominarse ‘cerrada’. Las razones de esta denominación son principalmente las siguientes: a) sostiene que todo el fenómeno de la prueba está comprendido en las normas que se ocupan del mismo o, al menos, que sólo vale la pena ocuparse de los aspectos del fenómeno regulado de las normas. (...), b) Se sostiene, en consecuencia, que pruebas son aquellas que están previstas y reguladas como tales por normas específicas, excluyendo, a contrario, la admisibilidad de las denominadas pruebas atípicas o innominadas, c) Se tiende a sostener que la regulación jurídica de la prueba y el proceso constituyen un contexto autosuficiente y autónomo respecto de cualquier otro sector de la experiencia. (...).- La segunda concepción, (...) se puede denominar ‘abierta’. Su formulación se remonta a Thayer, pero se encuentra un claro antecedente en Bentham y desarrollos posteriores de Wigmore (...).- Las razones principales de ‘apertura’ de esta concepción son las siguientes: a) la prueba es, ante todo, un fenómeno que pertenece a la esfera de la lógica y de la racionalidad o, al menos, de la razonabilidad (ya sea en la versión de ‘sentido común’ o en la más sofisticada que hace referencia a modelos lógicos y epistemológicos), mientras que sólo algunos aspectos de ese fenómeno están previstos y regulados por normas. (...), b) Como consecuencia de ello, no se plantea siquiera el problema de la admisibilidad de las pruebas atípicas, dándose por descontada y obvia la respuesta positiva, c) Las normas en materia de pruebas no sirven para definir y delimitar el concepto jurídico de prueba porque cualquier cosa que sirva para establecer un hecho es una prueba. Su única utilidad (al menos en principio) es excluir la admisibilidad de algunos medios de prueba cuando existen razones específicas de exclusión, d) Dado que la prueba, también en el sentido jurídico del término, es cualquier cosa que sea útil para la determinación del hecho, el contexto a que ella se refiere es ‘abierto’ en el sentido de que es obvio y lícito emplear nociones, conceptos, y modelos de análisis provenientes de otros sectores de experiencia (...)” (pp. 341 y ss.).

El citado autor europeo - luego de explicar que los modelos antes expuestos son puros o teóricos y de sostener la mayor plausibilidad

de la segunda concepción - ya respecto a la regulación jurídica de la prueba y a la libertad de prueba, postula: “(...) *la prueba jurídica se define en función de la regulación legal del fenómeno probatorio, pero esta regulación ‘legal’ cubre sólo un área limitada – es variable en los distintos ordenamiento – de este fenómeno. (...).*” (Taruffo, 2005, pp. 357-358).

Añade el autor más adelante

(...) todo esto equivale a decir que en general existe un principio de ‘libertad de la prueba’ en función del cual todo elemento de conocimiento útil para la determinación del hecho puede ser usado sobre la base de los criterios cognoscitivos propios de la racionalidad general. En el territorio indeterminado que de esta forma queda identificado existen algunas ‘zonas’ en las que operan, en cambio, reglas jurídicas que de distintas formas (principalmente introduciendo limitaciones) se superponen y sustituyen a aquellos criterios, en función de exigencias o valores incorporados al ordenamiento jurídico y que se consideran que deben prevalecer sobre el principio de libertad de prueba.-(...).- Dado que (...) por libertad de la prueba se entiende en línea general la falta de regulación legal de la prueba, aquélla resulta especialmente relevante desde cuatro puntos de vista principales: a) la admisión de pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que excluyan la prueba del proceso, y por tanto está referida a la posibilidad de que las partes utilicen todos los elementos de prueba relevante de los que dispongan; b) la formación de la prueba, en la que la libertad significa ausencia de normas que regulen el modo en que la prueba se constituye, en el proceso y fuera de él; c) la valoración de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que predeterminen, vinculando al juez y a las partes, el valor que debe atribuirse a una prueba en la decisión; y finalmente, d) la elección de los elementos útiles para la decisión por parte del juez, en que la libertad significa que el juez puede buscar libremente los elementos de prueba y no está vinculado por normas sobre la elección de las pruebas que deben fundamentar el juicio de los hechos.- (...). Los distintos ordenamientos oscilan pues, entre estos dos extremos, sin alcanzarlos nunca íntegramente, y encuentran puntos de equilibrio situados en posiciones distintas en el ‘continuum’ entre libertad y legalidad (...) (Taruffo, 2005, pp. 359-361).

A su vez, el profesor DAVIS ECHANDÍA (2007), refiriéndose específicamente a la mayor o menos regulación normativa de la prueba en lo concerniente a los medios de prueba, asevera:

(...) existen dos sistemas para la fijación de los medios de prueba: el de prueba libre que deja al juez en libertad para admitir u ordenar lo que considere aptos para la formación de sus convencimiento, y el de pruebas legales, que señala legislativamente cuáles son. Puede existir también un sistema mixto, en el cual se enumeran los medios que el juez no puede desconocer pero se le otorga la facultad de admitir u ordenar otros que estime útiles. (...) en los sistemas de tarifa legal, se limitan por el legislador los medios utilizables en el proceso (sistema de pruebas legales), pues de otra manera no se podría fijar de antemano el mérito de cada uno; el juez sólo puede servirse de determinados medios y luego debe apreciarlos según reglas determinadas. Se produce así la acumulación de dos sistemas vinculados entre sí, pero de diferente contenido. El sistema de libre apreciación, también llamado de sana crítica o apreciación razonada, puede coincidir con el de pruebas legales que limita los medios admisibles, como en efecto ocurre en muchos países; pero puede haber también libertad de medios de prueba.- Creemos que la libertad de medios de prueba o sistema de la prueba libre es un complemento ideal del sistema de la libre apreciación, (...) (pp. 242-243).

### **1.3 MEDIOS PROBATORIOS REGLADOS Y MEDIOS PROBATORIOS ATÍPICOS**

Así las cosas, continuaremos nuestro marco teórico con dos supuestos: (i) la tendencia hacia una mayor libertad de prueba, especialmente en lo referido a la libre admisión de medios de confirmación y a la valoración judicial de los mismos. Nuestro punto de análisis se centra precisamente en los ordenamientos jurídicos en los que reina la aludida libertad probatoria; y (ii) que aún en los ordenamientos jurídicos en los que reina la aludida libertad probatoria –habida consideración que, como venimos diciendo, no existen sistemas absolutamente puros– existen igualmente, medios de confirmación procesal que se encuentra regulados por el legislador, ora a) estableciendo requisitos especiales para su admisibilidad, ora b) estableciendo reglas sobre su producción en el proceso, ora c) previendo excepcionalmente

alguna norma de tarifación de su ponderación para el juicio de los hechos. De guisa que pese de ser insostenible, en dicha hipótesis de trabajo, la taxatividad de los medios confirmatorios<sup>4</sup>, daremos por cierto la existencia de medios prueba regulados por la ley.

Así las cosas, en los ordenamientos jurídicos tendientes a la libertad probatoria, conviven por un lado, prueba no regulada o atípica y por otro lado, prueba reglada por el legislador, en el sentido ya expuesto. Como afirma JOSE MARÍA TORRES TRABA (2007) sobre este particular:

(...) el 'principio de libertad probatoria' postula que los elementos de prueba pueden ser introducidos al proceso con amplitud. Este sistema permite al juzgador admitir u ordenar los medios de prueba que considere idóneos para formar su convicción, aunque no se encuentren expresamente regulados. Enuncia los medios de prueba clásicos, pero expresa o tácitamente permite la producción de otros no regulados. Este sistema, a su vez, presenta dos modalidades; la primera de ellas es la que enumera los medios de prueba clásicos utilizables y consagra en una disposición expresa la facultad del juzgador de admitir u ordenar otros que estime convenientes.- (...). El otro sistema, (...), prevé algunos medios de prueba y no tiene norma expresa que permita al juez admitir otros, pero tampoco lo prohíbe. Por eso es posible su producción aplicando al caso las reglas de otros medios de prueba semejantes. (pp. 751-752)

#### 1.4 ETAPAS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

En lo concerniente a las etapas del proceso, y en particular sobre la etapa de admisibilidad probatoria, seguiremos al profesor ALVARADO VELLOSO (2009b) quien nos enseña que la confirmación procesal es una de las etapas que componen el proceso, las que –concatenadas lógicamente y consecutivamente– quedan fijadas en el siguiente orden: *afirmación, negación, confirmación y alegación* (pp. 41 y ss.). En la etapa de confirmación, según el precitado autor, (sic) *cada uno de los interesados (partes del proceso) –mediante el cumplimiento de reglas técnicas claras y precisas (...)- allegará al juez los medios (numerosos y disímiles) confirmatorios de las respectivas versiones. Aho-*

---

<sup>4</sup> Sobre en debate de la taxatividad de los medios de confirmación procesal, *vide*: Devis Echandía, Hernando. (2007 p. 244) y Taruffo, Michelle. (2005, p. 364).

ra bien, para el profesor de marras, a su vez, la etapa confirmatoria (sic) (...) *se compone de cuatro subetapas: la de ofrecimiento, la de aceptación, la de admisión y la de producción* (Alvarado, 2009a p. 153). Respecto de la etapa de ofrecimiento, señala que:

(...) abierta por el juez la etapa confirmatoria, la ley fija –o debe– fijar un determinado plazo para que cada parte ofrezca los medios de confirmación con los cuales cree que logrará oportunamente convencer al juzgador acerca de la razón que lo asiste y, así, ganar el pleito cuando él lo sentencia. En lo concerniente a la etapa de aceptación, postula que (sic) si se mira con atención el texto de las leyes procesales, se advertirá que esta subetapa no se encuentra habitualmente legislada, (...). Parece claro que, en orden a resguardar la bilateralidad de la audiencia -efecto primario de la igualdad de instancia de que deben gozar constitucionalmente las partes de un proceso- cada uno de los litigantes debe conocer inicialmente los medios de confirmación de los cuales se valdrá su contradictor, para tener oportunidad de decir y de hacer lo que fue respecto de ello.- Para cumplir tal bilateralidad, todo juez debe sustanciar los ofrecimientos de medios confirmatorios confiriendo traslados recíprocos a ambas partes en litigio, para que actúen en consecuencia a sus respectivos intereses. De tal modo, caso de no haber oposición, el juez podrá pasar inmediatamente y sin sobresaltos a la subetapa siguientes, en la cual procederá a admitir los medios ofertados. Caso contrario, hará lo propio luego de haber resuelto las oposiciones sustentadas. (Alvarado, 2009a p. 153 y ss.).

En lo atinente a la subetapa de admisión judicial el profesor en colación escribe:

(...) ofrecidos los medios confirmatorios y consentidos por ambas partes o resueltas por el juzgador las oposiciones deducidas, se abre esta subetapa, en la cual dicta resolución admitiéndolas y ordena su producción. (...)- Aquí es donde se ve muy clara la necesidad de cumplir la fase previa de aceptación por las partes de medios ofrecidos, (...). Y es cuando el juez ordena la producción de los medios del caso, ya no habrá oposiciones respecto de la admisión y se podrá entrar de lleno en la subetapa de producción.

Finalmente, en lo referido a la subetapa de producción afirma que (sic) *“admitidos los medios ofrecidos y ordenada su producción, resta ahora efectivizar cada uno de ellos. Para esto, se cita a las partes”* (Alvarado, 2009a p. 153 y ss.).

## 2. FUENTES DE PRUEBA CUYO OFRECIMIENTO SE REALIZA POR VÍA DE UN MEDIO DE CONFIRMACIÓN DIVERSO AL REGLADO POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO: PROBLEMA DE LA DENOMINADA PRUEBA ENCUBIERTA

### 2.1 PLANTEAMIENTO GENERAL: CONTROL DE PRUEBA Y ETAPAS EN LAS CUALES PUEDE CONCRETARSE

Ahora bien, en un procedimiento regido por la libertad de prueba y en el cual son admisibles *ab initio* cualquier medio confirmatorio, reglado o no, parece que se justifica a sí misma la posibilidad de que los propios justiciable elijan, sin mayores reparos, el medio de confirmación procesal que utilizarán como vehículo para el ingreso de sus fuentes probatorias, precisamente, porque campea la libertad probatoria y la regulación en la producción o formación de los medios confirmatorios se restringe sólo a algunos especificados, y no existiendo duda de la posibilidad de prueba atípica e innominada.

En lo que respecta a los controles sobre las pruebas, el profesor TARUFFO (2005) –quien se refiere en extenso sobre el punto– diferencia diversas técnicas de control de prueba (control por admisibilidad, control en la formación, control en la valoración) que operan en momentos diversos de la actividad confirmatoria (admisibilidad, producción, valoración), agregando además, otras formas de control allí donde no opera regulación legal específica (criterios de control racional, principio de contradicción entre las partes, y motivación del juicio sobre los hechos).

El profesor TARUFFO (2005) se refiere *in extenso* acerca del particular, tomando posición por qué el control de prueba y la manifestación más potente del principio de contradicción en materia confirmatoria, debe realizarse más bien en la etapa de valoración de los medios de prueba (pp. 379-381). Señala dicho autor que:

(...) la existencia de procedimientos normativamente regulados para la formación de determinadas pruebas no impide que elementos de prueba utilizables se formen de otras formas, estando claro que no puede haber identidad entre las pruebas formadas según procedimientos típicos y las pruebas formadas fuera del contexto en el que rigen esos procedimientos. Hay, además, una diferencia

esencial entre las pruebas formadas en el proceso en violación de las normas que regulan su formación de modo vinculante y la prueba formada fuera del proceso: la primera no puede ser utilizada porque es nula o ilícita, mientras que la segunda no presenta ningún vicio jurídicamente relevante y, por tanto, no hay razón para que no pueda ser utilizada.- (...)” (pp. 410-411).

Por último, en lo que concierne al extenso tratamiento del autor citado, dicho profesor italiano, en lo atinente, específicamente, sobre el principio de contradicción<sup>5</sup> como control de la actividad probatoria en relación al tema en debate, expone:

“no es casualidad que una de las razones principales por las que la ley regula el procedimiento de formación de determinados medios de prueba es, precisamente, la introducción de garantías procedimentales adecuadas para asegurar la aceptabilidad de la prueba. Entre los instrumentos que se adoptan para este fin, corresponde un papel importante al principio de contradicción entre las partes. La contradicción en la formación de las pruebas, en realidad, no tiene únicamente la función formal de “completar” la implementación de la garantía de la defensa, sino también, y especialmente, la de hacer que la actividad de las partes sirva para verificar in itinere la calidad de la prueba que se forma.- Es necesario, sin embargo, observar que el problema no se agota con la remisión al principio general de contradicción entre las partes y tampoco con la referencia a la forma en que éste se implementa en uno u otro ordenamiento positivo.- (...), conviene recordar, (...), que el principio de contradicción entre las partes en la formación de las pruebas no puede ser entendido como una condición general y absoluta de utilizabilidad del medio de prueba. Aparte de la discutida categoría de las pruebas atípicas, hay también numerosas pruebas típicas que no se forman mediante la contradicción entre las partes, porque las partes no participan o no participan ambas, en su formación; sin embargo, nadie duda razonablemente de la posibilidad de utilizar estas pruebas para la determinación del hecho. Por ello, la regla de la formación de la prueba mediante la contradicción entre las partes vale sólo ‘en el proceso’, es decir, para las pruebas denominadas de formación procesal, que se crean precisamente en el proceso. Para el resto de las pruebas se plantea también un problema de

---

<sup>5</sup> Sobre el principio de contradicción, en extenso: FERRAJOLI, Luigi. (2009, PP. 613-615) y MIDON, Marcelo Sebastián (2007b, pp.89-90).

garantía de la contradicción, pero no en referencia a su formación sino a su valoración.” (Taruffo, 2005, p. 430.)

El profesor ALVARADO VELLOSO (2009a) no trata específicamente la cuestión y de esta guisa no entrega una posición tan explícita. No obstante, al tratar el tema relativo a la subetapa de admisión judicial de los medios ofrecidos dentro de la fase de confirmación en el proceso, ubica dentro de los medios *improcedentes* o *inadmisibles* precisamente a los medios cuya producción se realiza evadiendo el control de las partes. En efecto, dicho autor señala que: “*Es medio confirmatorio ‘improcedente’ o ‘inadmisible’: (...) el que se ofrece como ya producido sin haberse respectado el control de partes (...)*. Respecto del caso de inadmisibilidad cita como ejemplo, a pie de página, dicho académico lo siguiente: (sic) *refiero al típico caso de la escritura pública de constatación extrajudicial de algún hecho que hace un escribano a requerimiento de una de las partes y a espaldas de la otra.*” (pp. 163-164)

## **2.2 CONTROL POR LA OMISIÓN EX ANTE DE LAS NORMAS REGLADAS SOBRE FORMACIÓN O PRODUCCIÓN PROBATORIA: ¿ADMISIBILIDAD O VALORACIÓN?**

Acerca del control de la prueba dentro del *iter* probatorio, se presenta la interrogante referida al momento en el cual debe ubicarse dicho resguardo respecto de las fuentes probatorias. Aquellas, que son ofertadas por las partes por la vía de un medio probatorio diverso a aquel reglado que se adecua más a dicha fuente y cuyas reglas de producción son de un mayor estándar de contradicción en materia confirmatoria.

En efecto y como venimos diciendo (so pretexto de la libertad probatoria, en especial con la excusa de la libertad de medios confirmatorios y de la sana crítica, como sistema ponderativo de mayor margen de apreciación de la eficacia probatoria en el sentenciador) las partes, a fin de evitar y evadir los mayores estándares de contradicción que concretan las normas legales de formación de determinados medios de confirmación específicamente regulados, pueden verse seducidas a producir y construir, *ex ante* y fuera del proceso, un medio de prueba diverso al reglado (sea mediante uno innominado u otro reglado de más bajo estándar de control *in itinere*) para

introducir fuentes probatorias con un menor control de su calidad, generando así, información para intentar persuadir al juzgador de la confirmación de los extremos fácticos de su respectiva pretensión en el proceso.

La operatividad de las técnicas de control de prueba puede ubicarse a nivel de admisibilidad de los medios de prueba o a nivel de valoración de los medios confirmatorios. También podrían repartirse los controles, pudiendo convivir un testeo tanto en la etapa de admisibilidad como en la de valoración.<sup>6</sup>

### **3. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA ANTICIPACIÓN DEL CONTRADICTORIO Y DE UN CONTROL DE LA ACTIVIDAD CONFIRMATORIA A LA ETAPA DE ADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS PROBATORIOS**

#### **3.1 LIMITACIÓN TANTO AL DERECHO A PRUEBA COMO A LA LIBERTAD PROBATORIA**

Como podrá ya colegirse, uno de los pilares argumentativos para sostener un criterio preferentemente inclusivo de los medios de prueba al proceso sería, precisamente, la libertad probatoria y el derecho a prueba como componente del debido proceso.

En cuanto a la libertad de prueba, se sostiene en resumen -como explicamos latamente *supra*- que (...) *por libertad de la prueba se entiende en línea general la falta de regulación legal de la prueba,*

---

<sup>6</sup> Sobre algunas citas doctrinales que pueden, directa o indirectamente, referirse al debate en colación, *vide*, en una posición de postergación del control a las etapas de alegación y valoración, principalmente: TARUFFO, M. (2005, pp. 379-381, 410-411, y 430). En una posición de resguardo, a nivel de admisibilidad, de la prueba producida sin los controles de las partes: ALVARADO VELLOSO, Adolfo. (2009a, pp. 163-164). Respecto del específico control de la formación de la prueba pericial, en etapas anteriores a la de valoración: BERIZONCE, Roberto Omar. (2009, pp. 346-347); y véase también a CARBONE, Carlos Alberto (2009, pp. 351 y ss). En una posición que alzaprima la idoneidad del medio probatorio de mejor fiabilidad *ab initio* en perjuicio de otros medios de menor fiabilidad (De algún modo – en nuestra opinión – se nos recuerda lo que en el ámbito angloamericano suele denominarse como regla de la mejor evidencia [*best evidence rule*], más allá del particular origen histórico de dicha regla referida a la desconfianza de las copias de documentos originales, por la deficiencia técnicas para las copias, destacando en épocas pretéritas la facción de copias por amanuenses): FALCON, Enrique M. (2009, pp. 116-116)

*aquella resulta especialmente relevante [en] (...) la admisión de pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que excluyan la prueba del proceso, y por tanto está referida a la posibilidad de que las partes utilicen todos los elementos de prueba relevantes de los que dispongan; (...).- Un sistema jurídico que maximice la freedom of proof no tiene que incluir norma alguna sobre ninguno de esos aspectos: (...) [las negrillas y subrayado son nuestros] (Taruffo, 2005). Agregamos que dicha libertad de prueba, importaría una amplitud y apertura a la utilización de cualquier medio confirmatorio, sean reglados o atípicos. Ello, daría margen a la posibilidad de utilización de indistintamente cualquier medio confirmatorio para la incorporación del material probatorio, de guisa que, serán las partes quienes realicen la elección, con ese margen de libertad, de los medios confirmatorios por los cuales introducirán las diversas fuentes de prueba pesquisadas o recolectadas con anterioridad. Así las cosas, y siempre en este hilo de ideas, el riesgo de elegir bien o mal el vehículo procesal para que las fuentes de confirmación ingresen al proceso (elección del medio de prueba) deberá evaluarse en el momento de sentenciar, sin que sea procedente que el juez restrinja durante el procesar dicha libertad probatoria.*

En cuanto al derecho a prueba —en engarce directo con la libertad probatoria— se sostiene que importa *el poder de utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso*<sup>7</sup>, de guisa que, como señala COUTURE: “*la ley que haga imposible la prueba, es tan inconstitucional como la ley que haga imposible la defensa*” (p. 66). El citado derecho a probar de las partes, en una visión extrema, conlleva también, desde ese prisma, el respeto irrestricto a las partes en su facultad de elegir los medios de confirmación a través de los cuales pretenden incorporar las fuentes de pruebas para la acreditación de las afirmaciones fácticas del caso que presentan a juicio. De este modo, anticipar el control o contradictorio de la prueba a tal intensidad de inadmitir y negar la producción o incorporación de los medios de prueba ofrecida por las partes, conllevaría una lesión en la esencia del precitado derecho a prueba que

---

<sup>7</sup> Midon, M. Concepto de prueba, jerarquía y contenido del derecho a prueba. Tratado de la prueba. Resistencia. Librería de la Paz. 2007. pág. 42.

ostentan los justiciables y que sería, una garantía configurativa de un proceso justo y racional.

Creemos, sin embargo, que ni la libertad probatoria ni el derecho a prueba pueden fundar la imposibilidad de controlar, en la etapa de admisibilidad dentro del proceso, los medios de confirmación que ingresan al mismo. Si bien es cierto, que en los sistemas con libertad de prueba queda entregada a las partes la elección de los medios probatorios, reglados o atípicos, mediante los cuales ingresarán sus fuentes de prueba tendientes a acreditar sus afirmaciones y que éstas gozan del derecho a probar en cuya virtud pueden efectivamente ofrecer y producir dicha prueba; también es efectivo, que existen limitaciones previstas por el propio ordenamiento jurídico, sea mediante principios o reglas explícitas o mediante principios o reglas implícitas.

Bien explica la doctrina, que la utilidad epistemológica o relevancia de la prueba no es el único requisito (aspecto lógico de la prueba) sino que, a renglón seguido y superada dicha primera valla, el ordenamiento jurídico previene siempre razones jurídicas (aspecto jurídico de la prueba) para excluir material probatorio que, *prima facie*, es útil para la confirmación de los hechos en debate, por el privilegio de otros valores, intereses, y derechos que son apreciados como dignos de amparo y protección por el propio sistema. Por todos, vale la utilización de las categorías de *relevancia* y *admisibilidad* bien explicada por TARUFFO (2005), para quien la segunda categoría solo opera respecto de prueba epistemológicamente útil: (sic) *el criterio de admisibilidad opera únicamente en el sentido de excluir del proceso pruebas que serían relevantes para la determinación de los hechos* (p. 364).

Con todo, si bien la mayor o menor admisibilidad de prueba depende de cada ordenamiento jurídico en concreto<sup>8</sup>, es evidente que la restricción de la oferta de prueba efectuada por las partes, por la razones político-legislativas que sean, conforma una restricción tanto del derecho a prueba como de la libertad probatoria, siendo del caso que dicha restricción sea tolerada por el propio sistema. Dicho de otro modo, ni el derecho a prueba ni la libertad de prueba son derechos absolutos en su ejercicio que permitan *–per se* y sin limitaciones jurí-

---

<sup>8</sup> Destaca el celo con los sistemas angloamericanos regulan la admisibilidad probatoria, mediante las denominadas *exclusionary rules*.

dicas alguna— el ofrecimiento y producción de todo y cualquier medio probatorio ofrecido por las partes. Lo antedicho resulta evidente, si participamos de la idea de la necesaria protección de otros valores que pueden verse amenazados durante el desarrollo del proceso, como son —en un ejemplo de manual— las garantías fundamentales. Una interpretación diversa conllevaría, como consecuencia lógica, la tolerancia de cualquier afectación de derechos o garantías fundamentales, que la libertad y el derecho de prueba pudiesen ocasionar.

A su vez, si se privilegia la obtención de la verdad como fin último del proceso podría primar una suerte de meta como es la obtención de la verdad a cualquier costo. Pero ni aún quienes defienden la obtención de la verdad como fin del proceso<sup>9</sup> postulan un derecho y libertad probatoria sin limitaciones que garanticen otros derechos iguales o más valiosos. De ahí, que podemos inferir como corolario que ni la libertad ni el derecho a la prueba, pueden, por sí solos, sustentar sin más la imposibilidad de excluir medios probatorios, por fundadas razones que sustenten la inadmisibilidad de los respectivos medios confirmatorios, en resguardo de garantías y derechos tanto o más valiosos para el propio sistema, ya sea que conformen estándares propios de un debido proceso<sup>10</sup> o ya sea que, conformen algún otro derecho dentro del llamado bloque de constitucionalidad.

### **3.2 Mejor calidad de la prueba: razones epistemológicas para una regla de la mejor evidencia posible**

Ahora bien, son las partes las que están en mejor condiciones para la aportación tanto de los hechos como de la prueba al proceso.

---

<sup>9</sup> En particular sobre las concepciones políticas totalitarias y la persecución obsesiva de la llamada verdad objetiva o material: MONTERO AROCA, Juan. (2010, PP. 41 Y SS.).

<sup>10</sup> Para el profesor Alvarado Velloso (2009B) el debido proceso “*es aquel que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad de instar ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente).*— En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios (...)”; agregando en su obra que los principios procesales, que conforman a un proceso como tal, “(…) son sólo cinco: 1) imparcialidad del juzgador; 2) la igualdad de las partes litigantes; 3) la transitoriedad del proceso; 4) la eficacia de la serie procedimental, y 5) la moralidad del debate.” (pp. 331 y 339).

Como dice CHIOVENDA (1925), “*las partes son los mejores jueces de su propia defensa*” (citado por Montero, 2010, p. 30). De lo referido se colige que, en principio, las partes abogaran por aportar al proceso la prueba de mejor calidad para la acreditación de los extremos fácticos que sustentan sus pretensiones en competencia, de modo que ninguna parte correrá el riesgo –salvo que quiera perder el pleito– de ofrecer y producir medios confirmatorios de baja calidad o faltos de credibilidad como para que no surtan el efecto convictivo en el juzgador. Quien quiera obtener en juicio procurará –en este hilo de ideas– aportar prueba creíble y de buena calidad.

Empero, la prueba en el proceso se va formando –en su *lato sensu*– por la intervención dialéctica de las partes del mismo, de guisa que, el principio de contradicción en sede probatoria y un real diseño adversarial del proceso -lo que incluye su etapa confirmatoria- tiende a mejorar la calidad del material fáctico que se adquiere en el debate. Optimizar la posibilidad de una mayor participación -dentro de lo posible- de las partes en la producción de la prueba de la contraparte, permite un mayor testeo de la calidad de la información, lo que conlleva a una mejor calidad de la misma. Lo expuesto no se refiere, como pudiese pensarse, a alzaprimar la verdad como finalidad superlativa del proceso, más allá que esta línea argumental expuesta pueda satisfacer dicho punto. Se refiere –o a lo menos, también se refiere– a optimizar un modelo acusatorio o adversarial, en el cual las versiones fácticas de los contendores compitan en igualdad de armas, obteniéndose una mejor calidad de la información que puede ingresar al proceso mediando para ello mayores controles horizontales y cruzados respecto de los medios de confirmación que se producen o incorporan. En la medida que se posibilita mejorar y controlar recíprocamente la información fáctica vertida por cada medio probatorio en particular, dicha información mejora en su calidad y se optimiza la competencia igualitaria.

De ahí, que deba preferirse que una determinada fuente de información que existe en el ámbito extraprocesal (fuente de prueba) ingrese al proceso mediante el medio probatorio que pueda ser, *ab initio*, la vía de obtención informativa más testeable y por ende, de la mejor calidad posible.

Reiteramos que la mejor calidad de la información no tiene como destinatario –si se quiere, en una visión más conciliadora, único des-

tinatario— al juez permitiéndole alcanzar una solución más cercana a la verdad; sino que optimiza la posición adversarial de las partes en el proceso permitiéndole generar más información útil para la confirmación o acreditación de la respectiva teoría del caso con la cual compiten en el proceso.

Podría replicarse que cada parte correrá el riesgo, al realizar la elección libre del medio probatorio por el cual incorporar una determinada fuente de prueba, de no entregar un medio confirmatorio de calidad y, por tanto, perder el pleito. El control de la contraria sería baladí o inane desde ese prisma. No obstante pensamos, que la preferencia por los medios probatorios de mayor control o contradictorio en su producción no concierne sólo a la parte que ofrece dicho medio confirmatorio (más allá de poder beneficiarse con el crédito que le generará una prueba que pasa —en una versión cuasi falsacionista del asunto— por el filtro o embate crítico del testeo o control de la contraparte), sino que también permite a la parte que realiza el control mejorar la calidad de la información fáctica incorporada al proceso, pudiendo, de esa manera, tanto contrarrestar la aportación fáctica que pueda servir a la contraria como, también, generar aportación fáctica que pueda sustentar su propia versión de los hechos en debate. La optimización de la calidad de la información enriquece el debate y entrega más herramientas para que ambas partes puedan competir en el debate adversarial y dialéctico que implica el proceso.

Así las cosas, existen casos de evidente discordancia entre la fuente probatoria que se pretende ingresar al proceso y el medio de prueba elegido para aquello, que conlleva evadir las normas procedimentales que permiten a la contraria controlar la formación de la prueba. Un ejemplo: En un procedimiento oral en el cual la prueba de peritos se produce con la declaración del perito, con las garantías de acompañar obligatoriamente de manera previa documentos de idoneidad del perito, de su juramento previo que conlleva que si miente pueda ser perseguido penalmente, de tener a disposición su informe con anticipación al juicio oral y de realizar posibles preguntas de contra examen para contrastar su idoneidad, veracidad y calidad de su informe<sup>11</sup>; en vez de ingresar el conocimiento experto

---

<sup>11</sup> Mecanismos legales de control que de estilo se establecen para la prueba pericial en los procedimientos orales.

que ostenta un perito en determinada materia mediante las reglas procedimentales de la prueba pericial, se opta por ofrecer e ingresar dicha información mediante una prueba documental (ofertando el informe pericial como documento), se priva a la parte del control de dicha información, minimizando su calidad, ya que se impide –por la omisión de la normas procedimentales de producción de la prueba de peritos– contrarrestar su contenido o la idoneidad de su emisor y/o se imposibilita la obtención de información que incluso pueda favorecer a dicho contendor.

Podría cuestionarse que antes de la producción de la prueba en concreto, no puede saberse –*ex ante facto*– ni la calidad de la misma ni cuál sería el medio probatorio más idóneo para optimizar dicha calidad; por lo cual, el control no puede realizarse en la fase de admisibilidad probatoria sin comprometer una eventual valoración anticipada de los medios de confirmación. Para los sistemas tarifados será la ley quien asigne valor a cada medio de prueba, y para los sistemas con sana crítica la ponderación debe realizarse por el juzgador recién al momento de sentenciar y no durante el proceso. No obstante, la inadmisibilidad debe aplicarse para los casos palmarios de evasión o efugio de las normas de prueba reglada, en los cuales dicha inaceptabilidad se sustenta –entre otras razones– en la más baja calidad de la información que se obtendrá por el medio probatorio subrogante del medio de prueba idóneo. Que, al optimizar la contradicción de las partes, perfecciona una mayor competencia en la obtención de material fáctico para sustentar las pretensiones en debate. En el ejemplo arriba dado, si el conocimiento de una persona experta en un oficio o arte quiere incorporarse mediante prueba documental para evadir los controles propios de la prueba de peritos (prueba pericial encubierta como prueba documental), puede racionalmente hacerse la prognosis que la información fáctica que pueda adquirirse para el proceso será de más baja calidad<sup>12</sup>.

También podría sostenerse, que la posibilidad de contraprueba cumple también dicha finalidad de control, permitiendo a las partes optimizar y mejorar la información fáctica que sirva a sus posiciones

---

<sup>12</sup> En una posición que alzaprima la idoneidad del medio probatorio de mejor fiabilidad *ab initio* en perjuicio de otros medios de menor fiabilidad: FALCON, Enrique M. (2009, pp. 116-116).

en el proceso. Sin duda, es una vía posible, no obstante, no derrota la optimización del material probatorio que importa anticipar el control de una eventual prueba encubierta en la fase de admisibilidad. Además, la producción de prueba no sólo debe configurarse como una actividad unilateral de cada parte, cuya evaluación de resultado se medirá recién en la sentencia, sino que por el contrario, un diseño adversarial y contradictorio del proceso debe preferir los controles horizontales en la formación de la prueba, prefiriendo –para los casos evidentes– la utilización de los medios probatorios reglados que tienden a un mayor control de la prueba. No se trata de proscribir la utilización de otros medios probatorios, reglados o no reglados, sino meramente se exige un mínimo estándar para que la fuente probatoria ingrese por el medio de prueba que optimice un mayor control cuando su aplicación sea manifiesta.

### **3.3 RIESGO DE LA POSTERGACIÓN DEL CONTROL DE CORRESPONDENCIA: PERTINENCIA DEL MEDIO CONFIRMATORIO, RESPECTO DE UNA FUENTE PROBATORIA QUE SE PRETENDE INGRESAR AL PROCESO, COMO GARANTÍA CONTRA EL PREJUZGAMIENTO DEL SENTENCIADOR POR SOBREALORACIÓN DE PRUEBA NO CONTROLADA EN SU FORMACIÓN**

Ahora bien, aún en los sistemas con libertad probatoria, en los cuales reina la sana crítica como mecanismo de ponderación de la eficacia de los medios confirmatorios, tenemos que –en principio– habrá medios de prueba que generan mayor convicción en el juzgador que otros.<sup>13</sup>

Piense que una de las partes –para omitir los controles que los ordenamientos jurídicos previenen para dichos medios confirmatorios de mayor convencimiento y así preterir el cumplimiento de todas las normas procedimentales de prueba pericial– introduce, sin que pueda excluirse en la etapa de admisibilidad, la misma información

---

<sup>13</sup> Verbigracia: es razonable sostener que, por regla, un juez dará más crédito a lo que diga un perito (máxime en un peritaje científico y no de opinión o dictamen) dentro de la esfera de su conocimiento experto, en perjuicio de lo que pueda declarar un testigo lego que no es experto en la materia. Quizá el ejemplo tiene el infortunio de ser casi irrefutable por ser los conocimientos científicamente afianzados un límite normativo a la sana crítica; pero – intencionadamente – utilizo dicho caso para marcar el punto.

mediante otro medio de confirmación diverso de menor estándar de control o contradictorio, evitando la posibilidad de la contraria de utilizar las normas procedimentales que vienen a garantizar el control de la prueba de mayor convictividad. Creemos, en dicho caso, que la *praxis* parece sugerir que el juez ya habrá recibido toda esa información y que será sugestiva para que el juez la pueda preconcebir atribuyéndole al medio de confirmación subrogante (de menos control en su producción y de menor confiabilidad) el mismo grado de certeza que al medio confirmatorio subrogado (de mayor control en su producción o en su incorporación al proceso y de mayor confiabilidad). En síntesis, le resultará muy difícil al juzgador sacar de su cabeza dicha información incorporada por el medio confirmatorio subrogante aún cuando en la motivación de la sentencia pueda sostener que no la valoró como el medio de prueba subrogado. Existe un razonable *peligro, concreto y fuerte* de que el juez, igualmente, la trate como tal.

De ahí, que puede colegirse una buena razón para optimizar el cumplimiento de las formas procedimentales que rigen cada uno de los medios confirmatorios reglados –adelantando su control a nivel de admisibilidad–, cual es evitar que con su omisión o efugio se pueda generar información, no testada, que el juez pueda prejuizar como más fiable. El establecimiento de normas regladas de prueba, optimizando el contradictorio de las partes para testar la calidad de la información, tiende –entre otras cosas– a evitar o limitar el *riesgo de la sobrevaloración respecto de prueba de baja calidad*, como sería, por ejemplo, el ingreso al proceso de un conocimiento experto sin los controles de ambas partes, mediante la construcción o pre constitución de la prueba fuera del proceso (ej.: facción del documento consistente en el mismo informe pericial, sin el control de la contraria) y posterior incorporación sin mayores –o al menos mejores– posibilidades con refutación de dicho material informativo. Para redondear la idea, las normas regladas, en el ejemplo utilizado, resguardan tendencialmente un posible *prejuzgamiento*<sup>14</sup> del juzgador por *sobrevaloración*<sup>15</sup> de prueba de baja fiabilidad cognitiva.

---

<sup>14</sup> En extenso sobre prejuizamiento: HOTHAM, Rochard A. (2007).

