



DIÁLOGOS JUDICIALES

1

**Tema central:
Nuevas proyecciones del derecho procesal**

enero - junio 2014

Diálogos judiciales 1

Tema central:

Nuevas proyecciones
del derecho procesal

Corte Nacional de Justicia

Diálogos judiciales 1

Tema central:

Nuevas proyecciones
del derecho procesal



Enero, 2015
Quito - Ecuador

 **Gaceta
Judicial**

Corte Nacional de Justicia
Diálogos judiciales 1. Nuevas proyecciones del derecho procesal. Primera edición,
enero-junio 2014. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2014.
288 p.; 19x25cm.

Derecho de autor: 044822
ISBN: 978-9942-07-654-0
1. Diálogos judiciales. 2. Derecho procesal. 3. Ecuador. I.
Corte Nacional de Justicia. Título. I. Serie.

CDD20: 348.04. C827c
Catalogación en la fuente: Biblioteca Corte Nacional de Justicia

Corte Nacional de Justicia

Carlos Ramírez Romero
Presidente de la Corte Nacional de Justicia

Pablo Cisneros Dávila
Fotografía

Rocío Salgado Carpio
Presidenta subrogante de la Corte Nacional de Justicia

Fernanda Gallo Landeta
Diseño de portada

Lorena Castellanos Peñafiel
Edición

Santiago Aráuz Ríos
*Dirección de la Gaceta Judicial
Impresión*

Lorena Castellanos Peñafiel
Jovanna Garzón Almeida
Revisión de estilo

Primera edición, enero-junio 2014
Quito, Ecuador

Oswaldo Viteri Paredes
Portada y separatas

Corte Nacional de Justicia
Av. Amazonas N37-101
y Unión Nacional de Periodistas, esq.
Quito, Ecuador
Tels.: (593-2) 23953500
www.cortenacional.gob.ec

Javier Leiva Espinoza
Diagramación



Portada

Ficha técnica

Autor: Oswaldo Viteri Paredes (Ambato, 1931)

Técnica: Dibujo y pastel

Tamaño: 42 cm x 29,7 cm

Año: 2005

Síntesis biográfica del autor

Oswaldo Viteri Paredes es un artista y pintor ecuatoriano de amplia trayectoria nacional e internacional. Nació en Ambato, provincia de Tungurahua, en 1931. En 1966, se graduó en arquitectura; fue nombrado director del Instituto Ecuatoriano de Folklore y, años más tarde, director de la Escuela de Bellas Artes. Reconocido por su trabajo de ensamblajes, aunque su obra abarca también la pintura, el dibujo, los grabados y los mosaicos, ha explorado técnicas de arte experimental incorporando a sus obras el collage y colocando objetos superpuestos en sus lienzos.

Ha realizado exposiciones de sus obras en distintos países; varias de ellas se encuentran en museos y galerías reconocidos a nivel mundial, tales como la galería Uffizi, Italia, que cuenta con un autorretrato. Ha recibido varios premios y condecoraciones por su carrera artística y en dos ocasiones ha sido nombrado candidato al Premio Príncipe de Asturias de las Artes.

Todos los derechos reservados. Esta publicación es un producto editorial de la Corte Nacional de Justicia. Los textos contenidos en ella son de exclusiva responsabilidad personal de sus autores y no expresan ni comprometen el criterio u opinión de jueces y juezas Nacionales. Se autoriza su reproducción previa cita de la fuente.

Prólogo

Diálogos judiciales es una nueva apuesta editorial de la Corte Nacional de Justicia, en la que la búsqueda del debido proceso aparece como una idea articuladora y constante. Pensada en la importancia de reservarle un espacio preferente a la reflexión del derecho contemporáneo y sus desarrollos, la publicación encuentra en el diálogo, mediatizado por la literatura especializada, un recurso eficaz para abordar aquellos temas de alto interés para la comunidad judicial.

La ruta hacia la mejor forma de administrar justicia no se constituye únicamente en los escenarios de legislación y políticas públicas: toma cuerpo en las buenas prácticas, en los aportes de juristas comprometidos con un análisis serio y responsable de su entorno de acción, en un ejercicio judicial de motivación coherente con el pluralismo jurídico y las nuevas teorías del derecho.

Por ello, en este primer número, dedicado a las *Nuevas proyecciones del derecho procesal*, la revista presenta una cuidadosa selección de artículos escritos por destacados exponentes del foro nacional e internacional, cuyo denominador común incita a pensar en cómo mejorar el sistema procesal y, sobre todo, en cómo hacerlo con calidad.

En la sección *Contexto*, destinada al análisis de los elementos estructurales, el libro cuenta con dos perspectivas de alto interés para la comunidad judicial. La primera, con el artículo titulado “Calidad de la justicia: aportes desde el ámbito jurisdiccional”, propone una visión amplia de la justicia, en sus dimensiones de derecho y servicio. A tal efecto, explora brevemente los antecedentes de la vinculación existente entre la administración de justicia y el ámbito jurisdiccional, al igual que los significados esenciales del debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.

También se refiere a la justicia en el actual contexto normativo, desde el papel contemporáneo que desempeñan los jueces, los indicadores de gestión que implica el acceso a la justicia como servicio público y la confianza de los ciudadanos en la justicia. Y, en tanto elementos de calidad de la justicia, las reflexiones se detienen en el acceso a la justicia, la independencia e imparcialidad de los jueces, la formación y especialidad de los jueces y la configuración del juez como garante del desarrollo procesal.

La idea que subyace, al final, invita a pensar el proceso en su integralidad, a partir de los aspectos claves de su desarrollo en un plazo razonable y de los mecanismos de transparencia y publicidad del sistema de administración de justicia.

La segunda perspectiva, en cambio, está contenida en el aporte de Santiago Peireira Campos, jurista uruguayo de amplios conocimientos en derecho procesal y reforma de la justicia civil. Con el tema “La oralidad en los procesos no penales: propuestas regionales y desafíos”, el experto analiza la experiencia que ha vivido la región frente a la aplicación de la oralidad en los procesos no penales y, en especial, Uruguay, desde hace casi 25 años de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

La idea central del trabajo plantea la siguiente interrogante: ¿Cómo lograr una reforma sustentada en un proceso por audiencias que, a su vez, garantice una duración razonable de los litigios y una justicia de calidad? A juicio del autor, se trata de un desafío complejo para el derecho procesal contemporáneo, que no podrá superarse sin un enfoque multidisciplinario y multifactorial. En ese contexto, los planteamientos giran alrededor de dos segmentos bien definidos en función del enfoque espacial.

Por un lado, el artículo reseña el estado de las reformas a la justicia no penal en Iberoamérica. A través de la identificación de las principales lecciones aprendidas, desafíos y propuestas, la experiencia se define como un proceso gradual y creciente. La explicación enfoca, con acierto, los antecedentes de la reforma regional, la visión sistémica de política pública y los grados de avance en la reforma procesal civil, para detenerse, luego, en el estudio de puntos focales de suma importancia para el quehacer judicial.

El proceso por audiencias, la doble instancia, la inmediatez, la efectividad de los principios procesales, el rol del juez, la actuación del abogado y las audiencias ante el tribunal de alzada son varios temas que ponen de relieve la necesidad de avanzar hacia un debido proceso renovado. Para ello, el trabajo de los operadores de justicia debe ser capaz de generar un impacto cualitativo, mediante la prueba de alta calidad, el manejo idóneo de los recursos y la destrucción del “mito del expediente”.

Y, por otro lado, el jurista destina gran parte de su análisis a los hitos más trascendentes de la experiencia uruguaya en la reforma de la justicia civil, sobre todo en aquellos componentes que, por su relevancia, puedan ser de utilidad en la

priorización de opciones para instrumentar cambios en el sistema procesal civil. En este segmento se destacan las características del proceso antes de la reforma, las principales metas de la reforma y el proceso de reforma en sí, de cara a las regulaciones del Código General del Proceso y los principios procesales que rigen sus estructuras procesales.

Como un espacio orientado a destacar los debates de mayor trascendencia en el ámbito de las nuevas proyecciones del derecho procesal, la sección *Tema central* de este número pone a disposición del público lector varios ángulos de pensamiento.

En cuanto a derecho procesal penal se refiere, el jurista colombiano Carlos Cano Jaramillo, en “El proceso directo”, plantea la visión sistémica, marcos constitucionales e internacionales, normas rectoras, garantías y principios, coherencia y cambio cultural que supone el funcionamiento de esta institución procesal. El texto ofrece un marco de reflexión sobre la crisis de la administración de justicia y la necesidad de ofrecer respuestas ágiles a los conflictos que surgen en la convivencia social, para materializar el mandato constitucional que declara que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia.

Una idea implícita en el trabajo es el reconocimiento de la tendencia moderna del derecho procesal a crear procedimientos ágiles que permitan que los ciudadanos accedan oportunamente a la administración de justicia, sobre todo en materia penal. Así mismo, se plantea una lectura sistemática del procedimiento directo, a partir de los contenidos del Código Orgánico Integral Penal, la Constitución ecuatoriana y los tratados internacionales; se examina, en particular, su finalidad específica, los principios centrales que lo orientan y su relación con la interpretación y argumentación de los jueces y sujetos procesales que intervienen en su desarrollo.

De igual forma, otro componente del pensamiento articulador sobre el cambio cultural que demanda la implementación de la reforma estructural en materia penal puede leerse en “Mecanismos procesales de implementación de la oralidad”, de autoría de Javier Zapata Ortiz. En este aporte, el magistrado colombiano habla del lenguaje y sus funciones de interacción y comunicación, de cara al funcionamiento del sistema oral.

En el campo del derecho contencioso administrativo y tributario, el segmento cuenta con la colaboración de Claire Legras, Relatora Pública del Consejo de Estado de Francia. En su artículo, titulado “El debido proceso en materia contencioso

tributaria”, la experta toma como punto de partida el hecho de que, en el transcurso de los últimos 25 años, la jurisdicción administrativa de ese país europeo ha experimentado importantes evoluciones: la introducción de la oralidad en el desarrollo del modelo de juez único, la creación del procedimiento de urgencia y la priorización del derecho constitucional.

En el marco de un proceso que no ha permanecido al margen de crisis y polémicas, el texto presenta una perspectiva interesante sobre los objetivos de la reforma, sus principios de inspiración y el método aplicado para su ejecución. Destaca, además, las ventajas que implica contar con jueces administrativos capacitados para tratar un proceso contencioso masivo y explica que, más allá de su capacidad de hacer frente al aumento de los procesos contenciosos, la reforma ha potenciado la eficacia del juez administrativo, la ejecución de las decisiones judiciales y las garantías concedidas a los litigantes.

A su turno, la experta procesalista Margarita de Hegedus, en su trabajo titulado “El proceso monitorio”, realiza un estudio exhaustivo de esta trascendente figura del derecho procesal civil de avanzada. Después de algunas reflexiones introductorias y antecedentes sobre el proceso monitorio, la jurista uruguaya especifica el concepto, finalidad y naturaleza jurídica (jurisdicción voluntaria o jurisdicción contenciosa, proceso de conocimiento o proceso de ejecución) de la institución jurídica. Luego, se detiene en la clasificación, procedimiento y breve desarrollo de los distintos procesos monitorios en el Código General de Procesos de Uruguay, así como en la identificación de otros procesos de estructura monitoria. El artículo finaliza con varias conclusiones imprescindibles para la agenda de reforma de la justicia civil.

Desde la realidad de Argentina, en cambio, la magistrada Ángela Esther Ledesma plantea un “Paneo general acerca del estado de la reforma civil en la República Argentina”. Se trata de un texto que plantea una visión panorámica de la reforma de la justicia en ese país, que en la actualidad es un tema fuertemente instalado en la agenda pública y que alcanzó al denominado fuero civil como omnicompreensivo de lo no penal, luego de que la condena del Estado en el caso Furlan, resuelta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el 2012, pusiera al descubierto la crisis del modelo civil de enjuiciamiento.

Luego de poner en contexto el tema, el artículo plantea un análisis con respecto a los aspectos medulares de la reforma procesal, con énfasis en la mediación civil y

la oralidad en materia civil. En alusión a este último punto, se describen las características y el funcionamiento de la audiencia preliminar y de prueba, la importancia que reviste la presencia del juez y de las partes, así como la oportunidad en la fijación de la audiencia y las reglas generales. Por último, en el marco de la gestión judicial, el trabajo establece algunas consideraciones finales de utilidad para los operadores de justicia.

Para concluir, el artículo “Medidas jurídicas aplicables a los adolescentes en conflicto con la ley” marca el cierre de esta sección. En este trabajo, el magistrado Ricardo Pérez Manrique indaga los temas más relevantes del derecho penal adolescente y la cuestión de las medidas estándares a nivel internacional, desde la experiencia de Uruguay. Pero, a la vez, contrasta esta visión con el Código de la Niñez y Adolescencia y leyes posteriores del Ecuador, punto con respecto al cual analiza las medidas socioeducativas y cautelares. El aporte concluye con un apéndice normativo que condensa la normativa más importante para consulta de los lectores.

En la sección *Tribuna*, que es un escenario propicio para la reflexión de temas colaterales vinculados con la gestión judicial, la revista propone el texto denominado “Sobre la ética pública”, de autoría de Gretta Lima Reyna. El aporte investiga los fundamentos del proceso de institucionalización de la ética pública para hacer frente al fenómeno de la corrupción.

Así, luego de un breve recorrido por la concepción histórica de los mecanismos de lucha contra este problema, los tratados internacionales aplicables y las formas de medición e indicadores, la experta reflexiona sobre la interacción entre transparencia y ética pública, de cara a la implementación de los mecanismos de transparencia y justicia. Finalmente, se aborda el rol de la transparencia en la ética judicial y algunas conclusiones finales.

Por último, en el segmento *Entrevista*, pensado en la necesidad de provocar la discusión de temas de actualidad, a través de la opinión de académicos y expertos, *Diálogos judiciales* se honra en presentar el contenido de la entrevista concedida por los profesores Manuel Atienza y Alí Lozada Prado, sobre “El derecho como argumentación y los derechos como argumentaciones”. Con la intermediación del juez Marco Maldonado Castro, la entrevista logra desentrañar las respuestas que propone la argumentación jurídica frente a dos cuestionamientos claves: el derecho como argumentación y los derechos como argumentaciones.

Con respecto al primero y, concretamente, a la cuestión sobre ¿Cuál es el rol de la argumentación en las decisiones judiciales?, el español Manuel plantea que la obligación de motivar las decisiones por parte de los jueces supone que estos, en el marco de un Estado constitucional, no tienen simplemente el poder de tomar decisiones que son obligatorias para los otros, sino que ese poder sólo se ejerce legítimamente cuando va acompañado de buenas razones que tengan la virtualidad de poder justificar (justificar en derecho, claro está) esas decisiones.

Y, sobre el segundo, que supone preguntarse ¿cómo deberíamos ver a los derechos fundamentales?, el ecuatoriano Alí Lozada sostiene que ya no pueden ser vistos desde una visión estructural, es decir, como normas o dispositivos de carácter prescriptivo que preexisten absolutamente a la práctica, en la medida en que tienen aplicación en los casos concretos y se recurre a ellos como si se tratase de una caja de herramientas.

Con este primer número de Diálogos judiciales, la Corte Nacional de Justicia busca contribuir al debate de temas de alta relevancia para el derecho procesal, a partir de elementos que han sido suficientemente estudiados por la academia e incorporados a las legislaciones nacionales de la región iberoamericana y europea, herederas de la tradición del *civil law* y de sus instituciones.

Esperamos que este esfuerzo sea el comienzo de una práctica de reflexión permanente sobre las nuevas dimensiones del debido proceso y los grandes desafíos que supone el acceso a una justicia que ya ha comenzado a estructurarse de una manera diferente, con mayor razón cuando la aprobación e implementación del Código Orgánico General de Procesos constituyen una realidad cada vez más cercana para el país.

Carlos Miguel Ramírez Romero
Presidente de la Corte Nacional de Justicia



Vijaya

Contenido

Contexto

Calidad de la justicia: aportes desde el ámbito jurisdiccional 1
Carlos Miguel Ramírez Romero

La oralidad en los procesos no penales: propuestas regionales y desafíos 23
Santiago Pereira Campos

Tema central

Procedimiento directo: fines, principios y argumentación 79
Carlos Cano Jaramillo

El juicio oral en el proceso penal colombiano 97
Javier Zapata Ortiz

Nuevos enfoques procesales en el campo del derecho
contencioso administrativo y fiscal 109
Claire Legras

El proceso monitorio 125
Margarita de Hegedus

Panorama general acerca del estado de la reforma civil
en la República Argentina 149
Ángela Esther Ledesma

| | |
|--|-----|
| Nuevas tendencias en los procesos de niñez y adolescencia <i>Ricardo Pérez Manrique</i> | 193 |
| Tribuna | |
| Sobre la ética pública <i>Gretta Lima Reyna</i> | 225 |
| Entrevista | |
| El derecho como argumentación y los derechos como argumentaciones entrevista a Manuel Atienza y Alí Lozada Prado <i>Marco Maldonado Castro</i> | 267 |



VITERI
02

Calidad de la justicia: aportes desde el ámbito jurisdiccional

Carlos Miguel Ramírez Romero

*Abogado y doctor en Jurisprudencia Especialista y Magíster en Derecho Empresarial
Presidentede la Corte Nacional de Justicia Integrante de la Comisión de
Coordinación y Seguimiento de la Cumbre Judicial Iberoamericana*

Cuando se habla de la justicia la concepción dista de ser uniforme. Esto pasa, en lo fundamental, porque “el concepto de justicia se halla cargado de una fuerte emotividad” (Prieto, 2005: 95), no es una cuestión tangible, ni tampoco puede determinarse en forma objetiva. Hace varias décadas, Kelsen advertiría las diferentes perspectivas desde las que puede concebirse a la justicia: característica de un *orden*, como cuando se dice que algo es justo; como, *valor* en el sentido de que hay que practicar lo justo; como *fin*, al señalar que se debe tomar respecto de algo una decisión justa, entre otras.

En la medida en que, la justicia admite matices y concepciones de la más variada índole, el concepto de justicia debe comprenderse desde la dimensión de un valor en el que se funda la sociedad misma para la convivencia armónica y civilizada, pues, con mucha razón, se dice que “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, [...] no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar”. (Rawls, 1971: 17)

1. Antecedentes

La forma de obtener justicia no ha sido uniforme a través de la historia. En los momentos originarios de la humanidad fue el dolor el que gobernó los sentimientos de la persona; se definió la justicia o injusticia de un acto por el efecto que producía sin considerar incluso las circunstancias concretas: “La piedra lo ha golpeado, él siente el dolor y el dolor lo empuja a la venganza” (Von Ihering, 1880: 10). Al no existir estructura social propiamente dicha, peor aún instituciones, el resarcimiento del daño se buscaba directamente por el afectado o sus familiares; es decir, el instinto orientaba a la venganza, como forma de reparación. Así, la autocomposición fue la forma primigenia de resolver los conflictos.

Durante la época medieval, si bien el magistrado por excelencia era el rey, la justicia no se administraba en persona por el rey sino en unos pocos casos; en la mayoría fueron algunos agentes que, como depositarios de la voluntad real –los oficiales del rey, que, por lo general, eran nobles o miembros de la curia– quienes decidían las controversias con justicia. Además, durante este período “con frecuencia [existen poderes] legitimados únicamente por la posesión de la tierra, de donde se deriva el ejercicio de los poderes de *imperium*: la administración de justicia” (Fioravanti, 2007: 34), lo que implicaba que el acceso a la justicia del rey (en persona) resultaba no solo sumamente difícil, sino imposible.

Interesa, aquí, la existencia de los *oficiales reales*, lo que les otorgó un estatus (en cuanto a imagen) de diferencia social. De esta forma, la imagen de la justicia se asociaba como manifestación de la nobleza o la sabiduría (en el caso de la curia). Pese a que, con la Revolución Francesa se postuló la existencia de agencias separadas del poder (lo que se conoce, en la actualidad, como funciones del Estado), y a los jueces se encargó la aplicación de la ley, la imagen de los jueces (en el sentido de cómo los concibe la sociedad) no se vio profundamente afectada, sino que siguió proyectándose como la representación de una clase elevada, tanto en sentido social como intelectual.

Su actuación hasta hace unos pocos años tenía una influencia limitada. La concepción de su actividad diaria giraba en torno a personas de –por decir lo menos– dudosa consideración social, pues, para tener asuntos con la justicia, se debía estar involucrado en algún ilícito o en alguna cuestión deshonesta. Esto llevó a que los jueces fueran más la imagen de un sector bastante cerrado a los ciudadanos, limitado a resolver controversias individuales, o juzgar “delincuentes”, antes que un asunto de interés social, relacionado directamente con los derechos de las personas. El resultado casi obvio fue que no había para qué ocuparse si la justicia se administraba con calidad o no.

2. La administración de justicia y el ámbito jurisdiccional

A la administración de justicia en el marco del Estado constitucional le corresponde garantizar cuestiones de trascendental importancia: otorgar tutela efectiva a los derechos (artículo 75 CRE), y garantizar la seguridad jurídica (artículo 82 CRE); cuestiones que deben materializarse con sujeción al debido proceso y las garantías que la integran (artículo 76 CRE).

Con carácter previo, debe decirse que la administración de justicia es, en realidad, un sistema complejo; su funcionamiento se encuentra vinculado e integrado a unos subsistemas. Por ende, su calidad no se reduce *per se* a la sola actividad de los jueces, pues la propia estructura de los órganos jurisdiccionales denota la existencia de varios niveles funcionalmente diferentes: jueces de primera instancia, jueces de apelación y jueces de casación; cada uno con cuestiones técnicas que deben ser observadas en cada caso concreto. Otra cuestión que merece ser tomada en cuenta a este respecto es la de los abogados, cuya participación en la administración de justicia es sumamente importante e, incluso, podría decirse (con alguna matización) indispensable: el planteamiento erróneo de una demanda o un recurso implicarían que la pretensión material no prospere.

El hecho de que corresponda a la administración de justicia otorgar tutela efectiva resulta complejo, por ello “la búsqueda de los medios que permitan hacer posible una auténtica tutela efectiva [...] se convierte en una de las preocupaciones centrales del Estado constitucional [considerando] que los derechos fundamentales, al mismo tiempo que son límites al ejercicio del poder público, se constituyen en origen de la legitimidad del mismo Estado” (Natarén, 2006)

El derecho a la seguridad jurídica se “fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (artículo 82 CRE). La validez del ordenamiento infraconstitucional está determinada por los preceptos de la Constitución, así Pérez Luño dijo —hace algunos años— que la seguridad jurídica no solo es garantía del derecho sino también de la justicia; así mismo, se ha dicho que la seguridad jurídica forma parte de la justicia material o que el derecho adquiere su valor cuando es materialmente justo (García, 2012: 242) La seguridad jurídica consiste en la certeza de aplicación de las normas constitucionales y legales que “definen la forma en que las autoridades del Estado han de actuar y que la aplicación del orden jurídico a los gobernados será eficaz” (Corte Suprema de la Nación Mexicana, 2005: 12)

El instrumento para otorgar tutela efectiva y garantizar seguridad jurídica no ha de ser cualquiera, sino uno solo: el debido proceso. La Constitución ecuatoriana reconoce el derecho al debido proceso, como derecho subjetivo de quien sea sometido a un proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, conforme lo dispone su artículo 76. Por ello, el debido proceso resulta una cuestión fundamental, y estructural para los órganos que administran justicia; en lo fundamental, porque tales derechos y garantías que se reconocen al justiciable no tienen como destinatario exclusivo al legislador (en cuanto le está prohibido desatender tales garantías al establecer las normas procesales), sino también a los jueces, en cuanto las normas constitucionales son de aplicación directa e inmediata, en los términos de los artículos 11.3 y 426.

La Corte Constitucional ecuatoriana ha dicho que el debido proceso “se constituye en el axioma madre, el generador del cual se desprenden todos y cada uno de los principios y garantías que el Estado ecuatoriano se encuentra obligado a tutelar”¹; de esta manera, ha radicado en los jueces la función de garantes de la observancia de la Constitución y, en general, de todo el ordenamiento jurídico². Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha destacado al debido proceso como el instrumento donde confluyen las garantías sustanciales de carácter procesal e incluso objetivo para el desarrollo de la actividad jurisdiccional orientada a la solución de controversias, de esta manera se racionaliza el poder estatal en el trámite de los asuntos que se someten a pretensión de tutela efectiva³.

Solo mediante la observancia del debido proceso puede otorgarse tutela efectiva y garantizarse la seguridad jurídica como fines de la sociedad contemporánea; de allí que estos tres derechos sean el fundamento de la administración de justicia. Sólo cuando los titulares de los órganos jurisdiccionales tienen como premisa el respeto del debido proceso, con las garantías que le son inherentes, puede decirse que cumplen su función.

Para dejar el panorama completo, corresponde señalar que los titulares de los órganos jurisdiccionales (los jueces) se encuentran vinculados, en su desenvolvimiento, a las normas procesales. Con mucha razón, tempranamente se había advertido que algunas leyes pueden solo generar derechos y obligaciones, y que “esas leyes no tendrían ningún efecto si el legislador no crease al mismo tiempo otras leyes cuyo objeto es hacer

¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 011-09-SEP-CC.

² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 008-13-SEP-CC.

³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-131/02.

cumplir las primeras: ellas son las leyes de procedimiento” (Bentham, 1971: 9-10). Sin embargo, las normas procesales no tienen ninguna otra finalidad sino la de regular un camino para que el juez sustancie la controversia; es decir, no dejan de ser mecanismos instrumentales, son medios para llegar a un fin: la justicia.

3. La justicia en la actualidad

En la actualidad existen, al menos, dos cuestiones que destacan el papel de la justicia: en primer lugar, su acceso es tan importante para todas las personas (se ha superado la asociación de los juzgados con el pleitista), que a través de ella se hacen efectivos los derechos, por ello la mayoría de constituciones reconocen el derecho a la tutela judicial efectiva; y, en segundo lugar, la incidencia de la actividad judicial es prácticamente un elemento que conjuga el ritmo en que se desenvuelve la sociedad actual, pues existen cuestiones que hace algún tiempo no se imaginaba siquiera que serían objeto de judicialización.

3.1. El papel contemporáneo de los jueces

La doctrina identifica, claramente, el papel de los jueces en estos tiempos: “la función jurisdiccional de nuestra época se encuentra sujeta a una profunda complejidad, ya que lo que se sabía concebido de manera tradicional como una actividad puramente técnica de resolución de conflictos jurídicos se ha transformado en uno de los servicios públicos esenciales del Estado contemporáneo” (Fix Zamudio, 1996: 15)

Ello no resulta difícil advertir de la práctica diaria de juzgados y tribunales. Hace unos años las acciones constitucionales existían tan solo en sentido restringido, no se llevaban a la justicia cuestiones tales como la violencia intrafamiliar, los temas ambientales, los procesos de competencia del mercado o competencia desleal; y, unas décadas atrás, incluso algunos actos de gobierno se encontraban exentos del control de los jueces.

Para ilustrar el papel de la justicia en la sociedad contemporánea, basta recordar que, ya en el año 1962, Eduardo García de Enterría –claro está, refiriéndose a España y al orden contencioso administrativo– expresaría que ha ocurrido una transición del Estado de derecho a un Estado de justicia, ello con motivo de identificar un sometimiento mayor de las actuaciones del poder público al control judicial: sus expresiones no serían sino un vaticinio de lo que hoy se presenta como una práctica cotidiana y característica generalizada de la administración de justicia.

De ahí que resulte ampliamente admitido que entre el derecho y la justicia existe una fuerte vinculación; ello se constata incluso a nivel normativo. Así, por ejemplo, el artículo 1 de la Constitución determina que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia; por su parte, el artículo 75 reconoce un acceso gratuito a la justicia; y, el artículo 172 determina que “Las juezas y jueces administrarán justicia”. Esta última disposición constitucional es clara: los jueces administran justicia, mas no el derecho; de hecho, resulta tan ajena a nuestra cotidianidad esta segunda expresión “administrar el derecho”, que, con facilidad, podría sostenerse que se trata de un absurdo. Lo más apropiado sería decir que se efectiviza el derecho, a través de los jueces, al administrar justicia.

En su época, Ulpiano definió a la justicia como “Dar a cada quien lo que le corresponde”. Esta definición pone de manifiesto la profunda relación existente entre justicia y derecho, porque evidencia la postulación de un orden debido, es decir, que algo se encuentra previamente establecido como condición para hacer efectiva la justicia. De manera que la realización de la justicia consistiría en la aplicación de lo que se encuentra dispuesto. Tanto es así que el propio artículo 172 de la Constitución ecuatoriana prevé que la administración de justicia, por parte de los jueces, debe hacerse con sujeción “a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley”.

3.2. La justicia como servicio público

Si bien se reconoce el protagonismo actual de la actividad jurisdiccional en el escenario social, todavía no es ampliamente aceptado que la administración de justicia sea objeto de una evaluación que permita determinar la *calidad* real de su desempeño. Entre los principales inconvenientes para avanzar en tal dirección, hay que destacar dos aspectos esenciales: la justicia se sitúa todavía en una concepción mitológica y sacramental; y, la justicia aún no se concibe totalmente como un servicio público.

La configuración constitucional de la administración de justicia como función del Estado no constituye impedimento para que sea concebida también como un servicio público, por las siguientes razones: a) La prestación que debe ofrecer al ciudadano la administración de justicia es de interés público; b) La prestación debe otorgarse de forma continua, uniforme y con fundamento en criterios de igualdad, en sentido universal; y, c) El sometimiento a un régimen jurídico tiene fines de vinculación normativa y de uniformidad en la prestación requerida, mas no de mitificación de la labor judicial.

Según la Constitución, no sirve que la justicia se administre de cualquier manera, sino que debe responder de forma oportuna a los requerimientos del justiciable. Concebir a la justicia como servicio público, entonces, implica diagnosticar “si es capaz de resolver satisfactoriamente los asuntos que le son sometidos a su consideración. Si es capaz de dar respuesta pronta y eficaz” (Tajadura, 2001: 195). Así, el hecho de que la justicia sea un servicio público no implica un condicionamiento de la decisión del juez respecto de las pretensiones deducidas por las partes, sino que se trata de poner especial atención en las conductas del juzgador, una vez que la pretensión ha ingresado al sistema judicial: si el proceso se sustancia con celeridad, si el trato por parte del juez a las partes es igualitario, si existen o no dilaciones indebidas.

Más específicamente, no se trata de evaluar si la decisión del juez satisface a las partes, sino de realizar un diagnóstico respecto de la conducta del juez en el cumplimiento de sus funciones. Así, por ejemplo, el que se cuestione a un juez la demora injustificada en faltar de dictar sentencia durante varios meses, no pretende un cuestionamiento de la decisión jurisdiccional del juez como tal, sino que pone en evidencia una conducta que deja en entredicho la agilidad, rectitud, transparencia y eficiencia en el cumplimiento de las funciones.

De ahí que la calidad del servicio puede valorarse con sujeción a situaciones concretas, para determinar si la administración de justicia está al servicio de los ciudadanos y, por lo tanto, evaluar así funciona bien; no porque esa sea la demanda social, sino porque es una obligación constante y permanente de las instituciones del Estado desarrollar sus funciones con eficiencia.

Cierto es que la función del juez en la sociedad no se equipara con la de ningún otro servidor público, en cuanto ejerce la potestad jurisdiccional; pero ello no releva a la administración de justicia de ser requerida como servicio por la colectividad. El interés de la colectividad no se sitúa en el grado de profundidad dogmática del juez al dictar una providencia, sino en obtener una decisión que le otorgue certeza respecto de la situación reclamada. Por ello, la administración de justicia debe ser objeto de evaluación permanente, control y rendición cuentas de su actividad a la sociedad.

3.3. La confianza de los ciudadanos en la justicia

Una sociedad democrática vive dentro de un ámbito de pluralidad: económica, política, social, cultural y territorial. Reconoce a todos los integrantes del Estado los mismos derechos.

La convivencia se funda no tanto en el miedo o la fuerza, sino en la confianza; el elemento articulador en la sociedad democrática ha de ser la cohesión, mas no la coacción. Por ello, la administración de justicia ha de ser en todos los casos efectiva, pronta e imparcial, de manera que quien litiga con lealtad y buena fe ha de estar seguro de que primará el derecho frente a los artificios de la contraparte; el que ha cometido un delito, de que nada lo salvará de la pena; y, el inocente, de que pronto se librará de todos los cargos de los que se le acusa.

La cohesión social se construye mediante la credibilidad en las instituciones porque esta genera confianza. De ello se deriva que confianza en la administración de justicia debe entenderse en una doble dimensión: es, al mismo tiempo, requisito y resultado. Es requisito, porque sólo la confianza en el sistema judicial da a las personas la certeza de que no imperará la impunidad y/o la fuerza; y es resultado, porque cada vez que la administración de justicia aplica las normas ratifica la convivencia con base en el derecho, por sobre el deseo personal, la fuerza o, incluso, los artificios.

Así, una justicia de calidad aumenta la confianza de los ciudadanos en sus jueces y, por extensión, en el sistema judicial; pero, al mismo tiempo, esa confianza es necesaria para que los jueces y el sistema judicial no sean solo manifestación de la fuerza o la coacción. Claro está que la confianza es una construcción constante y su medición no puede ser exacta, sino producto de percepciones, debido a que es una sensación respecto de determinados hechos o resultados: vulnerabilidad o certeza en mayor o menor grado, en la medida en que una institución genera confianza, cuando realiza sus funciones de forma eficiente; en el caso de la administración de justicia, cuando es efectiva, pronta e imparcial.

4. Elementos de la calidad de la justicia

Tomando en cuenta el papel que la administración de justicia cumple en la actualidad, el que la justicia se conciba como un servicio público y la necesidad de construir confianza respecto de los órganos jurisdiccionales plantean dos cuestiones en cuanto al concepto de calidad:

En primer lugar, una cosa es la calidad del servicio, es decir; si los lugares para la atención a los justiciables son adecuados, así como si el personal que labora en los órganos jurisdiccionales es suficiente y capacitado. Y, en segundo lugar, la cuestión tiene que ver con la calidad de las decisiones jurisdiccionales, que son contraladas fundamentalmente a través de los recursos y acciones que prevé el ordenamiento

jurídico: recursos de apelación (con excepción de la jurisdicción contencioso administrativa y tributaria), nulidad y casación en la propia justicia ordinaria, así como mediante la acción extraordinaria de protección en la justicia constitucional. A continuación, se proponen algunos elementos de reflexión sobre la calidad de la justicia.

4.1. El acceso a la justicia

Si la sociedad actual se desenvuelve en el marco de una Constitución, la tutela efectiva de los derechos que esa Constitución reconoce a todos los ciudadanos resulta indispensable para garantizar la convivencia social. Para otorgar tutela efectiva no es suficiente la gratuidad de la justicia, tampoco el acceso en sentido formal, esto es, en el solo hecho de prever un procedimiento y la existencia física de una dependencia institucional que recepte la pretensión de un ciudadano. Se requiere que la tutela sea de carácter *material*.

Para hacer efectiva esa tutela material, el Ecuador ha desarrollado acciones en diferentes ámbitos y continúa desarrollándolas.

A partir del año 2011, no solo que se han cubierto los despachos que se hallaban encargados o asignados a jueces suplentes o temporales, sino que la cantidad de jueces ha aumentado notablemente, de manera que se proyecta un cumplimiento del estándar latinoamericano.

Pero el Consejo de la Judicatura no se ha limitado al ámbito jurisdiccional. Consciente de que una justicia de calidad requiere de diversas cuestiones, también se han llevado a efecto concursos de merecimientos y oposición para la designación de fiscales.

Si bien la Defensoría Pública se creó en el año 2007, como Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal, ya la Constitución de 2008 la estableció como un órgano autónomo de la Función Judicial y, en la actualidad, se ha consolidado su institucionalidad; su presencia está en las 24 provincias del país y presta asesoría jurídica gratuita y patrocinio en diversos ámbitos: penal, alimentos, violencia intrafamiliar, laboral, legalización de tierras, entre otros de interés social. De esta manera, se garantiza el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o por su condición económica, social o cultural, no pueden contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos.

El Consejo de la Judicatura también ha invertido en infraestructura. No solo ha remodelado la mayoría de dependencias judiciales provinciales, sino que se han

creado unidades judiciales y dependencias desconcentradas; es decir, algunas judicaturas ya no se encuentran centralizadas, sino que están más cerca a las personas. La razón es que la *accesibilidad* no se reduce a la existencia de las dependencias judiciales, sino también *al titular del órgano jurisdiccional (juez)*.

La remodelación o construcción de nuevas dependencias se ha hecho pensando en el sistema procesal oral, con espacios pertinentes para la realización de audiencias, que constan al mismo tiempo de implementos tecnológicos para el mejor desarrollo de las actividades tanto de los jueces como de los demás servidores.

Las normas objetivas y de carácter procesal experimentan también un proceso de transformación. Desde el 10 de agosto del año 2014 entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, que unifica la dispersa legislación en materia de tipificación de conductas y establecimientos de sanciones. Se estableció un proceso penal conforme a las normas constitucionales, y se establecieron las normas referentes a la ejecución penal, todo en un mismo cuerpo normativo. De esta forma, se derogó una cantidad considerable de normas en estos tres ámbitos.

Por otra parte, la Corte Nacional de Justicia, conjuntamente con el Consejo de la Judicatura, presentó a la Asamblea Nacional el Proyecto de Código Orgánico General de Procesos, el cual será sometido a segundo debate. Mediante este proyecto se propone la unificación y simplificación de las normas procesales mediante el manejo de un criterio sustancial: la instrumentalización del sistema oral como forma de sustanciación de los procesos.

4.2. La independencia e imparcialidad de los jueces

La Constitución ecuatoriana reconoce la independencia judicial no solo como un principio institucional de la Función Judicial (artículo 168.1), sino también como garantía para el justiciable (ciudadano que recurre a los órganos jurisdiccionales), en cuanto ser juzgado por un juez *independiente, imparcial y competente* es condición para el respeto del debido proceso (artículo 76.7 literal k).

Uno de los principales parámetros para afianzar la independencia de los jueces es que su designación se hace mediante concurso de oposición y méritos, impugnación y control social (artículos 170 y 176 CRE; 52 COFJ), desde aquellos de primera instancia hasta los jueces de la Corte Nacional de Justicia, que es el más alto órgano de justicia ordinaria.

Se garantiza la estabilidad en general de los servidores judiciales y, en particular, de los jueces en el ejercicio de sus funciones (artículos 90 y 136 COFJ). Sobre los jueces de la Corte Nacional de Justicia se eliminó el juicio político.

Así mismo, la imparcialidad se protege a través de las garantías instituidas en la excusa y recusación, en la actualidad previstas en el Código de Procedimiento Civil (artículos 856 a 889), instituciones que constan también en el proyecto de Código Orgánico General de Procesos.

4.3. La formación de los jueces

Con excepción de los jueces de la Corte Nacional de Justicia, previo al nombramiento, los jueces deben someterse a un curso de formación inicial para el que se concede una beca, a fin de que el aspirante se dedique en forma exclusiva a los estudios (artículos 67 y ss. COFJ). De esta forma, se pretende la formación del juez para el desempeño de sus funciones, lo que contribuye sobre todo al ámbito de la calidad de las decisiones.

Para llevar adelante esta tarea, el Código instituye la Escuela de la Función Judicial, que se encuentra funcionando en dos líneas: a) En la fase del curso de formación inicial para acceder al cargo de juez; b) En el proceso de capacitación continua de los jueces que se encuentran en funciones.

De esta manera, se busca aumentar el grado de profesionalidad de los jueces, a fin de que puedan desarrollar sus funciones con solvencia, con capacidad para el razonamiento judicial, así como para la toma de decisiones útiles y adecuadas dentro del marco del derecho, tanto en el ámbito de la sustanciación del proceso (calidad del servicio) como en el contenido de las decisiones (calidad de las sentencias).

4.4. La especialidad de los jueces

Por juez especializado ha de entenderse aquel titular del órgano jurisdiccional que conoce, sustancia y resuelve áreas limitadas del derecho (penal, civil, familia, laboral, administrativo) o situaciones que se limitan a áreas específicas.

La experiencia parece enseñar que la especialización es uno de los pilares de la buena administración de justicia. En lo fundamental, porque la especialidad se convierte en un parámetro –nada despreciable– de experiencia y conocimiento que puede resultar crucial a la hora de sustanciar los procesos y adoptar las decisiones

jurisdiccionales. Esto explica que haya perdurado en el tiempo la división de los asuntos jurisdiccionales en diferentes materias.

La especialización de los jueces no es una práctica aislada. En esa línea, resulta representativo el informe No. 15, adoptado durante la 13ra reunión plenaria del Consejo Consultivo de Jueces Europeos, llevada a cabo en París los días 5 y 6 de noviembre de 2012. En el documento se determina con claridad algunas ventajas de la especialización:

- a) Asegura amplio conocimiento y experiencia en el ámbito jurisdiccional en el que el juzgador desarrolla sus funciones.
- b) Hace posible un conocimiento a profundidad de la materia jurídica en cuestión, lo que, indudablemente, incide en la calidad de las resoluciones.
- c) Permite promover, con facilidad, la seguridad jurídica, debido a la profundidad y madurez con que se afrontan las decisiones jurisdiccionales.

De ahí que el tema de la especialidad ha sido defendido por algunos tratadistas, quienes consideran a la especialización como una condición para la excelencia, incluso de los tribunales inferiores, pues la ausencia de este presupuesto se traduciría en mayor inversión de tiempo en la preparación de las sentencias, así como la calidad de las resoluciones⁴. Por ello un notable procesalista, hace algunos años, sostuvo:

La organización judicial, como cualquiera otra, descansa sobre un conjunto de principios básicos de cuya aplicación depende la calidad de la justicia que en cada país se tenga. Expongámoslo brevemente:

Separación de las distintas ramas de la jurisdicción: La complejidad de los problemas sociales exige la diversificación de las leyes procesales y de la jurisdicción para disponer de procedimientos distintos y apropiados a cada clase de problemas y jueces especializados en ellos. (Davis, 134)

⁴ De hecho, en la mayoría de países existen jurisdicciones especializadas, ya sea en lo relativo a instancias inferiores como a las altas cortes de la justicia ordinaria. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ejerce sus funciones jurisdiccionales a través de tres Salas: Civil, Penal y Laboral, mientras que el orden contencioso administrativo se ejerce por medio de una institución diferente como es el Consejo de Estado. El Tribunal Supremo Español ejerce sus funciones mediante seis Salas: Sala Primera (Civil), Sala Segunda (Penal) Sala Tercera (Contencioso Administrativo), Sala Cuarta (Social), Sala Quinta (Militar) e incluso una Sala de conformación especial (artículo 61 LOPJ) para conocimiento de asuntos como ilegalización de partidos, error judicial, entre otras. De forma parecida se organiza el Tribunal Supremo Federal Alemán en sus Salas de Casación: Civil, Penal, Contencioso Administrativo, Económico Administrativo, Trabajo y Social.

De esta forma, el tema de la especialización de los jueces parece ayudar en el tema de la calidad de la justicia. De esta particularidad esta consciente incluso el legislador, pues ha previsto, en el artículo 11 del COFJ, el principio de especialidad, en los siguientes términos: “La potestad jurisdiccional se ejercerá por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de la competencia”.

Y, si bien, el constituyente no estableció la especialidad en genérico para toda la Función Judicial, si la determinó para la Corte Nacional de Justicia, pues el artículo 182 de la Constitución ecuatoriana previene: “La Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas”; así mismo el artículo 185 se refiere a las sentencias emitidas por las salas especializadas, para la formación de la jurisprudencia obligatoria.

4.5. La configuración del juez como garante del desarrollo procesal

El tema de calidad de la justicia, visto desde la perspectiva jurisdiccional, indudablemente tiene relación con la configuración (o el papel) del juez en el proceso. Un sistema procesal en el que se prevea un estricto y prácticamente exclusivo sometimiento del juez al principio dispositivo y, con ello, al impulso de parte procesal en todos los aspectos implica que el ritmo de la actuación de la administración de justicia la definen las partes y no el juez.

Sin embargo, en el Estado constitucional tal posición no parece ser la más adecuada, sino que el juez debe tener facultades que para llevar adelante las actuaciones, pues otorgar tutela efectiva y concretar la seguridad jurídica es una obligación sustancial del Estado, por lo que una vez ingresado el proceso este trasciende las implicaciones de las partes, debido a la incidencia social: por una parte, la administración de justicia debe desarrollar sus actuaciones de forma óptima y eficaz; y, por otra la resolución de conflictos tiene carácter pacificador.

Claro está que la función del juez como garante del desarrollo procesal no debe ser malentendida. En lo fundamental, el juez ha de respetar la activación de la jurisdicción por las partes, así como el presupuesto de pretensión. Pero, una vez que un asunto ingresa al órgano jurisdiccional, el juez debe observar un papel activo y conductor del proceso, pues, cuando un asunto ingresa a los órganos de la Función Judicial, nace la obligación del Estado de proveer tutela efectiva y garantizar seguridad jurídica. Por lo tanto, el desarrollo del proceso no puede quedar sujeto a la voluntad de las partes.

En esa línea, el juez debe “[hacer] suya la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva; cumple un papel mucho más proactivo e investigativo, más comprometido en lograr la verdad procesal, tomando como puntos referenciales y obligados el ordenamiento jurídico y la realidad social; [...] con poder suficiente para disponer medidas de tutela urgente [...] reafirmando su voluntad de dar a cada uno su derecho en el momento oportuno”⁵. Con mucha razón, Couture advirtió, hace ya mucho tiempo, que “el juez no puede ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque la ley no tiene la posibilidad material de pronunciar todas las palabras del derecho; la ley procede sobre la base de ciertas simplificaciones esquemáticas y la vida presenta diariamente problemas que no han podido entrar en la imaginación del legislador” (Alvarado, 2009: 8)

La lectura sistemática de algunas disposiciones de la Constitución ecuatoriana lleva a esta conclusión: es deber primordial del Estado garantizar sin discriminación alguna el goce de los derechos (artículo 3.1); la interpretación que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos como principio de aplicación de las normas (artículo 11.5); el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos (artículo 11.9), la prohibición de indefensión (artículo 75), el sistema procesal como medio para la realización de la justicia (artículo 169); los principios pro ser humano, no restricción de derechos, aplicabilidad directa y cláusula abierta establecidos en la Constitución (artículo 417); la supremacía constitucional (artículos 424 y 425); y, sujeción de todas las personas, autoridades e instituciones a la Constitución (artículo 426). Cuestión parecida resulta de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Resulta imprescindible, además, tener en cuenta que la Constitución, el COFJ y la Ley Orgánica de la Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prohíben a los jueces abstenerse de emitir un pronunciamiento de fondo ante ausencia de ley.

Respecto de las normas del COFJ debe destacarse: el principio de supremacía constitucional por el cual los jueces deben aplicar las disposiciones constitucionales, sin necesidad de que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía (artículo 4). De su parte el artículo 129 determina las facultades y deberes genéricos de los jueces, en cuyo contexto resulta significativo lo previsto en el numeral 4, que autoriza a los jueces para: “Denegar de plano los pedidos maliciosos y rechazar los escritos y exposiciones injuriosas, ofensivas o provocativas, sin perjuicio de la respectiva sanción”.

⁵ Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, sentencia 020-10-SEP-CC, de 11 de mayo de 2010.

Ya en el ámbito de las facultades jurisdiccionales, el Código determina, en su artículo 130, las siguientes:

1. Cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes procesales en los juicios;
2. Velar por una eficiente aplicación de los principios procesales;
5. Velar por el pronto despacho de las causas de acuerdo con la ley;
8. Convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, si no han viciado al proceso de nulidad insanable ni han provocado indefensión;
9. Procurar la celeridad procesal, sancionando las maniobras dilatorias en que incurran las partes procesales o sus abogadas y abogados;
10. Ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad;
12. Rechazar liminarmente el pedido que reitera otro propuesto por cualquier litigante y por la misma razón, o cuando a pesar de fundarse en razón distinta, ésta pudo ser alegada al promoverse el petitorio anterior;
13. Rechazar oportuna y fundamentadamente las peticiones, pretensiones, excepciones, reconveniones, incidentes de cualquier clase, que se formulen dentro del juicio que conocen, con manifiesto abuso del derecho o evidente fraude a la ley, o con notorio propósito de retardar la resolución o su ejecución. Igualmente tienen el deber de rechazar de plano los escritos y exposiciones injuriosos, ofensivos o provocativos, sin perjuicio de la respectiva sanción;

Estas facultades concedidas a los jueces en el ámbito jurisdiccional tienen relación directa con una concepción del juez como garante del desarrollo procesal y se fundamentan en el principio de buena fe y lealtad procesal, que prevé el artículo 26 del COFJ.

Con la finalidad de garantizar una administración de justicia de calidad, ya en el año 2009 se promulgó una reforma para innovar los procesos en los que se encuentra ubicado uno de los grupos de atención prioritaria: niños, niñas y adolescentes. Las innovaciones son varias:

- 1) Se implementa como forma procesal predominante la oralidad.
- 2) Se estableció por primera vez, que los procesos de alimentos sean sustanciados en una audiencia única.
- 3) Se fijó la obligación del actor de anunciar las pruebas en la demanda inicial, reconociendo al demandado un período razonable para presentar sus pruebas,

las mismas que debían evacuarse en la audiencia única para efectivizar los principios de contradicción y concentración, así como la celeridad e inmediación.

- 4) Se concede amplias facultades a los jueces para garantizar el desarrollo del proceso, de forma oportuna y eficaz.

A la fecha, la Función Legislativa, a través de la Asamblea Nacional, se encuentra discutiendo el Proyecto de Código Orgánico General de Procesos, lo que llevará a una profunda reforma del sistema procesal en todas las áreas, con excepción de la procesal penal que ya ha experimentado un nuevo diseño con la entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal.

El proyecto en mención propone cuestiones de importancia trascendental para la calidad de la justicia:

- 1) Implementa el sistema procesal oral en todos los procesos.
- 2) Matiza de forma importante el principio dispositivo, determinando facultades jurisdiccionales de los jueces para garantizar el desarrollo procesal.
- 3) Establece la obligación del actor de anunciar las pruebas en la demanda.
- 4) Determina que las pruebas sean presentadas e introducidas al proceso en audiencia.
- 5) Simplifica los procedimientos.
- 6) Elimina la multiplicidad de procesos especiales existentes.
- 7) Fomenta una cultura de litigio responsable.

4.6. Concebir el proceso en su integridad y su desarrollo en un plazo razonable

El proceso debe ser entendido en su integridad, esto es, no solo en la dimensión de su ingreso al órgano jurisdiccional y obtención de una decisión de primera instancia, ni siquiera hasta que se agoten los recursos ordinarios y extraordinarios, sino cuando tenga efecto la ejecución de lo juzgado.

En esa línea, una justicia de calidad no debe agotarse en una decisión del órgano jurisdiccional, es decir, una justicia de calidad no ha de terminar en la obtención de una sentencia que alcance estado de cosa juzgada, sino en el cumplimiento efectivo de lo juzgado. No en vano la Constitución ecuatoriana –y la mayoría alrededor del

mundo— en su artículo 75, concibe a la ejecución de la sentencia dentro del derecho de tutela judicial efectiva. Y es que un proceso en el que se dicta sentencia y esta no llega a ejecutarse implicaría que “los derechos que en ella se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones y por tanto no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial”⁶.

Ahora bien, el proceso entendido integralmente ha de desarrollarse dentro de un plazo razonable. Uno de los principales problemas respecto de la configuración del plazo razonable radica en que, con frecuencia, se ha postulado respecto del proceso penal, tanto que ha llegado a pensarse que le es exclusivo, así como también que se trate de una cuestión establecida por un órgano jurisdiccional supranacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos) para determinar responsabilidad objetiva del Estado. No obstante, ha de recordarse que la tutela efectiva y la seguridad jurídica son deberes inherentes del Estado y, por lo tanto, los órganos de la administración de justicia se encuentran obligados a satisfacerlo en sus diferentes ámbitos. Es más, el plazo razonable está previsto taxativamente en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se encuentra determinado como una condición genérica de todo proceso, mas no exclusivamente del proceso penal.

Ahora bien, la doctrina del plazo razonable es matizable. De hecho, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, reiteradamente, la dificultad que presenta este concepto. Sin embargo, ha precisado algunos parámetros para determinar su eventual vulneración; así, en la sentencia del Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, señaló: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales⁷.

Estas cuestiones habían sido reiteradas en el caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*⁸, pero se añadió el requisito de afectación que genera la demora en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso, lo que sería reiterado en el caso *Kawas Fernández vs. Honduras*⁹.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Español (SSTC) 73/1991, de 8 de abril; también 144/2000, de 29 de mayo.

⁷ Corte IDH, *caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 29 de enero de 1997, párr. 77.

⁸ Corte IDH, *caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 27 de noviembre de 2008, párr. 154 y ss.

⁹ Corte IDH, *caso Kawas Fernández vs. Honduras*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 3 de abril de 2009, párr. 112 y ss.

Si bien las sentencias anteriormente dictadas están circunscritas al proceso penal, también se han dictado sentencias que corresponden al orden civil; uno de los más representativos, el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, que se refiere específicamente a un proceso de expropiación¹⁰.

En el Proyecto de Código Orgánico General de Procesos no solo se propone la unificación de los procesos, sino también la de las normas referentes a la ejecución, pues, hasta la actualidad, debido a la multiplicidad de procedimientos, la ejecución estaba prevista también en multiplicidad de procedimientos de ejecución.

4.7. Mecanismos de transparencia: publicidad del sistema de administración de justicia

Tradicionalmente, la mayor referencia de transparencia en la administración de justicia era el derecho a un juicio público; ello, fundamentalmente, porque se entendía que “la publicidad de las decisiones judiciales permite establecer si los jueces son probos, independientes e imparciales, si respetan el debido proceso en las causas a su cargo y si ayudan a consolidar la seguridad jurídica” (Rodríguez, 2003: 163-193). El derecho al juicio público fue producto de significativas reflexiones en forma predominante al ámbito penal; por ejemplo, en muchas decisiones el Tribunal Supremo de Estados Unidos se ha establecido que el juicio público asegura justicia a los acusados, mantiene la confianza de la sociedad en el sistema de justicia penal o que asegura que los jueces y fiscales cumplan sus obligaciones y responsabilidades.

Claro que en un Estado constitucional y en una sociedad democrática el juicio público es uno de los principios fundamentales; sin embargo, no solo el juicio debe ser público, sino que se requiere, además, que el sistema y las actuaciones sean públicas. De ello se deriva que, en la actualidad, no sólo se demande la existencia de juicios públicos, sino también mecanismos de transparencia judicial, en los que, además del juicio público, la sociedad pueda acceder a la información sobre los procedimientos de designación de los jueces, las decisiones administrativas, el presupuesto, entre otras cosas.

Cuando se habla de mecanismos de transparencia judicial, a fin de cuentas, se garantiza que la población, en general, tenga acceso no solo a las decisiones que toman

¹⁰ Corte IDH, *caso Salvador Chiriboga vs Ecuador*, sentencia de excepción preliminar y fondo, de 8 de mayo de 2008, párr. 56 y ss. También en el mismo caso, sentencia de reparaciones y costas, de 3 de marzo de 2011.

los jueces, sino que las autoridades mismas sean sometidas a la observación de los ciudadanos: no hay nada mejor que lo que se hace con transparencia, esto es, a los ojos de todos.

En el Ecuador, la Constitución reconoce la publicidad del proceso con las excepciones que señala la ley, como principio de la administración de justicia (artículo 168.5); al igual que el COFJ en su artículo 13.

Pero, más allá de que los procesos sean públicos, la Constitución ecuatoriana no solo que reconoce el derecho a acceder libremente a la información generada en entidades públicas (artículo 18.2 CRE), sino que también establece la acción constitucional de acceso a la información pública, mediante la cual cualquier juez puede garantizar el derecho de los ciudadanos a acceder a la información.

De su parte, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública determina que “El acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado” (artículo 1); concibe a la difusión de la información como un mecanismo de transparencia en la gestión administrativa (artículo 7) y establece disposiciones orientadas hacia la promoción del derecho (artículo 8). Determina la responsabilidad del titular de la entidad o representante legal para garantizar el acceso a la información pública, quien debe recibir las solicitudes y contestarlas en el plazo de 10 días, con una prórroga de 5 días (artículo 9). Se establece, también, la obligación de las entidades públicas de mantener registros públicos que permitan ejercer el derecho a plenitud (artículo 10).

En el Ecuador, la publicidad se lleva a cabo no solo en la sustanciación de los procesos, sino en múltiples cuestiones relacionadas con la administración de justicia: el trabajo de los jueces (autos, decretos) se ubican en un registro digital al que puede accederse mediante el uso del sistema informático desde cualquier lugar con conexión a Internet. Los jueces deben obligatoriamente subir las sentencias a este portal institucional.

También el sorteo de causas se hace mediante el sistema informático, de manera que se asegura el derecho al juez competente (artículo 76.7.k), así como la designación de los jueces en los órganos colegiados (Salas que conocen los recursos de apelación y casación). Las sentencias de la Corte Nacional de Justicia se publican en la Gaceta Judicial, así como también en el Registro Oficial, para el conocimiento de todos los ciudadanos.

Ya en otros ámbitos, pero relacionados con la administración de justicia, la designación de los jueces se hace mediante concursos públicos de merecimientos y oposición, con una fase de impugnación ciudadana que se difunde por los principales medios de comunicación para el conocimiento de la ciudadanía. Existe, también, la libertad de los medios de comunicación para transmitir noticias sobre los casos que se conocen en sede jurisdiccional, así como los jueces que los sustancian y resuelven. La Corte Nacional de Justicia, como máximo órgano de la justicia ordinaria, está obligada a rendir cuentas de su gestión, lo que se hace anualmente.

Bibliografía:

- Alvarado Velloso, Adolfo (2009). *Activismo y garantismo procesal*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Bentham, Jeremy (1971). *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: EJEA.
- Corte Suprema de la Nación Mexicana (2005). *La garantía de seguridad jurídica*. México: Comité Editorial CSJN.
- Davis Hechandía, Hernando (1984). *Teoría General del Proceso*. México: Editorial Cárdenas.
- Fioravanti, Maurizio (2007). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
- Fix-Zamudio, Héctor y Ramón Cossíos, José (1996). *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*. México: Fondo de Cultura Económica.
- García Manrique, Ricardo (2012). *El valor de la seguridad jurídica*. España: Iustel.
- Natarén Nandayapa, Carlos (2006). *La naturaleza de los derechos fundamentales de carácter procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM.
- Rawls, John (1971). *A Theory of justice*. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press.
- Rodríguez Villafañe, Miguel (2003). "La transparencia en el Poder Judicial de Argentina", *Reforma judicial*. En *Revista Mexicana de Justicia*, No. 2: 163-193. México: Universal Nacional Autónoma de México - UNAM-.
- Sanchís, Luis Prieto (2005). *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta.

Tajadura Tejada, Javier (2001 y 2002). “*Reflexiones en torno a la configuración de la justicia como servicio público*”. En Teoría y realidad constitucional 8-9. España: UNED.

Von Ihering, Rudolf (1880). *Études Complémentaires de l'Esprit de Droit Romain*. De la Faute en Droit Privé. París.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencia C-131/02.

Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición (2010). Sentencia 020-10-SEP-CC, 11 de mayo.

Corte Constitucional del Ecuador (2009). Sentencia No. 011-09-SEP-CC.

Corte Constitucional del Ecuador (2008). Sentencia No. 008-13-SEP-CC.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español también 144/2000, de 29 de mayo.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español (1991) (SSTC) 73/1991, de 8 de abril.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Caso Kawas Fernández vs. Honduras, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, de 3 de abril.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, sentencia de excepción preliminar y fondo, de 8 de mayo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, de 27 de noviembre.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997). Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, de 29 de enero.

Abreviaturas utilizadas:

CRE Constitución de la República del Ecuador

COFJ Código Orgánico de la Función Judicial

La oralidad en los procesos no penales: propuestas regionales y desafíos

Santiago Pereira Campos

*Profesor Titular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la
Universidad de Montevideo.
Profesor Titular en la Especialización en Derecho Procesal y Litigación de la
Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.
Miembro del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia para las
Américas (CEJA).
Profesor de Derecho Procesal en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay.*

1. Propósito

El presente trabajo tiene por objetivo analizar la experiencia de aplicación de la oralidad en Iberoamérica y, en especial, del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en el sistema uruguayo desde hace casi 25 años.

¿Cómo lograr una reforma sustentada en un proceso por audiencias que, a su vez, garantice una duración razonable de los litigios y una justicia de calidad?

Desafío complejo para el derecho procesal que no podrá superarse sin un enfoque multidisciplinario y multifactorial.

Nuestro análisis consta de dos grandes partes:

- a) En una primera parte, reseñaremos el estado de las reformas a la justicia no penal en Iberoamérica, sus principales lecciones aprendidas, desafíos y propuestas.
- b) En una segunda parte consideramos fundamentalmente la experiencia uruguaya en la reforma de la justicia civil, en aquellos aspectos relevantes que puedan ser de utilidad para los procesalistas, administradores judiciales, autoridades,

funcionarios y demás juristas de otros países, en que se estén analizando opciones para instrumentar cambios en el sistema procesal civil¹. Habremos además de incorporar experiencias de referencia en otros países.

2. Las reformas a la justicia civil en Iberoamérica

1. Implementadas en la mayoría de los países de Iberoamérica las reformas procesales penales, en los últimos 25 años se viene dando un proceso gradual y creciente de reforma de la justicia civil (en sentido amplio como procesos que se refieren a las materias no penales), que se ha visto sensiblemente incrementado en los últimos 5 años.

2. Los procesos de reforma tienen como antecedentes muy destacados el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (de aplicación práctica en Uruguay desde hace 25 años con la aprobación del Código General del Proceso) y la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000. Por otra parte, las soluciones de ambos sistemas son coincidentes en los aspectos esenciales. Ambos sistemas han influido, en mayor o menor medida, directa o indirectamente, en casi todos los procesos de reforma (sin perjuicio de otras fuentes como el modelo francés en casos puntuales, la normativa anglosajona o las reformas implementadas en los distintos países en los últimos años).

No obstante, debe señalarse que –sin renunciar a las soluciones esenciales de dichos antecedentes–, han pasado ya más de 25 años en el caso del Código Modelo y casi 15 años en el caso de la Ley de Enjuiciamiento Civil española y, por ende, se requiere innovar en ciertos aspectos a la luz de las lecciones aprendidas en la implementación de dichas normas y leyes posteriores. Ello queda demostrado, desde el punto de vista académico, con la labor que viene realizando nuestro Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal a efectos de realizar una revisión del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Se señala en el informe de la Comisión encargada de tal tarea (“Propuestas para las bases del nuevo Código Modelo de

¹ El desarrollo de la experiencia uruguaya se basa fundamentalmente en nuestras investigaciones plasmadas en el libro PEREIRA CAMPOS, S., “El Proceso Civil Ordinario por Audiencias” (Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 2008), que recopila la investigación que nos fue encomendada en el año 2007 por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Puede verse también en www.cejamericas.org.

Proceso Civil para Iberoamérica”): “la evolución de nuestra ciencia procesal unida a las nuevas realidades políticas, sociales, económicas y tecnológicas de nuestras naciones, que se imponen tan vertiginosa como globalmente, hacen que el proceso legislativo requiera de una permanente adaptación, a riesgo de una brutal obsolescencia y disociación con las necesidades ciudadanas, a cuya satisfacción se ordena instrumentalmente el derecho”.

3. Son pocos los procesos de reforma a la justicia civil que han sido diseñados e implementados con una **visión sistémica de política pública**. En general, han respondido o responden, la mayor parte de las veces, a esfuerzos académicos y/o políticos, sectoriales o aislados del enfoque sistémico e integral. Ello ha generado muchas dificultades de implementación que, en algunos casos fueron superadas pero, en otros, minaron las bases del cambio de paradigma necesario.

No obstante, se percibe, especialmente en los últimos cinco años, un cambio de enfoque de los diseñadores de las reformas, en cuanto a entender que se requieren visiones integrales y multidisciplinarias, con adecuados diagnósticos, diseños ajustados a la realidad y seguimiento permanente de los resultados.

4. Pueden distinguirse diversos **grados de avance en las reformas** procesales civiles (en sentido amplio) en Iberoamérica:

- a) Algunos países han introducido, desde hace ya algunos años, el proceso por audiencias de forma bastante generalizada (tal es el caso de Brasil, Perú, Uruguay y España, entre otros).
- b) Otros ordenamientos han realizado modificaciones parciales en su legislación, incorporando la oralidad en determinados tipos de procesos, como por ejemplo familia y laboral, por lo que ha sido menos frecuente la reforma de la justicia civil y/o comercial en sentido estricto (algunas provincias argentinas, Bolivia, Ecuador, Chile, Costa Rica, El Salvador, Venezuela, entre otros).
- c) En Colombia y Bolivia están entrando a regir nuevos códigos de procedimiento que prevén el proceso por audiencias. Algo similar ocurrirá en Brasil, en caso de aprobarse la reforma a estudio del Parlamento. Éstas serán experiencias de las que seguramente habremos de extraer lecciones muy útiles para toda Iberoamérica.
- d) En otros países no se ha logrado introducir el proceso por audiencias (por ejemplo, Paraguay) o su introducción ha sido muy parcial (caso de Cuba).

e) En muchos países existen anteproyectos o proyectos de ley con miras a la introducción del proceso por audiencias o a su extensión a otras materias (Ecuador, Guatemala, Paraguay, Chile, Brasil, Costa Rica, entre otros).

5. Las reformas han estado orientadas a la implantación de la oralidad mediante el **proceso por audiencias**, buscándose la inmediación como eje central para mejorar la calidad y celeridad de la respuesta jurisdiccional.

6. La **estructura más amplia** regulada en las reformas –asimilable al proceso ordinario– suele prever –luego de demanda y contestación generalmente escritas– dos audiencias: una “Preliminar” (o “Audiencia Previa”, “Audiencia de Saneamiento” o “Audiencia inicial”) y una “Complementaria” (o “Vista de causa”, “Audiencia de Juicio” o de “Instrucción y Juzgamiento”).

En general, en la primera audiencia se concentran actividades conciliatorias, de saneamiento, fijación del objeto del proceso y de la prueba, y ordenación de la prueba a diligenciarse. En la segunda audiencia se suele diligenciar la prueba, realizar las alegaciones finales y, en la medida de lo posible, el dictado de la sentencia.

En caso de reformas específicas en materias que requieren mayor urgencia (como laboral o familia) o en caso de la regulación de procesos abreviados o extraordinarios, suele preverse una sola audiencia que se celebra luego de la demanda y contestación generalmente escritas (aunque hay casos de actos de proposición orales).

7. Los procesos por audiencias que se han implementado, suelen estar diseñados sobre la base de la **doble instancia** (primera instancia generalmente ante tribunal unipersonal y segunda instancia ante tribunal unipersonal o colegiado, según los casos), dejándose de lado, en la mayoría de los países, la idea del proceso por audiencias en instancia única ante tribunal colegiado.

8. La oralidad en sí misma es ineficiente si no está acompañada de una efectiva **inmediación** (para lo cual deben diseñarse los incentivos adecuados). Por otra parte, la oralidad no es siempre la mejor solución para todas las estructuras procesales o para todas las etapas del proceso (así, por ejemplo, no tiene sentido en el proceso monitorio cuando no se oponen defensas y no parece ser la mejor forma para la demanda y la contestación, salvo casos excepcionales).

9. Uno de los principales focos de las reformas de los últimos años ha sido pasar de la declaración programática a la búsqueda de **efectivizar los principios**

procesales orientadores de las mismas y, especialmente, del principio de inmediatez, siempre proclamado pero tan pocas veces concretado en la práctica en los sistemas anteriores.

