

Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal

N. 2 (2021)



© **MARCIAL PONS**
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
<http://www.revistamarcialpons.es/rivitsproc/>
ISSN: 2605-5244
DOI: 10.37417/rivitsproc/vol_2_2021
Fotocomposición: Ene Estudio

ÍNDICE

EDITORIAL

Renzo Orlandi, <i>L'approccio comparatistico nelle dottrine processual-penalistiche. Spunti di riflessione in ordine al contesto italiano</i>	1
---	---

ARTÍCULOS

Renzo Cavani, <i>Convenciones procesales. Un ensayo crítico sobre legislación pasada, vigente y proyectada del proceso civil peruano</i>	15
Luca Passanante, <i>El Derecho procesal civil entre positivismo y comparación..</i>	41
Guillermo Schumann Barragán, <i>Un análisis de las garantías procesales en el arbitraje desde una perspectiva nacional y europea a raíz de la STC, 17/2021 de 15 de febrero</i>	59
Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr., Rafael Alexandria de Oliveira, <i>Elementos para una teoría del proceso estructural aplicado al proceso civil brasileño..</i>	89
María Carlota Ucín, <i>Cuestiones probatorias en el Litigio de Interés Público. Sobre la prueba de la violación de los derechos sociales</i>	125

L'APPROCCIO COMPARATISTICO NELLE DOTTRINE PROCESSUAL-PENALISTICHE. SPUNTI DI RIFLESSIONE IN ORDINE AL CONTESTO ITALIANO

Renzo ORLANDI
Università di Bologna
renzo.orlandi@unibo.it

SOMMARIO: 1. Premessa.—2. Realtà rilevanti.—3. Finalità della comparazione (in ambito processuale penale).—4. Gli oggetti della comparazione.—5. Utilità attuale della comparazione, nuovi compiti e conclusione.

1 Premessa.— L'approccio comparatistico ha un modesto seguito nella cultura processualpenalistica italiana. L'affermazione può suonare strana a chi coltiva la convinzione che la riforma processuale del 1988 si sia ispirata al sistema *adversary* e abbia avuto come modello l'esperienza nordamericana. In realtà, la storia di quella riforma è meno lineare di quel che a prima vista appare e sarebbe semplicistico rappresentarla come semplice importazione di un modello straniero¹. Ciò che colpisce nella produzione scientifica del processualpenalista italiano è, anzi, il tendenziale disinteresse se non addirittura l'aperta diffidenza verso la cultura della comparazione. Uno stimato

¹ Per più precise informazioni sul lungo e tortuoso percorso sfociato nella riforma del codice di procedura penale (1988) sia consentito rinviare a R. Orlandi, *The Italian Path to Reform: Italy's Adversarial Model of Criminal Procedure*, in *Italian Law Journal* 2019, p. 565 ss. Si veda altresì il precedente *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in D. Negri- M. Pifferi, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2011. Anche per E. Amodio (*Affermazioni e sconfitte della cultura dei giuristi nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 1996, p. 899 ss.) la riforma processuale italiana del 1988 ha subito in misura marginale l'influsso della cultura di *common law*.

autore mostra apertamente questa idiosincrasia: dopo aver osservato che “la nostra tradizione, la nostra struttura processuale, la nostra cultura, la nostra ideologia del processo è profondamente diversa da quella di altri Paesi” conclude che non vale la pena sforzarsi a “comparare elementi che non dovrebbero essere confusi” e aggiunge infine, con tono concessivo: “il che non vuol dire che non si possano adattare alla nostra tradizione istituti desunti da altre esperienze giudiziarie”². Ovviamente, chi compara deve evitare parallelismi e ingenui sovrapposizioni: ma è proprio nell’intelligente uso di questa abilità di discernimento che sta il valore e, oserei dire, il vantaggio della comparazione rispetto allo studio circoscritto al diritto “nazionale”. Peraltro, non si capisce sulla base di quale conoscenza (se non di origine comparatistica) si giustificerebbe quell’apertura agli “istituti di altre esperienze straniere”.

Le parole sopra riportate rivelano un sentimento diffuso fra gli studiosi italiani del processo penale: quanto meno con riguardo all’epoca che ci sta alle spalle. Si aggiunga che, in passato, la comparazione ha avuto scarso riconoscimento in ambito concorsuale. Presentare una monografia dove si ragionava su esperienze straniere poteva addirittura essere considerato un punto a sfavore, quasi si trattasse di una inutile esibizione. Non c’è quindi da sorprendersi se molti processual-penalisti hanno escluso dal loro orizzonte la curiosità per altri ordinamenti, per altre culture giuridiche, per altri modi di affrontare questioni cruciali, non dissimili da quelle che affiorano nel nostro ordinamento. Naturalmente ci sono state eccezioni: ma, appunto, di eccezioni si è finora trattato. Quasi tutte incentrate sull’esperienza nord-americana³, come risulta anche dai programmi relativi ai corsi di diritto processuale penale comparato attivati in alcune università⁴.

Ora le cose stanno cambiando anche grazie alla propensione degli studiosi più giovani a frequentare università e istituti di ricerca stranieri. Molti dei dottorati di ricerca attivi presso le nostre università impongono periodi più o meno lunghi di ricerca all’estero, nel corso del triennio. Il crescente rilievo che per il diritto interno hanno le normative euro-unitarie (molte delle quali riguardanti il diritto processuale penale), le sentenze della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE accresce, pur in via indiretta come si dirà, l’interesse (particolarmente dei più giovani) per le esperienze giuridiche di altri ordinamenti.

Sta dunque formandosi una nuova leva di studiosi che — facile prevederlo — faranno della comparazione uno strumento imprescindibile sia per auspicabili spunti di riforma del sistema processuale, sia per una miglior

² G. Spangher, *Considerazioni sul processo penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 1 e 2.

³ Per quanto concerne la comparazione con gli USA meritano di essere ricordati i nomi di Ennio Amodio, Rosanna Gambini, Vittorio Fanchiotti, Luca Marafioti, Vania Patanè. All’ordinamento processuale francese hanno prestato particolare attenzione Mario Chiavario, Gabriella Aimonetto, Novella Galantini.

⁴ Da una rapida consultazione dei rispettivi siti WEB risultano attivati corsi di questo nei seguenti atenei: Bologna, Catania, Foggia, Genova, Milano Statale, Padova, Palermo, Torino, Urbino; M. Miraglia, *Garanzie costituzionali nel processo penale statunitense: tendenze e riflessioni*, Giappichelli, 2008

comprensione del diritto positivo interno, sia, infine, per adeguare le applicazioni della legge statale alle istanze euro-unitarie e alla giurisprudenza delle Corti europee.

Ogni cultore del diritto interno dovrebbe avere — io credo — una naturale tensione conoscitiva verso ordinamenti diversi: tanto più in un contesto come l'attuale, dove gli ordinamenti statali sono compenetrati di normative sovranazionali che pongono problemi pratici, ad esempio, sul terreno dell'armonizzazione dei sistemi penali e processuali, in vista di una più efficace cooperazione giudiziaria. Siccome però non sarebbe utile (né si può ragionevolmente pretendere) una comparazione ad amplissimo raggio tale da riferirsi a molteplici esperienze diverse da quella di partenza, occorrerà selezionare con consapevole avvedutezza l'ordinamento o gli ordinamenti cui riferirsi per un proficuo confronto.

È questo il primo nucleo problematico che il comparatista si trova davanti e su questo converrà fermare l'attenzione nel prossimo paragrafo.

Altri temi meritevoli di qualche chiosa sono le finalità e gli oggetti della possibile comparazione: perché comparare? E cosa, precisamente, entra nel fuoco della comparazione?

2) *Realtà rilevanti.*— Quanto sin qui detto si regge su un sottinteso che va svelato: la comparazione si fa con altri ordinamenti vigenti; nel caso del processo penale, con sistemi processuali e ordinamenti giudiziari di altre realtà statuali contemporanee. In realtà accanto a questa — definibile come comparazione *sincronica* — sappiamo che esiste una comparazione *diacronica*, orientata al confronto con sistemi pre-vigenti, più o meno lontani nel tempo. L'effetto di "distanza" tipico dell'approccio comparatistico, viene in altre parole ricercato sul piano del passato, vivificando mentalmente esperienze del passato⁵. Bisogna anzi riconoscere che i migliori contributi comparatistici della dottrina processualpenalistica italiana provengono proprio da questo tipo di approccio⁶.

⁵ Che la comparazione si avvalga dello "punto di vista esterno" è affermazione sulla quale ferma opportunamente l'attenzione A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2^e ed., 2019, p. 21 ss.

⁶ Di grande rilievo, per l'influenza su autori più giovani, gli studi che Franco Cordero ha dedicato agli sfondi storici dei principali istituti processuali. Spunti di riflessione sono contenuti già nelle diverse edizioni del manuale di *Procedura penale* pubblicato da Giuffrè a partire dal 1966 e fino al 2011). Trattazioni più dettagliate — con frequenti riferimenti alla giustizia penale dell'*Ancien Régime* — sono contenute in altri scritti di carattere prettamente storico, fra i quali vale la pena citare *Riti e sapienza del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 1985; *La fabbrica della peste*, Laterza, Bari-Roma, 1985, e *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Laterza, Bari-Roma, 1986.