<sup>15</sup> En Chile el profesor penalista Héctor Hernández Basualto (2010) desarrolla una interesante posición para sustentar la exclusión de los denominados “*testigos de*

El control preventivo de la correspondencia o pertinencia entre la fuente probatoria que pretende introducirse al proceso y el medio probatorio utilizado puede operar, así también, como garantía que tendencialmente evite sobrevalorar prueba poco confiable y de esta guisa, resguardar el derecho a un juez imparcial, habida consideración que la imparcialidad se alzaprima como principio configurativo del debido proceso. De esta manera, la necesidad de exclusión de prueba encubierta que omite los controles de las partes sobre la formación de la prueba se sustenta en evitar que dicha prueba subrogante de la más idónea, pese al bajo valor epistemológico, pueda ser sobrevalorada por el prejuizamiento que puede generar la asociación –consiente o no por el juez, pero acá se trata de poner límites normativos a ese riesgo muy real– al medio probatorio subrogado.<sup>16</sup>

### **3.4 ASPECTO TELEOLÓGICO Y DE GARANTÍAS DE LAS FORMAS PROCESALES: AFECTACIÓN DE LA IGUALDAD DE LAS PARTES Y DE LA MORALIDAD DEL DEBATE, CON LA PRODUCCIÓN DE PRUEBA FUERA DEL PROCESO PARA LA FRAGANTE OMISIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES DE PRODUCCIÓN DE PRUEBA *IN ITINERE***

Las formas procesales no son huera en contenido sino que apuntan a garantizar y proteger aspectos valorados por el propio ordenamiento jurídico. Sin duda que la defensa en juicio es el derecho que gran parte de las normas procedimentales tienden a garantizar. Lo anterior, es lo que viene en denominarse *aspecto teleológico de*

---

*contexto*” en los procesos penales, postulando que su admisión arroja el peligro de una sobrevaloración de la información que éstos puedan incorporar, afectándose así la racionalidad del juicio y lesionándose de esta guisa la imparcialidad del juzgador, por prejuizamiento, poniéndose en jaque también la carga probatoria que pesa sobre el órgano persecutor penal como corolario de la presunción (o estado) de inocencia; debiendo operar la inadmisibilidad de prueba como estándar de garantía.

<sup>16</sup> Sin duda que un aspecto relevante a analizar, para pulir esta línea argumental, sería identificar aquellos específicos medios probatorios reglados que, por omisión de sus reglas de producción, sean particularmente sensibles a provocar lo que hemos denominado (utilizando *mutatis mutandi* la nomenclatura de Hernández Basualto) *prejuizamiento por sobrevaloración* del medio probatorio subrogante por el cual se encubre el medio confirmatorio original que más se correspondería con la fuente de prueba respectiva.

*las formas procesales*<sup>17</sup>, ya que la correcta regularidad de los actos procedimentales no es un fin en sí, sino que más bien garantizan el derecho a defensa de los justiciables<sup>18</sup>. Los ordenamientos jurídicos transitan en la constante tensión entre dos reglas opuestas para regular las formas en el proceso: la de *plena libertad* y la de *formalidad preestablecida*<sup>19</sup>. Con todo, el establecimiento de formas legales (legalidad de las formas procesales), aún en sistemas jurídicos –o en aspecto o parcelas de éstos– predominantemente con libertad de formas, cumplen fines de garantía.

Respecto de la actividad probatoria, por la importancia que tiene la etapa confirmatoria, la satisfacción de las normas que reglan ciertos medios de prueba se torna en una garantía para la defensa en juicio, de modo que cuando la ley prevé un procedimiento específico para la formación de una prueba ésta se crea válidamente sólo a través de las modalidades previstas por el mismo legislador. Como sostiene CAVALLONE: “*si no fuese así se reducirían las normas sobre la instrucción probatoria a una serie de sugerencias paternas del legislador*” (citado en Taruffo, 2005, p. 380).

Ahora bien, es efectivo que si se omite el cumplimiento de las normas procedimentales sobre determinada formación de prueba reglada mediante la utilización de otro medio de prueba, el acto procedimental irregular no se llega a producir, por lo que no podría operar una nulidad procesal. La regularidad o irregularidad del acto procedimental sólo cobra sentido dentro del proceso y si no se utiliza la vía del medio confirmatorio reglado, no podrá llegar a haber ni acto

---

<sup>17</sup> La alocución la tomamos del procesalista y profesor chileno: TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Apuntes personales de clase, sin edición.

<sup>18</sup> Alvarado Velloso (2009b), en lo concerniente a la función de garantía de las formas procesales - y a propósito de la regularidad de los actos procedimentales y de su contrafaz: los actos irregulares y de la nulidad procesal como sanción imputable a la irregularidad de los actos procedimentales, señala: (sic) *ya es hora de intentar un acercamiento a la definición de ‘declaración de nulidad’: es la sanción (repito que utilizo el vocablo con una significación muy genérica) que priva de efectos (eficacia) a un actor procedimental en cuya estructura no se han guardado los elementos ejemplares de modelo, en tanto ellos constituyen garantías de los derechos justiciables* (el subrayado es nuestro) (p. 385).

<sup>19</sup> Sobre la *libertad* versus la *legalidad de las formas*: ALVARADO VELLOSO, Adolfo. (2009, p. 351).

regular ni acto irregular propiamente tal. Como bien lo explica TARUFFO (2005), a quien ya citamos en este punto:

“(…), la existencia de procedimientos legales de formación de la prueba excluye que la prueba se forme en modalidades distintas ‘en ese contexto’, pero no excluye en absoluto que se sigan modalidades diversas en otros contextos y que, a pesar de ello, se obtengan elementos de prueba utilizables en juicio.- Tómese el ejemplo (...) de la prueba testifical. Si se trata de una prueba testifical en sentido estricto, puede formarse únicamente en el proceso y por medio de la aplicación puntual de las normas que regulan su producción. Pero estas normas valen ‘en el proceso’, no fuera del mismo, de modo que frente a una declaración de contenido testifical ofrecida por un tercero fuera del proceso no se podrá decir que es nula o ilícita porque no se ha realizado según las normas procesales sobre la prueba testifical. Se podrá decir que no es una prueba testifical en sentido estricto, pero ciertamente no se podrá decir que es una prueba testifical nula o ilícita: en consecuencia, el problema de su utilización en juicio se plantea y resuelve sobre la base de otras argumentaciones. Una declaración extrajudicial de un tercero será en principio admisible si es relevante para la determinación de los hechos y no puede ser excluida sólo porque no se ha formado según las reglas que regulan la asunción de la prueba testifical en juicio”. (p. 381).

No obstante y respecto de lo señalado en el párrafo anterior, la omisión de las formas procesales igual se produce, *ex ante* y no *in itinere*, pero igualmente se pretieren u omiten las formas procedimentales sobre la formación de específicos medios de confirmación procesal. Con todo, observemos lo siguiente: si dichas formas procedimentales previstas por la ley para la formación de específicos medios de confirmación procesal operan como garantía para el resguardo de la defensa de los justiciables, es del caso, que la omisión de la regularidad de dichos actos procedimentales siempre va a afectar esas garantías que el legislador estableció igualitariamente para todas las partes del proceso, ora que dicha omisión se ocasione por infracción en el desarrollo mismo de concreción de dichas formas procesales (irregularidad del acto por vicios *in itinere*) ora, que dicha omisión se produzca por la evasión del cumplimiento de dichas formas procesal a través de conductas procesales previas a la fase de realización de dichos actos procedimentales (omisión *ex ante*). La garantía igual-

mente se lesionó. En el primer caso (irregularidad del acto por vicios *in itinere*) podrá acudir a la institución de la *nulidad procesal* como salvaguarda de la regularidad de los actos procedimentales. En el segundo, no podrá operar la nulidad procesal, ya que no hay un vicio *in itinere*, por lo que tendrá que echarse mano a otras vías de control para evitar la lesión de las garantías de defensa que ínsitamente materializan las formas procesales sobre prueba reglada. En los sistemas procesales con libertad de prueba, si el legislador reguló “algunos” medios de confirmación no es sólo por un preciosismo retórico ni para acopiar más palabras y así engordar el texto normativo de turno, sino que ciertas garantías de defensa se busca proteger.

Debemos agregar que, si las formas procedimentales sobre formación de específicos medios confirmatorios reglados están previstos previamente por la ley para todas las partes que intervienen en un proceso, se puede postular –sin forzamiento en el análisis– que dichas formas procesales cumplen también un rol igualador para los justiciables en contienda. Las formas procesales sobre prueba reglada protegen así la igualdad de las partes en la producción y control de determinados medios de confirmación procesal. De esta guisa, su omisión *ex ante* por el derrotero de un medio de prueba encubierto lesiona dicha igualdad de armas de las partes, tanto en lo referido a la disparidad de trato a los justiciables (habrán litigante que para realizar su aportación probatoria tendrán que pasar por los filtros de la prueba reglada idónea, mientras que otros litigante no pasaran por todo eso) y tanto en la afectación de la posibilidad de contradicción de la contendora.

Además en casos evidentes de ofrecimiento de prueba encubierta, se configura una conducta flagrante de una parte tendiente a la omisión de normas que garantizan el control de la contraria, lo cual también afecta la moralidad del debate como principio informador del proceso.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Sobre la igualdad de las partes y la moralidad del debate como principios del debido proceso, *vide*: Alvarado Velloso, Adolfo (2009b, pp. 339 y ss.). En igual sentido y siguiendo al profesor Alvarado: Tavolari Oliveros, R. El proceso civil chileno: una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción de cara a la reforma. Tavolari Oliveros, R. (ed.). Tribunales, jurisdicción y proceso. Santiago. 1994. p.44-72.

#### **4. LA EXCLUSIÓN PROBATORIA NO IMPORTA UN PREJUZGAMIENTO DE LOS MEDIOS DE CONFIRMACIÓN INADMITIDOS**

Bien podría sostenerse, en contra de la tesis que postulamos, que toda inadmisión de un medio de confirmación procesal, *ex ante* a la introducción del medio confirmatorio al proceso, importa un prejuizgamiento del juez respecto del mismo, ya que necesariamente deberá igualmente analizar el fondo de la cuestión puesta en su conocimiento, afectándose de esta guisa la garantía a un juez imparcial.

Creemos que eso no es así. En efecto, lo que se postula no es el análisis de la pertinencia del medio confirmatorio respecto de los hechos articulados en el debate entre las partes, durante las etapas de afirmación y negación; lo cual podría poner en juego un eventual prejuizgamiento al haber un pronunciamiento previo sobre el juicio de los hechos, en añadidura a que dicha exclusión probatoria muchas veces impide a las partes generar confirmación mediante la utilización de prueba indiciaria.

Lo que se sostiene, es el control anticipado respecto de la (in) admisibilidad o (im)procedencia del medio de confirmación ofrecido para, en el evento de que el que se ofrece como ya producido, no haya respetado el control de partes previsto en las concretas normas procedimentales sobre su producción en el proceso. En este caso, no existe el peligro de que el juzgador previamente al sentenciar se pronuncie sobre el juicio de los hechos, sino que simplemente controla el cumplimiento de las normas de producción *in itinere* de determinados medios confirmatorios reglados. Se trata de testar la satisfacción normativa de las reglas que se incorporan en la etapa de prueba, precisamente para garantizar el contradictorio en dicha etapa confirmatoria y así, alzaprimar la garantía a la defensa en juicio.

#### **5. PROPORCIONALIDAD ENTRE LA MAYOR LIBERTAD DEL JUZGADOR PARA VALORAR LOS DIVERSOS MEDIOS CONFIRMATORIOS Y UN MAYOR CONTROL DE ADMISIBILIDAD DE LOS MISMOS**

Creemos que —pese que *primaefacie* un ordenamiento jurídico en que reine la sana crítica permite el ingreso amplio de cualquier medio de confirmación procesal, incluyendo los no reglados y los inno-

minados— mientras mayor libertad tenga el juzgador para valorar los diversos medios confirmatorios que ingresan al proceso, mayor debe ser también el control de admisibilidad para el evento que el medio de prueba que se ofrece como ya producido, no haya respetado el control de partes previsto en las concretas normas procedimentales sobre su producción en el proceso: a mayor libertad mayor control.

Como hemos venido sosteniendo, los peligros de la llamada *prueba encubierta* son más bien —quizá no totalmente— inofensivos o inanes en los ordenamientos con prueba legal o tasada. En éstos, es la propia ley la encargada de entregar el concreto valor de eficacia probatoria a cada categoría de medio confirmatorio, de guisa que si un litigante pretende evadir el cumplimiento de las normas procedimentales de control para un determinado medio probatorio, utilizando formalmente otro medio confirmatorio para el ingreso de la misma información, tendrá que pagar el costo —previsto en la ley, por aplicación de las propias normas de tarifación de la prueba— consistente en que se aplicará la eficacia confirmatoria prevista en la ley para el medio confirmatorio subrogante y no la prevenida para el medio de confirmación subrogado. En un ejemplo de manual: si una parte para evitar el contrainterrogatorio a un perito, ingresa dicha información como prueba documental, el juez no podrá darle el valor confirmatorio de una prueba de peritos, sino que sólo podrá utilizar las normas de tarifación de un mero documento privado emanado de un tercero ajeno al juicio. En conclusión, la propia ley resguarda y evita una sobrevaloración del medio confirmatorio subrogante. En cambio, en un sistema de una amplia libertad en la ponderación de los medios confirmatorios, dicho peligro de sobrevaloración de un medio confirmatorio subrogante que se utiliza para evadir los controles procedimentales de otro medio de confirmación procesal subrogado por el primero, no contamos con un sistema legal de tarifación en la eficacia de dichos medios de prueba. De ahí que, ante dicha libertad amplia del juzgador, y a fin de evitar en el sistema un margen demasiado incontrolable de arbitrariedad judicial y entendiendo que si en dicho sistemas de sana crítica la incorporación de determinadas normas regladas para ciertos medios confirmatorios no puede ser por un mero engrosamiento del texto legislativo, sino que son mecanismos procedimentales de control horizontal en la formación de la prueba, parece razonable sostener una mayor exigencia, al menos en este particular, en la subetapa de admisión de la prueba.

Dicha proporcionalidad –en los sistemas con libertad probatoria– entre una mayor libertad de prueba y un mayor control de la actividad confirmatoria en general, no es novedosa. En lo referido a la fundamentación de las sentencias respecto a la fijación de los hechos, en general existe el consenso dogmático y foral de una mayor exigencia, toda vez que –a diferencia de lo que ocurre en un sistema tarifado en el que el juzgador necesita de una menor explicación sobre la forma de arribar a la conclusión fáctica en la sentencia, ya que es el legislador quien se encarga de fijar la eficacia probatoria (no importa sostener en ningún caso una ausencia de fundamentación, ni una actividad meramente mecanicista del juez)– al no haber una tarifación legal del valor de cada medio confirmatorio, se le exige, por ende, al juez de instancia una mayor explicación sobre como apreció cada medio de confirmación en concreto, sobre por qué estimó o desechó la eficacia convictiva a los mismos y sobre por qué y cómo arribo a la determinación de los hechos en el caso concreto. Dicha mayor fundamentación permite conocer con mayor certeza el razonamiento judicial y resguarda así, la publicidad de los actos judiciales (que es también decir, de los actos del Estado) y también la posibilidad real de que los justiciables puedan formular medios de impugnación procesal, ya que sólo se puede atacar lo que se conoce.

*Mutatis mutandi* en el tema en estudio ocurre algo similar, si el sistema de libertad de prueba y de sana crítica entrega mayor margen y autonomía al juzgador para apreciar los medios confirmatorios y finalmente fijar los hechos en el proceso; parece también razonable entonces, resguardar con celo que las pocas normas de producción de prueba que se previenen en el ordenamiento jurídico se cumplan, evitando el ingreso al proceso de medios confirmatorios que se generan sin los controles previstos para las partes para testar los mismos, mediante la utilización de prueba encubierta. En síntesis, a mayor libertad de prueba mayor también el control en la admisibilidad probatoria para el evento que el medio de prueba, que se ofrece como ya producido, no haya respetado el control de partes previsto en las concretas normas procedimentales sobre su producción en el proceso.

## 6. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Habiendo efectuado un rápido esbozo de algunas líneas discursivas y fundamentos a favor de nuestra hipótesis planteada, e intentando concluir o sintetizar una posición final, terminamos estas cuartillas ratificando nuestra posición por la postulación de una anticipación del contradictorio y de un control de la prueba encubierta a la etapa de admisibilidad de los medios probatorios, como estándar que garantice eficientemente la defensa en juicio y los principios de debido proceso involucrados.

De todo lo expuesto puede luego afirmarse:

1. Al alzarse un sistema de mayor libertad de prueba en lo referido a la valoración de los medios confirmatorios por la utilización de la sana crítica como mecanismos de valoración, debe optimizarse un mayor control en la admisibilidad probatoria para el evento de que el medio de prueba que se ofrece como ya producido, no haya respetado el control de partes previsto en las concretas normas procedimentales sobre su producción en el proceso.
2. Para el evento de una decisión judicial sobre la admisibilidad de un medio confirmatorio, siempre debe preferirse la solución que permita la aplicación práctica y útil de las normas procedimentales relativas al control de las partes sobre la formación de los medios de confirmación procesal.
3. Las pocas normas procedimentales sobre formación de prueba, dentro de un ordenamiento jurídico en el cual reine una libertad de prueba en lo referido a los medios confirmatorios admisibles y a la valoración de los mismos, deben comprenderse como normas cuya esfera o finalidad de protección es, generalmente, el contradictorio en la etapa probatoria y de estas, el derecho a defensa en juicio.
4. Al existir –en un sistema de libertad de prueba explicado– sólo unos pocos medios probatorios reglados, debe entenderse siempre como una suerte de “categoría de sospechosa” el intento de una parte de pasar por alto las normas de producción *in itinere*, mediante la utilización de otro medio confirmatorio con un estándar de control más bajo o inexistente. Al configurarse así una categoría sospechosa, debe ser alta la exigibilidad de justificación de la utilización

del medio confirmatorio subrogante y de esta guisa, tendrá que ser excepcional permitir la admisibilidad de este último.

5. Las causales legales de exclusión de medios confirmatorios, previstos en cada ordenamiento jurídico en concreto, deben interpretarse como normas de garantía que optimicen el cumplimiento de las normas procedimentales sobre control en la formación de los medios de confirmación procesal reglados.<sup>21</sup>
6. Ante la ausencia de expresas normas de exclusión de prueba, puede sustentarse igualmente la inadmisibilidad de la prueba encubierta en los términos explicados, precisamente por la frangente afectación del derecho a defensa en juicio, en su faceta de contradicción durante etapa de prueba en el proceso.

## PALABRAS DE CIERRE

Volviendo a la metáfora del inicio, creemos que si bien la libertad en si es un valor esencial, su sola invocación para calificar alguna cosa o institución, léase acá: libertad de prueba, no puede obnubilar una posición crítica y una ponderación respecto de los demás valores que pueden estar en jaque. En la historia de la humanidad la mayor parte de los abusos y de las tropelías se han cometido en nombre de la libertad.

No vaya a ser que, volviendo a la metáfora del inicio, la ingenuidad nos embargue y como los troyanos, fervientes devotos de los dioses, colaboremos en el ingreso de un arma mortal que destruya las garantías que todo proceso, que se precie de tal, tiende a resguardar. Al final del día esa es nuestra alerta: que la *prueba encubierta* amparada por la libertad de prueba pueda ser un caballo de Troya en el proceso y sea una amenaza a las garantías del proceso, por nuestra propia candidez.

---

21 En el caso chileno – para los sistemas reformados, en que reina la libertad de prueba (penal, familia, y laboral) – la práctica forense a reconducido este debate a las causales legales de exclusión de prueba de (i) *impertinencia* (expandiendo el concepto de pertinencia a la correspondencia entre fuente y medio) y de (ii) *prueba ilícita* (por la afectación de la garantía del debido proceso, al afectar los mínimos estándares de defensa y contradictorio previstos en la ley procesal), existiendo variadas resoluciones judiciales que han efectuado el control de correspondencia entre la fuente confirmatoria y el medio de confirmación procesal, precisamente en la etapa de admisibilidad.

## REFERENCIAS

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal. Santiago: Librotecnia, 2009.
- \_\_\_\_\_. Sistema procesal. Garantía de libertad. Tomo 2. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.
- ARAZI, R. La prueba en el proceso civil. 3 ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- BERIZONCE, R. *La prueba científica. La prueba en el proceso judicial.* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.
- CARBONE, Carlos Alberto. La prueba científica. Notas esenciales y los problemas de su vinculación a la decisión judicial. La prueba en el proceso judicial. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.
- CERDA SAN MARTIN, R. Elementos fundamentales de la actividad probatoria. Santiago: Librotecnia, 2010.
- COUTURE, Eduardo. Estudios de derecho procesal civil. Buenos Aires: Palma.
- DEVIS ECHANDÍA, H. Compendio de la prueba judicial. Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso. Tomo 1. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- FALCÓN, Enrique M. Lógica y justificación del razonamiento probatorio. La prueba en el proceso judicial. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.
- FERRAJOLI, L. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2009.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Pertinencia como garantía. Prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba. *En: ACCATINO, Daniela (ed.) Formación y valoración de la prueba en el proceso penal.* Santiago: Abeledo Perrot, 2010.
- HOTHAM, Rochard A. El prejuzgamiento. Monografías Santa Fe. Nova tesis Editorial Jurídica, 2007.
- LÓPEZ MASLE, J. y HORVITZ Lennon, M. Derecho procesal penal chileno. Tomo II. Santiago: Jurídica de Chile, 2004.
- MIDON, M. Concepto de prueba, jerarquía y contenido del derecho a prueba. Tratado de la prueba. Resistencia. Librería de la Paz, 2007.
- \_\_\_\_\_. Principios, máximas y sistemas probatorios. Tratado de la prueba. Resistencia. Librería de la Paz. 2007.

- MONTERO AROCA, Juan. Prueba y verdad en el proceso civil. Un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas. En: DE LA FUENTE PAREDES, Paulo. Estudios de derecho procesal civil. Bases para un nuevo Código de Procesal Civil. Santiago: Librotecnia, 2010.
- TARUFFO, M. La prueba de los hechos. Madrid: Trotta, 2005.
- TAVOLARI OLIVEROS, R. El proceso civil chileno: una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción de cara a la reforma. En: TAVOLARI OLIVEROS, R. (ed.). Tribunales, jurisdicción y proceso. Santiago, 1994.
- TORRES TRABA. J. Los medios de prueba no previstos y el principio de libertad probatoria. Tratado de la prueba. Resistencia. Librería de la Paz, 2007.

# ALCANCE DE LAS FACULTADES DE LOS JUECES PARA INTERPRETAR

## ACTOS DE OBTENCIÓN DE LAS PARTES

Rosana Sanz López\*

### RESUMEN

El derecho positivo uruguayo establece un sistema dispositivo atenuado en los procedimientos civiles, pero no delimita el *cuantum* de la atenuación, ya que fija en forma genérica los deberes y facultades de los jueces.

Esto les otorga un margen de discrecionalidad en su actuar durante el proceso, por eso es conveniente para el jurista determinar el alcance de esas potestades a fin de evitar la parcialidad así como la parcialidad.

Si bien, estas facultades acompañan al Juez en todas las etapas del proceso, en el presente trabajo se buscará delimitarlas en relación a los actos de obtención de las partes.

### PALABRAS CLAVE

Sistema dispositivo atenuado, facultades, parcialidad, parcialidad, actos de obtención, principios.

---

\* Profesora Adjunta en Derecho Internacional Público y Aspirante a Profesora Adjunta de Derecho Procesal, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. [vagama\\_5@hotmail.com](mailto:vagama_5@hotmail.com)

## INTRODUCCIÓN

En el marco jurídico en que se inserta el proceso civil uruguayo, informado por los principios del sistema dispositivo, el juez tiene potestades para dirigir el proceso y facultades para averiguar la verdad.

Pero el legislador no ha establecido a texto expreso el alcance de estas facultades y poderes.

Y, si bien se mantienen a lo largo de toda la serie procedimental, se los analizará en relación a aquellos actos procesales que fijan el objeto del proceso: demanda, contestación, reconvencción, por lo que el Juez para interpretarlos debe actuar con justa medida y ponderación a efectos de no vulnerar ningún derecho de las partes.

Entonces, ¿que es lo que sucede cuando el Juez se excede en el uso de las atribuciones que le otorga el derecho? ¿Como se conoce cuánto poder tiene para dirigir el proceso y que es lo que puede hacer para averiguar la verdad? ¿Cuáles son sus limitaciones? ¿Cuándo se vulnera el ámbito dispositivo de las partes? ¿Cómo me defiendo?

El presente trabajo busca, a partir del análisis de actos procesales concretos, establecer el límite de las potestades que tienen los jueces para interpretarlos.

Una vez que se determine el límite, todo lo que se actúe por fuera de él, atenta contra el debido proceso. Es tarea del jurista evitar y controlar estos excesos pero esto no se puede realizar si previamente no se entiende el marco en que se contienen esas potestades.

A estos efectos, se presentará brevemente la normativa vigente en Uruguay, se hará una breve referencia a los distintos sistemas procesales y se analizarán los actos procesales que motivan este estudio así como el objeto y la finalidad del proceso, para poder determinar cuál es el margen dentro del cuál los jueces tienen facultades discrecionales y actúan ejercicio de sus funciones.

### **1. DERECHO POSITIVO URUGUAYO: NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES.**

Previo a comenzar con el análisis del tema, se insertará el mismo en el contexto del derecho positivo interno uruguayo, dando cuenta

del respeto que mantiene la República por los Pactos, Tratados y Convenios Internacionales que nos vinculan.

A efectos de mayor comprensión, las normas vinculadas al tema se transcriben en el Anexo<sup>1</sup>, pero en este capítulo se presentará su contenido.

## **1.1 NORMATIVA CONSTITUCIONAL**

Nuestra Constitución divide las normas que se vinculan al Derecho Procesal en dos grandes tipos:

- Las que se refieren a la organización judicial.
- Las que regulan la actividad procesal: distinguiendo a su vez, normas que establecen la garantía del debido proceso y normas que consagran garantías para una justa aplicación de la función jurisdiccional

## **1.2 LEYES**

A los efectos del tema que nos ocupa, nuestro Código General del Proceso establece expresamente el derecho al proceso y el principio dispositivo en relación a quién le incumbe la iniciación del proceso. Le otorga la dirección del mismo al Tribunal, lo dota de potestades para evitar su paralización, la indisponibilidad de las normas procesales, así como las facultades y deberes del ente, diferenciando el criterio con que debe actuar según la materia del proceso y dedicando especial atención a aquellos en que se tramitan pretensiones de carácter social.

## **2. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO CIVIL**

El proceso se concibe como un medio pacífico de debate, es un método de discusión. Se realiza a través de una serie de reglas y principios que regulan el método y se traduce en una serie consecucional de instancias bilaterales en las que, para pasar de una etapa a la otra, se necesita una determinada actividad material.

---

<sup>1</sup> El anexo puede ser consultado por el lector al final de este texto.

Esta actividad, la pueden realizar las partes o el juez y según a quién se le asigne la potestad de realizarla, nos encontraremos ante diferentes sistemas de procedimiento. Esto depende de la filosofía política imperante en un lugar y tiempo dados.<sup>2</sup>

En consecuencia, podemos diferenciar distintos tipos de sistemas procesales, a saber:

## 2.1 SISTEMA DISPOSITIVO - ACUSATORIO

El proceso es dispositivo cuando las partes pueden iniciarlo libremente, tienen disponibilidad del proceso y de sus distintos actos.

En el proceso penal, el mismo sistema recibe la denominación de acusatorio. El ejercicio de la acción depende de la parte que acusa (Fiscal) y las facultades del juez quedan limitadas

Su característica es que se asigna a las partes y no al juez, la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso. En el inquisitivo, en cambio, es el órgano jurisdiccional quién tiene esos poderes”<sup>3</sup>

Las características de un sistema acusatorio son:

- El procedimiento es contradictorio oral y público.
- El particular es el centro y destinatario del sistema.
- Comienza por iniciativa de parte.
- Las partes disponen de los actos del proceso y del propio proceso.
- El impulso procesal pertenece a las partes
- El objeto del proceso lo fijan las partes.
- Las pruebas son las que solicitan las partes y el juzgador carece de poderes de investigación, pero dirige y regula el debate.
- El juez carece de poder para impulsar el desarrollo del proceso, debe aceptar los hechos admitidos por las partes y conformarse con los medios probatorios que ellas aporten.

---

<sup>2</sup> ALVARADO VELLOSO, A. Sistema Procesal, garantía de la libertad. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. 2009. p. 84-90.

<sup>3</sup> VESCOVI, E. Derecho Procesal Civil. Montevideo: Idea, 1974. p.70-74

Se observa que en un método acusatorio de debate, los sujetos discuten pacíficamente en igualdad jurídica, la cual está asegurada por un tercero que actúa, al efecto, con carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida.

## **2.2 SISTEMA INQUISITIVO**

Éste es un método de enjuiciamiento unilateral, a través del cual es la propia autoridad que asume el papel de investigador, acusador y juzgador.

Las características que encontramos en un proceso de naturaleza inquisitivo son:

- El Juez es el director del proceso y tiene todos los poderes
- Hay secreto en la investigación y en el interrogatorio y como manifestación patológica, hay compulsión o violencia contra el indagado
- El juez es la misma persona que el acusador y por tanto, es él quien inicia los procesos.
- Como es el mismo acusador quien debe juzgar su acusación, busca, en consecuencia, la prueba de sus afirmaciones por lo que comienza una búsqueda de la verdad real.

Esto afecta la imparcialidad del Tribunal, dado que el Juez al iniciar el proceso de manera oficiosa se involucra con el objeto del mismo, perdiendo la calidad de tercero imparcial.

## **2.3 SISTEMA MIXTO**

Se da en aquellos sistemas en los cuales predomina un tipo de proceso atenuado con características del otro sistema.

Es el caso de un Código que prevé un sistema dispositivo pero le otorga al juez algunas potestades inquisitivas.

## **3. SISTEMA PROCESAL (CIVIL) URUGUAYO**

El sistema procesal civil uruguayo es predominantemente dispositivo. Al optar por este sistema, el legislador supone que los asun-

tos allí debatidos interesan a los particulares, razón por la cual los órganos del poder público no pueden ir mas allá de lo que aquellos desean, pero en aquellos casos en que se encuentra comprometido un interés social, los particulares no pueden contener la actividad estatal<sup>4</sup>.

Por tanto, nuestro derecho positivo prevé en determinadas situaciones una mayor injerencia del ámbito estatal (como es, al establecer que la secuencia de actos procesales se realiza a través de plazos que son perentorios e improrrogables) y también de la intervención judicial dentro del proceso, ya que le otorga facultades a nuestros jueces para intervenir en él, autorizándolos a ordenar las diligencias necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes.

Se establece que deben emplear las facultades y los poderes que le concede el Código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes, ya que la omisión de estos deberes les hará incurrir en responsabilidad.

Y expresamente, se atenúa el sistema dispositivo cuando establece el criterio con que deben actuar los jueces en asuntos de carácter social para proteger a los mas desprotegidos, incrementando para ello el rol del Tribunal.

De igual modo, continúa atenuando el sistema dispositivo cuando autoriza al Tribunal a introducir prueba de oficio, disponiendo diligencias para mejor proveer.

Y también, al momento de decidir la sentencia, porque allí el Tribunal no debe limitarse al Derecho invocado por las partes.

Por último, en materia de procesos aduaneros establece la iniciativa estatal para su inicio.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> COUTURE, E. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 4 ed. Argentina: IB de F., 2005. p.153

<sup>5</sup> ABAL, A. Derecho Procesal. 2 ed. Montevideo: FCU, 2001. p. 127-129

## 4. ACTOS DE OBTENCIÓN DE LAS PARTES

### 4.1 LA DEMANDA

Los actos de obtención de las partes, son los que tienen por fin obtener la satisfacción de las pretensiones de estos.”<sup>6</sup>

Siguiendo al Maestro Couture, se puede distinguir dentro de éstos a los actos de petición como aquellos que tienen por objeto determinar el contenido de una pretensión. Esta puede referirse a lo principal del asunto o a un detalle del procedimiento.

La demanda es “...el acto procesal introductorio de instancia, por virtud del cuál el actor somete su pretensión al juez, con las formas requeridas por la ley, pidiendo una sentencia favorable a su interés.”<sup>7</sup>

Se encuentra regulada en el art. 117 de nuestro Código General del Proceso, el que establece los requisitos que debe tener.

Los requisitos de la demanda son:

#### 4.1.1 *Generales:*

- Prima la voluntad declarada por lo que, dada la importancia del artículo, lo transcribe???:
- Aquí entonces, rigen dos presunciones simples: a.- el acto se presume realizado voluntariamente, y b.- prevalece la voluntad declarada sobre la voluntad real o interna del sujeto, por cuánto, y siguiendo a la doctrina, ésta es la objetivamente constatable.
- Los actos procesales deben de ser lícitos, pertinentes y útiles, realizados con veracidad y buena fe y tener por causa un interés legítimo.
- Si no tienen forma prevista por la ley, será la que resulte indispensable e idónea para la finalidad perseguida y en idioma castellano.

---

<sup>6</sup> COUTURE, E. Op. cit., p. 169

<sup>7</sup> COUTURE, E. Vocabulario Jurídico. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1976. p. 269

#### 4.1.2 Especiales

La demanda debe realizarse por escrito, designando al Tribunal, individualizando al actor con documentación identificatoria, según se trate de persona física o persona jurídica. Se debe constituir domicilios reales, legales y electrónicos. Se debe individualizar al demandado, lo cual es de suma importancia, ya que pasa a ser parte en el proceso, quedando afectado por la sentencia y alcanzándolo la cosa juzgada<sup>8</sup>. Se debe narrar con precisión los hechos sobre los que funda la pretensión. En cuanto a la narración de los hechos, y bajo el amparo de las dos teorías existentes: **individualización y sustanciación**, nuestro Código al exigir una narración detallada se afilia a la teoría de la sustanciación

Importa cuando se debe contestar la demanda, ya que el demandado debe pronunciarse categóricamente sobre la veracidad de cada uno de los hechos alegados por el actor y ante alguna omisión, se los tendrá por admitidos. A su vez, de la narración que se realice dependerán los medios de prueba a diligenciar. Por último, el tribunal valorará como se ha cumplido con las cargas procesales y en su sentencia deberá remitirse a los hechos alegados.

Se debe invocar el derecho y señalar el material probatorio que se hará valer en el proceso

El petitorio debe de ser idóneo, jurídicamente posible y expresarse en forma clara y precisa. Puede tener una petición principal, cuyo objeto inmediato es expresar el pronunciamiento que se persigue y su objeto mediato, es el bien de la vida reclamado, además puede tener peticiones accesorias.

La claridad del petitorio se proyecta en:

- la determinación de la competencia del Tribunal por razón de materia y cuantía.
- configuración de la litispendencia – objeto
- en la defensa que articulará el demandado.
- en la fijación y delimitación del objeto del proceso

---

<sup>8</sup> LANDONI SOSA, A. Código General del Proceso”

- en la congruencia de la sentencia
- en los efectos de la cosa juzgada.

Los últimos requisitos de la demanda son la determinación del valor de la causa y las firmas del actor y su abogado.

## 4.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Es el acto procesal en el cuál el demandado se opone a la pretensión deducida en la demanda.

Las formalidades que debe revestir la contestación son las mismas que para la demanda –en principio, en cuánto a los requisitos generales y especiales y tributarios– en cuánto correspondan

Como enseña el Dr. Landoni en su obra del Código General del Proceso<sup>9</sup>: “...Como consecuencia del principio de igualdad el demandado tiene la carga de un pronunciamiento categórico sobre la veracidad de cada uno de los hechos alegados por el actor en la demanda.”

“...Esta carga es el reverso de la carga del actor de exponer los hechos y es la aplicación en concreto de los principios de lealtad y colaboración con el Tribunal.”

“...Se considera incumplimiento de la carga, el silencio de la parte, la negación genérica de los hechos, las respuestas ambiguas o evasivas.”

“...Los hechos admitidos, al igual que los no controvertidos, quedan fuera del objeto de la prueba y no se aplica la regla de admisión de la prueba cuando se trate de derechos indisponibles.”

## 4.3 RECONVENCIÓN

La reconvencción es el acto procesal en el que el demandado deduce una nueva pretensión. Procede solo en determinadas hipótesis, en las que se la acepta en base al principio de economía, por el cual se pretende resolver todas las pretensiones entre las partes en un mismo proceso, evitando así procesos ulteriores.

---

<sup>9</sup> LANDONI SOSA, A. Código General del Proceso Anotado y Comentado. Vol. 1. Buenos Aires: Indef., 2002.

Los requisitos generales y especiales, son los mismos que se exigen en la demanda.

## **5. FACULTADES DEL JUEZ EN MATERIA DE INTERPRETACIÓN DE ESTOS ACTOS**

La interpretación es un arte y consecuentemente posee una técnica especial pero, como toda técnica, supone el correcto empleo de una serie de medios para la obtención de ciertos fines. Resulta indispensable estudiar los métodos interpretativos.<sup>10</sup>

La tarea de interpretación de estos actos de obtención de las partes, debe estar enmarcada continuamente por el principio de imparcialidad del juzgador, ésta es precisamente, la falta de prejuicio o prejuzgamiento, favorable o adverso contra personas, de que resulta poder juzgar u obrar con rectitud.<sup>11</sup>

Se entiende que la imparcialidad va más allá que la simple falta de interés en el resultado del litigio. Se trata de que el juzgador no debe realizar actos o involucrarse en aquellos que son exclusivos de las partes en detrimento de la igualdad de las mismas. Como consecuencia de ella, el Juez debe de ser neutral para no convertirse en parte (Imparcial e imparcial):

“...La imparcialidad del juez esta estrechamente ligada a su discrecionalidad. Esta es el poder de elección a voluntad ante alternativas de solución ante un problema dado, hay aquí un trabajo intelectual, guiado por factores subjetivos.”

Se evita la parcialidad judicial, cuando el juez toma conocimiento de la controversia, oyendo a las dos partes, pero si solo escucha lo manifestado por una sola, lesiona no solo su deber de imparcialidad sino también la regla de la contradicción.

Una forma de incurrir en parcialidad, es cuando el juez realiza valoraciones subjetivas en la tarea de interpretación. Para evitarlo, al adoptar cualquier decisión en materia jurídica, se debe exigir en

---

<sup>10</sup> GARCÍA MAYNEZ, E. Introducción al estudio del derecho. Ed. Porrúa SA, 1974.

<sup>11</sup> CASTRO, D. La imparcialidad del juez y los ámbitos de discrecionalidad judicial. X Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista- Noviembre 2008.

primer término que la misma se encuentre debidamente justificada y en segundo, cuando el sentido literal de la norma es clara y terminante, la regla no debe vulnerar los significados posibles de los términos. Esto es una exigencia del “Estado de Derecho”<sup>12</sup>

## 5.1 PROBLEMA

El problema se plantea, cuando de los requisitos exigidos para los actos de obtención, alguno no surge con suficiente claridad o directamente, es omitido.

Entonces el Juez, en un exceso de facultades, interpreta el acto infiriendo en el contenido que la parte en la demanda, contestación o reconvencción quiso decir, sea en lo que no solicitó, sea en lo que no narró, pero igualmente se solicita en el petitorio o en lo que no se negó o en lo que surge admisión.

La consecuencia es que de esta interpretación e integración que hace de la voluntad de la parte (que omita cumplir con los requisitos legales), va a surgir el objeto de ese proceso específico que se está tramitando.

Y dado que no hay defensa sobre lo que no se solicitó o no se narró o sobre el error del contrario, o no se negó, cuando se está frente a la situación planteada, se lesiona a la contraria porque se restringe su derecho de defensa.