Para lograrlo, se han utilizado diversos diseños generalmente enfocados en incentivar la presencia del juez, las partes y los abogados en las audiencias.

En cuanto al juez, la solución que se percibe como más eficiente de acuerdo a las experiencias en varios países, es disponer la nulidad absoluta de las audiencias que se celebren sin su presencia, sin perjuicio de su responsabilidad funcional.

En cuanto a las partes, han sido eficientes las regulaciones que incentivan la presencia personal en las audiencias de las personas físicas o naturales, salvo motivo fundado (al menos en las fases esenciales). Asimismo, son frecuentes las soluciones que sancionan de diversa forma la no comparecencia injustificada de las partes o sus representantes a las audiencias.

10. En cuanto al **rol del juez**, –y más allá de las conocidas polémicas doctrinarias– se destaca una tendencia mayoritaria en las reformas procesales a asignarle el papel de director del proceso, especialmente relevante en las audiencias (buscándose abandonar la figura del juez “espectador” del proceso escrito).

El elenco más o menos amplio de poderes-deberes que las leyes le asignan al juez, suele mantener –en la mayor parte de los países–, un adecuado equilibrio con los derechos de las partes, el principio de congruencia y la regla de que los hechos sobre los que el juez puede actuar son los que las partes alegan y controvierten en el proceso.

Se destaca asimismo que, en la práctica, en muchos países los jueces utilizan muchos de estos poderes en casos muy excepcionales y en forma por demás mesurada. Sin embargo, en casos excepcionales, se señalan ciertos abusos o excesos.

En ciertos procesos especiales (como los laborales o de familia, niñez y adolescentes) suelen incentivarse las potestades del juez.

11. Se percibe una tendencia a la **asistencia letrada obligatoria** (preceptivo asesoramiento del abogado en la realización de los actos procesales) en muchos de los procesos por audiencias en los países relevados, sin perjuicio de exceptuarse

determinados casos atendiendo a razones territoriales, cuantitativas o a la materia de la cuestión en debate.

12. Si bien en el proceso por audiencias el rol y la forma de actuación del abogado son esencialmente distintos que en el proceso escrito, en muchos países se da cuenta de las dificultades para lograr el necesario cambio cultural en las prácticas.

Los abogados siguen actuando en el proceso por audiencias bajo los paradigmas del proceso escrito, desaprovechándose así las ventajas que concede la inmediación.

Por otra parte, en la mayoría de los países, la educación universitaria no desarrolla ni incentiva las destrezas esenciales en litigación oral en los estudiantes de abogacía. Es por ello esencial el rol que le cabe a la educación universitaria y a las escuelas judiciales en la modernización de los sistemas de justicia.

13. En tanto el proceso ordinario en doble instancia se ha consolidado en casi todos los países, para preservar lo más posible la inmediación, en algunos casos se establece la posibilidad de celebrar **audiencias ante el tribunal de alzada** que entiende en la resolución del recurso, para garantizar el contacto personal del tribunal con los elementos subjetivos y objetivos del proceso.

14. La obtención, en la medida de lo posible, de prueba de alta calidad para resolver los procesos, es una cuestión que no había sido planteada como prioritaria en las reformas procesales civiles de fines del siglo pasado. No obstante, dada la importancia del tema, y a la luz de las lecciones aprendidas con más de 20 años de aplicación en algunos países de los procesos por audiencias, actualmente se le está comenzando a dar relevancia al punto en el diseño de las políticas públicas de justicia.

Para ello, la manera en que se diligencian las pruebas debe implicar la aplicación de los principios de oralidad e inmediación. Se constata la necesidad de establecer mecanismos que permitan el diligenciamiento o producción eficiente de la prueba en audiencia, para lo cual, es necesario prever interrogatorios libres, contraexamen de pruebas y un sistema pericial eficiente, eliminándose –salvo en casos muy excepcionales– la prueba legal o tasada, propiciándose la valoración de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Por otra parte, cuando no hay inmediatez entre la producción de la prueba y la decisión judicial, se perjudica el resultado de la prueba. Máxime cuando esa prueba es recogida en un acta escrita sin contarse con otro tipo de registros (audio y video).

15. Con muchas diferencias de matices, la mayor parte de los sistemas procesales en los que se prevé el proceso por audiencias, admite la interposición de **recursos** (medios impugnativos) contra las decisiones adoptadas en el transcurso de las audiencias. En relación a las providencias de trámite se destaca la interposición y resolución en la propia audiencia de un recurso simple (llamado “reposición” en el Código Modelo). En relación a las sentencias o autos interlocutorios, cuando además se admite la apelación ante el tribunal superior, la llamada apelación con efecto “diferido” ha resultado un instrumento muy eficiente en tanto su interposición (o “anuncio”, según el sistema de que se trate) no suspende el proceso y, generalmente, se fundamenta *a posteriori* en caso de apelarse la sentencia definitiva.

16. En los países que han implementado reformas ha sido generalmente difícil el cambio cultural de “desprenderse” del expediente. En efecto, el **“mito del expediente”** conduce a que muchos procesos por audiencias se terminen transformando en procesos escritos, en tanto se registra en papel todo lo sucedido en las mismas.

Ello implica que los partícipes de la audiencia están más pendientes de lo que se consigna en el acta que de lo que ocurre en la audiencia; más que producir información en un escenario de inmediación, se generan actas escritas que se incorporan a un expediente, sobre la base del cual el caso será resuelto en el futuro. Debemos ser enfáticos en cuanto a que la audiencia es un medio para que el juez construya su decisión con la mayor información posible y con la máxima calidad de la misma; no para construir un expediente.

17. La **registración de la actividad** desarrollada en las audiencias se destaca como una cuestión relevante en la implementación de las reformas y se vuelve más patente ante la generalización de la segunda instancia en los procesos por audiencias.

Gradualmente se va incorporando en nuestros países el registro en audio o video de las audiencias, sin perjuicio de poderse mantener el acta resumida para el registro de los asistentes y las decisiones tomadas. La utilización de las tecnologías favorece también a combatir el “mito del expediente” mencionado.

18. Los recursos económicos limitados para atender las necesidades de infraestructura y de jueces, la sobrecarga de trabajo, las dificultades de cambio cultural y en muchos casos el poco interés político para colocar en la agenda pública las reformas no penales, han sido señalados como **impedimentos para avanzar en las reformas a la justicia civil.**

Es cierto que se requiere tener espacios físicos apropiados (aunque no se requieren grandes salas ni demasiada infraestructura funcional) y que la relación entre el número de jueces y la cantidad de casos debe ser adecuada, pero también debe señalarse que en algunos países se han implementado reformas con recursos escasos que han implicado logros y avances cuando se le dio prioridad a la capacitación y designación de nuevos jueces.

19. En los últimos años se ha incrementado sensiblemente, en los diversos países, el interés y la inversión en cuestiones de **gestión judicial**, aún cuando no se hayan implementado reformas procesales.

Cuando se diseña una reforma procesal, sabido es que la ley procesal es tan sólo uno de los elementos de un sistema complejo e integrado que debe crear condiciones estructurales más efectivas, repensando la gestión del Poder Judicial.

20. En cuanto a la **duración de los procesos**, la primera constatación que se hace es la falta de información estadística confiable en los poderes judiciales de varios países.

En segundo lugar, se da cuenta de que, en general, en aquellos países que han realizado reformas abandonándose el proceso escrito e incorporando el proceso por audiencias, se ha producido una mejora sensible en los tiempos del proceso.

Sin embargo, los resultados no suelen ser tan buenos como se proyectaron al diseñar las reformas. Los países con mejores resultados en sus procesos ordinarios oscilan en una duración de entre 6 y 8 meses para la primera instancia en los procesos civiles y comerciales y tiempos en algunos casos un poco más abreviados para los procesos de familia y laborales.

Los tiempos de la ejecución de las sentencias incumplidas es un “drama” en casi todos los países de Iberoamérica.

Cabría preguntarnos qué debe entenderse hoy como tiempo razonable de duración promedio de un proceso civil en nuestros países cuando se implementa un proceso por audiencias. En nuestra opinión, considerando la realidad americana y europea, y la información recabada, un proceso ordinario que insumiera promedialmente entre 6 y 9 meses en primera instancia sería un logro difícil pero posible. En segunda instancia, puede hablarse de una duración promedio de entre 3 y 5 meses. En los

procesos extraordinarios la duración debiera ser inferior y el proceso monitorio sin oposición de defensas podría resolverse en el lapso de 30 días (si no se regula vía internet, en cuyo caso los plazos pueden abatirse sensiblemente). Ahora bien, lo impactante de la situación, es que estos tiempos de duración que a muchos de nosotros pueden resultarnos aceptables (o incluso excelentes) no se adecuan a las expectativas de los litigantes de nuestro tiempo (fundamentalmente de áreas urbanas), acostumbrados al acceso tecnológico y a la respuesta inmediata. Ese es otro desafío del derecho procesal, pero que escapa al alcance de este trabajo.

Cabe señalar, en cualquier caso, que si bien se ha avanzado, una cosa es obtener buenos resultados en la duración de los procesos y, otra cosa, muy distinta y de gran relevancia también, es obtener buenos resultados en la calidad de las sentencias dictadas como solución jurisdiccional de los litigios (lo cual además es de muy difícil medición).

21. Si bien las **propuestas** formuladas por los relatores nacionales con base en las experiencias de cada país tienen diversos enfoques, se advierte la existencia de importantes coincidencias, a las que se suman aquí algunas propuestas del relator general.

- a) La reforma al sistema de justicia requiere un tratamiento integral, sistémico y multidisciplinario encarado como política pública².
- b) La modernización de la justicia civil no puede omitir el análisis de la organización judicial con la que cuenta el país (tribunales, competencias, sistema de ascensos y carrera judicial, etc.), y los recursos humanos y materiales existen-

² Un plan sistémico e integral de reforma a la justicia civil, debe: a) Contar con una metodología que permita un diseño e implementación que garantice la efectiva incorporación de los elementos centrales de la reforma. b) Realizar un relevamiento de la situación, de modo de obtener información fiable que permita un adecuado diseño de la reforma. c) Diseñar de modo integral y sistemático los cambios necesarios, propendiendo a la participación ciudadana. d) Definir los mecanismos requeridos para la implementación adecuada de la reforma, considerando las necesidades ciudadanas. e) Diseñar una transformación normativa que incorpore las herramientas legales necesarias para la implementación de los cambios requeridos. f) Diseñar la adecuación organizacional necesaria para que los distintos operadores del sistema de justicia civil puedan implementar los cambios establecidos. g) Establecer herramientas apropiadas para la adopción de los cambios por los distintos actores del sistema de justicia con metas e indicadores claros y eficientes. h) Definir los mecanismos de implementación. i) Apropiar los recursos requeridos para la implementación (gradual o inmediata). j) Establecer procedimientos de monitoreo y evaluación. k) Establecer mecanismos apropiados para realizar los ajustes requeridos a la reforma en su proceso de implementación considerando las metas y los indicadores predefinidos.

tes (jueces, funcionarios, oficinas, equipamiento, tecnología, etc.) para operativizar cualquier cambio.

- c) Se requiere de una definición en el sentido de si resulta conveniente que las pretensiones de las materias no penales se tramiten por las mismas estructuras procesales (con algunas regulaciones puntuales para las materias que lo requieran) o si es necesario el dictado de leyes o códigos procesales distintos atendiendo a las diferentes materias (civil, comercial, laboral, familia, menores, etc.).
- d) El modelo procesal debe contemplar los principios y las nuevas estructuras procesales adecuadas para la satisfacción de los derechos sustanciales. El proceso por audiencias y el proceso monitorio son las estructuras más atractivas, coordinados con un sistema de justicia de pequeñas causas o vecinal sencillo y accesible y una adecuada solución para los procesos colectivos, sin olvidar el “drama” del proceso de ejecución que azota nuestros países (obtener una sentencia es lento, ejecutarla es casi imposible). Resulta conveniente que la o las estructuras procesales a regularse sean sencillas y que el proceso tipo ordinario ser desarrolle en lo posible en dos audiencias (si el caso es sencillo o la pretensión urgente en una sola audiencia), como se establece en el Código Modelo para Iberoamérica y en el modelo español. Ello, no obstante, incluirse las disposiciones que sean necesarias atendiendo a la particularidad de la materia objeto del proceso (familia, laboral, niños y adolescentes, agraria, etc.) si se mantiene un sistema de Código General, o regularse tales particularidades previendo procesos especiales (generalmente previstos en leyes o códigos también especiales).
- e) Establecer un modelo de gestión que incluya las nuevas tecnologías de la información en los distintos actos del proceso. Debe plantearse la nueva organización y gestión de los despachos judiciales, asumiendo los cambios organizacionales y procesales, y los recursos que ellos demanden.
- f) Extender el empleo de instrumentos de audio y video para registrar las actuaciones realizadas en las audiencias.
- g) Propender a una adecuada formación de los operadores jurídicos para el desarrollo de destrezas en litigación oral. Un adecuado plan de capacitación previo, concomitante y permanente con todos los operadores jurídicos y de los ciudadanos en general permite realizar el paso de la realidad anterior al nuevo modelo de justicia.
- h) Fomentar un cambio cultural tendiente a superar la figura del juez inquisitivo o del juez mero espectador, evolucionando a la de director del proceso, con pleno respeto de los derechos esenciales de las partes.

- i) Darle especial relevancia no sólo al diseño, sino también a la implementación de las reformas (la mayoría de ellas naufragan en esta etapa) y hacer un seguimiento y monitoreo de su funcionamiento, dando espacio a ajustes y mejoras.
- j) Regular un adecuado seguimiento de los procesos basados en estadísticas y en un monitoreo de la actividad de los tribunales.
- k) La satisfacción plena de los estándares del debido proceso no será posible sin la existencia de mecanismos alternos de solución de conflictos que proveen simultáneamente soluciones rápidas y autocompuestas de estricta calidad.
- l) La justicia civil modernizada debe contar con sistemas adecuados de asistencia jurídica a los ciudadanos, que garanticen una igualdad procesal efectiva.

3. Las reformas a la justicia civil en Uruguay

La reforma uruguaya resulta de indudable interés en el contexto iberoamericano para cualquier país que analice alternativas para modernizar su proceso civil. En efecto, el Código General del Proceso ha introducido desde 1989 la oralidad y la inmediación en los procesos civiles, comerciales, de familia, etc., con indudable repercusión en el contexto internacional.

Al haber transcurrido casi 25 años de aplicación de la reforma en Uruguay, resulta de especial interés reseñar los aspectos centrales de la misma y realizar un relevamiento de sus resultados, con el propósito de proyectar la experiencia a otros países.

El sistema procesal civil uruguayo sigue el modelo diseñado por la más calificada doctrina procesal iberoamericana que, en el marco del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, elaboró luego de décadas de estudios y debates el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (Código Modelo), del cual el Código General del Proceso (CGP) uruguayo toma los aspectos medulares.

Pero también es cierto que en los últimos treinta años, la doctrina procesal ha tenido importantes avances, que son respuestas a los nuevos desafíos, lo que ha llevado al Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal a formular en las Jornadas de Santiago de Chile (2010) la pregunta “¿Cómo redactaríamos hoy el Código Modelo?”. Ello pone de manifiesto la necesidad de permanente evaluación y eventual ajuste de las soluciones adoptadas en nuestras leyes y las formas de gestión de

nuestros sistemas de justicia. Resulta por ello especialmente importante señalar que en agosto de 2013, comenzó a regir en Uruguay una reforma del Código General del Proceso a través de la ley 19.090 que tuvo por objeto introducir ajustes, correcciones e innovaciones al sistema, sin afectar sus lineamientos generales.

Con el objetivo mencionado, el presente trabajo contiene una breve descripción teórica del modelo procesal civil uruguayo y reseña el estudio empírico del funcionamiento concreto de las audiencias.

Se pretende así ilustrar sobre los logros obtenidos con la reforma, recoger la ya larga experiencia de Uruguay en la materia y detectar los problemas concretos que se han generado con la introducción de la oralidad, tanto desde el punto de vista operativo como de las prácticas de los sujetos del proceso (juez, partes, abogados, testigos, etc.).

En definitiva, expondremos luces y sombras de una reforma de la cual podamos extraer insumos en pos de un proceso por audiencias de duración razonable: oralidad y celeridad debidamente ensambladas y articuladas.

4. Características del proceso civil uruguayo antes de la reforma

Hasta la entrada en vigencia del Código General del Proceso en el año 1989, el proceso civil en Uruguay padecía de todos los males del proceso heredado de la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil Española y, por ende, no lograba satisfacer los derechos sustanciales en juego. El Código de Procedimiento Civil que regía, sancionado en 1877, si bien tuvo reformas parciales en sucesivas leyes que importaron algunos avances, no lograron acelerar sensiblemente los procesos ni generar un cambio de actitud de los operadores del sistema de justicia. Las características principales del viejo sistema se enumeran a continuación:

a) Proceso lento, escrito, formal y burocrático

En palabras de Couture, el nuestro era un proceso “desesperadamente escrito”, que insumía un tiempo desmesurado. Las formas se habían transformado en un fin en sí mismas y no en un instrumento al servicio de los derechos sustanciales. La “burocratización” del proceso se había instalado en las oficinas, donde el expediente se transformaba en el centro del proceso, olvidándose muchas veces el real sentido sustancial del objeto litigioso.

La excesiva duración de los procesos afectaba gravemente la imagen del sistema judicial ante la opinión pública. Sentencias jurídicamente magistrales de nuestros jueces, carecían de valor práctico, porque el estado de cosas del día de la demanda ya había desaparecido el día de la cosa juzgada.

Un proceso ordinario duraba más de 3 años en primera instancia y un año y medio en segunda instancia.

b) El juez mero espectador

Las etapas de proposición e instrucción del proceso se desarrollaban sin la participación inmediata del juez, quien en los hechos recién tomaba pleno conocimiento del caso al momento de dictar sentencia definitiva.

c) Ausencia de inmediación

El rol prescindente del juez implicaba que no tenía contacto ni con las partes ni con sus abogados ni con los testigos y peritos. Se perdía, por ende, la necesaria interacción de la cual suelen emanar conciliaciones, el juez no percibía titubeos, gestos, ni repreguntaba a los testigos, peritos y partes. Las partes no estaban constreñidas a asistir a las audiencias y, por tanto, el proceso era cuestión sólo de los abogados.

d) Multiplicidad injustificada de estructuras

Cada objeto tenía su proceso; cada proceso su estructura y sus plazos. La mayor parte de las diferencias carecían de justificación real y sólo tornaban más complejo el ejercicio de la judicatura y la abogacía, constituyendo un verdadero incentivo para la interposición de dilatorias y la alegación de nulidades, alejándose el proceso de su función instrumental al servicio de los derechos sustantivos.

e) Falta de publicidad

Al ser un proceso escrito y burocrático, de hecho se había transformado en reservado. Los litigantes y la comunidad no tenían acceso a lo que ocurría en el proceso, quedándose, por ende, limitado al conocimiento de los letrados que carecían del necesario contralor de sus clientes. El juez era una figura desconocida para las partes, generándose desconfianza en el sistema.

f) Delegación de funciones jurisdiccionales

Como consecuencia de la ausencia de sanciones legales previstas para los jueces por no tomar las audiencias, escudados en el exceso de trabajo, delegaban en sus funcionarios la recepción de declaraciones de testigos, el interrogatorio de las partes y las inspecciones judiciales.

g) Infraestructura y recursos humanos insuficientes y gestión ineficiente

A las deficiencias normativas se agregaban notorias carencias de infraestructura edilicia y, en lo fundamental, el número de jueces era absolutamente insuficiente para absorber de manera eficaz el volumen creciente de asuntos sometidos a su resolución. A ello se sumaba una gestión claramente ineficiente.

5. Principales metas de la reforma

En las reformas procesales iniciadas en Iberoamérica existe una gran coincidencia en lo que hace a las metas y objetivos buscados.

En el caso de Uruguay, los principales objetivos de la reforma fueron los siguientes:

- Revertir el alto grado de ineficiencia por la demora en la resolución de los conflictos: lograr un proceso de duración razonable.
- Simplificar y reducir el número de las estructuras procesales y sus trámites.
- Un Código Procesal que tuviera vocación general, abarcando el mayor número de materias no penales.
- Lograr el contacto directo del juez con las partes y la prueba: proceso por audiencias.
- Convertir al juez en verdadero director del proceso respetando siempre el marco de los hechos alegados y controvertidos y el principio del debido proceso.
- Moralizar el proceso evitando conductas desleales y dilatorias.
- Priorizar lo sustancial sobre lo formal: que las formas –siempre necesarias para garantizar el debido proceso– sean instrumentales al derecho sustantivo.
- Priorizar la autocomposición del litigio.

- Lograr la eficacia del proceso de modo que todo sujeto de derecho tenga acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones.

6. El proceso de reforma

La definición de una adecuada estrategia de reforma es clave en cualquier proceso de cambio.

Ello requiere considerar los diversos aspectos del problema con un enfoque planificado, innovador, multidisciplinario y efectivo.

En el caso de Uruguay, la estrategia debió definirse con recursos muy limitados, pero fue eficiente por su pragmatismo.

6.1. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica como base esencial

En Iberoamérica, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal ha desarrollado, desde la década del sesenta, una proficua labor para dotar a los países del área de instrumentos procesales modernos y adecuados, adelantándose a los procesos de integración regional.

Los profesores Vescovi, Gelsi y Torello, con el aporte de los más distinguidos procesalistas del mundo, fueron los autores del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, el cual suministra bases para la uniformización de los sistemas procesales y que ha servido también de base para las reformas procesales culminadas o en trámite en algunas provincias argentinas, Perú, Paraguay, Colombia, Guatemala, El Salvador, Honduras, Chile, etc.

Por ello es este Código Modelo la fuente inmediata principal del CGP. Ello le atribuye aún mayor trascendencia a la reforma procesal civil uruguaya en el concierto internacional, por cuanto no se trata de un modelo “uruguayo”, sino de la implantación en Uruguay de un modelo construido y aprobado por la más destacada doctrina procesal internacional, al que se le respetaron todos sus principios y estructuras fundamentales, incorporándole tan solo algunos cambios para adaptarlo a la realidad nacional.

6.2. Capacitación y difusión

En tanto el nuevo Código confiere al tribunal un rol esencial como director del proceso y, específicamente, de las audiencias, resultó clave en el proceso de reforma capacitar a los magistrados que habrían de actuar.

Sin perjuicio de otros muchos esfuerzos de difusión que existieron, fue de singular importancia la creación de la Escuela Judicial (hoy denominada Centro de Estudios Judiciales del Uruguay –CEJU–) a fines de 1987.

La tarea prioritaria fue capacitar en las técnicas del nuevo proceso a los nuevos jueces que necesariamente habría que designar al entrar en vigencia el CGP. Todo ello, sin perjuicio de una intensa actividad curricular mediante cursos directamente vinculados con la práctica forense, poniéndose especial énfasis en las reglas y técnicas del nuevo proceso por audiencias. De estos cursos fueron destinatarios los jueces nuevos y los ya designados.

Las actividades de capacitación y difusión no se limitaron, en el proceso de reforma, a los jueces, sino que abarcaron abogados, estudiantes, fiscales, funcionarios judiciales, notarios, etc.

6.3. Participación de los distintos operadores

Mediante las actividades de capacitación y difusión mencionadas se recibieron aportes de todos los interesados que sirvieron para mejorar el proyecto de ley en algunos casos, para despejar dudas en otros, y fundamentalmente para alejar temores y pronósticos apocalípticos que algunos anunciaron.

6.4. Aprobación legislativa consensuada

La iniciativa reformista no habría tenido éxito si no hubiera contado con el apoyo de la totalidad de los partidos políticos. Los actores de la vida política percibieron con más claridad que los propios operadores judiciales la impostergable necesidad de adecuar las instituciones e instrumentos judiciales a los cambios sociales y económicos.

6.5. Adecuación de la infraestructura y aumento del número de jueces

Para la puesta en marcha del nuevo sistema se designaron más de 100 jueces que, previa capacitación, se dedicaron a tramitar los procesos por el nuevo régimen. Se selecciono además a los jueces más aptos en la nueva técnica, de entre los magistrados

de carrera, para desempeñar funciones en los Juzgados de la Capital que se crearon para comenzar a conocer en el nuevo régimen procesal, a quienes no se les asignó el conocimiento de procesos pendientes.

Los nuevos magistrados –a pesar de su juventud e inexperiencia– fueron un pilar esencial de la reforma. En tanto habían sido cuidadosamente seleccionados y capacitados en el Centro de Estudios Judiciales en el nuevo sistema procesal y no estaban influenciados por los “vicios” del anterior sistema desesperadamente escrito, fueron una de las claves del cambio.

Asimismo, se aportaron soluciones a los problemas infraestructurales y funcionales que la vigencia del nuevo sistema sin duda habría de plantear, especialmente en cuanto a la organización de la transición de un régimen a otro.

Si bien los recursos económicos eran sumamente escasos, se adecuaron los locales y el equipamiento a los requisitos básicos de un proceso por audiencias. Como contrapartida, no fue necesario aumentar de modo significativo el número de funcionarios de apoyo de la oficina, atendiéndose más sedes judiciales con el mismo número de funcionarios ya existente.

7. Caracteres generales del Código General del Proceso (CGP) uruguayo

El CGP entró en vigencia en Uruguay en 1989 y sus principales caracteres generales son los siguientes:

- a) Alcanza a todas las materias no penales con algunas excepciones especialmente reguladas. El nuevo proceso por audiencias se aplica a las materias civil, comercial, familia, arrendamientos, tributario, contencioso de reparación patrimonial contra el Estado, inconstitucionalidad de la ley, etc. Se mantienen los regímenes anteriormente vigentes en algunas materias específicas como anulación de actos administrativos, procesos aduaneros, amparo, etc.
- b) Se produce una gran simplificación de estructuras procesales. El CGP regula básicamente tres estructuras procesales: la ordinaria, la extraordinaria y la monitoria. Por ellas se tramitan casi todas las pretensiones³. En el presente trabajo nos centraremos fundamentalmente en el proceso ordinario.

³ Sin perjuicio, se prevén otras estructuras que, por su especialidad, justifican peculiaridades relevantes (procesos preliminares, cautelar, inconstitucionalidad de la ley, sucesorio, incapacidad, etc.).

- c) La estructura procesal tipo es la de un proceso por audiencias. No se trata de un proceso oral en su concepción pura, sino que combina las virtudes de la escritura para los actos de proposición (demanda, contestación, reconvencción, etc.) con las ventajas de los actos orales para la conciliación, saneamiento y prueba. Por ende:
- Los actos de proposición, sentencias y recursos son escritos.
 - Los actos de conciliación, probatorios, saneamiento, etc. son orales (con registro en acta resumida)
- d) El juez se constituye en el verdadero director del proceso, abandonando su anterior rol pasivo, en el cual se limitaba a dictar la sentencia.
- e) Se asegura eficazmente la vigencia plena del principio de inmediación, que se constituye en uno de los pilares esenciales de la reforma.
- f) Se asegura de principio la doble instancia, salvo hipótesis excepcionales.

8. Los principios procesales consagrados y su adecuada efectivización

8.1. Consideraciones generales

En materia de principios procesales, el CGP sigue idénticos criterios y soluciones que el Código Procesal Modelo para Iberoamérica. Los principios procesales tienen carácter normativo en tanto resultan consagrados en las propias normas y, lo que resulta esencial, se efectivizan adecuadamente⁴. Es en la regulación de los mecanismos legales para efectivizar los principios procesales donde el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (que el CGP uruguayo sigue fielmente) se constituye en una obra sabia y magnífica.

⁴ En efecto, de nada sirven las declaraciones programáticas de principios procesales si la propia ley no prevé los mecanismos eficaces que garanticen su vigencia y sancionen a quienes los infrinjan. El estudio de los mecanismos legales para garantizar la efectiva aplicación de los principios fundamentales del proceso por audiencias pone el acento en lo que debe ser el centro de las reformas procesales. Quedaron ya en el pasado los debates acerca de cuáles principios deben regir el proceso moderno, ya que existen sobre el tema amplias coincidencias. Ahora la clave está en profundizar sobre los mecanismos que la ley debe prever para que los principios procesales dejen de ser meros postulados programáticos y se transformen en herramientas decisivas para que el proceso haga efectivos los derechos sustanciales.

Todo la normativa procesal se enmarca en el nuevo Código en un postulado fundamental expresamente consagrado: “el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales”, destacándose así la vocación instrumental y de servicio del derecho procesal, que sólo tiene sentido en tanto logre efectivizar los derechos sustantivos.

Lograr un proceso por audiencias de duración razonable requiere de principios procesales efectivos, eficientes y debidamente desarrollados.

Los principales principios procesales consagrados y adecuadamente garantizados son los siguientes⁵:

- Inmediación
- Economía (especialmente en su manifestación de celeridad)
- Concentración y eventualidad
- Buena fe, lealtad y veracidad
- Dispositivo
- Dirección del proceso por el tribunal
- Publicidad
- Igualdad procesal real
- Debido proceso legal

8.2. Principio de inmediación

El principio de inmediación, por su interdependencia con los demás principios, es el pilar esencial de la reforma. Implica la comunicación personal del juez

⁵ Nos hemos basado en los siguientes trabajos de doctrina que son en este punto ampliamente compartidos por la jurisprudencia nacional: VESCOVI, E., DE HEGEDUS, S., KLETT, S., LANDEIRA, R., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., “Código General del Proceso - Comentado, Anotado y Concordado”, t. 1, Editorial Abaco, ps. 37 a 246; PEREIRA CAMPOS, S., “Fines y Funciones de los Principios Procesales”, Revista del Centro de Estudiantes de Derecho (CED) N° 6, “El principio de publicidad en el Código General del Proceso”, en la Revista Uruguaya de Derecho Procesal N° 1/92; “Alcance y límites del impulso procesal de oficio en el Código General del Proceso”, publicado en la Revista del Centro de Estudiantes de Derecho (CED) N° 9; “El principio de moralidad y el deber de veracidad en el Código General del Proceso”, publicado en “Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart”, FCU, 1999.

con las partes y el contacto directo de aquél con los actos de adquisición, fundamentalmente de las pruebas, como instrumento para llegar a una íntima cognición de los intereses en juego a través del proceso y de su objeto litigioso⁶.

En Uruguay, las virtudes de la inmediación y de un papel activo del tribunal en el proceso como un valor fundamental son ampliamente aceptadas. Se destaca que para que la inmediación tenga pleno vigor, el juez debe asumir en la audiencia un rol de director, actuando con mesura y razonabilidad, cuidando en todo momento su imparcialidad⁷. Sus condiciones personales resultan de mucha mayor trascendencia que en un proceso donde no rige la inmediación. Debe conocer las técnicas de negociación y conciliación que se han desarrollado en relación al proceso por audiencias, y sentirse protagonista de una labor fundamental para la sociedad, que requiere de grandes esfuerzos.

La inmediación significa sacrificio no sólo para los jueces sino también para los abogados, porque exige un conocimiento completo y constante del asunto controvertido. La inmediación requiere mutua colaboración entre los abogados y para con el juez, en esa obra en común que es cada audiencia y el proceso todo. Sin esta interacción esencial fundada en la buena fe, la inmediación deja de ser tal.

El CGP uruguayo consagra el principio de inmediación, en el proceso “por audiencias”. Regula un sistema procesal en el que, luego de la demanda y contestación escritas, las partes y el juez se reúnen. En audiencia, frente a frente, los litigantes y sus abogados, con la presencia e intervención activa del juez como director, se trata de llegar prioritariamente a una conciliación total o parcial y, en su defecto, se realiza el debate y se fijan los puntos en disputa de manera clara y concreta. Se hacen efectivos así los principios procesales fundamentales y, especialmente, se garantiza la inmediación. Se trata de un proceso que realizan efectivamente y en su conjunto,

⁶ No obstante la estrecha vinculación entre oralidad e inmediación, ambos conceptos pueden diferenciarse. La oralidad es un tipo procesal y se refiere al medio de expresión que se utiliza en el proceso. El principio de inmediación se refiere a la forma en que el juez asimila o toma contacto con el material de conocimiento y con los intervinientes en el mismo.

⁷ La situación que actualmente viven muchos sistemas judiciales y que padecía Uruguay hasta la entrada en vigencia del CGP implicaba la irrestricta delegación de funciones para todos los casos, con lo cual el justiciable no tenía nunca contacto con el juez que dictó la sentencia en su causa, perdiéndose por ello confiabilidad y respeto por la administración de justicia. Los testigos y peritos declaraban frente a un funcionario que no conocía el fondo del asunto y que se limitaba a registrar, dentro de lo posible, lo manifestado.

sus tres principales sujetos (las partes y el juez), juntos con los auxiliares y sujetos complementarios, obteniendo así un efectivo acercamiento a la realidad concreta que forma el objeto sustantivo del proceso, concentrándose sus actuaciones. La sede del tribunal deja de ser el lugar en donde se presentan y se intercambian escritos para formar el expediente y se transforma en el lugar donde se hace el proceso con la presencia de sus protagonistas esenciales.

La implementación del sistema por audiencias –esquema mixto, porque se mantiene la expresión escrita en los actos postulatorios e impugnativos, en general– sigue representado el programa medular de la reforma de la justicia. Es el único método que asegura la virtualidad y operatividad de los principios cardinales del proceso: intermediación, concentración, celeridad, economía, buena fe, publicidad y desacralización de las formas procesales, insita en la oralidad, así como de identidad del juez que asume las pruebas y decide las causas. Ello se complementa con la ampliación de los poderes del juez, sobre todo en materia probatoria (siempre en el marco de los hechos alegados y controvertidos por las partes), y su facultad de valorar dicha prueba, conforme con las reglas racionales de la sana crítica.

Pero, sin duda, lo más trascendente es que el CGP –al igual que el Código Modelo– establece los siguientes mecanismos para garantizar efectivamente que el principio de intermediación se cumpla a cabalidad:

- a) Se le confieren al tribunal poderes-deberes que le permiten ser el verdadero director del proceso, sin perjuicio de la inquebrantable vigencia del derecho de defensa de las partes.
- b) Se sanciona con nulidad absoluta todo lo actuado en las audiencias que se celebren sin la presencia del juez, sin perjuicio de la responsabilidad funcional en la que pueda incurrir éste por no asumir la dirección de la audiencia.
- c) Se prevé la identidad entre el juez que toma las audiencias de un proceso y el que dicta la correspondiente sentencia (la regla tiene excepciones).
- d) Es preceptiva la presencia personal de las partes personas físicas en la audiencia preliminar (las personas jurídicas y los incapaces obviamente comparecen por representante), salvo motivo fundado.
- e) Se sanciona al actor con el desistimiento de la pretensión cuando, injustificadamente, no comparece a la audiencia preliminar, salvo que se tratare de derechos indisponibles.

- f) Se sanciona al demandado con la admisión de los hechos alegados por el actor cuando injustificadamente no comparece a la audiencia preliminar, salvo que se trate de derechos indisponibles.
- g) Se sanciona con una presunción desfavorable (relativa) a la parte que injustificadamente no comparece a la audiencia complementaria, a la audiencia de conciliación previa o a otras audiencias del proceso.
- h) Se dispone la indelegabilidad de la función jurisdiccional que implica que, de principio, la oficina sólo podrá realizar actividades de apoyo material (oficios, notificaciones, embargos, etc.) pero de manera alguna actos procesales que sustraigan al decisor del conocimiento y participación directa en toda la secuencia procedimental de la causa (audiencias, resoluciones, actos de producción de prueba, etc.).
- i) Se regula la recepción de prueba en audiencia.

Nuestros jueces, teniendo en cuenta el rigor de las sanciones por violaciones al principio de inmediación, han hecho un uso ponderado y razonable de las facultades de conceder prórrogas de las audiencias en caso de que la parte justifique fundadamente los motivos de su no comparecencia.

Para que en un proceso por audiencias pueda lograrse la celeridad, es indispensable la adecuada definición del rol del juez como director del proceso, asumiendo funciones proactivas en pos de la eliminación de las demoras improductivas que se dan en los litigios, pero siempre cuidando no afectar las garantías indispensables de las partes.

8.3. Principio de economía (celeridad)

Si bien el principio de economía tiene múltiples manifestaciones (economía de esfuerzos y economía de dinero), sin lugar a dudas lo más trascendente es obtener la celeridad de los procesos (economía de tiempo).

Y es aquí donde está la clave de la pregunta que queremos responder acerca de la mejor manera de compatibilizar proceso por audiencias con celeridad.

La agilización de los procedimientos con el fin de lograr un proceso de duración razonable constituye uno de los desafíos centrales del derecho procesal desde siempre.

Para garantizar la celeridad, el CGP, regula varios instrumentos:

- a) Los plazos son perentorios e improrrogables, sin perjuicio de la facultad de las partes de acordar la suspensión de los mismos.
- b) Se consagra el impulso procesal de oficio, según el cual, una vez iniciado el proceso (para lo cual rige el principio dispositivo), el tribunal deberá impulsar el proceso evitando su paralización.
- c) Se prevé el principio de las audiencias continuas.
- d) Se elimina la realización de actos innecesarios, tales como reiteración de vistas y traslados (ya desde muchos años antes se había eliminado la réplica y la dúplica).
- e) Se regula en la audiencia preliminar el despacho saneador, una resolución judicial a través de la cual el proceso se ve depurado de nulidades, dilatorias y excepciones previas, pasándose de allí, en más, a debatir sobre el objeto de fondo del juicio.
- f) Se prevén plazos breves para el dictado de autos y sentencias.
- g) Se consagra un régimen eficiente de notificaciones, que se construye sobre los siguientes pilares:
 - i. La notificación a domicilio es excepcional.
 - ii. Todas las resoluciones dictadas en la audiencia quedan notificadas a quienes asistieron y a quienes si bien no asistieron, debieron haberlo hecho.
 - iii. Se prevé un régimen de notificaciones fictas imponiéndose la carga de asistencia de los abogados a las oficinas.
 - iv. Se regulan las notificaciones electrónicas de gran resultado en su implementación.
 - v. Las nulidades son excepcionales en materia de notificaciones, de manera que rige el principio de finalismo.
- h) Se restringen las nulidades a las estrictamente necesarias, siempre y cuando exista perjuicio, quien las alega no las haya subsanado o haya contribuido a causarlas y siempre y cuando el acto, aunque irregular, no haya cumplido su finalidad.
- i) Carácter no suspensivo de los incidentes.

- j) En el régimen impugnativo se hace hincapié en mecanismos de aceleración procesal, como son la apelación con efecto diferido y no suspensivo, la interposición o el anuncio de recursos en audiencia, etc.
- k) Las diligencias para mejor proveer son excepcionalísimas y tienen limitado el plazo por el cual suspenden el proceso.
- l) Cuando la pretensión presenta un alto grado de fehaciencia inicial, simplicidad y/o baja probabilidad de oposición (cheques, vales, letras de cambio, contratos inscriptos, etc.), se permite la tramitación del proceso por la vía monitoria, constituyéndose éste en un mecanismo de enorme utilidad para obtener una sentencia de inmediato, sin perjuicio de la eventual impugnación mediante la interposición de excepciones.

8.4. Principios de concentración y eventualidad

Se reúnen en un mismo acto todas las diligencias procesales que sean necesarias y se puedan realizar. Ello se garantiza, entre otros, a través de los siguientes instrumentos:

- a) Presentación y/u ofrecimiento de toda la prueba con los escritos de demanda y contestación, reconvención, contestación a ésta y a las excepciones.
- b) Si frente a la demanda, el demandado adopta más de una actitud, deberá hacerlo en forma conjunta.
- c) Contenido múltiple de la audiencia preliminar y la audiencia complementaria.

8.5. Principios de buena fe, lealtad y veracidad

Se establece que la conducta del juez, partes, representantes, abogados y demás partícipes debe adecuarse a la dignidad de la justicia, lealtad y buena fe. Y ello también es clave para compatibilizar oralidad y celeridad.

Los mecanismos regulados a tales efectos en el CGP, han resultado claramente exitosos, mejorándose sensiblemente con respecto al régimen anterior. Los instrumentos previstos son los siguientes:

- a) El tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria, disponiendo para ello de poderes-deberes.

- b) Presentación de la demanda y contestación con toda la prueba de que se dispone, adjuntando los documentos que obran en poder de la parte, intimando la entrega de los que obren en poder de la contraparte o terceros y proporcionando todos los elementos de los demás medios de prueba de los que la parte habrá de servirse (datos de testigos y objeto de su declaración, objeto de la pericia, objeto de la inspección judicial o la reconstrucción, etc.). De este modo, se impone a las partes la carga de anticipar en la demanda y en la contestación toda la prueba que se intenta producir, evitando ocultamientos y maniobras.
- c) Se prevé el deber de veracidad al establecerse como requisito de todo acto procesal que habrá de ser realizado con veracidad y buena fe y tener por causa un interés legítimo.
- d) Se prevé el deber de colaboración de los sujetos procesales en la realización de los actos del proceso. Específicamente, en materia probatoria se refuerza el deber de colaboración de las partes y de los terceros, regulándose consecuencias desfavorables para quienes no cumplan el referido deber.
- e) Se otorgan al tribunal poderes-deberes para rechazar la prueba inadmisibles, inconducente, impertinente o innecesaria, las pretensiones manifiestamente improponibles u ostensiblemente infundadas, para dirigir el proceso con plena autoridad, evitando la dilación y para aplicar sanciones a quienes lo obstaculicen indebidamente.
- f) Se desestimulan las impugnaciones meramente dilatorias, acordando, de principio, efecto no suspensivo a la apelación de sentencias interlocutorias, admitiendo la ejecución provisoria de la sentencia de condena apelada y negando efectos suspensivos a los recursos de casación y revisión. Se prevé para varios supuestos la apelación con efecto diferido que también desalienta la impugnación infundada de las resoluciones.
- g) Se sanciona al demandado debidamente emplazado que no contesta la demanda con la admisión de los hechos alegados por el actor (rebeldía del demandado)
- h) Se sanciona al demandado que contesta la demanda en forma evasiva o reticente con la admisión de los hechos alegados por el actor respecto de los cuales se es evasivo o reticente.
- i) La publicidad del proceso –debidamente garantizada- y la presencia permanente del juez en las audiencias, también desalientan al litigante malicioso que debe “dar la cara” frente al juez, a su cliente y al colega que asiste a la contraparte.

- j) Se prevé el efecto no suspensivo de los incidentes.
- k) Se consagra un poder cautelar genérico del tribunal para asegurar la efectividad de la sentencia, así como la admisión de la imposición de sanciones pecuniarias conminativas.

8.6. Principio dispositivo

El nuevo proceso continúa siendo predominantemente dispositivo. Las partes mantienen la disposición de sus derechos desde la iniciación hasta la culminación del proceso en forma independiente a la voluntad judicial. Ello, sin perjuicio del necesario rol de director que en el proceso moderno debe atribuírsele al tribunal.

Por ende, se establece, como regla, que solamente los interesados tienen la facultad de iniciar el proceso, de aportar los hechos (material fáctico sustento de sus pretensiones) y delimitar el objeto de la litis, siendo además los principales encargados de aportar la prueba para acreditar los hechos alegados y controvertidos.

Como otro derivado del principio dispositivo, se establece el principio de congruencia o de conformidad del fallo con las pretensiones constitutivas del objeto del proceso, de manera que el juez no puede fallar ni fuera ni más allá de lo pedido, ni dejar de decidir sobre algo de lo propuesto.

Las partes tienen la facultad de disponer del proceso, salvo que se trate de derechos irrenunciables.

Sin perjuicio del principio dispositivo, para asegurar la eficacia del proceso y su aptitud como instrumento para lograr la solución de justicia al caso concreto, se atemperan las consecuencias extremas del mismo, confiriéndole al juez un protagonismo fundamental como director del proceso.

8.7. Principio de dirección del proceso por el tribunal

El juez, sin vulnerar el principio dispositivo, se convierte en un partícipe activo del proceso con su presencia y el ejercicio de los poderes-deberes asignados por el CGP.

La dirección del proceso se confía por ley al tribunal y se consagra el principio del impulso procesal a cargo del mismo, quien deberá tomar de oficio las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible.

Este rol adquiere relevancia principal en sede de iniciativa probatoria, aunque **siempre dentro del marco fáctico proporcionado por las partes**. Además, se asigna al tribunal un rol importante como facilitador en la definición del objeto del proceso en la audiencia preliminar. El juez dispone, asimismo, de poderes-deberes en materia de control de los presupuestos procesales, la dirección del proceso, y la prevención y relevamiento de nulidades.

El papel del tribunal, como verdadero director del proceso, se garantiza adecuadamente, mediante la atribución por ley de los siguientes poderes–deberes:

- a) Para rechazar liminarmente la demanda, cuando fuere manifiestamente improponible, cuando carezca de los requisitos formales exigidos por la ley o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y éste haya vencido.
- b) Para relevar de oficio las excepciones de incompetencia absoluta, litispendencia, falta de representación, la incapacidad declarada del actor o su representante, la caducidad, la cosa juzgada y la transacción.
- c) Para dar al proceso el trámite que legalmente corresponda, cuando el requerido aparezca equivocado.
- d) Para rechazar *in limine* la intervención de terceros cuando la petición carezca de los requisitos exigidos.
- e) Para rechazar *in limine* los incidentes que reiteren otros ya propuestos por la misma causa o cuando, a pesar de fundarse en causa distinta, ésta haya podido alegarse al promoverse uno anterior.
- f) Para declarar de oficio y de plano las nulidades absolutas e insubsanables y para disponer las diligencias que persiguen evitar dichas nulidades.
- g) Para imponer a los procuradores y abogados sanciones disciplinarias y multas en los casos previstos legalmente, así como para dirigir el proceso e imponer sanciones a quienes observen conducta incompatible con la dignidad y decoro de la justicia⁸.
- h) En materia de prueba, sin desmedro del principio dispositivo, se faculta al juez:
 - i. Para ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de los hechos controvertidos (el juez no puede, por ende, alterar el marco fáctico del proceso), respetando el derecho de defensa de las partes.

⁸ En la práctica estas sanciones se aplican sólo en casos excepcionalísimos y particularmente graves.

- ii. Para disponer, en cualquier momento, la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito.
- iii. Para rechazar las pruebas inadmisibles, así como las manifiestamente inconducentes, impertinentes e innecesarias.

Es deber del tribunal emplear las facultades y poderes que le concede el Código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes, por lo que incurre en responsabilidad por la omisión en el cumplimiento de estos deberes.

En cuanto al alcance del poder-deber atribuido al juez para la averiguación de la verdad, se ha consolidado en Uruguay la interpretación de que tal poder-deber se limita a los hechos alegados por las partes. Nadie discute que el proceso civil sigue siendo predominantemente dispositivo, aún con el incremento de los poderes-deberes del tribunal. En efecto, el material de hecho del proceso lo proporcionan únicamente las partes, quienes disponen de la iniciación del proceso o su extinción total o parcial y excluyen, al no mediar controversia, determinados fundamentos de hecho del objeto del proceso. El juez no podría incursionar ni invocar en sustento de su decisión cuestiones de hecho no alegadas por las partes en sus escritos de proposición, al hallarse limitada su iniciativa probatoria a los hechos alegados y controvertidos por las partes.

El aumento de los poderes-deberes del juez ha demostrado ser un instrumento muy eficaz para la búsqueda de la verdad material de los hechos de la causa y la concreción de una solución de justicia en la sentencia.

En ningún caso se altera la imparcialidad del juez, que es una exigencia esencial de la jurisdicción, por disponer de los poderes-deberes analizados. No debe olvidarse que una cosa es la imparcialidad –siempre imprescindible– y otra, muy distinta, la neutralidad del juez –que lo hace mero espectador prescindente– que en nada colabora proactivamente en la dilucidación del proceso. La posición activa del órgano judicial respecto a las pruebas no es incompatible con su imparcialidad, en tanto el derecho de defensa se preserva íntegramente.

En Uruguay, como habremos de desarrollarlo más adelante, los jueces han hecho un ejercicio moderado y adecuado de tales instrumentos, sin afectar su imparcialidad, ni el principio de igualdad de las partes y su derecho de defensa en juicio.

8.8. Principio de publicidad

Se establece expresamente el principio de la publicidad de los expedientes y de las audiencias, con la excepción de aquellos casos en que el tribunal disponga la reserva de las actuaciones por razones de seguridad, de moral o en protección de la seguridad de alguna de las partes.

La vigencia del principio se garantiza consagrando:

- a) La publicidad de las **audiencias**⁹.
- b) La publicidad del **expediente** judicial.

8.9. Principio de igualdad procesal real

Se establece expresamente el principio de igualdad, que deberá mantener el tribunal, buscando propender a una igualdad real por sobre la formal. Esto es:

- a) Igualdad de alegaciones, defensas y pruebas para las partes en el proceso.
- b) Libre acceso a la justicia tanto para solicitar la protección de un derecho como para defenderse ante un reclamo que se le efectúe.
- c) Bilateralidad de los actos procesales.
- d) Consideración de especialidades en materias de carácter social, tales como los procesos de familia, incapaces, etc.
- e) Consagración de soluciones para que el acceso a la justicia no se vea coartado por razones económicas.

9. Las estructuras procesales

9.1. Consideraciones generales

El diseño de las estructuras procesales es otro punto clave en la articulación del proceso por audiencias con la celeridad.

⁹ Aunque en la práctica en las audiencias de los procesos civiles la presencia de público en general es excepcional, el sólo hecho de que puedan asistir ya resulta relevante. Es bastante habitual que estudiantes de derecho o personas vinculadas a las partes asistan y su sola presencia constituye una garantía adicional. Ello sin perjuicio del esencial control que significa para los abogados la presencia en audiencia de sus propios clientes, quienes pueden medir aún en términos de sentido común la actuación de los letrados y el estudio que éstos hayan hecho de sus causas.

El CGP —que sigue al Código Modelo— procuró la reducción de los tipos procesales a los mínimos indispensables. Así, para el proceso de conocimiento consagró fundamentalmente tres estructuras¹⁰:

- El proceso ordinario
- El proceso extraordinario¹¹
- El proceso monitorio¹²

¹⁰ Ello sin perjuicio de regularse por trámites propios el proceso sucesorio, amparo, incapacidad, inconstitucionalidad, etc. El CGP contiene obviamente provisiones especiales para los procesos preliminares, cautelares y de ejecución, pero que no se apartan relevantemente de los principios y estructuras básicas. Por otra parte, el Código hace referencia a los procesos llamados “sociales” (agrarios, de familia y menores) respecto de los cuales, si bien se tramitan por las estructuras básicas, se admite la modificación de la pretensión en la audiencia preliminar cuando resulte manifiestamente que, por carencias de información o de asesoramiento, se ha incurrido en omisiones en relación a derechos que asisten a las partes. En estos casos, el tribunal otorgará a la contraparte oportunidades para la adecuada contestación, pudiendo, a tales efectos, prorrogar la audiencia, si las nuevas cuestiones son de hecho y no fuere posible controvertirlas sin previa información.

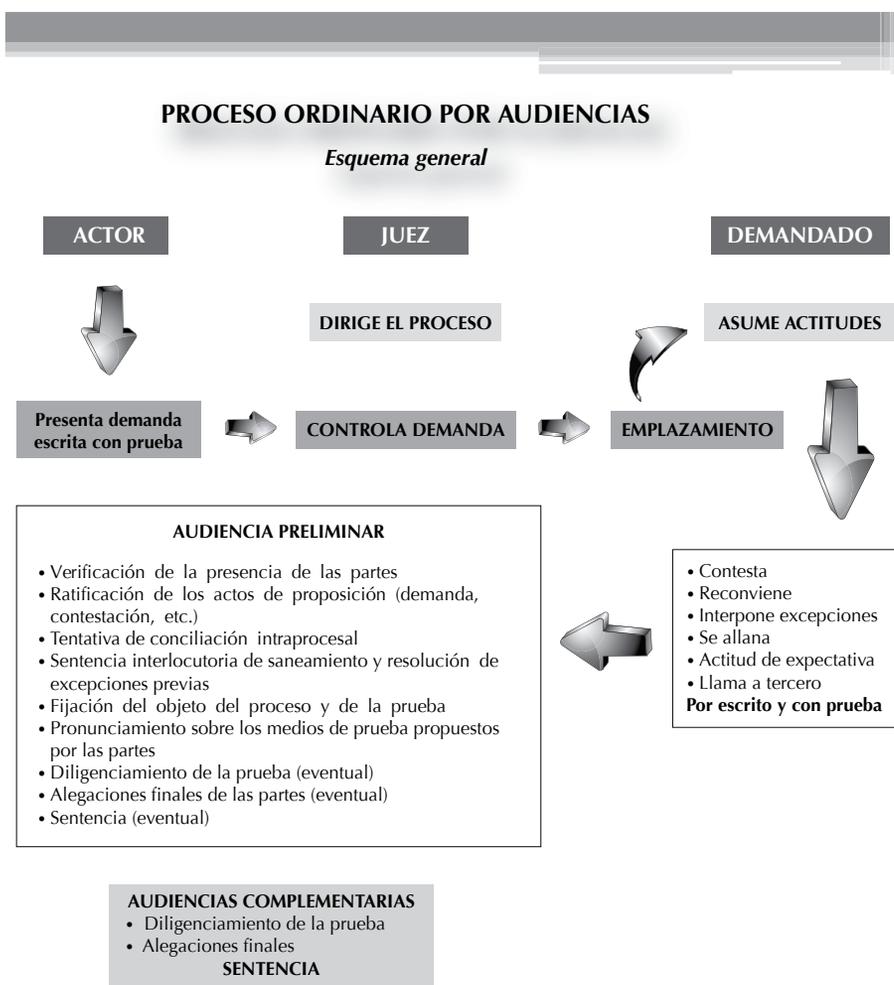
¹¹ El proceso extraordinario solamente se aplica para el tratamiento de pretensiones especialmente previstas (alimentos, posesorio, etc.) y se diferencia del ordinario en que el procedimiento, tras la etapa de proposición escrita, se concentra en una sola audiencia. Dado que para celebrarse esa única audiencia es necesario antes diligenciar la prueba que no se producirá en la misma, el proceso extraordinario no ha dado buenos resultados de agilización procesal, comparado con el proceso ordinario. Muchos autores, preconizan por ende la eliminación de la estructura extraordinaria dados los excelentes resultados de las estructuras ordinaria y monitoria, que tornarían aquella innecesaria.

¹² El proceso de estructura monitoria es de larga tradición en Uruguay, regulándose ya en el viejo Código. El CGP tan sólo adapta esa estructura al proceso por audiencias. Desde siempre, la regulación de esta estructura procesal ha constituido un factor fundamental de agilización de los procesos, fundamentalmente en lo que refiere al cobro de documentos comerciales (vales, cheques, letras de cambio). La vía monitoria se reserva para ciertas pretensiones dotadas *ab initio* de una fuerte presunción de fundabilidad, fehaciencia o certeza (monitorio documental). Los casos en que procede el proceso monitorio están enumerados taxativamente en la ley: procesos ejecutivos (cobro de cantidad de dinero líquida y exigible que surge de un documento), de desalojo, de entrega de la cosa, de entrega efectiva de la herencia, resolución en cumplimiento del pacto comisorio, escrituración forzada cuando se solicita el cumplimiento de una promesa inscrita de enajenación de inmuebles o casa de comercio, divorcio en casos excepcionales, etc. El proceso monitorio es un proceso de conocimiento (no de ejecución) que se caracteriza por su estructura abreviada y por el hecho de que la sentencia sobre el fondo se dicta sin escuchar al demandado pero la misma queda condicionada a que, una vez notificada, éste no la impugne mediante la interposición de excepciones (defensas). Una vez presentada la demanda, el juez realiza un control estricto de los requisitos de admisibilidad y fundabilidad de la pretensión que emergen de la prueba documental aportada por el actor. Si entiende que la demanda es fundada y admisible dicta sentencia sobre el fondo, citando de excepciones al demandado. Si el demandado no interpone defensas, la sentencia inicial pasa en autoridad de cosa juzgada y es susceptible de ejecución (a través del correspondiente proceso de ejecución). Si el accionado opone excepciones, se instaura el contradictorio y se convoca a audiencia con el contenido previsto para la audiencia preliminar del juicio ordinario. El proceso monitorio presupone generalmente que la demanda tiene un grado alto de fehaciencia inicial (habitualmente

La regla es el proceso ordinario, previéndose que por la estructura del proceso extraordinario o del monitorio se tramitarán exclusivamente determinadas pretensiones específicamente establecidas en la ley.

9.2. El proceso ordinario

La estructura del proceso ordinario surge del siguiente cuadro:



se requiere un documento que pruebe la obligación en forma clara) y que, por ende, la probabilidad de oposición del demandado sea baja. La estructura monitoria ha funcionado en la práctica con gran eficacia y celeridad, sin afectar las garantías del debido proceso legal y del ejercicio adecuado del derecho de defensa en juicio. En la mayoría de los casos el demandado no presenta excepciones, de modo que culmina el proceso en un promedio de tres meses.

Corresponde aplicar en Uruguay, en la mayor parte de los casos y para la tramitación de la mayor parte de las pretensiones, la estructura del proceso ordinario precedente.

Dicha estructura, sintéticamente, es la siguiente:

- Tentativa de conciliación previa ante los Jueces de Conciliación (en Montevideo) o ante los Jueces de Paz (en el interior)¹³.
- Demanda escrita con prueba
- Emplazamiento
- Posibles actitudes del demandado (dentro de 30 días corridos):
 - i. Contestación escrita con prueba
 - ii. Contesta y opone por escrito excepciones previas, con prueba
 - iii. Contesta y/o opone excepciones y/o reconviene, por escrito, con prueba

Excepcionalmente puede el demandado allanarse a la demanda, asumir actitud de expectativa, o incluso no contestar, verificándose la rebeldía (cada una de estas actitudes tiene previstas consecuencias en la ley).

- Si hubo oposición de excepciones previas, traslado al actor para su contestación por escrito.
- Si hubo reconvenición, traslado al actor para su contestación por escrito.
- Audiencia preliminar (acto complejo y fundamental del nuevo proceso cuyo contenido se desarrolla en el siguiente punto).
- Audiencia complementaria. En ella se diligencia la prueba y, al finalizar, se realizan los alegatos de las partes.
- Sentencia.

En caso de apelación de la sentencia definitiva se abre la segunda instancia. La sentencia de segunda instancia puede ser eventualmente objeto del recurso de casación en los casos en que la ley lo habilita.

¹³ Los juicios ordinarios civiles requieren del cumplimiento de una fase de conciliación previa a su iniciación, ante jueces distintos de los que habrán de entender en el proceso principal, sin perjuicio de la posterior tentativa de conciliación intraprocesal que también deberá cumplirse por parte de los jueces del proceso ordinario.

9.3. La audiencia preliminar como centro de la reforma procesal

La audiencia preliminar del proceso ordinario bajo la dirección del tribunal es, en el nuevo sistema procesal, el acto procesal complejo más importante, en el cual se plasman y efectivizan de modo óptimo los principios procesales consagrados en el CGP. En efecto, lo esencial del proceso es que la inmediación opera a través de audiencias, donde impera el esquema dialogal entre las partes, asistidas por sus abogados y el juez.

En el CGP uruguayo la audiencia preliminar es el pivó del sistema. Allí se comienza con tentar la conciliación (intraprocesal) por el juez, se realiza el saneamiento del proceso y se fija el objeto del proceso y de la prueba así como los medios de prueba a diligenciarse.

Por ello el CGP prioriza, como vimos al analizar el principio de inmediación, el deber de comparecencia del juez, y la carga de comparecencia de las partes y sus abogados, imponiendo drásticas sanciones a su inobservancia.

El contenido complejo de la audiencia preliminar (principio de concentración), puede resumirse del siguiente modo:

- a) Verificación de las comparecencias de los sujetos procesales a efectos de determinar la eventual aplicación de las consecuencias legales.
- b) Ratificación de los actos escritos de demanda y contestación (y eventualmente reconvenición y/o excepciones previas y sus respectivos escritos de contestación), aclaración de sus términos si resultaren dudosos, alegación y ofrecimiento probatorio de hechos nuevos.
- c) Tentativa de conciliación en forma total o parcial.
Esta fase de conciliación intraprocesal se realiza conociendo ya los jueces el material fáctico involucrado en el objeto del proceso, en mérito al estudio de los escritos de demanda y contestación.
- d) Recepción de prueba sobre las excepciones previas, si ello fuera necesario.
- e) Dictado de sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso (despacho saneador): se resuelven las excepciones previas, se relevan las nulidades denunciadas o advertidas por el juez de oficio, y todas las demás cuestiones que obstan a la decisión de mérito, incluyendo la improponibilidad de la demanda y la legitimación en la causa cuando sean manifiestas (patentes, evidentes) y

por ende definibles al comienzo del litigio. De este modo, en la audiencia preliminar el proceso queda saneado, encaminándose en más a resolver la cuestión de fondo central.

- f) Dictado de sentencia interlocutoria a través de la cual se fija el objeto del proceso y de la prueba, sobre la base de los aspectos que queden controvertidos tras la etapa de proposición escrita, y luego de la actividad de las partes y del juez en la conciliación. De este modo, con la intervención del juez en diálogo con las partes y sus abogados, se esclarece el objeto del proceso y de la prueba, que en rigor es fijado por las partes en las pretensiones originales, lográndose de tal manera ubicar el conflicto en sus términos reales.
- g) Dictado de sentencia interlocutoria pronunciándose el tribunal respecto de los medios de prueba propuestos por las partes, admitiendo o desestimando los mismos.
- h) Si fuere posible, la prueba ofrecida se diligencia en la propia audiencia preliminar que, en consecuencia, tiene aptitud potencial para transformarse en única, escuchándose los alegatos de las partes, dictándose luego la sentencia. Ello en la práctica es excepcionalísimo.

Si ello no fuere posible, se señalará audiencia complementaria, para la producción de las pruebas que no se recibieron en la preliminar, alegatos de las partes y sentencia.

Lo actuado en las audiencias se documenta en forma resumida. En la práctica se han desvanecido parte de los temores que tal forma de registro planteaba a priori, y no se han planteado mayores problemas al respecto, pues la experiencia indica que los jueces o sus auxiliares documentan, en general, en forma acertada la audiencia, recogiendo las observaciones de las partes a los efectos de asegurar la fidelidad del resumen. No obstante, crece la necesidad de realizar el registro en audio y video de las audiencias, lo cual a la fecha no se ha logrado implementar.

10. Resultados del relevamiento empírico del funcionamiento del proceso civil por audiencias en Uruguay

Los resultados de la reforma de la justicia civil en Uruguay operada en 1989 con la implantación del Código General del Proceso, que recoge la solución propiciada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, son altamente positivos.

En efecto, la vigencia del CGP durante más de dos décadas ha generado cambios que pueden calificarse de esenciales en la forma de hacer justicia en Uruguay, mejorándose en calidad, transparencia y celeridad.

No obstante, aún quedan muchas cosas por mejorar y perfeccionar en ese camino permanente de relevamiento, diagnóstico, ajustes y evaluación que supone toda reforma procesal.

Las conclusiones que se exponen a continuación surgen principalmente del relevamiento empírico realizado en Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil de Montevideo en el año 2007¹⁴, de entrevistas y encuestas a jueces y abogados y de información estadística del Poder Judicial, a lo que sumamos información posterior relevada.

10.1. Reforma general del sistema de justicia no penal

Se ha alcanzado una reforma “general” del sistema, en tanto han quedado comprendidas casi todas las materias no penales (civil, comercial, familia, contencioso administrativo de reparación, arrendamientos, tributario, etc.¹⁵).

10.2. Mejora del servicio de justicia

Los operadores jurídicos todos son **contestes** en destacar la **eficacia del nuevo régimen procesal**, que ha significado una **notable mejora del servicio de justicia en las áreas no penales** (la reforma penal es una materia pendiente en Uruguay).

10.3. Simplificación de las estructuras procesales

Se ha obtenido una verdadera **simplificación de las estructuras procesales**, reduciéndose el número de las mismas y eliminándose etapas superfluas o reiteradas.

¹⁴ En dicha investigación solicitada por CEJA, el objeto de relevamiento fueron las audiencias correspondientes a procesos civiles ordinarios de primera instancia. El período de relevamiento fue de 1 mes. Los Juzgados relevados fueron 8 Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil (JLC) de la ciudad de Montevideo. La metodología consistió en la observación de cada una de las audiencias por un relevador que completa el formulario de relevamiento elaborado previamente. La investigación está publicada en www.cejamericas.org.

¹⁵ La L. 18.572 de 2009 y su modificativa alteró este principio de unidad al regular un nuevo proceso laboral autónomo, desgajado del CGP, lo que ha recibido duras críticas de la doctrina procesal.

La simplicidad se obtiene al limitar el número de tipos de procesos a su mínimo indispensable. Luego, la simplicidad se verifica dentro de cada estructura procesal, al eliminarse actos innecesarios y actuar los principios de intermediación y concentración, fundamentalmente en la audiencia que funciona como elemento central del proceso.

10.4. Reducción sustancial de la duración de los procesos

Se ha logrado en forma clara la aceleración de los procesos judiciales. El resultado fue realmente revolucionario en cuanto a la duración de los procesos civiles ordinarios, que en visión general y promedial, se ha reducido a la mitad en comparación con la duración de los procesos judiciales antes de la reforma.

No obstante, los excelentes resultados obtenidos durante los primeros 10 años de aplicación del CGP en materia de reducción de duración de los procesos, se han visto empañados en los últimos años, en los cuales, a pesar de mantenerse en general una carga razonable de trabajo de los juzgados, los procesos han incrementado su tiempo de duración en la **primera instancia**. En efecto, frente a los 10 a 12 meses que duraban los procesos de primera instancia en los primeros tiempos de aplicación de la reforma, en algunas materias se ha extendido actualmente el promedio a 14 meses¹⁶. Las razones de tal incremento en la duración de los procesos son atribuibles fundamentalmente a problemas de gestión y compromiso de los protagonistas del sistema de justicia y no a la norma procesal.

La duración de la **segunda instancia**, en cambio, sigue una tendencia constante a la disminución de su duración (no supera promedialmente los 5 meses).

Por otra parte, más de la mitad de los asuntos estrictamente civiles se tramitan en procesos de **estructura monitoria**, cuya duración promedio aproximada es de 3 meses.

10.5. Número de jueces

Se ha superado la tradicional insuficiencia de jueces sobrecargados de asuntos que no podían resolver en plazo razonable. Hoy Uruguay cuenta con un promedio aproximado de un juez cada 7.000 habitantes. Ello coloca a Uruguay en un **privilegiado lugar en el mundo** en la **relación número de jueces-número de habitantes**.

¹⁶ Son estimaciones, porque no existen cifras oficiales claras para la primera instancia.

10.6. Carga de trabajo razonable de los juzgados

En Montevideo, los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil tienen una **carga relativamente razonable de trabajo**, atendiendo al número de audiencias que celebran por día y al número de sentencias que dictan al año.

La distribución de asuntos entre ellos resulta razonablemente pareja dada la existencia de un sistema aleatorio computarizado de asignación de los procesos a través de una oficina centralizada.

En el interior del país se presentan mayores complejidades, no contándose con cifras al respecto.

10.7. Inmediación

La intermediación es real, efectiva y eficiente

- a) Las audiencias son el acto vital del proceso en el cual, mediante la interacción, el diálogo constructivo y la producción de la prueba, se encamina el proceso hacia lo principal: la efectividad de los derechos sustanciales.
- b) Los jueces asisten a todas las audiencias.
- c) Las partes y sus abogados comparecen de regla a las audiencias, salvo motivo fundado.
- d) Las personas físicas comparecen en forma personal (y no por representante) en la mayor parte de los casos.
- e) Los abogados no arriesgan a que su cliente no comparezca a una audiencia, por las importantes consecuencias desfavorables que pueden padecer.
- f) Las audiencias muestran gran utilidad para cumplir diversas actividades concentradas de diálogo, ordenación y contralor (sanear el proceso, fijar el objeto del proceso y de la prueba, admitir o rechazar la prueba a diligenciarse, designar peritos o impugnar su designación o su dictamen, realizar el reconocimiento de documentos y controlar los mismos, etc.).
- g) Todas las resoluciones dictadas en audiencia quedan notificadas en la propia audiencia y las resoluciones dictadas fuera de audiencias se notifican en forma electrónica con gran rapidez.