Accurate ricostruzioni storiche su taluni istituti della giustizia penale principalmente focalizzate sulla cultura illuministica affermatasi nella Francia rivoluzionaria si ritrovano in alcune pregevoli monografie pubblicate negli anni '70 e '80 del secolo scorso: Di particolare valore gli approfondimenti condotti da M. Nobili sull'attività decisoria del giudice penale (*Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, Giuffrè, 1974) e da P. Ferrua sul retroscena storico del principio del contraddittorio (*Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, Giuffrè, 1981).

Volendo qui dar conto della sola produzione scientifica interna al settore disciplinare, si evita di citare studi prodotti dagli storici del diritto. Almeno un nome va tuttavia fatto per la grande eco che i

La comparazione diacronica — come la sincronica — punta all'effetto di "straniamento", che costituisce la postura mentale tipica del comparatista. Guardare il proprio ordinamento dall'esterno (assumendo il punto di vista di realtà di altre epoche storiche o di altri contesti ordinamentali contemporanei) consente di guardare criticamente, dall'esterno, la propria realtà di provenienza, cogliendone tratti destinati a sfuggire all'osservazione di chi limita l'area dei propri interessi scientifici all'orizzonte del diritto positivo interno. C'è però il serio rischio che, nel calarsi in quell'altro contesto, si assumano postulati o punti di vista del tutto arbitrari o infondati, tali da rendere inutile, se non addirittura nocivo, lo sforzo comparatistico. Chi compara due o più entità deve, in altre parole, conoscere bene i termini del confronto e non farsi troppo influenzare da passioni politico-ideologiche o da finalità etiche, sempre presenti nella riflessione giuridica. Compito difficilissimo nella comparazione diacronica, perché le ricostruzioni storiche impongono di "spostarsi mentalmente" in una situazione politico-storico-sociale consegnata al passato, della quale sopravvivono tracce più o meno visibili. Occorre saper ben maneggiare le fonti storiche: cosa che non sempre gli studiosi di diritto positivo sanno fare con la dovuta abilità. Più si risale all'indietro nel tempo e più diventa arduo azzardare paragoni convincenti. Accade così che la ricostruzione di certi istituti al centro dello sforzo comparativo avvenga sul presupposto di assunti di partenza che il lettore è invitato a condividere come postulati della proposta comparazione. Un esempio chiarirà quanto intendo affermare. In una ricostruzione storica della regola BARD (*Beyond Any Reasonable Doubt*) James Q. Whitman muove dal seguente interrogativo: come si spiega che il superamento delle ordalie (nel lontano 1215) abbia portato, secoli dopo (fine Settecento), a formalizzare il principio dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio" per la prima volta nell'*Old Baily* londinese⁷. La spiegazione andrebbe individuata — secondo l'autore — nell'esigenza — molto avvertita dai giurati dell'epoca, chiamati a giudicare delitti capitali — di essere liberati dal peso morale (*moral anxiety*) che avrebbe accompagnato l'eventuale condanna. L'ordalia permetteva di trasferire sulla divinità questo pesante fardello. Venuta meno la pratica ordalica per l'editto pontificio di Innocenzo III, quel peso è gravato interamente sulle spalle di uomini in carne e ossa. Per liberarli dal possibile senso di colpa conseguente alla possibile condanna, si è andata gradualmente affermando la ricordata regola di giudizio. La conclusione dello studio coincide col postulato di partenza. Quel postulato consente di mettere in fila le fonti da cui trarre una raffica di conferme, secondo un

suoi studi hanno avuto sui cultori del diritto e della procedura penale delle generazioni scientificamente attive negli anni '70-'90 del secolo scorso. Alludo a Mario Sbriccoli, che, a partire dalla monografia sulla giustizia politica (*Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974) è stato a lungo un interlocutore autorevole e ascoltato degli studiosi di diritto positivo. Per aver un'idea della quantità e profondità di spunti offerti ai penalisti contemporanei da questo autore basta consultare gli scritti pubblicati nel volume (postumo) M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti* (1972-2007), Milano, Giuffrè, 2009.

⁷ Cfr. J. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*, Yale University Press, 2008.

percorso argomentativo di grande interesse e fascino, ma sostanzialmente tautologico. Tutto crolla, se non si condivide quel punto di partenza, abilmente posto da Whitman a fondamento della sua ipotesi ricostruttiva⁸. Ma, quand'anche l'ipotesi di lavoro fosse smentita o risultasse poco convincente, l'opera di comparazione, se condotta con abilità nel maneggio delle fonti storiche, potrebbe comunque accendere delle luci utili alla comprensione di istituti e fenomeni dell'attualità contemporanea. Ad esempio, qualunque cosa si pensi del citato volume di Whitman, è innegabile il valore dello studio in esso condotto, quanto meno con riguardo all'originalità dell'idea di partenza e alla coerenza con la quale essa è stata coltivata e documentata nell'intera ricerca. Si pone così una tesi seriamente sostenuta che attende di essere vagliata criticamente e che contribuisce ad accrescere la conoscenza dell'oggetto studiato anche per chi non la dovesse condividere.

Del resto, è comprensibile che, per ovviare alla difficoltà (o impossibilità) di dislocarsi e, per così dire, immergersi in epoche lontane o lontanissime, della cui organizzazione politico-sociale, delle cui pratiche giuridiche e dottrine siamo in larga parte ignari, si elabora una tesi di lavoro, da verificare come conclusione della ricerca alla luce di tracce documentali poste a fondamento di ipotesi ricostruttive buone fino alla prossima smentita. La comparazione diacronica va condotta con grande prudenza, onde evitare travisamenti o analogie tanto suggestive quanto fuorvianti. Ma — quando ben riuscita — essa rende servizi di straordinaria utilità alla comprensione di istituti di epoche passate, mettendone in evidenza possibili linee di continuità con istituti attuali. Può esser portato ad esempio, a tal riguardo, il primo volume della *Cassazione civile* di Piero Calamandrei: una magistrale ricostruzione storica (a partire dal diritto romano) del ricorso di legittimità (istituto giudiziario), che nel corso del tempo si salda con la Corte di cassazione (istituto politico). Benché risalente a un secolo fa, quel volume rappresenta ancor oggi una lettura imprescindibile per chi intenda approfondire la funzione e l'attività della Corte di cassazione in ambito sia civile, sia penale. Anche le opere migliori, naturalmente, invecchiano. Bisogna però ammettere — pensando al citato contributo comparatistico di Calamandrei — che chi oggi si occupa di funzione nomofilattica del giudice di legittimità, troverà utile la distinzione fra *ius litigatoris* e *ius constitutionis*; chi si interroga sulle origini degli *errores in procedendo* come motivi di annullamento della sentenza di merito, troverà illuminanti certe affinità con la (romana) *querela nullitatis*; chi intende vagliare criticamente il rapporto giudice/legge, avrà occasione di meditare sulle singolari ascendenze della *Cour de cassation* francese con figure dell'*Ancien Régime* quale il *Conseil du roi* e di riflettere sul tratto politico che ancora caratterizza questo organismo giudiziario anche nella sua versione italiana.

⁸ Questa la critica mossa da Th. P. Gallanis, *Reasonable Doubt and the Origins of Criminal Trial*, in *The University of Chicago Law Review*, 2009, 961 ss., che pur mostra di apprezzare lo sforzo ricostruttivo intrapreso da J. Q. Whitman.

La comparazione sincronica presenta minori rischi di travisamento, purché lo studioso sappia immergersi nella realtà prescelta come termine di raffronto. Evidentemente è impossibile allargare lo sguardo a una molteplicità di ordinamenti. Una comparazione ad amplissimo raggio darebbe peraltro risultati di scarsa utilità sia teorica (vale a dire in termini di comprensione degli istituti presi di mira), sia pratica (vale a dire, in termini di proposte di riforma del diritto interno). Andrà fatta una scelta, prediligendo quelle realtà che offrono un ricco materiale di confronto.

Ciò pone il problema del “perché” valga la pena comparare e del “cosa” meriti di essere comparato.

3) *Finalità della comparazione (in ambito processuale penale).*— Volgendo lo sguardo alla letteratura italiana, si nota che la comparazione in ambito processuale penale ha puntato a diverse finalità.

La comparazione di tipo diacronico punta alla miglior comprensione dell'attualità. Ha quindi finalità principalmente teorico-dottrinali, occasionalmente idonee a fornire spunti critici sugli assetti normativi vigenti o su orientamenti giurisprudenziali da approvare/censurare. Serve ad acquisire consapevolezza dell'origine remota di certi istituti, allo scopo di favorire l'uso di categorie concettuali risalenti, che, nel tempo e per il mutare delle condizioni socio-politiche, possono aver subito rilevanti variazioni di significato⁹. Questo tipo di comparazione si presta sovente ad essere impiegata o strumentalizzata per ragioni politico-culturali, magari motivate dall'esigenza (avvertita come impegno civile) di prendere le distanze o di ripudiare pratiche processuali che, pur appartenenti ad epoche passate, si percepiscono come incombenti sull'epoca attuale¹⁰.