Por lo que el jurista se plantea el problema de ¿cómo determinar el alcance de estas potestades, cuando la ley no las establece?

A estos efectos se debe tener presente no solo para que se quiere el proceso sino también, la finalidad que persigue en la sociedad.

## 5.2 OBJETO DEL PROCESO

Para situar en consecuencia el límite de las facultades que disponen los jueces para interpretar estos actos de obtención, se debe comenzar por definir cual es el objeto del proceso: para ello corresponde destacar lo que enseña el Prof. Alvarado Velloso:

---

<sup>12</sup> BRUM R. Interpretación e integración del derecho. Uruguay: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2008. p 16.

El proceso es un medio de debate, en el cuál toda la serie judicial tiende a su natural y único objeto, que es lograr la declaración del juez ante quién se presenta el litigio.

Esta declaración se efectúa en una sentencia, que es el acto judicial que resuelve el litigio ya procesado, mediante la aceptación que el juez hace de algunas de las posiciones de los antagonistas. Resultado al que se llega luego de evaluar los medios confirmatorios de las afirmaciones vertidas en juicio y de la aplicación particularizada del caso, de una norma jurídica que preexiste en abstracto y con carácter general.

El efecto de la sentencia es terminar el litigio, por lo que interesa que la sentencia sea legítima, pero no ocurre lo mismo si no es justa.

(...) Aunque es obvio que todo juez debe aspirar a que sus pronunciamientos exhiban siempre el valor de justicia, pues hace a la esencia de la función que así lo sea, es posible que no lo consiga en algún caso en concreto.

(...) Pero esto no rompe ni deteriora el sistema, pues en caso de no lograrse dicha justicia, será a la postre un fin no querido del derecho, necesario de sufrir por unos pocos a favor de la seguridad y la paz de todos.

De lo expuesto se desprende que el objeto del proceso es obtener una sentencia legítima, sin adicionarle mas calificativos.

### 5.3 FINALIDAD DEL PROCESO

Al respecto, ya el Maestro Piero Calamandrei expone:<sup>13</sup>

“(...) La finalidad del proceso no es solamente la búsqueda de la verdad: ... es algo mas, es la justicia, de la cuál la búsqueda de la verdad es solamente una premisa....Para nosotros los procesalistas, justicia ha querido decir hasta ahora legalidad: aplicación de la ley vigente, sea buena o mala, a los hechos determinados según verdad. La justicia intrínseca de la ley, si responde socialmente, su moralidad, no nos toca a nosotros los procesalistas; nosotros estudiamos los métodos según los cuáles el juez traduce en voluntad concreta, la voluntad abstracta de la ley; pero sobre el valor social

---

<sup>13</sup> CALAMANDREI, P. RDP 1952. Proceso y Justicia.

y humano de esta voluntad abstracta, el juez no puede pronunciarse; porque ésta, se dice, es investigación que esta fuera de nuestro campo visual.”

(...) cuando se discute sobre los poderes del Juez y sobre la función del proceso, en realidad se pone en discusión todo el sistema de la legalidad, es el problema de las relaciones entre el estado la ley natural, entre el estado y sociedad el que se propone de nuevo. Pero con esto... se vuelve a poner en juego el dilema entre la certeza del derecho y el derecho libre.”

Sin embargo, hay posiciones encontradas al respecto que consideran que este modelo de proceso es obsoleto y que no se adecua a la realidad actual. Que bifurca el pensamiento procesal en otra corriente con características opuestas, lo que hace que en la actualidad nos encontremos con dos conceptos claramente diferenciados en la forma de entender el proceso judicial.

Por un lado, con una visión claramente garantista, se asienta al proceso sobre el principio de oportunidad. Es necesaria la voluntad del actor para iniciarlo y de aquí derivamos, que es el actor quién determina el objeto del proceso con lo que pide mas el derecho que invoca y es el demandado, quien eventualmente amplía el objeto de debate según la oposición que haga a la pretensión. Pero el juez no puede determinar ni la pretensión ni la resistencia. Esto es el pilar del paradigma garantista, edificado sobre la base del sistema dispositivo.

En este tipo de sistema, se observa una concepción individualista y liberal del Estado, permite que los individuos se manifiesten y el juez debe juzgar “*secundum allegata et probata*”, o como enseña Piero Calamandrei <sup>14</sup> “... Para obtener justicia no basta con tener razón, sino que es necesario hacerla valer”

En consecuencia, el Derecho Procesal parte del concepto que es la parte quién dispone del proceso y en él se discuten los hechos que la parte decide plantear. Así lo han enseñado ilustres Maestros desde los inicios del estudio del derecho procesal, como Piero Calamandrei

---

<sup>14</sup> CALAMANDREI, P. Un maestro del liberalismo procesal. En: Revista de Derecho Procesal. Año IX, V. 12. Argentina. Ediar S.A. 1959. p.159-167

o Francesco Carnelutti, siguiendo con Eduardo J. Couture y Dante Barrios de Angelis.

Si bien, esta es la postura que prevalece en la actualidad, surge con empuje una posición doctrinaria opuesta, que le confiere al juez potestades inquisitivas amplias en la búsqueda de la verdad del caso que lo ocupa.

A estos efectos le otorga al juez un rol activo en el proceso, al considerarlo, no ya como tercero imparcial, sino como la persona que imparte justicia y a quién se acude para restablecer el orden.

Por tanto, esta concepción “activista” del papel del juez, entiende el proceso como un instrumento de la justicia, y cuánto mayor sean los poderes que disponga, más justicia puede conseguir.

Esta teoría revitalizada en sus conceptos, dado que no es una teoría nueva, sino que tiene sus orígenes en conceptos inquisitoriales de antaño, resurge en la actualidad otorgándole al juez un papel activo en el proceso al amparo de principios como el de justicia social y solidaridad con el más débil.

No existen dudas sobre los problemas que se plantean en la realidad diaria de la práctica jurídica. Estos abarcan aspectos diferentes como por ejemplo, aquellos que involucran factores ajenos a los sujetos que intervienen en el litigio, como ser: lo oneroso que resulta acudir a los tribunales, el tiempo excesivamente largo que lleva la solución del conflicto, la probabilidad que después de varios años de conflicto la solución no sea verdaderamente satisfactoria para el justiciable. Lo anterior por varios motivos: se desinteresó del pleito o logró una solución a conveniencia, o su deudor no tiene patrimonio en el que cobrar, o se debe iniciar de nuevo un juicio para cobrar lo sentenciado.

También coadyuva a aumentar la problemática de la situación, el aspecto personal de aquellos que intervienen en el proceso (realizando la salvedad, que esto no es de rigor sino que se da en situaciones específicas), como la poca excelencia de los abogados actuantes, (y también de algunos jueces), la mediocridad de las oficinas con funcionarios agotados, paros, asambleas, escasa logística, mala capacidad locativa, cambios en el sistema informático etc. Todo lo cual, distorsiona el funcionamiento de los juzgados y en definitiva, termina afec-

tando al propio proceso como instrumento para aplicar el derecho sustancial.

La cuestión se centra entonces, en determinar cual es la verdadera finalidad del proceso dado que de la respuesta que se dé, surgirá con claridad el alcance de las facultades que tiene el juez para interpretar los actos de las partes.

En este camino, es que se deben confrontar y ponderar determinados valores que forman parte de la esencia humana y de la vida en sociedad.

Pero más aún, estos valores se dan filosóficamente puros, en el propio sistema jurídico, pero variarán dependiendo el contexto político en que se inserte el proceso.

En un Estado democrático, con una concepción liberal de la economía, el proceso civil se asienta sobre el principio de oportunidad, como ya se mencionará, con un amplio ámbito de autonomía de la voluntad en las relaciones jurídicas materiales de derecho privado, a diferencia de lo que suceda en un Estado autoritarista.<sup>15</sup>

Ahora bien, con el aumento de los poderes del Estado dentro de la sociedad, se publiciza el proceso y, haciendo parangón con la economía, en aquellos Estados en que se negaba la existencia de lo privado en la economía, también se niega la existencia de derechos procesales como el de acción o defensa.

Sin lugar ha dudas, esto ha evolucionado a lo largo del S XX, pero en la medida en que el Estado tiene mayores poderes para intervenir en la sociedad, puede darse, también, un aumento en los poderes del juez para mejorar la “justicia”

Es importante destacar, en que marco político se inserta el sistema jurídico, dado que el ámbito espacial de este trabajo esta delimitado a la Republica Oriental del Uruguay y se analiza a la luz de su normativa vigente, por lo que corresponde previamente, hacer una breve referencia a su sistema político.

---

<sup>15</sup> MONTERO AROCA, J. La prueba de oficio. Congreso Panameño de Derecho Procesal Civil 2004.

Uruguay, tiene un gobierno democrático republicano, así lo reconoce en su Constitución, se reafirma en la cláusula democrática del Mercosur y (Protocolo de Ushuaia 1998) y en la Carta Democrática de la OEA aprobada el 11.09.2001.

En cuanto a finalidad del proceso, en un Estado democrático, se deben confrontar y ponderar determinados valores, a efectos de determinar cuáles prevalecerán. Por ejemplo:

- ¿El proceso busca la verdad o busca la paz social?
- ¿Busca la verdad o la justicia?
- ¿El proceso busca impartir justicia o brindar certeza?
- ¿Busca lo bueno o la aplicación del derecho?: Como enseña John Rawls: “En toda sociedad que se sujeta a un cierto orden, el derecho debe prevalecer sobre lo que se considera el bien común”<sup>16</sup>
- ¿Busca la paz social o el interés particular del justiciable?
- ¿Buscar la verdad material o la verdad objetiva?
- La justicia: ¿implica verdad material o implica certeza y seguridad?

¿Cual es la verdad que se busca en el proceso? Al decir de Piero Calamandrei:<sup>17</sup>

(...) no las verdades últimas y supremas que escapan a los hombres pequeños, sino la verdad humilde y diaria, aquella respecto de la cual se discute en los debates judiciales, aquella que los hombres normales y honestos, según la común prudencia y según la buena fe, llaman y han llamado siempre la verdad. Y ¡ay! si en la mente del juez entrase (y esperemos que no haya entrado nunca) la distinción, que parece haber entrado en los métodos de la política, entre verdad que se puede decir y verdad que es mejor callar, entre verdad útil y verdad dañosa, entre verdad que favorece a la propia parte y verdad que favorece a la parte contraria.

Todo esto limita la búsqueda de la verdad material, al grado que se debe cuestionar su existencia como algo opuesto a una verdad

---

<sup>16</sup> RAWLS, J. citado en Debido Proceso vs. Pruebas de Oficio p.14

<sup>17</sup> Calamandrei P. RDP 1952 Proceso y justicia. Ed. Ediar SA.,

procesal. La única verdad que se conoce objetivamente, es la verdad procesal mientras que la verdad material se reduce a aquello que las partes manifiestan pero no alcanzan a probar.

En consecuencia, la búsqueda de la verdad y justicia, aun cuando haya opiniones encontradas sobre que verdad se deba buscar, no deja de confrontarse con otros principios como lo son el de *seguridad* y *certeza*, que están igualmente equiparados en un rango superior con la *verdad*.

Se puede intentar delimitar que se entiende por *justicia*, ¿con qué criterio se mide?, ¿cuál es el concepto objetivo?, ¿el proceso busca justicia igualitaria o justicia distributiva?

El concepto de justicia depende de varios condicionamientos: del mundo, de la sociedad, de la época en que se analice, de la tecnología y tampoco es un concepto alcanzable para todos.

No obstante la certeza y la seguridad jurídica sí lo son.

Del estudio del derecho positivo, recogido en los Códigos de Procedimiento, ¿se puede apreciar si el derecho pondera la certeza y la seguridad en las relaciones jurídicas, por sobre la verdad y justicia?

Ante la puja entre seguridad y justicia, la ley resguarda la seguridad.<sup>18</sup>

Esto se plasma en los Institutos de<sup>19</sup> :

- Prescripción: modo de extinguirse los derechos y obligaciones, derivado del no uso o ejercicio de los mismos durante el plazo señalado por la ley
- Caducidad: extinción, consunción o pérdida de un derecho o facultad por el vencimiento de un plazo u ocurrencia de un supuesto previsto por la ley
- Preclusión: extinción, clausura, caducidad, acción y efecto de extinguirse el derecho a realizar un acto procesal, ya sea por prohibición de la ley por haberse dejado pasar la oportunidad de

---

<sup>18</sup> ALVARADO VELLOSO, A. Garantismo Procesal vs Prueba Judicial Oficiosa. Panamá: Juris

<sup>19</sup> Couture. Op. cit.

verificarlo, o por haberse realizado otro incompatible con aquel. Entendida como una pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal.

- Principio procesal así designado, por oposición al denominado “secuencia discrecional”, según el cuál el juicio se divide en etapas, cada una de las cuáles supone la clausura de la anterior, sin la posibilidad de renovarla.
- Perención de instancia: modo anormal de conclusión del juicio, transcurrido por la inactividad de ambas partes cuando hayan dejado transcurrir los plazos previstos por el Código, según de que instancia se trate: 1º o 2º instancia)
- Litispendencia: situación procesal que surge cuando se siguen dos o mas procesos idénticos en sus sujetos, objeto y causa; excepción dilatoria que opone el demandado con el objeto de no contestar la demanda interpuesta contra él, cuando la misma coincide con otra idéntica en sus personas, objeto y causa, pendiente ante otro juzgado o tribunal competente.
- Cosa juzgada: autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial cuando no proceden contra ella recursos no otros medios de impugnación y cuyos atributos son, la coercibilidad, la inmutabilidad y la irrevisibilidad en otro proceso posterior; excepción mixta que puede deducir el demandado para oponerse a un nuevo proceso sobre la misma materia que ha sido decidida en forma ejecutoriada, por otro anterior.
- Este instituto convierte en verdad lo dispuesto en la sentencia, por el solo transcurso del tiempo y no se vuelve a discutir si la cosa es o no.
- Conexión: se aplica este instituto cuando dos pretensiones coinciden en uno o dos, a lo máximo, elementos tradicionales (sujetos, objeto y causa). Sobre el principio de seguridad, enseña el Prof. Alvarado Velloso que, no puede admitirse la existencia contemporánea o sucesiva de dos litigios con la misma exacta pretensión y no pueden emitirse decisiones diferentes acerca de una misma pretensión o pretensiones antagónicas.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> ALVARADO VELLOSO, A. Op. cit. p.246

- Principio de congruencia: correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado<sup>21</sup>
- Acumulación de pretensiones: reunión originaria o sucesiva de distintas pretensiones, que un sujeto tiene contemporáneamente frente a otro, realizada con la finalidad que sean sustanciadas en un mismo procedimiento y decididas en una misma sentencia.<sup>22</sup>

En consecuencia, la seguridad y la certeza jurídica se dejan apreciar en la existencia de estos institutos dentro de un ordenamiento jurídico.

## 7. CONCLUSIONES

La conclusión a la que se arriba, es que en nuestro derecho positivo las facultades que disponen los jueces para interpretar los actos de disposición de las partes, si bien tienen un margen de discrecionalidad, se enmarcan en el contexto del objeto del proceso (obtener una sentencia legítima) y de la finalidad del mismo por lo que no pueden exceder éste límite.

El límite lo marcan principios jurídicos del más alto valor y profunda raigambre: El Estado, a través de sus órganos debe brindar a los individuos que en él habitan, seguridad y la certeza en las relaciones jurídicas, evitando todo tipo de arbitrariedades que atenten contra estos valores.

Cuando los jueces al momento de interpretar el alcance de los actos de obtención de las partes en su celo, se exceden sus cometidos y lesionan la seguridad y certeza, deben ser encausados en su actuación por los abogados intervinientes del proceso, con los medios que el derecho pone a su disposición.

---

<sup>21</sup> *Ibíd.*, p 362.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, p 128.

## 8. REFERENCIAS

- ABAL, A. Derecho Procesal. 2 ed. Montevideo: FCU, 2001.
- ALVARADO VELLOSO, A. Sistema Procesal, garantía de la libertad. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.
- \_\_\_\_\_. Garantismo Procesal vs Prueba Judicial Oficiosa. Panamá: Juris.
- BRUM, R. Interpretación e integración del derecho. Uruguay: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2008.
- CASTRO, D. La imparcialidad del juez y los ámbitos de discrecionalidad judicial. X Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, 2008.
- COUTURE, E. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 4ªed. Argentina: IB de F. , 2005.
- \_\_\_\_\_. Vocabulario Jurídico. Buenos Aires: Depalma, 1976.
- CALAMANDREI, P. Proceso y Justicia. En: Revista de Derecho Procesal. Año X, V. 1, Argentina: Ediar S.A., 1952.
- \_\_\_\_\_. Un maestro del liberalismo procesal. En: Revista de Derecho Procesal, año IX, V. 12. Argentina: Ediar S.A. ,1959.
- GARCÍA MAYNEZ, E. Introducción al estudio del derecho. Ed. Porrúa SA., 1974.
- LANDONI SOSA, A. Código General del Proceso Anotado y Comentado. Vol.1. Buenos Aires: Indef, 2002.
- MONTERO AROCA, J. La prueba de oficio. Congreso Panameño de Derecho Procesal Civil. 2004
- RAWLS J. citado en Debido Proceso vs. Pruebas de Oficio.
- VESCOVI, E. Derecho Procesal Civil. Montevideo: Idea, 1974.

## 9. ANEXO NORMATIVO:

### CONSTITUCIÓN:

**Art. 8:** Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas, sino la de sus talentos y virtudes.

**Art. 10:** Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.

**Art. 12:** Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal.

**Art. 18:** Las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios.

**Art. 19:** Quedan prohibidos los juicios por comisión.

**Art. 20:** Quedan abolidos los juramentos de en sus declaraciones o confesiones por hecho propio; y prohibido el que sean tratados en ellas como reos.

**Art. 21:** Queda igualmente vedado el juicio criminal en rebeldía.

**Art. 255:** No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la conciliación ante la Justicia de Paz, salvo las excepciones que estableciere la ley.

**239:** A la Suprema Corte de Justicia corresponde:

(...) 2º Ejercer la superintendencia directiva, correctiva, consultiva y económica sobre los Tribunales, Juzgados y demás dependencias del Poder Judicial.

**Art. 254:** La justicia será gratuita para los declarados pobres con arreglo a la ley.

**Art. 256:** Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma y contenido, de acuerdo a lo que se establece en los artículos siguientes.

### CODIGO GENERAL DEL PROCESO:

**Art. 1: Iniciativa en el proceso-** La iniciación del proceso incumbe a los interesados.

Las partes podrán disponer de sus derechos en el proceso, salvo aquellos indisponibles y podrán terminarlo en forma unilateral o bilateral de acuerdo a lo regulado por este código.

**Art. 2: Dirección del proceso-** LA dirección del proceso esta confiada al tribunal, el que la ejercerá de acuerdo a las disposiciones de este código.

**Art. 3: Impulso procesal-** Promovido el proceso, el tribunal tomará de oficio las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible.

**Art. 4: Igualdad procesal-** El tribunal deberá mantener la igualdad de las partes en el proceso.

**Art. 11: Derecho al proceso-** 11.1 Cualquier persona tiene derecho a acudir ante los tribunales, a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal y el Tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus decisiones.

**Art. 16: Indisponibilidad de las normas procesales** – Los sujetos del proceso no pueden acordar, por anticipado, dejar sin efecto las normas procesales, salvo en el proceso arbitral.

**Art. 24: Facultades del Tribunal** - El tribunal está facultado:

(...)

3) Para dar al proceso el trámite que corresponda cuando el requerido aparezca equivocado.

4) Para ordenar las diligencias necesarias en el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes.

**Art. 25: Deberes del Tribunal** -

25.1: El tribunal no podrá dejar de fallar en caso de oscuridad, insuficiencia o vacío de la ley. En el juzgamiento de derecho, deberá aplicar la regla de derecho positivo (artículo 15) y sólo podrá fallar por equidad en los casos previstos por la ley, o cuando, tratándose de derechos disponibles, las partes así lo solicitaren.

25.2 El tribunal deberá emplear las facultades y los poderes que le concede este Código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes, la omisión de estos deberes le hará incurrir en responsabilidad.

**Art. 62: La voluntad en los actos procesales** - Los actos procesales se presumirán siempre realizados voluntariamente, prevaleciendo la voluntad declarada, salvo disposición en contrario o prueba fehaciente de que ha sido formulada por violencia, dolo o error no culpable.

**Art.92: Carácter de los plazos-** Salvo disposición en contrario, los plazos señalados a las partes para realizar actos procesales son perentorios e improrrogables.

Pero las partes, expresamente y de común acuerdo podrán suspender el curso de los plazos de modo previo o durante su desarrollo, por el tiempo que estimen conveniente.

**Art 117: Forma y contenido de la demanda** - Salvo disposición expresa en contrario, la demanda deberá presentarse por escrito y contendrá:

- 1) La designación del tribunal al que va dirigida.
- 2) El nombre del actor y los datos de su documento de identidad; su domicilio real, así como el que se constituye a los efectos del juicio;
- 3) El nombre y domicilio del demandado;
- 4) La narración precisa de los hechos en capítulos numerados; la invocación del derecho en que se funda y los medios de prueba pertinentes, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente;
- 5) El petitorio formulado con toda precisión.
- 6) El valor de la causa, que deberá ser determinado precisamente, salvo que ello no fuera posible, en cuyo caso deberá justificarse la imposibilidad y señalarse su valor estimativo, indicándose las bases en que se funda la estimación;
- 7) Las firmas del actor o de su apoderado y del abogado, salvo los casos exceptuados por la ley.

**Art. 130 Forma y contenido de la contestación.**

130.1 Salvo disposición expresa en contrario, la contestación deberá presentarse por escrito y ajustarse a las formas establecidas para la demanda excepto en lo que resultare inaplicable.

130.2 El demandado deberá pronunciarse categóricamente sobre los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de los documentos que a ella se hubieren acompañado y cuya autoría le fuera atribuida.

Su silencio, así como sus respuestas ambiguas o evasivas se tendrán como admisión de esos hechos y de la autenticidad de los documentos.

Solo en circunstancias excepcionales podrá el tribunal no aplicar la regla precedente, atendiendo a razones debidamente fundadas expuestas para invocar que no se recuerda algún hecho o circunstancias alegadas por el actor.

130.3 El actor y el demandado podrán presentar demanda y contestación en escrito conjunto.

### **Art.350. Reglas especiales para ciertas pretensiones.**

350.2: En las pretensiones relativas a la materia de familia, el criterio básico para la actuación del tribunal consistirá en la promoción de la familia y de sus integrantes, especialmente de los más desprotegidos, de conformidad con las normas constitucionales

# CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS PUBLICÍSTICOS DE LA INICIATIVA PROBATORIA JUDICIAL EN LOS PROCESOS CIVILES

Claudio Palavecino Cáceres\*

## 1. SOBRE LA MODERNA COMPRENSIÓN DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO POR EL PUBLICISMO

El triunfo ideológico del liberalismo sobre el Antiguo Régimen y la instauración en el plano político del moderno Estado de Derecho liberal-burgués, trajo consigo una reducción considerable de la intromisión del Estado en la sociedad civil. El nuevo principio básico de distribución (“esfera de libertad [del individuo] ilimitada en principio; facultad estatal de intervención, limitada en principio”)<sup>1</sup>, tuvo sus repercusiones sobre la forma de concebir el proceso<sup>2</sup> civil: el poder público, representado por el juez, debe abstenerse de cualquiera intervención hasta el momento de dictar sentencia. Las partes son dueñas tanto de los derechos sustantivos en juego como de los procesales y, por ende, tienen completa libertad de disposición sobre los mismos. Bajo esta idea, el proceso civil se configuró sobre una amplia *dispositividad*. Así, las partes pueden libremente disponer del inicio y objeto del proceso; del material probatorio y del impulso procesal.

Conforme a la concepción liberal recién descrita el principio dispositivo se desglosa en:

1º) Principio de la demanda u oportunidad o de justicia rogada, designado también con los brocardos “*ne procedat iudex ex officio*” o “*nemo iudex sine actore*”, conforme al cual la actividad jurisdiccional sólo puede ser provocada a la instancia de parte. Implica, además, el señorío de las partes sobre la *litis*, de modo que, por

---

\* Abogado. Profesor de Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

<sup>1</sup> SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 2003. p. 184.

ejemplo, los vicios procesales deben ser alegados por la parte interesada y no por el juez y el avance del proceso queda asimismo entregado a las partes –lo que se conoce como “impulso de parte”-.

- 2º) Principio de exhaustividad y congruencia, que se identifica con el brocardo “*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*”, según el cual el juez al resolver debe ajustarse estrictamente al objeto determinado mediante la actividad dialéctica de las partes, de manera tal que no puede conceder más de lo que las partes piden o algo distinto a lo pedido y debe necesariamente pronunciarse sobre todos los puntos discutidos en juicio.
- 3º) Principio de aportación de parte, que se relaciona con el brocardo “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*”, interpretado en el sentido que corresponde exclusivamente a las partes tanto la alegación de los hechos que dan fundamento a sus pretensiones como la agregación de los medios de prueba destinados a formar la convicción del juez respecto de aquellas alegaciones.

Tal comprensión del principio dispositivo imperó hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial. Es cierto que ya a fines del siglo XIX, el proceso civil había comenzado a dar un giro en ciento ochenta grados con la Ordenanza Procesal austríaca de 1895, la cual, inspirada en las ideas del jurista Franz Klein, fortaleció las potestades formales y materiales del juez con miras al cumplimiento, ahora también en sede civil, de los fines del Estado. Pero en aquel entonces se comprendió con toda claridad que estos cambios revolucionarios eran *incompatibles* con el principio dispositivo<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Por “procesos civiles” entiendo los de naturaleza no criminal, denominación que incluye al proceso civil en sentido estricto así como al de familia, laboral, etc.

<sup>3</sup> En un trabajo de 1914 (*Grundfragen und Reform des Zivilprozess*), Adolf Wach señaló sin ambages que el Reglamento de Klein contradecía la naturaleza dispositiva del proceso Civil. Asimismo, en los años treinta del siglo veinte, Schönke enseñaba que la vigencia del principio dispositivo ya no era absoluta, llegando a afirmar que tal principio quedaba *más quebrantado* incluso que en el Derecho austriaco, en la legislación procesal civil húngara de 1911, en la que la prueba de testigos podía practicarse de oficio aunque ambas partes se hubieran manifestado en contra u ordenarse la exhibición de un documento por una parte, sin que fuera preciso que ninguna de ellas lo hubiese invocado. SCHÖNKE, Adolf. Derecho procesal civil. Barcelona: Bosch, 1950.

En un contexto histórico de innegable autoritarismo, como el del Imperio Austro-Húngaro, la *superación* del principio dispositivo no planteaba ningún conflicto, ninguna incongruencia, ninguna disonancia, ni con el régimen político ni con la ideología que lo sustentaba. Por la misma razón, tampoco llegó a plantearse conflicto, incongruencia o disonancia alguna en los países totalitarios que, unas décadas más tarde, las primeras del siglo XX, adoptaron la concepción *social* del proceso de Klein, al plasmar sus leyes procesales civiles. Muy por el contrario, resultaba totalmente funcional a estos regímenes el desplazamiento del sentido y fin del proceso, desde mecanismo para satisfacer el interés individual de las partes a instrumento para la realización de los fines del Estado.

El Código de Procedimiento Civil italiano de 1940, acaso la más trascendente concreción del ideal de proceso *social*, fue considerado en su tiempo como la expresión histórica del Estado fascista y corporativo. Pero, muy pronto, sus ideólogos se verían compelidos a cambiar completamente de idea. Tras la caída del fascismo, la dogmática procesal italiana se vio en la amarga disyuntiva de derogar su bienamado *Codice* o conciliarlo de algún modo con el sistema democrático y con el respeto a las libertades fundamentales que le es inherente. La proverbial sutileza del ingenio latino fue capaz de lograr la segunda proeza.

Como advierte, agudamente, Rorty, la coherencia apunta a la evitación de contradicciones y esta es bastante fácil de conseguir si se sigue el viejo consejo de Santo Tomás: “Si encuentras una contradicción, debes hacer una diferenciación”. La solución estaba entonces en establecer tantas diferenciaciones como hicieren falta para salir del apuro. Dicho de otro modo, para sortear la contradicción había que describir el terreno intelectual circundante de una forma nueva y de tal modo que los conceptos empleados por el contrincante parecieran irrelevantes, *erróneos* o sin interés<sup>4</sup>. Pues bien, no sólo los filósofos

---

pp.31-38. Pero incluso más recientemente, a propósito de la iniciativa probatoria del juez que introducía la Ordenanza austriaca de 1895, Fasching señala sin problemas que esta rompe definitivamente con los grilletes político-jurídicos del principio dispositivo. FASCHING, Hans Walter. Liberalización y socialización del proceso civil. En: Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal. México, 1972. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/13/art/art2.pdf> p. 29.

<sup>4</sup> RORTY, Richard, Orquídeas silvestres y Trotski. En : *Filosofía y Futuro*. Barcelona: Gedisa, 2008. p. 144.

distinguen cuando están en aprietos, sino también los juristas. Y esta fue, precisamente, la estrategia de los procesalistas italianos: para salvar el *Codice* de Mussolini y neutralizar su incongruencia con el principio dispositivo, había que distinguir y así se hizo: primero entre el principio dispositivo y el principio de aportación de parte y, dentro de este segundo, entre aportación de hechos y aportación de pruebas. Ha sido mérito de Montero Aroca desvelar el *modus operandi* de los juristas italianos:

“Es evidente que Grandi y Calamandrei no tuvieron duda en considerar como ‘factor político’ el reforzamiento de la autoridad del juez [...] pero inmediatamente después Calamandrei negaba su propia base de partida cuando, refiriéndose a la atenuación del principio dispositivo en el *Codice*, pretendió que el atribuir al juez poderes de iniciativa probatoria para declarar la verdad dentro del ámbito de las peticiones de las partes era ‘una necesidad de orden técnico’ que no tenía nada que ver con el respeto a la voluntad de las partes. Abierto ese camino, Carnacini sostuvo luego la necesidad de distinguir entre lo que se refiere al monopolio de las partes sobre el objeto del proceso, que afecta a la disposición de su interés, y lo atinente a la determinación de los materiales de hecho y de los medios para probarlo, entendiendo que este segundo aspecto afecta únicamente a la conformación del instrumento que la ley predispone para la tutela jurisdiccional. Por fin Capelletti, desde lo anterior, pasó a subdistinguir entre la introducción del material de hecho y la introducción de los medios para probarlo, afirmando también el carácter técnico de la iniciativa probatoria del juez”<sup>5</sup>.

El Estado -fascista o democrático, en adelante iba a dar exactamente igual- podía tranquilamente despojar a las partes del impulso procesal y acabar con su monopolio respecto de la aportación de las pruebas, reservándoles únicamente el monopolio sobre el inicio del proceso y la determinación de su objeto, sin afectar al principio dispositivo, ni la libertad, ni la propiedad privada. Esta vuelta de tuerca fue posible gracias a la serie de distinciones que permitieron independizar el impulso procesal y la aportación de prueba del principio dispositivo. Luego de sufrir tales amputaciones, el principio dispositivo quedó en condiciones de poder cohabitar pacíficamente dentro

---

<sup>5</sup> MONTERO, Juan. Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal. En: MONTERO, Juan (coord.). Proceso Civil e Ideología. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. pp. 330-331.

del proceso civil con el impulso procesal y la iniciativa probatoria judiciales.

El milagro quedaba cumplido y permitió en adelante decir, con la suficiencia de un Taruffo, que el Código de Procedimiento Civil italiano no era para nada un código “fascista, salvo algunos ornamentos retóricos que -quizá inevitablemente, dado que se estaba en 1940- estaban presentes en la *Relazione*”<sup>6</sup>. El prodigio ya lo había anunciado Satta en 1947: ¡el prólogo era fascista, mas el Código no!<sup>7</sup>

Dominados por el mismo *pathos*, los procesalistas publicistas hablan hoy con desdén de la “errónea comprensión del principio dispositivo”<sup>8</sup> y proclaman con arrogancia su “verdadera naturaleza”<sup>9</sup>.

Pero, una vez aclarada su genealogía, estas sutiles distinciones quedan desenmascaradas como lo que son: nada más que autoengañosa sofistería. La impresión final que queda es la siguiente: si algo se salvó del naufragio del principio dispositivo -principio de demanda o justicia rogada e intangibilidad del objeto procesal por el poder público- no se debió tanto a *razones técnicas* como a la *decisión política* del fascismo de dejarlos subsistentes. Me pregunto si el ingenio latino no hubiera igualmente buscado *a posteriori* razones técnicas para legitimar la incoación oficiosa y la aportación de hechos por el juez, si Calamandrei y Grandi hubieran decidido incorporarlas al *Codice*, del mismo modo que la iniciativa probatoria judicial, como fiel reflejo del *fortalecimiento del principio de autoridad del Estado*.

---

<sup>6</sup> TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. En: *Ius et Praxis*, vol.12 n° 2, 2006, p. 105. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> ETXEBERRÍA, José. Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 36.

<sup>9</sup> HUNTER, Iván. El principio dispositivo y los poderes del juez. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXV n° 2, 2010, p. 156. Valparaíso: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. En este interesante trabajo, el profesor Hunter se sirve, con innegable destreza, de la táctica escolástica de las distinciones: escinde los actos procesales en dos clases: “declaraciones de voluntad” y “actos de información” y diferencia también entre hechos que integran el “acto alegatorio” y hechos que quedan fuera del mismo, sosteniendo que estos últimos pueden ser introducidos por el juez sin afectar el principio dispositivo. De este modo, da un paso más, en la reducción del alcance del principio dispositivo en el proceso civil.

## 2. LA NATURALEZA JURÍDICO-PRIVADA DEL OBJETO DEL PROCESO CIVIL ELIMINA LA MÁXIMA DE LIBRE INVESTIGACIÓN

Según afirma el publicismo, el principio dispositivo se satisface siempre que la legislación procesal reconozca que a las partes les corresponde de manera exclusiva tanto la provocación del órgano jurisdiccional como la persecución y la refutación de la pretensión. Pero la miopía publicística no consigue ver que, si el poder público no puede inmiscuirse de ningún modo en el objeto del debate, entonces, deviene completamente ilógico, incongruente, que este mismo poder pueda sin embargo realizar por su cuenta actuaciones procesales que tengan como consecuencia el éxito o fracaso de una pretensión que, insisto, no se corresponde ni se puede corresponder jamás con *su* interés. Ya lo había advertido Wach cuando enseñaba que “no existe un interés oficial en que la relación jurídica litigiosa se decida de un modo determinado”<sup>10</sup>.

A menos que esas acciones se dirijan a un interés propio y distinto del formulado por las partes en su pretensión y resistencia. Frente a lo cual Monteleone correctamente se pregunta ¿cuál sería este distinto interés o fin que se realiza en el proceso independientemente, o en contra, del derecho subjetivo del cual aquél se desprende con el planteamiento de la demanda judicial?<sup>11</sup>.

Para responder a esta interrogante se suele invocar los cuestionables<sup>12</sup> postulados de Klein:

- a) las controversias particulares son “males sociales (*soziale Übel*) relacionados con la pérdida de tiempo, dispendio de dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio

---

<sup>10</sup> WACH, Adolf. El juez y las partes. En: Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958. p. 67.

<sup>11</sup> MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las ‘orientaciones publicísticas’ del proceso civil. En: MONTERO, Juan (coord.). Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos y moción de Valencia. Santiago, Chile: Editorial Metropolitana, 2008, p.182.

<sup>12</sup> Para una crítica de estos postulados *vid.* CIPRIANI, Franco. En el centenario del reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad). En: Batallas por la justicia civil. Lima: Editorial Cultural Cuzco, 2003. pp. 41 y ss.

y de ira entre las partes litigantes y de otras pasiones fatales para la convivencia de la sociedad”<sup>13</sup> y

- b) el proceso, en la medida que bloquea los bienes en espera de la decisión, incide en la economía nacional en cuanto toda “causa turba la pacífica colaboración, rompe ordenados nexos económicos, bloquea valores y los distrae de la ordinaria circulación”<sup>14</sup>.

Aceptar estas premisas –se dice- implica reconocer que el Estado tiene un interés propio y legítimo en lograr una economía de tiempos y recursos en el proceso civil. Un interés en que esos “males sociales” que son los procesos tengan una “definición rápida, poco costosa y simple”<sup>15</sup>. Un interés de esta naturaleza podría legitimar la atribución al juez de la dirección formal del proceso, vale decir, del control de la regularidad formal o técnica de los actos procesales y de impulsar el procedimiento para que éste se desarrolle pasando de una fase a otra<sup>16</sup>, pero en ningún caso el interés público en la economía y celeridad procesales podría legitimar facultades destinadas a determinar el contenido de la sentencia, el resultado, la meta. Y es que, como decía Chiovenda, el Estado, en sede civil, no tiene interés “en el objeto del litigio”, sino “en el modo en que este se desarrolla”<sup>17</sup>.

Si la prueba constituye un capítulo más en el desarrollo de la actividad de las partes en pos del juicio jurisdiccional, en cuanto se dirige a provocar el convencimiento del juzgador<sup>18</sup> y, según este lo alcance o no, la actividad probatoria terminará por definir, en la mayor parte de los juicios, el éxito o fracaso de la pretensión, no parece que se pueda reconocer una iniciativa probatoria al propio juzgador sin admitir que se le confiriere también, precisamente a través de ella, una posibilidad de intervención sobre dicho resultado distinta y anterior al acto decisorio mismo (obviamente siempre el juez favorecerá a una u otra parte

---

<sup>13</sup> Sprung, citado por *Ibíd.*, p. 40.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, pp. 40-41.

<sup>15</sup> Sprung, citado por *Ibíd.*, pp. 41.

<sup>16</sup> MONTERO, Juan. Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p.94.

<sup>17</sup> Citado por CIPRIANI, Franco. *Op. cit.* (n. 12), p. 41.

<sup>18</sup> CAROCCA, Alex. *Manual de Derecho Procesal. Tomo II. Los procesos declarativos*. Santiago: Lexis Nexis, 2003. pp. 141-151.

al fallar la causa, la cuestión es si, además, puede realizar actuaciones distintas de la adjudicación -como decretar pruebas- que contribuyan, deliberadamente o no, a que una parte pierda y la otra gane el pleito).

Así las cosas, no me parece tan evidente que la disponibilidad de las pruebas pertenezca a la técnica del proceso y no al principio dispositivo en sentido estricto<sup>19</sup>. Antes al contrario, sostengo que el objeto del proceso como límite indiscutido a la intromisión estatal no solo veda al juez la introducción de hechos al proceso, sino también la aportación de la prueba sobre esos hechos. Y no estoy diciendo nada nuevo porque lo advirtió hace un siglo Adolf Wach: “En el proceso civil, la naturaleza jurídico-privada de ese objeto elimina la ‘máxima de libre investigación’ [...] La sentencia es, y solo puede ser, la apreciación del material de afirmaciones y de pruebas suministrado por las partes. La prueba en el proceso civil es prueba de parte”<sup>20</sup>.