- h) El justiciable, destinatario último y fundamental del servicio de justicia, aprecia en el contacto directo con el juez de “su” caso y con la contraparte que el proceso es el medio idóneo para resolver pacíficamente el conflicto.
- i) Todo lo expuesto demuestra que el sistema del CGP que establece sanciones por la incomparecencia del juez y de las partes a las audiencias es efectivo y realizable, lográndose el objetivo de intermediación perseguido.

10.8. Publicidad

En cuanto al **principio de publicidad** consagrado legalmente, cabe concluir:

- a) Si bien los procesos y las audiencias son públicas, es bajo el porcentaje de presencia de público en las mismas (no llega al 20 % las audiencias a las que asiste público).
- b) En la práctica no es de costumbre que el público asista a presenciar audiencias, lo que no obedece a ningún tipo de restricción legal sino al poco interés que despiertan los casos civiles para la población.
- c) En la práctica no se verificaron dificultades para acceder a las salas de audiencia ni para presenciar las mismas. En ninguno de los casos relevados hubo restricciones para el acceso de público a las audiencias.
- d) Las partes y sus abogados no se sorprenden, en la mayoría de los casos, por la presencia de público en las audiencias (en más del 70% de las audiencias que hubo público, nadie manifestó sorpresa).
- e) La mera posibilidad de asistencia de público opera como elemento de contralor de la actividad jurisdiccional.
- f) Dado el altísimo porcentaje de comparecencia personal de las partes sustanciales de los procesos a las audiencias, la publicidad interna (hacia los sujetos del proceso) opera como un importante instrumento de contralor de las partes sobre los abogados y el juez.
- g) La publicidad también cumple una importante función pedagógica para los estudiantes de derecho que suelen asistir a las audiencias.
- h) Durante el desarrollo de las audiencias e incluso finalizando las mismas, se comprobó que los profesionales de las partes solicitaban con frecuencia el expediente al juez, a efectos de realizar determinados controles y que en ningún caso les fue restringido el acceso al mismo.

- i) En todos los casos relevados se tuvo acceso a la agenda de audiencias. La implementación del moderno sistema de gestión que se está instrumentando, seguramente facilitará aún más el acceso público a la agenda de audiencias de las sedes.
- j) En los juzgados relevados, puede accederse al estado de trámite de los procesos vía Internet.
- k) Es excepcionalísimo que el juez disponga la reserva de un proceso civil.

10.9. Buena fe y lealtad procesal

El proceso se ha moralizado al influjo de la intermediación y el ejercicio por el tribunal de los poderes-deberes que le confiere la ley.

En tanto el juez es un verdadero director y dispone de poderes-deberes para ello y para averiguar la verdad de los hechos relevantes de la causa (dentro de los límites fácticos aportados por las partes), el proceso resulta un terreno mucho menos propicio para el litigante malicioso.

El contacto directo con las partes, testigos, peritos y auxiliares procesales es el principal instrumento para combatir maniobras dilatorias, testigos mendaces, pruebas inútiles o impertinentes y, en definitiva, la adopción de cualquier actitud procesal reñida con la lealtad, probidad y buena fe que deben regir el debate procesal.

El ofrecimiento de toda la prueba debidamente individualizada en los actos de proposición y la limitación del efecto suspensivo de los recursos e incidentes, contribuyen también a ello.

No obstante, se ha puesto de manifiesto en los últimos años un debilitamiento en el compromiso de los sujetos del proceso.

10.10. Comparecencia de los sujetos a las audiencias

Se verifican **altísimos porcentajes de comparecencia a las audiencias**.

En el 100% de las audiencias celebradas que se relevaron, el **juez** estuvo presente dirigiéndolas.

Se verifican altísimos porcentajes de comparecencia de las partes a las audiencias preliminar y complementaria y sus eventuales prórrogas.

En el relevamiento, la parte **actora** compareció a la **audiencia preliminar** en porcentajes superiores al 97% de los casos. La parte **demandada** compareció en porcentajes superiores al 85% de los casos. Cuando la parte estaba integrada por personas físicas, el porcentaje de comparecencia **personal** (y no por representante) es alto (72,5% de parte actora y 61,1% de parte demandada).

En lo que respecta a la audiencia complementaria, aún cuando el régimen sancionatorio por la incomparecencia es en este caso más leve (presunción simple en contra) que el previsto para la audiencia preliminar, la parte **actora** compareció en porcentajes superiores al 95 % de los casos y la parte **demandada** en porcentajes superiores al 88 % de los casos. Cuando la parte estaba integrada por personas físicas, el porcentaje de comparecencia **personal** (y no por representante) es también alto (48% de parte actora y 43% de parte demandada), aún cuando no se exige la comparecencia personal para esta audiencia.

Es bajo el porcentaje de procesos en que son citados **terceros** en garantía y/o controversia común. Pero cuando tal citación acaece, se relevaron altos porcentajes de comparecencia de los citados a las audiencias.

En el 99% de los casos en que comparecieron las partes (personalmente o por representante) a la audiencia preliminar o complementaria, lo hicieron **asistidas por abogado**.

Se constató también que las partes y sus abogados asisten a las audiencias con **puntualidad**. Las audiencias generalmente se inician puntualmente; los jueces tienen el criterio de aguardar 15 minutos si alguno de los sujetos no ha comparecido. Las demoras promedios de inicio de las audiencias en relación a la hora fijada no superan ese margen.

En los casos excepcionales en que las partes o sus abogados no comparecen a la audiencia preliminar o a la audiencia complementaria (cuyo contenido es el diligenciamiento de medios probatorios), suelen existir **motivos fundados** que lo acreditan.

Las partes y los abogados no suelen comparecer a la audiencia cuyo único contenido es la lectura de sentencia definitiva, limitándose a retirar una copia de la misma de la sede del juzgado.

10.11. Forma de fijación de fecha de las audiencias

En cuanto al **modo en que se fija la fecha de las audiencias**, se constató que:

- a) Para la fijación de las audiencias subsiguientes a la primera, el juez considera generalmente la opinión de los abogados, facilitándosele de este modo el ejercicio de su profesión, procurándose que no se le superpongan audiencias. Incluso, en muchos casos la fijación de la próxima audiencia se dilata por el acuerdo de los abogados (principio dispositivo) que prefieren que la misma se fije para una fecha posterior.
- b) Resulta una práctica eficiente que —como ocurre en la mayoría de los casos— el tribunal, considerando su agenda y el volumen de la prueba a diligenciar, planifique con antelación (generalmente en la propia audiencia preliminar) cuántos comparendos serán necesarios para diligenciar la misma, fijándolos todos correlativamente.
- c) En algunos casos la excesiva dilación de la fijación de la fecha de las audiencias se motiva en la solicitud de los abogados que alegando razones de agenda solicitan al juez, con el concurso de la contraparte, que la fecha del comparendo se extienda más allá de lo razonable. Entendemos que en estos casos debiera consultarse también al justiciable que es el verdadero titular del interés y que, a su vez, el tribunal ejerciera sus poderes deberes de contralor.

10.12. Bajo porcentaje de frustración de audiencias

Es bajo el porcentaje de audiencias fijadas cuya celebración se frustra. En los juzgados relevados, el porcentaje de audiencias frustradas no superó el 12%.

10.13. Duración de las audiencias

En cuanto a la duración de las audiencias, se relevó que:

- a) La duración promedio de las audiencias preliminares y de su eventual continuación es de 20 minutos cada una de ellas.
- b) La duración promedio de las audiencias complementarias y sus eventuales continuaciones es de 60 minutos cada una de ellas.
- c) Tales duraciones relevadas son coherentes con el contenido que el CGP prevé para cada una de las audiencias.

- d) Se trata de duraciones razonables, congruentes con la cantidad de audiencias preliminares y complementarias que preside cada juez.
- e) Las audiencias preliminares suelen agotar su contenido en un solo comparendo cuando no se plantean excepciones previas.
- f) Cuando se deducen excepciones previas, las audiencias preliminares suelen agotar su contenido en dos comparendos.
- g) En cuanto a la audiencia complementaria, cabe señalar que la actividad que insume mayor tiempo es el diligenciamiento de la prueba, siendo sustantivamente inferior el que demandan los alegatos y el dictado de sentencia definitiva.

10.14. Finalización de las audiencias

En cuanto a la **finalización de las audiencias**, se relevó que:

- a) Las audiencias celebradas finalizaron en su mayor parte agotando el contenido que la ley prevé para ellas (53%).
- b) Los otros motivos frecuentes de finalización de las audiencias son la frustración en el diligenciamiento de algún medio probatorio (15 %)¹⁷ y el plazo que algunas veces el juez se toma para dictar alguna resolución especialmente relevante (14%)¹⁸.

10.15. Alegación de hechos nuevos

La **alegación de hechos nuevos** en la audiencia preliminar es en la práctica poco frecuente (8% de las audiencias preliminares) y aún menos frecuente en las audiencias complementarias (2% de las audiencias complementarias).

10.16. Conciliación intraprocesal

En cuanto a la **conciliación intraprocesal**:

¹⁷ La frustración en el diligenciamiento de algún medio probatorio determina la necesidad de realizar nuevas citaciones o convocatorias (a testigos, peritos, etc. o reiterar oficios) o aguardar la llegada de otras pruebas (oficios, dictámenes periciales, etc.).

¹⁸ Ello sucede, por ejemplo, con la sentencia interlocutoria que resuelve las excepciones previas o la sentencia definitiva.

a) Si bien, por imposición legal, en la audiencia preliminar se debe tentar siempre por el tribunal la conciliación, los jueces realizan mayores o menores esfuerzos conciliatorios atendiendo a las características del asunto, sus condiciones personales, la posición que asumen los abogados, etc.

b) En las audiencias preliminares no es elevado el número de conciliaciones alcanzadas. No obstante, ello no significa que el proceso no vaya a terminar mediante transacción o conciliación. En muchos casos, en la práctica, suele acordarse extrajudicialmente la transacción, presentándose eventualmente luego al tribunal el acuerdo alcanzado para su homologación judicial, sin necesidad de audiencia. En efecto, en una investigación realizada por el Poder Judicial sobre los Juzgados Letrados en lo Civil de Montevideo surge que el 25% de los procesos ordinarios iniciados en 1999 concluyó por conciliación o transacción.

c) Surge del relevamiento que, con frecuencia, las audiencias preliminares fueron prorrogadas por acuerdo de ambas partes, para negociar una transacción extrajudicial y considerar las propuestas conciliatorias del juez.

d) Si bien en las audiencias complementarias no es preceptivo para el juez tentar la conciliación, ello ocurre ocasionalmente.

10.17. Prueba sobre las excepciones previas

El **diligenciamiento de prueba sobre excepciones previas es excepcionalísimo** en la práctica, ya que, generalmente, se trata de cuestiones de puro derecho o de cuestiones que se prueban mediante documentos.

10.18. Saneamiento del proceso

En cuanto al **saneamiento del proceso en audiencia preliminar**¹⁹ (“despacho saneador”) cabe señalar que en el **25% de las audiencias preliminares** celebradas se dictaron resoluciones con el fin de sanear el proceso **resolviendo excepciones previas**²⁰.

¹⁹ Uno de los contenidos esenciales de la audiencia preliminar es depurar el proceso de nulidades y resolver las excepciones previas planteadas, de modo que el proceso a partir de ese momento, se encamine a resolver el fondo del asunto. Se evita de este modo que las cuestiones formales entorpezcan la resolución del objeto del proceso.

²⁰ Dicho porcentaje corresponde a las audiencias preliminares en las que, en presencia del relevador, se resolvieron excepciones previas. Ello no implica que en los demás procesos relevados no se hayan dictado resoluciones sobre las excepciones previas en una audiencia anterior o posterior que no se celebró dentro del período del relevamiento.

10.19. Ofrecimiento de la prueba

La **presentación u ofrecimiento de toda la prueba claramente individualizada con la demanda o contestación**, ha constituido un gran avance para la moralización del proceso y el conocimiento por el juez y los abogados desde un inicio de todos los aspectos del asunto.

10.20. Admisión de la prueba

El **porcentaje de admisión por el tribunal de la prueba ofrecida por las partes es altísimo**. El porcentaje de medios probatorios rechazados no supera el 2% en promedio.

Algunos observadores han indicado que sería deseable un contralor más estricto por el juez respecto de la prueba ofrecida por las partes, a efectos de evitar el diligenciamiento de prueba innecesaria, inconducente o impertinente.

10.21. Medios probatorios más utilizados

El **medio de prueba más utilizado es la prueba documental**. La prueba testimonial y la prueba por informes ocupan un segundo lugar, seguidos en bastante menor proporción por la prueba pericial y la declaración de parte. La inspección judicial se utiliza con baja frecuencia; poco utilizado el careo y menos aún la reproducción de hechos.

10.22. Prueba testimonial

- a) El promedio de testigos citados a declarar por cada audiencia de declaración testimonial es de 3.
- b) El 62% de los testigos citados a declarar compareció a la audiencia para la que estaba convocado²¹.
- c) El juez interroga al testigo antes que los abogados en casi la totalidad de los casos.
- d) El abogado de la parte que propuso al testigo lo interroga en segundo lugar y en tercer lugar lo hace el abogado de la parte que no lo propuso.

²¹ No puede concluirse que el testigo no comparezca a otra audiencia que se le fije para que declare.

- e) El juez es quien formula más cantidad de preguntas a los testigos (56%) distribuyéndose el resto de las preguntas entre el abogado de la parte que lo propuso (21%) y el abogado de la parte contraria (23%).
- f) El juez en casi todos los casos (87%) intercaló preguntas durante el interrogatorio que realizaban los abogados y (82% de los casos) aclaró o reformuló preguntas al testigo.
- g) En la medida que el juez es el primero que interroga al testigo conociendo los hechos sobre los cuales habrá de declarar, suele adelantarse a formular preguntas que tenía preparadas para realizar el abogado que lo propuso, disminuyendo por ende la cantidad de preguntas que éste le formula. Asimismo, esta circunstancia propende a la espontaneidad del interrogatorio en tanto evita que los abogados predeterminen la forma en que se desarrollará la declaración, favoreciendo la obtención de la verdad material.
- h) En casi el 70% de las audiencias de declaración de testigos, se le formularon a éstos preguntas sobre aspectos de su credibilidad (motivos de sospecha).
- i) El promedio de preguntas formuladas por cada testigo es de 27 (sin considerar preguntas introductorias).
- j) En un 32% de las audiencias de declaración testimonial el juez desestimó alguna pregunta y en un 8% de las mismas dispuso anticipadamente el fin del interrogatorio.

10.23. Declaración de parte

- a) La declaración de parte se realiza en la mayor parte de los casos en que la misma se dispone mediante interrogatorio libre y no mediante absolución de posiciones²².
- b) El abogado de la parte contraria a la que declara es quien formula más cantidad de preguntas (76%) a la parte; el resto de las preguntas las realiza el juez (24 %). Ello se compadece con las características y regulación legal de este medio probatorio²³.
- c) El juez excepcionalmente (10 % de los casos) intercaló preguntas durante el interrogatorio a la parte que realizaba el abogado.

²² El CGP prevé la posibilidad de realizar el interrogatorio de la parte sea en forma libre, sea mediante la absolución de posiciones mediante interrogatorio escrito presentado por la parte contraria.

²³ El interrogatorio de parte se dispone a solicitud del abogado de una parte para interrogar a la parte contraria (interrogatorio "cruzado") o por el Juez de oficio.

- d) El promedio de preguntas formuladas a cada parte que declaró fue de 19.
- e) En un 3 % de las audiencias de declaración de parte el juez desestimó alguna pregunta, sin que en ningún caso haya dispuesto anticipadamente el fin del interrogatorio.

10.24. Prueba pericial

- a) Cuando se dispuso prueba pericial, en más de la mitad de los casos el o los peritos se designaron en la propia audiencia preliminar²⁴.
- b) En un muy alto porcentaje de casos (90%), el perito compareció a la audiencia complementaria a efectos de que se le formulen preguntas sobre su dictamen pericial.
- c) El juez suele formular preguntas al perito en la audiencia (80% de los casos), habiéndolo hecho las partes en todos los casos.
- d) Es muy excepcional que las partes concurren con asesores técnicos (distintos de los abogados) a la audiencia en que declara el perito.

10.25. Alegatos

En cuanto a los **alegatos** (de bien probado) que realizan los abogados:

- a) En el 100% de las audiencias complementarias celebradas que se relevaron y tuvieron por contenido el diligenciamiento de medios probatorios, oídos los testigos y/o peritos, el juez fijó una nueva audiencia con fecha posterior, a efectos de que las partes alegaran.
- b) En el 100% de las audiencias complementarias celebradas, cuyo contenido exclusivo fue el alegato de las partes, los mismos se presentaron en forma escrita, incorporándose al acta de audiencia.

10.26. Recursos en audiencia

- a) Las trascendentes modificaciones que el CGP incorporó en materias de medios impugnativos, han constituido un gran avance en la reducción de la duración de los procesos y el combate a las maniobras dilatorias.

²⁴ En los demás casos los peritos se designan posteriormente, generalmente porque se espera la consignación de los honorarios provisorios o porque se aguarda respuesta de alguna entidad pública o privada que indica el nombre de los testigos posibles de designar.

- b) El hecho de que todas las resoluciones dictadas en audiencia queden notificadas en la misma y de que, en la mayor parte de los casos, deban ser también impugnadas en ella, incide significativamente en la eficacia del proceso.
- c) La utilización del efecto diferido (a la impugnación de la sentencia definitiva) para apelar las sentencias interlocutorias en materia probatoria y de desestimación de excepciones previas, el hecho de que la regla sea el efecto no suspensivo de la apelación y las limitaciones en materia de incidentes, ha resultado decisivo para obtener los avances verificados.
- d) Se interpone un número sustantivamente mayor de recursos en las audiencias preliminares que en las complementarias. En tanto en la audiencia preliminar se dictan varias resoluciones esenciales que se pronuncian sobre las excepciones previas, sanean el proceso, fijan el objeto del proceso y de la prueba, se admiten o rechazan los medios probatorios a diligenciarse en el proceso, suelen impugnarse resoluciones en la misma, con más frecuencia que lo que ocurre en la audiencia complementaria.

10.27. Segunda instancia

- a) La segunda instancia ha tenido una sensible mejoría en cuanto al tiempo empleado para adoptar la decisión.
- b) Los abogados consultados en el relevamiento entienden que debiera disponerse de una versión fidedigna de lo ocurrido en las audiencias de primera instancia, por ejemplo, mediante la versión grabada en imagen y sonido o la que en el futuro las nuevas tecnologías puedan aportar. Ello permitirá una mejor ilustración de los tribunales de segunda instancia.
- c) La adecuada utilización de la audiencia de segunda instancia prevista en la ley puede resultar en muchos casos un instrumento efectivo para resolver el proceso eficazmente. No obstante, en la práctica suele obviarse esta audiencia mediante el mecanismo de la decisión anticipada.

10.28. Acta resumida

En cuanto al **acta resumida** por la cual se documenta lo acaecido en las audiencias:

- a) Las actas se labran por parte de un funcionario receptor que utiliza una computadora, bajo la dirección del juez.
- b) Si bien está prevista la posibilidad de grabar o filmar las audiencias, complementariamente al acta resumida, en la práctica ello no suele acontecer.

- c) Los abogados de las partes solicitan la incorporación de cuestiones concretas al acta de audiencia con cierta frecuencia (23% de las audiencias) y algunas veces solicitan que el juez dé lectura a alguna parte del acta de audiencia para controlar cómo quedó redactado determinado aspecto (17% de las audiencias).
- d) Es bajo el porcentaje de audiencias en las que se plantean discrepancias entre los sujetos del proceso sobre el contenido del acta (2% de las audiencias).
- e) En la mayoría de los casos, el acta de audiencia fue elaborada directamente por el receptor (73% de las audiencias) con el contralor y colaboración del juez. En los restantes casos el acta es dictada por el juez al receptor en su mayor parte.
- f) Los abogados entienden que es necesario que en todas las salas de audiencia, además del monitor del receptor, se dispusiera de uno o dos monitores más para que los letrados y las partes sigan simultáneamente la confección del acta resumida.
- g) Si bien los Ministros de Tribunales de Apelaciones entienden mayoritariamente que el acta resumida de primera instancia, conjuntamente con los demás datos que surgen de los expedientes, es suficiente a efectos de dictar sentencia de segunda instancia, los abogados entienden necesario que el acta resumida se complemente con la grabación o filmación de la audiencia.

10.29. Rol del juez

La figura del juez se ha visto revitalizada por su rol de verdadero director del proceso, dejando de ser un mero espectador hasta el momento de dictar sentencia definitiva (como ocurría en el sistema anterior).

- a) Dispone de trascendentes poderes—deberes para la ordenación del proceso y la averiguación de la verdad, dentro del marco de los hechos alegados y controvertidos por las partes.
- b) Los abogados disponen de los instrumentos jurídicos necesarios para impugnar las decisiones judiciales que entiendan contrarias a derecho o les causen agravio.
- c) El juez tiene un rol preponderante como director en la fijación del objeto del proceso y de la prueba (en forma dialogal), en la determinación de la prueba a diligenciarse y en su diligenciamiento.
- d) El juez interroga al testigo antes que los abogados en casi la totalidad de los casos.

- e) El juez es quien formula en la práctica más cantidad de preguntas a los testigos.
- f) El juez en casi todos los casos intercala preguntas durante el interrogatorio que realizan los abogados al testigo y aclara o reformula preguntas al testigo.
- g) En casi todos los casos el juez formula preguntas al perito en la audiencia.
- h) La utilización ponderada de los poderes-deberes del tribunal surge de los siguientes extremos relevados:
 - Bajísimo porcentaje de rechazo por el tribunal de prueba ofrecida por las partes (por inadmisibles, inconducentes, impertinentes, innecesarios, etc.).
 - El total de las audiencias celebradas en las que el tribunal dispuso de oficio el diligenciamiento de algún medio probatorio fue del 3%.
 - Para la fijación de las audiencias subsiguientes a la primera, el juez considera generalmente la opinión de los abogados.
 - En un tercio de las audiencias de declaración testimonial el juez desestimó alguna pregunta.
 - En casos excepcionalísimos el juez dispuso anticipadamente el fin del interrogatorio del testigo.
 - En casos excepcionalísimos el juez desestimó alguna pregunta en la declaración de parte.
 - En ningún caso el juez dispuso anticipadamente el fin del interrogatorio de la parte.

10.30. Rol de los abogados

- a) La opinión de los abogados es hoy decididamente favorable al nuevo sistema si se lo compara con el anterior, destacándose las significativas ventajas del mismo frente al régimen derogado. Los abogados consultados en el relevamiento fueron contestes de modo casi unánime al respecto.
- b) En ninguno de los eventos científicos o gremiales organizados luego de la entrada en vigencia del CGP se ha postulado la sustitución del nuevo sistema por otro. Lo que se discute son cuestiones jurídicas susceptibles de interpretaciones divergentes a efectos de lograr, en la medida de lo posible, la armonización o coherencia de la doctrina y jurisprudencia a su respecto. Existen críticas de los abogados a aspectos de gestión de las oficinas judiciales.
- c) La reforma procesal ha introducido cambios favorables en el modo en que ejercen su profesión los abogados. Se exige un mayor estudio y una mayor responsabilidad del letrado actuante en la preparación de los casos.

- d) Los abogados trabajan en equipo, sus clientes tienen acceso a las actuaciones procesales, los ven actuar y, por ende, valoran la labor de sus letrados cuando éstos tienen dominio del caso.
- e) Los abogados sienten un mayor nivel de exigencia profesional, requiriendo mayor preparación de los actos de proposición (en que debe ofrecerse toda la prueba) y las audiencias. Los clientes comprenden en forma más clara cuál es el rol del abogado en el proceso.
- f) En las audiencias los abogados suelen cumplir un rol importante de contralor:
 - De las excepciones previas interpuestas y la resolución de las mismas.
 - De la fijación del objeto del proceso y de la prueba.
 - De la prueba que se ordena diligenciar.
 - Del propio acto de diligenciamiento probatorio, formulando preguntas a testigos y peritos sobre el contenido de sus afirmaciones y sobre las circunstancias de credibilidad. Del relevamiento de la prueba testimonial realizado surge un importante número de preguntas a los testigos formuladas por el abogado de la parte contraria a la que lo propuso, poniéndose de manifiesto el contralor relevante que los letrados pueden ejercer en un proceso por audiencias con interrogatorio libre.
 - Del contenido del acta.
 - De las resoluciones judiciales para poder impugnarlas (generalmente deben impugnarse en la propia audiencia).

10.31. Gestión

En los últimos años se ha avanzado en **la informática de gestión** y la informática documental, que fueron una gran carencia durante los primeros años de vigencia del CGP.

La implementación que se ha realizado de las notificaciones electrónicas y el sistema informático de trámite de los casos, permitió mejorar aún más la eficacia y eficiencia del sistema judicial²⁵.

²⁵ En el marco del Programa de Fortalecimiento del Sistema Judicial Uruguayo, financiado por el BID y el Poder Judicial, el Proyecto de Mejora de Servicios en Tribunales y Juzgados incluye un Sistema de Gestión de Tribunales.

Es necesario trabajar mucho en gestión de las oficinas judiciales, evaluando cuál modelo de despacho implementar y decidir la profesionalización de las actividades de gestión, separándola del rol esencial del juzgador.

10.32. Infraestructura locativa

Si bien existen carencias en la infraestructura locativa, la implementación del CGP ha demostrado que no se requieren grandes estructuras para desarrollar el proceso por audiencias. En efecto, basta con que cada juzgado disponga de una sala de audiencias independiente de los demás ambientes de la oficina, reduciéndose generalmente la necesidad de espacio para áreas que en el proceso anterior se destinaban a albergar un mucho mayor número de funcionarios administrativos por juzgado.

En los últimos años se han realizado y se están realizando actualmente en Uruguay mejoras en la **infraestructura locativa**.

10.33. Aspectos a mejorar y líneas de acción

Como resultado del relevamiento, se señalan como principales aspectos a mejorar:

- a) Necesidad de una mayor “desburocratización” del proceso. El desarrollo del Sistema de Gestión de Tribunales que se está implementando tiene, entre otros objetivos, la finalidad desburocratizar el sistema de justicia civil. Pero se necesita trabajar aún más con todos los operadores del sistema en pos de la eficiencia del sistema de justicia civil.
- b) Utilización de monitores para que los abogados puedan seguir en las audiencias la confección del acta resumida y realizar así un contralor adecuado de la misma.
- c) Disponer de medios audiovisuales para recoger fielmente el contenido de las audiencias. Si bien el CGP prevé que el tribunal puede disponer la reproducción total o parcial de lo actuado utilizando los medios técnicos apropiados para ello, en tanto no es preceptivo sino excepcional y no se dispone de los medios técnicos, en la práctica ello no suele acontecer.
- d) Seguir mejorando el sistema de selección y capacitación de jueces y funcionarios. Es destacable la función importante del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU) en tal sentido.

- e) Que los jueces se capaciten más en conciliación y negociación, utilizando en las audiencias las herramientas necesarias para ello y esforzándose más para alcanzar acuerdos.
- f) Eliminar ciertas prácticas de las oficinas judiciales que, en determinados casos, dificultan el libre acceso a los expedientes judiciales.
- g) Acotar el uso excesivo de la decisión anticipada en la segunda instancia de los procesos a efectos de propender a la inmediatez en segunda instancia.
- h) Lograr una mayor celeridad de los procesos de ejecución, para lo cual se han introducido reformas muy relevantes en la Ley 19.090/2013.
- i) Es imperiosa una reforma del proceso penal, ya que por el alto impacto que éste tiene en la opinión pública, sus carencias empañan la imagen general del sistema de justicia y, por ende, la de la justicia civil.
- j) Seguir mejorando en infraestructura y recursos materiales.
- k) Implementar mecanismos de gestión profesionalizada a nivel de las oficinas judiciales, con metas e indicadores adecuados, que permitan mejorar la eficiencia.
- l) Disminuir la duración de los procesos civiles, especialmente en la primera instancia, donde en los últimos años se ha notado un preocupante enlentecimiento, no necesariamente vinculado al incremento de la carga de trabajo.
- m) Recuperar el alto grado de compromiso con el proceso como obra en común, que los operadores jurídicos tuvieron en los primeros años de vigencia del CGP.

11. Es el momento de la justicia civil

Como venimos de analizarlo, los desafíos son inmensos y la tarea también lo es.

Pero debemos ser conscientes de que pocas veces como ahora la reforma de la justicia civil (en sentido amplio) ha estado en la agenda pública de la mayoría de nuestros países y que, por tanto, es nuestra responsabilidad impulsar más que nunca los cambios necesarios; porque ellos son posibles.

Sólo habrá una justicia más eficiente si cada país parte de su realidad y evita trasplantar en forma automática soluciones de otros países (que, por supuesto, serán siempre puntos de referencia de relevancia), construye la propia reforma participativamente, desde una perspectiva multidisciplinaria, considerando las diversas aristas de los problemas y sus soluciones.

Bibliografía:

Pereira Campos, Santiago (2008). *El Proceso Civil Ordinario por Audiencias*. Montevideo: Ed. Amalio Fernández.

Pereira Campos, Santiago "Fines y Funciones de los Principios Procesales". En *Revista del Centro de Estudiantes de Derecho*, 6.

Pereira Campos, Santiago "El principio de publicidad en el Código General del Proceso". En *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1.

Pereira Campos, Santiago "Alcance y límites del impulso procesal de oficio en el Código General del Proceso". En *Revista del Centro de Estudiantes de Derecho*, 9.

Pereira Campos, Santiago (1999). "El principio de moralidad y el deber de veracidad en el Código General del Proceso". En *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*.

Ley 18.572 (2009) y su modificativa.

Vescovi, E., De Hegedus, S., Klett, S., Landeira, R., Simon, L. y Pereira Campos, S. *Código General del Proceso - Comentado, Anotado y Concordado*. Tomo 1. Montevideo: Editorial Abaco.



VITERT
D.E. MADRID 89

Procedimiento directo: fines, principios y argumentación

Carlos Cano Jaramillo

Abogado. Magister en Ciencia Política. Especialización en Pedagogía de los Valores. Juez. Fiscal superior. Director Seccional de Instrucción Criminal. Director Seccional de Fiscalías. Profesor Universitario. Ex conjuer de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 1996 hasta el 2007. Autor de los libro “La Redacción del texto jurídico” y “Procedimiento penal acusatorio, oralidad, debate y argumentación”.

I. Introducción

1. **Objetivos.** Los objetivos de este texto son los siguientes:

- Ofrecer un marco de reflexión sobre la crisis de la administración de justicia y la necesidad de plantear respuestas ágiles a los conflictos que surgen en la convivencia social, para materializar el mandato constitucional que declara que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, y que las normas procesales consagran los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, que sin duda deben inspirar el “procedimiento directo”¹
- Reconocer la tendencia moderna del derecho procesal de crear procedimientos ágiles que permitan que los ciudadanos accedan oportunamente a la administración de justicia.
- Realizar una lectura sistemática del “procedimiento directo”, de acuerdo con los contenidos del Código Orgánico Integral Penal, de la Constitución del Ecuador y los tratados internacionales, examinado el fin específico del

¹ Artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

procedimiento directo, los principios centrales que lo orientan y su relación con la interpretación y argumentación de los jueces y sujetos procesales que intervienen en él.

- Sensibilizar acerca del indispensable cambio cultural que demanda la reforma del Código Orgánico Integral Penal, para que los operadores jurídicos actúen en coherencia con los contenidos de la reforma e interioricen que la resolución rápida de los conflictos es ayudar y asegurar la convivencia pacífica.

Antes de introducirnos en el “procedimiento directo” regulado en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) es importante para comprenderlo mejor y a su vez generar compromisos hacia su eficaz implementación, que realicemos las siguientes consideraciones:

2. Crisis. Una preocupación permanente es la crisis de la administración de justicia, que se expresa en congestión judicial, morosidad e impunidad, que generan en el ciudadano pérdida de credibilidad en las instituciones y, lo más grave, que ante la no solución rápida de los conflictos, aparecen formas diversas de violencia privada. Si no hay una administración de justicia oportuna no puede el Estado asegurar una convivencia armónica y la protección de bienes jurídicos indispensables. Como dice el refrán florentino *giustizia ritardata, giustizia denegata*.

En los considerandos del COIP, expresamente se identifica esta situación en el Ecuador, al decir que el sistema penal en su componente sustantivo es anacrónico, pues no responde a las necesidades actuales de la población; en su componente adjetivo es ineficiente y no ha logrado afianzar procesos justos, rápidos, sencillos, ni tampoco ha coordinado adecuadamente las acciones entre todos sus actores; y, en su componente ejecutivo no ha cumplido con sus objetivos y se ha convertido en un sistema burocrático y poco eficaz, lo que justifica una reforma integral y urgente al sistema penal en su conjunto.

3. Prevención y resolución. Correlativa a esa preocupación por la ineficacia, existe el eterno deseo de buscar vías ágiles y eficaces de solución de los conflictos que reduzcan los tiempos y elimine la cultura morosa del expediente. Para canalizar el conflicto y resolverlo positivamente, hay dos momentos fundamentales: la prevención y la resolución. Es mejor prevenir. La prevención es la mejor intervención, contra la enfermedad es la mejor cura. Intervenir con anticipación es como construir los cimientos sobre los que se va a sostener una casa².

² Ibid., págs. 126 y 149.

La prevención se inicia desde la misma vida familiar, laboral y social. En la sociedad, por la misma naturaleza social del ser humano, surgen inevitablemente conflictos, que pueden ser resueltos por la fuerza o de manera pacífica. Las personas y los países civilizados han escogido la vía constructiva hacia la convivencia pacífica. Es ideal que en cualquiera de los círculos sociales en que interactuemos, familia, vecinos, compañeros de trabajo, podamos solucionar nuestras diferencias en la conversación, en el uso del lenguaje, el cruce de argumentos, el intercambio de razones, sin acudir a un proceso judicial. Igual se espera cuando acudimos a la conciliación, la mediación, la transacción, que buscan que mediante el diálogo y la argumentación se resuelvan las controversias de manera justa, equitativa y respetuosa de los derechos.

Los conflictos destructivos y lentos son costosos para las partes y el Estado, deterioran las relaciones y acaban con los valores para la convivencia, como la justicia, la paz y la amistad. Bien decía Luis Legaz y Lacambra, en su obra “El Derecho y el amor”, que en toda asociación humana se encuentran la justicia y la amistad como dos grandes ingredientes ontológicos de la sociedad. Son esas dos bellas palabras –dice–, expresión de los más elevados sentimientos y las más nobles virtudes que cabe concebir cuando se piensa en términos de relaciones interhumanas (Legaz, 1976:5). Todo esto es asimilar verdaderamente el derecho, es sentirlo, es vibrar con esa interioridad.

4. Proceso judicial rápido. Cuando no se pudo prevenir hay que resolver el conflicto, hay que acudir al proceso judicial. La tendencia del derecho procesal se orienta a establecer procedimientos eficientes y eficaces, que se ejecuten de manera rápida, cumpliendo los términos procesales con diligencia; que sigan celosamente los principios nucleares del derecho procesal como el debido proceso, la economía procesal, la celeridad, la concentración, la inmediación, para asegurar el acceso oportuno a la administración de justicia, la prevalencia del derecho sustancial, la protección de los bienes jurídicos de las ciudadanas y ciudadanos, sin culto exagerado a la forma. Todo lo anterior es presupuesto ineludible de una convivencia pacífica.

Y dentro de esas vías de resolución el legislador ha creado procedimientos especiales, abreviados, como el “directo”, que, para lograr agilidad, reducen los múltiples pasos procesales cuya ejecución habitualmente ha durado años. Se pretende que haya economía procesal y celeridad. El mínimo de actos procesales. Menor trabajo para el juez y economía de recursos, más eficiencia y eficacia. La eficacia significa que los operadores jurídicos, respetando las garantías esenciales, buscarán que los procedimientos logren su finalidad y para ello se deben remover los obstáculos puramente formales, evitar retardos y sanear las irregularidades. No se debe abusar de

las peticiones ni declaraciones de nulidad. Cuando estas se presenten deben ser para casos extremos, notoriamente graves, que afecten principios y derechos sustanciales; por eso, al resolver sobre la existencia de una nulidad, se examinará el principio de trascendencia, es decir, se estimará si de verdad se causa un perjuicio a cualquiera de los sujetos procesales.

Explica el doctrinante Hernán Fabio López que, en la observancia del principio de economía procesal, “no solo está interesado el juez sino también las partes, pues al fin y al cabo a menor número de procesos, a menores gastos en su adelantamiento, más prontas y oportunas decisiones se obtendrán” (López, 2002: 101).

En la exposición de motivos del COIP se reflexiona acerca del balance entre garantías y eficiencia de la justicia penal. Todo sistema penal se encuentra en el dilema entre combatir la impunidad y, a su vez, garantizar los derechos de las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal. Si las garantías se extreman, se crea un sistema que nunca sanciona; si las garantías se flexibilizan, se acaba condenando a la persona inocente. El sistema penal tiene que llegar al término medio y saber ponderar para evitar que en la sociedad se toleren injusticias y al mismo tiempo se logre la eficacia del procedimiento.

Es imprescindible un cambio cultural que permita asumir que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial. Este objeto concuerda con la declaración de que Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social y democrático, que tiene como deberes primordiales garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales y el derecho a una cultura de paz³. El procedimiento es instrumental, es para hacer posible la actuación de otras normas jurídicas sustanciales; sin embargo muchas veces se le rinde culto exagerado a la ley procesal y por eso aparece la congestión, la morosidad y la impunidad.

II. El procedimiento directo en el Código Orgánico Integral Penal

1. Visión sistémica. Para una adecuada lectura del artículo 640, primero se debe considerar que este establece que el procedimiento directo debe sustanciarse

³ Artículos 1 y 3, numerales 1 y 8 Constitución del Ecuador.

de conformidad con las **disposiciones que corresponden del presente código** y las siguientes reglas:

1. Este procedimiento concentra todas las etapas del proceso en una sola audiencia, la **cual se regirá con las reglas generales previstas en este código.**

Las expresiones: “disposiciones que corresponden del presente Código” y “las reglas generales previstas en este código” invitan a la integración normativa, a la interpretación sistemática del procedimiento directo, que se no se puede leer e interpretar como una isla, separada de la unidad del Código y la Constitución. La primera pregunta que nos podemos formular es ¿cuáles son las “disposiciones que corresponden del presente Código” y “las reglas generales previstas en este código”?

Para responder, previamente precisemos que un sistema es la unidad conformada por la suma de partes que mantienen entre sí relaciones de interdependencia para alcanzar fines u objetivos enunciados con anticipación. Hegel ve la necesidad de no perder de vista la totalidad, ya que lo general se da en lo particular. En el sistema cada parte que interviene en la tarea, recibe la influencia de las demás, condicionando o determinando sus características y funciones. Para Ihering existe semejanza entre el derecho y el alfabeto, pues los elementos de aquel son como los de este que, combinándose entre sí, forman las más variadas palabras con las mismas letras. Como no podríamos leer las palabras conociendo solo algunas letras, no entenderíamos el derecho sin conocer, aunque sea por intuición, los principios que lo rigen.

De acuerdo con lo anterior, el “procedimiento directo” no es una isla completa por sí misma, es parte del sistema y recibe la influencia de las demás normas del Código Orgánico Integral Penal, la Constitución Política y de los tratados internacionales que condicionan o determinan su significado y sus funciones.

2. Los marcos constitucionales e internacionales. La Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos ofrecen un marco de referencia, mapas mentales para recorrer los territorios de la convivencia, los contenidos de la argumentación y la interpretación, la manera de ejercer el poder y la actuación de la administración de justicia.

Precisamente de la exposición de motivos al COIP es relevante tener en cuenta las siguientes consideraciones, para no abandonar la visión integral de la reforma,

y en particular la interpretación que debe acompañar a la lectura del procedimiento directo. El artículo 424 de Constitución de la República del Ecuador establece que la Carta Magna es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; caso contrario carecerán de eficacia jurídica. Desde este mandato, surge la necesidad de adecuar, formal y materialmente, las normas jurídicas al nuevo estándar constitucional y los tratados internacionales, y actualizar el derecho penal, con todos sus componentes (sustantivo, adjetivo y ejecutivo) a la Constitución. Es la constitucionalización del derecho penal. Todo para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades (artículo 84).

El artículo 15 del COIP establece, sobre el principio de integración, que “La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos”.

Las constituciones políticas progresistas plantean la necesidad de establecer la incidencia que tiene en el operador jurídico el modelo de Estado y de sociedad. Hay un vínculo entre la argumentación y ese modelo. Es así, como en una sociedad democrática, pluralista, solidaria, respetuosa de los derechos, el juez tiene unos deberes de coherencia al construir un proceso judicial y al motivar las decisiones. Estas deben atender el modelo de Estado y sociedad deseada y proclamada formalmente. No sucede lo mismo en un modelo autoritario.

La Constitución es una norma superior que unifica y limita el resto del sistema jurídico. Todas las demás normas y áreas del derecho y la argumentación deben atender el núcleo rector de la Carta de garantizar los derechos. En caso de contradicción de una ley con la Constitución prima esta. Es el don de la Carta de estar en todas las áreas del derecho, don de la ubicuidad del derecho constitucional o el “efecto irradiador” de los derechos constitucionales, en palabras de Robert Alexy. Dentro de las nuevas tendencias del constitucionalismo, que subrayan la garantía plena de los derechos, se espera que la aplicación del derecho, la toma concreta de las decisiones, sea producto de un discurso jurídico racional, que se compromete desde el punto vista ético-político con el modelo de argumentación que corresponde al tipo de Estado consagrado en la Carta. Esta deja de ser un programa político para el legislativo y se convierte en una norma operativa, eficaz, orientada a la acción.

Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana desde sus inicios (1991) resaltó que la nueva Carta, al declarar un Estado social, creó nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y, sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación. Dijo la Corte: Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: *pérdida de la importancia sacramental del texto legal y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos*.

La doctrina también ha seguido la misma orientación. Prieto Sanchís resalta que la Constitución tiene fuerza vinculante, no es un catecismo político o una guía moral, sino una norma que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe. Como norma suprema condiciona la validez de todas las demás áreas del derecho y es una guía de interpretación (Cárdenas: 40).

De acuerdo con lo anterior, se tiene que en la Carta del Ecuador se encuentran normas relacionadas íntimamente con los fines que buscan los diversos mecanismos de solución de conflictos (mediación, conciliación, proceso judicial). En el preámbulo se declara que se decide construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*. Se consagran valores que reconocen la diversidad, lo intercultural, lo plurinacional, el respeto, la armonía, la justicia, la equidad.

Dentro de los deberes primordiales del Estado se consagra el de garantizar una cultura de paz⁴. Ecuador es un territorio de paz⁵. La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico en el marco del respeto de los derechos humanos. Deberá ser democrática, participativa e impulsará la paz⁶. En cuanto a derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades se conservarán sus propias formas de convivencia y organización social⁷. Son deberes y responsa-

⁴ Artículo 3.

⁵ Artículo 5.

⁶ Artículo 26.

⁷ Artículos 56 y 171.

bilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, entre otros, colaborar en el mantenimiento de la paz. Ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética⁸.

El artículo 75 preceptúa que “Toda persona tiene acceso gratuito a la administración de justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión”.

Y en cuanto a principios específicos de la administración de justicia, se declara que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades⁹. Las juezas y jueces de paz utilizarán mecanismos de conciliación, diálogo, acuerdo amistoso y otros practicados por la comunidad¹⁰.

Y en concordancia con la declaración de que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, el artículo 78 dispone que las víctimas gozarán de protección especial. Para ello se adoptarán mecanismos para una reparación integral, que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

Es relevante resaltar que se encuentran normas sobre el deber de diligencia, que se conectan perfectamente con el espíritu del “procedimiento directo” y con la filosofía del constituyente acerca de que los procesos sean rápidos. El artículo 86, sobre garantías jurisdiccionales, indica que el procedimiento será sencillo, rápido y eficaz.

El artículo 168 indica que la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en ejercicio de sus atribuciones, aplicará, entre otros, los siguientes principios, que no pueden estar por fuera del “procedimiento directo” previsto en el artículo 640 del COIP:

5. En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos.
6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

⁸ Artículo 83

⁹ Artículo 169.

¹⁰ Artículo 189.

El artículo 169 consagra que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

El artículo 172 señala que las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces y los otros operadores de la justicia, aplicarán el principio de debida diligencia en los procesos de administración de justicia. Y precisa que las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.

El artículo 174 indica que la mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley. El artículo 181, numeral 5, relaciona dentro de las funciones del Consejo de la Judicatura velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial.

Los considerados del COIP recogen estas declaraciones que orientan la interpretación de los procedimientos. Además, enfatiza que el derecho penal adjetivo debe garantizar la existencia de un sistema adversarial, que cuente con fiscales que defiendan los intereses y derechos de las víctimas dentro de los principios y fundamentos del sistema acusatorio y a través de la promoción de la acción penal, con defensoras y defensores públicos que patrocinen técnicamente a las personas acusadas de cometer una infracción, y con juezas y jueces que dirijan el proceso y sean garantes de los derechos de los participantes procesales.

3. Normas rectoras, garantías y principios. Sin duda, para interpretar y complementar adecuadamente el “procedimiento directo” hay que integrar diversos artículos del Código de la parte general y del procedimiento; entre ellos, se pueden citar algunos que son centrales:

3.1. El Título Preliminar del Código sobre normas rectoras:

Artículo 1. Finalidad. Este Código tiene como finalidad normar la intervención estatal para proteger la convivencia social frente a las infracciones penales, evitar la impunidad y regular el ejercicio del poder punitivo del Estado, a través del cumplimiento de los siguientes objetivos:

1. Garantizar, dentro del ámbito penal, el respeto de los derechos reconocidos por la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

2. Esclarecer el hecho y proteger al inocente.
3. Juzgar a las personas con estricta observancia del debido proceso y de ser el caso sancionarlas penalmente de forma proporcional.
4. Reparar de manera integral a las víctimas por la violación de sus derechos.

3.2. El artículo 2 sobre garantías y principios generales. Si se examina los números de este artículo, podemos ver cómo se conectan con el procedimiento directo.

3.3. El artículo 3 sobre garantías y principios rectores del proceso penal. Se garantiza a toda persona la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de igualdad, intermediación y celeridad.

3.4. El artículo 4 sobre dignidad humana y titularidad de derechos.

3.5. El artículo 5, sobre principios procesales, también se integra al procedimiento directo. Indica la norma que el proceso penal se regirá por los siguientes principios, como parte de las garantías constitucionales del debido proceso, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas. Se pueden citar entre otros: oficialidad, legalidad, favorabilidad, *in dubio pro reo*, inocencia, oportunidad, defensa, igualdad, doble conforme, prohibición de empeorar la situación del procesado, prohibición de obligación de incriminación, prohibición de doble juzgamiento, comparecencia obligatoria, juzgador natural, intimidad, seguridad jurídica y protección de derechos. Dirección judicial del proceso: la o el juzgador, de conformidad con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias.

Impulso procesal. Publicidad. Motivación: Las o los juzgadores deberán fundamentar adecuadamente sus decisiones. En particular, deberán pronunciarse en las sentencias, resoluciones o autos sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso. No habrá motivación si en la providencia no se enuncian las normas o principios jurídicos en los que se funda y no se explicare la pertinencia de su aplicación. Las providencias que no se encuentren debidamente motivadas se considerarán nulas. Imparcialidad. Gratuidad. Verdad procesal. Buena fe y lealtad procesal. Privacidad y confidencialidad. Objetividad.

Intermediación. Las o los juzgadores celebrarán audiencia en conjunto con los sujetos procesales; deberán estar presentes con las partes, para la evacuación de la prueba, los medios de prueba y demás actos procesales que estructuran de manera

fundamental el proceso penal. Aquí resulta oportuno decir que a la audiencia de juicio directo que establece el artículo 640 hay que citar a la víctima, pues, de acuerdo con el artículo 12 del COIP, “En todo proceso penal”, la víctima de las infracciones gozará, entre otros, de los siguientes derechos:

2. A la adopción de mecanismos para una reparación integral de los daños sufridos que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso específico.
7. A ser asistidas antes y durante la investigación, las etapas del proceso y el incidente de reparación integral por una abogada o un abogado particular o del Estado.
8. A que se consideren sus intereses, al adoptar una decisión sobre bienes jurídicos de su disposición en relación al ejercicio de la persecución de la infracción penal.
11. A ser informada del resultado final del proceso, en su domicilio, si fuere conocido, aun cuando no haya intervenido en él.
12. A ser tratadas en condiciones de igualdad y cuando amerite, aplicar medidas de acción afirmativa que garanticen una investigación, proceso y reparación, en relación a su dignidad humana.

Oralidad: El proceso se llevará a efecto mediante el sistema oral y las decisiones se tomarán en audiencia, tal como lo reitera el artículo 560. Sin embargo, el procedimiento directo tiene naturaleza mixta, por cuanto el numeral 6 del artículo 640 indica que las partes, hasta tres días antes de la audiencia de juicio directo, realizarán el anuncio de pruebas por escrito.

Celeridad: El proceso será rápido y oportuno, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. Una vez iniciado el proceso, los operadores de justicia están obligados a proseguir el trámite dentro de los plazos legales y evitar dilaciones innecesarias.

Concentración: La o el juzgador deberá reunir o concentrar y realizar la mayor cantidad de actos procesales en una sola audiencia. Cada tema en discusión se resolverá de manera exclusiva con la información producida en la audiencia destinada para el efecto. Este principio procesal está en conexión con el numeral 1 del artículo 640, que indica que el procedimiento directo concentra todas las etapas del proceso en una sola audiencia.

Los principios de celeridad y concentración se vinculan estrechamente con el procedimiento directo, porque como lo indica el numeral 1 del artículo 640, concentra todas las etapas del proceso en una sola audiencia: la audiencia del juicio directo. Es decir, se ingresa de plano a audiencia del juicio sin la fase de evaluación y preparatoria del juicio (artículo 601). Cuando se trata de flagrancia, realizada la audiencia de calificación de flagrancia prevista en el artículo 529 se pasa a la audiencia de juicio directo. En los casos de no flagrancia, como lo indica el numeral 5 del artículo 640, concluida la audiencia de formulación de cargos, la o el juzgador señalará día y hora para la realización de la audiencia de procedimiento directo, en el plazo máximo de diez días.

El artículo 640 no indica cuál es el contenido de esa audiencia de juicio directo, por lo tanto, para saber cuáles son los contenidos que hay que cumplir, debemos integrar el procedimiento directo con las disposiciones pertinentes de la etapa del juicio, que van del artículo 609 al 618 del COIP, en particular lo atinente a los principios: “En el juicio regirán, especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observarán los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física de la o el juzgador y presencia obligatoria de la persona procesada y de la o el defensor público o privado, con las salvedades del juzgamiento en ausencia previstas en la Constitución”¹⁴.

Contradicción: Los sujetos procesales deberán presentar, en forma verbal, las razones o argumentos de los que se crean asistidos; replicar los argumentos de las otras partes procesales; presentar pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra. Esto significa que en el procedimiento directo se otorga a las partes la posibilidad de pedir pruebas, objetar y alegar. Es decir, también resultan aplicables al procedimiento directo lo relacionado con las reglas acerca de práctica de pruebas (artículos 615, 616 y 617).

Como el numeral 2 del artículo 640 establece que el procedimiento directo “procederá en los delitos calificados como flagrantes”, hay que integrar ese numeral con el artículo 6 que trata sobre “Garantías en caso de privación de libertad”. En todo proceso penal en que se hubiere privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías:

¹⁴ Artículo 610 del COIP.

1. En infracciones flagrantes¹⁵, la persona deberá ser conducida ante la autoridad judicial competente para la correspondiente audiencia que se deberá realizar dentro de las veinticuatro horas siguientes a la aprehensión.
2. Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por la o el juzgador competente.
Las personas procesadas que se hallaren privadas de libertad permanecerán en los centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos. Los Centros de Privación de Libertad funcionarán exclusivamente bajo la autorización y control del Sistema de Rehabilitación Social. En consecuencia, se prohíbe cualquier forma de privación de la libertad en instalaciones no autorizadas de conformidad con la ley, así como toda forma de arresto, coerción o privación de la libertad derivada de procedimientos disciplinarios administrativos.
3. Se deberá verificar la edad de la persona procesada y, en caso de duda, se aplicará la presunción de minoría de edad hasta que dicha presunción sea desvirtuada por parte de la fiscalía dentro de la investigación.
4. Al ser detenida, toda persona, tendrá derecho a conocer, en forma clara y específica, las razones de su detención, la identidad de la o el juzgador o autoridad que la ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio.

¹⁵ En Colombia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia 25136 del 30 de noviembre de dos mil seis (2006), explica que el concepto de flagrancia funde entonces los fenómenos de flagrancia en sentido estricto y cuasiflagrancia. Ha dicho la Sala: "Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término la actualidad, esto es la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo término la identificación o por lo menos individualización del autor del hecho.

No puede ser considerada flagrancia cuando la persona es reconocida al momento de cometer el delito pero es capturada mucho tiempo después. En efecto, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial de la libertad en los casos de flagrancia es la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible la obtención previa de la orden judicial".

Se entiende que hay flagrancia cuando:

- "1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito.
2. La persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho.
3. La persona es sorprendida y capturada con objetos instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él".

En el primer caso, el sorprendimiento es concomitante a la captura, en tanto que se ejecuta al momento de cometer el delito. Esta situación resulta evidencia de difícil controversia frente a la identificación e individualización del autor, independientemente de las razones que puedan o permitan explicar su comportamiento.

En el segundo caso, a la persona también se le sorprende cometiendo el delito, sólo que la captura no ocurre en ese preciso momento, sino inmediatamente después, y como consecuencia de la persecución o voces de auxilio de quien presencia el hecho, pues sabe quién es el autor y cuál es su identificación o las señales que lo individualizan.

El tercer supuesto hace referencia a un sorprendimiento posterior a la comisión del hecho. Aquí la captura no tiene una actualidad concomitante a su ejecución puesto que no se requiere que alguien haya visto a su autor cometiendo el delito, sino que son los objetos, instrumentos o huellas que tenga en su poder, los que permiten concluir "fundadamente", esto quiere decir, con poco margen de error, que "momentos antes" lo ha cometido o participado en él.

También hay que tener en cuenta los artículo 526 sobre la aprehensión en delito flagrante y 527 sobre el concepto de flagrancia, que indica:

Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida. No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión.

También el **529** sobre la audiencia de calificación de flagrancia.

4. Coherencia y cambio cultural. Todas las declaraciones que hemos enunciado no se pueden quedar en el discurso, en meras declaraciones lingüísticas, en pensamientos y sentimientos, sin acción. Es imperioso el cambio cultural. Todo proceso de cambio social requiere de servidoras y servidores activos y responsables que se comprometan con la acción, porque inútil resulta cualquier reflexión o conocimiento que no resuelve problemas. La acción es tan fundamental que cuando se realizan diagnósticos o evaluación de la gestión, para ver si se cumplen las competencias en el desempeño diario, se toman como indicadores los reales comportamientos exhibidos. Sin acción no cambian las cosas. Si pensamos, reflexionamos, sabemos, sentimos, hablamos, pero no hacemos nos quedamos en la literatura, en la incoherencia: por un lado el discurso por el otro la acción, los comportamientos.

Es relevante indicar que, desde la exposición de motivos, al Código se indica que en las últimas décadas el Ecuador ha sufrido profundas transformaciones económicas, sociales y políticas, que hacen necesario reformar el sistema jurídico y la administración de justicia. Dentro de este proceso, la actualización y modernización de la legislación penal era un imperativo inaplazable y urgente. Actualizada las normas correlativamente tiene que haber un cambio en las personas, para que administren justicia e interpreten cualquier procedimiento en concordancia con los valores superiores que se mencionan en esta ponencia.

Y es crucial que cada servidor público asuma que hay que cambiar la cultura de la morosidad. Se exigen cambios personales y organizacionales, una auténtica reingeniería. Reingeniería es empezar de nuevo. “Lo que significa abandonar procedimientos establecidos hace mucho tiempo y examinar otra vez desprevénidamente el trabajo que se requiere para crear el producto o servicio de una compañía y entregarle algo de valor al cliente”. Rediseñar es echar a un lado sistemas viejos y

empezar de nuevo. Implica volver a empezar e inventar una manera mejor de hacer el trabajo. Exige una revisión fundamental y el rediseño de procesos para alcanzar mejoras espectaculares en medidas críticas y contemporáneas de rendimiento, tales como costos, calidad, servicio y rapidez¹⁶. Es romper paradigmas. El paradigma es el conjunto de prácticas o teorías que rigen durante determinado tiempo, pero que pueden dejar de regir gracias a los cambios que ofrece la realidad y a las mismas revoluciones científicas y sociales. El cambio de paradigma, se expresa en las organizaciones mediante el cambio en la cultura, en la cosmovisión, en la manera de hacer las cosas, en los valores, en los hábitos, en las relaciones, en la tecnología, en la estructura organizacional, en las funciones, los procedimientos internos, simplificación de procesos, en la coordinación interinstitucional.

Hemos caído los abogados en la creencia de que las cuestiones litigiosas deben ser demoradas en su solución, cargadas de trámites, de recursos, de todo tipo de dilaciones. Debemos, respetando principios esenciales del derecho procesal, ayudar a la eficiencia e interiorizar con empatía lo que sienten las partes en disputa y como cada caso resuelto aporta a la convivencia pacífica, ayuda a descongestionar, a reducir costos y a resolver otros casos pendientes de manera rápida. Construir acuerdos y resolver oportunamente las controversias es contribuir a la paz tan anhelada y apreciada, contrario a lo que sucede en países donde hay tanto conflicto que se resuelve de manera negativa y prolongada.

Esto exige conciencia y compromiso de los jueces y de los abogados litigantes acerca de la necesidad social de entregarles soluciones oportunas a los ciudadanos, sin buscar injustificadas dilaciones. Jueces, fiscales y abogados competentes que asuman el compromiso de no dilatar o no permitir dilatar, porque de manera empática sienten la necesidad de resolverle los problemas a la gente, de aportar a la armonía social. Cada diferencia resuelta es una luz a la paz.

En esta línea de pensamiento no puedo pasar por alto que en la exposición de motivos del Código se indica que en las últimas décadas el Ecuador ha sufrido profundas transformaciones económicas, sociales y políticas, que hacen necesario reformar el sistema jurídico y la administración de justicia. Dentro de este proceso, la actualización y modernización de la legislación penal era un imperativo inaplazable y urgente. Actualizada las normas correlativamente tiene que haber un cambio en

¹⁶ Michael Hammer y James Champy. Reingeniería. Olvide lo que usted sabe sobre cómo debe funcionar una empresa. ¡casi todo está errado! Grupo Editorial Norma. 1994. Pág. 33.

las personas, para que administren justicia e interpreten cualquier procedimiento en concordancia con los valores superiores que se mencionan en esta ponencia.

Esta crítica constructiva está llamando al cambio, a generar aprendizajes, a partir de la necesidad de contar con abogados y abogadas y servidoras y servidores públicos que sumen un conjunto de exigentes competencias: Herramientas para argumentar, sensibilidad ético-política frente a los valores constitucionales; orientación humana del asunto, manejo de las emociones, participación y democracia; habilidades comunicativas; manejo del lenguaje verbal y no verbal, para hacer uso adecuado de oralidad, mediante la pronunciación de discursos persuasivos; escribir textos claros y sencillos; conocimientos especializados de su área de especialización; pensamiento lógico; idoneidad para describir, narrar y probar los hechos; plantear y solucionar problema jurídicos; construir una tesis o teoría del caso con soporte fáctico, probatorio y jurídico; análisis jurisprudencial, uso del precedente, identificación de los diferentes tipos de argumentos y métodos de interpretación; debatir, conversar, refutar; comprensión de los fines, valores y principios del sistema jurídico y capacidad para resolver en justicia y equidad los casos particulares¹⁷.

III. Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto podemos concluir: Para hacer frente a la crisis de la administración de justicia es indispensable ofrecer respuestas ágiles a los conflictos que surgen en la convivencia social, para materializar el mandato constitucional que consagra que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediatez, celeridad y economía procesal. El “procedimiento directo” requiere para su correcta aplicación de una lectura sistemática de acuerdo con los contenidos del Código Orgánico Integral Penal y de la Constitución del Ecuador. Por último, hay que sensibilizar y educar a los servidores acerca del indispensable cambio cultural que demanda la reforma para materializar los propósitos y lograr coherencia entre las declaraciones normativas y el comportamiento de los servidores y servidoras de la función judicial.

¹⁷ El texto jurídico, redacción, argumentación y oralidad. Carlos Arturo Cano Jaramillo.

Bibliografía

- Cano Jaramillo, Carlos Arturo (2014). *El texto jurídico, redacción, argumentación y oralidad*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andres Morales.
- Cano Jaramillo, Carlos Arturo (2013). *Procedimiento Penal Acusatorio, Oralidad, Debate y Argumentación*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Cárdenas Gracia, Jaime. *La argumentación como derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-406 del 5 de junio de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 25136 del 30 de noviembre de 2006.
- Legaz y Lacambra, Luis (1976). *“El derecho y el amor”*. Barcelona: Bosch Casa Editorial.
- López, Hernán Fabio (2002). *Procedimiento Civil, parte general*. Tomo 1. Dupre Editores Ltda.

El juicio oral en el proceso penal colombiano

Javier Zapata Ortiz

“...El simple sometimiento a proceso comienza a actuar como pena para el acusado...”

Carnelutti, Francesco

“La detención preventiva o custodia cautelar es una efectiva pena con el frecuente efecto de grave descrédito público que la divulgación periodística de las investigaciones provoca. El escarnio, la mofa pública, los juicios paralelos...”

Fiandaca, Giovanni

“La palabra es un gran soberano que, con un cuerpo pequeñísimo y totalmente invisible, realiza acciones divinas”

Gorgias, Encomio a Elena, 8

1. Introducción

El proceso penal acusatorio colombiano o ley 906 de 2004, en los artículos 9, 145, 147, 161, 163, 446 y 529, regula la oralidad como principio rector, en todas las cuestiones preprocesales como procesales y las cuestiones que se debatan se resolverán inmediatamente en la misma audiencia y las personas que allí intervengan quedan notificadas en estrados, en la misma audiencia, por el mero proferimiento oral de la decisión o providencia.

En el procedimiento penal colombiano se tienen clasificadas tres providencias: las sentencias, los autos y las órdenes verbales. Se prohíbe cualquier clase de transcripciones, excepto las citas o referencias apropiadas para la debida fundamentación de la decisión y el sentido del fallo se dará a conocer inmediatamente después de manera oral y pública.

Es obligatorio capacitar en oralidad a todos los servidores judiciales, de lo cual se debe llevar un registro.

Pero del dicho al hecho hay mucho trecho. Lo que teóricamente suena hasta melódico, en la praxis judicial tiene obstáculos de orden cultural y de implementación. Y el primero de dichos obstáculos es nuestra arraigada cultura escrituralista y formularia.

Además debe tenerse en cuenta que el principio de publicidad, que también dice relación con la oralidad, en determinados eventos puede restringirse según lo contemplan los artículos 149 al 152^a del citado cuerpo legal o la repetida ley 906 de 2004.

El juez, según lo consagrado el artículo 366 del código últimamente citado, tiene poderes disciplinarios para que todo se cumpla, pero, vuelve y juega, en la práctica, nos encontramos con algunos obstáculos.

2. Desarrollo

La oralidad vista, desde lo meramente legislado, tal como lo pusimos de presente desde el comienzo, parece no tener reparo alguno, pero la cultura colombiana, no sé si la latinoamericana también, es rabiosamente escrituralista, pues la oralidad la teníamos consagrada en nuestro código laboral desde antaño, aproximadamente desde 1945, pero en ningún momento fue puesta en práctica por nuestros jueces.

Lo que resalto hoy es que si nos preparamos para ensayar un nuevo método de juzgamiento, como lo es el oral, pues debemos abordarlo epistémicamente, esto es, desde la lingüística, la filosofía del lenguaje, la retórica y la pragmática.

Hablemos de lo elemental que no superficial de la oralidad o de la comunicación humana, un tema que por creerlo consabido muchas veces no lo abordamos científicamente y damos por perfecta nuestra comunicación, pues, al fin y al cabo, no necesitamos de ninguna academia para poder hablar nuestra lengua materna.

Se trata de concienciar la importancia de la oralidad en la sociedad.

Se ha de ahondar sobre las funciones del lenguaje, el significado, el diálogo y la escritura.

Nuestros procedimientos judiciales tradicionalmente han sido escritos hasta la adopción del sistema penal acusatorio.

El derecho continental europeo solo tuvo en pequeño período de juicio oral. Lo demás fue puro procedimiento escrito.

Se suele afirmar que el procedimiento inquisitivo se acomoda a lo escrito y el de corte acusatorio a la oralidad, siendo la cultura anglosajona y norteamericana los

abanderados en esta forma de juzgamiento. Que, por tanto, hay más lentitud en el juzgamiento por medio del primero que del segundo o acusatorio, que es más rápido, más fluido, en lo que todos estaríamos de acuerdo.

De ahí que resulte tan caro a este último sistema de juzgamiento los principios de celeridad, inmediatez y concentración y que se acuda a las audiencias para que también el principio de contradicción o, lo que es lo mismo, de escuchar al contrario en los debates refulja con toda intensidad. Lo definitorio para saber si un sistema de juzgamiento es acusatorio o no basta para saber si se trata de dos órganos en disputa, la acusación y la defensa y un tercero imparcial, que es el juez, quien soluciona el conflicto.

Sin embargo, dije que debemos hacer el esfuerzo, desde la óptica de esta charla, por entrar en la fundamentación de la oralidad, examinando interdisciplinariamente ciertos temas:

a. El lenguaje

Es un vehículo de pensamiento, del significado, del sentido de lo humano, de la construcción social.

De ahí que surjan preguntas aún sin respuestas categóricas, acerca de cómo surgió el lenguaje humano, qué es lo que lo distingue del de los animales, de si el hombre ha hecho el esfuerzo de estudiar el de estos últimos.

En lo que si hay unanimidad es en que la oralidad surgió primero que la escritura (preludio de la modernidad con la invención de la escritura por Gutenberg) y que la gestual o lenguaje de señas o mímica precedió al lenguaje oral o verbal como también se lo llama.

Que no es impertinente de ninguna manera pensar en sede del tema del lenguaje, ahondar en el origen de las palabras (se habla de un lenguaje natural y de un lenguaje artificial o convencional). Es menester volver a las lecturas de Platón y de los sofistas. También de Aristóteles, Chaim Perelman, Chomski y cuantos más. Todo por cuanto los artistas todos y entre ellos los penalistas hablamos de verdad procesal (aludimos a una verdad ontológica o a una retórico—argumentativa o consensual).

En derecho: informamos, describimos, narramos, entrevistamos, dialogamos, argumentamos, y todo esto lo hacemos a través del lenguaje.

El lenguaje es un asunto colectivo que nos sirve para interactuar en nuestra vida social y laboral.

b. Funciones del lenguaje

b1. Función epistemológica

Las palabras representan la realidad o la interpretan. Con razón Nietzsche se preguntaba si existen hechos o interpretaciones de hechos.

Es a través del lenguaje que damos a conocer los hechos, la imputación objetiva de los mismos a un autor, la finalidad, las circunstancias temporo–espaciales y modales.

Ejemplo: apuñaló en cólera a su vecino. Este enunciado representa una realidad. Es en la teoría del caso donde se exponen realidades para la persuasión de acuerdo al rol socio-jurídico.