La comparazione di tipo sincronico viene intrapresa per finalità analoghe, ma, come già accennato, rispetto all'altra ha il vantaggio di riferirsi a ordinamenti vigenti, suscettibili di essere osservati direttamente dallo studioso. Finalità teorico-dottrinali (imparare qualcosa dagli studi di autori stranieri che si occupano di istituti e temi rilevanti per lo studioso di diritto positivo

⁹ Ad esempio, la monografia di M. Nobili su *Il principio del libero convincimento del giudice* (già citato *supra*, nota 6), offre una panoramica sul passaggio dalle pratiche criminali inquisitorie basate sulla prova legale alle normative processuali aperte all'intimo convincimento fra XVIII e XIX secolo; e denuncia, al contempo, la possibile degenerazione (in arbitrio) che una simile apertura ha di fatto comportato. P. Ferrua, con la sua monografia su *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali* (già citato *supra* nota 6) ricostruisce il provvisorio affermarsi del principio di oralità nel cruciale ventennio che separa l'esperienza della rivoluzione francese dalla redazione del *code d'instruction criminelle*, allo scopo di evidenziare quanto sia difficoltoso affermare un modello *adversary* di processo penale in un contesto giuridico permeato di cultura inquisitoria.

Pubblicati in un periodo di forti contrasti ideologici e di particolare fervore degli studi processuali penali, entrambi questi scritti hanno avuto notevole influenza sulle discussioni intorno alla riforma del codice di procedura penale.

¹⁰ Fra gli autori italiani vanno ricordati, a questo riguardo, i ponderosi ed eruditissimi studi di F. Cordero (già citati *supra* nota 6), pubblicati verso la metà degli anni '80, quando sembrava tramontata la riforma processuale che sarebbe maturata nel 1988. Si può cogliere in quegli studi l'intenzione di ammonire la dottrina processualistica circa i rischi di involuzioni inquisitorie che avrebbero caratterizzato un sistema di giustizia penale del quale appariva ardua la riforma in senso *adversary*.

interno) e finalità *lato sensu* politiche, animate dall'intento di suggerire proposte di riforma.

Si pensi, per stare all'attualità, ai molti scritti che circolano in questi giorni sulla prescrizione del reato, su come questa delicata materia è regolata negli USA, in Francia, in Germania, in Spagna etc. Vi si illustrano soluzioni diverse dalla nostra (oggetto di vivaci controversie); soluzioni dalle quali ci si aspettano spunti di riflessione volti a sostenere o a smentire la tesi della "prescrizione *sine die*" dopo la sentenza di primo grado. Si tratta, spesso, di prese di posizione superficiali, prive di quel retroterra di studio e approfondimento dell'ordinamento "straniero" che dovrebbe caratterizzare ogni seria indagine comparata. Ciò nondimeno, il ricorso (pur superficiale) all'argomento comparativo circa il tema appena esemplificato segnala la naturale curiosità e il comprensibile desiderio di sapere "cosa fanno gli altri", quando ci si trova di fronte a questioni o problemi che si ritiene siano comuni agli ordinamenti contemporanei.

Non ci si può improvvisare nella comparazione. Il discorso vale in particolare per quegli studiosi di diritto positivo interno, che avvertono con particolare urgenza la curiosità e il desiderio di confrontarsi con altre esperienze. Chi si impegna in questo tipo di approccio scientifico deve conoscere bene non solo l'ordinamento politico costituzionale del Paese preso a termine di paragone, ma anche la lingua, la storia, i costumi, le espressioni culturali e letterarie dell'altra realtà. Anche per questa ragione, una vera comparazione (sincronica) non la si può fare ad ampio raggio.

Conviene scegliere con oculatezza l'ordinamento da "studiare" e lavorare su quello, in profondità, acquisendo informazioni di dettaglio simili a quelle che lo studioso possiede del proprio ordinamento. Non solo. È opportuno che la scelta cada su un ordinamento non troppo distante dal nostro sia per tradizione giuridico-culturale¹¹, sia per dimensioni abitative e territoriali¹². E andranno preferite quelle esperienze che — oltre a un'articolata realtà normativa — offrono una ricca riflessione dottrinale, capace di agevolare il comparatista nella messa a fuoco delle norme anche nel loro momento applicativo¹³.

¹¹ Studiare i sistemi penali del mondo islamico può certo fornire informazioni preziose per il comparatista, ma con elevatissimi rischi di fraintendimento e, perciò, di manipolazione del dato acquisito.

¹² Anche la comparazione con realtà minuscole (quali la Repubblica di S. Marino, il principato di Andorra, il principato del Liechtenstein), certamente dotati di un proprio sistema di giustizia penale, presenta rischi di fraintendimento e manipolazione certo diversi da quelli segnalati alla nota precedente, ma tali da sconsigliare, in linea generale, azzardati paragoni.

¹³ Questa è verosimilmente la ragione per la quale i cultori del diritto e del processo penale hanno volto la loro attenzione preferibilmente al mondo tedesco, notoriamente caratterizzato da una fluviale produzione dottrinale. Di minor interesse appare l'esperienza francese per (si può dire) l'assenza di una riflessione dottrinale sugli istituti e per lo stile stringato (poco argomentato) delle decisioni giurisprudenziali. La causa di questo sta forse in quell'art. 5 del *Code Napoleon*, tuttora in vigore nel *code civil* francese, che vieta al giudice di decidere i casi a lui sottoposti facendo leva su massime generalizzanti (*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.*). Affiora la diffidenza del legislatore di fronte alla interpretazione giudiziale. Questo

Come accennato in apertura, non sono numerosi, in Italia, gli autori che hanno coltivato passioni e curiosità per gli ordinamenti stranieri. Limitandoci alla produzione bibliografica degli ultimi decenni, quasi tutti hanno volto la loro attenzione ai sistemi di *common law*, anche in ragione della svolta in senso *adversary* impressa alla riforma processuale italiana negli anni Ottanta del secolo scorso¹⁴.

Oltre alla segnalata finalità pratica (suggerire soluzioni normative), la comparazione sincronica può avere anche finalità teorico-dottrinali: acquisire o prendere a prestito categorie concettuali maturate nell'ambito di altre esperienze giuridiche. Al riguardo si possono fornire due esempi assai significativi per il settore disciplinare della "procedura penale". Alludo a due monografie, entrambe pubblicate verso la metà degli anni '50 del secolo scorso, che hanno costituito — si può dire — il punto di partenza metodologico per la generazione di studiosi del diritto processuale penale che per prima sperimentò concretamente l'autonomia didattica della disciplina¹⁵. Si tratta del volume di Giovanni Conso, intitolato *I fatti giuridici processuali penali* (Milano, Giuffrè, 1955) e del volume di Franco Cordero, *Le situazioni soggettive del processo penale*, Torino, Giappichelli, 1956).

Basta sfogliare lo studio di Conso, con attenzione all'apparato bibliografico e di note, per rendersi conto di quanto l'autore sia debitore a studiosi italiani di altre discipline¹⁶ o a studiosi di lingua tedesca di concetti-chiave

principio ha un suo corollario nella regola che vieta al giudice di citare nelle sentenze opinioni dottrinali (dalle quali potrebbero essere tratte quelle massime generalizzanti). Un divieto che vale anche da noi (art. 118 comma 3 disp. att. c.p.c.), ma che il giudice italiano interpreta restrittivamente, intendendo quel divieto come riferito ai soli nomi degli autori, non alle loro opinioni. Sicché abbondano nelle motivazioni delle sentenze italiane (civile e penale) affermazioni del tipo "è stato affermato in dottrina" o "sostiene autorevole dottrina". Un simile divieto, come si sa, non vale per i giudici tedeschi, i quali, anzi, col citare autori e opere a sostegno delle interpretazioni prescelte, ritengono di impreziosire le loro sentenze. Le citazioni dottrinali nei provvedimenti giudiziari alimentano, a ben vedere, il dialogo fra dottrina e giurisprudenza, col risultato — se la dottrina è di buona qualità — di arricchire entrambe. L'inserimento di opinioni dottrinali nelle motivazioni dei giudici ha altresì l'effetto di estendere l'area dei possibili "oggetti" della comparazione, come risulterà chiaro da quanto si dirà subito di seguito.

¹⁴ Vale la pena citare in particolare M. Scaparone, *Common law e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1971; E. Amodio (a cura di) *I giudici senza toga: esperienze e prospettive della partecipazione popolare ai giudizi penali*, Milano, Giuffrè, 1979; *La cross-examination: strategie e tecniche*, Milano, Giuffrè, 1990; E. Amodio-M. Ch. Bassiouni, *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1988. Una ampia rassegna dei contributi comparatistici in ambito processuale penale nell'arco di un secolo abbondante di storia italiana è offerta da E. Amodio, *La procedura penale comparata tra istanze di riforma e chiusure ideologiche (1870-1989)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1999, p. 1338 ss.

¹⁵ L'insegnamento della procedura penale era stato elevato al rango di disciplina autonoma a livello universitario nel 1938. Tuttavia, fino agli inizi degli anni Sessanta, l'insegnamento fu quasi sempre assegnato, per affidamento, ai professori di diritto penale. Rare le eccezioni: Grispigni, Carnelutti e poi Leone a Roma, Manzini a Torino. I primi concorsi dedicati esclusivamente al settore disciplinare oggi identificato con la sigla IUS/16 furono banditi nella seconda metà degli '50. In quel torno di tempo escono le due monografie menzionate nel testo, che, per alcuni decenni, faranno da guida ai nuovi studiosi della disciplina.

¹⁶ È comprensibile che, nel momento in cui una disciplina cerca di rifondarsi, chi si cimenta con un simile compito avverta l'esigenza di prendere a prestito concetti già sperimentati in ambiti disciplinari contigui come il diritto processuale civile e il diritto amministrativo, entrambi per verità largamente influenzati dalla dogmatica tedesca a partire dalla fine del XIX secolo (per il diritto ammi-

quali “presupposti processuali”, “rapporto giuridico-processuale”, “fattispecie a complesse a formazione successiva”. Una visione del processo penale saldamente ancorata ai principi del tecnicismo giuridico, già affermatosi da decenni in altre discipline giuridiche¹⁷.