### **3. INCOMPATIBILIDAD DE LOS FINES PRIVADOS Y PÚBLICOS DENTRO DEL PROCESO CIVIL**

Se insiste en que el ejercicio de la iniciativa probatoria por el juez no estaría dirigida a determinar el éxito o fracaso del interés de nin-

---

<sup>19</sup> Cfr. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 200.

<sup>20</sup> WACH, Adolf. El sistema de prueba. *En*: Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958. pp. 225-226. En Chile, en un trabajo reciente, el profesor Nicolás Luco ha planteado la misma idea, esto es, que “otorgarle iniciativa probatoria al juez contradice el principio dispositivo”, pero limitando la vigencia de este principio y su consecuencia al proceso civil en sentido estricto y descartándola “cuando existe un interés público que prevalece sobre el interés particular, como por ejemplo, en muchas áreas del derecho de familia o el derecho laboral, en que [...] la cuestión no puede quedar entregada exclusivamente al parecer de los litigantes.” (LUCO, Nicolás. ¿De vuelta al sistema inquisitivo? *En*: LETURIA, Francisco (ed.) *Justicia civil y comercial: Una reforma ¿cercana?* Santiago de Chile: Ediciones LYD, 2011, p. 217). Debe tenerse presente que, en materia laboral, si bien el art. 5º inciso 2º CT establece la irrenunciabilidad de los derechos establecidos en las leyes laborales, la misma norma restringe el alcance de esta indisponibilidad a la subsistencia del contrato de trabajo, de manera que extinguido este, los derechos se tornan perfectamente disponibles por las partes. Si añadimos a esta consideración la circunstancia que, en la práctica, la abrumadora mayoría de los litigios laborales se producen con ocasión del despido, vale decir cuando los derechos son tan disponibles como en los juicios civiles en sentido estricto, tenemos que no se puede desconocer la vigencia del principio dispositivo en el proceso laboral.

guna de las partes, sino a perseguir un fin distinto y propio del Estado, ajeno al de las partes en conflicto, que ya no tiene que ver con la economía ni la celeridad procesales y que se identificaría, en último término, con la realización del Derecho objetivo o, en una versión más sentimental –aunque mucho menos aprehensible por la inteligencia- con la obtención de una sentencia justa. Dicho de otro modo, el cometido del juez es aplicar la ley y, no solo eso, sino que además el Estado tiene interés en que la aplique correctamente o, en versión sentimental, en que el juez decida, no de cualquier modo, sino que con justicia. Se afirma que, para ser consecuente con estos fines, el Estado debe colocar al juez en posición tal de poder conocer *la verdad* sobre los hechos, porque solo de ese modo podrá seleccionar y aplicar correctamente las normas de derecho material relevantes o, en lenguaje habermasiano, desarrollar el discurso de aplicación o adecuación<sup>21</sup>, y/o porque *la verdad* es condición necesaria de la justicia de la decisión<sup>22</sup>.

De este modo el proceso deviene en instrumento o método para el descubrimiento y determinación de la verdad de los hechos en los que se funda la decisión<sup>23</sup>. Para que el proceso cumpla esa *función epistémica*, el legislador no puede confiar la actividad probatoria exclusivamente a las partes ya que estas, mirando las cosas desde su parcialidad y en beneficio de su interés particular, pueden tomar la decisión de omitir medios de prueba relevantes. Es por eso que, en palabras de Taruffo:

“diversos legisladores procesales han advertido la necesidad de hacer que la determinación de los hechos sobre la base de las pruebas deje de ser un asunto privado de las partes y deje de depender exclusivamente de sus iniciativas y de sus elecciones tácticas. En

---

<sup>21</sup> Según lo explica Núñez “este discurso se refiere a la corrección de la decisión jurídica, en la cual hay que establecer si la norma *prima facie* aplicable es adecuada a una situación determinada, para lo que es necesario tener en cuenta todos los datos que caracterizan a esa situación, es decir, la *situación de aplicación* [...] el discurso de aplicación está centrado en la adecuación de las normas a la circunstancias relevantes del caso concreto (aspectos o circunstancias de hecho)”. NÚÑEZ, Raúl. El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo. En: *Ius et Praxis*, Talca, año 14, n° 1, p. 202. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.

<sup>22</sup> Así TARUFFO, Michele. Op.cit.

<sup>23</sup> *IBÍD.*, p. 155.

otras palabras, esos legisladores han advertido la exigencia de dar a la actividad del juez una orientación marcadamente epistémica, confiándoles poderes necesarios para la búsqueda de la verdad”<sup>24</sup>.

Sobre el proceso civil como instrumento de realización del Derecho objetivo, Prieto-Castro y Ferrandis afirmó, hace ya muchos años, que “se carece de razones para sostener que el derecho objetivo privado sea preferente al subjetivo y que el Estado tenga que velar por la satisfacción de éste, suplantando la voluntad de los sujetos en las relaciones jurídicas”<sup>25</sup>. Sinceramente no creo que pueda decirse nada más sensato al respecto. Tan solo observaré que si se permite siempre a las partes la posibilidad de desistirse, allanarse o transar, que viene a ser la máxima disposición, aunque ello signifique que el Derecho objetivo quede irrealizado o triunfe la injusticia, no se comprende que, cuando cualquiera de las partes (o ambas) ejercitan un grado de disposición menor, esto es, si no prueban o prueban deficitariamente, deban ser en tal caso suplidas por el juez para que, entonces sí y solo entonces, se cumpla el Derecho objetivo y prime la justicia.

Si el proceso no mira tanto por el interés privado de las partes como por la eficacia del Derecho objetivo o, para decirlo con la misma vehemencia con que lo ha dicho en Chile Andrés Bordalí, si:

“la jurisdicción no es un servicio público puesto a disposición de los ciudadanos para que dirima sus conflictos privados [sino que l]a jurisdicción es una potestad constitucionalmente sancionada para la realización, consolidación y creación de la legalidad; es el terminal de la publicidad, esto es, la última instancia dentro del sistema estatal para defender y realizar la legalidad constitucional...”<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> IBÍD., p. 199. Nótese los dos prejuicios taruffianos: a) que los jueces *nunca* toman decisiones tácticas en el ejercicio de iniciativa probatoria, esto es, que solo actúan guiados en la negra noche de los egoísmos de las partes por la luminosa estrella de la verdad y b) que las partes *siempre* buscan un fin distinto a la verdad de los hechos cuando prueban

<sup>25</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRANDIS, Leonardo. Informe General sobre los principios políticos y técnicos para una Ley Procesal Civil Uniforme en la Comunidad Hispánica de Naciones. En: Trabajos y orientaciones de Derecho procesal. Revista de Derecho privado. Madrid, 1964, p. 655.

<sup>26</sup> BORDALÍ, Andrés. Los poderes del juez civil”. En: DE LA OLIVA, Andrés y PALOMO, Diego (coord.). Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 192.

Entonces, no se comprende por qué el Estado deba autorizar a las partes ya embarcadas en la nave del proceso para hundirla antes de arribar al “terminal de la publicidad”, ahogando en las aguas de su egoísmo particular el interés público *prevalente* en la realización de la “legalidad constitucional”.

En el mismo sentido Monteleone, ha resaltado la incongruencia que subsiste en reconocer un interés público y social superior a las partes y mantenerles, sin embargo, el monopolio de la incoación del proceso:

“Bajo la premisa de que el derecho de acción corresponde y se garantiza al titular de un derecho o de un interés jurídicamente relevante, para que sea declarado y tutelado frente a quien lo haya violado, y puesto que sin acción, interés y legitimación la jurisdicción civil no puede ejercitarse, ni nacer ningún proceso, ¿cómo es que este mismo derecho privado y subjetivo por el solo hecho de estar necesitado de tutela y de ser deducido en juicio pierde sus características para ser absorbido por un distinto interés *público* y *social*? Por lo menos hasta hoy no ha quedado científicamente probada la existencia de este distinto y concreto interés público y social, porque, si aquél existiera realmente, el ejercicio de la jurisdicción civil no debería nunca estar condicionado a la proposición de la demanda judicial en contradictorio, sino que debería siempre procederse de oficio en base a simple denuncia de parte”<sup>27</sup>.

En cuanto al interés público en la obtención de un resultado justo existe mucho menos claridad sobre qué sea tal cosa, quiero decir, *lo justo*. Si uno tiene en cuenta la diversidad y disparidad de teorías sobre la justicia no es atrevido decir que los juristas contemporáneos están respecto de la justicia y lo justo en una desalentadora *aporía*. Por tanto, en mi opinión, todo lo más que se puede afirmar, suponiendo que se quiera mantener la retórica de la justicia en el ámbito procesal, es que la sentencia será justa en la medida que el proceso lo sea y que este lo será si en su configuración y en sus actuaciones los poderes públicos involucrados respetan ciertas garantías mínimas, a saber: la igualdad de las partes y la imparcialidad, imparcialidad e independencia del adjudicador. Para otros, en cambio, esta noción de justicia es demasiado formal e insuficiente pues el juez no solo debe preocuparse por el cumplimiento de las reglas del juego sino de ase-

---

<sup>27</sup> MONTELEONE, Girólamo. Op. cit. (n. 11), p. 182.

gurar a las partes la “isonomía sustancial”<sup>28</sup> (¿igualdad material?), la cual puede llegar a exigir “determinar pruebas ex officio, con el objetivo de elucidar los hechos; no resultando justificado que éstos no sean debidamente verificados en razón de la mayor o menor suerte económica o astucia de uno de los litigantes”<sup>29</sup>.

Por tanto, se ha intentado justificar la iniciativa probatoria judicial “en razón de la situación débil que pueda tener una de las partes del proceso”<sup>30</sup>. Esta es la línea de argumentación predilecta del juslaboralismo y en tal sentido se ha afirmado que “el desequilibrio probatorio es el drama del trabajador litigante” quien “debe arrancar la prueba de este ambiente hostil sujeto a la presión del patrono”<sup>31</sup>. No se me escapa, ni pretendo obviar –como se me ha imputado en alguna ocasión-<sup>32</sup>, que el desequilibrio entre las partes de la relación de trabajo, se proyecta también en el proceso. Hago mías las palabras de Alvarado Velloso, en el sentido que:

“esa notable *desigualdad real* debe ser paliada. Pero no por el juez, encargado final de asegurar la *igualdad jurídica* de las partes procesales. Antes bien, podrá ser cuidada por defensores *ad hoc*, por asesores en el litigio que procedan promiscuamente con los representantes [...] de los trabajadores, por muchos y variados funcionarios [...] quienes se dediquen con exclusividad a ello. Pero insisto: nunca por el juez pues, al desnivelar la igualdad jurídica para lograr una supuesta y nunca alcanzada igualdad real, logra sólo desequilibrar el fiel de la balanza de la Justicia y hacer ilegítima su sentencia”<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> SCHAEFER, citado por MARINONI, Luis; PÉREZ, Álvaro y NÚÑEZ, Raúl. Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación. Santiago: Abeledo Perrot, 2010, p. 377.

<sup>29</sup> *Ibíd.* (parecen seguir en esta idea a Barbosa Moreira), p. 378.

<sup>30</sup> BORDALÍ, Andrés. *Op. cit.* (n. 26), p. 197.

<sup>31</sup> Sarthou, citado por GOLDSTEIN, Eduardo y MARIEZCURRENA, Patricia, “Algunas reflexiones sobre los poderes de instrucción en el proceso laboral”. *En: Derecho Procesal del Trabajo. Treinta estudios*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005, p. 269.

<sup>32</sup> CAAMAÑO, Eduardo, “El procedimiento de tutela: una innovación en el sentido correcto”, en: *La Semana Jurídica*, n° 335, 9-15 de abril. Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2007, p. 2.

<sup>33</sup> ALVARADO, Adolfo, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 261.

Incluso Bordalí, quien es manifiestamente partidario de la iniciativa probatoria judicial, consigue advertir que “no parece justificable que el juez se constituya en una especie de asistente del sujeto más débil en el proceso, puesto que su deber de imparcialidad podría verse afectado”<sup>34</sup>.

Aun cuando no haya claridad sobre lo que signifique concretamente la idea de justicia en el contexto del proceso sí parece haber un consenso publicístico en que justicia y verdad están muy conectadas<sup>35</sup>. A partir de esta idea se ha producido un *retorno de la verdad al proceso*<sup>36</sup>.

#### 4. LA PRETENDIDA FUNCIÓN EPISTÉMICA DEL PROCESO

No deja de asombrarme la tosquedad epistemológica de muchos procesalistas, ajenos según parece, a cualquier reflexión crítica sobre el conocimiento. Para la corriente procesal dominante, la formidable cuestión sobre la posibilidad de acceso a *la verdad* parece que quedara resuelta con otorgar iniciativa probatoria a los jueces. Cuando los procesalistas hablan ingenuamente de *la verdad* a uno le vienen ganas de preguntarles, como antaño hizo Poncio Pilatos, *quid est veritas?*<sup>37</sup> Y, en efecto, conviene partir por preguntarle a los publicistas: ¿qué es la verdad?

Curiosamente, Michele Taruffo, uno de los pocos procesalistas que se ha ocupado del tema con profundidad y uno de los principales defensores de la verdad en el proceso, señala que la verdad es indefinible<sup>38</sup>. Con todo, de sus trabajos se puede inferir que adscribe al concepto de verdad-correspondencia, a la vieja *adaequatio rei et intellectus*, conforme al cual la verdad vendría a ser una correspondencia, equivalencia o concordancia (*adaequatio*) entre un objeto del mundo exterior (*rei*) y su representación mental por el sujeto cognoscente (*intellectus*). Este concepto de verdad parte de dos premisas:

---

<sup>34</sup> BORDALÍ, Andrés, *op. cit.* (n. 26), p. 197.

<sup>35</sup> TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad...* (n. 19), p. 88.

<sup>36</sup> TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad...* (n. 19), p. 89.

<sup>37</sup> Juan, XVIII, 37.

<sup>38</sup> TARUFFO, Michele. *Op.cit.*, p. 98.

1ª) que hay un conjunto objetos exteriores al sujeto cognoscente que existen con total independencia de su representación actual; en palabras simples, la realidad y 2ª) que la realidad es, de algún modo, cognoscible, por el ser humano.

Tanto el concepto de verdad-correspondencia como las premisas que lo sostienen han sido objeto de demoledoras críticas en las últimas décadas<sup>39</sup>, que Taruffo desprecia como mero síntoma de la “embriaguez posmoderna” de una “variopinta pandilla” de “*new cynics*” que descreen de la verdad, de la objetividad y del conocimiento<sup>40</sup>. Pero lo interesante es que admite, sin embargo, que la verdad:

“puede ser considerada relativa, pero no en el sentido de que resulte dependiente de las opciones individuales de los sujetos que se ocupan de ella, pues de este modo se caería en un relativismo radical inaceptable, sino más bien en el sentido de que el conocimiento de la verdad es relativo al contexto en que aquél sea realizado, al método con el que se desarrolle la investigación y a la cantidad y la calidad de las informaciones de que se disponga y sobre las cuales se funde el conocimiento”<sup>41</sup>.

Taruffo llega a afirmar que la idea de verdad estaba de algún modo presente incluso en tiempos o culturas que indagaban sobre lo desconocido mediante métodos inadecuados como la observación del vuelo de las aves o las ordalías y en tal sentido no descarta que los antiguos arúspices y los jueces medievales, entre otros, tuvieran alguna buena razón para pensar que de ese modo lograban obtener conclusiones verdaderas<sup>42</sup> (en el sentido de reproducir *correctamente* objetos extramentales). Taruffo traslada esta concepción al proceso. El juez moderno cuenta con métodos e instrumentos de averiguación mucho más sofisticados que el arúspice y los jueces medievales, que sin embargo no resultan infalibles, pero de acuerdo a este enfoque su falibilidad deviene irrelevante, porque basta con que sirvan para que el juez alcance un conocimiento relativo de la verdad. Pese a esa

---

<sup>39</sup> Por mencionar solo una: MATURANA, Humberto. La realidad: ¿objetiva o construida? Fundamentos biológicos de la realidad. 2 ed. España: Editorial Anthropos, 2009.

<sup>40</sup> TARUFFO, Michele. Op.cit., p. 89.

<sup>41</sup> IBÍD., p. 99

<sup>42</sup> IBÍD., p. 99.

falibilidad se obtiene de todos modos, según Taruffo, una verdad objetiva “en la medida que no es fruto de las preferencias subjetivas e individuales del juez, o de otros sujetos, sino que se funda en razones objetivas que justifican el convencimiento del juez y que se derivan de datos cognoscitivos que resultan de las pruebas”<sup>43</sup>.

En igual sentido, Núñez (siguiendo a Ferrer Beltrán) enseña que “la prueba debe ser considerada como medio a través del cual el Derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial. Por otro lado, dadas las limitaciones de ese medio, la presencia del mismo no garantiza la obtención del fin (la verdad)”<sup>44</sup>. Tampoco a Núñez le inquieta esta última constatación, pues le basta con que el juez considere que los específicos medios de prueba incorporados en el proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de la proposición (vale decir, de su correspondencia con los hechos del caso) y, siendo consecuente con esa estimación, *la tenga por verdadera*, sin importar que luego de la decisión la proposición se descubra falsa, porque *a posteriori*, tras la cosa juzgada, lo que importará será aquello que el juez ha tenido por verdadero y perderá relevancia aquello que es verdadero (en el supuesto de que difieran)<sup>45</sup>.

Y es que incluso los más fervorosos partidarios de la función epistémica del proceso reconocen un conjunto de límites legales y prácticos (celeridad, economía de recursos materiales y humanos, proscripción de la prueba ilícita, preclusiones, presunciones, la falibilidad de los medios de prueba, etc.) que conspiran contra la posibilidad de hallar la verdad. Los mismos autores, sin advertir ninguna contradicción, sostienen que, aunque muchas veces en el contexto del proceso no se alcance la verdad absoluta, eso nada dice *contra la verdad*, porque siempre la decisión será justificada por el juez mediante la afirmación (o negación) de una correspondencia entre ciertos hechos referidos por las partes y los hechos del mundo exterior que muestran las pruebas.

---

<sup>43</sup> Ibíd., p. 100.

<sup>44</sup> NÚÑEZ, Raúl. Op. Cit., p. 207.

<sup>45</sup> Ibíd., p. 210.

Pero si el proceso solo puede ofrecer un conocimiento relativo de la verdad, lo que *es tenido por verdadero* dadas las circunstancias, vale decir, si nunca es seguro ni necesario que *la verdad* se alcance, la verdad como fin del proceso se devalúa notoriamente. Lo que queda de ella no es más que un residuo evanescente, un ideal inspirador, un espejismo que el juez nunca estará obligado a alcanzar.<sup>46</sup> Bastará con su recta conciencia de obrar conforme a ese ideal, la misma convicción con que, tal vez, el adivino etrusco creía extraer *la verdad* de las tripas de los pájaros.

Y entonces, la afirmación (o negación) de una correspondencia entre cierto enunciado fáctico de parte y los hechos del mundo no está muy lejos de ser, también, un recurso retórico del juez para justificar su decisión ante la comunidad. Un piropro al acto de adjudicación o, como diría Humberto Maturana, un reclamo autoritario de obediencia<sup>47</sup>. Al fin y al cabo, la apelación a *la verdad* por los jueces, termina desempeñando un papel no muy distinto que en boca de las partes y muy a tono con lo que afirman los “*new cynics*”, tan despreciados por Taruffo.

Me pregunto, cómo es que puede insistirse, una y otra vez y sin sonrojo, en la función epistémica del proceso.

## 5. CONCLUSIONES

Me parece haber demostrado que buena parte de la argumentación del publicismo a favor de la iniciativa probatoria judicial en el proceso civil es débil e inconsistente.

---

<sup>46</sup> En palabras del propio Taruffo, un “ideal regulativo, un punto de referencia hacia el que se oriente la actividad”, citado por FUCHS, Andrés. *Proceso, prueba y verdad*. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2011. p. 62.

<sup>47</sup> “[L]a suposición por parte de diferentes observadores de diferentes clases de entidades independientes como fuente definitiva de validación de sus explicaciones constitutivamente los conduce a validar con su comportamiento diferentes, y por necesidad mutuamente exclusivos, universos, realidades o dominios de explicaciones objetivas. Por lo tanto, en esta línea explicativa, las explicaciones implican demanda de un acceso privilegiado a una realidad objetiva por parte del observador, u observadora, que explica, y en ello los observadores no tienen responsabilidad por su mutua negación en sus desacuerdos explicativos porque ésta es la consecuencia de argumentos cuya validez no depende de ellos. Y es en esta línea explicativa que un reclamo de conocimiento es una demanda de obediencia.” MATURANA, Humberto. *Op. cit.*, p. 17.

Aceptado lo anterior, convendría preguntarse si el sistema inquisitivo es una alternativa ideológicamente neutral frente al sistema dispositivo o acusatorio, sujeta simplemente a un criterio de oportunidad o conveniencia del legislador o si, como viene sosteniendo autorizada doctrina, no da precisamente lo mismo uno y otro sistema. Si, una modalidad eficiente para la solución de los conflictos debe construirse a partir de las bases mismas de un sistema socio político democrático,<sup>48</sup> la alternativa legítima parece ser una sola. En efecto, como observa ALVARADO, “no se trata sólo de establecer quién es que puede –o debe- llevar el impulso procesal”, sino de optar por “un proceso que sirva y pueda ser utilizado como medio de control social o de opresión, cual lo han pensado y puesto en práctica los regímenes totalitarios [...] o, por el contrario, un proceso que sirva como último bastión de la libertad en la tutela de los derechos y garantías constitucionales...”<sup>49</sup> Es bien sabido que el sistema inquisitivo tuvo su origen en la inquisición medieval que se organizó a comienzos del S. XIII para la investigación y represión de determinados delitos eclesiales. También conocido, aunque menos divulgado, es el hecho de que su extensión como método de enjuiciamiento de asuntos privados en el siglo XX fue propiciado por los grandes totalitarismos, nazismo, fascismo y socialismo. Si se estudian comparativamente la Ordenanza alemana de 1937; el *Codice di Procedura Civile* italiano de 1940 y las leyes procesales civiles de la URSS, se hallará, siempre, un elemento común: el robustecimiento de los poderes de dirección del juez y sus facultades probatorias para averiguar “La Verdad”, en desmedro de las partes y de sus abogados; en definitiva, la misma pulsión antiliberal y autoritaria.

Pero si en aquél contexto histórico, singularmente siniestro, el triunfo del sistema inquisitivo se explica coherentemente, su adopción para configurar los procedimientos civiles en un Estado democrático y de Derecho, constituye un anacronismo intolerable contra el que todo jurista libertario debe combatir implacablemente.

---

<sup>48</sup> Maturana, C.: “La debida, pronta y eficiente solución de los conflictos laborales”, en *La Semana Jurídica*, N° 343, 4 al 10 junio, 2007, p. 3.

<sup>49</sup> Alvarado, A.: *Op. Cit.*, pp. 62-63.



# LIBERTAD PROBATORIA Y DECLARACION DE IMPERTINENCIA:

## MOMENTO PROCESAL ADECUADO PARA DECLARAR LA PRUEBA IMPERTINENTE CON UN ESTRICTO RESPETO A LAS NORMAS DEL DEBIDO PROCESO, EVITANDO EL PREJUZGAMIENTO Y LA PÉRDIDA DE IMPARCIALIDAD

*José Alejandro Duque Villa\**

### RESUMEN

La recolección de los datos adecuados de la realidad social para ser incorporados en el proceso, demanda una labor de inclusión exigente para el juzgador. Así, se distingue en esta labor un análisis netamente jurídico y otro lógico. El primero que se denomina de admisibilidad, implica determinar si la introducción de un elemento de prueba útil viola alguna disposición legal que impide su introducción, y el segundo, de pertinencia, significa determinar vínculos, entre el tema del juicio y el hecho que se pretende probar o la información que aporta el medio. Existiendo esa congruencia estamos en un supuesto de pertinencia y si no, en uno de impertinencia.

---

\* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Valparaíso. Ha cursado Diplomados en la Universidad de Valparaíso (Nuevo Proceso Penal), en la Universidad Alberto Hurtado (Proceso Penal y Litigación Oral) y en la Universidad Andrés Bello (Proceso Civil y Litigación Oral). Actualmente es egresado de la Maestría de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Ha participado en una serie de talleres, seminarios y cursos en materias relativas a familia, proceso civil, proceso penal y litigación oral. Actualmente es abogado de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región de Valparaíso, Unidad de Familia de la Oficina de la ciudad de Quillota.

El momento adecuado para realizar, especialmente, la declaración de impertinencia, resulta relevante para observar si la legislación procesal de un país respeta o no los principios del debido proceso.

Un análisis preliminar antes de la producción del medio confirmatorio y fuera de la etapa final de valoración del juez, implica la conculcación de una garantía básica que informa el proceso, la imparcialidad del juzgador, permitiendo valorar la prueba antes de su incorporación.

Sostenemos que la declaración de impertinencia debe realizarse una vez que la prueba ha sido rendida y que el juez cuente con todo el material disponible para verificar si el medio y la información resultan relevantes o pertinentes a la hora de la decisión del litigio. De lo contrario, ni la libertad de prueba ni la imparcialidad del juzgador serán principios sustentables en ese ordenamiento.

## **PALABRAS CLAVE**

Libertad, verdad, debido proceso, libertad de prueba, derecho a defensa, exclusión de prueba, inclusión, admisibilidad, pertinencia, imparcialidad, tutela efectiva.

## **INTRODUCCIÓN**

Era una mañana de bruma y nubes, y sobre los tejados de las casas colgaba un velo de color pardo, que producía la impresión de ser un reflejo del color de barro de las calles que había debajo. Mi compañero estaba del mejor humor y fue chachareando acerca de los violines de Cremona y las diferencias que existen entre un Stradivarius y un Amalfi. Yo por mi parte, iba callado, porque el tiempo tristón y lo melancólico del asunto en que nos habíamos metido deprimían mi ánimo.

Me parece que no dedica usted gran atención al asunto que tiene entre manos —le dije, por fin, cortando las disquisiciones musicales de Holmes.

No dispongo todavía de datos —me contestó—. Es una equivocación garrafal el sentar teorías antes de disponer de todos los elementos de juicio, porque así es como éste se tuerce en un determinado sentido.

Pronto va usted a disponer de los datos que necesita, porque ésta es la carretera de Brixton y aquí tenemos la casa, si no estoy muy equivocado —le dije, señalándosela con el dedo...<sup>1</sup>.

Alguno, absorto en la lectura de las historias de Sherlock, se preguntará cómo lo hacía para descubrir siempre al asesino. Cómo era capaz de separar la paja del trigo para obtener de los datos la información relevante y desechar la que no le servía, es decir, la inútil, siguiendo la pista adecuada y desechando la inconducente.

Esto nos da un punto de partida respecto de nuestro tema: la verdad, el camino para llegar a ella y la inclusión de todos aquellos elementos necesarios para una correcta decisión. ¿Cuál es la pista adecuada para descubrir al asesino?, ¿hay un método para hacerlo, un camino por recorrer?

## 1. ¿SIGNIFICADO DE VERDAD?

Desde nuestro tema y a la luz del punto de vista epistemológico, las preguntas que hacen de primicias son: ¿cuál es el significado de la palabra verdad?, ¿es este concepto alcanzable por el ser humano?, ¿si fuere alcanzable, es deseable alcanzarlo?, ¿es el proceso el instrumento adecuado? Si la respuesta sigue siendo afirmativa, ¿cuáles son las condiciones que deben estar presentes para decir que un enunciado puede considerarse como verdadero?

Hemos escuchado ya con una redundancia y majadería insoportable, que la verdad debe ser un fin. Para ello se nos ha proporcionado una clasificación, la que distingue entre lo que se ha denominado, la verdad material, histórica, empírica o simplemente verdad y la verdad formal, judicial o procesal<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cita extraída de CONAN DOYLE, Sir Arthur. *Estudio en Escarlata*, y que da cuenta del pensar del famoso detective Sherlock Holmes.

<sup>2</sup> La existencia de esta clasificación, casi irrefutable en las cátedras de pregrado, más por autoridad que por razones, se basa en algo, que si bien es de perogrullo, debe explicitarse. Quienes la defienden afirman la existencia de más de una verdad. El problema, inserto en esta distinción, surge al definir el espacio de cada una, el que debe ser comprensivo de toda la realidad de la verdad, si no la clasificación no cumpliría su objeto. Así, algunos han definido la verdad material o verdad sin más, como la adecuación de lo que se dice en la proposición con la realidad y la verdad formal no se da por relación a los objetos reales, sino por relación a las leyes lógicas, formales.

Pero no existe tal diferencia, no resulta una clasificación científica distinguir entre verdad material y verdad formal. La verdad sólo puede ser una y debe significar lo mismo: adecuación de lo que se afirma del mundo y la realidad de aquello afirmado.

La existencia de la clasificación parece denotar algo más profundo. El proceso, desde donde muchos señalan que sólo puede obtenerse una verdad formal, no permite su uso para lograr, como fin primero y último, la verdad de las cosas, sino un objeto no mucho menor, la paz social<sup>3</sup>. Ante esto, ante tal desilusión y desesperados por mantener tan altruista objetivo, inventaron, no descubrieron, esta clasificación, que no es sino la prueba fiel de la imposibilidad de obtenerla en este estadio.

## **2. ESTA NOCIÓN DE PROCESO, VERDAD Y LIBERTAD, ¿CÓMO SE CONJUGA EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO?**

Para aquellas doctrinas que denominaremos inquisitivistas, el derecho es un productor de verdades. Considera que el fin del proceso debe ser la obtención de la verdad más allá del apellido con el que la doten.

En cambio, para las concepciones garantistas, la búsqueda de la verdad no es el fin del proceso. No puede serlo, porque no es el instrumento adecuado para alcanzarlo. Pero sí está entregado a los justiciables como el último bastión de la libertad, ya que con irrestricto respeto a las garantías constitucionales se puede obtener una solución del conflicto que permita restablecer el orden previo al mismo.

¿Esto implica renunciar a un valor? Por supuesto que no, sólo asumí que la única respuesta válida del proceso se da respetando ciertas reglas que excluyen, entre otras, la existencia de un juez inquisidor.

En un Estado constitucional democrático la norma fundamental debe ser acatada irrestrictamente, y el Estado, entre sus órganos los

---

<sup>3</sup> No es nuestro objeto tratar este tema, pero insoslayable es expresar que en este punto se debe concurrir a las sabias enseñanzas del maestro de Rosario, doctor Adolfo Alvarado Velloso, quien, no sin incomprendiones, ha expresado dentro de un sistema procesal preclaro, el fin de este instrumento que denominamos proceso.

jueces, debe ocuparse de que todo el sistema se someta a esa regla. El proceso debe enmarcarse en aquel respeto a las garantías consagradas en la Constitución, a aquellas que permiten asegurar la libertad y la igualdad de las partes. Un sistema acusatorio cumple dichas condiciones. Es la respuesta adecuada a los conflictos de los justiciables, porque depende de la estricta legalidad, de la posibilidad ineludible de confrontar las afirmaciones contrarias y de la libre aportación por la parte de los medios confirmatorios. Pero ante todo, se desarrolla frente a un juzgador independiente, imparcial e imparcial.

### 3. REGLA BÁSICA DE INCLUSIÓN

Despejemos conceptos. La realidad del mundo no está en el proceso. Debemos incorporar en él aquella parte de la realidad que se origina del conflicto intersubjetivo de intereses. Así, desde fuera hacia dentro, lo básico está dado por la inclusión. No es posible hablar entonces sino de una regla básica, la inclusión de los elementos de la realidad social al mundo del proceso. Referirnos a la exclusión en este estadio resulta desacertado, ya que no podemos excluir sino lo que ha sido ya incluido.

Puestos así, incorporando este trozo de realidad en el proceso, surge un interrogante a despejar: ¿Qué parte de la realidad debo incluir? La respuesta viene dada por las partes, han planteado, al postular sus pretensiones y resistencias, sus afirmaciones y negaciones, sus demandas y contestaciones, cuál es el debate que entre ellas surge.

El Estado ha expropiado la solución del problema y entregado su resolución a un tercero dotado de ciertas características, a saber: imparcialidad, imparcialidad e independencia. Pero no ha expropiado, ni puede legítimamente hacerlo, el conflicto mismo, salvo que nos situemos en regímenes totalitarios y subyugantes<sup>4</sup>.

Así, estos actos de postulación restringen aquella parte del mundo que conocerá el juez y que corresponde a hechos. El objeto a confir-

---

<sup>4</sup> Sea este totalitarismo explícito o evidente, como ocurrió con la Alemania nazi o el fascismo italiano, o implícito o soterrado, como ocurre cada vez que doctrinas o ideologías jurídicas someten la libertad y la igualdad a intereses de menor jerarquía.

mar dentro de todo proceso son, lisa y llanamente, hechos, y son éstos los susceptibles de ser corroborados.

Con estos hechos, que son los que la parte alega y los que son resistidos por la contraria, además de aquellos que necesariamente deben confirmarse porque por su naturaleza así se exige para no quedar sujetos a la disponibilidad de las partes, se fija el tema del juicio, que no es otro que los hechos no admitidos.

Como no todo lo susceptible de confirmación debe serlo necesariamente, nos introducimos en este otro punto: lo que debe ser confirmado, y que se denomina por la moderna doctrina como tema de la confirmación.

Estos hechos (objeto) que son planteados y resistidos (tema) deben probarse. Recordemos que estamos frente a un tercero que no los ha vivido ni experimentado, y en la medida que lo hubiere hecho, dependiendo de la intensidad en que los hubiese vivido o experimentado, debiera inhabilitarse para conocer, o sujetarse a la prohibición de tomar en cuenta ese conocimiento privado.

#### **4. EL DERECHO A PROBAR**

Normalmente, se estudia desde la perspectiva de la ley común a la prueba, como método o procedimiento por el cual se incorpora al proceso los medios de confirmación que permitirán incluir en éste la realidad social que nos interesa. Mas, siguiendo las concepciones modernas que promueven el irrestricto respeto a la norma constitucional, surge como un derecho: el derecho a probar, inserto dentro de la tutela judicial efectiva<sup>5</sup>.

Existe un derecho de los más caros del ordenamiento procesal con raíz constitucional dentro de aquel instituto denominado debido proceso y que corresponde al derecho de defensa, el cual nos permite resguardar la libre utilización de los medios confirmatorios<sup>6</sup>. El dere-

---

<sup>5</sup> Tutela que ya no significa, como antaño se enseñaba, el derecho a acceder a la justicia, sino que, además, al tránsito y salida del proceso de manera indemne.

<sup>6</sup> La ley procesal, bajo la soberanía constitucional, debe reconocer a las partes el derecho a formar y a elegir o seleccionar el material confirmatorio que pretenda aportar al juicio para confirmar sus pretensiones o resistencias.

cho a probar comprende un amplio campo, comenzando por la formación de los medios confirmatorios, la selección entre ellos de los que parezcan más adecuados, su proposición al tribunal, que la prueba seleccionada y propuesta sea admitida al proceso, y si no lo es, que se funde su inadmisión, su producción material y, que en definitiva, sea valorada por el sentenciador.

En general, este derecho se encuentra inserto en distintos conceptos constitucionales. Algunos textos refieren al debido proceso, otros, con mucha impropiedad, al justo y racional procedimiento, a la inviolabilidad de la defensa en juicio, al derecho a ser oído, etc., mas otros cuerpos normativos, los menos, refieren expresamente a la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa<sup>7</sup>.

## 5. MAYOR O MENOR CAUDAL INFORMATIVO INCORPORADO AL PROCESO

¿Qué necesita un juzgador para dar una respuesta satisfactoria a los justiciables? ¿Qué elementos necesita para que su actividad jurisdiccional logre persuadirlos a aceptar su fallo, aún cuando aquel ha

---

Así, debiésemos contar con una legislación que no cierre el catálogo de medios de confirmación y que permita a las partes aportar aquellos elementos que le parezcan adecuados para defender sus pretensiones. La existencia de un *numerus clausus* en el catálogo de medios, la forma en que los constituyo, restricciones a priori en cuanto a cantidad de material a incorporar, etc.

Por ello, la indicación de los medios de prueba que contiene la ley debe ser siempre a título ejemplar, no taxativa, y la regulación de los ritos por las que dichos medios ingresan al proceso, se deben limitar a su formación e incorporación, dejando un amplio campo de libertad a las partes”.

<sup>7</sup> Artículo 24 de la Constitución Política Española.

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

revelado que las pretensiones de aquellos no gozan de sustento, o a lo menos, del mínimo de sustento requerido o que la opinión contraria pesó más?

Es evidente que la decisión del juez no persuade por serlo ni por algún argumento de autoridad, figura que en sociedades informadas está en descrédito, sino por el contexto del que resulta ser conclusión.

El juez debe explicar el derrotero que siguió para llegar al final del camino, con el objeto que los justiciables (o justiciados, según el caso) puedan recorrerlo en el sentido exacto de la palabra: rehacer el camino ya corrido. Y si los trayectos son medianamente coincidentes, con cierta dosis de objetividad en el análisis, darán a lo menos una serenidad espiritual al que ha visto contradicha su pretensión<sup>8</sup>.

No podemos aceptar la existencia de un estado de convencimiento en el juez como instancia necesaria para dar lo que se pide o negar lo que se exige, a menos que dicho estado sea traducible a otra mente por medio de un proceso racional. Proceso que debe ser universal, es decir, que cualquier ser humano pueda, razonablemente seguirlo. Debe ser simple, que evite las complejidades, que no impida a los sectores legos de la población entender por qué fueron despojados o desconocidos en sus pretendidos derechos; debe ser fundamentado, es decir, el camino debe ser recorrible por cualquiera.

¿Nos aseguramos de obtener una mejor decisión, aumentando el caudal informativo, restringiéndolo o depurándolo?

Para que el juez llegue al convencimiento<sup>9</sup> debe valerle, aprovisionarse de datos, de hechos y esto, abre una primera puerta para analizar este antecedente del mundo que buscamos reconstruir.

Relevante resulta determinar de qué manera podemos ayudar a ese juez a contar con el caudal informativo suficiente para arribar

---

<sup>8</sup> Las respuestas, distintas en la historia, nos pueden llevar a girar y mirar hacia la autoridad. A la fuerza que moral y legalmente le hemos concedido a este poder del Estado, el que se traspasa a sus miembros cuando juzgan. Otras nos conducen a un horizonte distinto, impulsándonos a buscar un criterio, no necesariamente que nos convenza (recordemos que está presente la naturaleza humana que destella furia ante la negación de lo nuestro, o lo que creemos nuestro) que, a lo menos, nos persuade que la decisión, de la que se puede disentir, ha sido bien adoptada.