Por el modo en la presentación del tema podemos descubrir fácilmente si habla el juez, la fiscalía, la defensa, el tercero civilmente responsable, etc. El lenguaje es el vehículo del pensamiento y del conocimiento.

b2. Interactuación a través del lenguaje

A la función cognitiva le agregamos la función interactiva (la comunicación con los semejantes). Nos reconocemos en los acuerdos y en los desacuerdos. En la actividad judicial, verbigracia ¿me admitieron la demanda? ¿profirieron las medidas provisionales o cautelares de embargo y secuestro?

Podemos constatar esta función en los interrogatorios, contrainterrogatorios, entrevistas.

El discurso se orienta precisando quiénes son los interlocutores y los propósitos que se proponen en el diálogo y la conversación. Se trata del emisor-mensaje-destinatario.

b3. La comunicación como la expresión de la emotividad

A través de la misma expresamos nuestra psicología interna, nuestra subjetividad (gustos, motivaciones, emociones, prejuicios).

En resumen, el lenguaje cumple tres funciones: la cognitiva, la interactiva y la expresiva.

b4. El significado

El sentido de la comunicación se obtiene por medio de las tres antedichas funciones y de aquí surgen los discursos especializados de acuerdo con los contextos sociales y culturales.

| Tipo de discurso | Práctica |
|-------------------------|--------------------------|
| Médico | Autopsia |
| Científico | Conferencia - Ponencia |
| Religioso | Cánticos - Homilías |
| Jurídico | Alegato - Interrogatorio |
| Publicitario | Anuncios - Cuñas |
| Periodístico | Crónicas - Reportajes |

Se concluye que un mismo hecho puede ser presentado de manera diferente, lo que hay que tener en cuenta en el rol judicial. Nos podemos referir al mismo en un discurso ordinario, pero también nos podemos referir al mismo en un lenguaje especializado, para el caso el jurídico si es que allí se calumnió, injurió o desencadenó en rebelión o sabotaje.

El lenguaje es un comportamiento social y está sometido a reglas sintácticas, pero también a reglas sociales.

b5. El diálogo y el sentido

El diálogo es la comunicación entre tú y yo. Luego se establece un *big back* de mensajes.

Es la *mayéutica* cuyo iniciador fue Sócrates, con el método de la pregunta y la respuesta.

Ejemplo: la demandante es Rocío Durcal? Si se trata de un hurto de propiedad intelectual, ¿para cuándo es la audiencia? Para esta fecha y hora.

| | |
|---|--|
| Hecho en la realidad | Algo pasó |
| Construcción del hecho en el lenguaje ordinario | Alguien cuenta a alguien lo ocurrido |
| Contexto jurídico y discurso ordinario | Testimonio |
| Contexto jurídico y discurso jurídico | Teoría del caso por la fiscalía y eventualmente por la defensa |

La escritura está hecha para las novelas y los cuentos, pero para el foro la modalidad de su realización es la oralidad. Aquí lo importante es hablar y escuchar. Por eso con humor se dice que tenemos dos orejas para escuchar más y una sola boca, para hablar menos. Referimos a un locutor, un mensaje y a un interlocutor. Esto es así en tratándose de un cara a cara, una conversación telefónica o de una comunicación telemática, la Internet. Bajtin lo recalca en los siguientes términos:

Todo discurso es dialógico, esto es, orientado hacia alguien que sea capaz de comprenderlo y darle una respuesta. Esta orientación hacia otro, hacia el interlocutor nos plantea la necesidad de tener en cuenta la relación social y jerárquica existente entre los interlocutores.

c. La oralidad en el derecho

La oralidad es una forma de realización del lenguaje y dijimos que tiene tres funciones (la cognitiva, la interactiva y la que expresa nuestras propias emociones, a modo de que los protagonistas son quien habla y quien escucha).

Un servicio se presta en y desde la acción comunicativa. Quien solicita un servicio por interés o necesidad hasta que obtiene respuesta, lo hace por medio de palabras. John Austin, filósofo del lenguaje ordinario, lo definía así: “decir algo es hacer algo”. Se refería al lenguaje locucionario, ilocucionario y performativo. Así, quien jura o se casa no solo pronuncia estas palabras sino que realiza los hechos a que se refiere. Es decir, realizamos de habla, como también lo sostiene John Searle, en su famosa obra del mismo nombre.

En derecho se pregunta, se responde, declaramos, ordenamos, autorizamos. O sea, representamos la realidad, la sugerimos, injerimos en las acciones ajenas y comunicamos nuestro mundo interno.

Y aquí viene lo más trascendente del tema:

Hay enunciados lingüísticos constitutivos, que admiten verdad y falsedad y los performativos que se usan para realizar acciones mediante palabras. El derecho en general y el penal en particular juega con esta última clase de lenguaje, que solo admite el calificativo de más o menos racional, razonable, plausible, que no admite el juicio de verdadero o falso.

En la rama judicial realizamos actos con palabras a la manera en que lo propone Austin. Transcribo, por su interés, los elementos que, según Hymes, contiene una comunicación:

c1. La situación

Se entiende en un doble sentido. En primer lugar, se refiere a la localización espacial y temporal en la que ocurre el encuentro comunicativo. Incluye el lugar y el tiempo en que se da la comunicación. En segundo lugar, la situación hace alusión a la atmósfera situacional que hace asociar determinadas organizaciones espacio temporal a unos eventos y no a otros.

Por ejemplo, un lugar como una discoteca sugiere un tipo de interacción verbal informal, mientras que un despacho, por el contrario, define un tipo de interacción formal. Estas circunstancias determinan la elección, por parte del hablante, de elementos gramaticales adecuados para expresar la significación, así como la interpretación realizada por el interlocutor, quien también percibe y da significado a las circunstancias no lingüísticas (volumen de la voz, entonación y contacto visual).

c2. Los participantes

Son las personas que intervienen en la interacción. Cada uno de ellos presenta características sicosociales como edad, sexo, clase, repertorio verbal, bagaje de conocimientos, creencias, supuestos y rasgos culturales que influyen en el momento de establecer la interacción comunicativa.

c3. Las finalidades

Se refieren tanto a los objetivos como a los productos que se pueden tener como resultado de la interacción.

c4. Las secuencias de los actos

Es la manera como se estructura y organiza lo que se va diciendo de la interacción. Es la forma en que el tema o los temas se presentan o se desarrollan o cambian a lo largo de la interacción.

c5. La clave

Se refiere al grado de la formalidad-informalidad de la interacción, relacionando con el tono en que se asume la interacción (serio/lúdico; consensual/conflictivo; íntimo/distante).

c6. Los instrumentos

Incluyen: 1) el canal, es decir, el medio a través del cual circula el mensaje; en el caso de la comunicación moral cara a cara, el canal es auditivo y visual. En el caso de la comunicación telefónica solo auditivo; 2) las formas de hablar, es decir, el repertorio verbal o vocabulario que se elige en un intercambio concreto; y 3) los elementos cinéticos y proxémicos que acompañan a los actos de habla.

c7. Las normas

Son principios que rigen tanto la interacción como la interpretación. Las primeras regulan la toma de la palabra, para establecer quién puede intervenir y quién no, de qué manera se interviene (puede ser espontáneamente o pidiendo la palabra), si se puede interrumpir o no, si es necesario esperar a ser interrogado. Por su parte, las normas de interpretación se refieren a los marcos de referencias compartidos que permiten interpretar adecuadamente tanto lo dicho como lo dicho. Estos mecanismos posibilitan a los participantes realizar procesos de inferencia para interpretar las intenciones de los demás.

c8. El género

Es el tipo de hecho comunicativo que tiene lugar, es decir, si se trata de una conversación, una consulta, un debate político. El género discursivo se asocia a determinados usos de lenguaje que incluyen secuencias discursivas o textuales como la narración, la descripción, el diálogo, la explicación y la argumentación.”.

Un ejemplo de un diálogo en el anterior sentido es el siguiente:

Defensor: ¿ya se envió el expediente a la Corte?, ¿quién es el procesado? ¿a qué Magistrado le correspondió? ¿sabe la dirección de la Corte? Adiós.

La clave se encuentra en saber hablar y escuchar, porque quien escucha comprende el mensaje y quien habla realiza la significación, la que contiene características psicológicas, sociales, fisiológicas, obvio que lingüísticas en la interacción comunicativa, tal como lo señala Cassany, D. y otros. Se cree que escuchar es una actividad sencilla por la continuidad en que percibimos sonidos, pero no hay tal.

Empero, para escuchar bien debemos estar atentos, poner atención al interlocutor, en primer lugar; y, en segundo lugar, se requiere de habilidades para anticipar, seleccionar, deducir y recordar datos, para así establecer comunicaciones distintas, según sea el caso.

Es el caso de que en la praxis judicial: en las audiencias quien no se concentra para escuchar bien desempeñará incorrectamente su papel en la misma.

En los despachos se reciben llamadas telefónicas, aquí sí que hay que escuchar con atención. El fiscal o el juez dará órdenes y los receptores de las mismas deberán escucharlas correctamente, porque, de lo contrario, ni la fiscalía ni el juzgado realizarán con eficacia el procedimiento.

El filósofo del lenguaje Searle, ya mencionado antes, refiere que hablar es tomar parte en una forma de conducta compleja manejada por reglas no normativas, sino regulativas que adecuan su participación según la situación y a los interlocutores en el acto comunicativo. Para lograrlo –dice– hay que hacer uso de herramientas como el manejo de la voz, la velocidad al hablar y el contacto visual.

| FORTALEZAS AL ESCUCHAR | DEBILIDADES AL ESCUCHAR |
|--|---|
| 1. Reconozca las palabras escuchadas. | 1. Dedicarse a responder no sin antes entender. |
| 2. Diferenciar las palabras que aportan mayor información de las que no. | 2. Interrumpir al hablante. |
| 3. Conocer el propósito del hablante. | 3. No valorar el mensaje enunciado por interlocutor. |
| 4. Distinguir las ideas principales de las secundarias. | 4. Dar por entendido el mensaje sin terminar de escuchar a su interlocutor. |
| 5. Activar el saber que se tenga sobre el tema. | 5. Prestar más atención al ruido ambiental y muletillas. |
| 6. Guardar la información en la memoria para volver en cualquier momento sobre dicho tema. | |

En forma de síntesis, en nuestra actividad laboral debemos escuchar atentamente y debemos tomar apuntes como ayuda de memoria.

Debemos interrogarnos sobre ¿cuál es la solicitud que me hacen y en qué orden fue solicitada la información?

Y la toma de apuntes:

- Para recordar medios de prueba
- Organizar información
- Ayudar en la toma de decisión de fondo

En cuestiones de preacuerdos, acuerdos y negociaciones, estipulaciones, para recordar citas de jurisprudencia, normas.

Esencial es la planeación: precisar, de acuerdo al mensaje, el qué, para qué, a quién, dónde, cuándo y cómo.

Y concretar el objetivo de la comunicación según la situación del hablante. En el contexto de las fiscalías y juzgados los objetivos podrían ser: informar, preguntar, persuadir, dar directivas, concluir.

El que es el contenido del tema y puede contener diferentes actos de habla: preguntas, respuestas, requerimientos; o dar lugar a distintos discursos, como explicar, describir, narrar, argumentar. Por eso quien escucha debe entender lo que se le está solicitando y dar respuestas correctas a las preguntas.

Lo más que he pretendido con la exposición es hacer ver que si no reflexionamos sobre los temas aquí apenas esbozados y otros más, en dirección a una buena comunicación, nuestro quehacer judicial no rendirá los frutos esperados por nuestras entrañables comunidades.

Bibliografía

Austin, John (1982). *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Ed. Paidós.

Cassany D y otros (2001). *Enseñar Lengua*. España, Ed. Grao.

Jaimes Carvajal G. y otros (2006). *Comprensión de Textos Orales*. Bogotá: Escuela Judicial “Lara Bonilla”.

Perelman Chain (1998). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Ed. Savitas.

Puentes, Orlando. “Técnicas de las audiencias”. Bogotá: Escuela judicial.

Searle, J (2001). *Actos de habla*. Madrid: Ed. Catedra.

Todorov (1981). *El principio dialógico*. París.

Nuevos enfoques procesales en el campo del derecho contencioso administrativo y fiscal

Claire Legras

*Relatora Pública en el Consejo de Estado de Francia
Delegada del Consejo de Estado de Francia en el Equipo de Trabajo
de la Comisión Europea sobre la reforma del sistema jurisdiccional de Grecia
Especialista en el área contencioso fiscal, regulación bancaria,
derecho energético y urbanismo.*

Estoy muy contenta y honrada por haber sido invitada a participar en esta publicación.

Permítanme presentarme. Ejercer las funciones de Relator Público en el Consejo de Estado, que es la Corte Suprema de Francia con competencia en materia de derecho público. El ejercicio de estas funciones tiene por misión exponer los asuntos que se presentan al juzgar el recurso acerca del cual se concluye y dar a conocer, con total independencia, su apreciación, la misma que debe ser imparcial, sobre las circunstancias de hecho de la especie y de las reglas de derechos aplicables; que también expone, siguiendo su consciencia y su opinión acerca de las resoluciones a las que recurre el litigio sometido a la jurisdicción.

Sus conclusiones son orales y constituyen la parte esencial de la audiencia pública, se dan a conocer luego del cierre de la instrucción. En pocas palabras, tiene por propósito aclarar ciertos puntos a los magistrados reunidos para que puedan dictar sentencia; pero, además, ejerce ante las partes una función pedagógica de desciframiento de la decisión a tomar.

Para un miembro del Consejo de Estado francés, el tema que me proponen es particularmente muy pertinente. En efecto, en el transcurso de los últimos 25 años la jurisdicción administrativa ha experimentado importantes evoluciones: la introducción

de la oralidad en el desarrollo del juez único, la creación de procedimiento de urgencia en la irrupción de un tema prioritario de constitucionalidad. Estas han modificado profundamente su rostro y no han estado al margen de crisis y polémicas.

Antes de presentarles los aspectos más importantes de este movimiento de reforma, quisiera insistir en tres puntos: se trata de presentar una perspectiva acerca de los objetivos de esta reforma, sus principios de inspiración y el método aplicado.

Primero. Hace 15 o 20 años, la jurisdicción administrativa estaba en una situación delicada: tenía muchas dificultades para enfrentar un sinnúmero de demandas de primera instancia, que desde hace cuarenta años crecía a un ritmo de aproximadamente 6% al año, un número muy superior a aquel de las asignaciones en materia civil o mercantil, que se duplica cada 10 años.

Los procesos contenciosos clásicos han tenido un crecimiento rápido (impuestos, extranjería, urbanismo, etc y han aparecido nuevos procesos contenciosos (regulación económica, derecho al alojamiento). De un 15 a 20% de litigios registrados ante los tribunales de primera instancia son de orden fiscal —existe un poco menos de 25000—, pero hay que tomar en cuenta que la administración fiscal recibe previamente 3,6 millones de reclamos; por lo tanto, ésta protege al juez fiscal.

Este crecimiento se convierte en una carga pesada sobre los plazos de los juzgamientos que, en un período largo, se han degradado: ciertamente, las decisiones jurisdiccionales permanecían jurídicamente sólidas, pero se producían en plazos excesivos. Además, los procedimientos de urgencia no eran eficaces.

Segundo. El movimiento de reforma del cual les hablo forma un proceso cuasi-continuo desde hace al menos 15 años, que no ha dado lugar a una gran “ley-marco”; más bien, se trata de decenas de artículos de ley y decretos que han reformado tanto la organización cuanto los procedimientos de la justicia administrativa. Cada año, prácticamente, se deciden nuevos ajustes sobre la base del impacto de las reformas precedentes. Por consiguiente, los jueces y los agentes tienen dificultades para adaptarse a nuevos cambios simultáneos y esto necesita mucha pedagogía y acompañamiento. Pero este proceso también ha permitido reformas progresivas, guiadas por el pragmatismo y el ánimo de concertación.

Debe también señalarse que estas reformas han sido buscadas e impulsadas por el propio Consejo de Estado: desde el inicio, nuestra jurisdicción ha velado por dominar su destino y para tomar la iniciativa de las reformas que le competen.

Tercero. Pero, lógicamente, ésta ha sido guiada por el ánimo de responder de la mejor manera a las expectativas legítimas de los demandantes y ha tomado en cuenta las contribuciones de la doctrina y jurisprudencia: apertura a los ciudadanos, calidad y eficiencia de la justicia dentro de un contexto de recursos presupuestarios restringidos, lo que permite celeridad y equidad en los procesos, seguridad jurídica y eficacia de las decisiones emitidas.

El ambiente de trabajo del juez administrativo se ha transformado, ya sea en cuanto a la organización de las jurisdicciones y del estatuto de los magistrados o, bien, respecto del marco procesal en el cual se toman las decisiones.

I. El juez administrativo está más capacitado para tratar un proceso contencioso masivo

1. La carta de la jurisdicción administrativa ha sido reformada nuevamente

La jurisdicción se ha beneficiado, en primer lugar, de medios financieros y humanos considerables. Los tribunales contenciosos administrativos fueron creados en 1987. Al día de hoy, son 8; éstos asumen lo esencial de los recursos de apelación, en lugar del Consejo de Estado. Nuevos tribunales administrativos han sido creados. El número de magistrados de los tribunales y de las cortes, así como de agentes de la secretaría judicial de estas jurisdicciones ha aumentado considerablemente. Se han organizado concursos de méritos y oposición para el reclutamiento. Y las jurisdicciones administrativas acogen también cada vez más agentes de otras administraciones, por períodos de 2 a 4 años.

Este esfuerzo financiero ha jugado, indudablemente, un papel esencial en el saneamiento y absorción de los recursos existentes. Pero ha estado acompañado de considerables esfuerzos de productividad por parte de los magistrados y de los agentes de las secretarías judiciales.

Sin embargo, estos dos mecanismos encuentran hoy en día sus límites.

2. Se han implantado otros medios para acelerar el proceso de las causas felizmente

Se debe citar, en primer lugar, el desarrollo de las causas juzgadas por un juez único y esto en varios casos, acerca de temas considerables que dan lugar a procesos

contenciosos masivos que no presentan un argumento de derecho difícil, lo que no es de manera evidente siempre verdad: casos de función pública o impuestos locales, por citar dos ejemplos. Esta reforma era audaz, en la medida en la que contradecía principios bien establecidos en el derecho francés. Actualmente, en los tribunales administrativos, el 60% de las causas son instruidas por un juez único, sin audiencia ni conclusión de un relator público. El porcentaje alcanza el 30% en el Consejo de Estado.

Una de las principales respuestas para el crecimiento de los recursos ha sido entonces la disminución del tamaño del colegio de magistrados para dictar sentencia.

Por otra parte, en la mayor parte de campos judiciales en los cuales celebra sesión un sólo juez, la apelación no es posible; únicamente se puede acudir al Consejo de Estado, en calidad de juez de casación. Creo que en este punto hemos alcanzado un límite y que intentar ir más lejos pondría en peligro el derecho a un proceso justo. Incluso se ha previsto reintroducir la apelación a ciertas áreas.

Así mismo, el juez único puede emitir ordenanza, sin audiencia ni audición de un comisario del gobierno, cuando el litigio es manifiestamente inadmisibile, y no releva de su competencia; pero, de igual manera, cuando releva de una serie de casos idénticos dentro de los cuales el “caso de cabecera de lista” ya ha sido juzgado.

En efecto, las series de casos similares pueden ser juzgados de manera rápida gracias a un procedimiento especial que permite al Consejo de Estado pronunciarse antes que cualquier otro tribunal lo haya hecho, con base en una solicitud de dictamen de uno de los dos. El dictamen es emitido en un plazo de tres meses.

Otro punto es que el gobierno puede también solicitar al Consejo de Estado un dictamen acerca de un tema de derecho ex-ante para garantizar la legalidad de las decisiones.

Numerosos progresos dentro de la organización material del trabajo han sido, así mismo, promovidos. La jurisdicción administrativa, cuyo trabajo ya está ampliamente computarizado, generaliza los intercambios desmaterializados con las partes. En adelante, y a todo nivel, la presentación de las demandas y los intercambios de escritos pueden realizarse por vía informática.

3. Los resultados son muy positivos

A pesar del crecimiento de procesos contenciosos, los plazos de juzgamiento se han reducido notablemente. A todos los niveles de la jurisdicción administrativa, tribunales administrativos, cortes administrativas de apelación, Consejo de Estado, la acumulación de causas en instancia es hoy en día inferior a la capacidad anual de juzgamientos. Los plazos previsibles de sentencias son, por lo tanto, menores a un año y el porcentaje de litigios cuya instrucción sobrepasa los dos años se vuelve residual.

II. Dos grandes reformas han contribuido, más allá de su capacidad de hacer frente al aumento de los procesos contenciosos, a la eficacia del juez administrativo

1. Los procedimientos de urgencia

Una de las mayores innovaciones del procedimiento administrativo se origina en la refundación de los procedimientos de urgencia, a través de la Ley del 30 de junio de 2000. Esta ley, impulsada por el Consejo de Estado, ha aportado una respuesta a la crítica de la lentitud o ineficacia que era dirigida al juez administrativo.

Esta ley ha instituido dos nuevos procedimientos sobre medidas cautelares en urgencia: la de la suspensión cautelar y la decisión de libertad. La primera puede portar sobre cualquier decisión administrativa, incluso de denegación, implícita o explícita. La suspensión es otorgada si la urgencia lo justifica y si el juez estima que en el estado de la instrucción, un medio es de naturaleza para hacer dudar la legalidad de la decisión impugnada.

En cuanto a la decisión de libertad, ésta permite al juez asegurarse por él mismo, para un procedimiento de urgencia, la salvaguarda de las libertades públicas. Recientes litigios, muy mediáticos, han demostrado la importancia de esta vía de recurso: el Consejo de Estado ha confirmado la prohibición de un espectáculo altamente antisemita; y ha sido solicitado, también, en la decisión de un médico que desea detener la alimentación e hidratación artificial de las que se beneficiaba un paciente con un alto nivel de discapacidad causado luego de un accidente, pero de quien la esperanza de vida era óptima.

Gracias a estos procedimientos, el juez administrativo ejerce su oficio en el tiempo de la acción administrativa. La realidad de su control, de esta forma, aumentó considerablemente mientras que sus relaciones con la administración y las partes procesales tomaban otro rumbo.

2. La ejecución de las decisiones de justicia

Bien asegurada, ya en la práctica, la ejecución de las decisiones de justicia ha sido reforzada por la posibilidad abierta al juez por una ley de 1980 de sancionar, eventualmente acompañadas de un mandamiento judicial variado desde una ley de 1995, de aplicación muy habitual. De esta manera, podemos ordenar al Primer Ministro promulgar un decreto en un plazo determinado, prescribir la emisión de un visado de estadía o exigir el reconsiderar el estudio de una demanda de urbanismo. Descentralizadas en las diferentes jurisdicciones, los procedimientos de ejecución que pueden ser transferidos en los raros casos donde las dificultades persisten son implantados con eficacia.

La jurisprudencia ha tomado parte en esta renovación. Fundamentalmente, ha abierto una brecha en el principio de carácter retroactivo de anulación contenciosa, según el cual “los actos anulados son considerados como si no hubieran jamás intervenido”; en efecto se ha reconocido al juez administrativo la posibilidad de modular en el tiempo los efectos de sus decisiones de anulación y, por ejemplo, decidir que se deben aplicar en una fecha ulterior.

III. Las garantías concedidas a los litigantes en el juicio han aumentado o han sido redefinidas

Aquí, quisiera evocar dos puntos: la reforma de la audiencia pública y el refuerzo de las garantías de imparcialidad de los jueces.

1. El diálogo con las partes se ha reforzado gracias a una nueva concepción de la audiencia pública

Evidentemente, la duración de los procedimientos no es el único criterio de calidad de la justicia aplicada. Entre los progresos a lograr, era también deseable adaptar el proceso administrativo con el fin de promover la transparencia del procedimiento y dar más sustancia al diálogo del juez con las partes. Estas evoluciones eran igualmente necesarias para responder a las exigencias europeas de equidad del juicio.

Éstas pasan, en primer lugar, por una *nueva concepción del rol de la audiencia pública*.

Por mucho tiempo, ésta no ha tenido en práctica otro contenido que el pronunciamiento de las conclusiones del relator público. El carácter escrito del procedimiento ante el juez administrativo explica que la audiencia juega un rol, prácticamente nulo, cuando se trata de intercambios entre las partes. Los métodos del trabajo del juez lo conducen a forjarse, muy a menudo, desde antes de la audiencia y luego de un primer intercambio dentro de la formación de juzgamientos durante la sesión de instrucción, una idea bastante precisa de lo que podría aportar en un litigio.

Para responder a las aspiraciones de los litigantes, para quienes la audiencia es nada menos que el término de un largo proceso, y que a veces desean entablar un diálogo muy breve con el juez, un lugar importante ha sido reconocido en la oralidad dentro de la instancia; ésta es indisociable de un mejoramiento de lo contradictorio en la audiencia.

El desarrollo de la oralidad de los debates es, así, un rasgo que marca las evoluciones procesales. La medida cautelar ha contribuido de manera decisiva. Presentes, igualmente, en los procedimientos de urgencia aplicables en materia de deportación de extranjeros, los debates orales, además, han tomado lugar en los procedimientos de derecho común, a través de las audiencias consagradas en la instrucción de causas particularmente complejas o de la posibilidad para las partes de expresarse en la audiencia luego de las conclusiones del relator público. Si el procedimiento resta principalmente escrito, éste se completa útilmente de los elementos orales.

En efecto, las partes tienen acceso antes de la audiencia, al sentido de las conclusiones del relator público y éstas pueden luego presentar las observaciones orales y depositar una nota remitida al juez.

Estas innovaciones han contribuido a dar un nuevo perfil a la sesión pública y a reforzar la oralidad del procedimiento, pero también, y sobre todo, a la calidad del diálogo entre el juez y las partes. De este modo, la audiencia se ha vuelto interactiva y más útil, jugando un rol incrementado dentro del proceso administrativo. Ahora, hay más contradicción y, por lo tanto, más equidad dentro del proceso.

También quisiera mencionar aquí la reflexión actual del Consejo de Estado acerca de la *redacción de los fallos de justicia*. Tenemos una práctica marcada por la brevedad, es lo que se conoce como un estilo “romano”, sin que figuren en nuestras decisiones los largos recapitulativos de los hechos y de las referencias

jurisprudenciales, como en los fallos de la Corte de Justicia de la Unión Europea o de la Corte Europea de Derechos Humanos. Además, aplicamos lo que conocemos como economía de medios: cuando un solo medio justifica la anulación, los otros no son evocados. Estimamos que no siempre es fácil encontrar en las largas redacciones privilegiadas por las cortes europeas, el motivo determinante de la decisión del juez.

Ciertos miembros de la jurisdicción o usuarios litigan, sin embargo, en favor de decisiones más desarrolladas y explícitas. Para hacer sus decisiones más legibles y accesibles, la jurisdicción administrativa ha emprendido una vasta reflexión acerca de sus métodos de redacción. Las primeras medidas, como la numeración de los párrafos, más subtítulos, una mejor explicitación de los razonamientos de hecho y de derecho, ya se encuentran implantados. Ciertos experimentos están en marcha para ir más lejos; pero esto es un tema que suscita mucha pasión, puesto que para muchos es difícil renunciar a ciertas fórmulas precisas pero que son consideradas arcaicas. No obstante, esto constituye un contexto esencial para facilitar la comprensión de las decisiones y de los razonamientos sobre los cuales reposan.

2. La imparcialidad está así mejor resguardada

Las reformas de procedimiento son, además, inseparables de otro objetivo, constantemente perseguido: la voluntad de reforzar, dentro de la organización de la jurisdicción administrativa, las garantías del proceso justo.

El Consejo de Estado posee, desde el inicio, una especificidad que comparte con raras instituciones: su dualidad de competencia. Es, a la vez, corte suprema de la jurisdicción administrativa y consejero jurídico del gobierno. Respecto a este tema, interviene, dentro del marco trazado por la Constitución, para examinar, en el seno de las “secciones administrativas”, diferentes de las “secciones contenciosas”, los proyectos de ley antes de que sean sometidos a una cámara parlamentaria, al igual que las ordenanzas y proyectos de decreto más importantes.

Las actividades contenciosas y consultivas del Consejo de Estado se encuentran, en adelante, separadas de mejor manera. Hoy en día, un miembro del Consejo de Estado no puede participar en el juicio de los recursos dirigidos contra los actos tomados luego de un dictamen del Consejo de Estado, si éste ha tomado parte en la deliberación de esta decisión. Este principio existía anteriormente, pero como forma costumbre. Este mismo decreto ha modificado la composición

de la formulación de juzgamientos, para suprimir la presencia de un miembro representante de las secciones administrativas. Otro texto ha consagrado la práctica según la cual los miembros de la formación de instrucción y de juzgamiento de Consejo de Estado no pueden tomar conocimiento de los dictámenes y expedientes de la formación consultiva sobre las causas ya conocidas durante el proceso contencioso.

Finalmente, se ha adoptado una carta deontológica de los jueces administrativos. Lo que ésta hace es codificar las reglas que los miembros se imponen, pero, en un ambiente donde la solicitud de transparencia es muy fuerte; ha permitido clarificar, dentro de un documento ampliamente accesible a todos, las reglas y buenas prácticas que deben estar en la base del comportamiento y la actividad de los miembros de la jurisdicción administrativa. Para ellos constituye una referencia para implantar concretamente los principios de independencia e imparcialidad, pero, también, para prevenir conflictos de intereses o asegurarse el respeto de las obligaciones de reserva y confidencialidad profesional.

IV. Otros factores que han contribuido a la modernización de nuestro derecho procesal

1. Implementación de procedimiento

En primer lugar, pienso en varios acondicionamientos de procedimiento, que citaré en desorden: la instauración del calendario previsional de instrucción, que permite dar a los litigantes, desde la inscripción de su demanda, una fecha indicativa para el juicio; el mejoramiento de las reglas referentes al peritaje; o, incluso, la apertura de la posibilidad de recurrir a un *amicus curiae*.

Este último procedimiento ha sido implementado, recientemente, en un caso muy mediatizado: se contestaba ante el Consejo de Estado la decisión de un médico de detener la alimentación e hidratación artificial de un paciente tetraplégico, pero en un estado llamado “de consciencia mínima”. La situación, originada en un conflicto familiar, ponía en evidencia un hecho sorprendente: desde la supresión de la pena de muerte, ningún juez en Francia puede decidir sobre la muerte de una persona, pero fue el juez administrativo quien encontró esta terrible prerrogativa en el marco de un procedimiento de urgencia; El Consejo de Estado, antes de resolver un dictamen, solicitó información médica y ética.

2. Modernización del derecho procesal y derechos fundamentales

Sería un miembro curioso del Consejo de Estado, si no atestiguara de su rol primordial dentro de la modernización de nuestro derecho procesal y dentro de la definición de garantías eficaces para las partes procesales. La jurisprudencia ha demostrado creatividad para adaptar las reglas procesales, garantizar la inserción del derecho nacional dentro del contexto europeo e internacional y proteger los derechos fundamentales.

Aquí, quisiera ilustrar mi propósito seleccionando tres ángulos de ataque, puesto que la temática es infinita. La jurisprudencia no tiene más importancia exclusiva de la que tenía antes de cualquier forma de codificación. Pero ésta es, más en el derecho privado, una fuente importante de derecho. Frecuentemente, ante el silencio o la insuficiencia de textos, el juez administrativo ha identificado principios esenciales. Por ejemplo, toda la teoría de la responsabilidad administrativa es de esencia jurisprudencial: ninguna ley rige esta materia, salvo en puntos secundarios o en ámbitos particulares.

En materia de derecho procesal, el aporte de la jurisprudencia es, así mismo, ineludible.

Primero. En años recientes, el juez se atribuyó el derecho de hacer respetar estrictamente el principio de imparcialidad de los jueces. Definió el alcance de este principio, acercándose progresivamente a las exigencias de la CEDH: la imparcialidad se mide, ante todo, sobre un plano personal, es decir, a nivel de la persona misma del juez. Igualmente, se mide sobre el plan funcional, es decir, con respecto a la naturaleza de las funciones ejercidas sucesivamente por el juez. Y, en nombre de este principio, no solamente ha reformado sus propios procedimientos, sino que también ha impulsado, por sus anulaciones, numerosas jurisdicciones especializadas a refundar las suyas: Corte de Cuentas, Tribunal de Acción Social, Comisiones de Sanciones de las Autoridades de regulación en materia bancaria y financiera.

Segundo ejemplo. El contencioso de las sanciones administrativas, impuestas por las autoridades de los organismos de regulación diversos; esto va desde federaciones deportivas a autoridades de regulación de los mercados financieros, pasando por el Consejo Superior Audiovisual. El Consejo de Estado, juez de las decisiones de sanción, ha deseado que su intervención sea lo más eficaz posible. Entonces, ha decidido, hace cinco años, en un fallo importante, que el recurso contra estas sanciones sería un recurso contencioso y no un recurso por exceso de poder. Estas dos categorías

de recurso, forjadas por él mismo, le confieren prerrogativas diferentes. Recibe un recurso por exceso de poder, que es el recurso de derecho común, frente al cual el juez administrativo puede sólo anular el acto que ha sido sometido a su conocimiento. En tanto que el juez contencioso o de plena jurisdicción puede ir más allá de la anulación, extrayendo él mismo las consecuencias y, por ende, decidir plenamente sobre el litigio. En el campo de las sanciones administrativas, le corresponde, entonces, fijar él mismo, si lo estima así, que la decisión de la administración no posee fundamentos; la sanción que estima debe imponer al solicitante, en lugar de anularla y enviarla ante la administración.

El magistrado de lo contencioso está, entonces, en medida de cerrar el litigio y responder de mejor forma la legítima preocupación de la eficacia y de la utilidad de la intervención del juez administrativo.

Finalmente, en materia fiscal, la jurisprudencia ha jugado un papel mayor para reforzar las garantías de los contribuyentes. La jurisprudencia fiscal responde a dos objetivos: garantizar que la deuda de cada contribuyente esté correctamente evaluada y, luego, que esté correctamente pagada; pero, también, limitar los poderes de la administración para preservar una tranquilidad mínima al contribuyente; en otras palabras, ofrecerle una cierta seguridad jurídica. Puesto que, evidentemente, si nada obstaculiza la aplicación de la ley fiscal, el momento en que un contribuyente ha entrado en el campo de aplicación de un impuesto, todo funcionario está habilitado a, por decir de una manera, “saltarle encima y tomar su billetera”.

Los ejemplos que podría presentarles son innumerables. El juez fiscal es, en efecto, un juez particularmente activo, que tiene los poderes más amplios: puede pronunciar el descargo de la totalidad o de una parte del impuesto. Pero si baja este último, él mismo debe fijar el monto. Puede anular los decretos, los fallos, las circulares en materia fiscal.

En materia procesal, su aporte es esencial. El Consejo de Estado es protector de hacer respetar los derechos de defensa del contribuyente: ha impuesto a la administración que quiere establecer un impuesto alejándose de sus declaraciones (en ciertos casos en los cuales es la administración que calcula el impuesto) que le permita previamente presentar sus observaciones. Igualmente, ha obligado a la administración a informar al contribuyente el hecho de ir a buscar informaciones ante terceros —clientes, bancos— en el caso de utilizar estas informaciones, por su solicitud. Ha sometido a la administración fiscal a un régimen de responsabilidad de derecho común: cualquier error, por lo tanto, fundamentalmente toda ilegalidad, es una falta susceptible de

comprometer la responsabilidad del Estado, si ella está relacionada de manera directa con el origen de algún perjuicio para el contribuyente.

Privilegia un régimen de prueba objetiva, es decir, que se determina en función de los elementos presentados en el expediente o que obtiene por un suplemento de instrucción, salvo cuando los textos atribuyen esta carga al contribuyente. Así mismo es, principalmente, cuando se trata de una situación de aplicar un impuesto de oficio porque no ha hecho sus declaraciones o no ha llevado una contabilidad acreditada. El contribuyente tiene, evidentemente, el deber de probar lo que sólo él puede probar, por ejemplo, la realidad de los cargos que ha expuesto o la existencia de contrapartidas a estos cargos. Pero el juez vigila que la administración esté ella misma obligada a probar sus alegatos y no se limita a emitir sospechas.

Cuando la administración adopta progresiones, por ejemplo, admitiendo de aportar al contribuyente, ante todo, elementos de respuesta a las preguntas que éste se hace para realizar elecciones económicas o fiscales, el Consejo de Estado va más allá: admite que estas respuestas pueden ser objeto de un recurso, cuando un proceso contencioso fiscal ulterior no está abierto.

3. Movimiento general de codificación y evolución del derecho francés

Cabe destacar que el derecho administrativo se ha beneficiado del movimiento general de codificación que caracteriza hoy en día la evolución de las fuentes del derecho francés. El reagrupamiento del derecho dentro de los códigos generales o temáticos, data desde hace mucho tiempo en la tradición francesa, que encuentra sus orígenes en el derecho romano. Esta tradición ha impregnado, en primer lugar, el derecho privado y ha alcanzado su apogeo a inicios del siglo XIX a través de los cinco códigos napoleónicos.

Es interesante que Napoleón, luego de haber renovado el derecho privado, codificándolo, no haya previsto la misma evolución para el derecho administrativo, en el cual además dejó su huella personal al crear el Consejo de Estado. A partir de esto, el derecho administrativo ha encontrado plenamente su lugar dentro de la nueva política de codificación lanzada en 1989. De los cincuenta códigos vigentes, la mitad corresponden, todos o en parte, a las materias administrativas. Y el derecho procesal constituye, específicamente, el código de justicia administrativa, el código de jurisdicciones financieras y de una parte del libro de los procedimientos fiscales.

V. La reforma más reciente

Quisiera terminar presentado la reforma más reciente y una de las más representativas de nuestro derecho procesal: la aparición de un control de constitucionalidad *a posteriori* de las leyes, a través de una pregunta prioritaria de constitucionalidad presentada al juez.

Esta reforma constituye un pequeño remezón jurídico: en la tradición de Rousseau, en Francia, “la ley es la expresión de la voluntad general” y el Parlamento es soberano. Toda la tradición jurídica francesa es, entonces, contraria a la idea de un control de constitucionalidad de las leyes y todas las tentativas de introducción de un tal control han fracasado hasta 1958.

Esta es una experiencia reciente, instituida por la Constitución de 1958; el control de constitucionalidad se desarrolló progresivamente en tres etapas.

1. El Consejo Constitucional

El Consejo Constitucional fue concebido por los autores de la Constitución de 1958 para velar que el Parlamento no se aleje de su ámbito de competencia, en reacción contra los excesos del régimen de la Asamblea de la IV República. Constituye, de hecho, uno de los elementos del parlamentarismo racionalizado.

Desde la Constitución de 1958, el Consejo tiene tres atribuciones principales.

- Su función principal es velar para que el Parlamento no salga de su ámbito de competencia, que la Constitución de 1958 define de forma limitativa.

Luego de votar la ley y antes de su promulgación, el Consejo Constitucional puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes que le son sometidas, ya sea por el Presidente de la República, el Primer Ministro o el Presidente de una de las dos Asambleas. Para no diferir mucho de la promulgación de la Ley, el Consejo dispone únicamente de un mes para tomar su decisión.

- Su segunda función es su papel como juez electoral: decide sobre las demandas dirigidas contra la elección de los diputados y senadores; y, en lo referente a la elección presidencial y los plebiscitos, vigila la regularidad de las operaciones electorales, examina los reclamos y proclama los resultados.
- Su tercera función es el control de la constitucionalidad de los tratados. El artículo 54 de la Constitución permite al Consejo Constitucional, si es consultado, verificar la conformidad de un tratado con la Constitución antes de su ratificación. Si el

Consejo constata que un tratado no es conforme a la Constitución, éste no puede ser ratificado sin antes haber revisado la Constitución.

2. La Corte Costitucional

En la década de los 70, el Consejo Constitucional se convirtió en una verdadera Corte Constitucional. En efecto, la institución cambió su naturaleza luego de un doble giro.

Primero, jurisprudencial: en 1971, el Consejo juzgó que, en adelante, ejercería su control sobre las leyes que le son sometidas no solamente respecto de la Constitución en sí; es decir, esencialmente en su artículo 34, que define el campo de intervención del legislador, pero también con respecto al preámbulo de la Constitución del 1958, el mismo que reenvía a la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789 y al Preámbulo de la Constitución de 1946, que define los derechos económicos y sociales “particularmente necesarios en nuestros tiempos”.

Por esta decisión, el Consejo cambió la naturaleza de su control: se convirtió en un control de fondo, basado en el respeto por parte del legislador de los derechos y libertades garantizadas en la Declaración de 1789 y en el Preámbulo de 1946.

Esta decisión es la equivalente para el Consejo Constitucional del fallo *Marbury vs Madison* de 1803 de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Tres años más tarde, el Presidente Giscard d’Estaing sintió la necesidad de poner un contrapeso a la dominación del ejecutivo en las instituciones de la V República. Entonces, hizo votar una revisión constitucional que amplía los casos de legitimación activa del Consejo Constitucional, permitiendo a 60 diputados o 60 senadores de recurrir a él. 60 diputados o senadores, corresponde a un grupo de la oposición. La remisión al Consejo Constitucional se convirtió de esta forma en una de las principales armas de la oposición.

El control de constitucionalidad que así ejerce el Consejo, luego del giro de los años 70, puede describirse como un control *a priori* y abstracto: *a priori*, en la medida en que él ejerce antes de la promulgación de la ley, es decir antes que la ley entre vigencia; y abstracto, en la medida que se ejerce independientemente de todo litigio concreto.

Hoy en día, todas las leyes incompatibles son remitidas al Consejo Constitucional por la oposición, lo que corresponde a aproximadamente 15 casos por año.

3. Control de constitucionalidad

En el 2008, una importante revisión constitucional, ha desarrollado el control de la constitucionalidad abriéndola a los ciudadanos.

Siempre conservando el control *a priori* y abstracto, la reforma añade una nueva forma de control de constitucionalidad que puede ser descrita como *a posteriori* y concreta: *a posteriori* porque ésta concierne a las leyes que ya están en vigencia; concreta, en la medida en que abre la posibilidad a un ciudadano, al cual se le ha aplicado una ley, de impugnar, por motivo prejudicial, la constitucionalidad de esta ley ante el Consejo Constitucional.

Los autores de la revisión constitucional tienen dos preocupaciones principales:

La primera consiste en velar por que el Consejo Constitucional, que es una institución pequeña, no esté sobrepasado por un número muy grande de recursos. Es la razón por la cual los autores de la reforma constitucional han previsto un doble filtro. Para que una ley sea enviada al Consejo Constitucional debe reunir dos condiciones: la jurisdicción ante la cual una parte plantea una cuestión prejudicial de constitucionalidad de una ley no puede abrir derecho a una demanda sin antes reunir tres condiciones cumulativas: la disposición impugnada debe ser aplicable a los litigios; ésta no debe haber sido declarada conforme a la Constitución; finalmente, no debe estar desprovista de carácter serio.

Si se reúnen estas tres condiciones, la jurisdicción no someterá la cuestión directamente al Consejo Constitucional, pero la transmitirá a su Corte Suprema, es decir, según el caso, la Corte de Casación o el Consejo de Estado. El Consejo de Estado o la Corte de Casación se pronunciarán en un plazo de tres meses sobre el reenvío de la cuestión prioritaria de constitucionalidad al Consejo Constitucional.

Los autores de la revisión constitucional han tenido, igualmente, una preocupación de seguridad jurídica. Si el Consejo Constitucional juzga que una ley es inconstitucional con motivo de una cuestión prioritaria de constitucionalidad, esta ley será derogada para el futuro, a partir de una fecha fijada por el Consejo en su decisión. Naturalmente, la ley no será aplicable, ni en la causa que condujo a la cuestión prioritaria de constitucionalidad, ni tampoco en las causas pendientes a la fecha

de la decisión del Consejo. Se ha dejado una gran libertad al Consejo Constitucional para decidir sobre los efectos retroactivos de sus decisiones.

La QPC entró en vigencia hace cuatro años. Y podemos decir que es un éxito, desde el punto de vista cuantitativo, pero también un éxito cualitativo.

La tasa de reenvío es de alrededor del 20% y el Consejo Constitucional se ha pronunciado en más o menos 310 QPC. Y ha entregado cerca del 70% de las decisiones en conformidad total o con reserva con la Constitución.

Las materias que han dado lugar al mayor número de decisiones son de derecho penal, derecho ambiental y derecho fiscal.

La QPC ha reforzado perceptiblemente nuestro Estado de derecho. Les daré tres ejemplos:

- La decisión que el régimen francés censuró fue la de la detención preventiva, que no permitía a una persona detenida preventivamente por la policía, durante 24 o 48 horas, entrevistarse brevemente con su abogado, al inicio de la detención.
- La decisión subordinada del mantenimiento de una hospitalización de oficio más allá de 15 días, bajo la decisión del juez.
- La decisión que ha recrystalizado, es decir, revalorizado las pensiones de los antiguos militares franceses originarios del Norte de África.

En conclusión, quisiera nuevamente resaltar la amplitud del movimiento de reforma de la jurisdicción administrativa francesa realizado en algunos años, fundamentalmente en materia de derecho procesal. En verdad, era indispensable para mantenerse fiel a su condición esencial, de exigencia con respecto a la administración, comprensión del interés general, apertura a los ciudadanos, coherencia y claridad de la jurisprudencia.

El rostro del juez administrativo en el 2013 permite la medición del camino recorrido, cuando hablamos de los campos de intervención: hace mucho tiempo, principalmente juez de la legalidad administrativa; hoy en día es juez de derecho común del derecho constitucional y del derecho europeo. Con las dos Cortes Europeas y contacto con las Cortes Constitucionales y las jurisdicciones supremas de otros países europeos, éste forma parte de la construcción de un derecho público europeo.

El proceso monitorio

Margarita de Hegedus

Profesora titular de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y el Centro de Posgrados de la Universidad de Montevideo, Co-directora de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

1. Introducción

Suele definirse al proceso monitorio atendiendo a la especial estructura por la que se tramitan determinadas pretensiones. En tal sentido, proceso de estructura monitoria es aquel en que, presentada la demanda por el actor, el juez resuelve sobre la pretensión sin oír, previamente, al demandado. Así, también, es aquel procedimiento a través del cual, concurriendo las condiciones requeridas por la ley, el juez emite una resolución sobre el fondo, normalmente idónea para provocar la ejecución forzosa, a petición de una de las partes, sin el previo contradictorio de la parte frente a la cual la resolución ha sido admitida.

Las pretensiones a las que se le asigna esta estructura para su sustanciación están dotadas de cierto grado de certeza inicial, que hacen presumir la no oposición del demandado. Como señala Teitelbaum (1997:27), dos serían las razones para su consagración: por un lado, la verosimilitud del derecho consagrado en un documento; y por otro, la constatación de que determinados procesos no encontrarían resistencia en la mayoría de los casos, por parte del demandado, u “otras razones de política judicial, que hacen conveniente un procedimiento rápido, aún sin la existencia de un documento inicialmente decisivo”.

Es decir, las razones para habilitar este especial proceso están dadas por la certeza o fehaciencia inicial de la pretensión cuyo cumplimiento se persigue, así como también por las escasas probabilidades de que se formule oposición de parte del demandado.

Si bien más adelante desarrollaremos qué tipos de pretensiones se tramitan por esta estructura, encuadra en el concepto que acabamos de dar la pretensión de cobro de un pagaré o conforme por una suma determinada y cuyo plazo para el pago se encuentra vencido, así como también el desahucio de una finca arrendada por vencimiento del plazo acordado. Existe, desde el inicio, un grado de certeza razonable acerca de la existencia de la pretensión cuyo cumplimiento se pretende.

2. Concepto

De lo reseñado, podríamos definir al proceso monitorio como aquel proceso no sujeto a todas las solemnidades del proceso ordinario, que se caracteriza por estar asignado a objetos específicos y limitados por ley, con la finalidad de proporcionar una solución inmediata, atendiendo a la certeza inicial o a la simplicidad de la pretensión, que hacen suponer bajos niveles de oposición.

Y siguiendo en su conceptualización, diremos que proceso de estructura monitoria es aquel en que, presentada la demanda por el actor, el juez resuelve sobre la pretensión, *in limine litis*, sin oír, previamente, al demandado, *inaudita altera pars*. Procedimiento a través del cual, concurriendo las condiciones requeridas por la ley, el juez emite una resolución sobre el fondo, acogiendo la pretensión del actor, normalmente idónea para provocar la ejecución forzosa, sin el previo contradictorio de la parte frente a la cual la resolución ha sido admitida.

La eficacia de esa resolución inicial sobre el fondo del litigio dependerá de la actitud que adopte el demandado. Citado de excepciones, luego de dictada la providencia inicial y notificada la misma, si el demandado opone defensas, esa oposición, privará en principio de eficacia a la sentencia inicial, instaurándose un contradictorio que culminará con una sentencia sobre el fondo, en la que o bien se mantendrá firme la resolución inicial, desestimando el excepcionamiento del demandado, o bien, acogiéndolo, dejará sin efecto la sentencia liminar.

Por el contrario, si citado de excepciones, el demandado no opone defensa alguna, la resolución liminar, inicial, adquiere la eficacia de una sentencia consentida

con fuerza de cosa juzgada, y en hipótesis de que la sentencia fuere de condena, la misma podrá ser ejecutada forzosamente.

En Uruguay, en cualquiera de ambos casos, con interposición de defensas y desestimadas éstas, o bien, por adquirir calidad de cosa juzgada la sentencia inicial por la no oposición de defensas, tratándose del juicio monitorio ejecutivo, se pasa directamente a las fases de ejecución de la vía de apremio: individualización de bienes del deudor, estudio de la documentación, remate, liquidación del crédito, etc.

Los conceptos que encierra su definición pueden plantear serias dudas en cuanto a la constitucionalidad del proceso monitorio. No podría ser, en un Estado de derecho, que se dicte una sentencia, pasible de ejecutarse contra una persona demandada, sin que previamente ésta sea oída. Es decir, sin que se cumpla el debido proceso. Y dentro de él el principio de contradicción, que conocemos con la expresión *auditor et altera pars*, es decir, óigase a la otra parte, de raíz constitucional, y que en este caso implica la garantía del derecho de defensa.

Naturalmente, como veremos en el desarrollo de este trabajo, tal principio es enteramente respetado, por lo que debe desestimarse toda posibilidad de atacarlo por inconstitucional, es decir por contrario a la norma de máxima jerarquía del ordenamiento legal de un país. El demandado siempre y en todo caso, tiene su día ante el tribunal y, por tanto, la oportunidad de defenderse con todas las garantías del debido proceso.

En relación a su historia y evolución, debemos señalar que en Uruguay es un proceso de conocimiento que existe desde el siglo XIX, introducido por la Comisión Revisora del CPC en el año 1878, y que ha sido reiterado en el Código General del Proceso vigente desde el año 1989.

En derecho comparado, suele marcarse su origen en el “mandato *de solvendo* con cláusula justificativa” italiano, cuya finalidad era la obtención de un título ejecutivo sin que previamente debiera sustanciarse un proceso ordinario.

3. Finalidad

Como todo proceso de estructura no ordinaria, el proceso monitorio tiende a la formación más rápida de una resolución que adquiera la eficacia de una sentencia ejecutoriada y, por ello, la particular estructura de estos procesos (Tarigo, 2000: 35).

Adviértase que, en derecho comparado, la doctrina refiere que la finalidad es conseguir en forma más rápida un título de ejecución forzada. Por ello, Calamandrei aludía a la finalidad del proceso monitorio justamente desde esa óptica: la formación de un título de ejecución forzada más rápidamente. Pero, en tanto en el derecho uruguayo existen otras varias pretensiones que se tramitan para su satisfacción por la estructura monitoria, como más adelante veremos, —el divorcio por determinadas causales o la resolución de una promesa de venta de inmuebles por el no pago, entre otras—, la finalidad se amplía y va más allá de la formación de un título de ejecución forzada en tanto, en esos dos ejemplos que hemos adelantado, la finalidad no podrá ser ésta, ya que estamos ante sentencias declarativas o constitutivas, que no requieren de ejecución forzada.

En estos casos la finalidad apunta a lograr la más rápida satisfacción de la pretensión, que desde el inicio se advierte habrá de ser acogida, ya por su fehaciencia inicial o por su simpleza.

4. Naturaleza jurídica

La cuestión acerca de la naturaleza jurídica del proceso monitorio se concentra en si tiene carácter contencioso o voluntario y si se trata de un proceso de conocimiento o de ejecución.

4.1. Jurisdicción voluntaria o jurisdicción contenciosa

Analizaremos, en primer término, si estamos ante un proceso de jurisdicción voluntaria o contenciosa.

Quienes sostienen su carácter de jurisdicción voluntaria, resaltan el carácter administrativo del proceso monitorio. Son teorías que nacieron, principalmente, en Austria a fines del siglo pasado y han quedado prácticamente abandonadas, con excepción de Francia, donde casi de modo unánime se mantiene la posición de la no jurisdiccionalidad del proceso monitorio.

Citando a Calamandrei, Correa Delcasso (1998:269) nos recuerda que los austriacos consideraban la llamada *Mahnverfahren* de la ley de 1873 como perteneciente a los procedimientos de jurisdicción voluntaria, por la circunstancia de que en esta forma de procedimiento faltaría, a su entender, toda huella de cognición, en cuanto el juez emite su orden de pago basándose en las simples afirmaciones del acreedor,

sin comprobar, ni siquiera superficialmente, el fundamento de las mismas. Por otra parte, como la sola oposición del deudor sería suficiente para hacerle perder efecto a la decisión inicial, –por lo menos en el llamado monitorio puro, al que más adelante nos referimos–, y culminar de esa forma el proceso, sólo podría haber formación rápida del título de ejecución, por un supuesto “acuerdo tácito” entre acreedor y deudor, al no oponerse éste. Si falta el llamado acuerdo tácito, es decir cuando el deudor se opone, se plantea la verdadera contradicción, por lo que los austriacos entendían la razón de ser y la función del monitorio se habría agotado. (Tarigo, 2000: 37)

Para la doctrina que insiste en su carácter de jurisdicción voluntaria, la orden de pago no tendría otro fundamento que la constatación de la falta de controversia en torno a la existencia del crédito, y “únicamente surgiría un proceso contencioso de formularse una oposición por parte del deudor, que *anularía automáticamente cualquier efecto al mandato de pago dictado anteriormente por el órgano jurisdiccional*” (Delcasso, 1998: 270)

En Francia, manteniendo la postura austríaca, se sigue sosteniendo su naturaleza voluntaria. Se basan en que si no se formula oposición, el proceso no es contencioso, ya que los derechos de las partes no son deducidos ni debatidos ante los órganos jurisdiccionales, limitándose a un control de un derecho privado para habilitar su ejecución forzada. El tribunal al que se le concede competencia para conocer en estos procesos no resuelve ningún litigio: reconoce un derecho y consagra el valor de un título. Si el deudor formula oposición, recién en ese momento nace el proceso contencioso, que sólo se diferenciaría del típico proceso de conocimiento por la manera en que se inicia.

En general, la doctrina se inclina por su naturaleza contenciosa, ya que calificarlo de voluntario, fundado en que existiría un acuerdo tácito entre actor y demandado, por la no oposición del segundo, no parece suficiente.

Afirmando la naturaleza contenciosa del proceso monitorio, encontramos a los autores alemanes e italianos, dentro de los que merece destacarse las posiciones de los maestros Calamandrei y Carnelutti.

Calamandrei, en su excelente libro sobre El Proceso Monitorio, sostiene que:

El proceso monitorio se debe considerar como una forma especial de proceso de cognición abreviado... la inercia del deudor combinada con la actividad

del acreedor, el silencio de aquel frente a la afirmación éste,.. constituye la base lógica y jurídica de la declaración de certeza contenida en la inyunción (Calamandrei, 1952: 62)

Más adelante, concluye que de esa forma, la orden de pago que en un primer momento:

No es más que una posibilidad de providencia, en la que el juez declara la certeza y emite un mandato de pago, pero en vía meramente hipotética, adquiere por el transcurso del término sin oposición, eficacia ejecutiva, y contiene una verdadera y propia declaración de certeza, no diversa de aquella sobre la cual se basa, en la legislación alemana la sentencia que considera verdaderos, en contumacia del demandado, los hechos afirmados por el actor (Calamandrei, 1952: 62)

Calamandrei señalaba dos características del proceso monitorio. Por un lado, la existencia de una decisión inicial sin audiencia del demandado o, dicho de otra forma, una sentencia definitiva inicial, condicionada a la no impugnación en término. Por el otro, la llamada inversión de la iniciativa del contradictorio, la que para el maestro italiano, se desplazaba al demandado (Teitelbaum 1977: 29). Sostenía Calamandrei que el juicio sobre la oportunidad de abrir el contradictorio y, por consiguiente, la iniciativa de provocarlo debe dejarse a la parte en cuyo interés el principio del contradictorio tiene vigor o sea el demandado (Calamandrei, 1952: 20).

Carnelutti, por su parte, caracteriza al proceso monitorio por la eventualidad del contradictorio, es decir se tratará de provocar la reacción del demandado, economizando el contradictorio, si aquella no se produce (Carnelutti, 1959: 154).

En el derecho uruguayo el proceso monitorio es un proceso contencioso, calificado como tal por la existencia de una contienda o litigio. Como enseña Tarigo: “Solamente la confusión entre contienda o litigio –que existe siempre en el proceso de estructura monitoria– y efectiva contradicción o controversia que puede existir o no, puede llevar a calificar como voluntario a este tipo de proceso.” (Tarigo, 2000: 37 y 38). Si la distinción entre jurisdicción voluntaria y contenciosa es que en aquella no hay litigio y en ésta sí, parece lógico que incluyamos al monitorio entre los procesos contenciosos ya que el conflicto, el litigio, existe siempre. La pretensión siempre incluye una pretensión insatisfecha dirigida contra otra persona para lograr su acogimiento.

4.2. Proceso de conocimiento o proceso de ejecución

Analizaremos ahora si se trata de un proceso de conocimiento o de un proceso de ejecución.

La cuestión radica en torno a la diferencia entre conocimiento y ejecución que para muchos es una cuestión de grado.

En este punto Teitelbaum expresa:

Para quienes consideran que la coacción es el elemento predominante de la ejecución, sea actual o potencial, el mandato judicial que caracteriza la iniciación del proceso monitorio, podría ser una manifestación de esa coacción o amenaza de tal. Sin embargo la ejecución presupone un proceso de condena (mandato que impone dar, hacer o no hacer) y ésta es la característica de los monitorios europeos (Alemania, Austria, Italia y Suiza) pero el problema varía en aquellos países como Uruguay, que conocen proceso de estructura monitoria con sentencia declarativas y constitutivas (Teitelbaum, 1977: 30). Concluye el profesor uruguayo: De donde se puede concluir que lógicamente nada obsta que existan procesos monitorios de conocimiento y de ejecución, dependiendo esto de la naturaleza de la decisión inicial (Teitelbaum, 1977: 30).

La doctrina en general se ha pronunciado por su carácter de proceso de conocimiento. Así, ya Calamandrei partía de la base de que es proceso de conocimiento en tanto el título ejecutivo no preexiste al proceso sino que se forma durante el mismo. Sería un proceso de cognición sumario que se iniciaría con la intimación, obteniéndose el título ejecutivo recién pasado el plazo para la impugnación, y de mediar ésta, con la sentencia que la rechaza (Calamandrei, citado por Teitelbaum, 1977: 30). Afirma que si consideramos el proceso de conocimiento en su función de preparación del título de ejecución forzada, el nacimiento del título de ejecución se presenta como el evento característico que indica el punto de contacto, y al mismo tiempo de separación entre las dos fases del proceso. Toda aquella porción del procedimiento que está más acá del título de ejecución, del cual constituye preparación y perfeccionamiento, es cognición; toda aquella porción que está más allá del título de ejecución, del cual constituye desarrollo y consecuencia, es ejecución (Calamandrei, 1952: 55).

Chiovenda lo incluye entre los procesos con “declaraciones con predominante función ejecutiva”. Carnelutti lo considera un *tertium genus* (Carnelutti, 1959).

Para Barrios de Angelis, el proceso monitorio puede ser de una u otra naturaleza atendiendo a la pretensión que se deduce. Si la pretensión es de condena, para él

estamos en presencia de un proceso de ejecución. Si, por el contrario, la pretensión es declarativa o constitutiva, el proceso monitorio es de conocimiento. Pone como ejemplos de éstos últimos a la pretensión de conversión al divorcio de la separación de cuerpos, la resolución de contratos, etc (Barrios de Angelis: 273).

En nuestra opinión, el proceso monitorio es un proceso de conocimiento, cualquiera sea la pretensión ejercida, ya sea el cobro de una suma de dinero, ya sea el proceso de divorcio por las causales que lo amparan. En la hipótesis que Barrios le asigna naturaleza de ejecución, la solución no varía. Cuando se ejercita una pretensión de condena, el título se forma en el proceso, no preexiste al mismo. Recién cuando el acreedor obtiene, mediante el proceso monitorio, la formación del título de ejecución, se encuentra frente a un título igual que el que hubiere obtenido mediante la tramitación de un proceso ordinario.

La ejecución es una fase del proceso que se inicia, no con el proceso monitorio, sino después del mismo, cuando éste ya ha alcanzado su finalidad, la creación del título de ejecución.

5. Clasificación

Suelen distinguirse las siguientes clases de procesos monitorios: los puros y documentales, y los con limitación o no de las defensas que pueda oponer el demandado.

Analizamos, a continuación, cada categoría descrita.

5.1. Puros o documentales

Los procesos monitorios puros se caracterizan por dos rasgos típicos. En primer lugar, porque se dicta resolución inicial por el tribunal, con la mera afirmación unilateral y no probada del actor. En segundo lugar, porque la sola oposición del demandado, aun sin fundamento, priva de eficacia a la sentencia inicial.

La simple oposición no motivada del deudor hace caer la orden de pago. A partir de la oposición del deudor, habrá de discutirse sobre la pretensión originaria, y no tanto sobre si se mantiene o no la resolución inicial, tal como si ésta ni siquiera se hubiere emitido.

Por su parte, los monitorios documentales se caracterizan porque el tribunal emite su pronunciamiento liminar frente a la manifestación unilateral del actor, igual que en el puro, pero con la diferencia de que esa pretensión debe ir acompañada de un documento –prueba documental– que acredite los presupuestos requeridos legalmente para la promoción del proceso monitorio.

Por otro lado, la oposición del deudor, sólo quitará eficacia a la resolución inicial en la medida en que ésta resulte fundada (Calamandrei, 1952: 30)¹. El monitorio documental exige que los hechos constitutivos del crédito sean probados mediante documentos y que la oposición del deudor abre un juicio de cognición en contradictorio, en el cual el tribunal deberá valorar las defensas opuestas y resolver si mantiene o no el mandato de pago.

En el derecho uruguayo existen ambos tipos de monitorios, en el mayor número de los casos se aplica el de monitorio documental y, en forma excepcional, los procesos monitorios puros.

Así, por ejemplo, se concede la estructura monitoria a la pretensión de desalojo de ocupante precario, donde basta la sola afirmación del actor, que solicita el desalojo de alguien que afirma ha entrado a su inmueble, sin derecho a ello y el juez provee sobre el desalojo sin oír previamente al demandado. Claro está que se abre la posibilidad de defensa de este demandado cuando le es notificado el decreto de desalojo y su oposición abrirá el contradictorio, donde se debatirá la pretensión deducida con todas las garantías del debido proceso.

5.2. Con defensas limitadas o sin limitación de defensas

Se clasifican, asimismo, los procesos monitorios de acuerdo a la limitación o no de las defensas que puede oponer el demandado.

Así, por ejemplo, en Uruguay se concede estructura monitoria al proceso ejecutivo, que se inicia con la presentación de un documento que contiene la obligación de pagar una cantidad de dinero líquida y exigible. En este proceso, que se denomina

¹ Debe tenerse presente que en el derecho europeo, tanto en el italiano como en el alemán, la formulación de la oposición por parte del demandado hace caer el proceso monitorio, dando cabida a un proceso ordinario, lo que ha hecho sostener a Rosenberg que en estos casos el proceso monitorio sólo ha sido una forma especial y distinta de iniciación del proceso (Citado por Tarigo, 2000: 42).

proceso ejecutivo común, la deuda se encuentra documentada en un instrumento privado, y el demandado no tiene limitación de defensas. Si, por el contrario, se trata de una deuda documentada en un pagaré o vale, el demandado tiene limitadas las excepciones que puede oponer, al igual que si se tratare de una deuda de origen fiscal o tributario la consignada en el documento.

En el resto de los procesos monitorios no existe limitación de defensas.

Cabe precisar que, en el derecho uruguayo, la limitación de excepciones para los procesos ejecutivos tributarios o cambiarios se subsana posteriormente, abriéndole la posibilidad al ejecutado, que tenía limitadas sus defensas, de acudir a un proceso ordinario como medio de impugnación pleno, respecto de lo decidido con autoridad de cosa juzgada en el proceso monitorio ejecutivo especial, donde se debatirán todas aquellas defensas que no pudo interponer en el proceso monitorio.

6. Procedimiento

En el derecho uruguayo el procedimiento por el que se tramita el proceso monitorio es único para todas las pretensiones a las que se le habilita esta estructura. Y a él nos referiremos seguidamente.

Es en sede de proceso ejecutivo donde se regulan todas las actuaciones, procedimiento al que se remiten las demás pretensiones, adaptándolo, naturalmente, a cada pretensión, ya que el título varía según los casos y ello determinará que el contenido de la providencia inicial varíe.

El procedimiento puede admitir o exigir una etapa preliminar, por ejemplo, a los efectos de autenticar el documento que lo necesitare, fundamento de la pretensión que se va a deducir.

Entre las diligencias preliminares puede citarse la de reconocimiento de firma o la intimación de pago.

El procedimiento propiamente dicho comienza con la presentación de la demanda escrita, acompañada del documento, si no se trata de monitorio puro.

Presentada la demanda, el tribunal efectúa un doble control de admisibilidad y de fundabilidad. De admisibilidad, que es igual al que se efectúa si se tratare de

presentación de demanda que inicia un proceso ordinario. De fundabilidad, que se refiere al estudio y control del documento que se acompaña y a la pretensión en él contenida. En el caso del proceso monitorio ejecutivo, el control del tribunal, desde el punto de vista de la fundabilidad, implicará el análisis de si el documento es uno de los enumerados en la legislación como título ejecutivo y, además, si contiene la obligación de pagar una cantidad de dinero líquida y exigible.

Si no encuentra suficiente el título, el juez declara que no hay lugar a la ejecución, sin noticia del deudor. Se trata de una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva, en tanto rechaza la iniciación del proceso monitorio por falta de título, pero no se pronuncia sobre el crédito. Simplemente la rechaza porque carece el actor de acción ejecutiva.

Pasado el control, en ambos aspectos, admisibilidad y fundabilidad, el tribunal dicta la sentencia liminar inicial, que puede tener distinto contenido según sea la pretensión hecha valer. Si estamos ante un proceso ejecutivo, la providencia inicial ordenará la traba de embargo, la citación de excepciones al demandado y condenará al pago de la cantidad reclamada, intereses, costos y costas (artículo 354.1 CGP).

Si estamos frente a una pretensión de resolución de contrato por el no pago del precio, la providencia inicial dispondrá la resolución del contrato, la citación de excepciones y si no se opusieren, se inscribirá dicha resolución en los registros en que el contrato estuviere inscripto a efectos de su cancelación.

Siguiendo con el trámite del ejecutivo, dos son, en principio, las actitudes que puede adoptar el demandado. Opone o no, excepciones. Tiene un plazo de 10 días hábiles para hacerlo.

Si no opone excepciones, la sentencia liminar pasa en autoridad de cosa juzgada y el proceso sigue la vía de apremio de la ejecución.