Analoghi rilievi possono essere fatti per il citato volume di Cordero. C'è, in esso, l'ambiziosa pretesa di costruire una dogmatica processuale alternativa a quella proposta da Conso, ispirandosi al pensiero di James Goldschmidt e, in particolare, alla monumentale monografia *Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des prozessualen Denkens*¹⁸. Il grande processualista tedesco, seriamente preoccupato per la crisi di legalità che aveva investito la repubblica weimariana, era andato elaborando una teoria processuale innovativa che, superando le astrattezze del tecnicismo giuridico, metteva in primo piano le “situazioni giuridiche” che potevano succedersi nell'iter procedurale, vale a dire, i concreti rapporti di forza e di potere fra i soggetti processuali, nel prisma delle regole che disciplinano il giudizio (sia civile, sia penale): una prospettiva di grande interesse per il realismo che la caratterizzava e sul quale si poteva far leva per una serrata critica politica di istituti processuali criticati come lascito di una cultura autoritaria e antidemocratica. Nella “situazione giuridica” confluiscono le norme che governano l'iter processuale e il miscuglio di aspirazioni, speranze, timori, possibilità che quelle stesse norme contribuiscono quotidianamente ad alimentare.

Le menzionate categorie concettuali apprese per via di comparazione sono ormai uscite dal lessico del processual-penalista. Esse hanno tuttavia avuto una importanza notevolissima nella nascita e nello sviluppo di una moderna cultura processual-penalistica in Italia e, in definitiva, nella formazione dei docenti di procedura penale¹⁹.

4) *Gli oggetti della comparazione.* — Una discutibile opinione limita l'oggetto della comparazione agli assetti normativi di diversi ordinamenti²⁰. Serve davvero a poco confrontare fra loro le regole che governano certi istituti o certi fenomeni in ordinamenti diversi²¹. Da quanto detto al paragrafo prece-

nistrativo) e dall'inizio del xx secolo (per il diritto processuale civile). In ogni caso, anche il trarre ispirazione da categorie concettuali maturate in altre discipline di diritto interno è — a ben vedere — una forma di comparazione.

¹⁷ Per ulteriori informazioni sull'affermarsi del tecnicismo giuridico nelle discipline giuridiche e, in particolare, in quelle penalistiche, si rinvia a R. Orlandi, *La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale*, in *Criminalia* 2010, 2011, p. 207 ss.

¹⁸ Berlin, Springer, 1925.

¹⁹ Giovanni Conso esercitò una grande influenza sugli studi processuali penali, anche grazie alla collana di studi da lui diretta per l'editore Giuffrè (a partire dal 1959). Quanto all'influenza di Cordero (che, tra l'altro, sarà il primo a pubblicare nella citata collana diretta da Conso), basterà citare il suo fortunato manuale *Procedura penale* (molteplici edizioni a partire da quella del 1966 fino all'ultima datata 2011), sul quale si sono formate più generazioni di processualisti.

²⁰ È, ad esempio, l'opinione palesata dall'autore citato *supra*, nota 2.

²¹ Questo modo di fare comparazione era tipico della letteratura giuridica risalente a un secolo fa. Si prenda qualche voce enciclopedica del Digesto italiano. Ad esempio, nella voce *Polizia giudiziaria* (*Dig. it.*, vol. XVIII, parte II, Torino, UTET, 1924, p. 1057 ss.) l'autore (Francesco Carfora) dà sommariamente conto di ben quindici ordinamenti stranieri (nell'ordine, Francia, Belgio, Austria, Ungheria,

dente dovrebbe essere chiaro che l'oggetto della comparazione, oltre alle leggi scritte, sono anche le opinioni che su quelle leggi si formano in giurisprudenza e in dottrina. Del resto, è assunto ormai pacificamente condiviso che le leggi valgono per come sono interpretate: vale a dire, per le opinioni che su di esse formula la giurisprudenza (in particolare, di legittimità), sovente sorretta su riflessioni e chiarimenti dottrinali.

Consapevole di questo, il comparatista moderno non può limitarsi a comparare assetti normativi o istituti regolati da norme legali o statutarie. Deve allungare lo sguardo a quelle prese di posizione e a quei concetti di origine giurisprudenziale e dottrinale che — con le dovute cautele — possono essere valorizzate per proposte di riforma, sia per affrontare questioni teoriche (dottrinali) o problemi applicativi (giurisprudenziali) di diritto interno. Qualche esempio servirà ad illustrare meglio quel che intendo.

Capita con una certa frequenza di veder evocato sia in dottrina sia in giurisprudenza il “principio di proporzionalità” con riferimento all'applicazione di norme processuali penali. Si tratta di un principio non scritto, utile per misurare il grado di comprimibilità di un diritto individuale, per motivi di prevenzione o repressione dei reati. Criterio di razionalità pratica, coerente con l'idea (familiare a uno Stato di diritto) che i “danni” e le “sofferenze” provocati dai pubblici poteri (amministrativi o giudiziari) vanno commisurati alla gravità della situazione di volta in volta affrontata; devono essere idonei a perseguire un fine legalmente stabilito e non devono eccedere la misura dello stretto necessario. Chi ha qualche frequentazione comparativa con gli ordinamenti di area tedesca sa (o dovrebbe sapere) che questo principio è il frutto di una lunga, raffinata elaborazione giurisprudenziale e dottrinale. In particolare, la Corte costituzionale tedesca, già a partire dai primi anni Cinquanta del secolo scorso, ne ha fatto un caposaldo del delicato bilanciamento fra tutela dei diritti individuali ed esigenze preventivo/repressive. La dottrina, dal canto suo, ha contribuito ad affinarlo ulteriormente, facendone spesso argomento di critica verso soluzioni normative di tipo emergenziale, ad esempio in tema di interventi contrassegnati da particolare rigore nel perseguimento e nella prevenzione di delitti gravissimi (criminalità organizzata, terrorismo). Il principio viene spesso richiamato (senza essere definito e quindi, dandone per scontato il contenuto) in molte fonti normative euro-unitarie²² oltre che nella giurisprudenza delle due corti europee²³. Anche la

Germania, Canton Ticino, Spagna, Norvegia, Inghilterra, India, Stato di New York, Uruguay, Venezuela, Bolivia, Sudan). Si sostiene che la selezione è stata fatta individuando “i codici più importanti come esempi dei diversi sistemi”. Ci si rende poi conto che questa molteplicità di informazioni rischia di disorientare il povero lettore e si arriva quindi alla conclusione che, in realtà, conviene ridurre il confronto a tre tipi principali: il francese, il tedesco, l'inglese (*ivi*, p. 1064, par. 42). Qui — dove in realtà dovrebbe iniziare — l'analisi comparata si interrompe. È un esempio, se si vuole estremo, di come la comparazione non vada fatta rivelandosi pressoché inutile.

²² Ad es., nella direttiva 2014/42/UE, del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione Europea.

²³ Per stare ad alcuni casi recenti: Corte EDU, 2° sez., 10 dicembre 2019, *Kavala v. Turkey* in tema di misure limitative di libertà personale (art. 5 CEDU); Corte EDU, 5° sez., 30 gennaio 2020, *Breyer v.*

nostra Corte costituzionale ne fa un uso crescente in materia processuale penale²⁴. Orbene, lo studioso che conosce la paziente elaborazione che del *proportionality standard* hanno fatto i giuristi tedeschi ha un indubbio vantaggio su chi ignora tutto quel dibattito e le sottili distinzioni cui esso è approdato. Non è detto che si debba dar ragione a chi maneggia da decenni un simile principio: si ammetterà però che chi conosce l'origine di un criterio interpretativo dottrinale o giurisprudenziale, avendo un'idea piuttosto precisa delle molte occasioni in cui lo si è impiegato, ha maggiori possibilità di tradurlo in (o di suggerirne la) pratica applicazione nel proprio diritto interno²⁵.

Dall'esperienza tedesca ci viene un altro esempio di utile comparazione avente ad oggetto una creazione giurisprudenziale. Alludo alla pratica dei captatori informatici di cui si è discusso anche in Italia, soprattutto dopo che la nostra Corte di cassazione — in mancanza di una normativa legale *ad hoc* — ne ha ammesso l'uso, pur a certe condizioni²⁶. Questa sentenza della Cassazione risale al 2016, benché sia noto da tempo che questi micidiali strumenti investigativi sono di fatto nella disponibilità delle forze di polizia. Per rendersene conto, era sufficiente spingere lo sguardo al di là delle Alpi, dove la Corte costituzionale tedesca — già nel 2008 — aveva affrontato il problema, se e in che misura fosse legittimo l'uso di *malware* informatico come mezzo non solo per intercettare comunicazioni interpersonali, ma anche per ispezionare le memorie dei dispositivi elettronici che siamo soliti maneggiare quotidianamente (*smartphone, tablet, personal computer*). L'attenzione al dato comparativo avrebbe consentito di evitare un duplice inconveniente: il notevole ritardo dell'intervento legislativo²⁷ e la sua limitazione all'uso dei captatori informatici come mezzi per intercettare comunicazioni, non anche come strumenti per controllare a distanza la messe di documenti e dati personali archiviati nei nostri *hard disk* 28.