<sup>9</sup> No siendo nuestro tema toda la complejidad que se encuentra inserta en el tema del convencimiento judicial para dar por probado o confirmado un hecho.

al resultado. ¿Debemos disponernos a cegar el derecho procesal, en los términos benthamianos, y otorgar sendas puertas abiertas para introducir en el proceso toda la información, todos los datos, todos los documentos disponibles para llegar a la verdad de los hechos o, pasar por un cedazo o filtro el material disponible? y si adoptamos esta segunda posición, ¿desde cuándo filtramos, qué cegamos, de qué forma excluimos?<sup>10</sup>

## 6. ¿CUÁL ES LA FINALIDAD DE LA PRUEBA EN EL PROCESO JUDICIAL?

En este aspecto surge la monumental figura de Jeremías Bentham, quien señaló en su Tratado de las Pruebas Judiciales “Cuando un particular se dirige al juez, es para pedirle una decisión, que no pueda ser relativa, sino a un punto de hecho o de derecho. En punto de hecho se trata de saber si juzga que el hecho que está sometido es verdadero o no; y en este caso no puede tener mas base que las pruebas”<sup>11</sup>. Estas sencillas frases son punto de partida de aquello que Ferrer denominó como la teoría prescriptiva del derecho de la prueba y que, como bien lo resume el jurista español, reconoce como su finalidad la averiguación de la verdad de lo ocurrido.

Bentham, metodológicamente hablando, busca alcanzar ese fin recurriendo a un sistema natural de conocimiento, lo que sería propio de la epistemología general. Acá, el autor inglés nos expresa su disgusto por el derecho probatorio. Reclama que en esta rama los siglos precedentes aventajaban por su sencillez al actual<sup>12</sup> porque se

---

<sup>10</sup> Estos hechos, así entendidos y que configuran el caudal informativo que le sirve al juez para resolver, lo obligan a cumplir una tarea no sólo perceptiva, sino reflexiva. Rivera Morales ha resumido aquello, diciendo “En general, en el mundo de la ciencia, por el solo hecho del carácter indirecto de las determinaciones de la realidad científica debe aceptarse que existe un nuevo reino epistemológico. Estamos en presencia de una nueva epistemología, que se llama la epistemología discursiva racional. Se trata nada menos que de la primacía de la reflexión sobre la percepción.” RIVERA MORALES, Rodrigo. Epistemología y prueba judicial. Disponible en <http://www.iprocesalcolombovenezolano.org/doctrina/Epistemologia.doc>.

<sup>11</sup> BENTHAM, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Tomo I. Madrid, 1835.

<sup>12</sup> “Sin embargo, hay un ramo de la legislación en que me parece que nos han aventajado los siglos primitivos; y este ramos es el de los procedimientos. Sin que sean necesario llegar al orden de enjuiciar entre los antiguos griegos y romanos, en Inglaterra mismo, donde hoy es tan complicado, comenzó sin embargo siendo sencillo”. Ibid., p.14.

basaban en lo que él denomina la sabiduría de la ignorancia. Nos muestra, así, su profunda cercanía con una justicia simple.

El modelo de un buen procedimiento está más cerca de nosotros, al alcance de todo el mundo y es inalterable. Un buen padre de familias en medio de los suyos, y arreglando sus desavenencias, es la imagen de un buen juez. El tribunal doméstico es el verdadero tipo del tribunal político. Las familias han existido antes de los estados, y existen dentro de los estados mismos. Tienen un gobierno, leyes que hacer cumplir y disputas que decidir. Tienen un método para llegar al conocimiento de los hechos, y este método no se encuentra en los libros, pues el legislador primitivo, y el sentido común le enseñó al padre primitivo, y lo enseña todavía a todos sus sucesores. No obstante, la manifestación de este sistema de procedimiento, siempre seguido y siempre desconocido, es en legislación un verdadero descubrimiento.<sup>13</sup>

Bentham desestructura este procedimiento y nos muestra sus rasgos más relevantes: citación de las partes por el páter, admisión de todos los testimonios y pruebas, exigencia de respuesta inmediata a sus preguntas, permisión a que las partes realicen su relato, el silencio implica confesión, procura una decisión pronta.

Todo esto motiva al pensador inglés a exigir que el derecho procesal calle en este estado, ya que, desde su surgimiento, ha ido contra el devenir científico, complicando los procedimientos y no simplificándolos.

Bentham hace un llamado a sustituir aquello que se ha llamado principio de exclusión por uno nuevo, congruente con su teoría general: el principio de la suspicacia ante las pruebas disponibles. En definitiva, entendemos que el jurista puede extraer siempre de los datos algo provechoso<sup>14</sup>.

El mismo Ferrer recurre a Twining para resumir esta tradición racionalista de la prueba.

---

<sup>13</sup> Ibid., p.19-20.

<sup>14</sup> Pero Bentham va más allá, tal como lo describe Ferrer, el derecho también debe prescindir de inmiscuirse en la regulación de la valoración de la prueba. La ley no debe prescribir aquí, solo orientar, dejando en manos del juez todas aquellas facultades que le fueren necesarias para tomar la decisión del caso.

El sistema jurídico no debe contener ninguna norma que excluya testigos o pruebas; ninguna norma sobre el peso o el quantum de la prueba; ninguna norma vinculante sobre la forma de presentación de la prueba, ninguna restricción artificial sobre los interrogatorios o el razonamiento probatorio; ningún derecho de silencio ni privilegios de los testigos; ninguna restricción al razonamiento que no sean las propias del razonamiento práctico; ninguna exclusión de pruebas, excepto si son irrelevantes o superfluas o si su presentación supone perjuicios, gastos o retrasos excesivos en las circunstancias del caso específico.<sup>15</sup>

En este mismo sentido se pronuncia Sentís Melendo<sup>16</sup>, quien, de manera categórica ha afirmado que “Derecho y probatorio, ese sustantivo y ese adjetivo, son términos antagónicos. La prueba es libertad; y en el momento que el derecho intenta someterla a pruebas rígidas, deja de ser prueba para convertirse, si no en una caricatura, en algo que ya no es prueba”<sup>17</sup>.

Existe mucha doctrina que combate la idea intuitiva y generalizada de que más información permite más exactitud. Probablemente esa primera información, la más simple, permitirá una maximización del conocimiento extraíble del material. Más aquello acontecerá hasta cierto punto, en el que debemos recurrir a otras fuentes y medios, no los más obvios, no los más directos y por ende, tendrán para entregar un material no de la misma calidad ni fiabilidad que la primera información.

Además, la entrega de información adicional, pero no completa respecto del hecho, no asegura ni encuentra sustento epistemológico en una posible mejor decisión.

---

<sup>15</sup> TWINING, W. Rethinking Evidence, Exploratory Essays. En: FERRER BELTRAN, Jordi. La Prueba es libertad, pero no tanto. En: Revista de la Universidad Austral de Chile, Formación y Valoración de la Prueba en el Proceso Penal. 2010. Legal Publishing Chile editores. Santiago de Chile. p 5.

<sup>16</sup> SENTÍS MELENDO, S. La Prueba, p. 336, citado por FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., p.5.

<sup>17</sup> Hemos observado en algunos textos que esta expresión de Sentís, la prueba es libertad, ha sido tergiversada, colocándola en el plano de las banderas enarboladas en defensa de un principio y fundamento del derecho procesal, cuando, en rigor, los fustiga y minimiza.

Si no estoy en condiciones de tomar una acertada decisión por falta de información, la nueva que se agregue no garantiza que la decisión que se tome con ella sea más atinada. En palabras de Stein, refrendadas por Ferrer, sólo se logra con esto un nuevo riesgo de error, sin poder, epistemológicamente hablando, saber si el nuevo riesgo es menor que el anterior.

De lo expresado precedentemente, extraemos que diversas ideologías han dado lugar a distintos conceptos y objetos del proceso. Así, algunos promueven la búsqueda de la verdad, sea éste sólo un fin institucional o un fin esencial, a través del proceso, buscando que para ello se abran sus puertas con criterios inclusivos amplios. Lo cual permite allegar toda la información disponible por la parte con el único criterio de relevancia.

Otros, dentro de los que nos contamos, reconocemos en el proceso un instrumento, un invento, con las limitantes que ello implica, pero con la sinceridad de espíritu al observar sus reales potencialidades. No es la búsqueda de la verdad el objeto, ya que no existe forma de asegurar aquello en caso alguno. Pero sí se puede garantizar que a través del proceso, a lo menos y en cumplimiento irrestricto de las normas constitucionales, se pueda lograr la paz social.

Donde ambas concepciones se unen es en el criterio de inclusión, al que ya nos referiremos más detalladamente. Ambas doctrinas buscan que todo el caudal informativo relevante ingrese en el proceso, eso sí, la primera, amparada en criterios epistemológicos dudosos. Adopta la respuesta adecuada al caso propuesto considerando confirmadas las pretensiones verdaderas y rechazadas las pretensiones falsas. La segunda, evitando que la valoración preliminar que haga el juez, al determinar la exclusión de prueba, implique un adelantamiento de su fallo y por ende, la pérdida de su imparcialidad.

No se niega la importancia de discutir la pertinencia o no de una prueba, su utilidad, la relevancia que tiene en el caso particular, su conducencia a la hora de tomar una decisión jurisdiccional, pero sí el momento procesal adecuado para ello.

## 7. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PRUEBA

La discusión anterior implica concebir un proceso sin normas que regulen y restrinjan la prueba u otro que lo haga en mayor o menor medida.

Las tesis puras de Bentham no tienen concreción en la realidad jurídica, porque existen normas en todos los ordenamientos que regulan el fenómeno probatorio. Este transitar va desde una completa libertad y ausencia de regulación normativa hasta una reglamentación completa y específica.

Aquello aparece patente en la doctrina del common law, en la que los principios del free proof y las reglas del law of evidence se encuentran en un continuo juego.

Se conceptualiza el free proof como prueba libre, es decir, la posibilidad de confirmación no admite norma o regla que evite introducir material relevante al proceso. La base de esto, en palabras de Taruffo y que explicitan las concepciones de Bentham, está dada por el sentido común y la racionalidad.

El profesor italiano reconoce que este principio no puede y no ha encontrado aplicación práctica. “...el principio de free proof no puede encontrar aplicación absoluta en los ordenamientos jurídicos concretos y opera, por tanto, únicamente de forma tendencial, dado que debe ser ponderado con otros principios y valores cuya ejecución se produce a través de las normas que integran la reglamentación jurídica de la prueba”.<sup>18</sup>

Por su parte el law of evidence se nos presenta como sistema de reglas que excluyen pruebas que, de no mediar la solución legislativa, deberían incorporarse al proceso, ya que la razón epistemológica está dada por su acceso y son otras razones las que lo impiden.

## 8. ETAPAS DE LA CONFIRMACIÓN PROCESAL

Siendo explícito en la necesidad de contar con una necesaria regulación de la prueba judicial, de sus fuentes, medios, objeto, tema,

---

<sup>18</sup> TARUFFO, Michelle. La Prueba de los hechos. 3 ed. Madrid: Trotta. 2009. p. 358.

incumbencia, valoración, etc., podemos avocarnos al estudio pormenorizado de aquello que se ha denominado admisibilidad de la prueba y su pertinencia.

La norma, como mandato hipotético que es, se presenta con la descripción de un hecho y la atribución de consecuencias. Las distintas partes de un litigio procurarán confirmar que el supuesto se da o no se da en su caso, o si se da, lo hace de determinada forma y no de otra.

Ante el juez no basta con decir (sobre todo si ese decir obedece a la misericordia que patente se observa cuando existe concordancia entre la voz que la recita y el corazón misericordioso), se deben probar los hechos o, acorde a la doctrina asentada, se deben confirmar las afirmaciones que respecto de las hipótesis de la norma han recitado las partes<sup>19</sup>.

El profesor Alvarado Velloso nos ha relatado de manera prístina el espacio que le corresponde, dentro del proceso, a la etapa de confirmación procesal referida. Dentro de esa concatenación o secuencia lógica que se determina por una afirmación, seguida de una negación, posterior confirmación para cerrar en la alegación.

Surge para el maestro rosarino, luego de la afirmación y negación “una tercera etapa, de carácter confirmatorio (o probatorio), durante la cual cada uno de los interesados (partes del proceso) -mediante el cumplimiento de reglas técnicas claras y precisas... allegará al juez los medios (numerosos y disímiles) confirmatorios de las respectivas versiones”.<sup>20</sup>

Esta etapa confirmatoria se subdivide en cuatro, según el mismo autor. “Contestada la demanda y existiendo algún hecho controvertido por los interesados (o, en defecto de ello, alguno que no ha sido contradicho pero que debe ser de demostración necesaria en función del valor jurídico en litigio) el juzgador debe ordenar la apertura de

---

<sup>19</sup> Relevante es la aportación de Eisner en el sentido que aquí surge una nueva carga procesal, la carga de la afirmación, la que no es sólo del actor sino también del demandado, ya que ambos deben suministrar los hechos soporte de su pretensión procesal.

<sup>20</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Sistema Procesal. Garantía de la Libertad. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2008. p. 43. Tomo 1.

la etapa confirmatoria, que se compone de cuatro sub-etapas: la de ofrecimiento, la de aceptación, la de admisión y la de producción”.<sup>21</sup>

El jurista continúa con la primera sub-etapa, la de ofrecimiento, expresando que “Abierta por el juez la etapa confirmatoria, la ley fija -o debe fijar- un determinado plazo para que cada parte ofrezca los medios de confirmación con los cuales cree que logrará oportunamente convencer al juzgador acerca de la razón que lo asiste y, así, ganar el pleito cuando él lo sentencie”.<sup>22</sup>

Continúa la aceptación, “Parece claro que, en orden a resguardar la bilateralidad de la audiencia, efecto primario de la igualdad de instancias de que deben gozar constitucionalmente las partes de un proceso- cada uno de los litigantes debe conocer inicialmente los medios de confirmación de los cuales se valdrá su contradictor, para tener oportunidad de decir y de hacer lo que fuere respecto de ello”.<sup>23</sup>

La tercera sub-etapa es la de admisión, y al respecto el autor de marras dice, “Ofrecidos los medios confirmatorios y consentidos por ambas partes, o resueltas por el juzgador las oposiciones deducidas, se abre esta sub-etapa, en la cual dicta resolución admitiéndolas y ordenando su producción”.<sup>24</sup>

Para cerrar, el autor refiere a la sub-etapa de producción, “Admitidos los medios ofrecidos y ordenada su producción, resta ahora efectivizar cada uno de ellos. Para esto, se cita a las partes que absolverán posiciones, a los testigos que depondrán y a los peritos que dictaminarán; se libran oficios y exhortos pidiendo informes y se agregan los documentos que fueren menester, etcétera”.<sup>25</sup>

De lo dicho, advertimos que el planteamiento de nuestro tema nos sitúa específicamente en la etapa de aceptación y admisión de los medios de confirmación.

En esa etapa comenzamos con el ofrecimiento, la posibilidad del justiciable de seleccionar y ofertar los medios de los que piensa valer-

---

<sup>21</sup> Ibid., p.104.

<sup>22</sup> Ibid., p.104.

<sup>23</sup> Ibid., p.110.

<sup>24</sup> Ibid., p.111.

<sup>25</sup> Ibid., p.114.

se en el juicio, para convencer o persuadir al juez, de que la razón, la legal claro está, se encuentra de este lado.

Posteriormente, y en virtud del principio de la bilateralidad de la audiencia<sup>26</sup>, debe, después de este ofrecimiento, dar traslado, escuchar lo que la parte contraria tiene que decir sobre el medio ofrecido. Si es pertinente o no lo es, si es útil o abiertamente inútil, si es de los considerados en la ley o no lo está, etc. Así sabremos si el contradictor los acepta o formula objeciones respecto a los mismos.

Una vez aceptados los medios de prueba por el juez, sea porque la contraria no formuló oposición en contra de los ofrecidos o porque aquel ya decidió sobre aquella, se procede a su incorporación, admitiéndolas y ordenando su producción.

Cuando son las partes las que ofrecen en este ambiente de control mutuo, tenemos a un juez que se encarga de decidir respecto de las incidencias que se promuevan en cuanto a la admisibilidad de la prueba. Concepto referido de manera amplia.<sup>27</sup>

Seguimos con las enseñanzas del maestro de Rosario.

Finalmente, cabe reparar en dos problemas que se presentan siempre en esta oportunidad y que las leyes denominan como improcedencia o inadmisibilidad e impertinencia o inconducencia de un medio confirmatorio.

Es medio confirmatorio improcedente o inadmisibile: a) el que está prohibido por la ley; b) el ofrecido extemporáneamente, luego del vencimiento del plazo respectivo, y c) el que se ofrece como ya producido sin haberse respetado el control de partes o sin haber sido ordenado regularmente por el juez competente en el pleito o el que

---

<sup>26</sup> Interesante es advertir como las expresiones americanas denotan a cabalidad la idea. Aquí es lo que los estadounidenses llaman "*his day in court*".

<sup>27</sup> La duda se presenta ante un juez que ofrece prueba. ¿Quién lo controla?, ¿existe la posibilidad de que se impugne el medio oficioso por impertinente, por inoficioso?, ¿cuál es la respuesta esperable del juez cuando una de las partes, superando el temor reverencial y olvidando las sucesivas causas que podrá tener ante él, se atreve a señalar al medio confirmatorio como inútil?

Así surge una razón más para combatir este quiste procesal que es necesario extirpar, porque acrece como uno maligno, que arriesga la vida del proceso, sobre todo si convenimos que para estar frente a uno se hace imprescindible la necesidad de un juzgador imparcial.

ha violentado el derecho a la intimidad de la parte interesada o afecta la libertad, la moral, de los litigantes o de terceros.

Es medio confirmatorio impertinente el que tiende a lograr convencimiento en el juzgador acerca de la existencia de hecho no litigioso.

Es medio confirmatorio inconducente el que refiere a hecho que no interesa para la solución del litigio.<sup>28</sup>

En este punto también se hace imprescindible conocer las palabras del autor italiano Michelle Taruffo, quien al analizar la regulación jurídica de la prueba expresa: “Como ya se ha mencionado, el primer momento en que entra en juego la regulación jurídica de la prueba es aquel en el que se trata de decidir qué elementos de prueba pueden ser empleados en el proceso”.<sup>29</sup>

La solución a este tema la encuentra el jurista de Pavia en la aplicación combinada de dos criterios. “En todos los ordenamientos este problema se resuelve mediante la aplicación combinada de dos criterios: uno, típicamente lógico, es el de la relevancia de la prueba; el otro, típicamente jurídico, es el de su admisibilidad”.<sup>30</sup>

El primero de los criterios para Taruffo, el de relevancia, es particularmente técnico-lógico y refiere a si el material confirmatorio permite o no sustentar una conclusión sobre la verdad de la proposición afirmada. En cambio, la admisibilidad se relaciona con aspectos o razones que se han llamado institucionales (jurídicas) sobre la legitimidad o sobre la conveniencia de contar con un material confirmatorio relevante, como ocurre, por ejemplo, con la inadmisión de prueba ofrecida extemporáneamente, con la exclusión de prueba obtenida con infracción de garantías constitucionales, etc.

El juez está enfrentado ante el cúmulo de caudal informativo incorporado a través de distintas fuentes y que se regula procesalmente en los medios de confirmación. Debe partir de criterios inclusivos, respetando irrestrictamente aquello que hemos denominado la libertad de prueba en su faz de incorporación del material probatorio. Por ello, las partes podrán elaborar, seleccionar y ofrecer los medios

---

<sup>28</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Op. cit., p. 112 y 113.

<sup>29</sup> TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 364.

<sup>30</sup> Ibid., p. 364.

de confirmación que estimen adecuados para fundar o confirmar sus pretensiones.

Taruffo entrega la primera regla de aplicación: prevalece el criterio de la relevancia. Si determinamos la irrelevancia de una prueba ¿qué sentido o qué razón tendríamos para discutir sobre su admisibilidad? Si la prueba es irrelevante lo es totalmente para el caso, por lo que no podemos discurrir sobre criterios de admisibilidad que siempre chocarían con la inutilidad de la misma.<sup>31</sup>

## 9. LAS DISTINTAS VISIONES DOCTRINALES DE LOS CONCEPTOS DE PERTINENCIA O RELEVANCIA

No es baladí determinar cuál es el término que refiere de mejor manera al concepto que tratamos de explicar. Si queremos determinar de la mejor forma posible la definición de la institución, debemos trabajar exhaustivamente para encontrar el mejor término que fije sus límites.<sup>32</sup>

Para determinar a que nos referimos con la pertinencia de la prueba debemos recordar ciertos conceptos. Habiendo una controversia, un litigio, surge la determinación de hechos que se afirman y hechos que se niegan. Desde ahí, en los términos de Devis Echandía y Alvarado Velloso podemos extraer el tema de la prueba<sup>33</sup>, es decir, qué debe ser confirmado, lo que responde, en general, con: lo que se afirma por el actor y lo que se niega o resiste por el demandado.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Taruffo nos recuerda la regla 402 de las reglas federales de evidencia norteamericanas: *"Irrelevant evidence is not admissible"*.

<sup>32</sup> Recordemos que la existencia de dos términos para un mismo concepto significa, o que uno de aquellos presenta alguna significación que no comprende el otro, o que sean sinónimos. Si se da esto último, por economía de lenguaje debiésemos escoger uno.

<sup>33</sup> Un mejor concepto que el de objeto de la prueba, ya que, como ha explicado Devis Echandía, aquellos se confunden. Cuando algunos autores definen el objeto de prueba como los hechos controvertidos y negados, lo que hacen es referirse al tema de la prueba y no a lo que lo identifica, que es todo aquello que puede demostrarse históricamente.

<sup>34</sup> Alvarado Velloso nos recuerda algunos casos en los que el actor debe confirmar a pesar de no haber negación, y refiere a hechos en los que está comprometido el interés público cuando haya respuesta en expectativa de los defensores de ausentes, de los herederos de un causante, del curador de un insano, etc.

Importante es analizar lo que diversos autores han referido al respecto. Para Montero Aroca, la pertinencia “viene referida, no tanto al medio de prueba en sí mismo considerado y entendido como actividad, cuanto al hecho que pretende probarse con el medio de prueba concreto, y exige que ese hecho tenga relación con el objeto del proceso o, por lo menos, con el objeto del debate... La pertinencia, pues, atiende al hecho que se fija como objeto de la prueba en relación con las afirmaciones que se hicieron por las partes en su momento, y puede llevar a la no admisión de los medios de prueba que se propongan”.<sup>35</sup>

Devis Echandía señala, luego de diferenciar la pertinencia y la conducencia como requisitos intrínsecos, que aquella consiste en una relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho a probar. Destaca el jurista colombiano al respecto sostiene:

La conducencia se refiere a la aptitud legal de la prueba respecto del medio mismo o en relación con el hecho por probar..., la pertinencia o relevancia, en cambio, contempla la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio o la materia del proceso voluntario o del incidente según el caso”.

(...)Se entiende por pertinencia o relevancia de la prueba, la relación entre el hecho objeto de ésta y los fundamentos de hecho de la cuestión por decidir, que permite a aquél influir en la decisión, sea de las pretensiones o excepciones del proceso contencioso, de las declaraciones pedidas en el voluntario, o de la cuestión debatida en el incidente, según el caso. De esta noción resultan los principios *inutile est probare quod probatum non relevat* y *frustra probatum non relevat*.<sup>36</sup>

El gran jurista uruguayo Couture dice al respecto que “Prueba pertinente es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba. Prueba impertinente es, por el contrario, aquella que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de demostración. Una prueba sobre un hecho no articula-

---

<sup>35</sup> MONTERO AROCA, Juan. Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal. Tema 25. Disponible en <http://www.academiaderecho.org>

<sup>36</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Buenos Aires: Víctor P. de Zabalía, Editor. p. 342-343..

do en la demanda o en la réplica por el actor, o en la contestación y en la dúplica por el demandado, es prueba impertinente. También lo es, la que versa sobre hechos que han sido aceptados por el adversario”.<sup>37</sup>

González Lagier señala al respecto que:

La pertinencia de los hechos probatorios es otro de los requisitos a tener en cuenta. No todos los hechos son relevantes para confirmar una hipótesis, si no que éstos deben tener una relación con el hecho descrito en ella.

En ocasiones, la pertinencia de la prueba viene determinada por el derecho (legal o jurisprudencialmente), prohibiéndola o fijando su valor. Por ejemplo, cuando se minusvalora al escrito anónimo, el testimonio de referencia, el reconocimiento fotográfico, etcétera. Esta intervención del derecho puede tener una justificación epistemológica (como en los ejemplos citados) o de otro tipo (como cuando se le niega valor probatorio a la confesión).

En la mayoría de casos, sin embargo, determinar qué hechos son pertinentes para confirmar la hipótesis depende de las máximas de experiencia y presunciones que constituyan la garantía del argumento. Un hecho no será pertinente cuando no está correlacionado con la hipótesis ni por presunciones, ni por máximas de experiencia adecuadas y bien fundadas.<sup>38</sup>

Manuel Ortells señala:

Un medio de prueba es pertinente si lo que con él se persigue probar es relevante para la resolución sobre la pretensión procesal, bien de un modo directo –por ser un hecho constitutivo, impeditivo, extintivo o excluyente alegado -, bien de un modo indirecto –por ser un hecho que sirve para la construcción o para la impugnación de presunciones respecto de hechos de la clase anterior- o por ser hecho importante para apreciar la fiabilidad de otro medio de prueba.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3 ed. Buenos Aires: Roque Desalma Editor. 1958. p. 238.

<sup>38</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Argumentación y Prueba Judicial. En: Estudios sobre la prueba. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 2006. P.119-20.

<sup>39</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Editorial Aranzadi. 2005. p. 378-379.

## 10. LA PERTINENCIA

Lo primero que se advierte de los diversos autores es la falta de univocidad en los términos. Se usan el de relevancia, el de utilidad, el de conducencia y el de eficacia, muchas veces, como sinónimos. Incluso se confunde el de admisibilidad con el de pertinencia.<sup>40</sup>

Seguimos la diferencia básica que autores como Alvarado y Taruffo hacen al respecto. Por un lado la admisibilidad referida a cuestiones jurídicas, prueba ilícita, extemporánea, encubierta, etc. y por el otro, la pertinencia, referida a cuestiones lógicas, de relación o vínculo.

Tomando debido apunte de las distintas visiones y análisis de los autores, se hace conveniente mirar dos aspectos de la pertinencia: el primero, entendida como adecuación entre la información que entrega el medio y los hechos sobre los que versa el tema de la prueba y, el segundo, como el vínculo entre los hechos que se intentan confirmar y el tema del juicio.

En todo proceso, las partes hacen afirmaciones o proposiciones sobre hechos que al no ser admitidas deben ser probadas al juez. Así se fija el tema, es decir, de lo que versa el juicio. Al confirmar, busco que

---

<sup>40</sup> Veamos el amparo y guía que nos ofrece el diccionario. Al respecto lo pertinente es lo perteneciente o correspondiente a algo, lo que viene a propósito o lo conducente o concerniente al pleito. Relevante es sobresaliente, destacado, importante, significativo.

El concepto pertinente refiere a conducencia o concernencia, y en su raíz, a pertinencia. Así, cuando nos referimos a la pertinencia probatoria nos referimos a lo que pertenece a ese ámbito, lo que permite probar lo que atañe al juicio. Una prueba será pertinente en la medida que se relacione o vincule con el pleito.

El concepto de relevancia significa lo importante, lo que es significativo. En este caso, aquello del mundo que destaca en el juicio particular.

Así, uno refiere a lo que pertenece al juicio y el otro a lo que destaca del mundo para incorporarse al proceso. Si bien ambos nos introducen al concepto, el primero parece más explicativo de la realidad que significa. Introduzcamos al proceso la prueba o hechos pertinentes, conducentes, pertenecientes. En cambio, relevancia refiere a importancia, concepto que introduce más duda, más subjetividad, mayor amplitud al poder discrecional, ¿qué es importante para mí y qué no lo es?

¿Y qué pasa con el concepto de utilidad? Significa lo que trae o produce provecho, comodidad, fruto o interés, que puede servir y aprovechar en alguna línea. Este término dice relación con lo provechoso, con aquello que sirve para el fin propuesto, que de la prueba a rendir de fruto, sirva para fallar el tema del juicio.

a través de la fuente probatoria se entregue la información adecuada para sustentar esa afirmación. En ello debe existir congruencia. De la misma manera, debe existir adecuación entre lo que se intenta probar y lo que debe probarse en el juicio.

Será el tema de la confirmación procesal nuestro punto de partida. Desde aquel surgirán dos rectas que no llevarán a dos aspectos, la primera se relaciona con los datos o la información que se aportará; la segunda, con los hechos que se intentan confirmar a través del medio. En ello debe haber congruencia, de lo contrario, nos encontraremos ante el supuesto de impertinencia.<sup>41</sup>

## **11. OPORTUNIDAD O MOMENTO PROCESAL ADECUADO PARA EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA PERTINENCIA**

¿Tiene el juez facultades para declarar impertinente una prueba? Como ya se ha señalado, las partes han reducido a través del debate todas las experiencias de la realidad social a unas cuantas afirmaciones respecto de ella. Se han determinado hechos y proposiciones respecto de los mismos que deben ser confirmadas.

Ese es el tema del juicio. A eso se refiere el proceso. Y como los recursos ni el tiempo son ilimitados, se debe decidir sobre la base del material que guarde esta relación con los hechos que se deben confirmar o con la información que se suministra por la fuente probatoria.

---

<sup>41</sup> No compartimos el criterio de que un supuesto de impertinencia se configura cuando el medio de prueba elegido para confirmar un determinado hecho sea inadecuado para cumplir ese fin, ya que dentro de los supuestos de libertad probatoria, la que debe informar un proceso, la parte es libre para escoger ese medio, para seleccionarlo, y el único supuesto posible de inadmisión (y aquí adelantamos el lugar que concedemos a esta incongruencia) es que la ley haya descrito previamente cuáles son los medios adecuados para probar ciertos hechos, por ejemplo, deudas de más de determinada cuantía o confesionales en determinados procesos. Aquí, más que un criterio lógico que merezca cierta reflexión interna, estamos frente a criterios jurídicos en los que bastará señalar la norma con la que pugna el medio confirmatorio seleccionado.

Un punto interesante, pero no nuestro objeto, dice relación con la prueba encubierta, es decir, aquella que pretende incorporar información al proceso burlando aquellas normas o reglas excepcionales que el legislador ha establecido para resguardar ciertos valores relevantes, en particular el contradictorio en la etapa confirmatoria, y desde ahí el derecho a defensa en juicio.

Así, más que un tema de economía procesal, valor que decididamente es muy menor a otros que derivan de un debido proceso, es un tema de congruencia que debe resolver el juez. ¿Puede ejercer esas facultades en la audiencia preliminar, sólo posterior a su ofrecimiento y aún antes de su incorporación efectiva al juicio, o existen poderosas razones para que la declaración de impertinencia se adopte en la etapa de valoración?

Esta pregunta pretendemos resolverla desde las siguientes perspectivas:

- a. ¿Por qué el juez debiese estar en mejor condiciones que la parte para determinar si un medio de confirmación, o mejor dicho, la información extraíble de un medio confirmatorio, es pertinente, útil, necesaria o conducente?

Es la parte la que no sólo conoce los hechos, los conoce antes y los conoce mejor que el juez. Así, aquella ha conocido los hechos y ha indagado respecto de las fuentes de prueba que le permitirán confirmar frente al juez sus pretensiones o resistencias.

Explicativo de lo anterior resulta de seguir la distinción que desde Carnelutti, pasando por Sentis y desarrollada por Alvarado Velloso y Montero Aroca se realiza respecto a la fuente de prueba y los medios de prueba. “En la doctrina contemporánea, no son muchos los autores que refieren a este tema y, cuando lo hacen, parecería que alguien confunde el origen (persona, cosa o lugar) donde puede ocurrir el interesado para procurarse el conocimiento de un determinado hecho, con el mismo hecho que se procura confirmar”.<sup>42</sup>

Las fuentes de prueba son anteriores al proceso, los medios confirmatorios sólo existen en el proceso. Las fuentes son herramientas de la realidad social de las que la parte se valdrá para confirmar sus afirmaciones respecto de un hecho. En cambio, los medios de prueba son instrumentos jurídicos, estrictamente procesales, de los que se vale el juez para comprobar las afirmaciones fácticas de las partes.

---

<sup>42</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Prueba Judicial. Temas procesales conflictivos. Rosario: Editorial Juris, 2007. p. 43-44.

Con fuentes extraprocesales en las que la labor de averiguación, de indagación y aporte de la parte consume mucho tiempo, no resultaría plausible señalar que el juez, en unos pocos segundos, desacredite la fuente por irrelevante, impertinente, inútil, inconducente, etc. ¿cómo podría hacerlo mejor que el letrado que sirve a la parte?<sup>43</sup>

- b. En el derecho debe siempre considerarse la regla de la irreparabilidad. Distintas instituciones jurídicas reconocen esta circunstancia y, aún más, el derecho ha adoptado derroteros que evitan situaciones que la provocan.<sup>44</sup>

La exclusión de material probatorio en la fase preliminar implica un juicio irreparable y hasta perverso según lo que puede aparecer formulado en la sentencia. Baste imaginar un fallo que no acoge una pretensión por falta de prueba, la misma que la parte pretendía aportar a través de un medio confirmatorio, información que fue declarada impertinente y, por ello, inconsulta al momento de decidir.

- c. Como hemos esbozado, el derecho a la tutela efectiva y en particular el derecho a defensa representado por la posibilidad, ya no de accionar sino de confirmar lo afirmado, se cobija al amparo del debido proceso.

Esta garantía constitucional no puede ser morigerada por una simple regla técnica, la de la economía procesal.

Un proceso sólo es tal si se dan a su respecto todos los principios que lo constituyen, a saber: igualdad de las partes, imparcialidad del juzgador, transitoriedad y eficacia de la serie y moralidad del debate. En cambio, la economía es una regla, el proceso no es más proceso porque se economiza en él. Por ello, no resulta razonable

---

<sup>43</sup> En lo que dice relación con el medio de prueba el tema es distinto. Estamos ante un instrumento que sólo existe en el proceso y para el proceso, por lo que la labor de admisión le resulta necesaria al juzgador ya que cuenta con las herramientas normativas para hacerlo. Si se pretende introducir material confirmatorio por un medio inidóneo, vulnerando por ejemplo la regla de contradicción, será el juez el encargado de excluir dicho medio a través de un ejercicio jurídico simple.

<sup>44</sup> Baste solo pensar en la pena de muerte y los argumentos que se han esgrimido fundamentalmente en la Europa occidental para su derogación.

disminuir o restringir abiertamente un principio por una regla técnica.

- d. Prevalencia de derechos. Se ha argumentado que, no obstante existir el derecho a probar dentro de una tutela efectiva, estos derechos pueden ser morigerados, tanto porque hay otros derechos dignos de amparo como por la existencia frente a quien goza del derecho, de un interés contrapuesto.

Contra este argumento, dos consideraciones: la primera, siempre se debe analizar la colisión de derechos de manera específica, no genérica, salvo en cuanto se consideren ciertos criterios fundamentales de prevalencia de unos sobre otros, y en el que siempre, aquel que se desprende de la norma constitucional primará sobre los demás; la segunda, que la declaración de impertinencia en fase preliminar puede aplicarse sobre las dos partes enfrentadas, entonces no se justifica su empleo en esa sede, ya que si respecto de una de las partes vulnera derechos, respecto de ambas, los vulnera dos veces.

- e. Fin de la prueba indiciaria.<sup>45,46</sup> Pretender que cada medio de prueba es el vehículo de la información que confirmará cada pretensión de manera simple y directa, resulta de una simpleza que no se da en la realidad jurídica.

Cuando se escucha a la moderna doctrina decir que la prueba es el indicio, que éste requiere un trabajo de deducción, inducción o abducción previo y que se debe relacionar con otros para obtener un resultado, observamos la complejidad del medio.

---

<sup>45</sup> Alvarado Velloso ha definido indicio como: “Un hecho conocido (el indiciario o indicador) a partir del cual se razona, por inducción, por deducción o por abducción crítica, la existencia de un hecho desconocido (el indicado).”

<sup>46</sup> Así como en la antigüedad la prueba podía obtenerse por medios mágicos o místicos, como lo fue con las ordalías o juicios de Dios, o por la propia confesión, provocada claro está por los efectos de la tortura; hoy, y gracias al avance de las sociedades y la cultura jurídica, la prueba indiciaria se nos presenta como la verdadera prueba ya que implica el análisis de elementos de la vida y la realización de inferencias que nos permiten obtener un resultado. El devenir de la modernidad nos ejemplifica día a día la dificultad en la obtención de pruebas directas y en la necesidad de recurrir a la indiciaria.

A través de rastros o señales soy capaz de confirmar un hecho, mas éste no es el que se me exige acreditar para dar por confirmado uno de los descritos al fijar el tema de la prueba, sino que es uno que, unido con otro u otros, me permitirá, ahora sí, demostrar aquel.

Adviértase lo monstruoso que significa para el juez la necesidad de resolver, sólo con mencionar el medio de prueba, la pertinencia de éste, debiendo analizar no sólo todas las aristas directas de dicho medio sino también las indirectas. Cada una de sus implicancias, realizando la labor lógica de deducir, inducir o abducir con el fin de que, con un criterio lógico-jurídico, pueda prever los distintos indicios que pueda proporcionar, vinculados con otros medios.

Si el juzgador en el escaso tiempo de decisión debe analizar la pertinencia del hecho, resulta esperable que decida por la inadmisión de muchos, ya que es imposible que prevea toda la gama de posibilidades que presentan los medios de confirmación, y en específico, de la información de que son vehículos.

f. Se ha planteado que, ante la posibilidad de declaración de impertinencia, el juez abra debate para que la parte alegue sobre la pertinencia del mismo, para que alegue sobre la finalidad del medio de prueba, ya respecto a los hechos que pretende confirmar con él, ya respecto a la información que entrega el medio y su vínculo con el tema del juicio.

Esta posibilidad debe rechazarse por las siguientes razones:

- Si el juez, obligado por una norma constitucional que resguarda el debido proceso y que asegura a los intervinientes la libertad de prueba ante su ofrecimiento, tiene duda respecto a la pertinencia, ¿qué debe hacer? Admitirla, declararla pertinente. El sentenciador sólo debiese declarar la impertinencia probatoria cuando esté seguro de ella y pueda fundarlo. La duda choca con las normas de garantía ya señaladas y con el principio de la inclusión, que obligan a aceptar el medio.
- Si hemos aceptado que los justiciables tienen el derecho y la carga de alegar y confirmar so pena de violárseles el derecho de defensa en juicio, la libertad probatoria o, en definitiva, el

debido proceso, surge como corolario el derecho de las partes a elegir la estrategia que prefieran en el proceso.<sup>47</sup>

Pedir al oferente argumentos que sustenten la pertinencia de la prueba viola el derecho de aquel a elegir, a definir los elementos que le parezcan adecuados, dejar los que no le parezcan y resaltar en cada caso lo que favorezca sus pretensiones.