Si opone excepciones, se abre el contradictorio, es decir la efectiva contradicción que siempre pertenece al demandado, por lo que las teorías que hablan de inversión del contradictorio no parecen acertadas. La iniciativa del contradictorio siempre recae en el actor. La efectiva contradicción siempre es resorte del demandado, tanto en un proceso monitorio como en el proceso ordinario.

Opuestas las excepciones, de las mismas se confiere traslado a la parte actora por el término de 6 días hábiles, convocándose a audiencia con el contenido de la audiencia preliminar del proceso ordinario y, eventualmente, audiencia complementaria, si

fuere preciso el diligenciamiento de prueba pendiente, alegatos y dictado de sentencia definitiva, igual que en el proceso ordinario.

Respecto a la asistencia de las partes a la audiencia, cabe precisar que, a partir de las modificaciones introducidas por la ley 19.090, la inasistencia personal de las partes a la audiencia trae graves consecuencias por el incumplimiento de la carga. Si el actor no asiste y no puede válidamente justificar la incomparecencia, se le tendrá por desistido de la pretensión. Hecho que importa la pérdida del derecho de crédito allí consignado. Si el incompareciente es el demandado, también sin causas que justifiquen la incomparecencia, se le tendrá por desistido del excepcionamiento opuesto y, en consecuencia, quedará firme la sentencia liminar.

Esta sentencia admite recurso de apelación con lo que puede abrirse la segunda instancia.

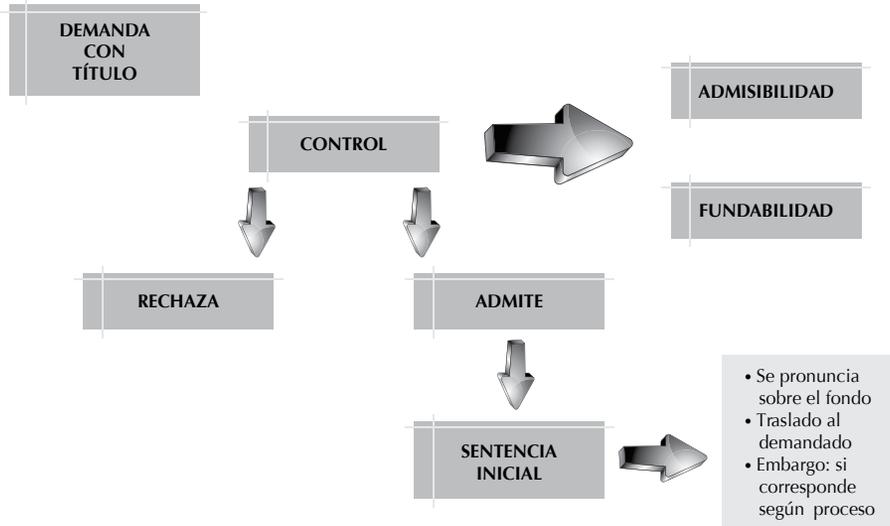
Una de las características en el proceso ejecutivo uruguayo es la limitación del recurso de apelación, es decir, así como en materia de proceso ordinario la apelación es la regla, en los procesos ejecutivos la regla es la limitación del recurso de apelación a providencia expresamente señalada.

Por último, también cabe recordar que en el sistema procesal uruguayo se ha regulado la ejecución provisional de la sentencia apelada, por lo que si el excepcionamiento es rechazado y el demandado apela, la parte actora, igualmente, podrá pedir la ejecución provisional de la sentencia de condena sujeta a los requisitos contemplados en el artículo 360, numeral 1, del CGP a cuya lectura remitimos.

Indicamos, a continuación, el esquema del procedimiento con las diferentes variantes: si el tribunal admite o rechaza liminarmente el título o la pretensión en que se funda la demanda; luego, si existe o no oposición del demandado.

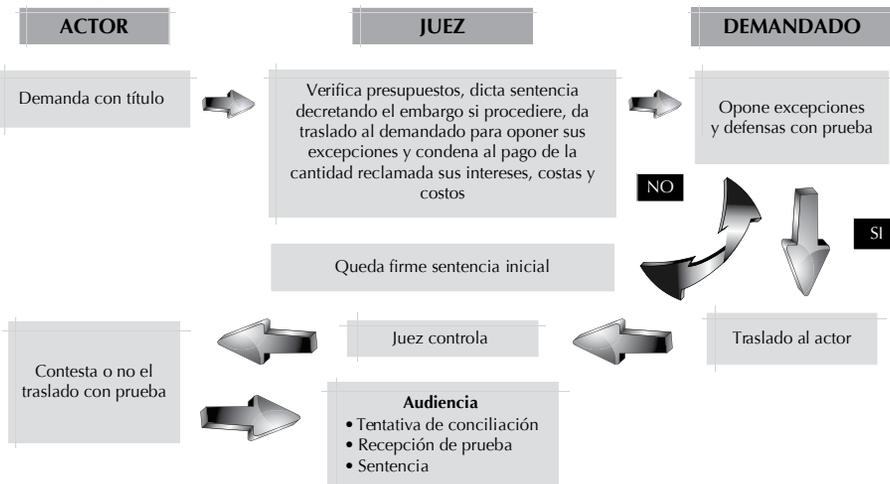
PROCESO MONITORIO

Estructura básica



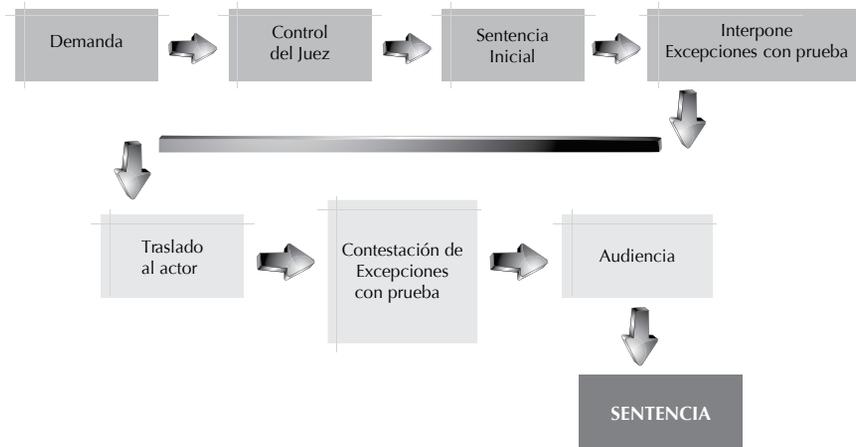
PROCESO MONITORIO

Juicio Ejecutivo



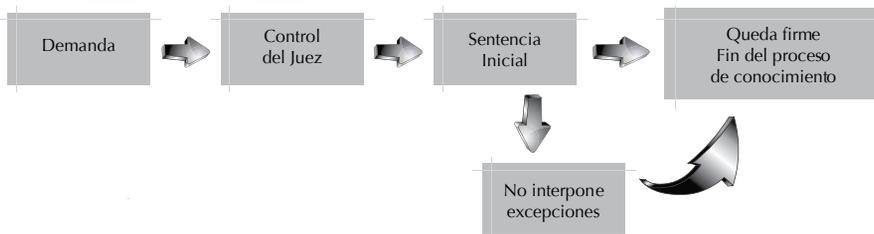
PROCESO MONITORIO

Con interposición de excepciones



PROCESO MONITORIO

Sin interposición de excepciones



7. Breve desarrollo de los distintos procesos monitorios en el Código General del Proceso uruguayo

7.1. Proceso ejecutivo

El proceso ejecutivo es el proceso monitorio por excelencia y en Uruguay, como lo anticipamos, es el procedimiento al que se remiten las demás pretensiones que habilitan la estructura monitoria para su cumplimiento y que desarrollamos más adelante.

7.1.1. Título ejecutivo

Para habilitar un proceso ejecutivo se requiere de la existencia de un título ejecutivo.

El título ejecutivo es el documento en el que consta la obligación de pagar una cantidad de dinero líquida y exigible. Reúne las siguientes características:

- Se rige por el principio de legalidad, es decir solo serán títulos ejecutivos aquellos que determine la ley.
- Puede estar contenido en uno o más documentos.
- El documento debe ser auténtico o autenticado.
- Debe contener la obligación de pagar una suma de dinero.
- La suma de dinero debe ser líquida y exigible. También se admite aquellas sumas fácilmente liquidables.

7.1.2. Legitimación activa y pasiva

En relación a la legitimación activa cabe puntualizar lo siguiente:

- Si el título es nominativo: tendrá legitimación activa la persona nominalmente designada como acreedora.
- Si se trata de un título transmisible a la orden, en un título endosable, gozaría de legitimación activa quien figure como tenedor actual del mismo a través del endoso o de los sucesivos endosos que se hayan operado.
- En un título al portador la simple presentación del título ante el tribunal acreditará la legitimación del actor.

En relación a la legitimación pasiva, en el propio título aparecerá la situación pasiva de aquel o aquellos contra quienes puede ejercitarse el derecho de crédito que se documenta en el título.

7.1.3. Enumeración

Enumeramos, a continuación, los distintos tipos de títulos ejecutivos regulados en el derecho uruguayo.

El artículo 353 del CGP, luego de establecer que procede el juicio ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos, siempre que de ellos surja la obligación de pagar una cantidad de dinero líquida y exigible, agrega, en seis apartados, la siguiente nómina:

a) La transacción no aprobada judicialmente.- El contrato de transacción, celebrado entre las partes y otorgado en documento público o privado, tiene la eficacia de todos los contratos. Y en caso de incumplimiento, por ejemplo, de la suma pactada para abonar, vencido el plazo para ello, convirtiéndose en exigible la cantidad líquida a pagar, el acreedor puede iniciar el proceso ejecutivo pertinente.

Si la transacción estuviese aprobada judicialmente, constituye título de ejecución.

b) Instrumentos públicos.- Aplicación a los contratos sinalagmáticos recogidos en escritura pública (Ejemplos: compraventas con saldo de precio impago, promesas de enajenación de inmuebles).

c) El instrumento privado.- El instrumento privado por sí solo no es un documento auténtico, a diferencia del instrumento público. Se hace necesario, pues, autenticarlo con anterioridad a la instauración del proceso ejecutivo, por cuanto constituye título ejecutivo el instrumento privado reconocido o dado por reconocido judicialmente o autenticado notarialmente.

d) Cheque bancario, letras de cambio, vales, pagares y conformes.- Según lo dispuesto en las leyes respectivas. El proceso ejecutivo basado en uno de estos títulos configura el llamado proceso ejecutivo cambiario, que, según señala Tarigo, citando a Teitelbaum, es el proceso que se promueve mediante documentos que se caracterizan por su literalidad y autonomía, sin expresar la causa que los origina (abstracción).

e) Las facturas de venta de mercaderías.- En este título se requiere que la factura de venta de mercaderías esté suscrita por el obligado o su representante, y la firma reconocida o dada por reconocida. Puede integrarse con más de un documento: factura y remito, donde consta la conformidad del adquirente de la mercadería. Generalmente, lo suscrito es el remito donde se consigna la entrega de la mercadería vendida.

Este artículo ha sido recientemente modificado por la ley 19.090, que incorporó otras varias modificaciones a la redacción del CGP vigente desde el año 1989, y por la precisión en que ahora se regulan las facturas como títulos ejecutivos, entiendo útil su transcripción. Ella es la siguiente:

Las facturas de venta de mercaderías, siempre que ellas se encuentren suscritas por el obligado o su representante y la firma se encuentre reconocida o haya sido dada por reconocida o certificada conforme con lo dispuesto en el numeral 3. de este artículo.

Por la sola suscripción, se presumirán la aceptación de la obligación de pagar la suma de dinero consignada en la factura y la conformidad con la entrega de bienes, sin perjuicio de la prueba en contrario que podrá ofrecer el demandado al oponer excepciones.

Si otra cosa no se indicare en el documento, la obligación de pago será exigible a los diez días (artículos 252 del Código de Comercio y 1442 del Código Civil)

Finalmente, el artículo 353 culmina con un sexto numeral que establece:

Y, en general, cuando un texto expreso de la ley confiere al acreedor el derecho a promover juicio ejecutivo.

Regula la posibilidad de juicio ejecutivo para el cobro de créditos documentados a los que la ley le confiere la calidad de títulos ejecutivos. En general, se trata de créditos estatales o paraestatales.

Las leyes especiales, en su mayoría, remiten además al proceso ejecutivo tributario, con limitaciones de excepciones y la posibilidad de suspensión (artículos 362 CGP, 91 y 92 del Código Tributario).

7.1.4. Situaciones particulares

Relacionamos, a continuación, algunas situaciones particulares que la doctrina y jurisprudencia uruguaya han considerado como títulos ejecutivos o le han negado tal calidad.

- **Contrato sinalagmático.-** Se trata de un contrato en el que ambas partes han asumido obligaciones. La exigibilidad de la obligación de pagar el precio en el contrato sinalagmático surge con independencia de que se cumpla la contraprestación, de donde habrá título ejecutivo cuando venza el plazo o se dé la condición expresa pactada, sin perjuicio de la posibilidad de oponer en vía de excepciones la *exceptio non adimpleti contractus*.
- **Factura por prestación de servicios.-** En tanto el código confirió calidad de título ejecutivo a las facturas por venta de mercaderías, cumplidas las exigencias legales que hemos descrito más arriba, parte de la doctrina ha entendido, también, que deberían constituir título ejecutivo las facturas por venta de servicios. En mi opinión, ello sólo sería posible si en la factura de servicio luce la firma del obligado, así como la expresa asunción de la obligación de pagar la suma que en ella se consigna. Elementos que no suelen incluirse cuando se extiende una factura por venta de servicios.
- **Prestaciones periódicas.-** Problema puntual ha planteado la hipótesis de prestaciones periódicas que se van adeudando. Pongamos, por ejemplo, el pago mensual de la renta de un inmueble. Así, también, la compraventa de un inmueble y su pago en cuotas mensuales. Pues bien, se inicia juicio ejecutivo por una determinada cantidad de mensualidades atrasadas, dos, tres o seis, por ejemplo. El problema que se plantea es si se puede extender la ejecución a las mensualidades que fueron devengándose con posterioridad a la formación del título ejecutivo por la cantidad efectivamente adeudada hasta ese momento, en que se despacha la sentencia liminar. El punto fue y sigue siendo muy debatido en doctrina y con diferente solución en nuestra jurisprudencia. Habrá que ver en cada ordenamiento si ello es posible o no.

7.2. Otros procesos de estructura monitoria

Existen, en el derecho uruguayo, muchas y diferentes pretensiones a las que se les asigna la estructura del proceso monitorio, al igual que el juicio ejecutivo.

Destacamos, entre otros, las reguladas en el propio código, sin perjuicio de tener presente que otras leyes han establecido esta estructura para diferentes pretensiones.

Dentro del Código General del Proceso, encontramos:

7.2.1. Proceso de entrega de la cosa

Es el proceso en el que se persigue la entrega de una cosa cierta y determinada o determinable, que está pactada como contenido de la obligación cuyo cumplimiento se pretende. El concepto de entrega se entiende en su acepción amplia y no de transferencia de la propiedad u otro derecho real. Obligación que importa el mero desplazamiento de la cosa (entrega).

Al tratarse de cosa determinada o determinable, vale también para el cumplimiento de obligaciones de género. Y ello por la calidad de depositario en que se convierte el intimado a su entrega a partir de la intimación.

Se requiere que:

- a. La obligación emane de la ley, del testamento (legados: 906 CC), del contrato, (bilateral o unilateral), del acto administrativo o de la declaración unilateral de voluntad.
- b. La prueba de los dos requisitos anteriores: documento y obligación de entrega.
- c. La prueba de su propio cumplimiento: solo si la obligación de su parte ha sido pactada. En los contratos unilaterales naturalmente no se exige este requisito, por ejemplo: préstamo de uso, prenda común, depósito, etc.

En cuanto al procedimiento por el que se tramita, si bien la estructura remite a la del proceso ejecutivo que hemos señalado, el contenido de la obligación plantea ciertas diferencias, por lo que brevemente lo desarrollamos.

La demanda se presenta acompañando el documento que contenga la obligación de dar o entregar.

Efectuado el control de admisibilidad y fundabilidad por el tribunal, y si lo admite, se dicta la providencia inicial con el siguiente contenido: intímese la entrega

de la cosa reclamada y cítese de excepciones por el término legal. Nuestro código procesal no fija plazo para la entrega, pero, por lógica, se entiende que será el de los 10 días para oponer excepciones.

El demandado puede asumir la siguientes actitudes:

a) Entrega en el plazo de la intimación.- Termina el proceso.

b) Deja transcurrir el plazo sin oponer excepciones.- Actitud doblemente omisa. Ni entrega ni se defiende. La sentencia liminar se convierte en sentencia ejecutoriada y se va directamente a la vía de apremio por aplicación de la norma del juicio ejecutivo. Por tratarse de una cosa cierta se va a la ejecución de sentencia de condena a dar, regulada en el código uruguayo en el artículo 397. Se dispone el desapoderamiento y la entrega al actor, con auxilio de la fuerza pública y las conminaciones que correspondieren. Naturalmente, ello será posible si la cosa está en poder del ejecutado. En caso contrario, la ejecución será por equivalentes.

c) Opone excepciones.- Puede oponer cualquier defensa sin limitación. Las debe interponer todas juntas, principio de eventualidad, y con aporte de la prueba. Se aplica el procedimiento del juicio ejecutivo. De las excepciones opuestas se confiere traslado al actor por 6 días, el proceso se ordinariza, se celebran las audiencias que correspondan y, concluida la sustanciación, se dicta sentencia definitiva de primera instancia, pasible del recurso de apelación.

7.2.3. Proceso de entrega efectiva de la herencia

Es el proceso en el que se demanda la entrega efectiva de la herencia cuando un tercero obsta a que el heredero entre en posesión de los bienes hereditarios, sin invocar ningún derecho sobre ellos.

Es de escasa aplicación porque solo se dará cuando el que no quiere entregar no le consta la calidad de heredero del actor y sin que él se atribuya ningún derecho sobre esos bienes.

No procede respecto de poseedores, arrendatarios, depositarios, ya que no puede darse al heredero acciones más sumarias que las que habría tenido el propio causante.

En cuanto al procedimiento, recibe igual análisis que el anteriormente descrito.

7.2.4. Proceso para la efectividad del pacto comisorio

Es el proceso en el que se demanda la resolución de un contrato en cumplimiento del pacto comisorio (artículos 1737 a 1741 del CC) convenido.

En la providencia inicial se dispondrá la resolución si se justifica por el actor la caída en mora del demandado y las demás exigencias de hecho y derecho requeridas al efecto. El pacto comisorio es una convención de las partes que estipula una condición resolutoria del contrato, consistente en el incumplimiento del comprador por el no pago del precio. Solo actúan en beneficio del vendedor.

En su nueva redacción, esta pretensión a la que se acuerda estructura monitoria, ha quedado redactada de la siguientes manera:

Artículo 366. (Pacto comisorio).- Es el proceso en el que se demanda la resolución de un contrato en cumplimiento del pacto comisorio convenido. En la providencia inicial se dispondrá, si se justifica por el actor la caída en mora del demandado, la resolución del contrato. Dicha resolución quedará sin efecto si el pago del precio se realiza el día hábil siguiente a la notificación al demandado de aquella resolución.

7.2.5. Escrituración forzada y resolución de promesas de enajenación de inmuebles a plazos y establecimientos comerciales

a) Escrituración forzada de promesas de inmuebles a plazos

Es un proceso en el que se solicita al tribunal otorgue la escritura traslativa del dominio, cuya enajenación se había documentado en un contrato de promesa previo, ante la resistencia, fallecimiento, ausencia, impedimento, concurso, quiebra o incapacidad de la parte enajenante.

El juez competente, previa citación de excepciones, otorgará, en representación del enajenante, la escritura de traslación de dominio. El enajenante será el tradente, el juez su representante legal.

Los pasos del procedimiento son los siguientes:

1. Se presenta la demanda con el documento de la promesa de enajenación del inmueble inscrita en el registro público pertinente, acompañado del certificado del registro de la vigencia de la promesa.
2. Debe acreditarse el pago de la totalidad del precio mediante agregación de recibos.
3. Si no está cancelado el precio, se requiere un procedimiento previo de obligación y consignación.
4. Providencia inicial: Se decreta la escrituración judicial del inmueble a favor del actor por el escribano propuesto, y se cita de excepciones al demandado.
5. Dependerá de la actitud del demandado, la continuación o finalización del proceso, de conformidad a las actitudes que hemos descrito más arriba en el proceso de entrega de la cosa, adecuándolo a esta pretensión.

b) Escrituración forzada de promesas de casas de comercio

Cuando el promitente enajenante se negare a otorgar la escritura definitiva o no pudiere hacerlo por ausencia concurso, quiebra o fallecimiento o cualquier otro impedimento, el promitente adquirente podrá exigir la escrituración de oficio.¹⁹

7.2.6. Otros procesos monitorios regulados en el CGP

Enumeramos, a continuación, otras pretensiones reguladas en el CGP a las que en el derecho uruguayo se le acuerda la estructura monitoria para su sustanciación:

- Modificación de Reglamento de Copropiedad de Inmueble de Propiedad Horizontal
- Procesos de resolución de promesas por falta de pago
- Separación de cuerpos y divorcio.- Por la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o por la condena de uno a pena de penitenciaria por más de 10 años
- Cesación de condominio de origen contractual

¹⁹ En estos supuestos y al solo efecto de la escrituración, se prescindirá de todos los certificados, declaraciones y documentos necesarios para otorgar e inscribir la enajenación.

7.2.7. Otros procesos monitorios regulados fuera el CGP

Dentro de las varias pretensiones que se tramitan por el proceso monitorio, extra Código General del Proceso, vale la pena destacar, por la efectividad que tienen, a los procesos de desalojo o desahucio.

Dentro de ellos encontramos, en la mayoría de los casos, monitorios documentales, tales como el desalojo por vencimiento de plazo, por mal pagador, por finca ruinosa, desalojo de personas que han entrado a vivir en el inmueble por razones laborales, etc. Y dentro de los monitorios puros, el desalojo de ocupante precario o el del inquilino escandaloso.

8. Conclusiones

La experiencia uruguaya en materia de procesos monitorios data desde el siglo diecinueve y ha sufrido pocas variantes, por lo que entendemos que la opinión que podemos tener de estos procesos se basa en nuestra experiencia, por los años en que se ha venido aplicando en nuestro país.

Y nuestra opinión es que se trata de procesos absolutamente eficientes, en tanto, de no plantearse oposición por el demandado, se abre directamente la ejecución o, bien, se declara definitivamente el derecho reclamado y, por tanto, la satisfacción del derecho tutelado se logra más rápidamente. Se ahorran, también, esfuerzos humanos y económicos en la sustanciación de esas pretensiones.

Por otra parte, si se plantea oposición, el proceso vuelve, prácticamente en igual forma, al proceso ordinario, con iguales oportunidades de defensa y prueba. Ciertamente es que con algunas limitaciones, como las que hemos referido en relación a las resoluciones apelables o también a la limitación de defensas en los exclusivos procesos ejecutivos cambiario o tributarios.

La práctica y la experiencia aconsejan su implementación.

Bibliografía:

Barrios de Angelis, Dante (1989). *El proceso Civil. Código General del Proceso*. Montevideo: Ediciones Idea.

Calamandrei, Piero (1952). *El Proceso Monitorio*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ed. Ejea BsAs.

Carnelutti, F (1959). *Instituciones del proceso Civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ed. Ejea Bs. As.

Correa Delcasso, Juan P. (1998). *El proceso monitorio*. Barcelona: Editorial José María Bosch.

Tarigo, Enrique (2000). *Lecciones de Derecho Procesal*. Tomo IV. Uruguay: FCU.

Teitelbaum, Jaime (1977). “El proceso monitorio uruguayo”. En *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*.

Paneo general acerca del estado de la reforma procesal civil en la República Argentina

Ángela Esther Ledesma

*Profesora titular interina de la cátedra "Elementos de Derecho Procesal Civil",
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Presidenta de
la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro titular de Instituto
Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro titular y consejera de la Asociación
Internacional de Derecho Procesal.*

I. Introducción

La reforma de la justicia hoy es un tema que está fuertemente instalado en la agenda pública en la República Argentina y como no podía ser de otro modo alcanzó al denominado fuero civil como omnicompreensivo de lo no penal. Una decisión adversa para nuestro país, como lo fue la condena en el caso Furlan resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2012¹, puso al descubierto la crisis del modelo civil de enjuiciamiento.

Los problemas de acceso a la justicia fueron advertidos por sectores académicos que se hicieron sentir en la década de los ochenta², en consonancia con una

¹ Esta decisión puso al desnudo la realidad del proceso civil, la falta de intermediación del juez con los conflictos que se le presentan para su solución y resolución. En este caso, un proceso por daños y perjuicios tardó 9 años, 11 meses y 5 días hasta la sentencia definitiva, y el mismo estuvo seguido de la etapa de ejecución de la sentencia con el fin de obtener la indemnización ordenada que duró un año y 9 meses; con el agravante de que en él se encontraban en juego los derechos de una persona vulnerable por su discapacidad y la necesidad de acceder de inmediato a diversos tratamientos, que no llegaron.

² Así, cabe mencionar la repercusión que los trabajos de Mauro Cappeletti y Bryant G. Garth tuvieron entre nosotros, en particular gracias a la impronta dada por la denominada escuela procesal de La Plata, encabezada por el maestro Augusto M. Morello.

tendencia mundial para hacer efectivos los derechos. En los noventa se alcanzaron niveles de discusión en los distintos ámbitos, que comenzaron por proponer una reforma integral al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación³, hasta consolidar la mediación como forma alternativa de solución de conflictos en nuestro medio, primero en el orden nacional, luego extendida a las provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En tanto, el Código Procesal Nacional solo fue parcialmente reformado por la ley⁴, que introdujo la denominada audiencia preliminar prevista por el artículo 360 del CPCCN, con lo que queda relegado el cambio integral que proponían los proyectos elaborados por aquellos años, el que se caracterizaba por la propuesta unánime de realización de un proceso por audiencias, siguiendo los lineamientos generales del Código Modelo para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal⁵ y que diera luz el Código General del Proceso de Uruguay⁶.

Las quejas de la ciudadanía respecto al funcionamiento de la justicia, en general, hoy se hacen sentir con mucha fuerza en el fuero civil, frente a la complejidad de los conflictos que llegan a la justicia como consecuencia de un mundo globalizado y el mayor reconocimiento de derechos, en particular cuando se trata de tutelas diferenciadas que, como tales, requieren respuestas acordes a su génesis, llámese derecho a la salud, al medio ambiente sano, vivienda digna o grupos vulnerables, solo por mencionar algunos.

Pero, antes de avanzar, deseo destacar que los principales avances que en esta materia abordaremos lo serán el orden provincial, toda vez que, con excepción de la audiencia preliminar y la mediación, en el orden nacional y federal no hubo otros cambios significativos en materia legislativa, toda vez que la última reforma

³ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ley 17.454, de la década de los sesenta, cuya reforma fue promovida en los noventa por dos proyectos de reforma encarados por comisiones constituidas en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación. El primero de ellos publicado en septiembre de 1993, fue elaborado por Augusto M. Morello, Roland Arazi, Isidoro Eisner y Mario E. Kaminker y el segundo, publicado en mayo de 1994, por Carlos J. Colombo, Julio C. Cueto Rúa, Raúl A. Etcheverry y Héctor G. Umaschi.

⁴ Ley 24.573.

⁵ El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, publicado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en Montevideo, 1988.

⁶ Ley 15.982 de 1989, recientemente reformada por Ley 19.090 de 2013.

introducida al CPCCN⁷ se caracterizó por introducir aspectos procedimentales de escasa relevancia.

Dado que este informe se presenta a nivel internacional, aclaro que Argentina es un estado federal que tiene una doble administración de justicia: por un lado, la federal, para las causas que así lo prevé la Constitución Nacional y otra para los Estados provinciales para los demás casos denominados genéricamente de la justicia ordinaria; en tanto la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también es un Estado con su propio poder judicial, aunque cuenta con una competencia reducida.

Esta última circunstancia hace que en este momento se dé una situación peculiar y es que subsiste la denominada justicia nacional en la Ciudad de Buenos Aires, antiguamente reservada para los territorios nacionales, de modo que, en la actualidad, los tribunales nacionales entienden asuntos de justicia civil y comercial cuya competencia no ha sido transferida a la Ciudad Autónoma.⁸ Esa justicia nacional depende de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y juzga con el mismo código procesal que la justicia federal, en tanto cada provincia y la propia Ciudad Autónoma tienen códigos procesales propios y diferentes entre sí. En síntesis, en nuestro país hay un Código Civil y Comercial de la Nación para la justicia nacional y federal y tantos códigos procesales de la materia como provincias, es decir veinticuatro.⁹

II. Reforma procesal en particular

El debate producido en la década de los noventa, a partir de la discusión académica iluminada principalmente por Augusto Mario Morello, sentó sus bases en la necesidad de contar con un proceso más oral, a través de las audiencias preliminar y de vista de causa, la conversión del anacrónico instituto de la absolución de posiciones en declaración de parte, la libertad en la interrogación de los testigos, la

⁷ Cada vez que decimos CPCCN, nos referimos al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuya últimas reformas muy parciales fueron hechas por las leyes 25488 y 26.589, que no modificaron su estructura.

⁸ En este punto existe una gran discusión respecto a si la creación de la Ciudad Autónoma (artículo 129 CN), en el mismo territorio donde funciona la capital federal, implica que aquella es un Estado equiparable a las provincias y, como consecuencia de ello, se le debe transferir toda la competencia ordinaria o no federal.

⁹ Aun la propia Ciudad Autónoma tiene uno para la materia no penal, que abarca una competencia muy importante y se denomina contenciosa administrativa y tributaria. Las provincias argentinas son 23, más la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

necesidad de instaurar el proceso monitorio, la regulación de soluciones urgentes (cautelares, anticipación de tutela y medidas de satisfacción inmediata), distinguir los procesos ordinarios y extraordinarios, entre otras respuestas.

Si bien no contamos con mediciones que nos puedan ilustrar acerca de la eficacia concreta de algunos de estos cambios, no es menos cierto que en el orden nacional la instauración de la mediación denominada “obligatoria” ha permitido reducir el índice de litigios.

A su vez, los institutos de la audiencia preliminar y del proceso de estructura monitoria en La Pampa, dan cuenta de una tendencia en orden a la baja de la litigiosidad y leve alza de la tasa de resolución (Descalzi, 2010: 442 y 462)

A continuación, abordaremos los institutos más relevantes de los códigos procesales reformados en la década de los noventa y a partir del presente siglo. En tal sentido, adelantamos que las provincias que primero reformaron de modo integral sus códigos fueron La Pampa¹⁰, Río Negro¹¹, Entre Ríos¹² y San Juan¹³. En tanto que el Código de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur¹⁴ fue el primero en sancionarse para ese Estado con motivo de su creación. La tendencia luego fue seguida por las reformas parciales de Formosa¹⁵, Chaco¹⁶, Catamarca¹⁷ y Santiago del Estero¹⁸. Mención aparte merece la legislación correntina, toda vez que en 2000 se reformó íntegramente el Código y no entró en vigencia, sin embargo reformas parciales implementaron algunos institutos en particular.¹⁹

La operatividad de estas reformas no ha tenido lugar del mismo modo; en algunos casos, como en Río Negro, se observa más apego a la oralidad.

¹⁰ CPCC Ley 1828 de 1998, que entró en vigencia mediante ley 1870 en 2001.

¹¹ Ley 4142, entra en vigencia en 1° junio de 2007.

¹² Ley 9776 de 2007, parcialmente reformada por ley 9857 de 2008.

¹³ Ley 7942 de 2008.

¹⁴ Ley 147 de 1994, reformada mediante ley 804/09. Lo cierto es, como veremos más adelante, que aún no brinda los resultados deseados por la sobrecarga de tareas y su escasa estructura organizativa.

¹⁵ Ley 955, reformada por ley 1397 de 2002.

¹⁶ Ley 968 de 1969, reformada por leyes 6002 de 2007 y 5971, de 2007 y 2008, respectivamente.

¹⁷ Ley 2339 de 1970, reformada por ley 5213 de 2008.

¹⁸ Ley 6910 de 2008, que entra en vigencia el 1° de febrero de 2009.

¹⁹ Código Procesal Civil y Comercial Ley 14 del año 2000, del que solo se han puesto en vigencia algunos institutos modernos por él previstos, mediante leyes 5745 y 5973.

III. Mediación civil

A principios de los noventa, cuando se comenzó a discutir fuertemente la necesidad de la reforma procesal civil, lo primero que se advirtió fue la necesidad de profundizar la aplicación práctica de los medios alternativos de solución de conflicto. En nuestro país estaba prevista en todos los códigos la conciliación, pero, en la práctica, este instituto no había tenido mayores desarrollos. Por otro lado, en las universidades las cátedras de procesal siempre estuvieron abocadas al estudio exclusivo del proceso judicial. El movimiento de reforma en esta oportunidad centró su mirada, también, en los métodos autocompositivos de solución de los conflictos jurídicos y, en particular, en la mediación. Esta línea de pensamiento se proyectó en las universidades, donde hoy se cuenta, tanto en grado como en postgrado, con cátedras para el estudio de los medios alternativos.

Aclaremos que solo presentaremos de modo general el instituto de la mediación civil, instaurada en 1995 mediante ley 24.573²⁰, actualmente reformada por ley 26.589. Regulación que constituyó un gran cambio a partir de la reforma nacional, que luego se proyectó en las provincias argentinas de modo generalizado y, aún más, hoy se habilita en varios lugares también para la materia penal.

La introducción de los modos alternativos de solución de conflictos es un elemento esencial a la hora de dinamizar el sistema de justicia y reducir la carga de los tribunales. Toda vez que no podemos hablar de oralidad civil cuando la carga de trabajo, las estructuras organizativas y las herramientas de gestión no son las adecuadas. En ese cuadro de situación los medios alternativos constituyen una herramienta idónea para reducir la carga de trabajo. Esta afirmación no habilita a pensar que todo lo solucionaremos con la mediación.

Lo cierto es que, más allá de las críticas que puedan hacerse al sistema en Argentina, las mediciones hechas en el fuero civil de la capital federal (Ciudad de Buenos Aires) dan cuenta de que solo un 34.61 % de los casos que accedieron a mediación

²⁰ “Esta forma de solución de conflictos reconoce como antecedente legal en el país el dec. 1480/92 (Adla, LII-C, 3108) que declaró de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método no adversarial y encomendó al Ministerio de Justicia de la Nación la formulación de proyectos legislativos y el dictado de normas de nivel reglamentario para la puesta en marcha de dicha institución. Asimismo dicho decreto creó el Cuerpo de Mediadores en el ámbito del citado Ministerio, y le encargó reglamentar la composición, funcionamiento y designación de sus integrantes. Cabe advertir que el art. 4° del dec. 1480/92 señala como primer principio básico de la institución que el procedimiento será voluntario para las partes, situación que no respetó la ley 24.573.” Arazi, Roland; Mediación, audiencia preliminar y prueba en la ley 24.573, LA LEY1996-A, 1254.

se presentaron luego en la justicia (Giannini, 2014). Ello a pesar de que no se puede saber si el 65% que no promueve demanda ante la justicia lo deja de hacer porque su pretensión se satisfizo con la mediación o, simplemente, porque sabe que no podrá encontrar respuesta en un sistema oneroso y lento como es el judicial, *máxime* si consideramos que muchos de los conflictos que llegan a mediación habitualmente **no** son presentados en sede judicial, ya que este mecanismo ha permitido la solución de pequeñas causas (Giannini, 2014). Otro aspecto a considerar es la imposibilidad de medir el número real de casos que pasan por mediación, ya que los datos recogidos no dan cuenta de la cantidad de supuestos en que se acordó el mediador, sin recurrir al requerimiento de sorteo del registro oficial.

Esta modalidad de solución de conflictos, como anticipáramos, se extendió a los poderes judiciales de provincia y a sus diversos fueros. Así, cuando en el orden nacional se excluyen²¹ las cuestiones de familia, en algunas provincias como Río Negro y Tierra del Fuego están comprendidas.²²

La crítica principal que se le hace es el carácter obligatorio con que fue regulado, primero de forma provisoria y luego definitiva.²³ Circunstancia que dio lugar al planteo de inconstitucionalidad y a que la Corte Suprema de Justicia interpretara que:

El carácter obligatorio del procedimiento de la mediación no violenta el derecho constitucional de acceder a la justicia pues, una vez que las partes han comparecido personalmente a la audiencia pueden dar por terminado el procedimiento, con lo cual queda expedita –y en breve tiempo– la vía judicial” (Fallos, 324: 3184)

²¹ Ley 24.573, art. 5: “Controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en los siguientes casos: a) Acciones penales; b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador; c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil; d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación; e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos; f) Medidas cautelares; g) Diligencias preliminares y prueba anticipada; h) Juicios sucesorios; i) Concursos preventivos y quiebras; j) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512; k) Conflictos de competencia de la justicia del trabajo; l) Procesos voluntarios.” En tanto que resulta: “Aplicación optativa del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. En los casos de ejecución y desalojos el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria será optativo para el reclamante sin que el requerido pueda cuestionar la vía.”

²² Tierra del Fuego conforme Ley 804/09 y Río Negro Ley n°3847, art. 1 b).

²³ La Ley 24.573 lo previó con carácter obligatorio por cinco años, luego fue prorrogado por otro lustro mediante ley 25.287, la ley 26368 lo amplió por dos años más y, finalmente, la ley 26.589 lo transformó en un esquema definitivo.

Es decir que como requisito de admisibilidad de la demanda se exige: “Al promoverse demanda judicial deberá acompañarse acta expedida y firmada por el mediador interviniente.”²⁴

El procedimiento de mediación responde a los criterios propios del método. Así, los principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria son los siguientes:

a) Imparcialidad del mediador en relación a los intereses de las partes intervinientes en el proceso de mediación prejudicial obligatoria; *b)* Libertad y voluntariedad de las partes en conflicto para participar en la mediación; *c)* Igualdad de las partes en el procedimiento de mediación; *d)* Consideración especial de los intereses de los menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes; *e)* Confidencialidad respecto de la información divulgada por las partes, sus asesores o los terceros citados durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria; *f)* Promoción de la comunicación directa entre las partes en miras a la búsqueda creativa y cooperativa de la solución del conflicto; *g)* Celeridad del procedimiento en función del avance de las negociaciones y cumplimiento del término fijado, si se hubiere establecido; *h)* Conformidad expresa de las partes para que personas ajenas presencien el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. En la primera audiencia el mediador deberá informar a las partes sobre los principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.²⁵

Con este mecanismo no se agota el intento para autocomponer el conflicto, toda vez que el juez tiene la potestad (artículo 36 CPCCN) de: “Intentar una conciliación total o parcial del conflicto o incidente procesal, pudiendo proponer y promover que las partes deriven el litigio a otros medios alternativos de resolución de conflictos.” Tarea que, habrá de realizar también en la denominada audiencia preliminar o inicial, donde habrá de agotar una vez más esta posibilidad.²⁶

²⁴ Ley 24.573, artículo 2.

²⁵ Ley 24.573, artículo 4.

²⁶ EL CPCCN, después de prever la audiencia preliminar en el artículo 360, regula expresamente el “artículo 360 BIS. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 36, inciso 2, apartado a), en la audiencia mencionada en el artículo anterior, el juez y las partes podrán proponer fórmulas conciliatorias. Si se arribase a un acuerdo conciliatorio, se labrará acta en la que conste su contenido y la homologación por el juez interviniente. Tendrá efecto de cosa juzgada y se ejecutará mediante el procedimiento previsto para la ejecución de sentencia. Si no hubiera acuerdo entre las partes, en el acta se hará constar esta circunstancia, sin expresión de causas. Los intervinientes no podrán ser interrogados acerca de lo acontecido en la audiencia.”

Sin embargo, la escasa cultura en lo que hace al paradigma pacificador que pregonan las soluciones alternativas hace que en la práctica aún no se hayan obtenido los resultados esperados. Por lo demás, a nuestro criterio, es altamente inconveniente que el mismo juez, que luego tendrá a su cargo el dictado de una sentencia, sea el que intente la conciliación; en este sentido, la figura del conciliador, funcionario especialmente capacitado al efecto y distinto del juez, que preveía el denominado proyecto Morello²⁷ de la década de los noventa, nos parece más adecuado. Lamentablemente, cuestiones de costos y falta de comprensión de la necesidad de capacitación y especialización para colaborar con las partes en solucionar su conflicto han impedido aun su implementación.

IV. La oralidad en materia civil

Cuando abordamos la agenda pública en materia de reformas de justicia y procesales en particular, un desafío esencial es el de la *transparencia y publicidad* de las decisiones judiciales. En ese derrotero, *el juicio oral y público constituye un eje esencial*.

Desde lo procedimental se volvió la mirada hacia la oralidad, tendencia que hoy vuelve a acentuarse, tanto en los proyectos legislativos como en la discusión académica. Al mismo tiempo, se cuenta con experiencias concretas en tal sentido.

En el punto, dividiremos su tratamiento en dos partes, primero la audiencia preliminar y luego, la de vista de causa o desahogo de prueba.

1. Audiencia preliminar

La reforma procesal que introdujo la audiencia preliminar al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación²⁸ pretendió, en el ideario de sus promotores, dar un paso que se consideró decisivo en el tránsito hacia la oralidad, a través del método de realización del juicio por audiencias, al consagrar la primera de aquellas.

²⁷ Anteproyecto de Reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, elaborado por Roland Arazi, Isidoro Eisner, Mario E. Kamiker y Augusto M. Morello, año 1993.

²⁸ Ley 24.573, artículo 33, al consagrar la regulación del artículo 360, parcialmente reformado y no en lo sustancial que abordamos en este artículo por la ley 26.589.

Esta audiencia fue diagramada con múltiples funciones, como despacho saneador y de desahogo de pruebas. Determina si la cuestión puede disolverse a través de algún medio alternativo de solución de conflictos, si corresponde o no abrir la causa a prueba y, en su caso, sobre qué hechos versará, determinándose, luego, qué medios son admitidos y con qué extensión. En la exposición de motivos del Proyecto de 1993 se la definía como “acto nuclear y eje dialogal básico”, con la finalidad de saneamiento, resguardo de la regla moral y la buena fe²⁸.

La primera cuestión que debe abordar el juez es la posibilidad de una conciliación u otra forma de solución del conflicto, mediante la invitación que autoriza el inciso primero de la actual redacción²⁹, también si la naturaleza y el estado del litigio lo justifican podrá derivar el caso a un mediador. Recibirá las manifestaciones de los contendientes en orden a la apertura o no de la causa a prueba. Oídas las partes, fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba. Recibirá la prueba confesional. Proveerá la demás prueba que considere admisible. Y, si correspondiere, decidirá en el acto de la audiencia que la cuestión debe ser resuelta como de puro derecho, con lo que la cuestión quedará concluida para definitiva.³⁰

²⁸ Exposición de motivos, fecha septiembre de 1993, punto 3), suscripta por sus autores profesores Roland Arazí, Isidoro Eisner, Mario E. Kaminker y Mario A. Morello.

²⁹ Esta potestad que lógicamente habrá de ejercerse en primer lugar, en la primitiva redacción se encontraba prevista en el inciso quinto del artículo 360; hoy con la reforma de 2010 se ubica en su sitial, inciso primero.

³⁰ CPCCN, texto Ley 26.589: “Artículo 360.- A los fines del artículo precedente el juez citará a las partes a una audiencia, que presidirá, con carácter indelegable. Si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia, debiéndose dejar constancia en el libro de asistencia. En tal acto:

1. Invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos que acordarán en la audiencia. El juez podrá, si la naturaleza y el estado del conflicto lo justifican, derivar a las partes a mediación. En este supuesto, se suspenderá el procedimiento por treinta (30) días contados a partir de la notificación del mediador a impulso de cualquiera de las partes. Vencido este plazo, se reanudará el procedimiento a pedido de cualquiera de las partes, lo que dispondrá el juez sin sustanciación, mediante auto que se notificará a la contraria.

2. Recibirá las manifestaciones de las partes con referencia a lo prescripto en el artículo 361 del presente Código, debiendo resolver en el mismo acto.

3. Oídas las partes, fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba.

4. Recibirá la prueba confesional si ésta hubiera sido ofrecida por las partes. La ausencia de uno de todos los absolventes, no impedirá la celebración de la audiencia preliminar.

5. Proveerá en dicha audiencia las pruebas que considere admisibles y concentrará en una sola audiencia la prueba testimonial, la que se celebrará con presencia del juez en las condiciones establecidas en este capítulo. Esta obligación únicamente podrá delegarse en el secretario o en su caso, en el prosecretario letrado.

6. Si correspondiere, decidirá en el acto de la audiencia que la cuestión debe ser resuelta como de puro derecho con lo que la causa quedará concluida para definitiva.”

En lo que hace al funcionamiento de este instituto en el orden nacional, dado que en nuestro país existen pocas mediciones que permitan evaluar los resultados y procurar superar las disfunciones del sistema, recurrimos a datos que tienen un mero valor referencial de tendencias. Pero vale la pena señalar que la información recogida se corresponde también con la realidad de algunos poderes judiciales de provincia, donde la reforma ha dado un resultado más o menos favorable de acuerdo a la capacitación de los jueces y la adecuada comprensión o no de la significación de los cambios.

Durante el año 2008,³¹ nos propusimos medir el funcionamiento de la *audiencia preliminar* mediante un trabajo de campo, que consistió en un muestreo sobre juzgados de primera instancia en lo civil patrimonial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.³² Si bien esos datos parecen haber perdido cierta actualidad en más de cinco años (en particular, por la experiencia que se lleva a cabo, mediante el Plan Piloto que impulsa la Cámara Civil,³³ que muestra nuevos desarrollos en algunos casos superadores de aquél estado de situación), lo cierto es que algunos de ellos tienen aún hoy gran relevancia, por tal motivo tomaremos algunos indicadores que denotaron una tendencia del sistema. Situación que en algunos juzgados se mantiene, conforme los propios operadores lo reconocen en discusiones públicas.

En orden a la presencia del juez en la audiencia, la letra del Código que en la primitiva redacción establecía la necesidad de su “presencia bajo pena de nulidad” y hoy que: “el juez citará a las partes a una audiencia, que presidirá, con carácter indelegable”, además de explicitar que “Si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia, debiéndose dejar constancia en el libro de asistencia”³⁴. En tanto de la

³¹ Emprendimos una encuesta a través de la cátedra de “Elementos de Derecho Procesal Civil”, de la Facultad de Derecho, de la UBA, a nuestro cargo. Para ello se tomaron juzgados en lo patrimonial de la Justicia Nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

³² A tal fin, se realizó una evaluación que incluyó la medición de algunos casos, escogidos por muestreo, en trámite y concluidos, con y sin dicha audiencia preliminar; así como la entrevista de abogados litigantes que intervienen activamente en la primera instancia del fuero civil patrimonial. Ello con el propósito de detectar las debilidades y fortalezas de esta herramienta procesal. En el relevamiento de datos, participaron los jefes de trabajos prácticos y ayudantes categorizados en carrera docente que integran la cátedra.

³³ En este aspecto cabe destacar, que la primitiva propuesta provino del juez doctor Gerónimo Sansó, quien recogió la tarea realizada por la Mesa del Diálogo Argentino en el año 2003, cuya comisión integráramos. El Plan piloto sobre juicios orales comenzó el 11/09/07 y hoy se le ha dado nuevo impulso en tanto se procura registrar por vía digital todas las audiencias que se realizan, conforme lo manifestado por la juez de la Cámara Nacional en lo Civil, doctora Mabel de los Santos, como responsable de la Comisión de seguimiento, el día 22 de noviembre en las “Segundas Jornadas Académicas Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional”, Facultad de Derecho, UBA.

³⁴ CPCCN, artículo 360, texto ley 26.589.

simple lectura de las funciones que cumple este acto nuclear surge su necesaria presencia, toda vez que es la única forma posible para que el instrumento opere como una verdadera válvula reguladora del caudal del litigio, eje central de la realización del proceso civil y definitorio del trámite que pueda tener lugar para su conclusión.

Sin embargo, del muestreo referido surgió que, conforme las actas, en el 91% de los casos los jueces las suscribían, pero los abogados encuestados manifestaron que, en la realidad, la presencia física no se daba con tal frecuencia; que en la práctica, por lo general, en los juzgados se realizaban varias audiencias al mismo tiempo y el juez solía pasar solo a preguntar si había habido arreglo. A esta circunstancia se atribuyen algunas prácticas detectadas a partir de las actas de audiencia, a saber: que no se fijaran los hechos conducentes (inciso tercero), ni proveyera la prueba (inciso quinto) en el acto, sino que las causas pasaran a despacho para resolver. Es decir que la fijación del objeto de la prueba fuera una mera ficción legal, con la consecuente imposibilidad de proveer en el momento los medios a producir. En este orden también se advirtió falta de resolución de incidentes en el mismo acto de la audiencia.

Por otro lado, se constató que, cuando el juez estaba presente, las partes desistían del 70% de la prueba ofrecida. Dato por demás significativo.

Las disfunciones también tienen que ver con los abogados, toda vez que, de acuerdo a los datos recogidos, un alto porcentaje de profesionales no conocían acabadamente el caso.

Comparados casos que se tramitaron antes de la reforma y los que experimentaron la realización de la audiencia preliminar, se verificó que en la mayoría de los supuestos analizados no existieron diferencias temporales en el trámite del expediente, desde la clausura del procedimiento probatorio hasta el dictado de la sentencia definitiva.³⁵ Esto también da cuenta de alguna debilidad del sistema porque, cuando el juez está presente en la audiencia preliminar y despliega todas sus potencialidades, queda en mejores condiciones de recibir la prueba y dictar sentencia, todo ello en un lapso temporal más breve. Ese resultado tiene que ver, como lo anticipáramos, con la falta de adecuada comprensión del significado de la oralidad como método de realización del juicio y, esencialmente, de toma de decisiones en ese ámbito.

³⁵ Es importante señalar que en la muestra se analizaron dos grupos de casos, terminados con y sin audiencia preliminar; en el segundo supuesto se intentó medir la diferencia entre la regulación anterior del artículo 125 bis y el actual 360.

La audiencia preliminar tiene mayor potencialidad que la desarrollada aun, así los demuestran los juzgados donde se practica de manera adecuada, que afortunadamente hoy son más que hace cinco años.

2. Audiencia preliminar en las provincias

Las provincias siguieron en términos generales la regulación nacional, los jueces como regla tienen las mismas potestades.³⁶ No obstante, aportaron lo propio para evitar el fracaso de la audiencia y, esencialmente, para que su resultado sea exitoso en términos de eficacia.

La provincia de Tierra del Fuego fue la primera, en 1994, en adoptar el modelo de proceso por audiencias, que por aquél entonces se propiciaba para el orden nacional.³⁷ En su artículo 370, prevé una audiencia preliminar plurifuncional, que autoriza, además de la conciliación, la recepción de la prueba sobre las excepciones y su resolución, el dictado de sentencia interlocutoria para sanear el proceso, recepción de los medios de prueba sobre el fondo de la cuestión que fuere posible y fijación de otra complementaria para la producción del resto de la prueba.³⁸

³⁶ Así, por ejemplo en Río Negro, conforme el artículo 361: "En la audiencia preliminar el juez procurará que los litigantes reajusten sus pretensiones, a fin de lograr el avenimiento total o parcial de sus diferencias; en su caso, invitará a la partes a una conciliación o mediación a través del Servicio de Resolución Alternativa de Conflictos, llevado a cabo en los Centros Judiciales de Mediación (Cejume); después de oír a las partes fijará los hechos que serán objeto de prueba, el plazo para su producción y la fecha en que se llevará a cabo la audiencia para recibirla; en la audiencia preliminar cualquiera de los litigantes podrá oponerse a la apertura a prueba, resolviéndose el punto, previa sustanciación." Arazi, Roland, "El nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Río Negro", SJA 14/3/2007 ; JA 2007-I-834.

³⁷ Ley n° 197 de 1994, modificada parcialmente por leyes n° 158,208, 242, 513, 552 y 804.

³⁸ 370.1. Tentativa de conciliación, que deberá realizar el Tribunal, respecto de todos o alguno de los puntos controvertidos.

370.2. Ratificación de la demanda y de la contestación y, en su caso, de la reconvenición y de la contestación a la misma, pudiéndose alegar hechos nuevos siempre que no modifiquen la pretensión o la defensa, así como aclarar sus extremos si resultaren oscuros o imprecisos, a juicio del Tribunal o de las partes.

370.3. Recepción de la prueba sobre las excepciones, en la situación extraordinaria de entender el Tribunal que existe algún hecho a probar, en cuyo caso se recibirán exclusivamente las pruebas solicitadas en el escrito en que se hubieren opuesto las excepciones y en la contestación de las mismas.

370.4. Dictado de sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso para resolver los problemas planteados por las excepciones procesales propuestas o las nulidades denunciadas o las que el Tribunal hubiere advertido y decidir, a petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito, incluyendo la improponibilidad de la demanda y la legitimación en la causa, cuando ésta sea definible al comienzo del litigio. El Tribunal podrá prorrogar la audiencia a los efectos de lo dispuesto en el apartado 3, pero en la siguiente oportunidad deberá recibirse la totalidad de la prueba y pronunciarse la sentencia interlocutoria.

370.5. Fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba; pronunciamiento sobre los medios de

Presencia del juez

Fue La Pampa la primera que, al introducir este instituto, dio una vuelta de tuerca más para lograr su eficacia y exigir la presencia del juez en la audiencia. El Código sanciona su incomparecencia con la nulidad absoluta del acto (CPCC La Pampa inciso primero del artículo 344).

En Río Negro también la audiencia deberá ser tomada inexcusablemente por el juez, el artículo 362 establece que:

El Juez que ordene o consienta lo contrario, perderá su competencia para seguir conociendo en el proceso y se hará pasible de una multa de hasta el cinco por ciento de su remuneración mensual debiendo el Tribunal de Alzada vigilar su cumplimiento.

Sin lugar a dudas, la presencia del magistrado es un factor esencial a la hora de evaluar los resultados del instituto.³⁹

Presencia de partes

Por otro lado, los códigos procesales regularon adecuadamente la necesidad de la presencia personal de los sujetos legitimados⁴⁰, no solo de sus apoderados. De éste

prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, innecesarios o inconducentes, disponiéndose la ordenación y diligenciamiento de los que correspondan; recepción de los que fuere posible diligenciar en la propia audiencia y fijación de otra complementaria para el diligenciamiento de los restantes, acordándose lo necesario para que en ocasión de esa audiencia complementaria se diligencien totalmente las pruebas que no se hubieren recibido en la audiencia preliminar. Las partes podrán proponer nuevos medios de prueba que, a juicio del Tribunal, refieran a hechos nuevos o a rectificaciones hechas en la propia audiencia.

³⁹ En Formosa la reforma parcial operada en 2002 (Ley 1397), al incorporar la audiencia preliminar, establece que en esa oportunidad el juez "Proveerá en dicha audiencia las pruebas que considere admisibles y concentrará en una sola audiencia la prueba testimonial, la que se celebrará con presencia del juez en las condiciones establecidas en este capítulo." (artículo 358 inciso quinto). Hasta ahí nuestro entusiasmo porque, en principio, el acto de la audiencia, conforme el mismo artículo 358, es indelegable, pero punto y seguido autoriza la delegación: "Esta obligación únicamente podrá delegarse en el Secretario."

A pesar de la crítica que antecede, la misma reforma realizada en Formosa introduce el artículo 348, que prevé una audiencia de prueba para el trámite de las excepciones, "el juez designará audiencia dentro de diez días para recibir la prueba ofrecida, si lo estimare necesario. En caso contrario, resolverá sin más trámite." Esta regulación no deja de ser alentadora.

⁴⁰ Artículo 343. 2 La Pampa: Las partes deberán concurrir en forma personal y por medio de sus representantes legales en caso de menores o incapaces, con asistencia letrada, quedando notificadas de todo lo que aconteciera en el acto. En casos extremos el juez, por resolución fundada, podrá autorizar a la parte a comparecer por representante. Si por razones de fuerza mayor, debidamente acreditadas, alguna de las partes no pudiere comparecer, el tribunal podrá diferir la audiencia. En sentido similar San Juan artículo 325.

modo se procuró la solución alternativa del conflicto. No obstante en éste aspecto subsiste el problema que plantean los juicios contra el estado y los casos en los que interviene una compañía aseguradora, cuando por lo general no se confiere mandato al representante legal para arribar a una solución conciliatoria.⁴¹

Para provocar la asistencia personal del interesado, se regularon distintos mecanismos sancionatorios respecto de quien no comparece. El CPCC de La Pampa, establece, en el artículo 344 inciso 2:

“La parte que no concurriera a la audiencia quedará también notificada en el acto de todas las resoluciones que allí se dicten, no pudiendo plantear ninguna cuestión o recurso al respecto, y *su ausencia injustificada podrá estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos proporcionados por la contraparte.*”⁴²

La misma redacción fue dada en Tierra del Fuego, artículo 369.4⁴³, Entre Ríos, artículo 346 inciso segundo.

En San Juan, el artículo 325 prevé que: “(...) *La parte que no compareciere injustificadamente no podrá plantear en lo sucesivo cuestión alguna respecto de las resoluciones propias de dicho acto que se dicten en el curso de la audiencia y se le tendrán por reconocidos los hechos aseverados por la contraparte en la demanda o contestación, salvo prueba en contrario.*”⁴⁴

En el mismo orden, Río Negro regula que: “En cuanto a las partes, las mismas podrán ser conminadas a comparecer mediante la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 37.” (artículo 342). Resulta, entonces aplicable la norma que autoriza: “Los Jueces y Tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento.”(artículo 37)

Oportunidad de la fijación de la audiencia

También es destacable la previsión en orden a la rapidez con que se debe fijar la audiencia, previéndose un plazo breve entre la contestación de la demanda y su

⁴¹ Así nos lo informa, por ejemplo, la juez civil de La Pampa, Fabiana Berardi, quien manifiesta: “que son casi todos los procesos de daños y perjuicios derivados de accidentes de tránsito, por la misma razón.”

⁴² El resaltado nos pertenece.

⁴³ Si bien esta legislación fue la primera en sancionarse, año 1994, lo cierto es que las noticias que tenemos dan cuenta de un escaso apego a la oralidad, a diferencia del fortalecimiento del acto de la audiencia preliminar que dan cuenta otras provincias, como es el caso de Entre Ríos.

⁴⁴ El resaltado nos pertenece.

celebración.⁴⁵ El Código de Río Negro se limita a expresar “a la brevedad posible y con el solo margen suficiente para su notificación, para que las partes concurren personalmente”.

Pero, la realidad muestra el incumplimiento del plazo fijado en algunos códigos, hecho que muchas veces es producto de la sobrecarga con la que trabajan los tribunales; lo cierto es que las reglas referidas inducen a la pronta fijación de la audiencia preliminar.

Reglas generales

En todos los casos las reglas generales son similares, se da prioridad a la conciliación o derivación a mediación.

Una diferencia que se marca es la posibilidad de producir la prueba confesional en la audiencia como en el orden nacional, que se da en San Juan⁴⁶ y Formosa⁴⁷ a diferencia de La Pampa, Río Negro y Entre Ríos, en que se prevé la fijación de otra audiencia a tal fin conjuntamente con otras pruebas. En cambio, en Tierra del Fuego, como se explicitara, la norma autoriza producir cualquier prueba.

Ampliación a otras categorías de procesos

En los casos que hemos referido la audiencia preliminar fue prevista para los procesos de conocimiento ordinario. En tanto el Código Procesal de Corrientes, en su última reforma parcial, introdujo la audiencia preliminar para el proceso de alimentos.⁴⁸ Hecho por demás plausible.

Resultados

En lo que hace a los resultados, los diálogos con jueces de distintas jurisdicciones provinciales son coincidentes, en orden a que estos son variados dependiendo

⁴⁵ Artículo 343 CPP La Pampa: “Si hubiere hechos controvertidos el juez señalará una audiencia a realizarse dentro de los quince (15) días de dictada la providencia que tiene por contestada la demanda o reconvenición, en su caso, o firme el interlocutorio que resuelve las excepciones previas.” En tanto que en Entre Ríos, se fija dicho plazo en treinta días.

⁴⁶ CPCC San Juan: Artículo 326, inciso 6) “Podrá interrogar a los litigantes sobre la cuestión que se ventila, e inmediatamente se diligenciará el medio previsto en el artículo 367 cuando éste hubiere sido ofrecido por las partes.” El referido artículo 367 autoriza la absolución de posiciones.

⁴⁷ CPCC Formosa: Artículo 358, inciso 4. Recibirá la prueba confesional si ésta hubiera sido ofrecida por las partes.

⁴⁸ Artículo 639 conforme redacción Ley 5973.

del juez que haga la audiencia. En algunas jurisdicciones, como en La Pampa, Río Negro, Chaco⁴⁹ y Entre Ríos, se destacó el fortalecimiento del instituto.

La queja generalizada pasa por la sobrecarga del tribunal que impide en algunos casos la pronta fijación de la audiencia preliminar, la presencia ininterrumpida del juez y la realización en la misma de cada uno de los actos que esta autoriza (fijar los hechos, proveer pruebas, resolver incidente, etc.).⁵⁰ En este punto, al igual que en lo que hace a la fijación de la audiencia de prueba, se advierte rápidamente que la oralidad no puede implementarse sin una adecuada gestión, allí es donde surge la necesidad de crear una oficina judicial para organizar, entre otras cuestiones, la agenda. Esa oficina debiera tener a su cargo, además, la citación de las personas convocadas a cada audiencia, medición de la concreción de estas, las causas de su fracaso, la organización de la sala de audiencias y su registro.

3. Audiencia de prueba

La audiencia preliminar debería ser la antesala de la audiencia de prueba, de esto da cuenta la exitosa experiencia piloto que se está llevando a cabo en algunos juzgados civiles de la Ciudad de Buenos Aires, impulsada por la Cámara Civil desde 2007. Pero, como hemos señalado, la concentración de prueba en una sola audiencia ni siquiera requiere de una regulación específica, toda vez que el principio de economía procesal provoca la concentración de la mayor cantidad de actos procesales en una misma oportunidad⁵¹. Más aún, es un deber de los jueces procurar la simplificación y celeridad del proceso, siempre que ello no afecte el derecho de defensa en juicio.

A pesar de las conclusiones a que se arribara en la Mesa del Diálogo Argentino en 2003, donde se concluyó que no se requería ninguna regulación específica conforme la letra del Código Procesal vigente en el orden nacional, para llevar adelante una audiencia en la que se produjera toda la prueba, lo cierto es que en los casos

⁴⁹ Específicamente, el profesor Fernando Heñin informa: La otra reforma importante es la audiencia preliminar, que está en el 338 bis del CPCC. Anda muy bien la audiencia, acortó muchos los tiempos de los procesos (hoy están en promedio en 2 años en 1ra instancia y antes duraban el doble. Los jueces están presentes. Eliminan la confesional y limitan los hechos controvertidos. Todos los actores están bastante satisfechos, tuvo buena recepción en el Foro.

⁵⁰ En Tierra del Fuego, por ejemplo, la doctora María del Carmen Battaini, juez del Superior Tribunal de Justicia, nos informa acerca de las dificultades de aprovechar las potencialidades de la audiencia, dada la falta de jueces y el alto índice de litigiosidad.

⁵¹ El Artículo 36 inciso quinto, punto I establece entre los deberes del juez el de: "Concentrar en lo posible, en un mismo acto o audiencia, todas las diligencias que sea menester realizar". Conforme texto, ley 25.488.

sometidos a la experiencia piloto referida se requiere conformidad de las partes para oralizar el proceso en esos términos. Sin embargo, conocemos juzgados que, sin estar afectados a dicha experiencia, concentran toda la prueba en una audiencia que fijan y notifican el mismo día de la preliminar, la que se realiza en tiempo muy cercano a esta última.

Lo interesante de la experiencia piloto es, por un lado, el cambio de prácticas y, por el otro, que se coadyuva a ello al brindar a los juzgados comprendidos, soportes electrónicos para el registro del acto, además de procurar salas de audiencias, aunque este no suele ser el problema, porque los despachos de los jueces son amplios y, por lo general, los procesos donde hay *litis consorcio* que involucran a muchas personas son pocos.

Lo cierto es que con excepción de Tierra del Fuego,⁵² las provincias argentinas han intentado instituir la audiencia de prueba, aunque sin alegatos, como había sido

⁵² CPCC de Tierra del Fuego, artículo 372. Audiencia complementaria. 372.1. Si la prueba no hubiere podido diligenciarse en la audiencia preliminar, total o parcialmente, se citará a las partes para la audiencia complementaria de prueba en el más breve tiempo posible, considerando el que insumirán las diligencias que se hubiere dispuesto realizar fuera de audiencia (inspecciones, pericias, informes y similares), a fin de que las mismas estén cumplidas en oportunidad de la audiencia complementaria.

372.2. La audiencia complementaria no se suspenderá ni se dejará de diligenciar la prueba por ausencia de una de las partes, salvo el caso de que, por única vez, el Tribunal entienda procedente prorrogarla por existir razones de fuerza mayor que afecten a una de ellas.

También podrá prorrogarse, por única vez, de oficio o a petición de parte, si faltare diligenciar alguna prueba que deba ser cumplida fuera de la audiencia, siempre que el Tribunal la considere indispensable para la instrucción, en cuyo caso arbitrará los medios necesarios para que esté diligenciada en la fecha fijada para la reanudación de la audiencia.

372.3. En todo caso, la ausencia a la audiencia complementaria de prueba determinará una presunción desfavorable a la parte inasistente.

372.4. En la audiencia complementaria se recibirá toda la prueba y se oírán a los peritos y testigos, los cuales permanecerán aguardando su término, a los efectos de eventuales aclaraciones o careos, salvo que el Tribunal autorice su retiro.

372.5. Todo lo actuado se documentará según lo dispuesto en los artículos 129 y 130, agregándose todos los informes y demás documentos recibidos. En el acta se podrán insertar las constancias que las partes soliciten, en especial las concernientes a declaraciones e informes y todo lo demás que resulte necesario, a juicio del Tribunal.

En particular, se dejará constancia de las resoluciones del Tribunal rechazando o admitiendo alguna prueba controvertida, así como de la interposición de recursos y, en su caso, de lo decidido por el Tribunal a su respecto.

372.6. Acto seguido las partes y en su caso el Ministerio Público dispondrán, por su orden, de treinta (30) minutos cada una para la formulación verbal de los alegatos. El Tribunal podrá, excepcionalmente, otorgar un plazo no mayor de diez (10) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito, cuando se trate de asuntos de especial complejidad.

372.7. Luego de los alegatos el expediente se pondrá a despacho para dictar sentencia dentro del plazo previsto por el artículo 180.

proyectada para el orden nacional; no obstante, es de toda lógica que el denominado “alegato de bien probado” se realice en esa oportunidad.

Son varios los Estados provinciales que en la misma audiencia preliminar prevén la posibilidad de convocarla, pero como facultad del tribunal.

Así, más allá de la reseña de la legislación del Fin del Mundo, es decir Tierra del Fuego, en La Pampa, el artículo 345 del CPCC prevé: “9º) Podrá disponer una nueva audiencia a realizarse en su presencia para recibir la prueba testimonial, las declaraciones de las partes y las explicaciones que se requieran a los peritos.” Con igual redacción en Entre Ríos, artículo 347, inciso 7).

El Código de Río Negro es más contundente, conforme la previsión del artículo 361, inciso 5, y la letra del 368: “La prueba confesional, de testigos, y en su caso las explicaciones de los peritos sobre cuyas pericias han sido solicitadas explicaciones o han sido impugnadas, será brindada en la audiencia de prueba prevista en el artículo 361 inciso 5, la que será tomada inexcusablemente por el juez.” A su vez, fortalece la oralidad al establecer el registro electrónico y/o audiovisual de la audiencia, como modo ineludible de sustitución de la falaz acta de audiencia que otrora interpretaba lo que sucedía en el acto. Y, si bien se prevé que en ésta se concentrarán las pruebas, autoriza la prórroga de no poder concluirse la audiencia en el día fijado, teniendo en cuenta la naturaleza de las pruebas.