5) *Utilità attuale della comparazione, nuovi compiti e conclusioni.* — Fino a qualche tempo fa si poteva sostenere che la comparazione (soprattutto quella sincronica) rappresentava un di più rispetto ai tradizionali compiti dello stu-

Germany, in tema di misure limitative del diritto alla riservatezza (art. 8 CEDU); CGUE, Grande Sezione, sentenza 2 ottobre 2018, causa C-207/16, anch'essa in tema di misure limitative del diritto alla riservatezza (artt. 7 e 8 Carta dei dir. Fondamentali UE).

²⁴ Ad esempio, nelle sentenze che hanno dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 275 comma 3, nella parte in cui stabiliva un incondizionato automatismo nella scelta della custodia cautelare in carcere per alcuni tipi di delitti che avrebbero potuto ragionevolmente comportare una misura meno affittiva (sent. nr. 265 del 2010; sent. nr. 231 del 2011; sent. nr. 110 del 2012; sent. nr. 57 e 213 del 2013; sent. nr. 48 del 2015).

²⁵ Una illustrazione del principio di proporzionalità che tiene conto del ricco dibattito tedesco è offerta da D. Negri, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2020, p. 3 ss.

²⁶ Cass. Sez. unite 1° luglio 2016 (c.c. 28 aprile 2016), Scurato, in CED, RV 266905.

²⁷ Con il d. lgs. n. 216 del 2017, ripetutamente prorogato fino al 1° maggio 2020 e modificato dal d.l. n. 161 del 2019 convertito nella l. n. 7 del 28 febbraio 2020.

²⁸ Per una critica delle insufficienze della normativa italiana sui captatori informatici sia consentito rinviare a R. Orlandi, *Usi investigativi dei captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2018, p. 538 ss.

dioso di diritto positivo interno; una sorta di *optional* che — se ben coltivato — poteva rendere più convincenti le sue opinioni, accrescendone il pregio. Conoscere il diritto straniero poteva cioè servire a capire meglio il proprio, così come imparare un'altra lingua predispone a usare con maggior consapevolezza il proprio idioma principale.

Questa idea, che poteva avere un suo fondamento quando si predicava l'esistenza di un "diritto obiettivo nazionale"²⁹, appare superata a misura che l'ordinamento statale accetta di entrare in una relazione vitale e dialettica con ordinamenti sovranazionali che ne limitano la sovranità. La correlativa soggezione alle direttive euro-unitarie e alla giurisdizione delle alte Corti europee espone l'ordinamento italiano a quel graduale processo di armonizzazione normativa, già da tempo in atto anche nel settore del diritto e della procedura penale. Ciò implica l'interessata conoscenza di altri ordinamenti per ragioni non solo teorico-dottrinali, ma altresì pratico-applicative. Qualche esempio.

In un caso riguardante l'esecuzione di mandato d'arresto europeo, la Corte di cassazione si trovò di fronte al seguente quesito: se l'assenza di termini di durata della custodia cautelare nell'ordinamento dello Stato richiedente (la Germania) fosse di ostacolo alla consegna della persona arrestata in Italia. La normativa italiana che attua la decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo prevede, in effetti, il rifiuto di consegna, quando la normativa processuale dello Stato richiedente non prevede termini massimi di durata della misura limitativa di libertà³⁰. La Corte di cassazione ha dunque dovuto effettuare una ricognizione della normativa processuale tedesca, per stabilire se vi fosse o meno contrasto con la normativa italiana. La *Strafprozessordnung* non prevede (come il c.p.p. italiano) termini rigidi di durata delle misure di coercizione personale; impone tuttavia al giudice di verificare, anche d'ufficio, almeno ogni sei mesi, se sussistono le condizioni per mantenerle in esecuzione. In altre parole, un termine di durata non è previsto, ma un controllo sui tempi della custodia cautelare è assicurato e tanto è bastato a orientare le sezioni unite della nostra Cassazione³¹ a esprimersi in favore della consegna³². Un bel caso di uso della comparazione a fini direttamente applicativi.

²⁹ Espressione che ancora figura nell'art. 65 del nostro ord. giudiziario.

³⁰ Art. 18 lett. e) l. nr. 69 del 2005.

³¹ Sent. del 5 febbraio 2007, Ramoci, in CED, RV 235348.

³² Questo il principio di diritto affermato in quella sentenza: «In materia di mandato di arresto europeo, con riguardo alla previsione dell'art. 18 lett. e) della legge 22 aprile 2005, n. 69, [...] l'autorità giudiziaria italiana deve verificare, ai fini della consegna, se nella legislazione dello Stato membro di emissione sia espressamente fissato un termine di durata della custodia cautelare fino alla sentenza di condanna di primo grado, o, in mancanza, se un limite temporale implicito sia comunque desumibile da altri meccanismi processuali che instaurino, obbligatoriamente e con cadenze predeterminate, un controllo giurisdizionale funzionale alla legittima prosecuzione della custodia cautelare o, in alternativa, alla estinzione della stessa». Nella parte precedente della motivazione la Corte si era premurata di dare conto — con tecnica comparativa — dello stato della normativa tedesca sui termini di durata della custodia carceraria.

Altri esempi atti a illustrare l'uso della comparazione a fini interpretativi vengono dalla tendenza crescente a recepire i contenuti di decisioni emanate dalla Corte EDU, quando queste riguardano ordinamenti diversi da quello italiano. Che la Corte di Strasburgo condanni il Regno Unito, la Romania o la Turchia potrebbe apparire ininfluenza per i giudici italiani. Ma vi sono situazioni in cui — nonostante la diversità degli ordinamenti penali e processuali — quel che Strasburgo dice a “nuora” dev'essere inteso anche da “suocera”³³. È accaduto in tema di diritto dell'imputato proscioltto in primo grado a non essere condannato in appello, se non dopo una ri-assunzione delle prove a suo carico. La circostanza che la Corte EDU si fosse espressa in favore di tale diritto (desumibile dall'art 6 CEDU), ha indotto a un certo punto anche la nostra Corte di cassazione ad allinearsi a quell'orientamento³⁴, benché la legge processuale non contenesse alcun cenno al riguardo³⁵.

La situazione politico-costituzionale nella quale siamo oggi immersi ci porta quasi forzatamente a conoscere dettagli di ordinamenti stranieri che non lasciano indifferenti né gli studiosi, né i pratici del diritto. Ogni volta che gli studiosi, i magistrati, gli avvocati leggono una sentenza della Corte EDU o della Corte di giustizia UE apprendiamo qualcosa degli ordinamenti con i quali abbiamo relazioni mediate da fonti sovranazionali. È cambiato lo scenario. La comparazione (sincronica) è divenuta elemento essenziale nella formazione del giurista positivo contemporaneo. Sarà ancora prezioso (soprattutto sul piano metodologico) il contributo dei “comparatisti *tout court*”. Spetta però ai cultori degli altri settori disciplinari di diritto positivo aprirsi alla comparazione, quanto meno nell'intento di osservare e sorvegliare il processo di armonizzazione che da tempo sta interessando i Paesi europei sotto il segno della Convenzione europea dei diritti umani e del Trattato di Lisbona.

³³ L'attenzione ai principi della CEDU e alla corrispondente giurisprudenza della Corte EDU esige un approccio comparatistico, in quanto implica sovente l'attitudine a spostare il proprio punto di vista, assumendo quello dello Stato (straniero) chiamato in giudizio. Si può dire che la giurisprudenza della Corte EDU è ottima palestra di comparazione. Infatti, i processualisti che si sono cimentati con i principi della Convenzione europea dei diritti umani e con la correlativa declinazione giurisprudenziale sono stati “naturalmente” caratterizzati dallo straniamento tipico della cultura comparatistica: valga per tutti l'esempio di M. Chiavario che, già con la sua prima monografia (*La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materie penale*, Giuffrè, Milano, 1969) può essere considerato un pioniere della comparazione processuale penale in ambito italiano.

³⁴ Cass. sez. unite, 6 luglio 2016, Dasgupta in CED, Rv. 267488.

In motivazione si citano alcuni precedenti, tutti relativi a ordinamenti stranieri: Corte EDU 3° sezione, 8 luglio 2013, Manolachi c. Roumanie; Corte EDU, 3° sezione, 5 novembre 2011, Dan v. Moldova; Corte EDU, 1° sezione, 27 giugno 2000, Costantinescu v. Romania. Essendosi limitata a citare questi precedenti, non è dato capire in che misura la Corte di cassazione abbia “ragionato” comparativamente, nel tentativo di comprendere se le condanne inflitte a Moldavia e Romania esponessero anche la normativa italiana a una possibile censura sulla rinnovazione del dibattimento in appello. Tuttavia, considerata la conclusione qui essa perviene nell'affermare il principio di diritto, dobbiamo supporre che quel ragionamento sia stato fatto, restando poi inespresso nel testo della sentenza.

³⁵ La normativa processuale italiana è stata successivamente adeguata ai *dicta* della Corte di Strasburgo, recepiti dalle sezioni unite nella sentenza citata alla nota precedente: cfr. art. 603 comma 3-bis c.p.p., novellato da art. 1 comma 58 l. nr. 103 del 2017.

C'è, in conclusione, una duplice ragione che spinge a coltivare lo spirito di comparazione.