Si se exigieran esos fundamentos o precisiones, ¿qué naturaleza tendrían?, ¿sería acaso una declaración jurada respecto de dicho sustento?, ¿le fijaría límites al momento de rendirla?

g. La declaración de pertinencia ab initio evitaría actuaciones maliciosas, tendientes a fines puramente dilatorios. Éste es otro de los argumentos que se plantean para fundar la declaración de pertinencia en fase preliminar.

Poder determinar sólo con su ofrecimiento que la prueba ofrecida tiene aquellos fines espurios resulta de suma complejidad.

Además, parece razonable buscar una solución al ofrecimiento dilatorio que no limite ni perturbe el libre ejercicio de una garantía y en esos derroteros, parece aconsejable corregir ese tipo de conductas de manera disciplinaria aplicando, por ejemplo, costas o multas en el caso de configurarse aquella.

h. Uno de los puntos más debatidos es el siguiente. La vulneración del principio de la imparcialidad del juzgador al momento de resolver preliminarmente sobre la pertinencia de una prueba.

Para el importante jurista italiano Taruffo, debemos diferenciar si hablamos de la prueba que refiere a un hecho jurídico y la prueba que versa sobre un hecho secundario.

Taruffo señala al respecto:

Sin embargo, debe precisarse que la valoración sobre la relevancia de la prueba es preliminar y se basa en una anticipación hipotética

---

<sup>47</sup> Una exhaustiva ejemplificación de legislación procesal americana que muestra violaciones a este derecho y a la libre elección de una estrategia probatoria se puede encontrar en la ponencia “La necesidad de indicar qué extremos quieren probarse con la declaración de cada testigo, y las facultades del juez en materia de prueba”, elaborada por Hilda Eleonora Vallet y que se encuentra en la página web [www.academiaderecho.org](http://www.academiaderecho.org).

del juicio sobre la prueba en relación con el hecho. La valoración es preliminar en el sentido de que sirve para excluir ex ante del proceso las pruebas irrelevantes... Por otra parte, se trata de una anticipación hipotética en un doble sentido: por un lado, se toma en consideración la posibilidad de que la prueba tenga un resultado positivo..., y de que, por tanto, sea capaz de producir elementos de conocimiento sobre el hecho a determinar.

(...) Si se trata, en cambio, de una prueba que versa sobre un hecho secundario es necesario formular una segunda y ulterior conjetura: debe presuponerse que la prueba tendrá un resultado positivo, pero especialmente también debe establecerse que, supuesto que el hecho secundario quede probado, éste constituirá la premisa de una posible inferencia relativa al hecho jurídico. Explicado aquello, Taruffo concluye lo siguiente: “Esta operación anticipa en cierto sentido el juicio sobre el resultado de la prueba respecto de la determinación del hecho, pero no coincide con la determinación del valor efectivo que la prueba podrá tener ex post en el juicio final sobre los hechos.”<sup>48</sup>

Analicemos la postura del docente de Pavia:

- a) Parte haciendo una prevención: la valoración sobre la relevancia es preliminar, mas no se observa si aquella característica obedece a un aspecto temporal o de calidad. Si fuese temporal, es decir, que ese juicio de pertinencia (o relevancia en palabras del autor) es previo, sólo confirma la crítica respecto al prejuzgamiento ínsito en el mismo. Si fuese una cualidad, es decir, que esa valoración es de menor entidad que la que se hace en la valoración definitiva, desnuda la falencia del trabajo de convicción del juzgador y nos plantea una interrogante, ¿resulta razonable limitar un derecho fundamental a través de un instrumento que ya se considera inferior en relación al que se puede utilizar al momento de formar la convicción?
- b) Luego refiere a una anticipación hipotética. Primero, respecto de la prueba directa, respecto a si resulta positivo y a su capacidad para producir conocimiento sobre el hecho a determinar. Y segundo, respecto a la prueba indirecta. Además, debe producir conocimiento que constituya la premisa de una posible inferencia relativa al hecho principal.

---

<sup>48</sup> TARUFFO, Michele. Op.cit. p. 366.

- En cuanto a la anticipación del resultado positivo, permítaseme decir que sólo corresponde presumir este punto, ya que la posibilidad de un resultado negativo siempre está en cada prueba.
  - En cuanto a la anticipación de la capacidad potencial para producir conocimiento, ya sea directamente sobre el hecho o sobre las inferencias que permitirán constituirlo, la labor asignada al juez es, permítasenos la expresión, “diabólica”, ya que le asigna una labor conjetural al juzgador de una laboriosidad impresionante, debiendo ponerse en múltiples circunstancias, ya que, entendemos, el juez querrá tomar una correcta decisión al respecto y sólo excluirá la prueba del canon si está seguro de su impertinencia. Probablemente el tiempo que dedique para llegar a la convicción consume con creces el tiempo que demoraría la producción de la prueba en juicio.
- c) Que el jurista señale que se trata de una conjetura y no de una valoración guarda en sí un yerro. Que el juez conjeture es casi más grave que valore anticipadamente, ya que en la conjetura los conocimientos extraprocesales del juez llenarán aquellos espacios que la hipótesis no alcanzan a cubrir.

## 12. CONCLUSIONES

Como muchos problemas jurídicos, en este campo surgen distintos términos que denotan conceptos más o menos similares. Sin embargo, debe optarse por dos básicos: el de admisibilidad y el de pertinencia.

La admisibilidad representa criterios de orden jurídico, el de pertinencia, de orden lógico.

La pertinencia significa congruencia o adecuación entre el tema de la prueba y la información que entrega el medio o los hechos que se intentan confirmar con el medio.

La prioridad de estos criterios está dada por la pertinencia, ya que resulta sin sentido discutir la admisibilidad de un medio impertinente.

El juez debe realizar un examen de pertinencia o relevancia de la prueba antes de fallar. Es parte de sus atribuciones jurisdiccionales,

pero éstas no deben conculcar garantías constitucionales de los justiciables.

El derecho y la libertad de prueba deben ser respetados irrestrictamente, por lo que la labor de decisión respecto a la impertinencia debe efectuarse una vez que el medio fue rendido.

Resolver sobre la impertinencia de manera preliminar implica la conculcación de garantías fundamentales, la libertad probatoria y el derecho a ser juzgado por un juez imparcial.

## **PALABRAS FINALES**

Hemos dado suficientes argumentos para señalar que el momento oportuno para discernir respecto de la pertinencia probatoria es posterior a la producción del medio y cuando el juez ha valorado. En ese instante ya ha observado la prueba en su contexto y nos señalará cual prueba es pertinente y cual es impertinente. Cuestión que ya podrá hacer porque se le ha rendido en su totalidad, pudiendo entonces: decidir al respecto, relacionar los distintos medios y la información que aportan, vincular indicios y determinar, de manera contextual, si el medio se relaciona, no hipotética o conjeturalmente, sino cierta y razonadamente.

Se ha dicho que el juez no se encuentra en una situación preferente en cuanto a conocimiento respecto de las partes, quienes haciendo uso de su libertad probatoria, inserta en el derecho a probar, han escogido el medio que les ha parecido más idóneo para introducir conocimiento al proceso. Eso ha significado una laboriosa actividad de investigación, de selección y ofrecimiento, que se enmarca dentro de una estrategia que no puede ser vulnerada por el sentenciador.

Hemos conocido el derecho a una tutela efectiva, garantía de rango constitucional, que enmarca las del debido proceso, surgiendo así la figura de un juez imparcial como requisito ineludible para que podamos hablar de aquel. No resulta posible que, a través de reglas técnicas, de inferior grado claro está, como la de celeridad y economía procesal, se vulneren derechos y principios como el de la imparcialidad del juzgador.

Sherlock conoce la profunda importancia de los datos y sabe que tan importante como valorar los datos útiles es desechar los inútiles.

Pero esto no puede hacerse intempestivamente, de lo contrario, nos enfrentamos a lo que él ya expresó “Es una equivocación garrafal el sentar teorías antes de disponer de todos los elementos de juicio, porque así es como éste se tuerce en un determinado sentido”.

## REFERENCIAS

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa. Rosario: Editorial Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Prueba Judicial. Temas procesales conflictivos. Rosario: Editorial Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Sistema Procesal. Garantía de la Libertad. Tomo 1 y 2. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores. 2008.

BENTHAM, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Madrid. 1835.

ETCHEVERRY, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3 ed. Buenos Aires: Roque Desalma Editor, 1958.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Buenos Aires: Víctor P. de Zabalía, Editor.

FERRER BELTRÁN, Jordi. La Prueba es libertad, pero no tanto. En: Revista de la Universidad Austral de Chile, Formación y Valoración de la Prueba en el Proceso Penal. 2010. Legal Publishing Chile editores. Santiago de Chile.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Argumentación y Prueba Judicial. En: Estudios sobre la prueba. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 2006.

MONTERO AROCA, Juan. Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal. Disponible en <http://www.academiaderecho.org>

ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Editorial Aranzadi. 2005.

RIVERA MORALES, Rodrigo. Epistemología y prueba judicial. Disponible en <http://www.iprocesalcolombovenezolano.org/doctrina/Epistemologia.doc>

TARUFFO, Michelle. La Prueba de los hechos. 3 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.



# PROYECTO DE CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

## ¿PROCESO JUDICIAL O METODO DE INVESTIGACIÓN?

*Jovanny Boss Agudelo\**

### RESUMEN

El proyecto de Código General del Proceso que cursa en el congreso de la república de Colombia, pretende la unificación de los procesos judiciales en materia Civil, Familia, Agrario y Comercial, bajo un mismo estatuto procesal y a través de la metodología de la oralidad. Tendencia reflejada en toda la jurisdicción colombiana y cuyo fundamento se encuentra en los principios de Celeridad, Concentración y Economía Procesal.

El desarrollo del artículo, presenta un análisis del proyecto de Código General del Proceso desde una visión garantista. Expone una serie de críticas a las diferentes instituciones reglamentadas en él como lo son: las cargas dinámicas probatorias, las pruebas de oficio y su fundamentación dispositiva y publicista a la vez.

### PALABRAS CLAVE

Proceso dispositivo, proceso publicista, partes, juez, cargas dinámicas probatorias, medios de pruebas.

---

\* Abogado de la Corporación Universitaria Remington, Medellín, maestrando en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, docente Derecho Procesal Civil de la Corporación Universitaria Remington. [jovanny.agudelo@remington.edu.co](mailto:jovanny.agudelo@remington.edu.co)

## INTRODUCCIÓN

“Yo hablo siempre de la verdad,  
No de toda porque a eso no se llega”

J. Lacan

El presente trabajo tiene como objeto realizar un análisis crítico del Proyecto de Código General del Proceso que se tramita ante el congreso de la Republica de Colombia, para lo cual, tendremos en cuenta su exposición de motivos y las figuras procesales establecidas en el referido proyecto de ley.

En la exposición de Motivos del referido proyecto se establece:

El Código sigue inspirado por el principio dispositivo, pero sustentado en una concepción publicista del mismo. El proceso civil no es solamente un asunto de partes, sino que en él están involucrados los valores de la sociedad como son la justicia, igualdad, dignidad, veracidad, etc., que cuando se tramita un proceso, adquieren mayor importancia, por ello entre las varias instituciones que se consagran en desarrollo de este planteamiento, se da valor a la conducta procesal de las partes y se llega a ordenar que siempre en la sentencia el juez las califique con consecuencias probatorias. (Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Exposición de Motivos).

Para su desarrollo, se expondrá de forma sucinta la estructura de un proceso judicial, las obligaciones de las partes y la función de cada etapa procesal. Así mismo, se observará el trámite establecido en el proyecto de código referido para los procesos declarativos, con el fin de determinar si cada uno de los procedimientos consagrados se ajusta a una concepción dispositiva o publicista del proceso. Lo que se pretende demostrar, es que no es posible -a partir de la mezcla de dos concepciones diametralmente opuestas frente a la idea de lo que debe ser un proceso judicial- la obtención de resultados óptimos.

### 1. EL PROCESO JUDICIAL

Pasaremos a describir de forma sumaria la estructura de un proceso judicial, para luego entrar a realizar un análisis entre un proceso dispositivo y un proceso publicista.

En primera instancia, tenemos que señalar que el proceso como forma de heterocomposición de conflictos está compuesto por tres sujetos principales. Estos, forman una relación dinámica que permite desarrollar por intermedio de un debate dialectico (Teoría a de contrarios) el trámite procesal (juicio). Los sujetos referidos son:

- El actor, quien pretende le sea reconocido mediante la declaración final de la autoridad jurisdiccional un derecho que cree se le ha vulnerando o que no le ha sido otorgado.
- El accionado, a quien se le ponen en conocimiento las pretensiones del actor para que, en uso de su legítimo derecho a la defensa, las acepte o las niegue.
- El Juez, un tercero independiente al conflicto que está investido de jurisdicción y competencia para decidir, en forma independiente y definitiva, sobre el conflicto generado entre actor y accionado.

Por otra parte, el debate dialectico se desarrolla en diferentes etapas, cada una compuesta por una serie de procedimientos que deben ser impulsados por las partes bajo la observancia del director del proceso. Cada etapa cumple un objeto diferente y para su desarrollo se deben regir por los términos establecidos para ello. Dichas etapas son: Etapa preliminar o de Afirmación y Negación. En ella, el actor narra los hechos que dieron origen al conflicto y que sirven de fundamento a sus pretensiones. Presenta sus pruebas como forma de confirmación y seguidamente, el accionado presenta oposición a las pretensiones del actor por intermedio de las proposición de excepciones, las cuales deben estar acompañadas de los medios para su confirmación. Se continúa con la segunda etapa, la práctica de las pruebas propuestas por las partes. A posteriori, se presenta por cada una, los alegatos de conclusión, que es la última etapa donde las partes tienen la posibilidad de convencer al Juez a partir de lo evidenciado en la etapa probatoria. Y por último, la etapa donde el Juez, después de realizar una adecuada valoración de los hechos y las pruebas de cada una de las partes, profiere su decisión final a través de la sentencia.

En ocasiones, se presenta la necesidad de la intervención de terceros que se son personas que se pueden ver afectadas por la decisión final proferida por el Juez en el Proceso. Razón por la cual, se les permite actuar como sujetos intervinientes, actuaciones que deben estar regladas en cada uno de los estatutos procesales que rigen el proceso.

## **2. PROCESO DISPOSITIVO**

Tiene como fin principal la resolución del conflicto de forma civilizada. Para ello, el Juez garantiza la igualdad de partes mediante el desarrollo del debate brindándole a cada una equivalentes oportunidades para la práctica de pruebas, la formulación de los alegatos, la exposición de las afirmaciones y proscribiendo su intervención como sujeto supraordenado durante el desarrollo del proceso, debido a que su función está limitada a la dirección del mismo y posterior valoración de los argumentos probados. Esto significa, que para el correcto desarrollo del proceso, se requiere necesariamente del impulso de las partes que son las obligadas en razón de la prohibición de la actuación oficiosa del Juez, establecida en aras de garantizar su independencia e imparcialidad, porque lo contrario desembocaría en la nulidad del juicio.

El Profesor Adolfo Alvarado Velloso, define el sistema dispositivo o acusatorio:

Es un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en situación de igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso sentenciar la pretensión discutida. (Alvarado Velloso. 2010)

## **3. PROCESO PUBLICISTA O ACTIVISTA**

Tiene como fin principal la resolución del conflicto mediante la búsqueda de la verdad, la cual es necesaria para poder garantizar con la decisión final la correcta aplicación de la justicia. Para ello, no solo se permite la intervención del Juez en el debate sino que se exige dicha intervención, debido a la obligación de encontrar la verdad. Esto, indiscutiblemente, llevará a la parcialización del proceso, al realizar procedimientos que son propios de las partes, tales como: el decreto de pruebas oficiosas o la obligación de autoincriminación de la parte, ordenándole la práctica de la prueba solicitada por el contrario y fundada en la mejor posición probatoria que considera el Juez tiene sobre el hecho a probar.

Se evidencia entonces una clara diferencia existente entre un proceso dispositivo donde las partes están encargadas de impulsar

probar y alegar, y un proceso publicita donde es el Juez, el obligado a encontrar la verdad como única forma de llegar a la correcta administración de justicia.

## **4. ANÁLISIS DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO**

Para el análisis del proyecto de Código General del Proceso, nos limitaremos a la observancia del trámite establecido para los procesos declarativos que cambian su denominación por la del verbal y verbal sumario, dejando de lado las consideraciones referentes a los procesos declarativos especiales (Expropiación, Liquidación y Divisorio), el proceso ejecutivo y el proceso monitorio.

### **4.1 Proceso Verbal**

El proceso declarativo que establece el proyecto de Código General del Proceso presenta un trámite mixto para su desarrollo. En primera instancia, se presenta la demanda y la contestación en forma escritural y posteriormente, se continúa con la etapa propia del juicio que se realizará de manera oral en dos audiencias como máximo, denominadas: Audiencia Inicial y Audiencia de Instrucción y Juzgamiento. Se debe precisar que no será indispensable la realización de la segunda para todas las causas. Para su desarrollo, el proyecto reglamenta el siguiente trámite:

- Demanda y Contestación de forma escritural.
- Audiencia de Conciliación, interrogatorio a las partes, fijación del Litigio, control de legalidad, alegatos de conclusión y fallo.
- En los procesos en los que sea necesario la práctica de pruebas diferente a la del interrogatorio a las partes por el Juez, se decretara fecha y hora para la realización de nueva audiencia denominada de instrucción y juzgamiento.

### **4.2 El Interrogatorio de las Partes**

Señala el Proyecto de Código General del Proceso en su Artículo 372 num. 7 que: “El juez oficiosamente interrogará de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso. Estás podrán formular el interrogatorio a su contraparte y acudir al careo si fuere necesario”.

Está figura prevista para realizarse en la primera audiencia, inmediatamente después de haberse cerrado el periodo estipulado para la conciliación, obedece a la obligación que tiene el Juez de interrogar de forma exhaustiva a las partes tal y como lo establece la norma precitada que, entre otras, no es nueva. La reforma realizada al código de procedimiento civil por la ley 1395 de 2010 la contempla en su artículo 7, que modifica el interrogatorio previsto en el párrafo tercero del artículo 101 del actual Código de Procedimiento Civil Colombiano.

El interrogatorio referido se fundamenta en la necesidad de que el Juez conozca de la fuente primaria (Las partes) los hechos que dieron origen al debate litigioso.

El interrogatorio a las partes, que se erige en una pieza de inigualable valor en cuanto permite al funcionario conocer de primera mano, en voz de los protagonistas, la versión de los hechos relatados y determinar aquellos que por defectos de confesión quedan demostrados, lo cual permitirá ir restringiendo el debate posterior y tomándose una idea más completa acerca de lo sucedido. Puesto que normalmente son las partes quienes mejor conocimiento tienen de la base fáctica del proceso, si el instructor dedica un poco de atención y esfuerzo en la percepción de estas pruebas, verá usualmente disminuidas la extensión de su actividad probatoria, así como la de su sentencia (TEJEIRO DUQUE, 2012)

Se observa entonces, como el Código General del Proceso incorpora desde su inicio la participación del Juez en el debate probatorio al obligarlo a interrogar a las partes. No bastándole con tal imposición al Juez, la misma norma exige que el interrogatorio se realice de forma exhaustiva, aquí hay que tener en cuenta que el interrogatorio es una prueba que tiene como finalidad obtener una confesión y se rige por una serie de reglas que, en su instrumentalización, prohíben se formulen cualquier tipo de preguntas. Es una situación que en el desarrollo del litigio limita al interrogador a ceñirse a las normas propias del interrogatorio para formular sus interrogantes. Ahora la inquietud emergente, se orienta a cuestionar el establecimiento de que es el Juez quien debe realizar el interrogatorio: “El juez oficiosamente interrogará de modo exhaustivo a las partes” (Artículo 372, núm. 7). Así las cosas, la norma en comento sitúa en posición de inferioridad a las partes, las cuales ven limitado su derecho a la de-

fensa a pesar de estar asistidos por un profesional del derecho. Es un asunto en el que el abogado se encuentra coartado deliberativamente frente a la acción de objetar las preguntas en razón a la calidad o fuero que ostenta el interrogador.

Ahora bien, si es el Juez quien realiza el interrogatorio, es apenas lógico suponer que este realizará las preguntas sobre los hechos presentados en la demanda y su contestación y que le generaron alguna duda respecto del tema en litigio. Vale la pena hacernos la siguiente reflexión: ¿qué sentido tendrá el desarrollo de la serie procesal si el Juez ya tiene claridad frente a los hechos sujetos al debate?, más aun, si la práctica de dicho interrogatorio está prevista para antes de la fijación del litigio y control de legalidad del proceso de acuerdo con el trámite establecido para la audiencia inicial. Sin lugar a dudas, la norma de referencia es una medida que desarrolla el principio de celeridad y economía procesal, sin embargo el costo de ello es que deja de lado principios tales como, la igualdad de armas y el derecho a la defensa.

### **4.3 Pruebas**

Las pruebas constituyen el medio de confirmación de los hechos y pretensiones del demandante así como de las excepciones del demandado, de ahí que sean elementos esenciales para la resolución de cualquier conflicto que se pretenda solucionar mediante un proceso judicial. Al respecto, se evidencia un código generoso en los medios de pruebas permitidos y se destacan dos instituciones propias de los códigos publicistas, tales como: la prueba oficiosa y las cargas dinámicas probatorias.

Frente a los medios de pruebas que se consagran en el estatuto procesal en comento, se destaca la restricción para la práctica de la prueba de inspección judicial, la cual debe ser aportada en video por la parte interesada. De lo contrario, deberá fundamentar, para que pueda ser decretada, la necesidad de ella y la imposibilidad de que la misma se realice a través de este medio tecnológico. Estos parámetros restrictivos son acorde al principio de concentración del juicio por audiencias, así mismo, la obligación de utilizar los medios tecnológicos posibilitan la agilidad y celeridad que deben tener los proce-

sos judiciales y evita la contaminación del Juez, que puede llegar a darse mediante el desplazamiento de éste al lugar de los hechos.

Por otro lado, es importante destacar los procedimientos establecidos para la práctica de la prueba pericial. Al respecto, se mantiene lo estipulado en la ley 1395 de 2010: la pericia de parte y la practicada por el perito auxiliar de la justicia designado por el Juez. La primera, se refiere al dictamen aportado por la parte interesada que contrata su propio perito y presenta, junto con su demanda o contestación, el dictamen pericial. Para la controversia del mismo, se establece el interrogatorio al perito en la audiencia de instrucción y juzgamiento. Este procedimiento -propio de un sistema acusatorio, debido a que es la parte quien está aportando y costeando su prueba- lo que conlleva es la parcialidad del experto y permite la controversia frente a dos experticios realizados por diferentes sujetos. Exige de los abogados un perfecto dominio de la técnica del interrogatorio, ya que es este y solo este el momento procesal oportuno para desvirtuar lo señalado por la contraparte en su dictamen. Así las cosas, adquiere suma relevancia la audiencia de interrogatorio al perito, las consecuencias de su no asistencia dejara sin valor el dictamen, de esa forma expresamente lo señala el Artículo 228 del proyecto de Código General del Proceso.

A solicitud de la parte contra la cual se aduce el dictamen, formulada dentro del traslado respectivo, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la audiencia de instrucción y juzgamiento, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuanes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.

En ningún caso habrá lugar a la objeción del dictamen por error grave.

Así mismo, se mantiene la prueba pericial de oficio realizada por el perito auxiliar de la justicia con las restricciones propias de este procedimiento. Dicha prueba exige, debido a la calidad en que actúa, la imparcialidad del experto en la práctica de la prueba. Igualmente,

desaparece la objeción por error grave frente al dictamen, en aras de evitar los extensos debates que frente al tema se generan en los diferentes procesos y que en muchas ocasiones, se convierten en maniobras dilatorias que extienden el proceso por años. En este sentido, se estipula que el dictamen debe permanecer en la secretaria a disposición de las partes hasta la realización de la audiencia para que las mismas puedan enterarse de lo dictaminado y puedan preparar un buen interrogatorio, que es el medio establecido para la controversia de esta clase de prueba.

Además de los ya comentados medios de prueba, el proyecto de Código consagra los siguientes: testimonios, documentos, informes, interrogatorios, entre otros. Los cuales no varían en su procedimiento sino que, simplemente, se ajustan a lo que debe ser su práctica en el proceso por audiencias.

Ahora bien, la prueba oficiosa se consagra como un deber poder por parte del Juez. Se fundamenta en alcanzar la igualdad real de acuerdo con el Artículo 228 de la Constitución Política de Colombia: prevalencia del derecho sustancial. De forma tal, que se deja de lado la imparcialidad del director del proceso permitiéndole su participación en el decreto de las pruebas oficiosas y además, se le insta para su práctica como medio para terminar con las desigualdades entre las partes, las cuales pueden ser determinantes en el resultado del proceso de acuerdo con la exposición de motivos del Código General del Proceso.

Para lograr los fines indicados, el código consagra la facultad-deber de decretar pruebas de oficio, que es una manera de romper con la “divina Igualdad” y afrontar la realidad que nuestra Constitución reconoce en el artículo 13 cuando dice: “*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva...*”. El mandato constitucional por virtud del cual debe buscarse la prevalencia del derecho sustancial (Art 228 C.P), no se logrará, en determinados casos, si el juez no utiliza sus poderes y evita que esas desigualdades determinen el resultado del proceso.

Las pruebas de oficio sirven para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, porque difícilmente se puede concebir el proceso como justo cuando la sentencia no se construye sobre la verdad. (Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Exposición de Motivos)

Igualmente, el Proyecto de Código General del Proceso consagra las Cargas Dinámicas Probatorias como un deber de solidaridad de la parte que se encuentra en mejor posición para probar un hecho. Faculta al Juez para que sea este quien determine a cuál de las partes le corresponde la carga de la prueba, apartándose de la doctrina tradicional que al respecto ha sido reiterativa frente al tema y que señala que quien afirma un hecho está obligado a probarlo “*onus probandi*”. Lo que no se compadece con los principios de un proceso dispositivo donde son las partes las obligadas a confirmar sus obligaciones, además, termina por exigir la autoincriminación de la parte que por decisión del Juez se ve obligada a demostrar los hechos realizados por la contraria. Todo en aras de encontrar la tan anhelada verdad para poder garantizar la administración de justicia.

Acertadamente lo expone el profesor Alvarado Velloso: “Se ha perdido de vista la imparcialidad que requiere esencialmente la idea de debido proceso”. (Alvarado Velloso. 2006)

#### **4.4 Alegatos**

Los alegatos se realizarán en audiencia en forma oral y posteriormente a la finalización de la etapa probatoria. Lo cual exige de los apoderados de las partes absoluta concentración durante el desarrollo del juicio y además, los obliga a tener un excelente poder de síntesis, máxime -si se tiene en cuenta- que los mismos están limitados en el tiempo hasta por veinte minutos, que solo serán prorrogables si el Juez determina la necesidad de ello.

#### **4.5 Sentencia**

La sentencia deberá ser dictada por el Juez en forma oral, para ello, podrá decretar un receso hasta por 2 horas. Si no fuere posible dictar la sentencia en forma oral, el Juez deberá proferir el sentido del fallo con una breve exposición de sus consideraciones y emitir la decisión por escrito dentro de los 10 días siguientes, teniendo en cuenta que la duración de los procesos está limitada en el tiempo.

Lo anterior quiere decir, que después de escuchadas las alegaciones de las partes el Juez cuenta con dos horas, como plazo máximo, para emitir, por lo menos, un sentido del fallo. En ese tiempo, el Juez

debe realizar la valoración de las pruebas practicadas y el análisis de los alegatos de las partes, además de estructurar, así sea de forma sucinta, los fundamentos que motivan el sentido del fallo, como si se tratara de una carrera contra el tiempo y no de administración de justicia.

## **CONCLUSIONES**

De acuerdo con lo establecido por el proyecto de Código General del Proceso, se evidencia la necesidad de la pronta administración de justicia y se presenta la oralidad como la solución a los problemas de morosidad y congestión judicial. De tal forma, que se crea un proceso fundamentado y diseñado para proferir gran cantidad de decisiones en muy corto tiempo, dejando de lado las formalidades propias de la norma procesal y los principios de un proceso dispositivo. No es posible pretender obtener buenos resultados mediante la combinación de sistemas y principios publicistas y acusatorios.

La intervención permanente y obligatoria del Juez en el decreto y la práctica de las pruebas termina con la independencia de su función. No puede ser el director del proceso el llamado a velar por la igualdad de las partes, para ello se cuenta con la asistencia letrada y es el abogado y solo el abogado a quien le corresponde realizar todas las funciones necesarias para que se garanticen los derechos de su prohijado. No es posible, que quien está llamado a resolver el conflicto de forma imparcial e imparcial termine por convertirse en parte y posteriormente profiera una decisión independiente. Recordemos que la norma superior en su artículo 29, delimita los parámetros para la existencia del debido proceso y claramente establece la obligación de absolver frente a la duda.

Por último, si la única forma de poder asegurar la correcta administración de justicia es mediante el hallazgo de la verdad perfecta, no debemos crear procesos judiciales sino procesos de investigación. Los jueces, no deben estar obligados a proferir una sentencia en derecho sino una decisión producto de su investigación y de esa forma, nos evitaríamos las restricciones establecidas por la norma procesal.

No es limitando las actuaciones procesales en tiempo, ni dejando de lado las formalidades del proceso, ni mediante la intervención del

Juez en el debate probatorio, como se puede garantizar una correcta administración de Justicia.

## REFERENCIAS

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El Garantismo Procesal. Rosario: Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. Garantismo Procesal versus prueba Judicial Oficiosa. Rosario. Ed. Juris. 2010.

CÁMARA DE REPRESENTANTES. Proyecto de Código General del Proceso, Proyecto de Ley 196-11. Plenaria de la Cámara de Representantes. Texto Aprobado en Segundo Debate.

Constitución Política de Colombia.

INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Proyecto de Código General del Proceso: Exposición de Motivos.

PEIRANO, J. Problemas y Soluciones Procesales. Rosario: Juris, 2007.

TEJEIRO DUQUE, O. El Juez Director del Proceso Civil. Módulo de Aprendizaje Auto Dirigido: Plan de Formación de la Rama Judicial. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá. 2012.

# EXPERIENCIAS DE LA ORALIDAD DESDE LOS JUZGADOS PILOTOS CIVILES DE CIRCUITO

*Rafael Antonio Matos Rodelo\**

## RESUMEN

El derecho civil no es ajeno a los vientos de cambio en la aproximación a los procesos, lo cual se encuentra en inevitable marcha, por lo que nuestra especialidad se ve compelida a prepararse, no al cambio trascendente del derecho sustancial, sino a su instrumentalidad.

Sin embargo, debemos decir que la oralidad, por si sola no va a solucionar los problemas de la administración de justicia, pues con un decrecimiento constante de recursos presupuestales y demanda de justicia la solución debe atacar las estructuras del proceso y porque no la génesis de la litigiosidad.

La experiencia de los juzgados pilotos de oralidad en civil, ha servido para identificar algunos inconvenientes que en la práctica se han presentado, y si bien han ocasionado problemas a los jueces, de la recolección de tales experiencias se ha valido el legislador patrio para identificar ciertos tópicos coyunturales.

## PALABRAS CLAVE

Oralidad, audiencia, intermediación, celeridad, Tecnologías de la Informática y Comunicaciones, Jueces Piloto de Oralidad, plan del caso.

---

\* Juez sexto civil del circuito piloto en oralidad de Medellín. rafamatos2000@hotmail.com

## INTRODUCCIÓN

En nuestro país, como en el resto del continente, existe como propósito del Estado, someter las controversias judiciales a un sistema en donde sea prevalente la oralidad. Tenemos: el Acto Legislativo Nro. 3 de 2002; se expidió la ley 906 de 2004, reglándose el procedimiento penal; el 8 de noviembre de 2006 se expidió la Ley 1098 -Ley de Infancia y Adolescencia- la cual ya tuvo su realización final a 31 de diciembre de 2009; el proceso disciplinario con la expedición de la ley 1123 de 2007 (mayo/07); posteriormente, la ley 1149 de 2007, preceptuó que la implementación del sistema oral en la especialidad laboral se haría en forma gradual en un término no superior a cuatro (4) años a partir del 1 de enero de 2008. Fase que se encuentra cumplida ya en el territorio nacional; en la justicia contenciosa administrativa la ley 1437 de 2011, dispuso que a partir del 12 de julio de 2012 entraría a regir la oralidad en tales materias.

Esta avalancha de reformas de los procesos no es extraña a los desarrollos tecnológicos, económicos de globalización y integración regional de mercados, asunto sobre el cual podríamos hacer amplios discursos económicos o sociológicos, lo que no es objeto de esta líneas.

El derecho civil no es ajeno a estos cambios que ya se encuentran en inevitable marcha, por lo que nuestra especialidad se ve compelida a prepararse, no al cambio trascendente del derecho sustancial, sino a su instrumentalidad.

Sin embargo, debemos decir que la oralidad, por si sola, no va a solucionar los problemas de la administración de justicia, con un de-crecimiento constante en el presupuesto y en la demanda de justicia.

Sin el propósito de polemizar si en realidad la oralidad es un principio como lo entiende la Corte Constitucional o si se trata de un mero acto procesal como lo destaca, con argumentos sólidos, la doctrina; debemos decir, desde una mirada pragmática del proceso, que ella busca que las decisiones que se tomen se aproximen a la verdad. En una u otra esquina, la oralidad de los procedimientos permite que tal cometido se logre de una manera mas rápida y con la intervención del juez en cada etapa procesal.

Partiremos de la premisa de que una de las principales fallas de la justicia civil es el modelo escriturario, que no permite en muchas

ocasiones que el proceso fluya pronta y oportunamente con observancia de los términos previstos por el legislador. Justicia tardía no es justicia y más bien constituye otro factor de violencia social en nuestra atribulada nación.

Precisamente, en el Proyecto de ley número 159 de 2011, Senado, 196 de 2011, Cámara, ya aprobado en el tercero de los cuatro debates legislativos y por el cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, se dice en la exposición de motivos que:

Más preocupantes son los resultados en relación con el subindicador de celeridad, que tiene que ver con el tiempo que se demora una persona en el país para resolver judicialmente la disputa tipo o modelo del Doing Business, calculado desde la presentación de la demanda en el juzgado hasta el momento del pago efectivo al acreedor. En efecto, según el mismo estudio Doing Business 2011, Colombia ocupa en el contexto mundial el puesto 178 entre 183 países, siendo entonces la justicia colombiana, la sexta más lenta del mundo y la tercera más lenta en América y el Caribe. Dicha posición fue confirmada en el estudio Doing Business 2012, según el cual Colombia se encuentra en el puesto 177 entre 183 países (séptima justicia más lenta del mundo y la tercera más lenta en América y el Caribe).

Ante este panorama totalmente sombrío y desolador, el legislador busca herramientas para colocar al país en un plano competitivo. Aunque no sabemos el resultado final del proyecto, se cuentan con los instrumentos que para tal fin se instituyeron, obedeciendo a lo dispuesto en la ley 1285 de 2009 y con la expedición de la ley 1395 de 2010, que descansa sobre el propósito de que la administración de justicia resultare pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometían a su conocimiento.

La ley que ya rige en su integridad en algunos distritos judiciales, no solo dispuso medidas que permitieron de alguna forma la descongestión de los atiborrados despachos judiciales, sino que estableció, sin ambages, el que ciertas actuaciones se realizaran de manera oral.

Así, la adopción de nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, como el que actualmente cursa en el congreso de la república, procuran -sin hesitación alguna- la unificación de los procedimientos judiciales a partir de los nuevos avances tecnológicos.

## 1. LOS JUECES PILOTOS DE ORALIDAD EN MATERIA CIVIL

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se aventuró a replicar experiencias vividas en materia laboral y dispuso la creación de unos juzgados pilotos de oralidad en la especialidad civil y familia. Así pues, se dispuso la puesta en marcha de juzgados en Bogotá, Cali y Medellín, que se encargaran de tramitar el 100% de los procesos verbales, los cuales, sin ninguna cortapisa legal, permiten las grabaciones y el levantamiento de actas de lo actuado. Y también conocerán de algunos procesos ordinarios y abreviados en donde con la construcción de las partes, litigantes y jueces se buscara una mayor eficiencia del proceso.

El Acuerdo No. PSAA08-4717 de marzo 27 de 2008 estableció el protocolo de salas audiencias en el régimen de familia, civil y agrario, allí entre otras medidas se preceptuó la obligatoria observancia de sus preceptos por parte de los funcionarios judiciales, los asistentes, los intervinientes y las partes en las que se celebren las audiencias públicas y reservadas.

En tanto la publicidad de la audiencia, el medio de comunicación interesado en asistir a ésta solicitará al juez, por escrito, de manera previa, la autorización respectiva, indicando el equipo humano y material que utilizará.

Se resalta la obligación de advertirse a los asistentes e intervinientes el debido decoro y respeto que deben conservar y el sometimiento a las órdenes del juez para el adecuado desarrollo de la audiencia.

Aun cuando parezca obvio, al comenzar la audiencia pública, se debe hacer una presentación del sistema de grabación, haciendo todas las observaciones relacionadas con las condiciones técnicas necesarias para un adecuado uso del recurso tecnológico.

El Acuerdo No. PSAA08-47187 de marzo 27 de 2008, propuso regular la actividad de los Juzgados Pilotos creados para la promoción y efectividad de la oralidad en los procesos de Familia, Civil y Agrario. Se buscó con ello, lograr su eficaz funcionamiento y el adecuado cumplimiento de los trámites judiciales, bajo el entendido de que no implica reforma ni alteración de la normatividad existente, sino únicamente énfasis en su eficiente aplicación.

El reglamento entiende la oralidad como la actividad procesal desarrollada en audiencia bajo los principios de inmediación, publicidad y concentración, sin perjuicio de que la fase introductoria del proceso se realice por escrito.

El rol del juez es el de dirigir el proceso mediante audiencias que presidirá directamente y en la cuales emitirá sus decisiones en forma oral, establecerá su cronograma, liderará consensos entre las partes en busca de celeridad, empleará el sistema de grabación magnetofónica o electrónica para su memoria, rechazará las actuaciones dilatorias y concentrará la actuación en un máximo de dos audiencias.

El soporte del documento que contenga la memoria de la actuación adelantada en las audiencias, será el medio de grabación tecnológico o electrónico de que disponga el despacho o que le faciliten las partes, respetándose las medidas necesarias para garantizar su autenticidad e integridad y hará parte integral del contenido del acta, la que se suscribirá por los que en ella intervinieron al finalizar la audiencia.