En Río Negro la realización del proceso civil oral es una realidad, más allá de algunas disfunciones del sistema. Las audiencias se realizan en los despachos de los jueces que han sido acondicionados a tal efecto y cuentan con medios de registro electrónico, sin necesitar mayor infraestructura para su concreción.⁵³

Como podemos apreciar los códigos de provincia se quedaron a mitad de camino al regular la oralidad. A ello se sumó la falta de capacitación de los operadores jurídicos (jueces, abogados y funcionarios de los ministerios públicos), todo lo que contribuye junto con la cultura escrituraria a vivenciar menos progresos que los deseados.

⁵³ El profesor Roland Arazi, que participara en la comisión redactora del anteproyecto que luego se convirtiera en Código, dice: “Tal como sucede en las legislaciones procesales modernas, se prevé el desarrollo del proceso ordinario en dos audiencias principales: la preliminar y la de vista de causa o de prueba. Ambas presididas, inexcusablemente, por el juez.” “El nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Río Negro”, op. cit.

En este sentido nos depara un largo camino por recorrer en la construcción de consensos para producir un cambio de cultura. Para ello contamos con la rica experiencia que llevan adelante muchos jueces comprometidos con la reforma y convencidos del indiscutible valor de la oralidad bien entendida, quienes día a día provocan cambios en las prácticas de sus juzgados y, afortunadamente, cada día son más.

V. Otros avances de la reforma procesal nivel provincial

Por una cuestión de orden metodológico, después de la introducción efectuada a partir del estado de discusión a nivel federal, abordaremos cada uno de los ejes en los que se han producido reformas a partir de los noventa. En ese orden, nos detendremos más en las cuestiones que han significado mayores cambios.

1. Categorías de procesos

Como anticipáramos, otro eje de las reformas provinciales pasó en la clara distinción entre procesos ordinarios y extraordinarios; en éste último caso se tendió a regular el proceso *sumarísimo*, para controversias determinadas, en el que la oralidad se acentúa.

Sumarísimo o abreviado

En el CPCC de La Pampa, se prevé (artículo 462), que presentada la demanda, el juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida, resolverá de oficio y como primera providencia si corresponde imprimir el trámite del juicio sumarísimo.

La sustanciación se ajusta a reglas específicas que tienden a la abreviación del trámite: no serán admisibles la reconvencción ni excepciones previas; todos los plazos serán de tres (3) días, salvo el de contestación de la demanda que será de cinco (5) y el de prueba que no podrá exceder de quince (15); con la demanda y contestación se ofrecerá toda la prueba. Los testigos no podrán exceder de cinco (5) por cada parte.

La oralidad sigue siendo un eje esencial. Si hubiere hechos controvertidos se concentrará en una sola audiencia la conciliación, la fijación de puntos en debate y ordenará la producción de prueba. Producida ésta se pondrán los autos para alegar en el plazo común de tres (3) días. El plazo para dictar sentencia también

se reduce a diez (10) o quince (15) días, en primera y segunda instancia, respectivamente.⁵⁴

En San Juan se prevé un proceso abreviado, esencialmente similar al sumarísimo de La Pampa.⁵⁵ En él también se acentúa la oralidad y concentración de prueba en una audiencia.

2. Procesos de estructura monitoria

Como es sabido, esta modalidad de proceso tiene por finalidad proveer al acreedor un título de manera rápida y económica, para los supuestos en que el derecho del actor aparece con un fuerte grado de verosimilitud. Propende:

(...) a la creación de un título –en forma acuciosa– ante situaciones determinadas en donde el demandante, mediante una simple petición –documentada o no– (monitorio puro y documental, respectivamente), solicita al órgano jurisdiccional que emita, sin contradicción previa, un mandato dirigido al demandando fijándole un plazo, además, para que se oponga y provoque el contradictorio. Si esto no sucediere, la orden librada por el juez deviene título, adquiriendo la cualidad de cosa juzgada. (Enderle, 2009)

⁵⁴ En materia de recursos se sigue también la orientación de reducirlos. Sólo serán apelables la sentencia definitiva y las providencias que resuelvan medidas cautelares. (artículo 462).

⁵⁵ TITULO III PROCESO ABREVIADO (artículos 451 al 452).TRAMITE.

ARTÍCULO 451.- En los casos en que se promoviese juicio abreviado, presentada la demanda, el Juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida, resolverá de oficio y como primera providencia si corresponde que la controversia se sustancie por esta clase de proceso. Si así lo decidiere, el trámite se ajustará a lo establecido para el proceso ordinario, con estas modificaciones: 1) No se tramitarán las excepciones como de previo y especial pronunciamiento, ni se podrá reconvenir. 2) Todos los plazos serán de tres días, con excepción del de contestación de demanda, y el otorgado para fundar la apelación y contestar el traslado del memorial, que serán de cinco días.- 3) Cada parte no podrá ofrecer más de cinco testigos. 4) Contestada la demanda o vencido el plazo para hacerlo, se señalará a criterio del tribunal o a pedido de parte, audiencia inicial dentro de los diez días, o se derivará la causa a mediación si correspondiere o fijará plazo para la producción de la prueba con un máximo de veinte días. En el mismo acto resolverá las demás cuestiones propias de dicha audiencia 5) Declarada la cuestión de puro derecho, producida la prueba o transcurrido el plazo fijado para hacerlo la causa quedará en estado de resolver y las partes podrán alegar dentro de los tres días siguientes. 6) Sólo serán apelables la sentencia definitiva y las providencias que decreten o denieguen medidas precautorias. La apelación se concederá sin efecto suspensivo, salvo cuando el cumplimiento de la sentencia pudiese ocasionar un perjuicio irreparable, en cuyo caso se otorgará con dicho efecto.

ARTÍCULO 452.- En caso de señalar la audiencia prevista en el artículo 325, deberán concentrarse todos los actos propios de ella, además de la recepción de la prueba. Para ello el Juez, al designar la audiencia dispondrá lo necesario para recibir toda la prueba asegurando que aquella que no pueda producirse en la audiencia, se halle ya diligenciada en esa oportunidad.

La habilitación de esta modalidad de trámite abreviado y simple se da cuando, de antemano, es previsible la real existencia de la deuda y la ausencia de motivos de oposición (Gallego, 2007: 1183). Es decir, en los casos en que cabe presumir que el actor o pretendiente tiene derecho a lo que pide.

Monitorio puede entenderse como una advertencia o requerimiento; en los hechos, se transforma en una orden que debe cumplirse o hacerse en un determinado tiempo o protestar (Gallego, 2009).

¿En qué casos procede?

Si bien en sus orígenes esta modalidad de proceso fue concebida para los casos en que existía título de ejecución de una prestación, en cantidad cierta y exigible, de dinero u otros bienes fungibles, ello no imposibilitó incluir otro supuesto. Esta es la tendencia seguida por las provincias argentinas.⁵⁶

A modo de ejemplo, se transcribe el artículo 463 del CPCC de La Pampa, que prevé:

Se aplicarán las normas que regulan el proceso monitorio a las controversias que versen sobre:

- a) obligación exigible de dar cantidades de cosas o valores mobiliarios o de dar cosas muebles ciertas y determinadas;
- b) división de condominio;
- c) restitución de la cosa inmueble dada en comodato;
- d) desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por vencimiento del plazo contractual;
- e) desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por falta de pago, siempre que se hubiere justificado por medio fehaciente la interpelación al locatario que establecen las leyes vigentes;
- f) obligación de otorgar escritura pública y transferencia de automotores;
- g) cancelación de prenda o hipoteca;
- h) los procesos de ejecución, en los casos autorizados por este código u otras leyes, con excepción de la ejecución de sentencia.⁵⁷

⁵⁶ Códigos de La Pampa, Río Negro y Entre Ríos.

⁵⁷ A su vez, el artículo 653 del CPCC de La Pampa, establece que: "La acción de desalojo de inmuebles urbanos o rurales por falta de pago o vencimiento de contrato tramitará conforme lo dispuesto en el Libro III "Procesos de Estructura Monitoria".

Esta línea es la seguida por las demás regulaciones normativas. En tanto el Código de Río Negro, autoriza la ejecución de sentencia, de conformidad con las normas que regulan estos procesos.⁵⁸ Es decir, que se prevé una ampliación al adaptar la ejecución de sentencia a la estructura del monitorio, como veremos seguidamente.

En las regulaciones vigentes en Argentina se optó por el monitorio documentado, es decir, para que pueda accederse a él, quien demanda debe presentar instrumento público o instrumento privado judicialmente reconocido o cuya firma estuviere certificada por escribano público o instrumento privado judicialmente reconocido o cuya firma estuviere certificada por escribano público, de cuyo contenido surja el derecho en que se funda la acción;⁵⁹ regla que se exceptúa para los procesos de ejecución.

Reglas generales del trámite

Deducida la demanda, el juez examinará el documento y si cumple los recaudos legales dictará sentencia monitoria conforme lo solicite el actor. La naturaleza del trámite habilita que se haya establecido expresamente, que: “Deberá rechazarse *‘in limine’* aquella oposición que, sobre el fondo de la cuestión, no la funde ni ofrezca prueba tendiente a desacreditar la eficacia probatoria del documento que fue base de la sentencia monitoria.”⁶⁰ Con excepción de los procesos de ejecución, los que se regirán por sus normas específicas. Dicha resolución, dada la entidad que tiene, es recurrible por vía de apelación.

La condena será de dar o hacer algo y la determinación de interés en su caso. También se fijará, en esa oportunidad, el plazo que tiene el demandado para formular su oposición, bajo apercibimiento de que si no lo hiciera se procederá a ejecutar

En Río Negro, el Código vigente, Ley 4132, agrega desalojo por falta de pago, siempre, en este último caso, que se justifique por medio fehaciente la interpelación al locatario según lo establecen las leyes vigentes.

El CPCC de Entre Ríos, en su artículo 472, reproduce la regulación de La Pampa.

⁵⁸ Es del caso recordar las palabras de Richard Gallego, con referencia al origen del proceso monitorio en Río Negro: “se ha seguido los lineamientos de los artículos 463 a 470 del Código Procesal Civil de la Provincia de La Pampa y del Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, elaborado por los doctores Arazi, Kaminker y Morello.-”, “Procesos de estructura monitoria (Argentina)”, op. cit.

⁵⁹ Los Códigos provinciales recogen en términos similares este requisito: La Pampa artículo 464, Río Negro artículo 488, Entre Ríos artículo 473.

⁶⁰ Artículos 468 CPCC de La Pampa; 492, del CPCC de Río Negro; y 479 Entre Ríos.

la sentencia conforme la naturaleza de la pretensión. Si bien el decisorio es en calidad de “definitivo, queda sujeto a condición suspensiva negativa.

En estos procesos se invierte la estructura del contradictorio que se da en los procesos de conocimiento ordinario o plenario, toda vez que la sentencia se dicta antes del traslado de la demanda y es su ejecución la que queda supeditada a la defensa que eventualmente pueda hacer el demandado.

Si hubiere oposición del demandado, para lo cual se fija un plazo breve de 5 días, el trámite seguirá las previsiones del proceso sumarísimo, cuando no existiere una norma específica.

El demandado, al ser notificado de la sentencia, no puede limitarse a negar el derecho del actor, sino que tiene la carga de destruir la presunción que surge del instrumento acompañado o presunción documental.⁶¹ Si no deduce oposición no es necesario trámite alguno y se pasa a la etapa de ejecución de la sentencia.

La prueba a producir es limitada, los Códigos de La Pampa y Río Negro establecen como regla general que: “no podrá limitarse exclusivamente a la declaración de testigos”; a su vez, en forma particular para los desalojos que tramitan por el monitorio, “solo se admite prueba documental, la declaración de la contraria y la pericial para fundar la oposición.”⁶² En tanto, el Código de Entre Ríos señala que no podrá limitarse a la declaración de parte.⁶³

En el supuesto de oposición se hará saber al actor y en el proceso podrá producirse prueba. Los códigos prevén que en este caso las actuaciones seguirán conforme la previsión del juicio de conocimiento, en algunos casos ordinario⁶⁴ y en otros sumario.⁶⁵

La sentencia que resuelva la oposición tendrá los efectos que correspondan conforme la naturaleza procesal y sustancial de la pretensión deducida por vía monitoria.

Cuando el deudor debidamente notificado no se presente u oponga, la sentencia quedará firme y procederá su ejecución.

⁶¹ Artículos 467 La Pampa; 491 Río Negro; y 477 Entre Ríos.

⁶² Artículo 469 CPCC de La Pampa y 493, del CPCC de Río Negro.

⁶³ Artículo 480, CPCC Entre Ríos.

⁶⁴ Artículo 467 del CPCC de La Pampa.

⁶⁵ CPCC Entre Ríos artículo 478.

Otros códigos de provincia prevén esta modalidad de trámite, es el caso de San Juan⁶⁶. Esa impronta es seguida por diversos proyectos de reforma, como el de la Provincia de Chubut.

Mediciones sobre el trámite

Es lamentable, pero en Argentina existen escasas mediciones sobre el funcionamiento de los institutos procesales. Con relación al proceso monitorio es importante relevar los datos que dan cuenta de la procedencia del trámite sin oposición alguna, hecho que acontece en la mayoría de los casos y que da cuenta de la eficacia del instituto.

En tal sentido, tomados los procesos monitorios ingresados a un juzgado civil⁶⁷ durante el período 2008 al 2012, de los promovidos en casos que no tienen su origen en procesos de ejecución (desalojo y divisiones de condominio) del total ingresados se plantearon oposiciones en un 32%; la mayoría de los supuestos se dio en procesos de desalojo. En cambio, en los procesos de ejecución (monitorios) en el mismo período⁶⁸, del total ingresados se plantearon solo un 3,18%⁶⁹ de oposiciones. El caso de los procesos de ejecución (monitorios), el número más alto, corresponde al inciso 6, del artículo 487, que son –el número lo demuestra– los denominados juicios ejecutivos del código de nación.

VI. Procesos colectivos

Otra modalidad de conflictos, la aparición del denominado fenómeno colectivo, ha venido a irrumpir y conmover las estructuras procesales en estos últimos años; ello ha llevado a regular el fenómeno de los procesos colectivos en algunas leyes nacionales e introducir la cuestión a nivel de los códigos provinciales. Sin embargo, como veremos muy sintéticamente, fue la Corte Suprema de Justicia de la República la que finalmente realizó la interpretación central ante la ausencia de un código de procesos colectivos.

⁶⁶ CPCC Ley 7942, artículo 459/459.

⁶⁷ Juzgado Civil n° de General Roca, Provincia de Río Negro, entonces a cargo de quien suministra los datos doctor Richar Gallego.

⁶⁸ De un total muy significativo, 1881 casos, las oposiciones fueron solo 60.

⁶⁹ Estadísticas dadas por el doctor Richard F. Gallego, en: "Procesos de estructura monitoria", Comodoro Rivadavia, Chubut, charla, junio de 2012.

1.- A nivel nacional.- La cuestión surge expresamente del artículo 43 de la Constitución Nacional, cuyo párrafo segundo regula la acción de amparo, en los siguientes términos:

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.⁷⁰

Las primeras leyes fueron: la Ley de Defensa del Consumidor, N° 24.240 (modificada por las leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361) y la Ley General del Ambiente 25.675. Ninguno de estos temas, protección del consumidor y del medio ambiente, tiene regulación específica en el CPCCN.

2.- A nivel provincial.- Se sancionaron diversas leyes reglamentarias de la Constitución Nacional:

En **Río Negro** la ley 2779 en materia de amparo prevé expresamente la vía conforme el artículo 1 para: cuando se entable en relación con la protección y defensa de:

- a) El medio ambiente y el equilibrio ecológico, preservando de las deprecaciones, alteraciones o explotación irracional, el suelo y sus frutos, la flora, la fauna, los recursos minerales, el aire y las aguas, comprendiendo cualquier tipo de contaminación y/o polución que afecte, altere o ponga en riesgo toda forma de vida.
- b) Los derechos del consumidor, tanto de productos como de servicios de cualquier tipo, sean éstos públicos o privados, individuales o colectivos.
- c) El patrimonio cultural, comprendiendo los bienes arqueológicos, históricos, urbanísticos, arquitectónicos, artísticos y paisajísticos.
- d) Cualquier otro bien y/o valor social que responda a necesidades de grupos humanos, con el fin de salvar— guardar la calidad de vida.

En cuanto al trámite sigue los lineamientos generales de este tipo de proceso rápido y expedito.

Se destaca, que:

⁷⁰ Texto del artículo 43 CN, según reforma constitucional de 1994.

Están legitimados para ejercer e impulsar las acciones previstas en la presente ley, la Fiscalía de Estado, el Ministerio Público, los Municipios y Comunas, las entidades legalmente constituidas para la defensa de los intereses difusos o colectivos y cualquier entidad o particular que accione en nombre de un interés colectivo. (artículo 8)

En este Estado provincial también se regulan los procesos individuales homogéneos, que se incorporan, como dice Arazi, a fin de evitar la reiteración de juicios para resolver cuestiones idénticas y que afectan a miembros de un grupo, categoría o clase, cuyos derechos han sido lesionados por actos u omisiones de origen común (Arazi, 2007: 834)

La cosa juzgada recaída en el juicio puede ser invocada por terceros que no han intervenido en el proceso, contra quienes hayan intervenido, pero no puede serles opuesta. Se recoge así lo dispuesto en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (artículo 33, párrafo 2) y que ya cuenta con algún antecedente en la legislación a nivel nacional, si bien para un supuesto diferente, como lo es el alcance de la cosa juzgada en las obligaciones solidarias.⁷¹

Siguiendo la misma línea, en **La Pampa** la ley sobre el Régimen de procedimiento para el amparo de los intereses difusos o derecho colectivos N° 1352, establece, en el artículo 1:

La presente Ley regulará el procedimiento para el amparo de los intereses difusos o derechos colectivos relacionado con: a) La defensa del medio ambiente y del equilibrio ecológico, preservando de las depredaciones o alteraciones el aire, las aguas, el suelo y sus frutos, los animales y vegetales, incluyendo la defensa contra la contaminación sonora; b) La conservación de los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos; c) Con la defensa de los derechos e intereses del consumidor y d) Con la defensa de cualquier otro bien que responda, en forma análoga, a necesidades de grupos humanos a fin de salvaguardar la calidad de la vida social.⁷²

A su vez, la Ley Ambiental Provincial N° 1914, en su artículo 49, remite a la ley de amparo:

⁷¹ Artículo 715, parte 2, Código Civil, texto según ley 17711.

⁷² En sentido similar a Río Negro, su artículo 7, establece: "Están legitimados para iniciar e impulsar las acciones previstas en la presente Ley el Ministerio Público los Municipios, las entidades legalmente constituidas para la defensa de los intereses difusos o cualquier entidad o particular que accione en nombre de un interés colectivo. El Ministerio Público, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como Fiscal de Ley." Ley N° 1352 La Pampa.

Para la defensa del ambiente y el equilibrio ecológico, se podrá recurrir directamente ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería del lugar en que el acto u omisión se exteriorice o tuviera, o pudiese tener efecto, o el Juez del domicilio del demandado, a elección del actor, conforme los términos de la Ley N° 1.352.

En **Tierra del Fuego**, es el CPCC el que contiene un capítulo dedicado a la “Protección de los intereses colectivos y difusos.” Allí regulase que: “Las pretensiones tendientes a la protección de los intereses difusos tramitarán según las normas del procedimiento sumarísimo, con las modificaciones establecidas en este Capítulo.” (artículo 654).

En tanto, la acción podrá tener por objeto: a) Paralizar o evitar la contaminación del medio ambiente o cualquier daño al ecosistema, a los valores culturales, estéticos, históricos, urbanísticos, arquitectónicos, arqueológicos, o cualquier otro vinculado al resguardo de la calidad de vida. b) Evitar el comercio de productos perjudiciales o nocivos a la salud, a la seguridad o a la vida de las personas, o que perjudiquen el equilibrio del ecosistema. c) Evitar las prácticas inmorales o engañosas, en especial las publicidades que tiendan a engañar al consumidor sobre la cantidad o calidad de los productos.⁷³

Entre Ríos regula el amparo ambiental:

Contra cualquier decisión, acto hecho u omisión de autoridad administrativa, judicial o legislativa en ejercicio de funciones administrativas: funcionario, corporación o empleado público provincial o municipal, o de un particular; sea persona física o jurídica que en forma ilegítima, lesione, restrinja, altere, impida o amenace intereses difusos o colectivos de los habitantes, en relación con la preservación, protección y conservación del medio ambiente, tales como la conservación del aire, el agua, el suelo, la flora, la fauna y el paisaje: la preservación del patrimonio histórico, cultural, artístico, arquitectónico y urbanístico: la correcta elaboración, almacenamiento, transporte y comercialización de mercaderías destinadas a la población, el manejo y disposición final de residuos; la tutela de la salud pública y en general, en defensa de los valores del ambiente reconocidos por la comunidad (artículo 62 de la Ley 9550).⁷⁴

⁷³ En cuanto a la legitimación, el artículo 656, dice: “Los legitimados mencionados en el artículo 74 del presente Código, podrán dirigir su demanda contra: a) Las personas públicas o privadas que realicen cualesquiera de los actos mencionados en el artículo anterior. b) Las dependencias de la Administración Pública, central o descentralizada, las municipalidades y demás organismos que tengan a su cargo el ejercicio del poder de policía de la actividad y no lo ejercieren adecuadamente, lo que se presumirá si no hubieren evitado los daños habiendo podido hacerlo. Cuando no sea demandado el organismo que ejerza el poder de policía, el Tribunal deberá citarlo en calidad de tercero.”

⁷⁴ Ley 9550, que incorpora en su Art. 16 el Capítulo V Amparo Ambiental, a la ley 8369/1990.

Dicha norma prevé la legitimación de personas físicas, individual o colectivamente, y de personas jurídicas.

El amparo también fue la vía elegida en **Chubut**, mediante la remisión del Código General del Ambiente Ley N° 5439, a la Ley de Amparo, que regula:

Para la protección de los derechos e intereses de incidencia colectiva en general y el amparo ambiental, previstos en los artículos 57° y 111° de la Constitución Provincial, respectivamente, rigen las normas de la acción de amparo previstas en el Título II de la Ley 4.572 y las que conforman el presente Capítulo.” En tanto se encuentran legitimados: “el Estado provincial, los municipios y comunas, el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Público Pupilar, el Defensor del Pueblo, las entidades legalmente constituidas para la defensa de los intereses difusos o colectivos y cualquier persona jurídica o de existencia visible que accione en nombre de un interés colectivo (artículo 157).⁷⁵

En **San Juan**, el CPCC regula el amparo colectivo en su artículo 572; en él, el juez:

Podrá además identificar o determinar el grupo afectado ordenando la publicación de edictos (...), fijando su número y disponiendo, en su caso, la gratuidad de la publicación en el Boletín Oficial. Dará intervención al Ministerio Público y al Defensor del Pueblo, quienes deben tomar la participación necesaria. Cuando la acción persiguiera un interés público manifiesto, el Tribunal debe impulsar de oficio y con la mayor celeridad el proceso.

En cuanto a los efectos de la sentencia, prevé el artículo 579 que:

(...) alcanza a todo el grupo afectado en el territorio de la competencia del Juez interviniente, y será oponible al vencido, en beneficio de quienes, a pesar de no haber intervenido personalmente en el juicio, compartan la situación

⁷⁵ Ésta vía procede cuando: “se entable acción solicitando la adopción de medidas preventivas o reparatorias respecto a: a) Protección y defensa del ambiente y el equilibrio ecológico con relación a hechos producidos o previsibles que impliquen su deterioro; b) Protección y defensa ante cualquier hecho u omisión arbitraria e ilegal que genere lesión o amenace el patrimonio cultural, comprendiendo los bienes históricos, urbanísticos, arquitectónicos, artísticos, paisajísticos y arqueológicos; c) Protección y defensa ante cualquier forma de discriminación o ante cualquier hecho u omisión arbitraria e ilegal que genere lesión, privación, perturbación o amenaza a los derechos que protegen la competencia, al usuario y al consumidor y en general en el goce de intereses colectivos - derechos difusos, de cualquier especie reconocidos por la Constitución Nacional, Constitución Provincial, un Tratado o una ley.” Conforme el texto del artículo 158.

jurídica o de hecho con los que interpusieron la acción. En caso de rechazo de la acción, cualquier legitimado que no haya intervenido en el proceso puede intentar otro con idéntico objeto, si la impugnación se fundare en motivos diferentes o se valiere de nueva prueba. Los efectos de la cosa juzgada colectiva no benefician a los actores de los amparos individuales si éstos no requieren la suspensión del proceso individual en el plazo de cinco (5) días desde el conocimiento efectivo del proceso colectivo.

También en la provincia de San Juan, mediante leyes especiales, se regulan este tipo de procesos; así, se cuenta con una ley general de Protección Jurisdiccional de los Intereses Difusos y Derechos Colectivos N° 6006⁷⁶ y la Ley N° 7714, para la tutela de los Derechos de los Consumidores y Usuarios.

En la provincia de **Catamarca** también existe la regulación del amparo para la protección intereses difusos y derechos colectivos N° 5034. El catálogo que prevé el artículo 10 es amplio⁷⁷ y abarca diversos supuestos que pueden involucrar conflictos colectivos. En consonancia con ello, también la legitimación es amplia.⁷⁸

⁷⁶ Ley 6006, artículo 1) “De los intereses difusos y los derechos colectivos, brindando protección a esos fines al medio ambiente, a la conservación del equilibrio ecológico, los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos.”

⁷⁷ Artículo 2º- El amparo procederá cuando se promueva acción judicial pretendiendo: a) La defensa del derecho de habitar en un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, preservando de las depredaciones o alteraciones las aguas, el suelo, los recursos minerales, la flora, la fauna, el aire, comprendiendo cualquier tipo de contaminación o polución que amenace, altere, o ponga en riesgo cierto cualquier forma de vida; b) La conservación de los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos de interés general; c) La defensa, en la relación de consumo, de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios de bienes y servicios públicos o privados, individuales o colectivos, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno; d) A la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al derecho de exigir calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, y el derecho de constituir asociaciones de consumidores y de usuarios; e) La defensa de cualquier otro bien o valor social que responda a necesidades o intereses colectivos, con el fin de salvaguardar la calidad de la vida.

⁷⁸ Artículo 8 prevé que: “Están legitimados para ejercer e impulsar las acciones previstas en la presente ley, la Fiscalía de Estado, el Ministerio Público, las Municipalidades, los Organismos Descentralizados o Autárquicos con capacidad para estar en juicio según sus estatutos, los Entes Reguladores, las entidades legalmente constituidas e inscriptas en el Registro respectivo para la defensa de los intereses difusos o derechos colectivos y cualquier asociación civil, sociedad o particular, cuando accionen invocando la afectación de un interés difuso o colectivo que les concierna de manera personal y directa.”

3. Proceso colectivo definición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema marcó definitivamente cuál debía ser el eje interpretativo que debía darse a esta materia; lo hizo en el precedente Halabi⁷⁹, cuyas consideraciones esenciales reseñaremos a continuación.

En este caso se advierte que la pretensión deducida por un abogado puede ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos.⁸⁰ Toda vez que la pretensión no se circunscribe a procurar una tutela de intereses propios, sino que, por la índole de los derechos en juego, es representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, como también de todos los abogados.

En ambas instancias se había hecho lugar al amparo, pero la impugnación del Estado Nacional, por la que el caso llega a la Corte, se dirige exclusivamente a descalificar el efecto *erga omnes* que la cámara atribuyó a su pronunciamiento.

En el precedente se recuerda que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados (en concordancia con el artículo 43 de la Constitución Nacional, antes citada en el presente informe) y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.

De ahí que adquiera particular relevancia en materia de legitimación procesal, en cuyo contexto corresponde delimitar, con precisión, tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Lo que es materia de análisis del tribunal.⁸¹

⁷⁹ CSJN, caso Halabi, Ernesto c/ P:E:N:, ley 25.873 Dto 1563/04 s/amparo Ley 16.986 (Fallos: 332:111), Considerando 17). La demanda promovió acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04, en virtud de considerar que sus disposiciones vulneran las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine "en qué casos y con qué justificativos."

⁸⁰ Confr. CSJN, Considerando 14) caso Halabi, op. Cit.

⁸¹ Así aclara, en el citado fallo Halabi, Considerando 10): Que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello

En los derechos de incidencia colectiva, señala, existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes.⁸²

En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando este pertenece a toda la comunidad, es indivisible y no admite exclusión alguna. Por esta razón, sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.

De esa manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa *petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un *litis consorcio* activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable.

A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo, instituida por vía pretoriana por esta Corte en los conocidos precedentes "Siri" y "Kot" (Fallos: 239: 459 y 241: 291, respectivamente) y consagrada más tarde legislativamente. Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.

⁸² Confr. CSJN, Considerando 11) Caso Halabi.

En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa.

Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.

En el contexto planteado expresó que:

(...) es posible distinguir tres tipos de acciones: la primera diseñada para los supuestos en que el ejercicio individual de las pretensiones mediante procesos individuales resulte perjudicial para el enjuiciado o para los miembros del colectivo por crear el riesgo de sentencias contradictorias o disímiles respecto de los sujetos individuales, que impongan comportamientos incompatibles a la parte opuesta del grupo o que, en la práctica, sean dispositivas de los intereses de otros miembros no partes, o que sustancialmente menoscaben o eliminen la posibilidad de proteger sus intereses. El segundo tipo es aquél concerniente a los supuestos en que la contraparte del grupo ha evidenciado una conducta positiva u omisiva por motivos vinculados a aquél, lo que torna apropiado una resolución condenatoria o declarativa que involucre a todo el conjunto. El tipo restante se presenta cuando el juez otorga primacía a los puntos fácticos o jurídicos comunes a los integrantes del grupo por sobre cualquier cuestión que afecte sólo a sus miembros individuales, de manera tal que la acción del colectivo es siempre superior a la acción individual.⁸³

Otro aspecto destacable del fallo es la descripción de los elementos que este tipo de acciones requiere verificar, es decir:

(...) una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

⁸³ CSJN, caso Halabi, Ernestoc/P:E:N:, ley25.873 Dto 1563/04 s/amparo Ley 16.986, Considerando 17.

El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.

Otro aspecto que se valora es la afectación del acceso a la justicia, porque no se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promueva una demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma, con lo que se cumple el tercero de los elementos señalados en el considerando anterior.⁸⁴

⁸⁴ CSJN, Considerando 14) donde agrega: “Por lo demás, esta Corte estima que, dado que es la primera oportunidad en la que se delinear los caracteres de la acción colectiva que tiene por objeto la protección de derechos individuales homogéneos y que no existe una reglamentación al respecto, cabe ser menos riguroso a la hora de evaluar el resto de los recaudos que habrá que exigir en lo sucesivo en los procesos de esta naturaleza. En estas condiciones, se considera que ha existido una adecuada representación de todas las personas, usuarios de los servicios de telecomunicaciones dentro de los que se encuentran los abogados a las que se extenderán los efectos de la sentencia. Para arribar a esta conclusión se tiene en cuenta la publicidad que se le dio a la audiencia celebrada ante esta Corte, como también la circunstancia de que la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 se encuentra firme y que el decreto reglamentario 1563/04 ha sido suspendido en su vigencia. Asimismo, se consideran las presentaciones que, en apoyo de la pretensión del demandante, han realizado como Amigos del Tribunal, la Federación Argentina de Colegios de Abogados y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal que comparecían para evitar ‘las nefastas consecuencias que para todos los habitantes de nuestro país y en particular para los abogados matriculados en nuestro colegio traería aparejada la subsistencia formal de las normas cuestionadas’ (fs. 215/216 y 235/237). Similares consideraciones fueron realizadas en la audiencia celebrada ante el Tribunal por los oradores de esas dos instituciones (fs. 347/357).”

4. Proyecto de Código

En el ámbito de la Academia Nacional de Derecho, se generó un Proyecto Modelo de Procesos Colectivos, dirigido por el profesor Enrique Falcón⁸⁵, cuyo artículo 1 prevé:

Será aplicable el proceso colectivo cuando se demande o se encuentre demandado un grupo de personas con relaciones jurídicas que correspondan a derechos transindividuales provenientes de un origen común, jurídico o de hecho, en los que existiesen intereses difusos de carácter indivisible o individuales homogéneos en los que por el elevado número de miembros o el carácter indeterminado de los mismos se hiciera impracticable la reunión de todos ellos. Estas normas serán aplicables de modo directo cuando una situación jurídica no cuente con una regulación específica y de manera supletoria cuando esa regulación exista.

La regulación pretende ser de aplicación para todos los fueros, por dicha razón el artículo 2 establece los principios rectores, a saber:

Las normas del proceso colectivo serán interpretadas de manera abierta y flexible, compatibles con la tutela de los intereses y derechos de que se trata y serán aplicables cualquiera sea el tipo de pretensiones que se reclamen. El desarrollo de este proceso está regido por las reglas de legalidad, igualdad, razonabilidad, oficialidad, publicidad, economía, oralidad e intermediación, protegiendo en todos los casos el acceso a la jurisdicción y –en particular– aquellos principios que permiten que su actuación se desarrolle con eficacia a los fines de configurar el debido proceso legal en tiempos razonables, atendiendo a las circunstancias de cada caso.

El modelo se aparta de las reglas de conocimiento restringido con que es regulado en los Estados provinciales, abandona el amparo para proponer:

Tramitará por el sistema de conocimiento más amplio previsto en la legislación procesal con las modificaciones dispuestas por esta ley, sin perjuicio de seguir otra vía en los casos que la legislación lo establezca o corresponda por la naturaleza de la pretensión instaurada y de los hechos que la fundan. (artículo 4)

⁸⁵ En el que participamos los miembros de Instituto de Derecho Procesal de esa Institución. El que fuera presentado y aprobado en 2012.

Sin perjuicio de los diversos proyectos que existen en el Congreso de la Nación, el modelo propuesto por la Academia de Derecho parece ser el más completo y abarcativo de las diferentes problemáticas que pueden surgir en la materia.

VII. Gestión judicial⁸⁶

Otro aspecto esencial de la reforma judicial es la gestión, en este sentido se registran importantes avances en el orden nacional y en las respectivas provincias.

Existe la idea de que el desprestigio de la justicia se debe, en gran medida, a la ineficacia materializada, principalmente en la lentitud de los procesos y en la falta de resultados esperados por la sociedad que redundan en: impunidad, falta de protección adecuada para las familias y menores, frustración de créditos que devienen incobrables.

El diagnóstico muestra que estamos en presencia de la acumulación de controversias que incrementan cada vez más el “pasivo” de los tribunales, con un importante déficit de infraestructura y, fundamentalmente, déficit de recursos humanos por falta de capacitación, motivación, donde se ven principalmente esfuerzos personales más que institucionales, pese a que esta visión se está revirtiendo en los últimos años.

Hace dos décadas años que la organización judicial ha empezado a cambiar. Ha sido objeto de análisis, propuestas y aportes para lograr mayor eficacia y eficiencia.

El derecho procesal ha sido una fuente permanente de transformación con propuestas de cambio superadoras de la organización tradicional. Así, se ha cuestionado si resultan apropiados los diseños organizacionales tradicionales para receptor y operativizar las nuevas herramientas procesales o las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

En Argentina, desde los noventa, se han llevado a cabo esfuerzos reformadores basados, principalmente, en experiencias piloto no siempre replicadas. Iniciativas

⁸⁶ Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Procesal Civil. Tomo I, Volumen A, Editorial La Ley, Año 2013, páginas 157 y siguientes.

impulsadas por los bancos multilaterales de créditos con fundamento en hacer más eficiente el funcionamiento de la justicia, al reconocer la estrecha vinculación entre servicios judiciales y desarrollo económico y social (PROJUM⁸⁷) o desde el Diálogo Argentino en la “Mesa permanente para la Reforma de la Justicia”, con sus tendencias hacia la oralidad con desaparición del soporte papel y escritura, para economizar costos.

El Poder Judicial también sufrió los efectos de la crisis nacional del 2001, que sirvió de disparador a una primera etapa de “reconstrucción institucional”, durante el 2002 al 2006, destinada a reconstruir los vínculos con la sociedad, constituyéndose en un período de transición en que se administraba la crisis a fin de mantener la institucionalidad. En una segunda etapa, se acentuó el fortalecimiento institucional, destinado a mejorar la identidad del poder judicial frente a los otros poderes (mejorar la integración de los jueces dentro del poder, autarquía presupuestaria y autogestión, así como la independencia personal e institucional), remarcándose la importancia del rol del poder judicial, su visión y política de Estado. La CSJN fue acompañada por los jueces, como se evidencia en cada una de las conferencias de jueces que se llevadas a cabo.

Las señales de la CSJN, como órgano de gobierno y cabeza de poder, se patentizaron en el dictado de distintas acordadas:

- Acordada 1/2004 (del 11/2/2004): Publicidad de los actos de gobierno. Contenido de la página web de la Corte Suprema (nómina de personal, actos administrativos relativos al personal y de licitaciones, presupuesto anual de la Corte y la estadística semestral).
- Acordada 28/2004 (del 14/7/2004) y Acordada 14/2006 (del 3/5/2006): Actuación de los amigos del tribunal en causas en que se ventilan cuestiones de trascendencia institucional o que resultan de interés público. Publicidad de las lista de las causas en trámite ante la Corte aptas para dar lugar a la intervención de *amicus curiae*.
- Acordada 4/2007 (del 16/3/2007): Reglamento sobre los escritos de interposición del recurso extraordinario y del recurso de queja denegación de aquél.
- Acordada 30/2007 (del 5/11/2007): Fijación de un calendario semestral de audiencias públicas (tres tipos: informativa, conciliatoria y ordenatoria), que

⁸⁷ Proyecto Juzgado Modelo.

serán filmadas y grabadas sin perjuicio de la transcripción taquigráfica. Las actas de las audiencias serán públicas y accesibles.

- Acordada 12/2007 (del 3/7/2007): Creación de la Oficina de Fortalecimiento Institucional.
- Acordada 37/2007 (del 17/12/2007): Creación de la Comisión Nacional de Gestión Judicial y de la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia.

En los últimos años, ha adquirido mayor protagonismo en el marco del Plan de Fortalecimiento Institucional la Comisión de Gestión y Comisión de Informática⁸⁸ en la implementación de distintos proyectos a fin de mejorar el servicio de justicia como ser: sistema de notificaciones electrónicas para toda persona que litigue por propio derecho o en ejercicio de una representación legal o convencional en causas judiciales que tramiten ante la CSJN (Acordada 31/2011; 3/2012; 29/2012), el uso de hoja A4 en todas las dependencias del máximo tribunal (Acordada 38/2011) en consonancia con el Sistema de Gestión Ambiental creada mediante acordada 35/2011, la creación de la Dirección de Comunicación Pública (Acordada 9/2012), la implementación de las comunicaciones a través del diligenciamiento electrónico de oficios (DEO) por resolución N° 979/2012 de la CSJN.

Así, también, cabe mencionar las experiencias llevadas a cabo en materia de comunicaciones con organismos públicos, tales como AGIP, AYSA, Banco de la Nación Argentina, Boletín Oficial con edictos electrónicos, Cámara Nacional Electoral, Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor, IGJ, RENAPER, Registro de la Propiedad Inmueble y SINTyS, todo ello vía la intranet del PJN.

Finalmente, con fecha 21 de mayo de 2013 la CSJN dictó la Acordada 14/2013, mediante la cual dispuso el uso obligatorio del Sistema Informático de Gestión Judicial (SGJ) en todos los juzgados, tribunales, y dependencias del Poder Judicial de la Nación en toda actuación vinculada con la tramitación de causas. Además, regula la implementación periódica de nuevas funcionalidades, también con carácter obligatorio. Concretamente, el Sistema Informático de Gestión Judicial (SGJ) será el único medio informático admitido en la gestión de causas judiciales. La implementación, en proceso de concreción en todos los fueros, de esta nueva modalidad permite la gestión estandarizada en las tareas administrativas de tramitación de

⁸⁸ Comisión que integramos.

expedientes, dentro del marco del Programa de Fortalecimiento Institucional del Poder Judicial de la Nación que se viene desarrollando.

En materia informática, cabe señalar la experiencia señera que a partir de 1992 se realizó en la Provincia de Buenos Aires, en el Departamento Judicial de Trenque Lauquen, solo por mencionar un ejemplo (Morello, 1993: 705)

Consultas de expedientes por Internet

Otro aspecto destacable en la materia es la consulta pública de expedientes judiciales por Internet, porque se trata de una cuestión de gran actualidad. Realización que se va generalizando a partir del nuevo software de gestión, que está hoy en pleno proceso de implementación en el orden nacional y federal; ello permite que los abogados que tienen registrado domicilio electrónico puedan acceder a las consultas.

Notificación electrónica

Tiene un importante desarrollo en la mayoría de las provincias argentinas, entre ellas puede mencionarse Chubut, Mendoza y Buenos Aires.

En este momento se suma la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, paso a paso, todos los tribunales que dependen de ella, conforme el proceso de implementación antes referido.

Colegio de jueces y mesa de entradas única

La discusión en materia de organización y gestión aportó mayores desarrollos en el fuero penal, donde la experiencia de la oralidad, la comprensión de sus alcances y el reconocimiento de las necesidades para realizarla así lo demandaron.

La profunda reforma organizacional y de gestión que dio lugar el actual Código Procesal Penal de Chubut⁸⁹, llevó a parte de la doctrina a pensar en la necesidad de abordar dicha problemática en paralelo para todos los fueros. Esta línea de pensamiento parece ser la seguida por la Provincia de Neuquén, donde también la reforma procesal penal⁹⁰ tuvo la misma orientación y se escuchan vo-

⁸⁹ Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut, Ley 5478.

⁹⁰ Código Procesal Penal de Neuquén Ley 2784.

ces que reconocen la necesidad de que la reforma procesal civil observe dichas experiencias.⁹¹

Ello implica crear Colegios de Jueces, que sean asistidos por una Oficina Judicial, cuya composición y funcionamiento puede ser establecida por el propio Código Procesal o por la Ley Orgánica de la Justicia. Serán funciones de la Oficina Judicial y, en particular, de su presidente; *dictar las resoluciones de mero trámite; ordenar las comunicaciones y emplazamientos; disponer la custodia de objetos secuestrados en los casos que corresponda; llevar los registros y estadísticas; dirigir al personal auxiliar; informar a las partes y colaborar en todos los trabajos materiales que el juez o el tribunal le indique. Está prohibida la delegación de tareas jurisdiccionales en los integrantes de la Oficina Judicial.*⁹²

Ambas normas enfrentan uno de los mayores problemas de la justicia consistente en no contar con una gestión adecuada de los recursos comunes. La justicia requiere un tipo de burocracia acorde con la finalidad a la cual está destinada. La burocracia actual propende a la desconcentración y a la dilación de la respuesta judicial. El Colegio de Jueces y la Oficina Judicial deberían propender a una desburocratización, entendida como burocracia eficiente y acorde con el cumplimiento de las finalidades propias del Poder Judicial.

En Neuquén, mediante el Ac. 4859 pto. 9 (25-04-2012), se incorporó el Reglamento de la Mesa de Entradas única de los juzgados de juicios ejecutivos y por el Acuerdo 4355, se aprobó el Reglamento de la Mesa de Entradas Única de los Juzgados de Familia. Ambos Acuerdos del Tribunal Superior de Justicia se inscriben en una línea de política judicial similar a la propugnada para el fuero penal.

VIII. Consideraciones finales

A manera de conclusión, sin dejar de advertir la existencia de una gran cantidad de aspectos que integran hoy las discusiones de reforma y que abordan los nuevos códigos de las provincias argentinas (a los que por razones de tiempo nos limitamos a remitir de modo genérico), destacamos los siguientes ejes temáticos como centrales

⁹¹ Así se ha dicho en jornadas sobre bases para la Reforma Procesal Civil, Neuquén 2013, donde se oyó la voz de Juez de Superior Tribunal de Justicia de Chubut expedirse en tal sentido.

⁹² Confr. Artículos 38 y 39 Ley 2784 de Neuquén.

para la elaboración de un modelo de Código Procesal Civil Moderno y compatible con el debido proceso constitucional y convencional.

En primer lugar, la *abreviación del trámite*, que permite la celeridad de los procesos y pasa por diferentes herramientas que no están exclusivamente vinculadas a la reducción de plazos, sino que coadyuvan indirectamente al acortamiento del tiempo y simplificación del trámite.

En esta dirección aparece la *oralidad*, que, bien entendida e implementada adecuadamente, permite la concentración, personalización y, en general, la economía del proceso. A estos fines, el máximo rendimiento de la audiencia preliminar también permite la conversión del trámite.

Los cuerpos normativos más recientes autorizan a las partes para optar por el trámite más corto y, en particular, autorizan al juez a definirlo, dándole diferentes opciones. Los tipos procesales se dividirán en los de tramitación simple y compleja, monitorios y colectivos.

Otra orientación que se advierte es la reducción de vías de impugnación durante el trámite, limitándolas a la sentencia definitiva o equiparable.

En términos de *acceso y de eficacia* del proceso, han adquirido particular relevancia las tutelas diferenciadas. Entre ellas la *tutela anticipatoria* que permite adelantar los efectos de la decisión.⁹³ Ello sin mengua del contradictorio, así se prevé que: “Solicitada la tutela el juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá.” (artículo 231 de La Pampa).

⁹³ Su procedencia está limitada a los casos establecidos por la ley. Por ejemplo, “Artículo 231.- TUTELA ANTICIPATORIA.- PROCEDIMIENTO.- El juez podrá anticipar, luego de la traba de la litis a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción si: 1) existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias. 2) se advierta en el caso una urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptare en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría. 3) se efectivice contracautela suficiente. 4) la anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva. La decisión no configurará prejuzgamiento. El juicio seguirá hasta su finalización. Al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, si cambiaren las condiciones, la tutela anticipatoria podrá modificarse o quedar sin efecto.”- Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa, ley 1828.

A estos fines también aparecen las denominadas *medidas autosatisfactivas*. Proceden ante solicitud fundada de parte, en la que se explicita con claridad una verosimilitud superior a la exigida para las cautelares comunes, siempre que se acredite la urgencia del caso y pruebe los extremos expuestos. La petición se somete a una previa y reducida sustanciación con el destinatario de las mismas, cuyo plazo y modalidad serán determinados prudencialmente por el juez. En casos excepcionales el contradictorio podría producirse después de trabada la medida, en cuyo supuesto los recaudos que deberá tomar el juez serán, a nuestro ver, mayores que en el resto.

También, en términos de eficacia, el reconocimiento del fin inmediato del proceso en la averiguación de la verdad ha llevado a regular las denominadas “cargas probatorias dinámicas”. En tal caso, se prevé que, más allá de la regla general en orden a la cual las partes probarán el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocaren como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, tendrá la carga de probar los hechos aquel que, por las circunstancias del caso, se encuentre en mejores condiciones de arrimar a conocimiento del tribunal, el esclarecimiento de los mismos.

Nada de lo expuesto tendría razón de ser sin una *visión integral* de la cuestión, pues la justicia, como función del Estado, necesariamente debe ser comprendida como un *sistema*, un totum de principios y de reglas, que operan en un determinado ámbito. Espacio dominado por una *organización* en la que interactúan *factores humanos y materiales*. Todos y cada uno de ellos debe ser atendido, no hay cambios sin *capacitación*, no hay superación de reglas de trabajo sin un *profundo cambio cultural*. La transformación de cualquier sistema requiere de una fuerte *decisión política* de todos los poderes involucrados, los superiores tribunales y cortes, de los ministerios públicos y de los demás poderes del Estado que habrán de proveer recursos y producir las adecuaciones normativas indispensables para el cambio.

Todo cambio está inmerso en un proceso, ese proceso se ha iniciado después de varios siglos de estancamiento rutinario y formalista; el proceso penal exhibe, en ese sentido, un importante progreso. Ahora también hace falta un diálogo entre ambas discusiones –procesal civil y penal– para producir un avance conjunto en los aspectos que así lo permiten, tal es la organización y la gestión.

Bibliografía:

- Arazi, Roland (2007). *El nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Río Negro*. SJA 14/3/2007; JA 2007-I-834.
- Arazi, Roland (1996). *Mediación, audiencia preliminar y prueba en la ley 24.573*. LA LEY1996-A.
- Arazi, Roland; Eisner, Isidoro; Kamiker, Mario E.; y Morello, Augusto M. (1993). *Anteproyecto de Reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*.
- Descalzi, José Pablo (2010), “La reforma estructural en La Pampa”. En *Reforma procesal civil*, coordinador Eduardo Oteiza. Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni.
- Enderle, Guillermo Jorge (2009). “La estructura procesal monitoria”. En Musto Néstor Jorge y Oscar Daniel Bendetto, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Entre Ríos, Comentado. Concordado y con Jurisprudencia*. Tomo IV. Montevideo: Editorial Delta Editora.
- Gallego, Richard Fernando (2009). “Procesos de estructura monitoria (Argentina)”. En *Red Iberoamericana de Magistrados*, 17 de marzo.
- Gallego, Richard Fernando (2007). “Reforma al Código Procesal Civil, Comercial y de Minería de la Provincia de Río Negro – Ley 4142 (tercera parte)”. En *La Ley Patagonia*. Año 4, número 5: 1183.
- Giannini, Leandro J. (2014). “Experiencia argentina en la mediación obligatoria”. En *La Ley*, 5 de febrero.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en Montevideo (1988). *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*. Montevideo.
- Morello, Augusto y M. Sosa, Toribio E (1993). “La reforma de la justicia. Hacer los cambios. La experiencia informática en Trenque Lauquen.” Argentina: DJ 2, 705.
- Tratado Jurisprudencial y Doctrinario (2013). *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Volumen A. Argentina: Editorial La Ley.

Normativa

Código Procesal Civil y Comercial Ley 14 del año 2000

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ley 17.454

Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut, Ley 5478.

Código Procesal Penal de Neuquén Ley 2784.

CPCC Ley 1828 de 1998, que entró en vigencia mediante ley 1870 en 2001.

Ley 24.573.

Ley 15.982 de 1989, recientemente reformado por Ley 19.090 de 2013.

Ley 4142, entra en vigencia en 1º junio de 2007.

Ley 9776 de 2007, parcialmente reformado por ley 9857 de 2008.

Ley 7942 de 2008.

Ley 147 de 1994, reformado mediante ley 804/09.

Ley 955, reformada por ley 1397 de 2002.

Ley 968 de 1969, reformadas por leyes 6002 de 2007 y 5971, de 2007 y 2008, respectivamente.

Ley 2339 de 1970, reformada por ley 5213 de 2008.

Ley 6910 de 2008, que entra en vigencia el 1º de febrero de 2009.

Nuevas tendencias en los procesos de niñez y adolescencia

Medidas jurídicas aplicables a los adolescentes en conflicto con la ley

Ricardo C. Pérez Manrique

*Doctor en Derecho y Ciencias Sociales.
Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay.
Juez de Contacto, integrante por Uruguay, de la Red de Jueces de Protección de Infancia de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.
Miembro de Honor del Plenario Permanente de Derechos Humanos, cátedra UNESCO.
Integrante del grupo de Cooperación Judicial Internacional de la Cumbre Judicial Iberoamericana.*

I. El derecho penal adolescente

Con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño en 1989, se hizo universal el proceso de aplicación del Estado de derecho a las personas menores de dieciocho años de edad.

La Convención describe, en sus artículos 37, 40 y 41, el marco jurídico y el estándar de intervención del Estado cuando las personas contempladas por el artículo 1° de la misma cometen infracciones a la ley penal.

En síntesis y a efectos de encuadrar las consideraciones que se realizarán sobre el tema específico de este artículo, se puede sostener que la Convención fija un estándar de derecho penal mínimo por oposición del derecho penal común, el que se caracteriza por su carácter inminentemente preventivo y el contenido educativo de la respuesta frente a la infracción.

A efectos de este estándar, tomaré como referencia la Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas “Los derechos del niño en la justicia de menores” del año 2007¹.

¹ CRC/C/GC/10: 25 de abril de 2007.

Este documento recoge la experiencia del Comité al analizar los informes de los Estados Partes sobre el cumplimiento del compromiso de aplicar la Convención.

Señala el Comité que, en la justicia penal para los adolescentes:

La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública.

El Comité señala, como esencial en toda política de justicia penal adolescente, la prevención:

17. Como se ha señalado más arriba, una política de justicia de menores que no vaya acompañada de un conjunto de medidas destinadas a prevenir la delincuencia juvenil comporta graves limitaciones. Los Estados Partes deben incorporar en su política nacional general de justicia de menores las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.²

En nuestra opinión, la justificación de carácter socio político de la existencia de un derecho penal específico que se aplica a las personas menores de edad radica en la necesidad de que los menores de edad que cometen infracciones a la ley penal tengan un tratamiento fundamentalmente de carácter preventivo, cuyo objetivo es evitar que ese adolescente, como adulto, no vuelva a reincidir en conductas violatorias de la ley penal.

² En el mismo sentido afirma el Comité: “16. Uno de los objetivos más importantes de la aplicación de la Convención es promover el desarrollo pleno y armonioso de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño (preámbulo y artículos 6 y 29). Debe prepararse al niño para asumir una vida individual y responsable en una sociedad libre (preámbulo y artículo 29), en la que pueda desempeñar una función constructiva con respecto a los derechos humanos y las libertades fundamentales (artículos 29 y 40). A este respecto, los padres tienen la responsabilidad de impartir al niño, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención. Teniendo en cuenta estas y otras disposiciones de la Convención, evidentemente no es conforme al interés superior del niño su crianza en condiciones que supongan un mayor o grave riesgo de que se vea involucrado en actividades delictivas. Deben adoptarse diversas medidas para el ejercicio pleno y en condiciones de igualdad de los derechos a un nivel de vida adecuado (artículo 27), al disfrute del más alto nivel posible de salud y de atención sanitaria (artículo 24), a la educación (artículos 28 y 29), a la protección contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental (artículo 19) y explotación económica o sexual (artículos 32 y 34), así como a otros servicios apropiados de atención o protección de la infancia.

Para ello, la respuesta penal debe responder a la finalidad de ser proporcional a la conducta delictiva y, a su vez, estar dotada de un alto contenido educativo en los términos del artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño, cuando atribuye, en primer lugar, a los progenitores o referentes familiares la obligación de: “(...) impartirle (al niño), en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.³

Por ello, el contenido de las medidas o sanciones aplicables a los adolescentes tiene el contenido especial de ser socioeducativo, es decir, existe una cuota de retribución por el agravio o injuria cometido al infringir la ley penal; pero, a su vez, los Estados asumen la obligación de asignar un contenido educativo a la respuesta específica.

Este elemento diferenciador hace, esencialmente, a la especialidad del derecho penal adolescente y se expresa en el contenido de sus sanciones.

En los años 80 se decía que el impulso de reforma se basaba en las denominadas 4 D: desjudicialización, desinstitucionalización, diversión y debido proceso.

Es decir, en la postulación de una intervención penal mínima, basada en el ejercicio pleno de los derechos por el adolescente, el goce de las garantías del debido proceso legal y con una clara orientación a reducir la judicialización y, en su caso, la institucionalización de las personas menores de 18 años que hubieren infringido la ley penal. Se entiende que judicializar e institucionalizar, en todos los casos de conductas infractoras, no contribuye a la formación del adolescente para el adecuado ejercicio y respeto de los derechos y deberes establecidos en la Convención de los Derechos del Niño.

La respuesta debe ser socioeducativa, es decir, consiste en trabajar con el adolescente el ejercicio responsable de los derechos, lo que significa casi tanto como dar especial relevancia a los deberes y obligaciones que todo ciudadano responsable debe cumplir y respetar en el marco de un estado social y democrático de derecho.

³ En tal sentido: “71. El Comité desea subrayar que la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo. La aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos |la justicia de menores enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención (véanse párrafos 5 a 14 supra).

En la misma línea, el profesor Carlos Tiffer entiende el principio educativo como finalidad primordial de la respuesta penal a los adolescentes, al que identifica como:

(...) todas aquellas estrategias o programas públicos o privados, en el Estado Democrático, que al momento de la imposición de una sanción penal juvenil, como durante su ejecución se consideran para apartar al adolescente del delito y fomentar la responsabilidad de de sus actos frente a terceros. **Se trata de educarlos en la responsabilidad** (Tiffer, 2012).

Justamente se ha identificado el modelo de sistema penal adolescente de la Convención de los Derechos del Niño como el modelo de la responsabilidad, en la que se reconoce al adolescente como responsable en su carácter de sujeto de derecho, por tanto puede ser enjuiciado por la culpabilidad de sus actos (Tiffer, 2012: 334).⁴

II. La cuestión de las medidas. Estándar internacional

El Comité señala que pueden adoptarse dos tipos de medidas respecto de niños que comentan infracciones a la ley penal: las que se aplican sin un proceso judicial formal y las que se aplican en un proceso judicial.

En todos los casos:

23. Los niños que tienen conflictos con la justicia, incluidos los reincidentes, tienen derecho a recibir un trato que promueva su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad (artículos 40 1 de la Convención). La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se utilizarán tan sólo como medida de último recurso (art. 37 b)). Por tanto, es necesario desarrollar y aplicar, en el marco de una política general de justicia de menores, diversas medidas que aseguren que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción cometida. Tales medidas comprenden el cuidado, la orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones (artículo 404).

Se prefieren las medidas que se adoptan sin necesidad de llegar a un proceso judicial, siempre que se respeten los derechos humanos y, especialmente, el estado

⁴ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea” (2006/C 110/13, Diario Oficial de la Unión Europea 9.5.2006, C 110/75 punto 3.2.1 y 3.3.1.

de inocencia de los adolescentes involucrados.⁵ Al respecto, se señala la necesidad de contar con el debido asesoramiento jurídico, la total libertad del adolescente de decidir previamente a recibir información adecuada y suficiente y la determinación legal de las condiciones en que puede ejercerse tal derecho.

Se identifican, como medidas posibles el servicio, la supervisión y la orientación comunitarios a cargo, por ejemplo, de asistentes sociales o de agentes de la libertad vigilada, conferencias de familia y otras formas de justicia restitutiva, en particular el resarcimiento y la indemnización de las víctimas.

Respecto de las adoptadas en un proceso judicial, se distinguen entre privativas y no privativas de libertad, debiéndose privilegiar estas últimas:

28. Cuando la autoridad competente (por lo general la fiscalía) inicia un procedimiento judicial, deben aplicarse los principios de un juicio imparcial y equitativo (véase sección D infra). Al mismo tiempo, el sistema de la justicia de menores debe ofrecer amplias oportunidades para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia con medidas sociales y/o educativas, y limitar de manera estricta el recurso a la privación de libertad, en particular la detención preventiva, como medida de último recurso. En la fase decisoria del procedimiento, la privación de libertad deberá ser exclusivamente una medida de último recurso y que dure el período más breve que proceda (art. 37 b)). Esto significa que los Estados Partes deben tener un servicio competente de libertad vigilada que permita recurrir en la mayor medida y con la mayor eficacia posibles a medidas como las órdenes de orientación y supervisión, la libertad vigilada, el seguimiento comunitario o los centros de presentación diaria obligatoria, y la posibilidad de una puesta anticipada en libertad.

Es por ello que el orden jurídico nacional debe suministrar al juzgador un amplio abanico de medidas alternativas a la privación de libertad, las que deben ser preferidas a las privativas de libertad⁶.

⁵ “25. El Comité opina que es obligación de los Estados Partes promover la adopción de medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia que no supongan el recurso a procedimientos judiciales, si bien esa obligación no se limita a los niños que cometan delitos leves, como el hurto en negocios u otros delitos contra la propiedad de menor cuantía, o a los menores que cometan un delito por primera vez”.

⁶ Las leyes deben ofrecer al tribunal/juez, o a cualquier otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, una amplia variedad de alternativas posibles a la internación en instituciones y la privación de libertad, algunas de las cuales se enumeran en el párrafo 4 del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a fin de que la privación de libertad se utilice tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que sea posible (artículo 37 b) de la Convención).

III. La experiencia de Uruguay. Código de la Niñez y Adolescencia y Leyes posteriores

La Constitución de la República, en su artículo 43, mandata al legislador a diseñar un sistema especial, tanto de fondo como procesal, respecto a las personas menores de edad que cometen acciones previstas como delitos por la ley penal:

La ley procurará que la delincuencia infantil esté sometida a un régimen especial en que se dará participación a la mujer.

Uruguay ajustó su legislación interna a los principios de la Convención de los Derechos del Niño al aprobar en septiembre de 2004, por Ley N° 17.823, el Código de la Niñez y de la Adolescencia.

El Código pretende ser una regulación completa del derecho penal adolescente, contiene normas y garantías de fondo y procesales y regula las medidas socioeducativas que se pueden aplicar a los adolescentes infractores (artículos 69 a 116)⁷.

Son adolescentes responsables las personas entre los 13 y los 18 años incompletos de edad, declarados por sentencia ejecutoriada, dictada por juez competente como autor, coautor o cómplice de acciones u omisiones descritas como infracción a la ley penal (artículo 70).

El derecho penal mínimo se compone de los siguientes elementos:

Distinción de los tipos descritos en el Código Penal entre infracciones gravísimas –establecidas en el artículo 72– y las demás que se califican como infracciones graves.

Conforme el artículo 60, son infracciones a la ley penal para el Código:

1. Las infracciones cometidas a título de dolo, es decir intencionales, en calidad de autor o coautor.
2. Las acciones u omisiones culposas en calidad de autor o coautor.

⁷ Se acompaña el texto como apéndice del presente artículo.

3. Solamente la tentativa de infracciones gravísimas a la ley penal, quedando excluidas las demás tentativas.
4. Solamente la complicidad de las infracciones gravísimas.

Por el artículo 1 de la Ley N° 18.777, de julio de 2011, se agregó un numeral 3 que estableció como excepción a la exclusión de la punición del delito tentado:

La tentativa y complicidad en el delito de hurto, correspondiendo en tal caso la aplicación de medidas socioeducativas no privativas de libertad.

Es decir, quedan excluidas la tentativa y la complicidad, salvo en las infracciones gravísimas y la tentativa de hurto por la reforma legislativa.

Por el artículo 73, se excluye el cómputo de circunstancias agravantes de los adolescentes.

Se regulan derechos y garantías del procedimiento –artículo 74– entre los cuales se encuentra el principio de humanidad:

El adolescente privado de libertad será tratado con la humanidad y respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana. Ningún adolescente será sometido a torturas, ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni a experimentos médicos o científicos. Tendrá derecho a mantener contacto permanente con su familia o responsables, salvo en circunstancias especiales (literal D).

En el literal L y en el artículo 104 se establece el principio de oportunidad reglada: “El adolescente tiene derecho a que se prescinda del procedimiento cuando, por la característica del hecho o por la naturaleza del bien jurídico agredido, no se justifica la prosecución de la acción”. Facultad que se confiere al juez, previa opinión del Ministerio Público y de la defensa en las siguientes hipótesis:

- A) Se trate de un hecho que, por su escasa gravedad o lo exiguo de la contribución del partícipe, haga innecesaria una medida en definitiva.
- B) El adolescente haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave.

El procedimiento es oral, con participación de juez, Ministerio Público, adolescente y su defensor bajo pena de nulidad, además de los progenitores o representantes legales y de la víctima.

Se desarrolla en una audiencia preliminar y una audiencia de sentencia.

La defensa tiene intervención desde la misma detención en sede policial, en caso de que así se proceda; el juez de la causa debe tomar conocimiento de la intervención policial de un adolescente dentro de las dos horas de producida. Se limita la permanencia en sede policial a las doce horas como máximo y la detención, así como los traslados interinstitucionales, corresponde se realicen previa comprobación de la integridad física por parte de personal médico.

El proceso en primera instancia tiene una duración máxima de 45 o 90 días para los delitos gravísimos del artículo 72 del CNA, según artículo 2 de la Ley N° 18.777, a cuyo vencimiento corresponde decretar la inmediata libertad del adolescente, si no se ha dictado sentencia de condena.

IV. Medidas socioeducativas

1. Medidas cautelares

Solamente se pueden adoptar al finalizar la audiencia preliminar y a solicitud del Ministerio Público las medidas cautelares que sean necesarias y que menos perjudiquen al adolescente.

La necesidad está en el Código determinada exclusivamente por las finalidades procesales, teniendo en cuenta el principio de inocencia y la excepcionalidad de las medidas cautelares.

Los perjuicios del adolescente deben determinarse en función de los derechos que se limiten por la medida, es decir, se buscará, por ejemplo, preservar el derecho a la educación, a la integración familiar, a mantener relaciones de carácter afectivo o social entre otros derechos.

Las medidas cautelares, son las que se enuncian a continuación:

- 1) La prohibición de salir del país;
- 2) La prohibición de acercarse a la víctima o a otras personas, de concurrir a determinados lugares o de tomar contacto con personas determinadas;
- 3) La obligación de concurrir periódicamente al tribunal o ante la autoridad que el juez determine;

- 4) El arresto domiciliario;
- 5) La internación provisoria.

Las medidas cautelares que implican restricción de la libertad ambulatoria: arresto domiciliario o internación provisoria únicamente pueden ser adoptadas siempre que ello sea indispensable para:

- A) Asegurar la comparecencia del adolescente a los actos procesales esenciales.
- B) La seguridad de la víctima, el denunciante o los testigos.

Solamente se admite como fundamento la finalidad de orden procesal.

La medida de internación o privación de libertad provisoria solamente podrá ser cumplida en establecimientos oficiales pertenecientes al Instituto del Niño y del Adolescente del Uruguay –INAU–. Esto es un principio fundamental del Código en cuanto a la oficialidad e indelegabilidad por el Estado del cumplimiento de toda medida de privación de libertad.

Como se desarrollará más adelante, la Ley N° 19.055 para determinados delitos y en la franja de 15 a 18 años incompletos estableció la preceptividad del arresto preventivo.

2. Medidas socioeducativas

2.1. Aspectos generales

Las medidas socioeducativas son las sanciones que se imponen a los adolescentes, como consecuencia de haber infringido la ley penal.

Son las penas del derecho penal que, en el caso de los adolescentes, se distinguen de aquéllas por su carácter de socioeducativas, es decir: su contenido de inserción social y fundamentalmente educativo.

(...) solo podrán aplicarse a los adolescentes respecto a los cuales haya recaído declaración de responsabilidad por sentencia ejecutoriada (artículo 77).

La ejecución de las medidas no es competencia del Poder Judicial, razón por la cual dictada sentencia, debe comunicarlo por escrito a quien se hará cargo de tal tarea.

Dicha comunicación es imprescindible, dado que quien ejecute materialmente el mandato judicial debe estar informado de las razones por las cuales se dispuso la sanción, las características y tiempo de duración de las mismas (artículo 78).

Artículo 79. (Medidas complementarias).- Todas las medidas que se adopten conforme a lo establecido en el numeral 12) del artículo 76, se podrán complementar con el apoyo de técnicos, tendrán carácter educativo, procurarán la asunción de responsabilidad del adolescente y buscarán fortalecer el respeto del mismo por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros como asimismo, el robustecimiento de los vínculos familiares y sociales. La medida será seleccionada por el Juez, siguiendo los criterios de proporcionalidad e idoneidad para lograr tales objetivos.

El *nomen iuris* es erróneo porque no se determinan medidas complementarias, sino que el legislador describe en el presente artículo tres puntos bien diversos relacionados con las medidas en general.

Intervención técnica: Las medidas se podrán “complementar” con el apoyo de técnicos.