La prima ragione è quella, per così dire, tradizionale. Si radica nella passione intellettuale e nella nostra personale curiosità su “come vanno le cose” in altri ordinamenti con i quali riteniamo proficuo confrontarci, per metterci in quella posizione di straniamento capace di farci meglio comprendere le regole e gli istituti del nostro ordinamento: questo vale per la comparazione sia diacronica, sia sincronica e resta un *optional* per il giurista di diritto positivo.

La seconda ragione sta nell'esigenza di osservare e sbrogliare gli intrecci che caratterizzano i rapporti fra sovranità statali nel contesto della “grande” e della “piccola” Europa: questo vale per la sola comparazione sincronica e dovrebbe rientrare nel bagaglio teorico e metodologico di ogni aggiornato cultore di Procedura penale.

CONVENCIONES PROCESALES UN ENSAYO CRÍTICO SOBRE LEGISLACIÓN PASADA, VIGENTE Y PROYECTADA DEL PROCESO CIVIL PERUANO*

PROCEDURAL AGREEMENTS A CRITICAL ESSAY ON PAST, PRESENT AND PROJECTED LEGISLATION OF PERUVIAN CIVIL PROCEDURE

Renzo CAVANI**

Profesor ordinario auxiliar
de la Pontificia Universidad Católica del Perú

* Agradezco a mis amigos Eugenia Ariano y Giovanni Priori por la revisión de una primera versión de este trabajo, y también a Stefan Espejo, gracias a quien pude perfilar mejor las ideas sobre la interpretación del art. IX del Código Procesal Civil peruano de 1993. El presente artículo se publicó originalmente en portugués en el segundo volumen de la obra *Negócios processuais* (JusPodivm, 2019), coordinada por los profesores Antonio Cabral y Pedro Henrique Nogueira, a quienes agradezco por su invitación, paciencia y amistad. Luego de dicha publicación, Jordi Nieva Fenoll tuvo la gentileza de brindarme valiosos consejos y sugerencias que, en la medida de lo posible, procuré implementar. Buena parte de ellos aún siguen dando vueltas en mi cabeza. Esta versión constituye una versión revisada y mejorada de aquel capítulo de libro.

** Profesor ordinario auxiliar en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y docente a tiempo completo en el área «Sistema de Justicia y Solución de Conflictos» de la misma universidad. Miembro del Grupo de Investigación PRODEJUS-PUCP de la misma universidad. Doctorando en el Programa *Doctorat in Dret, Economia i Empresa* de la *Universitat de Girona* (UdG). Investigador en la *Càtedra de Cultura Jurídica* de la misma universidad. Magíster en derecho por la *Universidade Federal do Rio Grande do Sul* (UFRGS). Miembro de la *International Association of Procedural Law* (IAPL), Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP), *Associação Brasileira de Direito Processual* (AB-DPro) e *Instituto Brasileiro de Direito Processual* (IBDP). CEO y cofundador de *Evidence Lab*. Abogado, consultor jurídico y árbitro (contacto: renzo.cavani@pucp.edu.pe).

RESUMEN: El presente ensayo contiene un diagnóstico y una propuesta sobre las convenciones procesales en el proceso civil peruano. Comienza con una aproximación histórica a los orígenes del Código Procesal Civil peruano de 1993, mostrando que esta legislación tiene sus raíces en un modelo en el que el juez tiene grandes poderes y los de las partes fueron claramente recortados. Continúa con un esfuerzo interpretativo para permitir las convenciones procesales (basado en el derecho fundamental a la libertad contractual) y concluye con una breve exposición en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil sobre este tema.

PALABRAS CLAVE: Convenciones procesales, Código Procesal Civil peruano de 1993, poderes del juez, libertades de las partes.

ABSTRACT: This essay contains a diagnostic and a proposal about procedural agreements in Peruvian civil procedure. It starts with a historical approach to the origins of Peruvian Civil Procedure Code of 1993, showing that this legislation has its roots in a model in which the judge has great powers and those of the parties were clearly diminished. It follows with a hermeneutical effort to allow procedural agreements (based on the right of contractual liberty) and concludes with a brief exposition about the project of new Code on this topic.

KEYWORDS: Procedural Agreements, Peruvian Civil Procedure Code, Judicial Powers, Parties' Liberties.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DIAGNÓSTICO: LAS CONVENCIONES PROCESALES EN EL PROCESO CIVIL PERUANO. 2.1. El CPC-93 entre ideología y dogmática. 2.2. El art. IX del Título Preliminar del CPC-93: ¿Imposibilidad de negociación procesal atípica? 2.3. Los negocios procesales típicos en el CPC-93 (con especial énfasis en las convenciones procesales).—3. PROPUESTA: ¿QUÉ CAMINO ADOPTAR? A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL (PRCPC).—4. CONCLUSIONES.—5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

Muchas son las razones por las cuales el tema de los negocios jurídicos procesales merece ser estudiado por los procesalistas hispanoamericanos. Sería posible mencionar por lo menos tres de ellas:

i) La complejidad del abordaje teórico-dogmático, que a su vez puede tener dos dimensiones: (a) en una dimensión teórica se exige que se recurra a la teoría del derecho, específicamente, la difícil *teoría del hecho jurídico* (que, por lo menos en el Perú, se estudia a partir de los trabajos de civilistas sin mucha preocupación con un abordaje aplicable a otras ramas jurídicas); y (b) en una dimensión dogmática se exige un trabajo analítico respecto de las posibilidades interpretativas que ofrece cada particular derecho positivo.

ii) El impacto directo en el clásico debate «garantismo» vs. «publicismo», y, más concretamente, en los espacios del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en el proceso.

iii) Las ventajas que pueden traer los negocios jurídicos procesales tanto para el juez como para las partes, con específica preocupación sobre los límites en cuanto a la validez y a la eficacia.

Mi objetivo con este texto no es desarrollar con profundidad esos asuntos que vienen siendo trabajados a través de importantes esfuerzos doctrinarios¹, sino enfocar la atención en la regulación de las convenciones procesales en el Código Procesal Civil peruano (CPC-93), con la intención de ofrecer una apreciación crítica, sea para estudiosos o extranjeros, de esta parte del derecho peruano. Pero no solo ello: también se trata de contribuir para sentar las bases para una futura reforma legislativa.

De allí la razón por la que el trabajo viene dividido en dos grandes partes: uno *diagnóstico* y una *propuesta*. Para construir el diagnóstico, creo que es indispensable partir de una premisa que será analizada de forma breve, si bien que ella podría constituir un largo ensayo. Dicha premisa, a su vez, se divide en dos dimensiones. El CPC-93, por lo menos desde el cambio legislativo², significó (i) un tránsito entre el «procedimentalismo» y el así llamado «procesalismo» y (ii) un paso de una ideología que apostaba más por una mayor presencia de las partes en el proceso hacia una *marcadamente* publicista, en que hubo un claro declive de los poderes privados y un incremento sustancial de los del juez. La primera dimensión tiene que ver con la modelación de diversos institutos del derecho procesal civil inspirados —directa o indirectamente— en las lecciones de la doctrina italiana «científica» de la primera mitad del siglo xx. La segunda dimensión, a su vez, se refiere a la *división de tareas entre juez y partes*: se apostó fuertemente por un modelo en que el juez pasa a tener amplios poderes de dirección del proceso e instructorios, atribuyéndole el deber principal de prestar tutela a los derechos de las partes, promoviendo la paz social y la justicia, reduciendo drásticamente, para ello, los poderes de las partes sobre el procedimiento, concretamente los espacios de ejercicio de libertad sobre la configuración del procedimiento.

Este panorama, según pienso, es importante para justificar y entender las reglas que dificultan la posibilidad de interpretar a favor de la existencia de una cláusula atípica negocial en el CPC-93, y también para comprender los escasos dejados por el legislador peruano para las convenciones procesales³.

¹ Remito a la doctrina que se ha pronunciado sobre el asunto: Almeida (2015); Ataíde Jr. (2015); Cabral (2018); Carneiro da Cunha (2015); Di Spirito (2017); Didier Jr. (2015 y 2015a); Didier Jr. & Nogueira (2011 y 2015); Godinho (2015); Nogueira (2016). Tuve la oportunidad de coordinar, juntamente con el Prof. Pedro Henrique Nogueira, una obra inédita en el Perú (y, hasta donde llega mi conocimiento, en la literatura en lengua española en general) sobre las convenciones procesales: Nogueira & Cavani (2015).

² Hago mención al cambio legislativo porque las alteraciones en la *cultura jurídica peruana* (sea en la práctica judicial, sea en la práctica forense) luego del CPC-93, requerirían otro tipo de análisis y demostraciones.

³ Para los objetivos de este trabajo, puede servirnos la definición de Cabral (2018: 74): «Convención (o acuerdo) procesal es el negocio jurídico plurilateral mediante el cual las partes, antes o durante el proceso y sin la necesidad de intermediación de ningún otro sujeto, determinan la creación modificación y extinción de situaciones jurídicas procesales, o alteran el procedimiento». Dependiendo de la teoría del hecho jurídico escogida y, también, del concepto de negocio jurídico, es posible que la definición abarque otras figuras, como, por ejemplo, las resoluciones judiciales (cfr. Nogueira, 2016: 199 ss.). Asimismo, nótese que una convención también puede celebrarse mediante una oferta y aceptación distantes en el tiempo, cada una de ellas realizada en actos procesales individualizados (y, como

Es interesante, sin embargo, visualizar que, aun siendo una legislación procesal típicamente publicista, no llegó a sofocar completamente el ejercicio de la libertad de las partes.