Se dejará constancia escrita de la hora de inicio y conclusión de la audiencia, la referencia del proceso, el número único de radicación, la identidad de los intervinientes presentes y la parte resolutive de las decisiones. Durante la grabación se elaborará un índice que contendrá los records o las horas en que se realice cada actuación, ello para la consulta puntual de las partes y el juez, y también como ayuda para el trámite de la segunda instancia.

El Juez tramitará y decidirá en la audiencia las solicitudes que los terceros y las partes le formulen.

La preparación de la audiencia ha sido un aspecto fundamental, pues ha obligado al juez a que con la suficiente antelación conozca el tema controvertido con el fin de aplicar las medidas de ordenación, control y racionalización del litigio.

Como novedad, se impone al juez la elaboración de un proyecto del plan del caso, siempre que asistan quienes deban ejercer el derecho de contradicción o impugnación. En esta audiencia el juez, en asocio con las partes, complementará el proyecto, el cual deberá referirse a señalamientos específicos de la fecha de audiencia y de sentencia para su presentación a aquellas. El funcionario antes de

decretar las pruebas, identificará los temas objeto de la decisión clasificando los problemas jurídicos correspondientes a los puntos centrales de controversia. En la dirección del debate probatorio clasificará y ordenará las pruebas de acuerdo con el fin que cada una persiga.

Vale la pena referirnos con mayor detalle a esta herramienta, de la cual ha sido abanderado el profesor López Medina<sup>1</sup>, quien al respecto refiere:

El nuevo lenguaje de la dirección del proceso acentúa el problema de los costos de la justicia estatal y de su excesiva demora en la tramitación de un caso promedio. En su nuevo vestido, por tanto, se insiste en la reducción de costos y en la maximización de recurso judiciales mediante la instauración de herramientas de case management o gerencia de casos...

En la práctica, los juzgados pilotos hemos diseñados modelos de plan del caso conforme a las experiencias que se han recogido, coincidiendo que, minimamente, se deben contener cuatro tópicos, a saber:

- Identificación del despacho judicial y del proceso: se tendrán en cuenta los datos que le identifican e individualizan.
- Evaluación del caso: se indica el procedimiento previsto para la demanda y se evalúa la complejidad del asunto, es decir, si se trata de alta, mediana o baja complejidad. Se sintetizan las pretensiones, excepciones y fundamentos fácticos relevantes. En los asuntos que se permite, se debe elaborar una fórmula de avenimiento entre las partes para proponer si fuere necesario por el juez.
- Dirección del proceso: no solo desde la admisión de la demanda y su contestación, sino también en las diferentes etapas de la audiencia preliminar, determinación del problema jurídico, en lo posible tratar de evacuar las pruebas en diligencias sucesivas para cumplir con el principio de concentración e inmediatez de la prueba. El juez advertirá de la posibilidad de un fallo en equidad.
- Cronograma del caso: se debe estimar el tiempo total duración del proceso.

---

<sup>1</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Nuevas Tendencias en la Dirección del Proceso. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá. 2004. P. 129.

En nuestro parecer, esta ha sido una de las herramientas mas exitosas en el desempeño del juzgado piloto civil de circuito de esta ciudad. Para el efecto, los guarismos estadísticos hablan por si solos y a manera de ejemplo podemos indicar que en el año 2011, realizando el grueso descuento de acciones constitucionales (tutela y populares), se partió de una cara inicial de 50 procesos, ingresando en la misma anualidad 258 asuntos y egresando efectivamente 250 negocios.

En dicho periodo, se celebraon 70 audiencias siendo correspondiente a conciliaciones 29, de las cuales se logaron acuerdos entre las partes en 20 de éstas.

Regresando al reglamento, tenemos que el juez debe ser un líder cooperativo en el diseño del plan del caso el cual no constituye, salvo algunos compromisos o acuerdos procesales, una agenda pétrea.

Corresponde también al juez, ilustrar a las partes sobre el derecho que tienen de resolver el conflicto en equidad. La sentencia se provera de manera oral con especial énfasis en la concreción, precisión y claridad del asunto planteado, los hechos materia de debate y las pruebas que respaldan las decisiones, sin que sea necesario el recuento de la actuación procesal.

El Juzgador de segundo grado deberá emitir el fallo en la misma audiencia en que escuche las alegaciones de apelación.

## **2. CONCLUSIONES**

En estos dos años de experiencia en el Juzgado Civil de Circuito Piloto en Oralidad de Medellin, hemos podido razonablemente resolver los asuntos de conocimiento, haciendo salvedad que ha sido también la aceptación de los abogados y las partes la que ha contribuido al mediano éxito que se ha tenido con el despacho. Llos abogados se han sentido mas confiados en las decisiones que se toman ya que en su presencia son muchos los asuntos que se controvierten y deciden.

No podemos olvidar el reclamo social con respecto a la especialidad civil y de familia, en tanto la extenuante duración de los procesos como vergonzosamente ocurre.

No es temerario sostener entonces, que uno de los principales fallos de la justicia civil es el modelo escriturario, que no permite en

muchas ocasiones que el proceso fluya pronta y oportunamente con los términos previstos por el legislador. Justicia tardía no es justicia y sin dudar lo constituye también otro factor de violencia social, por ello espero con arraigada convicción que si los jueces y litigantes nos preparamos para el cambio de herramienta, muy seguramente contribuiremos a que los conflictos se resuelvan atinadamente y celeramente, y el reto a que se nos invita podrá ser sorteado. Lo anterior, siempre que además de nuestra preparación, el gobierno nacional provea los recursos tecnológicos necesarios para el tránsito a un proceso con predominio de la oralidad y entienda que las reformas tendientes a atribuir a los particulares, notarios y superintendencias competencias jurisdiccionales no es la fórmula adecuada para descongestionar las oficinas judiciales, pues ante el aumento de demanda de justicia, la planta de despachos judiciales debe crecer paralelamente.

## REFERENCIAS

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Nuevas Tendencias en la Dirección del Proceso. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá: el Consejo, 2004.

PALOMO VÉLEZ, Diego. Proceso Civil Oral: ¿Qué Modelo De Juez Requiere? Revista de Derecho Valdivia, Vol 18, num. 1, 2005.

Proyecto de Ley número 159 de 2011 Senado, 196 de 2011 Cámara, por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

# ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO EJECUTIVO EN COLOMBIA

*Ricardo León Carvajal Martínez\**

## **PALABRAS CLAVE**

Abogado, acreedor, administración de justicia, amigable componedor, buena fe, conciliación, conflictos, deficiencias, derechos, mérito ejecutivo, proceso, ritos procesales.

---

\* Magistrado Sala Civil Tribunal Superior de Medellín, docente universitario en las Facultades de Derecho de las Universidades de Medellín, de Antioquia, Luis Amigó, Cooperativa de Colombia, Corporación Universitaria IDEAS, Escuelas de Tecnologías de Antioquia, Politécnico Marco Fidel Suárez. ricardoleoncarvajal@une.net.co

## INTRODUCCIÓN

Es posible que se atribuya la lentitud en la administración de justicia que afecta al proceso en general y al ejecutivo en particular como garantía y libertad, exclusivamente, al órgano u órganos competentes para impartirla, pero la realidad desborda esta visión del problema, porque hay factores, tanto internos como externos, que atentan contra la agilidad, la eficacia y la imparcialidad en la solución de los conflictos que a diario se les presentan, que sin pretender agotarlos en este escrito, presento algunos que surgen al interior del aparato judicial y otros que son exógenos pero ligados, como son los de índole económico, cultural, normativo, académicos y de la propia administración de justicia.

Desde lo teórico, los ritos procesales son sólo un eslabón para ofrecer a las personas que se enfrascan en conflictos, la garantía de imparcialidad por parte del funcionario competente ante quien se presentan, para proporcionarles una solución. La misma, que ajustada a derecho no siempre logra el ideal de justicia, pero las libera de las cadenas de la incertidumbre del resultado rompiendo con las ataduras que las mantenía enfrentadas.

Por ello, con los planteamientos que presento a continuación, no tengo la intención de menospreciar a persona o institución alguna, porque el proceso como garantía y libertad del ejercicio de los derechos de las personas hay que exaltarlos y valorarlos en su real dimensión. Es un avance de la civilización, porque permite conocer de antemano cuáles son los pasos a seguir para no ser sorprendidos en la defensa de los derechos y evita que se haga justicia por propia mano, concediendo al Estado la potestad de dirimir los mismos a través de personas con solvencia moral y con capacidad para tal fin.

Sin embargo, el desarrollo del proceso y las realidades fácticas a las que diariamente se enfrenta, en veces, atentan contra las garantías y libertades de las personas, se tornan lentos y en ocasiones con exceso de ritualidades. Los involucrados -al hacer uso de las alternativas que ofrece- abusan de ellas dilatando el mismo. Los avances tecnológicos y en comunicaciones se implementan en forma precaria, el presupuesto para la administración de justicia es insuficiente, las políticas macro y micro económicas inciden en el desbordamiento

para su acceso efectivo, la cultura de los pueblos rompe con cualquier normativa vigente en donde sus costumbres y usos desbordan lo legal. En síntesis, hay una gran cantidad de variables internas y externas al aparato de la administración de justicia que menoscaban el proceso como garantía de prevalencia del derecho sustancial manteniendo a las personas atadas a sus conflictos.

En este orden, podría desarrollar un cargado inventario de posibles problemas con los cuales, y en uso de la sana crítica, podría estar o no de acuerdo. Sin embargo, haré una formulación enunciativa, no taxativa ni excluyente, de algunos de ellos, para explicar que las “reformas procesales” que propenden por “modernizar” los ritos, en el sentido de adaptarlos a las nuevas realidades y buscando imparcialidad, agilidad, justicia, efectividad de los derechos sustanciales, entre otros aspectos, si se toman en forma aislada y como única tabla de salvación, conllevan al desencanto. Las leyes, en sí mismas, sin que los destinatarios se apropien de ellas, sino simplemente como la imposición del órgano que las expide bajo el lema de “interés común”, no inciden efectivamente en la solución pacífica y civilizada de los conflictos sociales y en el anhelo de pronta y efectiva justicia.

Con referencia al proceso ejecutivo en Colombia, es necesario resaltar que parte de un aspecto fundamental consistente en la certeza de la existencia y exigibilidad de los derechos que pretenden hacerse efectivos a través de este medio: Las obligaciones deben ser claras, expresas, provenir del deudor o de providencia de condena, liquidación de costas o la que señale honorarios de auxiliares de la justicia y dictada por autoridad competente, tal y como lo prescribe el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, que es reproducido en el proyecto del Código General del Proceso.

Es decir, desde lo esencial, para que se ponga en funcionamiento al aparato judicial en pro del acreedor, no debe haber duda de la existencia del derecho que se pretende efectivizar. Por ello el demandante debe presentar al funcionario, al que corresponde conocer de la acción ejecutiva, documento que preste mérito ejecutivo, en el cual estén consignados los derechos que busca hacer valer ante el no pago voluntario por parte del deudor.

Por ello, el interesado antes de presentar la demanda ejecutiva, debe prepararla en debida forma, es decir, observar, estudiar y ana-

lizar si el documento o grupo de documentos que se presentará o presentarán como base de la acción, prestan mérito ejecutivo; además del cumplimiento de otros requisitos exigidos legalmente, como los del escrito de demanda y sus anexos, la jurisdicción y el juez competente, entre otros.

A su vez, el Juez como Director del Proceso tiene la obligación de examinar y verificar que la prueba aportada como fundamento del escrito de demanda y de la acción ejecutiva sea clara, expresa, actualmente exigible y provenga del deudor. Requisitos necesarios para proceder o no a librar mandamiento de pago y ordenar al demandado, en tal providencia, el cumplimiento de la obligación en la forma como quedó consignada en el título que presta mérito ejecutivo, sin que pueda haber dudas al emitir la orden, porque del título se desprende tales obligaciones.

El título ejecutivo es claro cuando la obligación y su correlativo derecho son comprensibles y evidentes. Es expreso, porque están especificados o consignados en el documento, y es exigible, porque la condición o el tiempo se cumplieron. Además, proviene del deudor cuando no hay duda de que contiene una declaración de voluntad generadora de derechos y obligaciones emitidas por él. De otra parte, Debe presentarse el documento original (en algunas situaciones, como en el caso de los títulos valores, se exige el original), otras veces, puede ser copia auténtica o adelantarse el trámite a continuación del proceso de conocimiento que condenó al pago de suma de dinero, a la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso o al cumplimiento de obligación de hacer (artículo 335 del Código de Procedimiento Civil).

Como en el proceso ejecutivo se parte de la plena prueba del derecho que se cobra, se insiste en la originalidad o en la copia auténtica del documento, según el caso, no siendo posible que se adelante con base en copias informales, como si podría suceder en un proceso de conocimiento, tal y como lo establece el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010 al modificar el inciso cuarto del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, donde aun no se ha emitido condena.

Situación que representa un grande avance en favor del acreedor, que de entrada presenta ante el Juez plena prueba de la existencia de las obligaciones que pretende hacer valer. Se evita, entonces, un

proceso de conocimiento en el cual, después de un largo trámite, puede obtener sentencia donde se le reconozcan derechos y que presta mérito ejecutivo, si es de condena.

Pero el proceso ejecutivo en Colombia que comienza en forma tan sólida con base en un título que presta mérito ejecutivo (donde no se pretende menoscabar el derecho de defensa del deudor, porque se le brindan todas las garantías de contradicción pudiendo proponer excepciones en el traslado del mandamiento de pago, recurso de reposición contra el mismo o hechos constitutivos de excepciones previas, además de los recursos ordinarios establecidos en la Ley) queda al vaivén de una serie de situaciones internas y externas que afectan su normal desarrollo, atentando contra el proceso como instrumento de garantía en la solución rápida y eficaz de los problemas y dejando a las partes atados al mismo. Por lo anterior, esbozaré, en forma enunciativa no taxativa ni excluyente, un catálogo de posibles dificultades que se pueden presentar.

Presento el siguiente posible catálogo de problemas que pueden afectar al proceso en general, al ejecutivo en particular y a la administración de justicia. Algunos surgen al interior del aparato judicial y otros son exógenos pero ligados al primero, como son los de índole económico, cultural, normativo, de la propia administración de justicia, académicos, etc.

A su vez, cada situación planteada como problemática, encierra una serie de elementos que desarrollaré en forma resumida sin pretensiones de abarcarlos todos.

## **1. ASPECTOS ECONÓMICOS**

Relacionados directamente con las políticas macro y microeconómicas de cada país, bloque económico o región en sus relaciones internas y externas, que determinan la capacidad de inversión, de generación de riqueza, de ingreso por habitante, de ahorro, de consumo, de endeudamiento, de tasas de interés, de pobreza, del costo del dinero, de poder adquisitivo, de circulación de dinero, del desbordamiento de la capacidad de pago frente al crédito y del afán por cumplir metas para colocar productos financieros.

Es decir, si las políticas macro y/o microeconómicas favorecen en mayor medida a un sector económico, productivo o de la población en detrimento de otro, ello se verá reflejado en el desbordamiento de la capacidad de pago de unos con respecto a las deudas adquiridas por otros, lo cual genera grandes dificultades para cubrir las acreencias o a la cesación de pagos. Lo anterior incide en el crecimiento de la necesidad de acudir al aparato jurisdiccional en búsqueda de solucionar este tipo de conflictos, generando tal avalancha de demandas que rebosa la capacidad de respuesta del Estado y traen como consecuencia lógica la congestión de los despachos judiciales. Ante tal magnitud de solicitudes ejecutivas, el proceso se afecta como garantía para la solución de tales conflictos porque, dentro de un término razonable, el órgano judicial se ve impedido para impartir soluciones rápidas, eficaces y justas.

Como ejemplos, tráigase a colación lo ocurrido en las décadas de los 80 y 90's del siglo pasado en Colombia, referente al sistema de financiación a largo plazo para la adquisición de vivienda y que también se extendió a otros sectores de la economía basados en la unidad de poder adquisitivo constante (UPAC). En su origen, este sistema era bondadoso en el sentido de permitir a las personas contraer grandes obligaciones dinerarias con pagos a largo plazo basados en la actualización de la moneda para combatir, en favor de la entidad financiera, el fenómeno de pérdida del poder adquisitivo debido a los fenómenos de inflación y devaluación, pero por políticas económicas trazadas a posteriori por los gobiernos de turno, el cálculo del UPAC fue atada a una variable que en Colombia se desbordó, como fueron las tasas de interés para los depósitos a término, entre otras. Con ello, se generaron importantes rentabilidades para los acreedores en detrimento del patrimonio de los deudores, logrando su intervención por el aparato judicial a través de sentencias de constitucionalidad emitidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, dando origen a una nueva normativa y ajustando el crecimiento del capital nuevamente al índice de precios al consumidor (IPC).

Situación de deuda no exclusiva de Colombia. Estamos presenciando los efectos de políticas de endeudamiento hipotecario en los Estados Unidos de Norteamérica, que pusieron en jaque la economía más grande del mundo. Allí, el valor de las propiedades llegó a tal

punto de valorización que luego sufrió una caída estruendosa dejando de ser rentable al deudor, que dejó de cancelar grandes cantidades de dinero con base en las propiedades que en el mercado se habían desvalorizado, inclusive, hasta la mitad o menos de su precio, además de perder su propiedad.

Asimismo, el consumidor del sistema financiero por el afán de obtener dinero y liquidez, guiado por las pasiones y el afán de consumir, encuentra la manera de adquirir créditos, que de entrada sobandan su capacidad de pago, trayendo como consecuencia lógica, el incumplimiento de sus obligaciones con la consecuente demanda de administración de justicia ante el Juez.

También la entidad financiera, para cumplir con metas en colocación de portafolios y productos financieros, invita y seduce a sus clientes para que los adquieran, muchas veces, en contravía de las necesidades de endeudamiento y de su capacidad de pago, asumiendo mayores riesgos, que ante el no pago, termina en los despachos judiciales.

Otro elemento, son las tasas de interés con base en las políticas trazadas por cada Estado o grupos de Estados a través de los órganos competentes que tienen incidencia real en la economía, en tanto, irradian la capacidad de endeudamiento. Si los intereses son muy altos, pocas personas podrán obtener créditos y serán muchos lo que no alcancen a cumplir con sus metas de pago; si son muy bajos, se corre el riesgo que las personas en masa salgan a endeudarse y ante mayor deuda más probabilidad de incumplimiento en los pagos, lo cual terminará ante los jueces, entre otras variables.

Si un país o una región tiene mal distribuida la riqueza entre su población, el ingreso por habitante es bajo en su gran mayoría. Se tiende por parte de las personas a las que no les alcanzan sus escasos ingresos para cubrir sus necesidades básicas y de consumo, a endeudarse con la consiguiente imposibilidad futura de cumplir con sus obligaciones y por tanto de terminar con la problemática ante el aparato judicial.

Con lo anterior, quiero reflejar que los problemas económicos tienen incidencia en la administración de justicia porque, es tal la demanda de ella en situaciones económicas coyunturales, que el Estado

no está preparado ni presupuestal ni en infraestructura ni con el recurso humano necesario, para solucionar de manera pronta, eficaz y justa los conflictos que se le presentan.

## **2. ASPECTOS CULTURALES**

El tipo de educación, el acceso a la misma, su calidad, su pertinencia, la cobertura, las costumbres, los usos, la cultura en general de cada país o región, el acatamiento, conocimiento y respeto de la Ley y a los Jueces, el afán de obtener riquezas a cualquier costo, la “cultura del no pago”, “del pleito”, la no cultura de la conciliación y de los amigables componedores, entre otras, afectan a la administración de justicia. Inciden en el crecimiento de los conflictos como en el desarrollo normal del proceso ejecutivo. Muchas veces incurren en comportamientos desleales que atentan contra la buena fe, obrando con temeridad en relación a las personas y a la administración de justicia en particular y brindando ninguna, o poca colaboración para que el proceso siga su curso. Esto hace que el juez deba tomar medidas excepcionales de terminación del proceso, que en lo íntimo de las personas no genera la sensación de solución sino de pérdida de sus derechos por situaciones técnicas y no sustanciales, debido a la inactividad del propio afectado o de su apoderado judicial.

Nuestra educación carece en el núcleo familiar y escolar (proyectada, desde la niñez, a la formación universitaria y para el trabajo, desde un aspecto no formal sino práctico) del ejemplo y demostración al educando de las bondades del respeto por el otro, de los derechos fundamentales propios y ajenos y del acatamiento a las leyes y a los jueces en su labor y decisiones. De las bondades que implica involucrarse en el diario vivir y en la forma cómo se afrontan los problemas y la manera de solucionarlos, sea directamente o a través de los jueces, aspecto que incide colectivamente en el actuar de las comunidades, regiones, pueblos, naciones y países para influir y crear comportamientos, usos, costumbres. En definitiva, cultura encaminada a la solución civilizada y pacífica de conflictos, a la observancia de las leyes y al respeto por las personas que administran justicia.

Así, el proceso como garantía y libertad, muy bien concebido desde lo normativo, poco o nada podrá influir en la resolución rápida,

efectiva y eficaz de los problemas, si no se interioriza como verdadera herramienta de solución de conflictos. En ocasiones, como ya se ha dicho, se destina para satisfacer las ambiciones particulares, aprovechando tecnicismos que truncan el predominio del derecho sustancial y engrosando la cultura del no pago de algunas personas que abusan del proceso ejecutivo para dilatar o evitar el cumplimiento de sus obligaciones, menoscabando la moral y la resistencia de la otra parte.

Se debe arraigar en las personas, como algo connatural, así no sea un profesional del Derecho, que el proceso fue instituido como garantía para hacer valer sus derechos y para el uso legítimo de defensa o contradicción, no para desdibujar su esencia y aprovechar el mismo en detrimento del derecho sustancial.

La utilización inadecuada del proceso ejecutivo, así sea en uso de mecanismos y recursos que la ley estatuye, atentan notablemente contra el mismo, en veces, demorando innecesariamente las providencias de fondo que deba proferir el Juez o generando congestión, desazón y desgaste en la administración de justicia.

### **3. ASPECTOS LEGISLATIVOS**

Otro aspecto que influye en la fluidez, comprensión y efectividad del proceso en general y del ejecutivo en particular, es la forma como la ley lo concibe en sus etapas; es decir, un proceso cargado de ritualidades y otro demasiado informal, pueden ser contraproducentes. Por ello, la labor es encontrar fórmulas que lo hagan más ágil, sin menoscabar el derecho de defensa. Fórmulas con las que se adapte a la realidad, porque el proceso no debe ser el medio para crear realidades sino las realidades deben ser interpretadas a través del proceso, teniendo presente que los hechos van adelante y desbordan a la Ley.

Un proceso cargado de intrínquilis, más que permitir su desenvolvimiento rápido en aras de impartir justicia a tiempo, se torna en ininteligible y lento, atentado contra él mismo como garantía y libertad, máxime en una época donde el avance en las comunicaciones ha acelerado significativamente el día a día.

Colombia ha entrado en la tendencia de intentar suprimir la gran variedad de procesos imperantes, de derogar y fusionar etapas y crear nuevos procedimientos que, en teoría, agilizarán la solución

de los conflictos. Está tratando de romper con la tradición conceptual y legislativa de un proceso inundado de actuaciones y de ritos que hoy se tornan en innecesarios y se convierten en un obstáculo para administrar justicia.

Situaciones tan especiales como la notificación del auto admisorio de la demanda y del mandamiento de pago, en concreto, por medio de comunicación y/o aviso remitido a través de servicio postal; la diligencia de remate de bienes en la cual los interesados presentan en sobre cerrado sus ofertas; la posibilidad de que el ejecutante, o en su defecto el ejecutado, presente el avalúo del bien a rematar, so pena de que lo haga el Juez bajo reglas claras que facilitan tal labor; la orden de avalúo y remate mediante auto si el ejecutado no presenta excepciones, entre otros ejemplos, son evidencia de la búsqueda por parte del legislador de ir salvando los obstáculos que se venían presentando con las anteriores ritualidades.

Sin embargo, la sola actividad legislativa no es suficiente para que el proceso sea rápido, eficaz y justo. Es necesario que converjan una serie de elementos de índole externo e interno para lograr tales fines, siempre y cuando la actividad legislativa en la producción de leyes no sea desbordada y descoordinada por situaciones meramente coyunturales, tendiente a favorecer intereses particulares en desmedro del bien común. La cultura del no respeto por las leyes que subyace en nuestro medio, donde en vez de acatarlas se busca la forma de evadirlas y eludirlas, no ayuda a lograr la finalidad planteada en el presente trabajo.

#### **4. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA PROPIA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

Al interior de la administración de justicia se presentan dificultades que atentan contra el proceso como garantía y libertad. Pueden ser generadas por aspectos administrativos, presupuestales, humanos y de quienes acuden a ella. Entre ellas se encuentran: La deficiencia en la infraestructura administrativa, la falta de recursos humanos, la falta de capacitación y de implementación tecnológica, el déficit presupuestal, las trabas para el acceso a la administración de justicia, la incapacidad de respuesta del aparato jurisdiccional, la

deficiente actuación del Juez como Director del Proceso, la utilización inadecuada del proceso por las partes y por el Juez, la falta de control de legalidad en todas las etapas procesales, el mal planteamiento de los hechos constitutivos de excepciones previas y de fondo, la petición y decreto de pruebas impertinentes, inconducentes e ineficaces, la presentación de recursos legales para dilatar el proceso, los escritos ininteligibles, la falta de impulso o abandono del proceso por las partes, la mala gestión de los auxiliares de la justicia, el incumplimiento de medidas cautelares, el irrespeto y no acatamiento a las órdenes emitidas por los Jueces, el no uso de los poderes disciplinarios por parte del Juez, la utilización de la acción de tutela o de amparo como un mecanismo ordinario ante decisiones adversas.

Colombia ha avanzado en los asuntos administrativos, presupuestales, de infraestructura, de capacitación, de implementación tecnológica, del ingreso de empleados y funcionarios a través de concurso de méritos. Sin embargo, a pesar de dichos esfuerzos, la magnitud de personas que acuden a solicitar el servicio de justicia sobrepasa el mismo. Problema aunado a una serie de factores externos que provienen de otros organismos estatales que inciden y afectan directamente a la administración de justicia.

Sumado a ello, se dota al funcionario público de herramientas y mecanismos que le permiten agilizar los procesos a través de poderes disciplinarios, que en veces, no son utilizados como estrategia para impulsar el proceso y combatir el incumplimiento de las órdenes judiciales.

También hay un instrumento muy poderoso para impulsar el proceso que le permite ser eficaz: la figura del Juez como director del mismo. Esta, implica que llegado el asunto al despacho, una vez ha sido estudiado y analizado, debe proceder a planear cada una de sus etapas para evitar gestiones innecesarias, buscando darle pronto desarrollo, decretando y practicando las pruebas que estén directamente relacionadas con el asunto objeto de estudio (y no todas las que pidan las partes, muchas de las cuales son inoportunas, inconducentes o impertinentes), generando preguntas a los auxiliares de la justicia, a los testigos y a las partes que conduzcan al esclarecimiento de los hechos base de la litis, entre otros aspectos. Dirección del proceso que usada consciente y cotidianamente en el que hacer del Juez, ayuda-

rá, junto con otras medidas, a la eficiente y pronta administración de justicia.

En la era de las comunicaciones y la tecnología digital, la administración de justicia no puede ser indiferente y dejar de lado el uso de este tipo de herramientas. En Colombia existen las plataformas jurídicas, tanto para las relaciones sustantivas como para abordar las actividades procesales. Se ha avanzado en lo normativo y en lo tecnológico en relación con las autopistas de comunicación, equipos y programas; sin embargo, es tan vertiginoso el desarrollo informático y digital, que el aparato de administración de justicia se va quedando rezagado, verbi gracia, aun no se pueden presentar demandas, memoriales y adelantar un trámite parcial o completamente digitalizado o electrónico, donde la presencia directa de las partes frente al despacho se recudiría notablemente.

El factor humano es trascendental, en el sentido de que ante la demanda de administración de justicia, se requieren más y mejores jueces dotados con todas las herramientas y componentes tecnológicos, que les permita hacer frente a tal situación. La Rama Judicial en Colombia, en los últimos años, se ha empeñado en implementar estrategias de descongestión nombrando más jueces y juezas, pero son medidas, que si no se coordinan con otros componentes dentro y fuera de la administración de justicia, no pasarán de ser coyunturales.

Hay asuntos que atiborran la administración de justicia, tales como la petición de pruebas inoportunas, ineficaces, inconducentes e impertinentes. El Juez, en estos casos, debe ser muy juicioso y analítico cuando de decretar pruebas se trata, a fin de lograr, que al momento de proferir sentencia ni le falten ni le sobren medios de confirmación, naturalmente de la mano con lo que pidan las partes, sin olvidar las facultades oficiosas para decretarlas.

No pretendo agotar toda la posible problemática que agobia a la administración de justicia, por ello, para finalizar este punto, resalto a la acción de tutela o de amparo como mecanismo expedito e idóneo para salvaguardar los derechos fundamentales. Dicha acción se debe preservar y reforzar, ya que se ha vuelto frecuente la utilización de la misma intentado, en forma vedada, que se convierta en otra instancia judicial ordinaria para revisar decisiones tomadas por los jueces que no son compartidas por ser desfavorables al afectado. Es

necesario ser enfático en que el Juez Constitucional no puede convertirse en un Juez Ordinario para revisar las actuaciones del Juzgado accionado como si se tratara de una segunda o tercera instancia. El Juez de Tutela, no está instituido para remplazar al de conocimiento, por lo que en la acción constitucional se debe respetar la autonomía e independencia del mismo y sólo intervendrá cuando el asunto tenga relevancia constitucional, se cometan vías de hecho o causales genéricas de procedibilidad contra decisiones judiciales.

## **5. ASPECTOS ACADÉMICOS**

Es necesario en consonancia con lo expuesto en el acápite de problemas culturales, que el Abogado debe ser forjado desde la niñez y reforzado durante la academia en aspectos tan importantes, que los dignificarán en el ejercicio de su profesión, como la honorabilidad, la lealtad, el respeto, la buena fe, el cumplimiento de sus compromisos para presentarse frente al otro, ante la sociedad y ante el Estado, con la certeza de estar lo suficientemente preparado en lo académico, humano y técnico. Se debe desempeñar con la solvencia y con la altura que le impone el ejercicio profesional, porque el Estado, la sociedad y las personas están depositando en él la confianza de ser agente generador de solución de conflictos más que creadores de los mismos.

Que el ejercicio de la Abogacía no se desmerite por profesionales mal preparados académica y moralmente. De abogados carentes de criterio jurídico y sin capacidad para aportar fórmulas de solución a las situaciones que a diario se les presentan. Las universidades y, las facultades de derecho, en particular, juegan un papel predominante en el asunto, porque no se trata simplemente de entregar títulos profesionales, sino de garantizar que los egresados tengan las competencias pertinentes en aras al adecuado ejercicio profesional.

En síntesis, es plausible que se crea que los problemas que aquejan a la justicia, en concreto al desarrollo del proceso ejecutivo como garantía y libertad, son generados, exclusivamente, en el interior de aparato judicial, pero esa visión es desborda al apreciar, verificar y constatar que hay muchas y graves circunstancias externas que atentan contra la solución pronta, eficaz y justa de los conflictos, que en veces, escapan a la propia administración de justicia.

## 6. CONCLUSIONES

Desde lo teórico, los ritos procesales son sólo un eslabón para ofrecer a las personas que se enfrascan en conflictos, garantía de imparcialidad por parte del funcionario competente ante el que presentan los mismos para proporcionarles solución

Las soluciones emitidas por la administración de justicia, ajustadas a derecho, no siempre logran el ideal de justicia, pero las libera de las cadenas de la incertidumbre del resultado, rompiendo con las ataduras que las mantenía enfrentadas.

El proceso como garantía y libertad del ejercicio de los derechos de las personas, hay que exaltarlo y valorarlo en su real dimensión, como un avance de la civilización en cuánto a conocer de antemano cuáles son los pasos a seguir para no ser sorprendidos en la defensa de los derechos, evitando que se haga justicia por propia mano y concediendo al estado la potestad de dirimir los mismos a través de personas con solvencia moral y capacitadas para tal fin.

En el desarrollo del proceso y las realidades fácticas a las que diariamente se enfrenta, en veces, atentan contra las garantías y libertades de las personas, se tornan lentos, en ocasiones con exceso de ritualidad.

La cultura de los pueblos rompe con cualquier normativa vigente, sus costumbres y usos desbordan lo legal.

Hay gran cantidad de variables internas y externas al aparato de administración de justicia, que menoscaban el proceso como garantía de prevalencia del derecho sustancial, manteniendo a las personas atadas a sus conflictos.

En Colombia se resalta que el proceso ejecutivo parte de un aspecto fundamental consistente en la certeza de la existencia y exigibilidad de los derechos que pretenden hacerse efectivos a través de este medio, en el sentido que las obligaciones deben ser claras, expresas, provenir del deudor o de providencia de condena, liquidación de costas o la que señale honorarios de auxiliares de la justicia dictada por autoridad competente, tal y como lo prescribe el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, que es reproducido en el proyecto del Código General del Proceso.

Desde lo esencial, para que se ponga en funcionamiento al aparato judicial en pro del acreedor, no debe haber duda de la existencia del derecho que se pretende efectivizar, por ello el demandante debe presentar al funcionario al que corresponde conocer de la acción ejecutiva, documento que preste mérito ejecutivo, en el cual estén consignados los derechos que busca hacer valer ante el no pago voluntario por parte del deudor.

El interesado antes de presentar la demanda ejecutiva, debe prepararla en debida forma, es decir, observar, estudiar y analizar si el documento o grupo de documentos que se presentará o presentarán como base de la acción, prestan mérito ejecutivo; además del cumplimiento de otros requisitos exigidos legalmente como los del escrito de demanda y sus anexos, la jurisdicción y el juez competente, entre otros.

El Juez como Director del Proceso, tiene la obligación de examinar y verificar que la prueba aportada como fundamento del escrito de demanda y de la acción ejecutiva sea clara, expresa, actualmente exigible y provenga del deudor, para proceder o no a librar mandamiento de pago o ejecutivo, ordenando al demandado el pago o cumplimiento de la obligación en la forma como quedó consignado en el título que presta mérito ejecutivo, sin que puede haber dudas en emitir la orden, porque del título se desprende tales obligaciones.

Un posible catálogo de problemas que pueden afectar al proceso en general, al ejecutivo en particular y a la administración de justicia, como garantía y libertad, surgen al interior del aparato judicial y otros son exógenos pero ligados, como son los de índole económico, cultural, normativo, de la propia administración de justicia, académicos, entre otros.

Los económicos están relacionados directamente con las políticas macro y microeconómicas de cada país, bloque económico o región en sus relaciones internas y externas, que determinan la capacidad de inversión, de generación de riqueza, de ingreso por habitante, de ahorro, de consumo, de endeudamiento, de tasas de interés, de pobreza, del costo del dinero, de poder adquisitivo, de circulación de dinero, del desbordamiento de la capacidad de pago frente al crédito, del afán por cumplir metas para colocar productos financieros.

Los culturales con el tipo de educación, el acceso a la misma, su calidad, su pertinencia, la cobertura; las costumbres, los usos, la cultura en general de cada país, región, pueblo; el acatamiento, conocimiento y respeto de la Ley, de los Jueces, por el otro; el afán de obtener riquezas a cualquier costo; la “cultura del no pago”, “del pleito”; la no cultura de la conciliación y de amigables compondores, afectan a la administración de justicia, al incidir, tanto en el crecimiento de los conflictos como en el desarrollo normal del proceso ejecutivo, muchas veces incurriendo en comportamientos desleales, que atentan contra la buena fe, obrando con temeridad con respecto a las personas y a la administración de justicia en particular, brindando ninguna o poca colaboración para que el proceso siga su curso, teniendo que tomar el Juez o la Juez, medidas excepcionales de terminación del proceso, que en lo íntimo de las personas no genera la sensación de solución, sino de pérdida de sus derechos por situaciones técnicas mas no sustanciales, debido a la inactividad del propio afectado o de su apoderado judicial.

Los legislativos con la forma como la ley lo concibe en sus etapas, es decir, un proceso cargado de ritualidades y otro demasiado informal, pueden ser contraproducentes, por ello la labor es encontrar fórmulas que lo hagan más ágil, sin menoscabar el derecho de defensa; que se adapte a la realidad, porque el proceso no debe ser el medio para crear realidades sino las realidades deben ser interpretadas a través del proceso, teniendo presente que los hechos van adelante y desbordan a la Ley.

Al interior de la propia administración de justicia se presentan dificultades que atentan contra el proceso como garantía y libertad, que pueden ser generados por aspectos administrativos, presupuestales, humanos y de quienes acuden a ella, tales como deficiencia en la infraestructura administrativa; falta de recursos humanos; capacitación; implementación tecnológica; déficit presupuestal; trabas para el acceso a la administración de justicia; capacidad de respuesta del aparato que administra justicia; deficiente actuación del Juez o la Juez como Director o Directora del Proceso; utilización inadecuada del proceso por la partes y por el Juez; falta de control de legalidad en todas las etapas procesales; hechos constitutivos de excepciones previas y de fondo mal planteados; petición y decreto de pruebas

impertinentes, inconducentes e ineficaces; presentación de recursos legales para dilatar el proceso; escritos ininteligibles; falta de impulso o abandono del proceso por las partes; listas, posesión y labor de los auxiliares de la justicia; congestión en la práctica de medidas cautelares; cumplimiento de medidas cautelares; irrespeto y no acatamiento a las órdenes emitidas por los Jueces y las Juezas; no uso de los poderes disciplinarios por parte del Juez; pretender utilizar la acción de tutela o de amparo como un mecanismo ordinaria ante decisiones adversas.

En los académicos y en consonancia con lo expuesto en el acápite de problemas culturales, el Abogado y la Abogada, deben ser forjados desde la niñez y reforzados durante la academia en aspectos tan importantes, que los dignificarán en el ejercicio de su profesión, como la honorabilidad, la lealtad, el respeto, la buena fe, el cumplimiento de sus compromisos, para presentarse frente al otro, ante la sociedad y el estado, con la certeza de estar lo suficiente preparado en lo académico, humano y técnico, desempeñándose con solvencia y con la altura que le impone el ejercicio profesional, porque el estado, la sociedad y las personas están depositando en ellos la confianza de ser agentes generadores de solución de conflictos más que creadores de los mismos.