La expresión es errática, debiéndose entender, en consonancia con el artículo 76 numerales 6 y 7, que las medidas se cumplen con el apoyo y supervisión técnicas imprescindibles para el cumplimiento de los objetivos de las mismas.

Este apoyo es necesario respecto de adolescentes, cuya situación de especial vulnerabilidad ha determinado que cometan infracciones a la ley penal por las que han sido declarados responsables por sentencia firme.

Objetivos de las medidas: Son la llave de la ejecución de las medidas, dado que su éxito o fracaso se medirá, precisamente, en función del cumplimiento de tales objetivos.

Su descripción aleja el derecho penal de adolescentes del principio meramente retributivo de la sanción, propio del derecho penal de adultos y lo define como un derecho penal especial, en el cual la medida tiene además y, fundamentalmente, la finalidad de construcción de ciudadanía responsable.

Las medidas tienen carácter educativo, lo que debe leerse en consonancia con el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño.

Ese proceso educativo debe procurar, como punto de partida, la asunción de responsabilidad por el adolescente, es decir, comprender el carácter de la infracción que ha cometido, su ilegalidad y que su participación ha sido decisiva en el hecho.

En consecuencia, el proceso educativo tendrá como objetivo fortalecer el respeto del adolescente por los derechos humanos y libertades fundamentales de los terceros.

Para ello, se identifican, como esenciales, el robustecimiento de los vínculos familiares y sociales, como medios adecuados de construcción de ciudadanía responsable.

Sabido es que la familia, la escuela y el trabajo son los principales articuladores de la inserción social, criterios que deben tenerse en cuenta tanto en la ejecución como en la evaluación de las medidas.

Criterios de selección de las medidas: El juez, al seleccionar la medida debe seguir los criterios de proporcionalidad e idoneidad para lograr los objetivos reseñados.

La CDN afirma, en el artículo 40.4, como objetivo de las medidas que las mismas deben “asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

La medida y su duración deben ser proporcionales, es decir, tener una relación de armonía lógica con las características del hecho y la intervención que el adolescente haya tenido en el mismo.

La Regla 17.1 a) de Beijing establece, al respecto:

La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad.

En cuanto a la idoneidad, la medida debe ser idónea, apta, suficiente para cumplir el objetivo de inserción social, familiar y de asunción de ciudadanía responsable.

Cese de medidas, criterios y procedimiento, artículo 94 del CNA⁸

Cese: La medida debe cesar preceptivamente, en cualquier momento (no importa el tiempo que lleve cumplido), cuando ha cumplido su finalidad socioeducativa.

Esta finalidad es el cumplimiento de los objetivos determinados en el artículo 79 del Código.

Es una norma que refuerza y prioriza el contenido educativo y no puramente retributivo de las medidas: cumplida su finalidad, el mantenimiento en el tiempo es pura sanción, lo que es contrario a los principios del Código.

Estas previsiones así como las siguientes del artículo, se entienden referidas a todas las medidas y no solamente a la de privación de libertad.

2.2. Medidas socioeducativas no privativas de libertad

Según el artículo 80, entre otras, podrán aplicarse las medidas que se enuncian a continuación, lo que significa que no sería un *numerus clausus* o enumeración taxativa, además no es posible aplicar más de una a la vez (artículo 85).

Son medidas no privativas de libertad:

- A) Advertencia, formulada por el juez en presencia del defensor y de los padres o responsables, sobre los perjuicios causados y las consecuencias de no enmendar su conducta.
- B) Amonestación, formulada por el juez en presencia del defensor, de los padres o responsables, intimándolo a no reiterar la infracción.
- C) Orientación y apoyo mediante la incorporación a un programa socioeducativo a cargo del Instituto Nacional del Menor o de instituciones públicas o privadas, por un período máximo de un año.

⁸ Artículo 94. (Procedimiento por modificación o cese de las medidas).- Se deberá decretar, en cualquier momento, el cese de la medida cuando resulte acreditado en autos que la misma ha cumplido su finalidad socioeducativa. La tramitación de todas las solicitudes de sustitución, modificación o cese de las medidas, se hará en audiencia, debiendo dictarse resolución fundada, previo los informes técnicos que se estimen pertinentes, con presencia del adolescente, de sus representantes legales, de la defensa y del Ministerio Público. La audiencia deberá celebrarse en un plazo que no exceda los diez días a partir de la respectiva solicitud.

- D) Observancia de reglas de conducta, como prohibición de asistir a determinados lugares o espectáculos, por un período que no exceda de seis meses.
- E) Prestación de servicios a la comunidad, hasta por un máximo de dos meses.
- F) Obligación de reparar el daño o satisfacción de la víctima.
- G) Prohibición de conducir vehículos motorizados, hasta por dos años.
- H) Libertad asistida.
- I) Libertad vigilada.

Las medidas están descritas en los artículos 81 a 84.

Con respecto a la medida de obligación de reparar el daño o satisfacción de la víctima prevista en el artículo 83¹⁰, consiste en aplicar a ultranza los principios de una justicia que restaura derechos, devuelve el conflicto a sus verdaderos titulares y, una vez asegurada la satisfacción de la víctima, deriva en la medida que se asumió responsabilidad por el infractor, en la clausura y archivo de las actuaciones.

Procede en cualquier etapa del proceso, por tanto, constituye una excepción al principio general del artículo 77. Se adopta por el juez a petición de parte –defensa o Ministerio Público– o de la víctima y deberá contar con la conformidad del adolescente. El juez, a su vez, podrá proponer a las partes la derivación del asunto a mediación y, contando con las conformidades necesarias, podrá decretarla.

Se suspende el proceso por el plazo que se determine de manera “prudencial” –deberá ser generoso para posibilitar el éxito–, entonces comienza el trabajo de mediación, que consiste en encuentros entre las partes con el concurso de un mediador que tiene como objetivo un acuerdo por el cual se repara el daño o se logra la satisfacción de la víctima de la infracción.

¹⁰ Artículo 83. (Obligación de reparar el daño o satisfacción de la víctima).- En cualquier etapa del proceso, previa conformidad del adolescente y de la víctima o a petición de parte, el Juez podrá derivar el caso a mediación, suspendiéndose las actuaciones por un plazo prudencial. Alcanzando un acuerdo, previo informe técnico y oídos la defensa y el Ministerio Público, el Juez deberá valorar razonablemente desde la perspectiva exclusiva del interés superior del adolescente, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta, disponiendo, en caso afirmativo, la clausura de las actuaciones. Tal decisión será preceptiva en caso de opinión favorable del Ministerio Público. El mismo efecto tendrán los acuerdos conciliatorios celebrados en audiencia.

Si el acuerdo no se logra, el mediador informa al juzgado y se reanudan las actuaciones en el estado en que se suspendieron.

Si se logra el acuerdo, que consistirá en una satisfacción de la víctima a través del encuentro y del diálogo, en que el adolescente asumió su responsabilidad y la persona perjudicada demuestra su conformidad –más allá de la reparación monetaria, lo que convertiría a la medida en exclusiva para adolescentes pudientes y discriminatoria– el mediador debe informar al juez de la causa.

Éste oye al equipo técnico sobre el sentido pedagógico y educativo del acuerdo propuesto, así como a la defensa y al Ministerio Público.

Si el Ministerio Público se pronuncia favorablemente, en aplicación de los principios del proceso acusatorio, se clausurarán preceptivamente los procedimientos.

De lo contrario, el juez resolverá y su decisión podrá ser impugnada por los recursos de reposición y de apelación en subsidio.

Como se viera, se impone al juez la decisión racional, que valore el interés del adolescente y que rescate los aspectos pedagógicos y educativos del acuerdo.

Los servicios de mediación pueden ser estatales o no, debiéndose destacar que el Poder Judicial dispone de sus propios centros de mediación y que, por Acordada N° 7526 del 20 de septiembre de 2004, en su artículo 8, se dispuso que en estos centros se desarrollaran programas de mediación entre víctimas e infractores con vistas al cumplimiento de la presente medida.

Si en alguna de las audiencias se llegara a un acuerdo conciliatorio entre la víctima y el adolescente, dicho convenio, evaluado conforme se determina para los casos de mediación, tendrá los mismos alcances y consecuencias.

El legislador uruguayo ha sido amplio en la reglamentación de esta medida, no la restringió ni aún por el perfil del adolescente –si es reincidente o no–, por el tipo de infracción ni tampoco por etapa procesal.

No obstante, en casi diez años de vigencia del CNA, la medida prácticamente no se ha aplicado en la práctica, lo que ha motivado que la Suprema Corte de Justicia en el marco del Programa Eurosocial sobre Acceso a la Justicia, planifique instalar

por lo menos, un Centro Piloto de Mediación en Justicia Penal Adolescente en la capital del país, Montevideo.

2.3. Medidas socioeducativas privativas de libertad.

Criterios de aplicación

En el derecho penal de adolescentes existe un principio de fondo que permite distinguir netamente las aguas con el derecho penal.

La privación de libertad es última *ratio*.

Tal principio se encuentra establecido en el artículo 40.4 de la CDN y en la Regla 17.1 de las Reglas de Beijing que se transcriben, en lo pertinente, por su claridad:

Literal b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible.

Literal c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada.

En el Uruguay este principio se encontraba parcialmente garantizado mediante lo dispuesto en los artículos 86 y 87 del CNA, que habilitaban la aplicación de medida de privación de libertad, previa justificación y argumentación específica en cuanto a la inhabilidad de otras medidas para cumplir la finalidad socioeducativa y en caso de incumplimiento de otras medidas.

La Ley N° 19.055, de diciembre de 2012, alteró severamente este panorama, al establecer preceptivamente la sanción de privación de libertad para determinadas conductas, cuando son cometidas por adolescentes mayores a los 15 años de edad.

Conductas, son las que se enuncian a continuación: homicidio intencional con agravantes especiales, lesiones gravísimas, violación, rapiña, privación de libertad agravada, secuestro, cualquier otra acción u omisión que el Código Penal o las leyes especiales castigan con una pena cuyo límite mínimo sea igual o superior a seis años de penitenciaría o cuyo límite máximo sea igual o superior a doce años de penitenciaría.

En dicha hipótesis:

- 1) La privación cautelar de libertad será preceptiva hasta el dictado de la sentencia definitiva.
- 2) Las medidas privativas de libertad tendrán una duración no inferior a los doce meses.
- 3) El infractor, una vez ejecutoriada la sentencia de condena, podrá solicitar la libertad anticipada, siempre y cuando haya cumplido efectivamente el mínimo de privación de libertad establecido en el literal anterior y, a su vez, superare la mitad de la pena impuesta.

En consonancia, se restringe el artículo 94 ya visto, no pudiéndose solicitar el cese o sustitución de la medida de privación de libertad, hasta que se cumplan el mínimo de un año y la prisión preventiva en dichos casos es preceptiva como se viera ut supra.

Sin duda la ley constituye una severa infracción al principio del Derecho Penal Adolescente de que la privación de libertad es *ultima ratio*.

Tipos de medidas

Tipos de medidas privativas de libertad (artículo 88): A) internación en establecimientos separados completamente de los establecimientos carcelarios destinados a adultos, es “recluir al adolescente en un establecimiento que asegure su permanencia el recinto” (artículo 89), gozando de los demás derechos no restringidos por la privación de libertad ambulatoria; B) internación en iguales establecimientos con posibilidades de gozar de semilibertad, consiste según el artículo 90, “en disponer que el adolescente, cuya privación de libertad ha sido dispuesta en establecimientos, goce de permiso para visitar a su familia o para la realización de actividades externas, de ocho horas de duración, en su beneficio personal, controladas por la autoridad donde se encuentra internado”. El régimen no es fijo sino progresivo, se puede extender hasta transformarse en otra medida no privativa de libertad de inserción en el medio social.

Duración

La medida de carácter educativo, en general, en el derecho penal uruguayo se caracteriza por no tener mínimo pero sí máximo¹¹.

¹¹ Código Penal: artículos 92 medidas educativas “(...) las que se aplican a los menores de 18 años (...)”, artículo 94 “(...) sin mínimo y con determinación de máximo (...) pertenecen a la segunda, las que se dictan respecto de los menores de 18 años (...)”

El CNA mantiene en su redacción original ese principio, pero fija un máximo de cinco años para la privación de libertad, según el artículo 91.

En ningún caso, al cumplir los 18 años de edad, quien cometió la infracción siendo adolescente pasará a cumplir la medida en establecimiento destinado a adultos.

Cumplimiento

El artículo 92 establece condiciones de cumplimiento de la privación de **libertad**, la que es indelegable para el Estado¹².

Por Ley N° 18.771, de julio de 2011, se dispuso al Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) la creación, con carácter transitorio, de un órgano desconcentrado que se denominará Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (SIRPA), a fin de suceder al Sistema de Ejecución de Medidas para Jóvenes en Infracción (SEMEJI), en todo lo relativo a la ejecución de las medidas socioeducativas dispuestas por los artículos 77 y siguientes de la Ley N° 17.823, de 7 de septiembre de 2004 (Código de la Niñez y la Adolescencia).

Este órgano oficial, desconcentrado dentro de INAU e integrado por tres especialistas en la gestión de las medidas socioeducativas, es el encargado de ejecutar las mismas en representación del Estado en el Uruguay.

V. Ecuador

El Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente se encuentra legislado en el Código Orgánico de la Niñez y de la Adolescencia –CONA–, con las modificaciones introducidas en el recientemente aprobado Código Orgánico Integral Penal.

Según el artículo 11 del COIP la responsabilidad penal de las personas menores de 18 años de edad se rige por el CONN (artículo 11).

¹² Artículo 92. (Cumplimiento).- El cumplimiento de las medidas de privación de libertad son de responsabilidad exclusiva, irrenunciable e indelegable del Estado. Se cumplirán en centros especiales hasta la finalización de las medidas y de acuerdo a criterios, entre otros, de edad, complejidad física, gravedad de la infracción y adaptación a la convivencia. En ningún caso podrán cumplirse en establecimientos destinados a los adultos. Se tendrá especial cuidado por las situaciones en que el adolescente requiera tratamiento médico, en cuyo caso deberá ser internado en un centro adecuado a sus condiciones

El COIP, en su artículo 52, establece:

Finalidad de la pena.- Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena así como la reparación del derecho de la víctima. En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.

Se trata de un sistema de responsabilidad penal, como resulta del artículo 306 del primero de los nombrados.

Son considerados responsables los adolescentes, es decir personas de más de 12 años de edad y de menos de 18 años de edad (artículos 4 y 306).

Las niñas y los niños son considerados no responsables penalmente. En última instancia y de ser necesario, se les puede aplicar medidas de protección de derechos amenazados o vulnerados (artículo 307).

El artículo 387, hoy 429 del CONA, determina la corresponsabilidad del Estado y de la sociedad civil para definir y ejecutar, conjuntamente, las políticas, planes, programas y acciones encaminados a la formación integral de los adolescentes y a la prevención de infracciones de carácter penal, y destinar los recursos necesarios para ello.

Se inserta esta prescripción en el estándar de prevención de la infracción penal adolescente, que resulta del derecho internacional de los derechos humanos.

Aprecio como un gran avance en relación al sistema uruguayo, la previsión exhaustiva de fórmulas de desjudicialización del conflicto penal adolescente: mediación (artículo 348), conciliación (artículo 346 y siguientes), suspensión del proceso a prueba (artículo 349), remisión legislado en distintas variantes de acuerdo a las conductas y a la facultad del Ministerio Público y del juez para decretarlo (artículos 351, 352, entre otros).

En cuanto a las medidas, se consagra la exepcionalidad de la privación de libertad, (artículo 321).

El elenco de medidas es bastante similar al del derecho uruguayo, según los artículos reformados del CONA que se transcriben:

Art. 378.- Medidas socioeducativas no privativas de libertad.- Las medidas socioeducativas no privativas de libertad que se pueden imponer son:

1. Amonestación: es un llamado de atención verbal hecho directamente por el juzgador, al adolescente; y, a sus padres o representantes legales o responsables de su cuidado para que se comprenda la ilicitud de las acciones.
2. Imposición de reglas de conducta: es el cumplimiento de determinadas obligaciones y restricciones para que se comprenda la ilicitud de las acciones y se modifique el comportamiento de cada adolescente, a fin de conseguir la integración a su entorno familiar y social.
3. Orientación y apoyo psico socio familiar: es la obligación del adolescente y sus padres, representantes legales o responsables de su cuidado, de participar en programas de orientación y apoyo familiar para conseguir la adaptación del adolescente a su entorno familiar y social.
4. Servicio a la comunidad: son actividades concretas de beneficio comunitario que impone el juzgador, para que el adolescente las realice sin menoscabo de su integridad y dignidad, ni afectación de sus obligaciones académicas o laborales, tomando en consideración su edad, sus aptitudes, habilidades y destrezas, y el beneficio socioeducativo que reportan.
5. Libertad asistida: es el estado de libertad condicionada al cumplimiento de directrices y restricciones de conducta fijadas por el juzgador, sujeta a orientación, asistencia, supervisión y evaluación, obligándose el adolescente a cumplir programas educativos, a recibir la orientación y el seguimiento, con la asistencia de especialistas y personas con conocimientos o aptitudes en el tratamiento de adolescentes.

Art. 379.- Medidas socioeducativas privativas de libertad.- Las medidas socioeducativas privativas de libertad son:

1. Internamiento domiciliario: es la restricción parcial de la libertad por la cual el adolescente no puede abandonar su hogar, excepto para asistir al establecimiento de estudios, de salud y de trabajo.
2. Internamiento de fin de semana: es la restricción parcial de la libertad en virtud de la cual el adolescente estará obligado a concurrir los fines de semana al Centro de adolescentes infractores, lo que le permite mantener sus relaciones familiares y acudir normalmente al establecimiento de estudios o de trabajo.
3. Internamiento con régimen semiabierto: es la restricción parcial de la libertad por la que el adolescente ingresa en un Centro de adolescentes infractores, sin impedir su derecho a concurrir normalmente al establecimiento de estudio o de trabajo.
4. Internamiento Institucional: es la privación total de la libertad del adolescente, que ingresa en un Centro de adolescentes infractores, sin menoscabo de la aplicación de los programas establecidos para su tratamiento.

VI. La experiencia de Uruguay

En razón de que tanto Ecuador como Uruguay, al diseñar su sistema nacional de responsabilidad adolescente, han seguido el modelo que es el estándar del derecho internacional de los derechos humanos y que mejor se adecua a los propios estándares constitucionales, creo que puede ser interesante señalar algunos puntos de la evolución, desde que se aprobó el CNA en 2004 a la fecha.

En el siglo XXI los países de Latinoamérica hemos vivido, sobre todo en lo que va de la presente década, un proceso de afirmación económica importante, en cuanto a mejorar en parte la calidad de vida de nuestras poblaciones.

En paralelo Internet, redes sociales y publicidad se encargan en difundir más allá de las fronteras nacionales pautas culturales que han derivado en la globalización del consumo y de las demandas que el mismo determina. Se ha hecho planetaria la sociedad de consumo.

Aparece la fragmentación social y la consiguiente separación de amplias capas de jóvenes que no encuentran su lugar en esa sociedad global y que, a veces, incurren en conductas transgresoras.

A ello se agrega la generalización del consumo de drogas de diferente naturaleza, que es transversal a las sociedades.

Hoy, en Uruguay, el tema de la seguridad ciudadana es una cuestión central de debate en la población, que demanda al Estado más eficiencia y eficacia en el ejercicio del control social.

Existe una mayor demanda de derecho penal puro y duro, es decir, de contenido fundamentalmente sancionatorio.

Los jóvenes y, entre ellos, los adolescentes, son indicados como responsables en gran parte de esa inseguridad y ello determina que haya un avance del derecho penal común en detrimento de un derecho penal educativo y restaurativo, como es el derecho penal de adolescentes.

Actualmente en Uruguay, se señala el fracaso del modelo del Código de la Niñez y de la Adolescencia, que, como se viera *ut supra*, ha sido puesto en cuestión por

la imposición de penas mínimas de privación de libertad –Ley 19.055– de la Ley N° 18.778 que, establece que en determinadas circunstancias, un delito cometido siendo menor de 18 años de edad se compute como reincidencia, frente a delitos cometidos una vez que esa persona es mayor de edad.

En octubre de 2014, conjuntamente con las elecciones nacionales, será plebiscitada una reforma constitucional, que propone rebajar la edad de imputabilidad penal para los adolescentes a los 16 años para determinados tipos de conductas delictivas.

Como vemos, el avance es muy fuerte; la reforma contaría con fuerte apoyo popular.

La realidad indica que, según cifras oficiales del Poder Judicial, el total de causas de adolescentes infractores en el Uruguay no supera el 10% de las causas de adultos; no obstante, la población, a través de los medios de comunicación, visualiza que su principal problema de seguridad radica en estos jóvenes.

Avancemos en las cifras. Existe una clara predominancia de las medidas privativas de libertad, tanto de carácter cautelar como impuestas por sentencia.

Según el diario “El País” del 6 de marzo:

El presidente del INAU, Javier Salsamendi, vaticinó el año pasado que la cifra de menores internados podría llegar a 800. Al 30 de junio de 2010, cuando asumió el nuevo directorio, el sistema tenía 320 adolescentes privados de libertad. Al día de hoy, se contabilizaban 620, una cifra que motivó denuncias de "hacinamiento" en hogares de la Colonia Berro y Montevideo.

El 70% de los menores internados fueron derivados por rapiñas, según datos estadísticos del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (Sirpa) organismo que gestiona los centros de privación de libertad del INAU.

El promedio de ingresos de menores a los hogares en 2013 fue de 72 por mes. En 2013 se produjeron 13 fugas netas.

De los ingresos producidos en el correr del año pasado, el 60% fueron primarios, y el 70% de ellos eran menores de 17 años. Un 90% de no pasaron el primer año del liceo.

Un 60 % son nuevos ingresos de adolescentes al sistema o sea que la sociedad no ha demostrado ser eficaz en el desarrollo de políticas preventivas, porque, día a día, ingresan nuevos jóvenes al régimen de privación de libertad.

En perspectiva del modelo legislativo desarrollado en Ecuador, minucioso, que ejecuta un sistema de responsabilidad penal ajustado a los parámetros internacionales y constitucionales, creo que la principal demanda debería ser al funcionamiento real y eficiente de lo previsto.

En primer lugar las medidas preventivas.

En segundo lugar, el funcionamiento ajustado a las normas de menor intervención y de respeto y fomento de la dignidad de los adolescentes que infringen la ley penal.

En tercer lugar, la administración prudente y, como regla de último recurso, de la privación de libertad.

Para ello es menester un sistema ágil, confiable y amplio de medidas no privativas de libertad, que se legitimen frente a la ciudadanía por su eficiencia.

La privación de libertad debe tener, como todas las medidas socioeducativas, un amplio contenido educativo, que evite crear sujetos dependientes de las instituciones de castigo, que afirmen su autonomía para vivir su libertad y demás derechos sin agredir los derechos de los demás; que no vuelvan a cometer delitos; que cumplan, realmente, los ejes establecidos en el artículo 390 del CONA en la redacción dada por el COIP como modelo de atención integral personalizado:

1. **Autoestima y autonomía:** Se promoverá la concienciación sobre la responsabilidad de sus actos, su desarrollo humano integral y el respeto a la Ley.
2. **Educación:** se incentivará el constante aprendizaje, para ello se garantizará el ingreso, reingreso y permanencia en el sistema educativo, por lo que el uso del tiempo libre estará encaminado al aprovechamiento pedagógico educativo.
3. **Salud integral:** existirá una historia clínica y médica integral. Se realizarán chequeos constantes para la detección oportuna de posibles enfermedades y brindar una salud preventiva y curativa además de programas de auxilio, orientación y tratamiento en caso de adicciones y otros.

4. **Ocupacional laboral:** Para garantizar una formación de calidad que le posibilite al adolescente mayor de quince años desarrollar destrezas para la inserción en el mercado laboral, generando estrategias de micro emprendimiento, se implementarán actividades formativas en diferentes áreas.
5. **Vínculos familiares o afectivos:** Para promover el constante vínculo que beneficie la reinserción familiar y social se planificarán actividades orientadas a recuperar, construir, mantener y fortalecer los vínculos familiares del adolescente con su familia de origen o con aquellas personas que creó lazos de afecto y que son un referente para su vida.

En Uruguay, la prevención es ineficiente y el abuso de la privación de libertad ha demostrado que deriva en hacinamiento y fuertes dificultades para el cumplimiento de las finalidades de las medidas.

Las alternativas a la privación de libertad no son reconocidas como válidas por la población y, a veces, tampoco por los operadores.

Mientras tanto, las sociedades reclaman más seguridad, presionan sobre los operadores políticos y judiciales por más represión, generándose un círculo vicioso que parece no tener fin.

El funcionamiento adecuado de la represión, cuando es imprescindible ante el delito cometido, de la rehabilitación del autor, así como de la prevención predelictual es la única forma que tienen nuestras sociedades de ingresar a un círculo virtuoso de convivencia y paz social, basado en la plena vigencia del Estado de derecho basado en la no discriminación y en la afirmación de la dignidad humana.

Apéndice normativo

Ley N° 18.777 ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA LEY PENAL - MODIFICACIONES A LA LEY N° 17.823

Artículo 1°.- Sustitúyese el artículo 69 de la Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004, Código de la Niñez y la Adolescencia, por el siguiente:

“ARTÍCULO 69. (Infracciones a la ley penal).- A los efectos de este Código son infracciones a la ley penal:

- 1) Las acciones u omisiones dolosas consumadas, cometidas en calidad de autor o coautor, tipificadas por el Código Penal y las leyes penales especiales.

- 2) Las acciones u omisiones culposas consumadas, cometidas en calidad de autor, coautor, tipificadas por el Código Penal y las leyes penales especiales, cuando el Juez reúna los elementos de convicción suficientes, fundados exclusivamente en el desarrollo de la personalidad psicosocial del infractor, avalado por un equipo técnico, que permita concluir que el adolescente disponía la capacidad cognitiva de las posibles consecuencias de su obrar.
- 3) La tentativa y complicidad en el delito de hurto, correspondiendo en tal caso la aplicación de medidas socioeducativas no privativas de libertad.
- 4) La tentativa de infracciones gravísimas a la ley penal.
- 5) La participación en calidad de cómplice en infracciones gravísimas a la ley penal”.

Artículo 2º.- Sustitúyese el numeral 5) (La internación provisoria) incluida en el numeral 5) Medidas cautelares del artículo 76 (Procedimiento) de la Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004, Código de la Niñez y la Adolescencia, por el siguiente:

“5) La internación provisoria. El arresto domiciliario y la internación provisoria no podrán durar más de sesenta días, excepto en los casos de infracciones gravísimas a la ley penal establecidos en el artículo 72 de este Código, en cuyo caso el plazo podrá durar hasta noventa días. Transcurrido ese plazo sin que se hubiera dictado sentencia de primera instancia, se deberá dejar en libertad al adolescente. Ambas medidas cautelares solo pueden aplicarse si la infracción que se imputa al adolescente puede ser objeto en definitiva de una medida privativa de libertad, de acuerdo con el artículo 86, y siempre que ello sea indispensable para:

- a) Asegurar la comparecencia del adolescente a los actos procesales esenciales.
- b) La seguridad de la víctima, el denunciante o los testigos.

La internación provisoria se cumplirá en un establecimiento especial del Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay”.

Artículo 3º.- Sustitúyese el numeral 6) Informe del equipo técnico del artículo 76 (Procedimiento) de la Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004, Código de la Niñez y la Adolescencia, por el siguiente:

“6) Informe del equipo técnico. Si el Juez resuelve la internación, dispondrá que el equipo técnico del establecimiento de internación, en un término que no exceda los veinte días dispuesto para la prueba, produzca un informe con una evaluación médica y psicosocial, el cual se expedirá especialmente sobre las posibilidades de convivencia en régimen de libertad. La falta de este informe no impedirá que el Juez dicte la sentencia definitiva”.

Ley N° 18.778 ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY MANTENIMIENTO DE ANTECEDENTES JUDICIALES EN LOS CASOS QUE SE DETERMINEN

Artículo 1°.- Modifícase el artículo 116 del Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004), que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 116. (Infracciones reiteradas).- En los casos de infracciones reiteradas, los procesos se tramitarán por el Juez competente de cada una hasta la sentencia ejecutoriada, sin perjuicio de la unificación de las medidas impuestas, la que se realizará en vía incidental por el Juez Letrado de Adolescentes que hubiere entendido en la última infracción.

La Suprema Corte de Justicia creará y reglamentará un Registro Nacional de Antecedentes Judiciales de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal.

Dicho Registro tendrá dos secciones:

- A) La primera sección contendrá los antecedentes de los delitos de violación, rapiña, copamiento, secuestro y homicidio doloso o ultraintencional.
- B) La segunda sección contendrá todas las demás infracciones a la ley penal previstas en este Código.

Artículo 2°.- Sustitúyese el artículo 222 del Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004), que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 222. (Limitaciones).- La información relativa a niños y adolescentes no podrá ser utilizada como base de datos para el rastreo de los mismos, una vez alcanzada la mayoría de edad.

Los antecedentes judiciales y administrativos de los niños o adolescentes que hayan estado en conflicto con la ley se deberán destruir en forma inmediata al cumplir los dieciocho años o al cese de la medida.

No obstante, cuando el adolescente en conflicto con la ley haya sido penado por el delito de violación (artículo 272 del Código Penal), rapiña (artículo 344 del Código Penal), copamiento (artículo 344 bis del Código Penal), secuestro (artículo 346 del Código Penal) o las diferentes variantes del homicidio intencional (artículos 310, 310 bis, 311 y 312 del Código Penal), el Juez, en el momento de dictar sentencia, podrá imponer –como pena accesoria– la conservación de los antecedentes a los efectos que, una vez alcanzada la mayoría de edad; si volviera a cometer otro delito doloso o ultraintencional no pueda ser considerado primario.

En todos los casos los antecedentes judiciales de adolescentes serán eliminados:

- a) Pasados dos años desde que cumplieran la mayoría de edad
- b) Pasados dos años posteriores al cumplimiento de la pena, cuando ésta se extendiese más allá de los dieciocho años”.

LEY N° 19.055 - CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA SE MODIFICAN LOS ARTÍCULOS 72 Y 76 Y SE ESTABLECE UN RÉGIMEN ESPECIAL PARA ADOLESCENTES MAYORES DE QUINCE Y MENORES DE DIECIOCHO

Artículo 1°.- Sustitúyese el artículo 72 del Código de la Niñez y la Adolescencia aprobado por la Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004, por el siguiente:

“ARTÍCULO 72. (Clases de infracción).- Las infracciones a la ley penal se clasifican en graves y gravísimas. Son infracciones gravísimas a la ley penal:

- 1) Homicidio intencional con agravantes especiales (artículos 311 y 312 del Código Penal).
- 2) Lesiones gravísimas (artículo 318 del Código Penal)
- 3) Violación (artículo 272 del Código Penal).
- 4) Rapiña (artículo 344 del Código Penal).

- 5) Privación de libertad agravada (artículo 282 del Código Penal).
- 6) Secuestro (artículo 346 del Código Penal).
- 7) Extorsión (artículo 345 del Código Penal)
- 8) Tráfico de estupefacientes (artículos 31 y 32 del Decreto-Ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974, en la redacción dada por el artículo 3° de la Ley N° 17.016, de 22 de octubre de 1998).
- 9) Cualquier otra acción u omisión que el Código Penal o las leyes especiales castigan con una pena cuyo límite mínimo sea igual o superior a seis años de penitenciaría o cuyo límite máximo sea igual o superior a doce años de penitenciaría.
- 10) La tentativa de las infracciones señaladas en los numerales 1), 3), 4) y 6) y la complicidad en las mismas infracciones.

En los casos de violación no se tomará en cuenta la presunción del ejercicio de violencia (artículo 272 del Código Penal).

Las restantes son infracciones graves a la ley penal.

Artículo 2°.- Agrégase al artículo 76 del Código de la Niñez y la Adolescencia aprobado por la Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004, en la redacción dada por la Ley N° 18.777, de 15 de julio de 2011, el siguiente numeral:

- 16) En caso de conformidad de las partes, al finalizar la audiencia preliminar se podrá efectuar, en sustitución de la sentencia interlocutoria que da inicio al procedimiento, el dictado de sentencia definitiva, previo traslado en la propia audiencia y por su orden, al Ministerio Público y a la Defensa, a fin de que efectúen sus alegaciones.

En tal caso, los informes técnicos se realizarán paralelamente al proceso de la audiencia por el equipo técnico que determine la Sede. La eventual carencia de estos informes no obstará a que el Juez dicte sentencia definitiva”

Artículo 3°.- Agrégase al Código de la Niñez y la Adolescencia aprobado por la Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004, en la redacción dada por la Ley N° 18.778, de 15 de julio de 2011, el siguiente artículo:

“ARTÍCULO 116 bis. (Régimen especial).- Sin perjuicio de la aplicación de las normas y principios establecidos en este Código, en los casos en que el presunto autor sea mayor de quince y menor de dieciocho años de edad, y cuando el proceso refiera a las infracciones gravísimas previstas en los numerales 1), 2), 3), 4), 5), 6) y 9) del artículo 72 de la presente ley, el Juez, a solicitud expresa del Ministerio Público y una vez oída la defensa, deberá disponer la aplicación de las siguientes reglas:

- A) La privación cautelar de libertad será preceptiva hasta el dictado de la sentencia definitiva.
- B) Las medidas privativas de libertad tendrán una duración no inferior a los doce meses.
- C) El infractor, una vez ejecutoriada la sentencia de condena podrá solicitar la libertad anticipada, siempre y cuando haya cumplido efectivamente el mínimo de privación de libertad establecido en el literal anterior y a su vez, superar la mitad de la pena impuesta.
- D) Las medidas de privación de libertad deberán ser cumplidas en establecimientos especiales, separados de los adolescentes privados de libertad por el régimen general.
- E) Cuando el infractor cumpla los dieciocho años de edad, pasará a cumplir la medida de privación de libertad en un establecimiento especial del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente separado de los menores de dieciocho años de edad.
- F) La elevación preceptiva de las actuaciones al Juzgado Penal de turno a efectos de que éste convoque a los representantes legales del adolescente para determinar su eventual responsabilidad en los hechos”.

Artículo 4º.- Sustitúyese el artículo 94 del Código de la Niñez y la Adolescencia aprobado por la Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004, en la redacción dada por la Ley N° 18.778, de 15 de julio de 2011, por el siguiente:

"ARTÍCULO 94. (Procedimiento por modificación o cese de las medidas).- Se deberá decretar en cualquier momento -a excepción de lo dispuesto en el artículo 116 bis del Código de la Niñez y la Adolescencia- el cese de la medida cuando resulte acreditado en autos que la misma ha cumplido su finalidad socioeducativa.

La tramitación de todas las solicitudes de sustitución, modificación o cese de las medidas, se hará en audiencia, debiendo dictarse resolución fundada, previo los informes técnicos que se estimen pertinentes, con presencia del adolescente, de sus representantes legales, de la defensa y del Ministerio Público.

La audiencia deberá celebrarse en un plazo que no exceda los diez días a partir de la respectiva solicitud".

Artículo 5°.- El Poder Ejecutivo, en el término de treinta días a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, formará una Comisión Especial con el cometido de redactar un proyecto de ley que legisle en forma exclusiva el régimen de responsabilidad infraccional juvenil, en el marco de las definiciones y principios consagrados por la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y otras normas internacionales aplicables. Se priorizarán en todos los casos, los grados de responsabilidad del joven, así como las medidas alternativas a la internación y su proceso de inclusión social.

Antes del 31 de julio de 2013, el Poder Ejecutivo deberá enviar al Poder Legislativo el proyecto de ley referido.

Artículo 6°.- A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el Poder Judicial deberá presentarle a la Asamblea General un informe cuatrimestral detallando los resultados de su aplicación.

Bibliografía:

Tiffer, Carlos (2012) "Fines y determinación de las sanciones Penales Juveniles". En *Revista Digital de la Maestría de Ciencias Penales de la universidad de Costa Rica*, 4: 336.

Unión Europea. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea" (2006/C 110/13, Diario Oficial de la Unión Europea 9.5.2006, C 110/75).



Sobre la ética pública

Gretta Lima Reyna

*Especialista en Ética Pública, Gestión Gubernamental y Mecanismos Anticorrupción
(Universidad Nacional del Litoral Sta. Fe - Argentina).*

*Forma parte del Equipo Técnico de la CNJ para el Mecanismo de Seguimiento de la
Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC).*

*Coordinadora Jurídica del Área Penal - Departamento de Jurisprudencia e
Investigaciones Jurídicas de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.*

El auto interés y el interés público frecuentemente entran en conflicto dentro del individuo, siendo esta crisis de conceptos internos la que obliga a enfatizar la necesidad de que el interés general sea un asunto inherente a cada ciudadano, en el que se priorice la capacidad de tomar distancia respecto a sus intereses particulares. Quienes practican y tienen conciencia de la importancia del interés público, también tienen un claro conocimiento de valores morales y reconocen que el interés particular significa un obstáculo al *bien común* de una sociedad. Ambos intereses pueden beneficiar o afectar este bien último, que debe ser entendido como las *acciones que favorecen a todos los ciudadanos*.

En una relación de corrupción el que corrompe y el que se deja corromper violan la ley pero también principios morales. Según el Diccionario de la Lengua Española, la palabra corrupción es la acción y efecto de corromper. En su cuarta acepción indica que: (...) en las organizaciones, especialmente las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas, en provecho económico o de otra índole, o de sus gestores. El término proviene del latín *corrumpere* y supone alterar, transformar, trastocar la forma de alguna cosa. Pero a la vez, implica echar a perder, depravar, dañar, pudrir. Lo cierto es que en términos muy breves, es el abuso de un cargo público para obtener ganancias personales. Se trata de comportamientos manifestados a través de acciones u omisiones que tienen que ver con el uso abusivo de los recursos públicos para beneficios privados, violando

algún modelo de comportamiento. Y aún cuando predomine el enfoque de la corrupción como un hecho eminentemente público, también existe en el sector privado, concurriendo una interacción entre ambos; por lo tanto se trata de una práctica que siempre ha existido, cuyas expresiones y formas pueden variar de acuerdo con los contextos históricos en las que tiene lugar.

Cualquiera sea la dimensión o intensidad que tenga la corrupción, es innegable que actualmente no hay país que esté completamente libre del problema de este flagelo en mayor o menor grado. La interconexión y el fenómeno de la globalización, especialmente en el ámbito financiero, comercial y económico, la propagan con mayor rapidez. Como consecuencia, la corrupción enlaza prácticamente a todos los países del mundo. Sin embargo, aún cuando la globalización ha alterado de manera radical la naturaleza de la corrupción, debe quedar claro que ella no es la raíz del problema. Suele ocurrir con más frecuencia y mayor intensidad en sociedades con instituciones débiles, en las que existe poca independencia institucional y entre los poderes, una alta discrecionalidad. Siendo así, la OLACEFS¹ (Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores) plantea algunos denominadores comunes que presentan las prácticas de corrupción:

- Se trata de una mala utilización de los bienes públicos para obtener ventajas individuales.
- Es interaccional (siempre están presentes, al menos, dos actores, el que corrompe y el que es corrompido).
- Implica un acto de desviación normativa, es decir, una desviación de la conducta de los funcionarios públicos, institucionales o profesionales, que se aparta de las normas establecidas para ponerse al servicio de intereses privados.
- El beneficio puede ser monetario, en especie o de otro tipo.

Susan Rose Ackerman², autora de numerosos libros y artículos publicados en revistas jurídicas, económicas y políticas, realiza un profundo análisis sobre la corrupción y los gobiernos de varios países, donde no solo ésta se pinta como un problema económico sino que su accionar va muy ligado a la política. En términos generales, la autora nos lleva hacia un recorrido global sobre las causas, consecuencias y reformas necesarias para combatir la corrupción y las transgresiones que conducen a la ineficacia

¹ OLACEFS, XX ASAMBLEA GENERAL. (2010). Las EFS y la lucha contra la Corrupción. Antigua, Guatemala: Iniciativa TPA.

² Ackerman, S.R. (2001). La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma. España: Siglo XXI.

y las desigualdades económicas en diferentes naciones del mundo. Sus aportes conducen a reflexionar sobre cómo la corrupción trae consigo altos costos que se traducen en gobiernos ineficaces porque carecen de capacidad en el aprovechamiento de los recursos que poseen. La corrupción se concibe como una modalidad de actuar que se asocia a los bajos niveles de inversión y de crecimiento, lamentablemente el sistema alienta a otros a ejercerla y a crear instrumentos cada vez más modernos para seguir manteniendo el *statu quo* de corrupción e inseguridad en todos los ámbitos.

Ackerman afirma que la corrupción es un fenómeno universal en el sector público, desde Asia hasta América Latina, pasando por África y Europa del Este se propaga esta “falla” del desarrollo que impide el flujo de capitales, desanimando la inversión extranjera directa, generando tensión entre capitalismo y democracia e impactando al hablar de valores éticos. A pesar de que el concepto de corrupción es utilizado con mucha frecuencia en el lenguaje cotidiano de muchos países, su significado varía según el contexto cultural y social en el que se desenvuelva. La diferencia radica en un complejo sistema de conductas, normas y leyes que regulan el comportamiento de los funcionarios y los procesos de sanción. Lo que puede ser inaudito y escandaloso para algunos países para otros puede ser lo normal y cotidiano; la diferencia se encuentra en el grado de tolerancia que sus habitantes lleguen a tener sobre los sucesos de corrupción que se presenten y es aquí donde cada uno de los ciudadanos deben ser la fuente del cambio.

Por ejemplo, refiriéndome a los *sobornos* que se pueden dar dentro de una institución pública o privada como consecuencia de la corrupción, la misma acción, que en algunas sociedades se entiende como una *práctica común* instaurada con la que se debe necesariamente “*negociar*” (países latinoamericanos), en otros (estadounidenses y europeos) puede representar un *acto de corrupción*, imposible de permitir, con consecuencias que exponen a la mala reputación de la empresa y a sus colaboradores en el proceso de riesgo, multas y encarcelamiento. Con esto no sostengo que sean inexistentes los casos de ese tipo en aquellos países, sin embargo rescato el hecho de que a raíz de la adopción de regulaciones internas, se cuidan más en cometerlos ya que son sancionados moral y legalmente. Además, es conocido que en gran parte de la corrupción tercermundista hay una importante participación del Primer Mundo. La organización internacional no gubernamental Transparencia Internacional (TI)³, que concentra su actividad en “*las transacciones comerciales internacionales corruptas*”, señala que existen donantes *primermundistas* de muchos sobornos del Tercer Mundo.

³ TRANSPARENCIA INTERNACIONAL (TI). Berlín-Alemania. Visita 7 abril de 2014 en <http://www.transparency.org/>

Estados Unidos fue uno de los primeros países en adoptar legislaciones que atendieran el tema. La FCPA (Foreign Corrupt Practices Act) prohíbe a empresas estadounidenses ofrecer *sobornos* a funcionarios extranjeros para, entre otras cosas, conseguir la adjudicación de licitaciones públicas, evitar el cumplimiento de reglamentaciones, agilizar procesos gubernamentales o influir en la determinación de políticas. Por su parte la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos), ha promovido en todos sus miembros la adopción de legislaciones contundentes y homogéneas sobre *soborno transnacional*, creándose la Convención Anti Sobornos de la OCDE, que entró en vigor en 1999. Este es un claro ejemplo a seguir como cultura de prevención, así como el fortalecimiento de legislaciones anti corrupción que detecten las “fallas” dentro de la esfera democrática de nuestros países y así corregir los modelos que no están rindiendo sus verdaderos frutos en América Latina, donde queda aún mucho por hacer. Y como acertadamente menciona Rose Ackerman: “la meta no consiste en eliminar la corrupción sino en aumentar la eficacia, honestidad y legitimidad general del Estado. La eliminación total de la corrupción nunca será un objetivo digno de considerar, pero pueden darse pasos para limitar su alcance y reducir los daños que produce”.

Mención aparte constituye el tema del escándalo en la cadena Wal-Mart Stores Inc. suscitado en México, en el que está comprobado que la compañía extranjera no solo violó la legislación mexicana, sino también la FCPA estadounidense, recibiendo la sanción correspondiente⁴. Wal-mart de México habría destinado al menos 24 millones de dólares para sobornar a funcionarios del país a fin de crecer su dominio en el mercado. La cadena de presunta corrupción incluía a alcaldes y concejales, planificadores, burócratas de bajo nivel y a todo aquel que pudiera significar un obstáculo en la expansión de la empresa; con los pagos, la mayoría en efectivo, presuntamente se destrababan trámites, se obtenían permisos de construcción o se reducían las tarifas de impacto ambiental por la construcción de inmuebles. Los primeros resultados arrojaron que “altos ejecutivos” de la minorista en México no solo tuvieron conocimiento de los supuestos actos de corrupción sino que le ocultaron las irregularidades a la casa matriz, en Bentonville, Arkansas. El afán de crecer y obtener beneficios impulsó a sus ejecutivos a realizar supuestas acciones carentes de ética, lo que abonado por la actitud corrupta de algunos de los funcionarios

⁴ BARSTOW, D. (2012). “WAL-MART ABROAD. How a retail giant fueled growth with bribe”. The New York Times, abril 21, Sección Business Day. Visita 7 abril de 2014 en http://www.nytimes.com/2012/04/22/business/at-wal-mart-in-mexico-a-bribe-inquiry-silenced.html?_r=2&hp&_hpid=hp-business&_hpt=hp-business

gubernamentales permitió que se evadieran controles y se compraran voluntades dando cabida a la corrupción. Ya hemos visto que para que un hecho de corrupción suceda se necesita la participación de dos actores, el que corrompe y el que es corrompido; y si bien es cierto que el Estado debe brindar las facilidades para el crecimiento de la economía y la inversión con el fin fomentar el desarrollo económico de un país, también es muy importante establecer controles y restricciones que eviten que particulares y extranjeros, dañen o vulneren los recursos públicos y privados, dado que de no ser así esto podría afectar gravemente a la sociedad y sus recursos. De tal forma que las grandes empresas, siempre en busca de ganancias extraordinarias, corrompen para su beneficio no solo a tal o cual servidor público, sino directamente a la médula del estado y así lo podemos ver a través de todos los “caos” que estas organizaciones han producido, siendo artífices de las maniobras de fraude, generación de deudas, elusión fiscal, concesión de inmunidad al crimen organizado, etc.; afectando de esta forma no solo un verdadero flujo de capitales, sino primordialmente la democracia, donde debería primar el imperio de la ley y normas éticas de conducta, en busca del *bien común* y no el bien de unos pocos.

- Pero qué nos diferencia de aquellos países en los que no sucede lo mismo?
- Podría ser el ojo crítico de la sociedad, la aplicación de la ley, el engranaje sin obstáculo de las instituciones y el bien articulado proceso de aplicación de la justicia?

Al parecer, existen menores índices de corrupción en los países con una mejor calidad de vida, países con un alto desarrollo social y estatal. Regiones en donde los ciudadanos cuentan con educación auspiciada por el Estado, sistemas de búsqueda e inserción laboral a los egresados tanto de Educación Superior como de High School, Técnicos, etc. Países en los que la riqueza es distribuida en bienestar ciudadano, inversión en infraestructura: vías de acceso, medios de transporte, salud, recreación, investigación científica, desarrollo tecnológico, etc. En estas naciones la corrupción es degradada, ya no vale la pena que se realice y los actores dejan de ejercerla porque simplemente no es necesaria, ni beneficiosa para nadie.

Por lo tanto, la corrupción surge con mayor probabilidad, en realidades que están experimentando algún tipo de *cambio, transición o crisis*. Esto puede ser tanto un Estado que desde un gobierno autoritario pasa a uno democrático, o una economía planificada que intenta transformarse en una de tipo capitalista, o una institución que se nacionaliza o privatiza, o un área de la administración pública que transforma su

escalafón, o una agencia gubernamental que cambia su legislación, etc. Concretamente, lo que la corrupción parece aprovechar, es el momento en que las *reglas no son del todo claras*, ya que se está obrando alguna forma de transición. Este momento de interrogantes acerca de cómo llevar a cabo lo que se pretende realizar, resulta una ocasión permeable a las influencias opacas que parecen ofrecer soluciones rápidas. Los escenarios de cambio permanente, en consecuencia, son especialmente proclives a experimentar un mayor nivel de corrupción.

Como puede advertirse, existen diferentes perspectivas desde donde abordar el problema de la corrupción, siendo las más conocidas: la planteada desde una antropología negativa a la Hobbes “*el hombre es malo por naturaleza*” o desde una perspectiva de individualismo metodológico que se integra con las explicaciones *holistas o sistémicas*. En consecuencia, las soluciones políticas y de política pública al problema de la corrupción han evolucionado desde la concientización de los funcionarios, hacia la prevención y, posteriormente, la lucha contra la corrupción sistémica.

El problema de las faltas a la **ética pública** también es abordado por un estudioso del tema, Oscar Diego Bautista⁵, quien parte de un enfoque centrado en la persona, ya que se considera que el conocimiento y la sensibilización moral, contribuyen de modo importante al desarrollo de actitudes positivas que facilitan la interiorización de los valores necesarios para lograr una administración honesta de los servicios públicos. Es decir, se parte de la premisa de que la educación y el conocimiento sobre ética son fundamentales para que los funcionarios lleguen a ser personas capaces de usar adecuadamente su libertad, sin violar los principios y normas establecidas para el logro del *bien común* en su organización y en la sociedad. La crisis de lo público no se da tanto por su ineficiencia intrínseca sino por la pérdida de valores y sentido de lo público.

Visto así, las decisiones morales son, por lo tanto, fruto de la integridad moral de las personas, y por eso, antes que un servidor público obligado por las leyes y las normas del entorno laboral y administrativo, lo que requiere la Administración Pública son personas con integridad moral, capaces de hacer lo correcto sin necesidad de amenazas, sanciones o recompensas. Desde esta perspectiva, se puede decir que las leyes y las sanciones son un complemento coercitivo para orientar la conducta de los ciudadanos de un Estado.

⁵ Bautista, O.D. (2009). ÉTICA PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO: Fundamentos, estado de la cuestión y valores para el servicio público. TOLUCA; MÉXICO: IAPEM.

Guillermo O' Donnell⁶, por su parte nos habla sobre las interrelaciones entre las *accountability horizontal y vertical*, en donde la primera trata la división de poderes –legislativo, ejecutivo y judicial– con sus “*relativas autonomías*” y jurisdicciones especificadas a través de normas legales, además de los mecanismos con que cuentan las democracias contemporáneas, es decir, las agencias de supervisión, como es el caso de las auditorías, defensorías, contralorías, fiscalías y órganos afines. En cambio, el concepto de *accountability vertical* alude al ejercicio de las elecciones electorales, es decir al hecho de que periódicamente los gobernantes deban rendir cuentas a sus mandantes, quienes decidirán si continúan o no en su actividad política; además se abarca en esta categoría la *accountability societal*, que comprende al control ejercido por las asociaciones de ciudadanos y de movimientos sociales, con el objeto de exponer los errores en que incurren los gobiernos.

Por lo tanto dentro de una concepción democrática del poder político, el Estado tiene como misión el logro del *bien común*. Con ese propósito se crean las instituciones públicas con las correspondientes regulaciones que delimitan la libertad y el poder de los servidores públicos, en relación con los servicios que se les ha confiado. Estas regulaciones, en los diferentes servicios que brindan las instituciones del Estado, son las que hacen posible la consecución de este bien. Sin ellas no habría posibilidad de controlar, sancionar y reparar las faltas de aquellos que se apartan de los principios éticos, por ello la importancia actual de ambas concepciones sobre la **ética pública** vistas desde la moral (Bautista) y la coerción (O' Donnell), pero que a la final se complementan con el propósito de alcanzar el tan ansiado bien público. La integración de ambas cosmovisiones es el desafío a alcanzar para un estado de derecho democrático, el punto es que nos encontramos en un contexto histórico político y económico mundial de alta complejidad, de grandes desigualdades y donde la realidad está mutando permanentemente.

Una de las consecuencias nefastas de la corrupción, es la desconfianza en las instituciones públicas que jaquean el sistema de representación política por la ausencia de principios y valores éticos. Cuando el funcionario corrupto desempeña sus funciones alejado de principios y pautas éticas como la honestidad, probidad, rectitud, buena fe, legalidad y austeridad genera desconfianza por parte de los ciudadanos no respecto de él mismo, sino en relación con la institución a la que

⁶ O' Donnell, G. (2001). “ACCOUNTABILITY HORIZONTAL: La institucionalización legal de la desconfianza política”. POSTData Revista de Reflexión y Análisis Político, No 7. pp. 11-34. Buenos Aires-Argentina.

representa. De manera que un acto deshonesto realizado con un fin netamente individualista, perjudica íntegramente a una institución pública generando escepticismo en la sociedad respecto del cumplimiento de sus fines. Es decir, hacen prevalecer el disfrute individual del dinero y los bienes materiales característicos de la sociedad moderna, basada en los principios de individualidad y de propiedad por sobre el goce colectivo de los bienes públicos.

A) Institucionalizando la ética pública

El fenómeno de la corrupción no tiene fronteras ni reconoce límites geográficos. El delito, oculto, se comete en un país pero la víctima puede estar en otro. En relación a ello, las convenciones internacionales y su progresiva implementación se han constituido en herramientas decisivas al momento de combatir dicho flagelo. Por ello, los organismos internacionales han desarrollado numerosos instrumentos, mecanismos, y programas para la promoción de la transparencia, la integridad y el control de la corrupción. La Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Mundial (BM) han emprendido una serie de iniciativas enfocadas en la promoción de la transparencia y la integridad en la administración pública, así como el fortalecimiento de la capacidad institucional nacional para controlar la corrupción en el sector público.⁷

Simultáneamente con la elaboración de normativas internacionales, se han venido desarrollando y aplicando diversos sistemas de medición de la corrupción, en base a la transparencia e integridad que permiten el análisis comparado entre países y regiones. Esas herramientas de medición son medios que admiten establecer líneas básicas, sistemas de monitoreo y generación de incentivos que promueven mejoras en el sistema administrativo, y están orientados hacia cambios institucionales más amplios. Tenemos como ejemplos: el *Instituto del Banco Mundial (BM)* que ha creado una base de datos que proporciona mediciones de la regulación de los negocios y su implementación; el *Banco Interamericano de Desarrollo (BID)* ha elaborado una base de datos llamada *DataGob* que contiene una serie de indicadores de gobernabilidad.

⁷ OEA, Secretaría de Asuntos Políticos. Guía de Mecanismos para la Promoción de la Transparencia y la Integridad en las Américas. Organismos Internacionales. Visita 20 mayo de 2014 en www.oas.org/es/sap/dgpe/guia_organismos.asp

Asimismo, diversas ONG's han desarrollado un grupo de indicadores de este tipo. *Transparencia Internacional (TI)* con sus índices de percepción de la corrupción y *Global Integrity* con sus indicadores de integridad, son dos ejemplos.⁸

1. Concepción histórica de los mecanismos de lucha contra la corrupción

A fines del siglo pasado, cuando el tema de la corrupción y sus dañinos efectos, eran aún escasamente motivo de debate, se iniciaron los primeros esfuerzos dirigidos a exhibir la dimensión de ese flagelo.

- En 1993 se crea la ONG *Transparencia Internacional (TI)* con el propósito de promover la toma de conciencia sobre el problema.
- En 1994 se introdujo el tema de la corrupción en la agenda interamericana. La primera Cumbre de las Américas le dio gran relevancia al problema y abogó por la elaboración de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) para los países del Hemisferio, en el marco de la OEA. La CICC, se firmó en Caracas el 29 de marzo de 1996, y fue el primer instrumento legal internacional para hacer frente a la corrupción.
- En 1995, TI lanzó el primer Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) que mide las percepciones de la corrupción en el sector público y comenzó a impulsar mejoras en la legislación y en la implementación de las políticas públicas en la lucha anticorrupción.
- En 1997, los países integrantes de la OCDE adoptaron la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho (Soborno) de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.
- En 2002, se acordó establecer el Mecanismo de seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana de Lucha Contra la Corrupción (MESICIC), para dar seguimiento y promover los avances en la implementación de la CICC por los países firmantes.

⁸ OEA, Secretaría de Asuntos Políticos. Guía de Mecanismos para la Promoción de la Transparencia y la Integridad en las Américas. Herramientas de Análisis. Visita 21 mayo de 2014 en http://www.oas.org/es/sap/dgpe/guia_herramientas.asp

- En el año 2003 se aprobó la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción por la Asamblea General de la ONU. También en ese año, varios países de África adoptaron la Convención para Prevenir y Combatir la Corrupción de la Unión Africana.
- En el mismo año, la Cumbre del Grupo de los 8-G-8-, que se llevó a cabo en Evian, Francia, la corrupción fue señalada como un tema central y se tradujo en la Declaración sobre la Lucha contra la Corrupción y el Aumento de la Transparencia.
- En Junio de 2004, durante la Cumbre de Líderes del United Nation Global Compact, se comprometió a los gobiernos de los países integrantes del Pacto Global, así como a las empresas, a unirse a la lucha contra la corrupción.

2. Tratados internacionales

La lucha contra la corrupción ha sido impulsada por diferentes tratados internacionales que fueron aprobados por la ONU, OEA, OCDE, FMI y el Consejo de Europa, los cuales buscan reforzar y armonizar las normas comerciales, ambientales y fiscales para eliminar los resquicios legales que podrían hacer posible la corrupción. Entre ellos encontramos los siguientes:

- **Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC)**⁹. La cual contempla cinco áreas de acción establecidas como obligaciones para las Partes:
- *Prevención*: Comprende medidas como el establecimiento de órganos contra la corrupción y el mejoramiento de la transparencia en la financiación de campañas electorales y partidos políticos dirigidos tanto al sector público como privado. Prevé estipulaciones relativas a la prevención de la corrupción en el poder judicial y en materia de contrataciones públicas. La promoción de la participación de las organizaciones de base comunitaria, así como de otros integrantes de la sociedad civil, a fin de lograr una mayor sensibilización del público frente a la corrupción.
- *Penalización*: Los países deberán tipificar como actos de corrupción una gama más amplia de delitos penales y de otra índole. Ello, incluye no solo las formas

⁹ ONU. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción CNUCC. (2003). Visita 15 mayo de 2014 en <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163S.pdf>.

comúnmente reconocidas como corrupción, como en los casos del soborno y la malversación de fondos públicos, sino también en lo que se refiere al tráfico de influencias y la ocultación, “*blanqueo*” del producto de la corrupción ya sea en el sector público o privado.

- *Cooperación Internacional*: Los países convienen en cooperar en la lucha contra la corrupción, incluyendo actividades de prevención e investigación, y en el enjuiciamiento de los delincuentes. La Convención obliga también a los países a prestar formas concretas de asistencia judicial recíproca en la transferencia de pruebas para su utilización en los tribunales y para la extradición e investigación de delincuentes. Los países deberán también adoptar medidas para apoyar la localización, congelación, incautación, decomiso del producto de la corrupción.
- *Recuperación de Activos*: Entre las medidas figuran la prevención y detección de la transferencia de activos adquiridos ilícitamente. Se establece un marco de recuperación de activos de alcance global que cubre tanto a países del Norte como del Sur, la recuperación de bienes y la devolución y disposición legal de activos. Respecto de esto, vale mencionar la creación de Mecanismos para la implementación de estas medidas, como la *Iniciativa para la Recuperación de Bienes Robados (STAR, por sus siglas en inglés)*.
- *Mecanismos de Aplicación*: La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (en adelante: Convención de la ONU), no posee un mecanismo propio para el seguimiento de su implementación; sin embargo, en Diciembre de 2006, los Estados parte de la Convención de la ONU adoptaron la Resolución No. 1/1, denominada “Revisión de Implementación”, la cual aplicando el Artículo 63 de la Convención de la ONU, especialmente el párrafo 7, instituyó un mecanismo para su implementación. Para ello, decidieron establecer un grupo de trabajo intergubernamental de expertos con el fin de generar recomendaciones para el mecanismo de implementación de la Convención de la ONU.
- **Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC)¹⁰**. La Convención de la OEA está dirigida a los funcionarios del sector público que cometan actos de corrupción. Actualmente, 33 de los 34 Estados miembros

¹⁰ López, J. (2003). Normas y Políticas internacionales contra la corrupción. El Salvador: Probidad, USAID y CREA INTERNACIONAL. Visita 15 mayo de 2014 en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_reptom_normas.pdf.

de la Organización Americanos han ratificado la Convención y entre ellos se encuentra Ecuador. La Convención de la OEA, contempla tres áreas de acción que operan como obligaciones para las Partes:

- *Prevención:* En su Artículo III propone a los Estados Parte considerar la aplicación de estándares de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Asimismo, plantea considerar la aplicación de sistemas para la declaración de ingresos, activos y pasivos de las personas que desempeñan funciones públicas; sistemas de contratación y adquisición de bienes y servicios que aseguren los principios de publicidad, efectividad y eficiencia de tales sistemas; sistemas de recaudación que disuadan la corrupción, sistemas para proteger a los denunciantes de actos de corrupción, y requisitos de mantenimiento de libros y registros para las sociedades mercantiles. Igualmente, se establecen mecanismos para el fomento de la participación de la sociedad civil y el fortalecimiento de los Órganos de Control Superior a fin de prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos corruptos.
- *Penalización:* La Convención de la OEA incluye una enumeración de delitos, tal como el soborno nacional y extranjero, el tráfico de influencias, la desviación, y el encubrimiento de bienes y enriquecimiento ilícito.
- *Cooperación Internacional y Recuperación de Activos:* La Convención de la OEA abarca disposiciones especiales en temas de extradición e incluye la asistencia recíproca de los Estados Parte que, conforme a su legislación interna, tengan la capacidad de apoyar en investigaciones, procesos y otras medidas. Estipula también la asistencia técnica para la prevención, detección y castigo de los actos de corrupción; y en lo relacionado a la identificación, rastreo, congelación, incautación y decomiso de bienes o productos.
- *Mecanismos de Aplicación: Mecanismo de Seguimiento de la Convención a la Lucha contra la Corrupción de la OEA:* La Convención no establece un mecanismo propio para su seguimiento; sin embargo, en el año 2001, en una conferencia de los Estados Parte celebrada en la ciudad de Buenos Aires, se introdujo un sistema de monitoreo denominado: Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC).
- *El MESICIC* es una herramienta que permite a los Estados Miembros de la OEA que ratificaron la mencionada Convención, promover su implementación, dar seguimiento a los compromisos asumidos y facilitar la realización de actividades de cooperación técnica, intercambio de información, experiencias y prácticas óptimas y armonización de legislaciones. El MESICIC ha llevado

a cabo hasta el momento dos rondas de análisis del Comité de Expertos, el cual está compuesto por los representantes designados por los gobiernos de los países signatarios de la Convención. En el Informe Hemisférico de la Primera Ronda de Análisis y en el de la Segunda Ronda, puede encontrarse más información sobre el estado de implementación legal de la CICC¹¹.

Ecuador, fue analizado durante la Cuarta Ronda, en la implementación de la disposición seleccionada por la Convención: Artículo III Párrafo 9 de la CICC correspondiente a los: “órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas”; además de *las buenas prácticas informadas por los órganos de control superior en Ecuador*, como son: el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS), la Fiscalía General del Estado (FGE), la Contraloría General del Estado (CGE) y la Función Judicial; conjuntamente con el seguimiento de la implementación de las recomendaciones que se formularon a Ecuador en la Primera Ronda de análisis.

Este proceso tuvo una duración de dos años, durante los cuales la Secretaría Técnica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS), propició varias reuniones con mesas de trabajo, en las que participaron representantes de los órganos de control mencionados, con el fin de contestar el cuestionario enviado por el MESICIC para finalmente presentar el “Informe del Ecuador”; además se contó con la visita *in situ* realizada entre el 1 al 3 de octubre del 2013 por los miembros del subgrupo de análisis de Ecuador, integrado por Chile y Venezuela, con ocasión de la cual se pudo precisar, aclarar y complementar la información suministrada por Ecuador, manteniendo encuentros con autoridades nacionales, representantes de la sociedad civil, sector privado, asociaciones profesionales y académicos, sobre las acciones que lleva adelante el Ecuador en materia de lucha contra la corrupción. Esta información sirvió de base para el informe que finalmente fue sometido a análisis. El Comité de Expertos del MESICIC, en sesión plenaria del 21 de marzo de 2014, teniendo en cuenta todo lo observado en Ecuador, emitió el informe final con sus respectivas recomendaciones¹².

¹¹ MESICIC. Informe Hemisférico I Ronda de Análisis. Visita 20 mayo de 2014 en www.oas.org/juridico/spanish/mec_ron1_inf_hemis.doc y II Ronda de Análisis. Visita 20 mayo de 2014 en www.oas.org/juridico/spanish/mec_ron2_inf_hemis.pdf

¹² OEA. Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Vigésima Tercera Reunión del Comité de Expertos Del 17 al 21 de marzo de 2014. INFORME FINAL ECUADOR, Washington, DC. Visita: 20 mayo de 2014 en http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_sp.pdf

Dentro de las varias recomendaciones que se formularon, haré hincapié sobre la emitida en cuanto a las: “1.3. Medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento”, exhortando: “1.3.1 Fortalecer los mecanismos con los que cuenta la República del Ecuador para exigir a los funcionarios públicos denunciar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento”.

Al respecto, durante la visita *in situ*, los representantes del CPCCS de Ecuador, expresaron que, si bien existe un sistema de protección para víctimas y testigos en el proceso penal, no existe un sistema propio de protección para los denunciantes de actos de corrupción en otros ámbitos tales como el administrativo. En ese sentido, resaltaron la necesidad de garantizar los derechos de estos denunciantes, especialmente de los servidores públicos, incluida su estabilidad laboral.¹³

Existe un desinterés por parte del servidor público para denunciar actos de corrupción, debido al temor, desinformación y falta de protección. Además, no se cuenta con normativa jurídica que ampare al denunciante. Se torna como inexistente una unidad de reclamos, quejas o denuncias *independiente de cada institución*, en la que se centralice este tipo de evidencias y se pueda hacer un seguimiento hasta constatar la veracidad de la información proporcionada, para no caer en la denuncia sin fundamento o “*chisme*”, en la que si no existe mérito se deberá archivar, pero en el caso de *denuncias temerarias* es imprescindible establecer una sanción para quien las efectúa. De existir mérito tendrá que derivarse, la investigación realizada, a la respectiva institución involucrada para que en base a la misma, sin perjuicio de que se ahonde en ella y de encontrarse indicios de culpabilidad, se aplique la sanción administrativa o penal que corresponda, según sea el caso.

Ahora bien, el denunciante de *buena fe*, quien puede aportar información valiosa para los procedimientos de investigación, especialmente frente a hechos relacionados con faltas a la probidad de sus iguales o superiores jerárquicos, deberá necesariamente contar con un *sistema de protección* que implique en primer lugar, incorporar reserva de identidad, si así lo solicita, mantener su estabilidad laboral, retroalimentación sobre el avance de su denuncia y eficacia material del resultado traducido en sanción y/o restitución del perjuicio económico causado al estado. Para este fin,

¹³ MESICIC. Informe del Comité de Expertos (17 al 21 de marzo de 2014). INFORME FINAL ECUADOR, Washington, DC. Visita: 20 mayo de 2014 en http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_sp.pdf

cito como ejemplo el mecanismo de participación ciudadana, en la que también se reciben denuncias de servidores públicos, implementado por la Contraloría General de la República de Chile¹⁴, en el que a través de su Portal “*Contraloría y Ciudadano*” se permite a la ciudadanía formular denuncias y sugerencias de fiscalización respecto de entidades sujetas a su control. A través de la página web, se disponibiliza formularios para ingresar requerimientos por internet, siendo los requisitos para la tramitación de la denuncia, los siguientes:

- Que sea fundada.
- Que se señale identidad y domicilio del denunciante (sin perjuicio de acogerse a reserva).
- Que exista una narración circunstanciada de los hechos.
- Que se formule por escrito y sea firmada por el denunciante.
- Que se individualice los nombres de quienes hubieren cometido el acto de corrupción y de las personas que los hubieren presenciado o tuvieren noticia de ellos (en cuanto le conste al denunciante).
- De ser posible, acompañar antecedentes y documentos que sirvan de fundamento.¹⁵

Además, en el portal web señalado existe la opción de acogerse a la *reserva de identidad*, respecto de terceros, quedando prohibida la divulgación, en cualquier forma, de la información proporcionada; siendo motivo de responsabilidad administrativa para el funcionario que así lo haga. Según las estadísticas proporcionadas por la Contraloría General de la República de Chile, a la fecha (junio 2014), se han ingresado por esta vía (adicional a la regular, vía papel) 4.292 denuncias y 555 sugerencias de fiscalización. De las denuncias, 1920 se han acogido a reserva, es decir, el 45%.