No obstante, la construcción de este diagnóstico también es muy útil para reflexionar cuál sería el futuro de la negociación procesal desde un análisis del Proyecto de Reforma del CPC-93 (PRCPC) elaborado por una Comisión nombrada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú, y publicado en 2017⁴, pero que todavía continúa siendo trabajado.

Al final del trabajo, se demostrará que el proceso civil peruano se estaría encaminando hacia una lenta pero progresiva apertura a las convenciones procesales y, más ampliamente, a un espacio más dialogal entre las partes que pueda llegar a amainar la preponderancia del rol del juez en el proceso.

2. DIAGNÓSTICO: LAS CONVENCIONES PROCESALES EN EL PROCESO CIVIL PERUANO

2.1. El CPC-93 entre ideología y dogmática

Si se quisiese emprender un estudio comparado vertical (histórico) respecto del CPC-93 sería posible identificar, como en muchos otros ordenamientos jurídicos, dos elementos que convergieron en la reforma del proceso civil peruano: una *dogmática* y otra *histórico-ideológica*⁵. En ambas dimensiones, por cierto, fueron decisivas las influencias del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino, de 1968, y el Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica, de 1988⁶. La vertiente dogmática no será el foco de atención aquí, pero es posible decir que el CPC-93 en cierta medida buscó acoger teorías y doctrinas de la así llamada «etapa científicista del proceso», correspondiente a la primera mitad del siglo XX, principalmente de Italia. Para entender esto hay que volver la mirada hacia el pasado.

El Código de Procedimientos Civiles peruano de 1912 (CPC-12), como muchas otras legislaciones en otras latitudes y otros tiempos, todavía no había recibido la fuerte influencia de la pandectística germánica a través de Chiovenda y su Escuela, así como el incesante trabajo conceptual, sea teórico (por

es obvio, puede ser expresa o tácita). El mejor ejemplo es el pacto sobre la competencia: se demanda ante un juez territorialmente incompetente, lo cual significa una *oferta* del demandante de llevar a cabo el proceso ante un juez diferente al que la ley manda como regla general (digamos: el del domicilio del demandado) o al que las partes acordaron previamente. En esta hipótesis, la prórroga de la competencia del demandado se efectivizaría cuando acepta expresamente la competencia del juez inicialmente incompetente o cuando no plantea la excepción de incompetencia.

⁴ Ver epígrafe 3.

⁵ Cfr. Abreu (2014). Sin embargo, no estoy de acuerdo con el autor en la afirmación de que se habría dado un tránsito del Estado liberal al Estado social. En realidad, fue tan diferente la evolución del proceso civil en la propia Europa que dicho cambio histórico solo podría ser defendida en ciertas latitudes y a partir de experiencias históricas específicas.

⁶ Hice la comparación respecto del tema de las nulidades en otro texto: Cavani (2014: 81 ss.).

ejemplo: teoría de la acción, medidas cautelares y cosa juzgada), sea dogmático (presupuestos procesales, litisconsorcio, etc.)⁷, que esta desarrolló.

El CPC-12 no tuvo como objetivo la transformación de la cultura jurídica procesal peruana ni mucho menos constituir un monumento legislativo que refleje los avances de la doctrina en aquella época; por el contrario, el esfuerzo se orientó a la reedificación de la legislación para construir un proceso más célere, simple e inteligible y, por tanto, más efectivo que el consagrado en el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852, que era visto como una legislación con reglas y procedimientos extremadamente complejos⁸. En una palabra: fue una *tarea de sistematización*⁹.

Prueba de ello es la Exposición de Motivos del CPC-12, preparada por la Comisión de Reforma Procesal que, en realidad, era una extensa obra de comentarios al entonces proyecto de Código. En lo particular, desde la primera página se aprecia la intención de los reformadores:

«La ley del procedimiento, como lo indica su nombre, tiene por objeto único establecer las reglas de la sustanciación ó la *manera de proceder*, tanto respecto de los que ocurren al juez, como de este y de los funcionarios ó auxiliares que intervienen en el proceso, y de las formas ó actuaciones propiamente dichas. No es objeto de esa ley la organización ó *manera de ser* de ese poder, asunto que concierne á la Constitución del Estado y à la Ley Orgánica del Poder Judicial»¹⁰.

El CPC-12 era un código legalista y formalista, en el sentido que tenía una preocupación especial por regular con detalle las formas de la ley, que apostó decisivamente por la escritura, y en nada quiso innovar en cuanto a la orientación ideológica. Como auténtico heredero del viejo Código de 1852 y, por tanto, con claros vestigios medievales, el CPC-12 podría ser calificado como «privatista» —o, mejor, «liberal»— a partir de datos legislativos específicos, como la flexibilidad para la presentación de pruebas (era opcional acompa-

⁷ Cfr. Raatz & Anchieta (2018).

⁸ El Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852 fue la primera legislación en materia procesal civil de la República del Perú. Hasta ese año, hubo leyes propiamente peruanas sobre la organización del Poder Judicial (por ejemplo, el Reglamento de Tribunales) y decretos orientados a la regulación de la nueva Corte Suprema peruana y el recurso de nulidad. Sin embargo, aun cuando en 1821 ocurriera la Independencia del Perú —materializada bélicamente en 1824— y se haya promulgada la primera Constitución peruana en 1823, muchas leyes españolas que regulaban el derecho civil y el derecho procesal rigieron hasta 1852. En lo que corresponde al proceso, el Libro XI de la Novísima Recopilación de 1805 acogió en gran medida la regulación del proceso de la Nueva Recopilación de 1567 (así como otras leyes y compilaciones), y ambos diplomas tienen como base fundamental el Libro III de las Siete Partidas, texto romanizado e introducido en 1348 como fuente supletoria que, posteriormente, ganara una decisiva relevancia entre los juristas y la práctica forense (cfr. ampliamente, Montero Aroca, 2000). El Código de Enjuiciamientos de 1852 era, por tanto, una derivación de las Partidas y, así, teniendo como fuente una legislación medieval, poseía una construcción procedimental compleja, prolífica en definiciones y formalismos, revelándose, además, muy poco sistemática. Empero —nótese bien— también tuvo como fuente importante de inspiración la práctica forense peruana (Ariano, 1998: 125). A pesar de ello, a juicio de Julián Guillermo Romero, fue un código importante porque sirvió para acabar con la «anarquía de las leyes [españolas] derogadas» (Romero, 1914: xii).

⁹ Romero (1914: xxv).

¹⁰ Comisión de Reforma Procesal (1912: 1).

ñarlas en la petición inicial *ex art.* 308¹¹; y en el caso del instrumento público y de la confesión, podían ser ofrecidas en cualquier estado del proceso *ex arts.* 364 y 409) y la posibilidad de presentar excepciones en segundo grado con la posibilidad de producir pruebas sobre ellas (art. 1103).

Empero, hay aspectos muy importantes que, cuando menos, hacen que el CPC-12 no sea *tan privatista* como se podría pensar. Si bien el juez no impulsaba de oficio el proceso, todo escrito se presentaba ante él, por lo que debía autorizar los actos de parte. Esto significa que sí tenía un control importante sobre ellos. Asimismo, el juez tenía el poder de expedir apremios de detención de las partes (art. 184 ss.), de ordenar pruebas de oficio «que juzgue necesarias» salvo la prueba testimonial y el juramento decisorio (art. 349) y, en general, de intervenir en la práctica de la prueba, como preguntar a testigos (art. 477) y dar instrucciones a los peritos (arts. 495 ss.). A partir de esto podría concluirse, a partir de un análisis rigurosamente legislativo, que el CPC-12 apostó más por un procedimiento flexible *a favor de las partes*, pero no exactamente por un proceso abiertamente controlado por ellas.

El rol del juez del CPC-12 y los poderes conferidos a él, como suena natural, están en las antípodas de un modelo claramente privatista o controlado por las partes, como es el caso del *Codice di Procedura Civile* italiano de 1865, el cual preveía que las notificaciones eran realizadas por las propias partes (art. 39), incluyendo la citación mediante oficial de justicia (art. 135), luego de lo cual se comparecía ante el pretor, siendo posible que haya sucesivas e ilimitadas réplicas y dúplicas entre las partes (art. 165)¹².

Tampoco es posible confundir el CPC-12 con otros aspectos que tienen que ver más con la *cultura jurídica* que con el propio cuerpo normativo. Algunos de ellos, por ejemplo, son la forma cómo la *práctica forense y judicial* recibieron la legislación y cómo trabajaron con ella a lo largo de los años; el hecho de que las principales producciones literarias en la vigencia del CPC-12 sean comentarios exegéticos a la ley procesal, salvo pocas excepciones¹³;

¹¹ La numeración de los artículos pertenece a la versión original.

¹² Para un análisis sobre el *Codice* de 1865 y, en lo particular, sobre el poder de las partes y el rol del juez, cfr. Taruffo (1980: 115 ss.).