# LA REFORMA PROCESAL LABORAL EN EL PERÚ: PROCESO LABORAL REFORMADO O DEFORMADO

*Elisban Dante Mamani Laurente\**

## RESUMEN

El trabajo plantea un análisis crítico de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley 29497). Se abordarán sus nudos críticos: excesivo poder o excesivas facultades otorgadas al juzgador expresadas en el rol protagónico respecto del impulso y desarrollo del proceso que le asigna el Artículo III del Título Preliminar; en las facultades probatorias y en el deber de coerción. Así se busca demostrar, que la reforma procesal laboral en el caso peruano, ha sufrido una deformación por el excesivo protagonismo que se le asigna al Juez. Todo ello conduce a establecer que la cuestionada ley es un ejemplo de norma autoritaria y que responde a una visión inquisitiva del proceso.

## PALABRAS CLAVE

Proceso, rol protagónico del juez, prueba de oficio, deber de buena fe, imparcialidad, sistema inquisitivo, sistema dispositivo, asistemia.

---

\* Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de San Juan Bautista de Lima, Ex-Profesor de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno. Miembro Adherente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Abogado en ejercicio.

## INTRODUCCIÓN

La línea directriz del presente Congreso Internacional busca entender el Derecho Procesal desde una visión garantista y enfocado directamente sobre el proceso como estructura base en la aplicación de justicia. Se evaluarán las funciones del juez en cada etapa del proceso para llegar, así, a un análisis normológico a nivel del derecho comparado que confluya en la idea del juez como tercero imparcial.

Sin embargo, intentar acercarse en estas breves líneas a un debate de esta magnitud y trascendencia constituiría, sin lugar a dudas, una osadía. Por esta razón quizá, tenga más sentido presentar algunos de sus hilos conductores con la confianza de que puedan servir de orientación para las reflexiones propias de cada lector.

Partiendo de esta premisa, es necesario advertir que las cuestiones que se ventilan en el presente artículo no tienen un interés puramente erudito; queremos también dar a conocer, desde nuestro particular punto de vista, las ventajas, desventajas, así como el grave problema de asistemia jurídica que se presenta en el Perú con motivo de la última reforma procesal en materia laboral, que diera a la nación el texto de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497) en adelante NLPT, promulgado el 13 de enero del 2010 y publicado en el Diario Oficial el Peruano el 15 de enero del 2010<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La NLPT (Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497) fue publicada en El Peruano el 15 de enero de 2010. Su novena disposición complementaria dispuso la entrada en vigencia a los seis (6) meses desde su publicación, pero, de modo progresivo en atención a los ámbitos territoriales que vaya disponiendo el Poder Judicial. El primer distrito judicial en el que ha entrado en vigencia a partir del 15 de julio de 2010 ha sido Tacna. Hasta la fecha ha entrado en vigencia y durante el 2010 en Cañete (16 de agosto), La Libertad (1 de setiembre), Arequipa (1 de octubre), Lambayeque (2 de noviembre) y Cusco (1 de diciembre). Puede revisarse al respecto la Resolución Administrativa 413-2010-CE-PJ publicada en El Peruano el 1 de enero de 2011. De otro lado, por Resolución Administrativa 124-2011-CE-PJ se ha dispuesto la próxima aplicación de la ley en los distritos judiciales de Moquegua (1 de julio), Ica (8 de julio), Junín (15 de julio), El Santa (22 de julio) y Cajamarca (26 de julio). El presente año mediante Resolución Administrativa N° 023-2012-CE.PJ, de fecha 07 de febrero de 2012, se ha dispuesto la implementación de la ley en los distritos judiciales de Lima Sur (2 de julio), Lima Norte (03 de setiembre), Callao (01 de octubre), Lima (5 de noviembre).

En tal sentido, señalamos que desde la más autorizada Doctrina Procesal, el proceso es, y convencidos estamos de ello, una serie lógica y consecencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por una autoridad (juez o árbitro)<sup>2</sup>. En la misma lógica, agudamente el maestro Adolfo Alvarado Velloso ha señalado que el proceso es “un método pacífico de debate dialéctico”<sup>3</sup> siempre frente a un tercero imparcial, imparcial e independiente, que se erige como la garantía por excelencia en todo Estado democrático y republicano.

En este orden de ideas y considerando la premisa anterior, me atrevo a señalar que la reforma procesal en materia laboral, en el caso peruano, ha sufrido una deformación por el excesivo protagonismo que se le asigna al Juez, sumado a los poderes de coerción y a las facultades probatorias que le otorga la norma. Tenemos un proceso en el cual no existe un tercero imparcial frente al cual comparecen dos parciales situados en pie de igualdad y en plena contradicción que planteen un conflicto para que aquél lo solucione actuando el Derecho Objetivo<sup>4</sup>.

Previo a concentrar los esfuerzos en el análisis que nos proponemos, es necesario tener presente algunos antecedentes históricos sobre el proceso laboral reformado en el Perú.

## 1. ANTECEDENTES

En un interesante trabajo sobre los antecedentes de la reforma procesal laboral en el Perú desarrollado por el magistrado Javier Arévalo Vela, a la sazón miembro de la comisión redactora de la NLPT,

---

<sup>2</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Sistema Procesal Garantía de la Libertad. Tomo I. Editorial Rubinsal-Culzoni, 2009. p. 308.

<sup>3</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa. República de Panamá: Editorial Juris e Instituto de estudios políticos e internacionales, 2009. p.46.

<sup>4</sup> El proceso regulado conforme al principio de contradicción se basa en la “verdad” de cada una de las partes y en la existencia de un tercero imparcial que no se convierte en investigador de los hechos objetivamente existentes, sino en simple verificador de los hechos afirmados por las partes y respetando las reglas del procedimiento que se convierten en garantías para las partes. MONTERO AROCA, Juan. La prueba de oficio (libertad y garantía frente a autorización y publicización del proceso civil”). Memorias del 1<sup>er</sup> Congreso Panameño de Derecho Procesal, p. 279.

se reconoce que el anteproyecto más serio de reforma del proceso laboral en el país, fue la propuesta presentada por los integrantes de la Comisión de Trabajo del periodo 2006-2007. Estos elaboraron el Proyecto de Ley N°117/2006-CR presentado por sus integrantes que recogía el proyecto elaborado por la Comisión de Especialistas conformada por los doctores Fernando Elías Mantero, Beatriz Alva Hart, Francisco Gómez Valdez, Francisco Romero Montes y Sandro Núñez Paz, quienes elaboraron un proyecto de Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Reconoce además, y llama poderosamente la atención, que fue un sector de magistrados del Poder Judicial, específicamente los jueces laborales, quienes se opusieron a dicho proyecto, razón por la cual no tuvo acogida y, evidentemente, ello originó que el mismo no prosperara. Veamos entonces sucintamente, como evolucionó el proceso laboral en el Perú.

## **2. LOS PRIMEROS INTENTOS DE REGULACIÓN**

Históricamente, el antecedente más remoto para establecer en el Perú una jurisdicción especializada encargada de solucionar los conflictos laborales, lo encontramos en el proyecto de ley para crear un Tribunal de Hombres Buenos y Prudentes, presentado al Congreso de la República en octubre de 1893 por los diputados Teodomiro Gadea y Enrique Rubín.

Según el proyecto presentado, el tribunal a crearse estaría integrado por cinco hombres buenos y prudentes designados por la Prefectura del Departamento de una terna doble que debía presentar la Unión Universal de Artesanos. Su función sería la de juzgar las controversias entre los patrones y artesanos, averiguar la verdad y actuar de buena fe. Sus decisiones tendrían carácter inapelable y producirían ejecutoria cuando la cuantía del litigio no llegara a los trescientos soles, caso contrario se podía interponer el recurso de apelación que sería resuelto por la Corte Superior actuando como tribunal de equidad.

El procedimiento a seguir ante este Tribunal era sumarísimo, limitándose a la contestación de la demanda y una estación probatoria de ocho días, vencidos los cuales se debía dictar sentencia.

Este primer intento de regulación de los conflictos de trabajo fue desestimado por la comisión respectiva en 1895, por considerar que el Tribunal de Hombres Buenos y Prudentes no ofrecía las garantías del caso para cumplir con su misión.

Al año siguiente, en septiembre de 1896, el diputado Santiago Giraldo presentó un proyecto de ley para crear jurados mixtos que, por la vía de la conciliación y el arbitraje, dirimieran los conflictos entre los empresarios y los obreros. El proyecto contemplaba la posibilidad que si los laudos expedidos no eran aceptados por las partes, cualquiera de ellas podía recurrir ante los tribunales de justicia. El proyecto fue desestimado por considerársele “disociador de la clase obrera”.

## **2.1 LA ETAPA DE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN ESPECIAL (1900-1930)**

Esta etapa coincide con los albores del desarrollo del Derecho Laboral en el Perú. Al respecto Rendón nos dice: “desde los primeros años del siglo XX, los trabajadores asalariados, apoyándose en sus organizaciones sindicales y llevando a cabo acciones colectivas, como la huelga contra los empresarios y el Estado, exigieron la mejora en su situación económica”. Estas medidas de lucha consiguieron que se dictaran las primeras normas sustantivas en materia de Derecho Laboral; sin embargo, no ocurrió lo mismo con el ámbito procesal donde la solución de controversias que pudieran surgir entre patronos y trabajadores fue regulada por las normas propias del proceso civil o por el arbitraje.

## **2.2 ETAPA DEL SURGIMIENTO DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO EN EL PERÚ (1930-1980)**

El fracaso de la solución de los conflictos laborales por medio del proceso civil ordinario así como de las fórmulas arbitrales, sumado a los nuevos derechos sustantivos reconocidos a los trabajadores, llevó a que se desarrollara en nuestro país no sólo el Derecho Procesal del Trabajo, como una disciplina jurídica autónoma, sino también el fortalecimiento de la Administración de Justicia en materia laboral, llegando a crearse órganos jurisdiccionales encargados de dar solución a los conflictos obrero patronales, aunque con limitaciones en cuanto a sus atribuciones.

En esta etapa se dieron importantes normas que marcaron el inicio del procedimiento laboral<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Las normas más importantes son:

Ley N° 6871 del 02 de mayo de 1930. Creó los juzgados de trabajo encargados de solucionar las reclamaciones laborales de los empleados de comercio así como las derivadas de los accidentes de trabajo.

Decreto Supremo del 23 de marzo de 1936. Este Decreto Supremo estableció el procedimiento para resolver las reclamaciones individuales de los trabajadores, se encontrase o no vigente la relación de trabajo. Se considera que a partir de esta norma podemos hablar del Derecho Procesal del Trabajo como una disciplina autónoma en nuestro medio.

Decreto Supremo del 16 de abril de 1941. Esta norma creó un Tribunal de Trabajo conformado por tres miembros, el mismo que conocería de los recursos de revisión de los fallos expedidos en las reclamaciones individuales a que se refería el artículo 76 del Decreto Supremo del 23 de marzo de 1936.

Decreto Supremo del 15 de septiembre de 1941. Este Decreto Supremo precisó la forma de adopción de acuerdos en el Tribunal de Trabajo sobre asuntos sometidos a su competencia, así como las formalidades a que deberían sujetarse los mismos. Igualmente precisó la manera como serían dirimidas las discordias.

Ley N° 9483 del 31 de diciembre de 1941. La Ley N° 9483 dio fuerza de ley a los Decretos Supremos del 16 de abril y del 15 de septiembre de 1941. Precisó la competencia en primera instancia de los jueces de trabajo y de las inspecciones de trabajo donde no hubiera jueces, así como la competencia como instancia revisora del Tribunal de Trabajo. Se considera que con esta ley nace el Fuero Privativo de Trabajo conformado por magistrados.

Decreto Supremo del 22 de noviembre de 1949. Aprobó el Estatuto Orgánico Provisional del Fuero de Trabajo, asignándole la calidad de Corte Superior y a los magistrados que lo integraban, la de vocales de dicha Corte.

Decreto Ley No 19040 del 23 de noviembre de 1971. Organizó el Fuero Privativo de Trabajo como un organismo jurisdiccional autónomo encargado de conocer y resolver en forma exclusiva las reclamaciones de carácter individual sobre pago de remuneraciones y otros derechos sociales que formularan los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada cuyo contrato hubiese terminado.

Decreto Supremo No 007-71-TR del 30 de noviembre de 1971. De acuerdo a lo establecido por el Decreto Ley N° 19040 aprobó el procedimiento para resolver las acciones seguidas ante el Fuero Privativo de Trabajo. Esta norma recogió los principios modernos del Derecho Procesal Laboral tales como la oralidad, sencillez, concentración, economía procesal, inversión de la carga de la prueba, entre otros.

Decreto Ley N° 22465 del 06 de marzo de 1979. Integró el Fuero Privativo de Trabajo con el Fuero de Comunidades Laborales que había sido creado mediante Decreto Ley N° 21109 del 04 de marzo de 1975, conformándose un solo organismo jurisdiccional denominado Fuero Privativo de Trabajo y Comunidades Laborales encargado de conocer y resolver en forma exclusiva los procedimientos que eran competencia de los fueros que se integraban.

### 2.3 CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO PROCESAL LABORAL (1980-2010)

Este período se caracteriza por la entrada en vigencia de la Constitución de 1979 que, al establecer el principio de unidad de la función jurisdiccional, condenó a desaparecer al Fuero Privativo de Trabajo tan pronto se dictara una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que también implicó una reforma de la legislación adjetiva en materia de trabajo.

La Constitución Política de 1993 mantuvo el principio de unidad jurisdiccional. En nuestro país no existe la posibilidad de establecer una jurisdicción laboral independiente del Poder Judicial sino que dentro del mismo, deben existir órganos jurisdiccionales que administren este tipo de justicia especializada, tal como ocurre actualmente<sup>6</sup>.

Esta etapa se caracteriza por la dación de los cuerpos normativos más importantes<sup>7</sup> en materia procesal laboral además, por el reco-

---

Decreto Supremo N° 012-79-TR del 05 de diciembre de 1979. Aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Fuero Privativo de Trabajo y Comunidades Laborales, conforme a su nueva estructura y competencia ordenada por el Decreto Ley N° 22465. Como quiera que el Decreto Supremo N° 012-79-TR no estableció las normas de procedimiento para las acciones a seguir ante el Fuero Privativo de Trabajo y Comunidades Laborales, se continuaron aplicando las disposiciones procedimentales contenidas en el Decreto Supremo N° 007-71-TR y en el Decreto Ley N° 21109.

<sup>6</sup> ARÉVALO VELA, Javier. Antecedentes de la Reforma del Proceso Laboral en el Perú. En: Doctrina y Análisis sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Lima: AMAG, 2010. p. 15-24.

<sup>7</sup> Tenemos por ejemplo:

Decreto Supremo No 003-80-TR del 26 de abril de 1980. Derogó el Decreto Supremo N° 007-71-TR, estableciendo una nueva y única regulación de los procesos laborales. Este Decreto Supremo retomó aspectos fundamentales de su norma antecesora pero le introdujo variaciones sobre todo en materia de Comunidades Laborales e igualmente en el tema relativo a la reposición, pues el Decreto Ley N° 18471, Ley de Estabilidad Laboral vigente al dictarse el Decreto Supremo N° 07-71TR, había sido sustituido por el Decreto Ley N° 22126 del 21 de marzo de 1978 que era la nueva ley sobre la materia, pero con un contenido menos protector del trabajador.

Decreto Legislativo N° 384 del 29 de agosto de 1986. Este Decreto Legislativo estableció la competencia del Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales organizado como un conjunto de juzgados y tribunales integrados al Poder Judicial que tenía a su cargo el conocimiento y resolución de los asuntos laborales con arreglo a ley.

nocimiento constitucional de derechos y principios laborales. En el Perú, con la Constitución de 1979 se empezaron a regular los principios propios del Derecho del Trabajo: el principio protector (artículo 42), el de igualdad de trato (artículo 42, segundo párrafo), el principio de continuidad (artículo 48), el de irrenunciabilidad (artículo 57, primer párrafo) y el principio *indubio pro operario* (artículo 57, segundo párrafo). Así también, La Constitución de 1993 consagra el principio protector (artículo 23, primer párrafo), la igualdad de oportunidades sin discriminación, la irrenunciabilidad de derechos y el *indubio pro operario* (artículo 26)<sup>8</sup>. “Esa tendencia positivista iniciada con la Constitución de 1979 ha permanecido en nuestro ordenamiento, no sólo al más alto nivel sino también a nivel infraconstitucional”<sup>9</sup>. Ejemplo de esto último, es la Ley N° 26636 del 21 de junio de 1996, y la NLPT, normas infraconstitucionales que recogen estos principios.

### 3. LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO EN EL PERÚ

El 15 de enero del año 2010 se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497), la misma que entró en vigencia a partir del 15 de julio de la misma anualidad. Es importante señalar, que actualmente su aplicación se viene dando de manera gradual en los distintos distritos judiciales del país por razones, principalmente, de presupuesto y por el alto costo que implica la reforma.

Los miembros de la Comisión Redactora del Proyecto de Nueva Ley Procesal del Trabajo han tenido como uno de los principales puntos de referencia los antecedentes normativos que se han dado en el

---

Decreto Legislativo N° 767 del 04 de diciembre de 1991. Esta norma aprobó la Ley Orgánica del Poder Judicial, dispuso la integración definitiva del Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales al Poder Judicial precisando que sus salas y juzgados se incorporarían a las Cortes Superiores de los Distritos donde estaban ubicados con todo su personal de magistrados, funcionarios y trabajadores, así como su infraestructura, equipamiento y acervo documentario. Asimismo esta ley otorgó a los Juzgados de Trabajo competencia para conocer de las denuncias por violación o incumplimiento de normas laborales que presentasen los trabajadores con vínculo laboral vigente.

<sup>8</sup> GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo. Importancia y necesidad de los principios en la nueva ley procesal del trabajo. En: Doctrina y Análisis sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Lima: AMAG, 2010. p. 52.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p.52

tiempo (véase las citas 5 y 7). Básicamente ha sido elaborada considerando sus antecedentes procedimentales. Asimismo, tuvieron en cuenta la experiencia de los procesos de reforma realizados en países como Venezuela, Chile, Colombia, Ecuador, por mencionar las experiencias más importantes<sup>10</sup>

#### 4. NOCIÓN DE PROCESO Y SISTEMAS PROCESALES.

El proceso es un conjunto de actos de procedimiento que deben realizarse en el orden predeterminado por la ley y en cuya ejecución intervienen el actor, el demandado y el juez. En algunos casos su iniciación (recordemos que aquí tratamos la cuestión en general, es decir, sin hacer por ahora distinciones entre el proceso civil y el penal), es actividad reservada a los particulares (sistema dispositivo), en tanto que en otros, es facultad del juez o de un órgano del Estado (sistema inquisitivo). Los medios de expresión que se utilizan durante la tramitación pueden ser la palabra o la escritura y en ese caso, el proceso será oral o escrito. Según que se permita o se prohíba el acceso de las partes o de los terceros a los actos de procedimiento, el proceso será público o secreto. En algunos casos, la justicia se administra por jueces técnicos y en otros por legos; unas veces, la ley establece la forma de apreciación de las pruebas (pruebas legales), otras, la deja librada al criterio del juez (libres convicciones) o establece límites que condicionan la convicción (sana crítica). El proceso puede terminar por sentencia en una sola instancia, pero normalmente recorre por lo menos dos mediante el recurso de apelación (unidad o pluralidad de instancias) y finalmente, el juez puede ser único, o estar constituido por un tribunal de varios jueces (colegiado).<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Legislación comparada, siendo sus principales fuentes:

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela, Ley N° 37.504 del 13 de agosto del 2002,

El Código de Trabajo de Ecuador, reformado por Ley N° 2003-13 del 13 de agosto del 2003, por Ley N° 2004-43 de agosto del 2004, y por Ley N° 2005-3 del 04 de julio del 2005.

El Código de Trabajo de Chile, Ley N° 20.022 del 30 de mayo del 2005, vigente a partir de 01 de marzo del 2008, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia, Ley N° 712, del 05 de diciembre del 2001.

<sup>11</sup> ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Tomo I. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 1956. p. 99.

Cuando nos referimos al proceso como “un método pacífico de debate dialéctico”<sup>12</sup>, siempre frente a un tercero imparcial, imparcial e independiente, que busca alcanzar la paz social y la erradicación del ejercicio ilegítimo de la fuerza y donde no se persigue la “verdad verdadera” a toda costa, sino algo mas humilde pero más real como es la “verdad Legal” -la que es posible obtener en el proceso y con las garantías propias del mismo-<sup>13</sup>, nos estamos refiriendo a un proceso que responde a un sistema garantista.

Cuando nos referimos al proceso como un “medio de investigación”, donde el juez quiere llegar a la “verdad verdadera”, perseguir justicieramente una meta, actuar pruebas de oficio, hacemos referencia a un “proceso inquisitivo” del cual se duda mucho que realmente sea tal. Por tanto responde a un sistema inquisitivo.

## 5. FUNCIÓN DEL JUEZ EN EL PROCESO.

¿Cuál es entonces la función del juez en el proceso? Es decir, ¿cuál es actualmente, según el concepto abstracto que le otorgan las leyes, pero según también la concreta realidad histórica, la función del Juez situada en el sistema jurídico de una Constitución democrática?<sup>14</sup>

Históricamente la cualidad preponderante que aparece inseparable de la idea misma del juez, desde su primera aparición en los albores de la civilización, es la imparcialidad. El juez es un tercero extraño a la contienda que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y con desapego. Es el tercero inter partes, o mejor a un, supra partes<sup>15</sup>.

Hasta el mismo Calamandrei entendió que la función del juez en el proceso es la de constituirse en un tercero imparcial sin ningún interés en el resultado del mismo. En efecto así lo propone Eisner: “si el proceso es un método de debate, una estructura, un mecanismo, mediante cuyo uso se llega a la demostración o la verificación de los he-

---

<sup>12</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Op. cit., p.46.

<sup>13</sup> MONTERO AROCA, Juan. Op. cit., p. 279.

<sup>14</sup> Proceso y democracia. Lima. ARA editores, 2006. p. 53.

<sup>15</sup> CALAMANDREI, Piero. Op.cit. p53.

chos controvertidos, en procura de dirimir las contiendas. Exige que esa discusión sea ordenada; que esa discusión que se celebra ante los jueces siga un método, una regla, un principio y una pauta. Es decir, no es un debate cualquiera; es un debate en el que deben asegurarse oportunidades parejas para ambos contendientes -pretendiente y resistente- y ciertas seguridades”<sup>16</sup>. Una de estas seguridades es precisamente la conducta imparcial de ese tercero (juez) que llegado el caso debe resolver la controversia.

## 6. LA IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR

El maestro mexicano Briseño Sierra señaló que: “Lo propio del derecho procesal es alcanzar la resolución de los problemas jurídicos, pero no cualquier resolución ni obtenida en forma indeterminada, sino una resolución imparcial y por obra de tercero”<sup>17</sup>.

Señala además el profesor mexicano que “La imparcialidad puede atribuirse a la resolución, a la conducta realizada para alcanzarla, o a la condición de la persona”<sup>18</sup>.

La conducta imparcial se percibe en una secuencia de actos y aún de abstenciones que muestran el desinterés del tercero por el resultado a que se llegue.

La condición de las personas es conocible a través de datos exteriores, de manera que la imparcialidad provendrá de la ausencia de vínculos con los intereses en contienda.

La resolución imparcial es aquella que se justifica por razones objetivamente válidas, lógicamente comprensibles.

El derecho procesal, y el proceso propiamente, nos son útiles en una democracia. Allí donde el juzgador cumple con el deber de actuar

---

<sup>16</sup> EISNER, Isidoro. Los Principios Procesales. Conferencia pronunciada en el Colegio de Magistrados del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe - Rosario en diciembre del año 1967. En: Revista de Estudios Procesales, N° 34 Autor: Autores Varios, Coautores: ALVARADO VELLOSO, Adolfo Editor: Centro de Estudios Procesales de Rosario, Año: 1970.

<sup>17</sup> BRISEÑO SIERRA, Humberto. Compendio de derecho procesal. México: Humanitas Centro de Investigación y Posgrado, 1989. p. 27.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, p.28.

(conducta) imparcialmente al momento de resolver, donde el juzgador no tenga interés alguno en la contienda, solo así podrá llegar a emitir una resolución imparcial.

## 7. CARACTERIZACIÓN DE LA LEY

Concretamente, en el nuevo proceso laboral peruano se ha apostado por la *oralidad*<sup>19</sup> (*sistema dispositivo o acusatorio*) como rasgo característico principal de esta norma. Entender la oralidad como ha sido regulada, nos conduce a la afirmación de que los rasgos característicos del sistema acusatorio, tales como: la inmediación, la concentración, la celeridad, la economía procesal y la veracidad, resultan implicados en ella o se encuentran interrelacionados. Así también, se ha apostado por el predominante rol activo de los jueces al punto tal que su actuación debe ser *protagónica en el desarrollo e impulso del proceso*<sup>20</sup>. Asimismo, el juez está dotado de facultades probatorias como *la prueba de oficio*<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> En el Título Preliminar de la Ley N° 29497 reconoce a la oralidad como principios del nuevo proceso laboral.

Artículo I.- El proceso laboral se inspira, entre otros, en los principios de inmediación, **oralidad**, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad.

<sup>20</sup> Artículo III.- Fundamentos del proceso laboral .- En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad.

**Los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso.** Impiden y sancionan la inconducta contraria a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe de las partes, sus representantes, sus abogados y terceros.

(...)

<sup>21</sup> Artículo 22o.- Prueba de oficio.-Excepcionalmente, **el juez puede ordenar la práctica de alguna prueba adicional**, en cuyo caso dispone lo conveniente para su realización, procediendo a suspender la audiencia en la que se actúan las pruebas por un lapso adecuado no mayor a treinta (30) días hábiles, y a citar, en el mismo acto, fecha y hora para su continuación. Esta decisión es inimpugnable. Esta facultad no puede ser invocada encontrándose el proceso en casación. La omisión de esta facultad no acarrea la nulidad de la sentencia.

y del deber<sup>22</sup> de sancionar a las partes, a sus representantes, sus abogados y los terceros cuando incurran en una conducta contraria a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe. Ejemplo clarísimo de una norma que promueve el “activismo judicial”<sup>23</sup> y que propicia que el juez se considere libre para decidir el caso conforme si fuera un legislador proactivo” (*sistema inquisitivo*), típico rasgos de un proceso inquisitivo.

En este orden de ideas, un sector mayoritario de la doctrina nacional señala que la NLPT (Ley N° 29497) responde a un Sistema Mixto moderado, a un Proceso Laboral Social, donde el juez tiene que procurar la igualdad real de las partes. Mixtura inaceptable en una discusión seria en materia procesal, toda vez que ello significaría aceptar la coexistencia de dos sistemas absolutamente opuestos, cosa que nos resistimos a admitir, porque en rigor, es una verdad irrefutable que tanto el “sistema inquisitorio” como el “sistema acusatorio” responden a planteamientos filosóficos, políticos, jurídicos y

---

<sup>22</sup> Artículo 15o.- Multas .- En los casos de temeridad o mala fe procesal **el juez tiene el deber** de imponer a las partes, sus representantes y los abogados una multa no menor de media (1/2) ni mayor de cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP).

La multa por temeridad o mala fe es independiente de aquella otra que se pueda imponer por infracción a las reglas de conducta a ser observadas en las audiencias.

La multa por infracción a las reglas de conducta en las audiencias es no menor de media (1/2) ni mayor de cinco (5) Unidades de Referencia Procesal (URP).

Adicionalmente a las multas impuestas, el juez debe remitir copias de las actuaciones respectivas a la presidencia de la corte superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar.

Existe responsabilidad solidaria entre las partes, sus representantes y sus abogados por las multas impuestas a cualquiera de ellos. No se extiende la responsabilidad solidaria al prestador de servicios.

El juez sólo puede exonerar de la multa por temeridad o mala fe si el proceso concluye por conciliación judicial antes de la sentencia de segunda instancia, en resolución motivada.

El juez puede imponer multa a los testigos o peritos, no menor de media (1/2) ni mayor de cinco (5) Unidades de Referencia Procesal (URP) cuando éstos, habiendo sido notificados excepcionalmente por el juzgado, inasisten sin justificación a la audiencia ordenada de oficio por el juez.

<sup>23</sup> YÁÑEZ MONJE, Eduardo. Unificación de Jurisprudencia, precedente judicial y aplicación directa de la constitución. HUMERES, Noguera (Direct.). En: Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social. Vol. 1. N° 2, 2010. P.137.

hasta a una moral diferente. Se evidencia entonces que lo que regula la NLPT es un “proceso inquisitivo”<sup>24</sup>. Se pretende un proceso social donde se logre la igualdad real de las partes, visión utópica por imposible, es muy distinto señalar que el proceso garantiza una igualdad jurídica, pues en efecto, es en el plano jurídico del proceso donde los naturalmente desiguales se convierten en iguales. Por eso creemos que el proceso es “a no dudar, uno de los grandes inventos de la antigüedad, tal vez más importante que el de la rueda, pues permitió que el hombre trabajara con ella en paz ...”<sup>25</sup>, distinto es decir que “en todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes ...” redacción poco feliz que cae en *contradictio interminis*, que nos releva de mayor comentario.

En efecto, la Nueva Ley Procesal del Trabajo no nos plantea una simple modificación normativa sino el cambio de la estructura misma del proceso laboral. Abandona la escrituralidad caracterizada por aquella secuencia de actos que muchas veces conducen a la dilación en la resolución del conflicto, reemplazándola por un modelo basado en la oralidad a través de la concentración de actos procesales en audiencia única, al término de la cual el juez tiene el deber de emitir sentencia. Se reduce drásticamente el plazo de duración de estos procesos y por ello es más o menos significativo el avance que se ha dado con la reforma. Evidentemente podemos señalar que la NLPT es más elaborada que su antecedente (Ley N° 26636), avance sustancial que, sin embargo, es insuficiente para lograr un proceso coherente que sea respetuoso de la Constitución Nacional.

De inmediato damos cuenta de una seria asistemia en la mencionada ley, cual es, dotarle facultades probatorias al juzgador (Art. 22 NLPT) y exigirle como obligación el deber de sancionar determinadas conductas de las partes, pues según el texto de ley, “los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del

---

<sup>24</sup> Montero Aroca es contundente al señalar que el denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no puede ser, un verdadero proceso. (Conferencia dictada en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario en noviembre de 2011).

<sup>25</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Op cit. P. 308.

proceso. Impiden y sancionan la conducta contraria a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe de las partes, sus representantes, sus abogados y terceros” (Art. III del TP y Art. 15 NLPT). Lo que pretende la norma a partir de la coerción legal es “la colaboración de la partes con el juez bajo la regla de la buena fe”,<sup>26</sup> lo que denota también el carácter inquisitivo de la norma y que la orientación socializadora que pregonan los defensores de la NLPT, no es más que la máscara que encubre una profunda vocación autoritaria defendida a ultranza por una mayoría de jueces laborales en el Perú.

En esta línea de pensamiento, confirmamos que la reforma procesal laboral en el Perú apuesta por el rol protagónico del juzgador en el proceso, otorgando el protagonismo y amplias facultades al decisor jurisdiccional, involucrándolo en el debate en tal medida que desaparece su imparcialidad al punto tal de desdibujar la defensa en juicio y la igualdad de las partes.

Por tanto, no ha tomado en cuenta que el proceso, esencialmente, es la mayor garantía que tienen los ciudadanos en una democracia donde se respeten y cumplan los principios y derechos reconocidos por la norma fundamental y la ley; donde no se vean lesionados el derecho de las partes en litigio en el plano estrictamente jurídico del

---

<sup>26</sup> Con autoridad y agudeza propia ha señalado el maestro valenciano Juan Montero que: “... el pretendido principio de la buena fe procesal no puede separarse, por lo menos de entrada, de la elemental consideración de que en su origen en el siglo XX no fue una concreción del principio general de la buena fe en las relaciones jurídicas materiales. La buena fe procesal tuvo su origen en la idea política de que el proceso civil no es una contienda o lucha entre partes parciales, que “pelean” por lo que creen que les corresponde, y ante un tercero imparcial, sino que ese proceso es un medio para la búsqueda de la única solución legal, la basada en la verdad objetiva, medio en el que colaboran las partes (especialmente sus abogados) y el juez; en esa colaboración el juez asume deberes, no frente a las partes, sino para con la sociedad (por ejemplo la prueba de oficio), y las partes asumen deberes (no obligaciones), principalmente el de colaborar con el juez (el deber de veracidad e integridad)”.

Incluso en el caso de que se pusieran en duda, o se negara lo anterior, no podría desconocerse que las referencias que pudieran hacerse a la concurrencia de una exigencia de buena fe procesal tendrían que encuadrarse en la configuración, no tanto de obligaciones, cuanto de deberes procesales, y que ello es propio, no de un proceso garantista, sino de un modelo de proceso civil diferente, modelo al que ahora pretende llamarse de “proceso civil social”. MONTERO AROCA, Juan. Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal. En: MONTERO AROCA, Juan. (coord.) Proceso Civil e Ideología. Valencia: Tirant lo Blanch. 2006. p. 337-338.

proceso por un exceso de intervención estatal; donde la imparcialidad del juzgador también se constituya en garantía para las partes parciales en conflicto y donde la igualdad jurídica de las partes, naturalmente desiguales, no se vea trastocada por el más puro intervencionismo del juzgador en aras de lograr la pretendida igualdad real.

## 8. CONCLUSIÓN

Habiendo realizado una elemental aproximación y caracterización del proceso laboral peruano, como conclusión final, desde una visión garantista, señalo que en el Perú tenemos un proceso laboral deformado.

## REFERENCIAS

- ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. 2 ed. Tomo I. Buenos Aires: Ediar. 1956.
- ARÉVALO VELA, Javier. Antecedentes de la Reforma del Proceso Laboral en el Perú. En: Doctrina y Análisis sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Lima: AMAG, 2010.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Sistema Procesal Garantía de la Libertad. Tomo I. Santa Fe: Rubinsal-Culzoni. 2009.
- \_\_\_\_\_. Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa. República de Panamá: Juris e Instituto de estudios políticos e internacionales, 2009.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. Compendio de derecho procesal. México: Humanitas Centro de Investigación y Posgrado, 1989.
- CALAMANDREI, Piero. Proceso y democracia. Lima: ARA editores, 2006.
- EISNER, Isidoro. Los Principios Procesales. Conferencia pronunciada en el Colegio de Magistrados del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe - Rosario en diciembre del año 1967. En: Revista de Estudios Procesales, N° 34 Autor: Autores Varios, Co-autores: Alvarado Velloso, Adolfo Editor: Centro de Estudios Procesales de Rosario, 1970.
- MONTERO AROCA, Juan. Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal. En: MONTERO AROCA, Juan. (coord.) Proceso Civil e Ideología. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

\_\_\_\_\_. La prueba de oficio (libertad y garantía frente a autorización y publicización del proceso civil”). Memorias del 1<sup>er</sup> Congreso Panameño de Derecho Procesal, p. 279.

\_\_\_\_\_. (Conferencia dictada en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario en noviembre de 2011). Apuntes personales de derecho procesal, Maestría Universidad Nacional de Rosario - Argentina.

YÁÑEZ MONJE, Eduardo. Unificación de Jurisprudencia, precedente judicial y aplicación directa de la constitución. Humeres Noguer (Direct.). En: Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social. Vol. 1. N° 2, 2010.

### **REFERENCIAS NORMATIVAS BÁSICAS:**

La Constitucional Política del Estado Peruano, Gaceta Jurídica, Primera edición enero 2011.

Normas Legales del Diario El Peruano, Texto de la Nueva Ley Procesal del Trabajo-Ley No 29497.



## GUÍA PARA AUTORES

- a. Los artículos que aspiren a ser publicados deberán ser presentados en *word* tamaño carta, letra Arial 12, interlineado de 1.5, a una sola columna y con un margen de 3 cm a cada lado, el artículo no podrá tener una extensión menor de 10 páginas ni mayor de 30, este requisito podrá ser excepcionado previa autorización del Comité Editorial, el cual lo hará teniendo en cuenta razones de interés académico e investigativo.
- b. Quien presente un artículo para publicación en la revista deberá garantizar mediante carta dirigida al Editor que el artículo es inédito, que no está siendo considerado por otras publicaciones, que una vez se inicie el proceso de arbitraje el autor se compromete a no retirarlo hasta tanto no finalice el proceso además de ceder los derechos patrimoniales de autor a la revista *Pensamiento y Poder* que podrá publicar el texto en forma física o electrónica, esto último en el caso que el texto sea aceptado.
- c. Los interesados deben enviar el artículo a los correos [pensamiento-yopoder@remington.edu.co](mailto:pensamiento-yopoder@remington.edu.co) , [delio.arango@remington.edu.co](mailto:delio.arango@remington.edu.co) acompañado de la revisión de un par académico seleccionado por el autor. El formato se puede solicitar en las direcciones electrónicas arriba anotadas.
- d. Todo artículo deberá tener título en castellano e inglés, resumen analítico, abstract (150 palabras a lo sumo) y palabras clave (3 a 10) en castellano y en inglés. Además en nota al pie se deberá indicar la procedencia del artículo (título de la investigación de la que hace parte, entidad patrocinadora, año de terminación), una relación de la formación académica del (los) autor (es) y correo (s) de contacto.
- e. El artículo deberá incluir la introducción, el desarrollo del trabajo, las conclusiones y la lista de referencias, estas últimas en estricto orden alfabético.

- f. Para la citación de fuentes y elaboración de las referencias se deben seguir las normas APA.
- g. La revista privilegiará la publicación de artículos producto de procesos investigativos pero además considerará otros textos como ensayos personales, traducciones, reseñas, disertaciones, relatorías, etc.
- h. La revista se publica semestralmente y recibe artículos en forma permanente, al autor se le notificará en cuál edición será publicado su texto en caso de ser aceptado.
- i. Los artículos serán sometidos a la revisión por parte de pares anónimos (sistema de *doble ciego*) quienes podrán aprobar el artículo, rechazarlo o aprobarlo previa la realización de correcciones por parte del autor. En este último caso se le notificarán al autor las recomendaciones de los pares para que proceda a hacer los ajustes del caso. Si decide no hacer las correcciones será potestativo del Comité Editorial publicar o no el texto. En cualquier caso, el artículo será objeto de una exhaustiva revisión de fondo y forma por parte del Comité Editorial de la revista.
- j. La revista se compromete a mantener informados a los autores del estado del artículo.
- k. Cada autor de los artículos publicados recibirá dos (2) ejemplares de la revista.
- l. Información para el envío:

Los artículos podrán ser enviados en formato digital o por medio de correo electrónico.

\*Dirección Postal y teléfono

Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas

Revista Pensamiento y Poder

Corporación Universitaria Remington

Calle 51 No. 51 – 27. Edificio Coltabaco Torre 1, piso 11. Medellín (Colombia)

Teléfono (57) (4) 5111000 Extensiones 5303- 5304- 5305.

\*Correo electrónico:

delio.arango@remington.edu.co

pensamientoypoder@remington.edu.co