Por su parte, Perú cuenta con el SINAD¹⁶ (Sistema Nacional de Atención a Denuncias) de la Contraloría General de la República, que ha sido implementado

¹⁴ Contraloría General de la República de Chile. CONTRALORÍA Y CIUDADANO. DENUNCIA EN LÍNEA. Visita en 20 junio de 2014. <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Sitios/Ciudadano/Inicio>

¹⁵ Collado Opazo, C.A. (Junio 2014). Contraloría General de la República de Chile. La Protección al funcionario público denunciante. Caso Chile. Taller Internacional sobre Mecanismos de Protección Administrativa a denunciantes de Actos de Corrupción. CPCCS. Quito.

¹⁶ Contraloría General de la República de Perú. SINAD: Sistema Nacional de Atención a Denuncias. Visita en 20 junio de 2014. <http://www.contraloria.gob.pe/wps/portal/portalcgr/website/secciones/sinad/sinad2/denunciaenlinea>

para responder de manera eficaz y oportuna las denuncias ciudadanas, mediante una gestión y administración descentralizada; dentro del cual también se mantiene la *reserva de identidad* desde su presentación, con un *código de identificación* asignado a cada denuncia mostrada y la opción de hacer un seguimiento a la misma.

Siendo que Perú acoge y aplica las disposiciones que en esta materia se encuentran implantadas en la CICC, en la UNCAC y además en su normativa interna (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control / No. 27785), en cuanto al establecimiento de sistemas para proteger tanto al funcionario público como al ciudadano común, en los aspectos de su identidad o tratos injustificados, cuando denuncian de buena fe actos de corrupción, es interesante señalar que entre las *medidas de protección y beneficios* (Artículo 8 Ley No. 29542) que se otorgan al denunciante, están las siguientes:

- Impedimento de ser cesado, despedido o removido de su cargo a consecuencia de la denuncia calificada y admitida
- Cesar cualquier acto de hostilización a consecuencia de la denuncia formulada, si ello se constata, la conducta del funcionario que lo cometió es considerada como falta grave y por tanto causal de despido justificado.
- En los casos que el denunciante sea copartícipe de los hechos denunciados, la reducción gradual de la sanción administrativa, de acuerdo al grado de participación de los hechos.
- En los casos que los hechos denunciados constituyan infracción prevista en la norma administrativa y sea sancionada con multa, el denunciante obtiene como recompensa hasta un 50% de lo efectivamente cobrado por la entidad.¹⁷

Como vemos, Chile y Perú cuentan con todos sus habitantes, como aliados estratégicos en la lucha contra la corrupción, estableciendo un canal de contacto más directo entre la ciudadanía y la Contraloría, a través de sus portales web de denuncias. En Ecuador, aún se requiere contar con medios eficaces para denunciar los hechos irregulares que se tenga conocimiento por parte del ciudadano común o del servidor público, sin temor a venganzas ni represalias. Una normativa acorde, que proteja al denunciante y lo incentive para que las prácticas ilícitas sean puestas a la luz pública y la ciudadanía se sienta a buen resguardo, es un imperativo para nuestro país.

¹⁷ Guardia Izaguirre, E. (Junio 2014). Contraloría General de la República de Perú. Sistema Nacional de Evaluación de Denuncias SINAD. Taller Internacional sobre Mecanismos de Protección Administrativa a denunciantes de Actos de Corrupción. CPCCS. Quito

- **Convención para Combatir el Cohecho de los Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE.** La Convención a través de sus disposiciones, penaliza a personas o empresas que, en sus transacciones comerciales internacionales, sobornen a funcionarios públicos extranjeros para obtener un beneficio en sus negocios. La Convención de la OCDE, contempla cinco áreas de acción establecidas como obligaciones para las Partes:
 - *Penalización:* Exhorta a los Estados Parte a adoptar medidas necesarias para tipificar el delito de Soborno Trasnacional y a sancionar sus actos en las transacciones comerciales internacionales.
 - *Blanqueo de Dinero:* Se exige a los Estados Parte contemplar el delito de Lavado de Activos, por la ocultación de lo obtenido de los actos corruptos.
 - *Disposiciones sobre el Sector Privado:* Se le prohíbe a las partes la creación de cuentas diferentes al libro de contabilidad y de actividades contables similares como forma de facilitar u ocultar el soborno por parte de funcionarios públicos extranjeros.
 - *Cooperación Internacional:* La Convención prevé la asistencia jurídica mutua y el intercambio de información, debido a la existencia de varios actores participantes en el soborno trasnacional.
 - *Monitoreo:* Establece un monitoreo de cooperación entre las Partes, en cuanto a una evaluación de seguimiento para promover su implementación.
 - Para el seguimiento de la Convención para Combatir el Cohecho de los Servidores Públicos, la OCDE creó el *Grupo de Trabajo sobre Cohecho*, el mismo que está conformado por expertos de los 37 países participantes. Se reúne cuatro a cinco veces por año en la sede de la OCDE en París y está encargado de monitorear el cumplimiento de la convención. Dicho proceso de implementación comprende dos fases. La primera consiste en una evaluación de la legislación respectiva en los países participantes. La segunda consiste en una reunión con autoridades oficiales de aquellos países, personalidades del sector privado así como de la sociedad civil.

3. Medición e indicadores

- **Índice de percepción de la corrupción (IPC): Transparencia Internacional** .El IPC es quizás uno de los mecanismos de medición de corrupción más

utilizados en el mundo y clasifica a los países según el grado de corrupción que se percibe entre los funcionarios y políticos (sector público) en 180 países de todo el mundo. Se trata de un índice compuesto, que parte de datos relacionados con la corrupción obtenidos de encuestas realizadas por organismos públicos y privados (empresas) además de organismos no-gubernamentales y de académicos expertos en el tema. Se requiere al menos tres fuentes distintas de información para que se construya el índice en un país: percepciones, originada en encuestas de opinión, consultas a agencias comerciales de riesgo, y la consulta a expertos de los países respectivos. La puntuación de los países varía entre 10 y 0; 10 representa el nivel más bajo de percepción de corrupción y 0 el nivel de percepción más alto. Con el objetivo de mejorar el índice, la metodología, las fuentes subyacentes, los indicadores y la cobertura de los países van cambiando con cada nueva edición.

- **Barómetro global de la corrupción:** Transparencia Internacional. Es una encuesta de opinión realizada por Transparencia Internacional (TI). El Barómetro mide actitudes frente a la corrupción y las expectativas respecto de los niveles de corrupción futuros. El Barómetro 2013 se basó en una encuesta de opinión pública que efectuó la firma encuestadora WIN/GIA por encargo de Transparency International, mostrando el alcance de la corrupción desde el punto de vista de ciudadanos de todo el mundo; analizando a fondo el campo de los pequeños sobornos, resaltando las experiencias individuales de sobornos e identificando los sectores más afectados por la corrupción, su frecuencia y el precio que tiene que pagar la población. La muestra alcanzó cerca de 114.000 personas de 107 países, como parte de la encuesta de la “*Voz del Pueblo*”. A diferencia del Índice de Percepción de la Corrupción, basado fundamentalmente en percepciones del sector privado, el Barómetro se centra en experiencias y actitudes del público.
- **Latinobarómetro.** Es una encuesta anual de opinión pública y experiencia por la Corporación Latinobarómetro (ONG sin fines de lucro con sede en Santiago de Chile). Su propósito es expresar las opiniones, actitudes, y comportamientos de aproximadamente 600 millones de habitantes de la región. La encuesta se orienta a analizar las percepciones respecto del alcance de la corrupción y la experiencia actual de la ciudadanía frente a este fenómeno, además del desarrollo de la democracia, economía y la sociedad en su conjunto. Se realiza anualmente en 18 países de la región, con muestras representativas en cada país, aplicando un cuestionario idéntico con una unidad metodológica y técnica que permite la representación de las opiniones, actitudes, comportamientos y valores de los universos medidos.

- **Indicadores de integridad global.** Miden el acceso que los ciudadanos y los hombres de negocios tienen en la información del gobierno de un país, la habilidad de monitorear su comportamiento y su habilidad de buscar justicia (seek redress) y abogar por mejoras en la gobernabilidad. El índice de Integridad Global está dividido en 6 dimensiones clave de la gobernabilidad y en 23 sub-categorías. Las dimensiones incluyen: Sociedad Civil, Medios de Comunicación e Información Pública, Elecciones, Rendición de Cuentas del Gobierno, Administración y Servicio Civil, Supervisión y Regulación, Anti-Corrupción y Estado de Derecho. El *Global Integrity Index* se desarrolla a través de un sistema de encuestas a científicos sociales, periodistas e investigadores académicos asignando puntaje de acuerdo a cada pregunta. Cada indicador tiene un puntaje, un comentario con explicación y una referencia de apoyo.

3.1. Otros indicadores globales

- **Indicadores de *Doing Business*: Banco Mundial e IFC.** La base de datos Doing Business proporciona mediciones objetivas de la regulación de los negocios y su implementación. Los indicadores presentados y analizados en Doing Business miden la regulación empresarial y la protección de los derechos de propiedad—y sus efectos sobre las empresas, especialmente las firmas domésticas de pequeño y mediano tamaño. Examinan los costos que derivan del ámbito regulatorio de los negocios y se pueden utilizar para analizar regulaciones específicas que pueden incrementar o restringir la inversión, la productividad y el crecimiento.

Documentan: el grado de regulación, (tales como el número de procedimientos para la apertura de una empresa o registrar una propiedad comercial); miden los resultados de la regulación, (el tiempo y el costo necesarios para hacer cumplir un contrato, atravesar una bancarrota o comerciar a través de las fronteras); el alcance de las protecciones legales de la propiedad (por ejemplo, la protección de los inversores contra el saqueo por parte de los directores de compañías o el tipo de activos que pueden utilizarse como garantías de acuerdo con las leyes de transacciones aseguradas); miden la flexibilidad de las legislaciones laborales; y documentan las cargas impositivas sobre las empresas.

- **Índice de fuentes de soborno: Transparencia Internacional.** El IFS de Transparencia Internacional, ofrece información desde la perspectiva de la

oferta de soborno. El IFS de 2011 (último índice) clasifica los 28 principales países exportadores según la propensión de sus empresas a sobornar en el extranjero. Se basa en más de 3.000 entrevistas realizadas a altos ejecutivos, para conocer su opinión, sobre cómo se da este fenómeno en los diferentes países que mantienen las principales economías del mundo y con los cuales mantienen negociaciones.

Metodología: El IFS es una clasificación que se deriva directamente de las respuestas a una encuesta a altos ejecutivos. Se clasifica a los países tomando como base el puntaje obtenido a partir de las respuestas a las preguntas siguientes, en primer lugar: *si han mantenido relaciones comerciales con empresas con sede en uno de los 28 países seleccionados*, y en segundo lugar: *la frecuencia con que dichas empresas practican el soborno cuando operan en el país del ejecutivo encuestado*.

- ***DATAJOB***: Banco Interamericano de Desarrollo DataJob provee una interfaz de fácil uso que permite acceder a la mayoría de los indicadores de gobernabilidad disponibles públicamente. Esta herramienta interactiva permite a los usuarios generar tablas y gráficos comparativos entre países y a lo largo del tiempo, que pueden ser impresos inmediatamente, o bien exportados a un software de uso común. Cuenta con aproximadamente 400 indicadores de gobernabilidad, aunque la cobertura específica de países depende de cada fuente. Puede contribuir al análisis de la gobernabilidad, a la identificación de áreas prioritarias para reformar, al asesoramiento sobre la ayuda internacional, y al análisis del impacto de las reformas llevadas a cabo en un país.
- **Índice latinoamericano de transparencia presupuestaria: Proyecto internacional de presupuesto (*Fundar, Center for Analysis and Research*)**. Se trata de una iniciativa que busca promover el acceso del público a información sobre los presupuestos y la adopción de sistemas de presupuestos que sean confiables y verificables. Evalúa el grado en que las decisiones gubernamentales, así como sus fundamentos, costos y recursos comprometidos son claros, verificables y se comunican a los ciudadanos (transparencia presupuestaria). Contiene un reporte comparativo de toda la región con los resultados de una encuesta de las percepciones de personas expertas en el presupuesto y el proceso presupuestal de cada país. El estudio se basa en 14 indicadores. La metodología incluye 3 componentes: encuesta de percepciones, un cuestionario práctico, y una guía.

B. Transparencia y ética pública

En el apartado anterior se exploraron las principales normas y tratados internacionales que regulan las políticas en pos de la ética pública, la transparencia y la lucha contra la corrupción en la mayoría de los países de América Latina. Ahora bien, las normas formales por sí solas suelen no ser garantía de transformaciones culturales o de la instauración de nuevos arreglos institucionales. Tampoco su sola sanción garantiza su cumplimiento. Se necesitan dispositivos de *enforcement*, es decir dispositivos que “empujen” hacia un efectivo cumplimiento de las normas sancionadas. Si estos no existen el impacto de las leyes se erosiona.

Lo antedicho cobra más sentido en países con altos niveles de corrupción institucional, en donde los mismos poderes judiciales están atravesados por prácticas corruptas. En estos países, —especialmente— resulta insuficiente la inclusión en el ordenamiento jurídico de artículos, normas, o tipos penales que castiguen a quienes cometen actos de corrupción o faltas en materia de ética pública. Las soluciones judiciales son efectivas cuando la corrupción es aislada (llevada a cabo por individuos que son una excepción al sistema), pero no sirven cuando esta problemática es sistémica (red institucional generalizada de personas implicadas). Además, aun cuando los tribunales funcionaran correctamente, se trata de un abordaje *ex post* de la corrupción, y únicamente a través de persecuciones judiciales, lo cual resulta costoso en términos de eficiencia económica y de legitimidad estatal.

1. Mecanismos de transparencia

Existe en la mayoría de países algunos mecanismos de transparencia comunes, adoptados para combatir la corrupción, siendo en este punto muy importante realizarse la siguiente pregunta:

- ¿Cuál es el fundamento teórico de estos controles y por qué se cree que tendrán un efecto sobre el comportamiento de los funcionarios y la reducción de la corrupción?

La respuesta parte de la perspectiva racional descrita en el comienzo de este documento: un ser humano potencialmente corrupto, evaluará los costos y beneficios de sus acciones. Es decir, cometerá actos de corrupción si la utilidad esperada de esa actividad ilegal es mayor que la que obtendría si su comportamiento fuera el correcto.

Las medidas o estrategias preventivas, giran menos en torno a la educación en valores correctos, que a soluciones estructurales tendientes a diseñar instituciones y

mecanismos de control que aumenten los costos de corromper, eleven los beneficios de no corromper y de actuar éticamente. Estas soluciones provienen de la teoría de la *decisión racional* y del *neoinstitucionalismo económico*¹⁸: las acciones de los hombres no operan en el vacío, sino en un marco de restricciones y oportunidades (las instituciones), dentro de ese marco, los hombres intentaran adoptar las estrategias que maximicen sus beneficios. Si los costos de corromper aumentan, los incentivos para hacerlo se reducen. Algunos de los mecanismos de transparencia que sirven para este fin son los siguientes:

- **Implementación de regímenes o sistemas de declaraciones juradas patrimoniales de funcionarios públicos (DDJJ).** Esta es una de las medidas centrales presentes en la mayoría de los planes de acción gubernamental dirigidos a prevenir la corrupción. A modo general, en sus DDJJ, los funcionarios obligados deben brindar información detallada y respaldada sobre su patrimonio, el de su cónyuge, y el de sus hijos menores no emancipados, así como sobre las actividades y los intereses económicos comerciales, financieros y profesionales que tuvieron hasta el momento de ingresar a la función pública o de los que todavía participan. Las declaraciones deben ser actualizadas y los sujetos obligados deben presentar una declaración “*de salida*” al egreso de su función.

Hay dos cuestiones fundamentales en torno al sistema de declaraciones juradas:

1. *El control del contenido de las DDJJ y*
2. *Su publicidad.*

De ninguna manera la DDJJ es un fin en sí misma, en el sentido de que su mera existencia solucione el problema de enriquecimiento ilícito de los funcionarios declarantes. El sistema debe prever la conformación de organismos con facultades legales y capacidades reales de controlar el contenido de las DDJJ e iniciar investigaciones en caso de que se sospeche que el funcionario haya aumentado su patrimonio como resultado de malversar fondos públicos (Contraloría). La obligación del Estado de dar a publicidad las DDJJ guarda relación directa con su carácter preventivo. Se supone que el análisis costo-beneficio de actuar ilícitamente se inclinará hacia el lado de la probidad, si el funcionario sabe antes de actuar que no solo los

¹⁸ Duarte Díaz, E. y coautores. (2006). Manual sobre Teoría y Procesos Políticos Contemporáneos. Tomo 1 La Habana, Cuba: Edit. Félix Varela.

organismos de *accountability horizontal* podrán acceder a su información patrimonial, sino la sociedad en su conjunto.

Si bien dar publicidad a las DDJJ es un tema álgido, por los argumentos esgrimidos en contra de su aplicación, en cuanto a la connotación de inseguridad que implica para un funcionario público el estar expuesto a robos o extorsiones futuras al develar su patrimonio ante la comunidad; también se debe tomar en cuenta que para quien ostenta un cargo público de responsabilidad su actuación estará en “vitrina” todo el tiempo, y a eso deberá comprometerse desde que ingrese al servicio, más aún si hablamos de servidores públicos que deben necesariamente rendir cuentas al pueblo que los eligió; sin embargo concuerdo con que la información revelada no deberá contener datos sensibles tales como: domicilio, teléfono, filiación, patentes de rodados, número de cuentas bancarias, importes de tenencias de dinero, ni descripción de títulos valores; sino que ésta será de calidad, en pos de que la ciudadanía pueda ejercer un verdadero control social sobre ellas.

Para aportar a la discusión, y poniendo el foco sobre la importancia de que el contenido de las declaraciones juradas sea público, quiero mostrarles una nueva *aplicación*, que uno de los periódicos masivos de la Argentina (La Nación), lanzó en el 2013 en conjunto con tres organizaciones de la sociedad civil abocadas a la lucha contra la corrupción y la transparencia. El sitio se llama *Declaraciones Juradas Abiertas*¹⁹, y fue elaborado con datos provistos por los propios funcionarios obligados en sus declaraciones juradas. El procesamiento de datos permitió hacer un análisis de la evolución patrimonial de los funcionarios. Para ello, las organizaciones a cargo de la elaboración del sitio compararon la declaración jurada “inicial” o de “alta”, en la que constan los bienes que tenían los funcionarios al momento de asumir, con la “última” presentada en cada función desempeñada a través de los años.

El programa es innovador ya que no solo permite visualizar los datos a través de gráficos contundentes, sino que las declaraciones juradas pueden descargarse para que cualquier usuario cruce sus datos, generando otra información de interés público –en línea– con las directrices sobre gobierno abierto. Esta aplicación no podría haberse efectuado si la información contenida en las DDJJ no fuese pública.

¹⁹ “Declaraciones Juradas Abiertas: El patrimonio de los funcionarios públicos de la Argentina”. (Actualizado al 2014). Periódico “La Nación”. Argentina: A.C.I.J., Poder Ciudadano, Fundación Directorio Legislativo, Visita: 22 mayo de 2014 en <http://interactivos.lanacion.com.ar/declaraciones-juradas/index#pd=0>

En Ecuador, La Constitución de la República en su artículo 231 establece como obligación de las servidoras y servidores públicos, sin excepción, presentar al iniciar y al finalizar la gestión y con la periodicidad de dos años, una declaración patrimonial jurada que incluirá activos y pasivos. La Contraloría General del Estado debe examinar y confrontar las declaraciones patrimoniales juradas e investigar los casos en que se presume enriquecimiento ilícito (solo cuando exista orden judicial se entregarán copias de aquellas declaraciones), debiendo mantener absoluta confidencialidad y reserva mientras esto no suceda.

Como vemos, no se determina la publicidad de las DDJJ, porque además el numeral 19 del artículo 66 de la C.R.E, garantiza a las personas:

El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.

La citada disposición concuerda con lo previsto en el artículo 92 *ibídem* que regula la acción de hábeas data. Además, el artículo 6 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establece que se considera “*confidencial*” aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad, y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales garantizados por la Constitución.

En este sentido, a mi modo de ver, un sistema de DDJJ propuesto no solo desde el *control del contenido sino también de su publicidad*, incrementa la probabilidad de que los funcionarios infractores sean descubiertos, ya que se facilita el acceso a la información sobre sus aspectos patrimoniales y financieros. De tal manera que al implementarse este ambiente de mayor control de la corrupción, será percibido por los demás funcionarios, como algo bueno, aumentando la satisfacción moral de aquellos que sí cumplen con su deber. En este punto las medidas de prevención de la corrupción se entrecruzan con principios provenientes de la ética pública. Un tema que bien manejado en Ecuador y con las regulaciones adecuadas sería un buen instrumento para la transparencia.

²⁰ Klitgaard, R. (1988). *Controlling Corruption*. USA: University of California Press, Berkeley y Los Angeles. (En español (1994). Buenos Aires: Sudamericana).

Libre acceso a la información pública. Siguiendo las tesis de Klitgaard²⁰, (catedrático de la Universidad de Natal, Durban, Sudáfrica y de las universidades de Harvard y Yale), la corrupción estructural (C) se da en contextos de ejercicio del poder hegemónico o monopolístico (M) en los que la ley es desplazada por altos niveles de discrecionalidad (D) en la toma de decisiones pública y bajos niveles de transparencia (T). De allí la fórmula $C = M + D - T$ (corrupción es igual a monopolio más discrecionalidad menos transparencia). Sin duda, la implementación de normas y políticas destinadas a operativizar el derecho de acceso a la información pública reducen los márgenes de discrecionalidad de los funcionarios públicos amparada en la opacidad y el secreto.

El derecho de acceso a la información es parte del sistema jurídico de la mayoría de los países de la región a través de leyes nacionales o de tratados internacionales de derechos humanos. En relación al último punto, en el año 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dio un paso más allá en la jerarquización del derecho de acceso a la información, estableciendo expresamente en el *Caso Reyes vs. Chile*²¹ que el artículo 13 de la Convención, al estipular los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo un régimen de restricciones taxativo. A partir de esta sentencia, *el derecho de acceso a la información deviene un derecho humano*. El principal problema en materia de acceso a la información pública se vincula con la falta de voluntad política –y en algunos casos de capacidad estatal– para implementar sistemas integrales de información pública que garanticen su accesibilidad, actualización, relevancia y veracidad de la información publicada.

Una de las aristas del derecho de acceso a la información pública, al igual que sucede con las DDJJ, es su armonización con la protección de los datos personales. Esta relación aparece como uno de los nudos problemáticos y de los principales desafíos que deben enfrentar los encargados de llevar a la práctica los contenidos de las leyes de acceso a la información pública. En casi todas las normas que regulan este derecho, la “información referida a datos personales” constituye una excepción para la divulgación de información.

²¹ Corte IDH. Caso Marcel Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Serie C No.151. Visita 27 mayo de 2014 en http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_151_esp.pdf

²² OEA. Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública. (2010). Visita 27 mayo de 2014 en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2607_XL-O-10_esp.pdf

La *Ley Modelo de Acceso a la Información Pública* propuesta por la OEA²² aborda tangencialmente este dilema y propone un *test de interés público* como guía máxima para la aplicación de las excepciones. La idea es sopesar, caso por caso, qué prima más, si la fundamentación de la excepción –en este caso el derecho a la protección de datos personales– o el interés público.

En este test se propone que la autoridad de aplicación analice en cada caso si:

- a) la excepción es legítima y estrictamente necesaria en una sociedad democrática basada en los estándares y jurisprudencia del sistema interamericano;
- b) la divulgación de la información podría causar un daño sustancial a un interés protegido por esta ley,
- c) la probabilidad y el grado de dicho daño es superior al interés público en la divulgación de la información.

Por otro lado, uno de los ámbitos más complejos en materia de prevención de la corrupción y acceso a la información pública es el de las *contrataciones públicas*. Es sabido que los Estados de América Latina y Caribe son grandes compradores de bienes y servicios. Se calcula que el gasto de los estados en la región llega al 15% del PIB. Esto arrojaría un total regional de unos 250.000 millones de dólares al año. Pero además de ser grandes compradores, los gobiernos latinoamericanos son pésimos pagadores. Se estima que los gobiernos pagan sobrepagos de hasta un 40% del valor del mercado²³.

En conocimiento de esta situación, los estados sancionaron normas tendientes a imprimirle al proceso de compras públicas la transparencia, equidad, objetividad, eficacia y eficiencia que el mismo requiere; la sanción de estas normas ya constituye una medida preventiva. El problema principal reside en el incumplimiento de estas normas, dada la debilidad de las instituciones de *enforcement*. Por esta razón los Estados latinoamericanos –impulsados en muchas ocasiones por organizaciones de la sociedad civil y por organismos internacionales –implementan instrumentos como las *audiencias públicas* y los *pactos de integridad*. La primera es una herramienta, donde la autoridad responsable convoca a los ciudadanos, empresarios del sector, expertos y

²³ PNUD. Centro Regional de Servicios para América Latina y el Caribe. (2013-2014). INFORME REGIONAL DE DESARROLLO HUMANO. Seguridad Ciudadana con rostro humano: Diagnóstico y Propuestas para América Latina. Panamá: Alfa Omega

funcionarios, para que expresen sus opiniones sobre las condiciones previstas para el desarrollo de una contratación pública; si bien las decisiones u opiniones no son vinculantes para la autoridad convocante, ésta se compromete a realizar un informe en el cual se contemplan las justificaciones de las inclusiones u omisiones de lo abordado en la audiencia. Por su parte, los *Pactos de Integridad* se realizan entre Estado y todas las empresas que compiten por la adjudicación de un contrato, lo que genera un acuerdo explícito de control recíproco para evitar el pago de sobornos.

La Constitución Política del Ecuador, en su artículo 18, garantiza a cada ciudadano el derecho fundamental a buscar, recibir y conocer información de interés. De igual forma, este derecho está garantizado en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (artículo 7 LOTAIP), que plantea la participación ciudadana y el derecho de acceso a la información relacionada con asuntos públicos para ejercer un efectivo control y exigir la rendición de cuentas a estas instituciones gubernamentales o aquellas que perciben recursos estatales.

A pesar de los múltiples esfuerzos realizados en casi todos nuestros países latinoamericanos, vemos que aún persiste un serio problema de vigencia del derecho de acceso a la información pública y del cumplimiento de las obligaciones de transparencia del Estado, lo cual dista de lo ocurrido en los Estados modernos, en su mayoría europeos y EE.UU a través de la FOIA²⁴, donde el derecho a la información es la “*norma y el secreto es la excepción*” (Principio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Por lo cual se hace necesario, encaminar esfuerzos hacia un cambio de paradigma desde la cultura del secreto y de la opacidad, que ha sido el común denominador en nuestras realidades, hacia una cultura de la transparencia y mayor visibilidad.

Rendición de cuentas. La transparencia, implica necesariamente el acceso público a la información que se encuentra en manos del Estado. Es imprescindible para exigir la rendición de cuentas de los representantes respecto de las acciones que desarrollan y las decisiones que toman. De este modo, el acceso a la información por parte de los ciudadanos facilita la evaluación de las instituciones públicas y el principio republicano de transparencia puede ser medido según el grado con el que los ciudadanos pueden monitorear y evaluar las acciones de sus servidores

²⁴ FOIA: Freedom of Information Act. United States Department of Justice. Visita en 28 mayo de 2014 <http://www.foia.gov/index-es.html>

públicos y representantes. Subyacente a esta noción siempre encontramos la idea de que la transparencia se relaciona íntimamente con la *rendición de cuentas (RdC)* y la *accountability*.

La RdC es el control al que se someten los representantes por parte de los ciudadanos. Encuentra su origen en la idea que el poder político por naturaleza, no puede ser controlado por completo y que alberga amplios márgenes de arbitrariedad e incertidumbre en la toma de decisiones públicas. Necesariamente, requiere de dos condiciones que posibiliten ejercer un cierto control sobre el poder político:

- Enforcement, que es la capacidad de someter al poder a la amenaza de sanciones y castigos; y
- *Answerability* que implica un ejercicio del poder transparente, que incluye la justificación de las acciones políticas.

Conflicto de interés. Marcelo Alegre²⁵ logra brindarle un marco teórico a la situación de conflicto de interés. Esta se conecta a la idea de igualdad democrática. El deber de actuar con igualdad se viola cuando el Estado contrata a alguien que tiene un acceso privilegiado a canales de información o de decisión del propio estado. Ahora bien, el autor también se pregunta si la regulación de los conflictos de interés constituye un lujo. La pregunta acarrea la tensión clásica y subyacente en muchas medidas preventivas o de transparencia entre eficiencia y transparencia. En este sentido, Alegre señala a modo de ejemplo, que en muchas áreas del gobierno existen escasez de expertos y que es imposible que el personal contratado no sea reclutado de empresas del sector. En este caso, la respuesta a cómo abordar la regulación del conflicto de interés el autor la encuentra en la dicotomía entre *pluralistas* y *monistas*.

Dado el ámbito de acción del que se trata —el estado— el autor sugiere inclinarse hacia el *monismo*. Como tomadores de decisiones estatales, no podemos darnos el lujo de elegir entre eficiencia y transparencia. Debemos conciliar ambas. Los sistemas de regulación de conflictos de interés deben basarse en que los gobiernos sean buenos y eficaces y, que al mismo tiempo, se prevenga y sancione todo tipo de comportamiento que interponga los intereses particulares en detrimento del bien público.

²⁵ Alegre, M. (2001). Oficina Anticorrupción (OA). Informe Final: Regulación de Pautas de Comportamiento Ético y Conflictos de Intereses en la Argentina. Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Visita 29 mayo de 2014 en <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/5/267.pdf>

Corrupción en los Poderes del Estado. En muchas ocasiones, al estudiar las medidas preventivas que los estados implementan con el fin de desincentivar las prácticas corruptas, se pone el énfasis en el poder ejecutivo en detrimento de los otros poderes del estado. La prevención de la corrupción en el poder judicial es esencial, ya que, la robustez de éste es un componente esencial del sistema de *accountability horizontal*, y por ende, de la lucha integral contra la corrupción a nivel del sistema político.

En un sistema democrático, el juez es el punto de referencia, ya que de sus decisiones van a depender la credibilidad y la eficacia de los controles previstos en un sistema de *frenos y contrapesos*²⁶. Por eso, cuando la corrupción se despliega en el poder judicial, es muy perniciosa en términos de funcionamiento institucional.

Algo similar ocurre con el poder legislativo. En la mayoría de los países, los congresos o asambleas tienen el mandato constitucional de controlar las acciones de gobierno a través de comisiones especialmente creadas para tal fin o de organismos fiscalizadores de control que, o bien dependen directamente del órgano legislativo, o le rinden cuentas de sus acciones. Así se pretende mantener la independencia de los órganos de control ante el poder ejecutivo.

El congreso o asamblea, por su parte, también es el encargado de diseñar y sancionar sistemas normativos orientados a prevenir la corrupción. Por ello, y al tratarse de un órgano esencialmente político, es necesario que se auto imponga límites, códigos de conducta, y medidas preventivas destinadas a transparentar el financiamiento de la política y regular la gestión de intereses, entre otras cuestiones de relevancia.

C. Transparencia y justicia

El estado requiere dar un orden a sus administrados, mantenerlos en convivencia y regular las interacciones entre los mismos. En cualquier democracia los procesos judiciales cumplen una función primordial, pues se está garantizando la imparcialidad de un tercero que deba dirimir un conflicto suscitado entre particulares, e incluso del Estado y particulares. El éxito de la Justicia de un Estado dependerá de

²⁶ Montesquieu, C. (2003). *Del Espíritu de Las Leyes*. Madrid: Alianza.

la confianza que en ella tengan los ciudadanos, pues a un mayor grado de confianza mayor sometimiento por parte de los asociados, garantía de un orden más estable.

Un régimen judicial fortalecido propaga sensación de satisfacción entre los administrados, aumentando la legitimidad del mismo. La posibilidad de que una persona pueda acudir a la administración de justicia y hacer valer sus derechos, es un sinónimo de organización y desarrollo, y constituye alimento de la democracia. De no existir administración de justicia en un Estado la gente tomaría la justicia por sus propias manos, primer paso para la anarquía, fenómeno contrario a toda racionalidad y alejado de cualquier idea de orden justo.

Como ya lo hemos señalado a lo largo del artículo, ante cualquier conducta que provoca perjuicios con características de ilegalidad, la mejor solución es prevenirla y evitar que se produzca. Si bien es cierto que, la sanción efectiva es un poderoso incentivo para desalentar el delito, se debe pensar que para combatir la ilegalidad no basta con reprimir la actividad ilícita, ya que esto no termina con el fenómeno. El combate a la impunidad es imprescindible. El valor de la justicia es irremplazable y los jueces juegan un rol fundamental. La independencia del Poder Judicial resulta de trascendental importancia así como también, los valores éticos de los Jueces y su propia transparencia.

Las sanciones penales permiten no solo castigar a los culpables sino también mostrar que no existe impunidad frente a la corrupción. En este sentido, constituyen una medida preventiva. Las conductas punibles más investigadas en vinculación a delitos de corrupción o delitos contra la administración pública suelen ser: el cohecho, tráfico de influencias, fraude, uso de información privilegiada, abuso de confianza, conflicto de intereses, peculado y evasión tributaria. No se deja a un lado a la corrupción privada, que persiste en: lavado de activos, fraude en telecomunicaciones, créditos vinculados y abusos contra el consumidor financiero, societario y comercial. Por lo general se trata de figuras que se encuentran legisladas en el derecho interno de cada uno de los países de la región pero que también, han recibido regulación a través de las Convenciones Internacionales.

1. El rol de la justicia en la ética judicial

Ya nos hemos referido al papel que desempeña el poder judicial. Ahora nos interesa profundizar el análisis de dos problemas:

1. La interferencia política sobre los jueces para que éstos fallen a favor de sus intereses políticos y económicos, y
2. La corrupción administrativa que involucra a personal de las Cortes.

Y para ello cabe preguntarse:

- ¿Cómo la independencia y la rendición de cuentas del poder judicial pueden ser abordadas para así combatir la *corrupción en el sistema judicial*?

Son muchos los países de la región en los que la rama judicial es un mero apéndice del ejecutivo. La sumisión es absoluta con aquel que lo reconoce, premia o promociona. Si bien el estado de la corrupción judicial se remonta a otros orígenes, experimentó un agravamiento bajo los regímenes autoritarios de los años 70 y 80, con la democratización subsiguiente no necesariamente se logró resolver el problema, sino que en algunos casos, el florecimiento de la democracia actuó como agravante.

Esta tendencia puede y debe erradicarse mediante la introducción de un sistema definido y objetivo de selección, de evaluación científica continuada, retribuciones adecuadas, inamovilidad del personal, sistema de incompatibilidades riguroso, sistema de responsabilidades civiles, penales y disciplinarias, así como un sistema de control y evaluación externo de la dependencia judicial que garantice la pureza y agilidad de los procedimientos, el rendimiento de los funcionarios, la evaluación de los retrasos en los procesos, la especialización de los investigadores y la adscripción de unidades técnicas de apoyo necesarias. Junto a ello, la acción de un ministerio fiscal especializado, independiente e integrado en el poder judicial que dirija la investigación, hará más creíble un sistema en que la lucha contra la corrupción no solo es labor de jueces o fiscales, cuya acción firme y decidida marcará el camino para los demás actores y hará despertar a la sociedad de su letargo.

Como ya se anotó, uno de los temas específicos que revela el compromiso con uno de los pilares sobre los que se asientan las repúblicas democráticas es, la lucha por aumentar la transparencia y el elevar el nivel de rendición de cuentas de los funcionarios del Poder Judicial es la presentación de declaraciones juradas de sus bienes. Con respecto a este punto, el artículo de Rodríguez y Dassen²⁷ describe el proceso

²⁷ Rodríguez, M. y Dassen, N. El debate sobre las Declaraciones Patrimoniales de los Jueces. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo.

por la publicidad del patrimonio de los jueces en la República de Argentina y desarrolla fundamentos para refutar las principales objeciones que esbozan aquellos que sostienen que la publicidad de los bienes de los jueces debe ceder ante el derecho a la intimidad, la seguridad y la reputación personal.

Por su parte, Linn Hammergren²⁸ en su artículo “*La lucha contra la corrupción judicial: una perspectiva comparada de América Latina*”, asimila la reforma judicial de cuatro países latinoamericanos desde la década de 1980, centrándose en las responsabilidades contrastantes de la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura como poder organizador detrás de la judicatura. Realiza una descripción de las modificaciones en los sistemas de nombramiento en algunos países de la región y explora su progresiva atribución como la clave para reducir la corrupción y mejorar otros aspectos del desempeño de los jueces.

En el mismo informe, el prólogo de Baltasar Garzón, ex Magistrado Juez de la Audiencia Nacional en España, describe el rol de la justicia y los jueces en un sistema democrático como punto de referencia. Por eso, cuando la corrupción se despliega en el sector judicial es mucho más perniciosa. Reforzar los mecanismos de independencia, de preparación científica y de protección económica y personal de los jueces, resulta básico, pero también lo es exigir su responsabilidad por su omisión. Para conseguir este objetivo, resulta imprescindible reforzar la independencia judicial, y para ello el primer requisito es la integridad del propio juez.

En atención a los compromisos adquiridos durante la participación de Ecuador en la VII Reunión de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (CIEJ) desarrollada en la ciudad de San José de Costa Rica, en octubre del 2012; y porque dentro del marco de evaluación del MESICIC (2012-2014), una de las recomendaciones con medidas concretas hechas para Ecuador, fue establecer un *Código de Ética Judicial* como herramienta de transparencia para el actuar del funcionario; es que el Consejo de la Judicatura se encuentra actualmente perfeccionando dicho Código en base a los principios de independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia. Indudablemente, esta necesidad de demarcar y de exigir al Juez y/o Jueza a respetar principios específicos y determinadas normas de conducta, se ha debido a

²⁸ Hamnergren, Linn “La lucha contra la corrupción judicial: una perspectiva comparada de América Latina” en Transparencia Internacional 2007. Informe Global de la Corrupción 2007. Corrupción en Sistemas Judiciales. www.transparency.org, págs. 175-185

la incuestionable crisis institucional que ha atravesado el Poder Judicial en todos sus niveles; y por ello su urgente necesidad de implementarlo.

La enunciación de dichas normas, es un abanico de criterios y reglas de conducta, que producen un notable aporte para determinar en forma precisa y sin vacilaciones cómo debe ser la conducta de un magistrado y servidor judicial; sin embargo y mientras tanto, es indudable que el actuar ético, como valor adquirido de manera personal por cada funcionario, a través de su formación familiar, educativa y laboral es primordial para desempeñar cualquier función transparentemente.

C. Conclusiones

- Ya hemos visto como algunas estrategias de política pública logran cerrar los intersticios por donde pueden colarse conductas corruptas. También dijimos que la inclusión en el ordenamiento jurídico de tipos penales que castigan a quienes cometen actos de corrupción o se comportan motivados por principios alejados de la ética pública, ha sido en la experiencia, poco eficaz. Pareciera que las soluciones judiciales son efectivas cuando se trata de casos puntuales de corrupción o casos demasiado evidentes (llevados a cabo por individuos que son una excepción al sistema), pero cuando el fenómeno es generalizado, no alcanzan sus objetivos. Suele afirmarse que, primero, con leyes más rigurosas, luego, más sanciones, más dureza en el castigo, más corruptos en las cárceles, se terminará con la ilegalidad; sin embargo, aún cuando estas premisas se cumplieran correctamente, siempre estamos hablando de un abordaje *ex post* de la corrupción y por lo general son muchos años los que transcurren desde que se comete el ilícito hasta que se llega a la etapa del juicio y eventual condena tal como lo ejemplifican casos resonantes en los países de la región. De allí que, la implementación de estrategias, sistemas y políticas destinadas a modificar las estructuras de incentivos en las instituciones estatales pueden modelar pautas de comportamiento acordes a las leyes y, de este modo, prevenir hechos de corrupción.
- Los procesos de investigación y persecución judiciales aún son lentos y encuentran a lo largo de su recorrido, un sinnúmero de impedimentos y dificultades legales, técnicas y procedimentales. Por otro lado, los sujetos que cometen gran parte de esta clase de delitos actúan, por lo general, *racionalmente*. En efecto, ante el riesgo de ser sancionados consideran el grado de probabilidades de mantener la *impunidad* o de ser *condenados*. De esta

forma, no debe minimizarse el grado de incidencia que tiene una norma para disuadir al delincuente, pero la sanción no basta si no se cuentan con otros mecanismos disuasorios. El temor al juicio o al castigo obra como incentivo persuasivo siempre que el juzgamiento sea eficaz, rápido, general, y las consecuencias conocidas para todos. Por otra parte, no solo inquietan los altos niveles de corrupción sino la tolerancia de todos los ciudadanos en torno a estas prácticas, es decir, algunos sectores de la sociedad está tan acostumbrada a acudir a comportamientos poco éticos para lograr sus objetivos, que dichos actos ya no son cuestionados en absoluto.

- El *descuido de la ética* en la formación de funcionarios y gobernantes ha generado que aquellos que ocupan cargos públicos, cuando carecen de principios éticos desde sus bases formativas, desvíen los fines originales del accionar estatal –el bien público– para concentrarlo en satisfacer sus intereses personales. Es por ello que, Oscar Diego Bautista, al abordar este tema menciona que la gravedad de restar importancia a los valores éticos radica en el hecho que las personas que durante su infancia y juventud viven al margen de estos principios, difícilmente los aceptaran una vez alcanzada la madurez; sin embargo, se puede reforzar el comportamiento de quienes aún la practican y no permitir que una “fruta dañada” perjudique a las demás, de allí la importancia de que un funcionario Público reciba desde sus primeros años de estudios hasta su formación como profesional esta alineación sobre los principios y valores éticos para evitar la realización de actos contrarios que menoscaben el patrimonio público, así mismo a los individuos que interactúan con dicho funcionario, ya que estos también tienen parte activa en la marcha y desarrollo de las entidades públicas.
- Se debe tener claro que la ética no es simplemente un tema de educación formal (sistema educativo), pues, al ser una característica propia de los seres humanos y que debería acompañarla en cada decisión tomada en los actos de la vida, pasa a ser también un proceso educativo constante en base al ejemplo, de los padres a los hijos, de los jefes a los empleados y viceversa. Es decir, al interactuar con otras personas en la calle, casas u oficinas, también podemos estar formando (o deformando) en ética y valores. Enseñar con el ejemplo es el desafío y en este sentido destaco la frase de Aristóteles: *“No se enseña ética para saber qué es la virtud, sino para ser virtuosos”*.
- La rutina del trabajo, las urgencias de la vida, la conspiración permanente de los antivalores y las asimetrías de inmunización del complejo de personas que somos, demanda, para enfrentamos a estos temas, dosis diferentes de

sensibilización y formación en valores; en muchos casos la parte recibida en el hogar, reforzada/modificada o afectada en el colegio, las calles y los grupos generacionales debe ser reforzada una y otra vez para garantizar resultados dentro de la institución donde laboramos. Tal como lo enfatiza Oscar Diego Bautista: “las instituciones son una creación humana, evolucionan y son alteradas por los humanos, por consiguiente se debe empezar por el individuo”.

- Como podemos anotar, la corrupción se puede revertir, pero exige no solo de una dirigencia (actores políticos, económicos, sindicales, institucionales, etc.) honesta, también requiere de una clara decisión política de modificar la situación, de liderazgos claros y ejemplificadores, de acciones concretas y articuladas que aborden el problema con una visión integral. Sin embargo, ello no es suficiente, además, hace falta el acompañamiento del comportamiento individual y colectivo capaces de configurar un tejido social orientado a una cultura basada en la honestidad, rectitud y probidad. Debemos tomar en cuenta que, cuando la corrupción se convierte en norma, sus efectos son *incapacitantes*, entre ellas la corrupción *sistemática* es verdaderamente fatal, porque destruye las reglas del juego de todo el aparato productivo y estatal. Siendo una de las principales razones por las cuales las partes más subdesarrolladas del mundo siguen en ese estado. Sin embargo la experiencia nos enseña que los cambios sociales amplios, así como los esfuerzos anticorrupción específicos, pueden marcar una gran diferencia. Si no podemos fabricar funcionarios y ciudadanos incorruptibles, podemos, en cambio, fomentar la competencia, modificar los incentivos, mejorar la rendición de cuentas, facilitar los procesos de denuncia para que no existan retaliaciones, en síntesis, arreglar los sistemas que generan la corrupción.
- Por todo lo expuesto, pienso que el tratamiento del problema de la corrupción debe incluir una estrategia preventiva, y al igual que cualquier otro fenómeno sujeto al control, es más efectivo promover la *institucionalización e internalización de prácticas no corruptas que instaurar sistemas rígidos de* ^o; es decir, es más eficiente y efectivo transformar prácticas culturales a través de la educación o aumentar los incentivos para no corromper que controlar sistemáticamente todas las acciones de todos los funcionarios o agentes públicos.
- Por otro lado, es necesario que se implemente nuevamente en todos los colegios y universidades la materia de Ética Pública y *Valores*. El objetivo de la misma sería brindar una caja de herramientas para formar sujetos éticos. Así al ingresar a una institución pública, los valores y principios adquiridos

en forma personal, se verán reflejados a través del actuar en los distintos cargos ocupados. Pero es también responsabilidad de la institución a la que se ingrese laboralmente, seguir reforzando continuamente el tema con cursos sobre cultura de la legalidad y transparencia, fomentando valores y virtudes tales como el respeto, la responsabilidad, educación, seriedad, honestidad y vocación para el desempeño de las funciones encomendadas.

- Una de las estrategias a seguir dentro de las instituciones públicas, independientemente de desarrollar sus propios Códigos de Ética, debería estar encaminada a desarrollar eventos de sensibilización, capacitación y reforzamiento sobre valores corporativos de trascendencia universal como son: la responsabilidad, la excelencia, el compromiso, la vocación, el trabajo en equipo, el sentido de pertenencia institucional, la inclusión, la proactividad, la transparencia, la integridad. Estos programas deberán ser de carácter obligatorio y dirigidos al personal de todas las áreas y jerarquías, por etapas y siguiendo un plan trazado de seguimiento, reforzando internamente los cargos que por sus responsabilidades manejan riesgos de posible corrupción. Metodológicamente no solo se utilizarían herramientas idóneas para tratar la ética, sino que el fin es que todos los profesionales de distintos campos, reciban y participen de los eventos con el goce de encontrarse frente a temas que más allá de su valor para el trabajo, de seguro constituirán guías para su vida familiar. Además, para apuntalar lo señalado, a mi modo de ver, es conveniente que exista dentro de cada institución pública un Órgano Interno de Control *Ético y de Valores*, conformado por sus miembros más notables, ante el cual se podrían hacer las denuncias respectivas, de manera anónima, si es que así lo expresara el denunciante y previa calificación de idoneidad de dicha acusación.
- De esta forma se solucionarían y sancionarían las faltas de ética de manera inmediata y no dentro de un trámite administrativo engorroso y con escasa visibilidad, que pocas veces da óptimos resultados. Pero si aquella falta recae en el ámbito de sanción administrativa grave, estipulada en el Código Orgánico respectivo de cada institución, se deberá remitir el expediente a la dependencia superior pertinente, con el fin de no crear un conflicto de competencias. La idea es que la sanción recibida por el *Comité de Ética interno*, constituya un precedente de escarmiento *moral* para el funcionario que actuó sin ética y sirva como ejemplo e incentivo de efectividad para denunciar actos de corrupción por parte del personal que labora dentro de las instituciones públicas, sin temor a represalias futuras; fomentando de esta forma valores orientados a preservar la decencia pública y la moralidad administrativa.

- Por otra parte, es necesario que, además de los temas internos que atañen a cada institución pública, se traten cuestiones para beneficio y motivación de los funcionarios que laboran en ella, tales como una remuneración acorde a la responsabilidad que se maneja. Es conocido que en el sector público existen pocas evaluaciones de resultados, a pesar de que las mismas se están implementando actualmente pero aún con escasa efectividad, de manera que lo que ganan los funcionarios no está relacionado con lo que producen, por lo tanto, no es ninguna sorpresa que florezca la corrupción. Por ello es tan necesario que se cree una *carrera administrativa* con ascensos para los servidores públicos de menor rango, previo concurso de merecimientos, en la que se potencien sus capacidades, habilidades y expertise en la materia, cualidades que en muchos casos ha sido poco valorada, generando escasa motivación y falta de pertenencia institucional, factores claves para que se genere un clima de corrupción. Como apoyo a este sistema, se debería, además, contar con una *academia de preparación permanente*, que no solo se encuentre dirigida a los altos niveles jerárquicos, sino a quienes suelen ser el soporte principal del sistema; en donde además de aprender sobre el buen servicio que deben ofrecer a la sociedad, y el empoderamiento de su trabajo se los refuerce en temas de ética y autoestima, premiando y destacando sus *buenas prácticas* ante la opinión pública. De hacerlo así, es muy seguro que en corto plazo se empiece a ver un cambio positivo de actitud de los empleados y por ende mejoras el servicio público.
- Como vemos, no todo está perdido, definitivamente hay que hacer algo y ese algo además de los controles, tiene que hacerse con los servidores públicos, no destituyéndolos sino elevando su autoestima a través de educación y brindándoles oportunidades de superación. Quien asuma el liderazgo de tal cambio, debe ver la oportunidad de trabajar por su país e institución, con la convicción de abonar al tan llamado *bien común*, por lo tanto el pilar fundamental de la transformación, es contar con un líder, que dirija y oriente aquellos procesos con su ejemplo y teniendo claro el norte a seguir. **¡Así que, aún hay mucho por hacer y personas capaces, trabajando en pro del cambio!**

Bibliografía:

- Ackerman, S.R. (2001). *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*. España: Siglo XXI.
- Alegre, M. (2001). Oficina Anticorrupción (OA). *Informe Final: Regulación de Pautas de Comportamiento Ético y Conflictos de Intereses en la Argentina*. Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Visita 29 mayo de 2014 en <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/5/267.pdf>
- Barstow, D. (2012). “WAL-MART ABROAD. How a retail giant fueled growth with bribe”. En *The New York Times*, abril 21, Sección Business Day. Visita 7 abril de 2014, en http://www.nytimes.com/2012/04/22/business/at-wal-mart-in-mexico-a-bribe-inquiry-silenced.html?_r=2&hp&#.
- Bautista, O.D. (2009). *Ética pública y buen gobierno: Fundamentos, estado de la cuestión y valores para el servicio público*. Toluca; México: IAPEM.
- Contraloría General de la República de Perú. SINAD: Sistema Nacional de Atención a Denuncias. Visita 20 junio de 2014, en <http://www.contraloria.gob.pe/wps/portal/portalcgr/website/secciones/sinad/sinad2/denunciaenlinea>.
- Contraloría General de la República de Chile. Contraloría y ciudadano. Denuncia en línea. Visita en 20 junio de 2014. <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Sitios/Ciudadano/Inicio>
- Collado Opazo, C.A. (2014). *La Protección al funcionario público denunciante*. Contraloría General de la República de Chile Caso Chile. Taller Internacional sobre Mecanismos de Protección Administrativa a denunciantes de Actos de Corrupción. CPCCS. Quito.
- Corte IDH (2006). *Caso Marcel Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia del 19 de septiembre. Serie C No. 151. Visita 27 mayo de 2014, en http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_151_esp.pdf
- “Declaraciones Juradas Abiertas: El patrimonio de los funcionarios públicos de la Argentina”. (Actualizado al 2014). *Periódico “La Nación”*. Argentina: A.C.I.J., Poder Ciudadano, Fundación Directorio Legislativo, Visita 22 mayo de 2014, en <http://interactivos.lanacion.com.ar/declaraciones-juradas/index#pd=0>.
- Duharte Díaz, E. y coautores (2006). *Manual sobre Teoría y Procesos Políticos Contemporáneos*. Tomo 1. La Habana: Edit. Félix Varela.

- FOIA: Freedom of Information Act. United States Department of Justice. Visita 28 mayo de 2014, en <http://www.foia.gov/index-es.html>
- Guardia Izaguirre, E. (2014). *Sistema Nacional de Evaluación de Denuncias SINAD*. Contraloría General de la República de Perú. Taller Internacional sobre Mecanismos de Protección Administrativa a denunciantes de Actos de Corrupción. CPCCS. Quito.
- Hammergren, Linn (2007) “*La lucha contra la corrupción judicial: una perspectiva comparada de América Latina*”. En *Transparencia Internacional 2007*. Informe Global de la Corrupción. Corrupción en Sistemas Judiciales. www.transparency.org, págs. 175-185.
- Klitgaard, R. (1988). *Controlling Corruption*. USA: University of California Press, Berkeley y Los Ángeles. (En español, 1994. Buenos Aires: Sudamericana).
- López, J. (2003). *Normas y Políticas internacionales contra la corrupción*. El Salvador: Probidad, USAID y CREA INTERNACIONAL.
- Montesquieu, C. (2003). *Del Espíritu de Las Leyes*. Madrid: Alianza.
- MESICIC. *Informe Hemisférico I Ronda de Análisis y II Ronda de Análisis*. Visita 20 mayo de 2014, en www.oas.org/juridico/spanish/mec_ron1_inf_hemis.doc; y en www.oas.org/juridico/spanish/mec_ron2_inf_hemis.pdf
- MESICIC. Informe del Comité de Expertos (17 al 21 de marzo de 2014). Washington, DC, Informe Final Ecuador. Visita 20 mayo de 2014, en http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_sp.pdf
- O’ Donnell, G. (2001). “ACCOUNTABILITY HORIZONTAL: La institucionalización legal de la desconfianza política”. En *POST Data Revista de Reflexión y Análisis Político*, No 7. p. 11-34. Buenos Aires: Argentina.
- OEA, Secretaría de Asuntos Políticos. *Guía de Mecanismos para la Promoción de la Transparencia y la Integridad en las Américas. Organismos Internacionales*. Visita 20 mayo de 2014, en www.oas.org/es/sap/dgpe/guia_organismos.asp.
- OEA, Secretaría de Asuntos Políticos. *Guía de Mecanismos para la Promoción de la Transparencia y la Integridad en las Américas. Herramientas de Análisis*. Visita 21 mayo de 2014, en http://www.oas.org/es/sap/dgpe/guia_herramientas.asp.
- OEA, Secretaría de Asuntos Políticos. *Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción*. Vigésima Tercera Reunión del Comité de Expertos Del 17

al 21 de marzo de 2014. Washington, Informe Final Ecuador. DC. Visita 20 mayo de 2014, en http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_sp.pdf

OEA, Secretaría de Asuntos Políticos. *Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública* (2010). Visita 27 mayo de 2014, en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2607_XL-O-10_esp.pdf

OLACEFS, XX ASAMBLEA GENERAL (2010). *Las EFS y la lucha contra la Corrupción*. Antigua, Guatemala: Iniciativa TPA.

ONU. *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción CNUCC*. (2003). Visita 15 mayo de 2014, en http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf

PNUD. Centro Regional de Servicios para América Latina y el Caribe. (2013-2014). INFORME REGIONAL DE DESARROLLO HUMANO. *Seguridad Ciudadana con rostro humano: Diagnóstico y Propuestas para América Latina*. Panamá: Alfa Omega

Rodríguez, M. y Dassen, N. (s/f). *El debate sobre las Declaraciones Patrimoniales de los Jueces*. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo.



VITERI
06

El derecho como argumentación y los derechos como argumentaciones. entrevista a Manuel Atienza y Alí Lozada

Marco Maldonado Castro

*Abogado y Doctor en Jurisprudencia.
Magíster en Gerencia Educativa y Especialista en Gestión de Procesos Educativos.
Magíster y Especialista Superior en Derecho Procesal.
Juez de la Sala Penal Única de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.
Vocal Alternativo del Presidente del Consejo de la Judicatura.*

Introducción

La argumentación jurídica, conjuntamente con la hermenéutica, dotan al jurista de herramientas para resolver los distintos problemas jurídicos; por lo tanto, el profesional del derecho se encuentra obligado no solamente a emplear los métodos de interpretación jurídica, sino, también, a solventar las argumentaciones que explican con razones la aplicación de dichos métodos.

En este contexto, la argumentación jurídica iberoamericana cuenta con dos grandes centros de altísimo nivel académico que han difuminado el estudio de esta área jurídica. Por una parte, el sistema mexicano, enfocado a la investigación; y, por otra parte, el sistema español, que enfatiza el tratamiento teórico de la argumentación. En este último, sin lugar a dudas, su máximo exponente el maestro Manuel Atienza, cuya presencia honra al Ecuador¹ y se constituye en una inmejorable oportunidad para fortalecer el conocimiento teórico y práctico del sistema ecuatoriano.

¹ Con ocasión del conversatorio “Jueces con Razones”. Quito, 10 de septiembre de 2013

Planteamiento general

El jurista aplica métodos hermenéuticos del ámbito normativo, axiológico o fáctico del derecho, según corresponda al nivel de la interpretación jurídica, a través de la solución de anomías y antinomias, la ponderación, la proporcionalidad y la razonabilidad; sin embargo, esa aplicación que conforma la fundamentación debe valerse de la argumentación, a fin de que el jurista exponga las razones que le han conducido a la solución para plasmar la motivación.

En este sentido, por ejemplo, de manera general se conocen los métodos de interpretación expuestos desde el positivismo crítico por Ferrajoli, desde lo axiológico por Alexy y desde la razón práctica por Zagrebelsky; no obstante, en nuestro sistema no se encuentra delineada su conexión con las teorías de la argumentación jurídica, tales como la nueva retórica de Perelman, los modelos de Toulmin y MacCormick, el discurso deliberativo de Habermas y las propias líneas argumentativas de Alexy.

Entrevista al doctor Manuel Atienza

El derecho como argumentación

1. ¿Cuál es el rol de la argumentación en las decisiones judiciales y cuáles son los principales modelos argumentativos?

La obligación de motivar las decisiones por parte de los jueces supone que estos, en el marco de un Estado constitucional, no tienen simplemente el poder de tomar decisiones que son obligatorias para los otros, sino que ese poder sólo se ejerce legítimamente cuando va acompañado de buenas razones que tengan la virtualidad de poder justificar (justificar en derecho, claro está) esas decisiones. Además de ese requisito material (que realmente se trate de buenas razones), una motivación (argumentación) adecuada tiene que estar presentada de una manera formalmente correcta (no puede incurrir en errores lógicos) y tiene que mostrar además un esfuerzo por persuadir, por convencer a los destinatarios.

Naturalmente, esto último el juez no puede lograrlo normalmente de manera completa: la parte perdedora difícilmente reconocerá que, en realidad, la razón estaba de la otra parte. Pero lo que se le pide al juez es que su motivación, su argumentación, sea capaz de convencer al que esté en una posición

de imparcialidad, por ejemplo, a los juristas conocedores del tema y que no hayan participado en la causa.

Por lo que se refiere a los modelos argumentativos. Hoy es frecuente distinguir entre una justificación interna de las decisiones (de las sentencias) y una justificación externa. La justificación interna se refiere, podríamos decir, al esquema lógico final que debe cumplir la argumentación; y la justificación externa, a las razones, los argumentos que deben usarse para justificar las premisas de los primeros, de las justificaciones internas. Pues bien, yo creo que, fundamentalmente, existen tres modelos de justificación interna para los jueces: el modelo de la subsunción (digamos el modelo clásico, el del silogismo subsuntivo o judicial); el modelo de la adecuación, o sea, el razonamiento medio-fin; y el modelo de la ponderación.

Este último es al que tiene que acudir un juez (algo que sólo debería hacer excepcionalmente) cuando no cuenta con una regla, con una pauta específica de conducta que pueda aplicar para resolver el caso, y tiene entonces que recurrir a principios. Lo que se pondera entonces son principios, pero se pondera para construir una regla y proceder luego a la subsunción.

Por ejemplo, en un caso en el que entran en contradicción el principio de libertad de expresión y de protección de la intimidad, se trataría de ver cuál tiene más peso, dadas las circunstancias del caso y otra serie de elementos. Esta es una técnica más compleja que las otras y está en el centro de la discusión contemporánea en relación con lo que se suele llamar constitucionalismo o neoconstitucionalismo.

2. ¿La argumentación es el elemento que permite pasar de la fundamentación a la motivación, puesto que las alegaciones de las partes se elevan a categoría de argumentos cuando el juzgador las acoge?

Bueno, quizás aquí haya algunas dificultades de tipo terminológico. Las partes de un proceso también argumentan cuando ofrecen sus alegaciones (por ejemplo, solicitando la absolución la condena). Cuando el juez tiene que resolver, motivando su decisión, lo que hace es argumentar a partir de las argumentaciones previas ofrecidas por las partes. Revisa esos argumentos, esas razones, y aceptará unas y rechazará otras y eventualmente aducirá también nuevas razones, razones que hasta entonces no se habían presentado por ninguna de las partes.

3. ¿Cómo se conecta la aplicación del método hermenéutico con la explicación de la argumentación empleada?

Por hermenéutica o método hermenéutico pueden entenderse varias cosas. Por un lado, es una dirección filosófica; por otro lado, sería sinónimo de interpretación. Entendido en el primer sentido, la hermenéutica jurídica podría entenderse como una cierta forma de entender el derecho y los problemas argumentativos del derecho. En el sentido de interpretación (tal y como los juristas suelen hablar de interpretación: interpretación de las normas), los problemas hermenéuticos serían un tipo de problema argumentativo. Pero la necesidad de argumentar existe también cuando el significado de las normas es claro, pero no si ocurrió o no tal conducta, esto es, cuando el juez se enfrenta con un problema de prueba.

4. ¿La explicación argumentativa es siempre expresa o puede ser implícita?

Es una pregunta interesante. Los jueces tienen la obligación de motivar sus decisiones (no todas ellas, sino las más importantes), pero esa obligación puede cumplirse en ocasiones de una manera escueta. Hay un mínimo de explicitud de las razones que es necesario que exista: sin razones no hay motivación; pero muchas veces, en efecto, una parte de las razones que tendrían que darse para poder hablar de motivación (de motivación suficiente) pueden estar implícitas. Esta es una práctica aceptable, siempre que sea posible inferir con cierta facilidad cuáles son esas razones implícitas.

Digamos que una sentencia bien argumentada, bien motivada, es aquella que resulta autosuficiente, en el sentido de que quien la lee puede encontrar en la misma todos aquellos elementos necesarios para justificar el fallo. Pero que sea autosuficiente no quiere decir que tenga que ser muy extensa, que se pare en cada uno de los argumentos ofrecidos por las partes, simplemente, porque las partes pueden haber introducido cuestiones irrelevantes.

*Entrevista al doctor Ali Lozada***Los derechos como argumentaciones****¿Cómo se vincula la postura del profesor Atienza del derecho como argumentación con la suya relativa a los derechos como argumentaciones?**

La concepción del derecho como argumentación, podríamos decir, es la versión de constitucionalismo que ha desarrollado Manuel Atienza. Según ella, si bien la dimensión argumentativa no es la única que define al derecho, constituye un punto de vista privilegiado si se quiere entender aspectos centrales de los fenómenos jurídicos propios del Estado constitucional.

Una cabal comprensión de la jurisdicción, por ejemplo, solamente es posible si se adopta un enfoque argumentativo: no simplemente porque sea deseable que los jueces, fiscales y abogados argumenten (desde luego, es bueno que lo hagan y bien), sino porque la práctica judicial es ineludiblemente argumentativa, es decir, consiste en dar razones a favor de pretensiones o decisiones.

Es más, no podría no serlo, o mejor dicho, si no lo es, entonces se trataría de un tipo de práctica a la que únicamente abusando del lenguaje podríamos calificar de jurisdiccional. Esto, precisamente, subyace a las normas positivas según las cuales la falta de motivación de las decisiones hace que éstas devengan inválidas (una decisión así no vale como acto jurisdiccional), si bien esto no se toma muy en serio en la práctica judicial de nuestros países.

Que el derecho sea visto como argumentación, por otro lado, hace que dejemos de mirarlo (al menos no solamente) como tradicionalmente lo hemos visualizado, como un conjunto o —en el mejor de los casos— un sistema de normas. Y pasemos a verlo como una práctica, una suerte de ecosistema en el que intervienen diferentes actores con peculiaridades argumentativas (y de otros órdenes) relativas a sus respectivos roles institucionales. Un fiscal, por ejemplo, no puede equipararse al abogado de la acusación particular: el primero tiene un compromiso con la objetividad y el interés público que vuelve ilícitas determinadas acciones y omisiones que al segundo la ley tolera; de ahí que las posibilidades y los límites argumentativos sean diferentes en uno y otro caso.

Pues bien, si esto —dicho de manera bastante sintética— es lo que implica la imagen del derecho como argumentación, cabe preguntarse, ¿cómo deberíamos

ver a los derechos fundamentales? Mi tesis es que ya no podemos verlos en términos meramente estructurales, es decir, como normas, como dispositivos de carácter prescriptivo que preexisten absolutamente a la práctica, y que en el marco de ésta llanamente aplicamos a casos concretos, echando mano de ellos como si de una caja de herramientas se tratase.

En la vertiente más ortodoxa, esta forma de entender los derechos ha estado casada con la idea de que ellos están lógicamente y correlativamente vinculados a deberes impuestos a terceros, de manera que los derechos y los deberes vendrían a ser las dos caras de una misma moneda, la norma jurídica correspondiente.

Me parece que esta visión tradicional, notoriamente hija del positivismo kelseniano, y otras de similar carácter normativista como la de Ferrajoli, presenta muchos problemas a la hora de teorizar sobre (y luchar por) los derechos. Pienso que, quizá, mejor sería interpretarlos como argumentaciones, es decir, como razones complejas que existen y se actualizan constantemente en el contexto dinámico de prácticas argumentativas permanentes.

Este es uno de los aspectos (relacionado en parte con mi tesis doctoral, aunque no solo con ella) de mis investigaciones de los últimos años en el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, con la generosa guía de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero.



V. J. 1904

Diálogos judiciales es una nueva apuesta editorial de la Corte Nacional de Justicia, en la que la búsqueda del debido proceso aparece como una idea articuladora y constante. Pensada en la importancia de reservarle un espacio preferente a la reflexión del derecho contemporáneo y sus desarrollos, la publicación encuentra en el diálogo, mediatizado por la literatura especializada, un recurso eficaz para abordar aquellos temas de alto interés para la comunidad judicial.

La ruta hacia la mejor forma de administrar justicia no se constituye únicamente en los escenarios de legislación y políticas públicas: toma cuerpo en las buenas prácticas, en los aportes de juristas comprometidos con un análisis serio y responsable de su entorno de acción.

Por ello, en este primer número, dedicado a las **Nuevas proyecciones del derecho procesal**, la revista presenta una cuidadosa selección de artículos escritos por destacados exponentes del foro nacional e internacional, cuyo denominador común incita a pensar en cómo mejorar el sistema procesal y, sobre todo, en cómo hacerlo con calidad.

Un buen comienzo para una producción que se ha propuesto ser un referente.



ISBN 978-9942-07-654-0



9 789942 076540

DIÁLOGOS JUDICIALES