¹³ Cfr. Alzamora (1953, que fuera su tesis de doctorado en derecho sobre la teoría de la acción procesal; 1953a, con ediciones posteriores en 1959, 1965, 1967, 1975 y 1981; y 1966, con una edición posterior en 1968). Es curioso notar que Mario Alzamora Valdez no puede ser catalogado rigurosamente como un procesalista. Graduado en filosofía y derecho, tenía una fuerte formación filosófica al punto de escribir sobre temas profundos de esta materia (por ejemplo: fenomenología, metafísica, filosofía tomista, etc.). En el campo del derecho, escribió libros sobre introducción al derecho, filosofía del derecho, derecho constitucional, derecho municipal, derechos humanos, además de las obras sobre derecho procesal citadas, donde mostraba conocimiento de notorios representantes de la doctrina procesal italiana, francesa, alemana, portuguesa y argentina de la primera mitad del siglo XX, y también de diversas legislaciones extranjeras. Alzamora fue el primer jurista peruano en tratar sistemáticamente los conceptos de proceso, acción y jurisdicción, y otros institutos de la teoría del proceso, los comentarios exegéticos sobre la legislación procesal vigente y, además, fue un gran defensor de la necesidad de la reforma estructural del código en la línea de las propuestas chiovendianas (véase al respecto los elogiosos y conmovedores homenajes de diversos juristas peruanos que, hoy, ya son consagrados: VVAA, 1988: 685 ss.). Todo este programa fue plasmado en su clásico libro *Derecho procesal civil: Teoría*

o si es que la enseñanza del derecho procesal en las universidades consistió fundamentalmente en la repetición y/o memorización de las reglas legales y números de los artículos¹⁴.

En efecto, si acaso la práctica forense y judicial peruana a lo largo del siglo XX se caracterizó por la chicana y la dilación de los procesos, por el uso indebido de la flexibilidad para los actos de postulación o para las pruebas, por el abuso de los pedidos de nulidad en sede recursal o por la deficiente organización del Poder Judicial en los juzgados civiles (con los secretarios dueños de un gran poder en la tramitación de la causa, lo que terminaba por distanciar a las partes del juez)¹⁵, es dudoso responsabilizar por todo ello, aunque sea parcialmente, al CPC-12¹⁶.

Tampoco es posible entender, como lo hace una parte de la doctrina peruana, que el CPC-12, por el hecho de ser una legislación «procedimentalista», sería una «copia actualizada» de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881¹⁷ y, *simultáneamente*, que cargaría una vena privatista del modelo francés (esto es, del *Code de Procédure Civile* de 1806), afirmando inclusive que este habría sido, con variantes, un antecedente directo del proceso español hasta 2000 y de los códigos sudamericanos del siglo XX, incluyendo el peruano.

La LEC de 1881 se inspiró, como es claro, en la legislación española previa, incorporando elementos del derecho común de las Siete Partidas que subsis-

general del proceso, típico libro de introducción al derecho procesal, cuya primera edición es de 1953 (es sintomático que casi no existan citas de autores peruanos). La continuación de esta obra es el libro *Derecho procesal civil: teoría del proceso ordinario*, cuya primera edición es de 1966. Allí pasa a realizar una exposición sistemática de los principales institutos procesales regulados por el CPC-12, pero, fiel a su estilo, rechaza el método exegético y trabaja intensamente con referencias históricas del derecho español y del Código de 1852, así como de la doctrina y derecho extranjero — tanto el vigente y también el antiguo, buscando comprender mejor las particularidades de nuestra legislación. El papel de Alzamora Valdez fue expresamente reconocido, en 1987, por Monroy Gálvez (2017: 124-126). Por cosas de la vida, Alzamora falleció en 1993, en el mismo año en que entró en vigor el CPC.

¹⁴ Monroy Gálvez (2010: 13) afirma que el *proceso civil peruano bajo la vigencia del CPC-12* era formalista, anacrónico y elitista. Aunque no existen datos empíricos precisos, con esta afirmación sería posible concordar solo si es que se refiere a la *cultura jurídica peruana*, de la cual el CPC-12 no es más que un engranaje.

¹⁵ Aunque esto obedece más a un conocimiento *experiencial* y no *empírico*. Como es claro, solo el segundo sirve para dar sustento a afirmaciones, sobre todo cuando se escribe en textos académicos.

¹⁶ Curiosamente, en un texto reciente, Monroy Gálvez, afirmó que «nada de lo malo que ha ocurrido en nuestro sistema judicial en los veinticinco años de vigencia del CPC le es atribuible a este. Si esa afirmación fuera cierta, así lo creo, es evidente que la sustitución [del Código] no es una necesidad actual» (2018: 4). Cabría preguntarse, entonces, por qué el mismo autor, con tanta dureza, justificó la necesidad de la reforma de inicios de la década de los noventa culpando al viejo código. Sin embargo, existiendo hoy una innegable crisis en la justicia civil peruana, según el autor, el código vigente quedaría «libre de toda culpa» (p. 4).

¹⁷ Monroy Gálvez (2009a: 8).

¹⁸ Monroy Gálvez (2009: 17). Dicha afirmación ya estaba presente en un texto del autor que data de 1988, diciendo que el CPC-12 se encuentra «sólidamente sustentado en los fundamentos de la llamada Filosofía Individualista, es decir, es expresión de la concepción liberal emanada de los postulados de la Revolución Francesa» (Monroy Gálvez, 2010: 88).

tieron en —y pasaron a través de— la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855¹⁹. Sin embargo, una simple lectura del CPC-12 que vaya más allá de la estructura de las secciones y capítulos iniciales, revela que no es, ni por asomo, una «copia actualizada» de aquella. Las hoy derogadas legislaciones española y peruana compartieron un fuerte núcleo medieval, un apego a dejar menos campo al arbitrio judicial²⁰, pero tuvieron grandes matices producto de muchas otras circunstancias culturales locales que no pueden ser olvidadas.

Además de ello, la Partida III colocó a las partes como «señores de los pleytos»²¹, esto es, como titulares del derecho discutido y del cauce por el cual este debía discurrir. De allí que sea muy natural que las partes dispongan de una gran amplitud de medios de ataque y defensa a fin de que el pleito sea concluido definitivamente²². Pero todo ello proviene de la herencia del derecho común hispánico, que dio origen, en el siglo XIII, a las Siete Partidas. No sería posible, como es claro, hasta por una consideración cronológica, equiparar ese contexto medieval-hispánico con el liberalismo de la revolución francesa y de los códigos napoleónicos —que pretendieron *romper* con el pasado medieval²³—, específicamente con el *Code de Procédure Civile* de 1806 y sus derivaciones directas, como la inmensa mayoría de los códigos procesales en la Italia de la restauración luego de la ocupación napoleónica y el *Codice di Procedura Civile* italiano de 1865²⁴, o inclusive las legislaciones visiblemente

¹⁹ Montero Aroca (2000: 594 ss.). Esclareciendo que la LEC de 1881 proviene directamente de la LEC de 1855, pero con la adición de nada menos que 767 artículos, cfr. Manresa y Navarro (1881: 10).

²⁰ Manresa y Navarro (1881: 10).

²¹ Montero Aroca (2000: 586).

²² Montero Aroca (2000: 586-587).

²³ Más allá que, en el específico caso del *Code de Procédure Civile* de 1806, a pesar de haber derogado todas las leyes, costumbres, usos y reglamentos sobre el proceso civil (ver art. 1041), efectivamente lo haya conseguido. En realidad, el *Code* significó, en buena medida, una continuidad de la vieja *Ordonnance Civile* de 1667, aunque, eso sí, con innovaciones importantes (como en el caso de la nulidad procesal) orientadas a simplificar el rito. La auténtica preocupación de los revolucionarios giró en torno a la completa implementación del *Code Civile*, el combate de algunas prácticas, como la chicana y los excesivos costos y, sobre todo, en el desmantelamiento del sistema de justicia del *Ancien Regime* (Wijffels, 2005: 26, 31).

²⁴ Destacando la profunda vena francesa en Italia, cfr. Taruffo (1980: 55 ss.). Hay, sin embargo, un tema importante. El art. 254 del *Code* preveía la posibilidad de ordenar prueba de oficio: «*Le tribunal pourra aussi ordonner d'office la preuve des faits qui lui paraîtront concluans, si la loi ne le défend pas*». Esto, sin embargo, no puede entenderse como un poder instructorio fuerte del juez. En efecto, este artículo se encontraba en el título XII «*Des Enquêtes*», esto es, la prueba testimonial, por lo que solo se restringe a esta. En este ámbito, según Loret, «este poder está fundado en la máxima que los jueces pueden ordenar todas las pruebas y exigir toda información aptas para esclarecer su opinión» (1812: 118). Asimismo, debía leerse de conformidad con la regulación del *Code Civile* (arts. 1341 y ss.), en donde no podría ordenarse una prueba testimonial respecto de convenciones realizadas entre las partes y plasmadas en documento (frente a un notario o no) respecto de cualquier acto que involucre la suma de 150 francos o más. Esto, para la ley, era un *hecho concluyente*, sobre el cual no cabía prueba testimonial. Pero no solo ello. Tal como ejemplifica Boitard, si se reclamaba una suma de 10.000 francos y el demandado negaba el hecho, la prueba del hecho era concluyente: la ley prohibía la prueba testimonial, pero el demandado podía no invocar dicha prohibición y consentir que se realice dicha prueba. Frente a la posibilidad que los jueces se nieguen a ello, Boitard señala que debía prevalecer la libertad de las partes (Boitard, 1854: 468-469).

influenciadas tales como la *Zivilprozessordnung* alemana de 1877²⁵. Más bien, si es que hubo una legislación que, por fuerza de la tradición del viejo juicio ordinario, no recibiera la profunda influencia del modelo francés, fue precisamente la LEC de 1855, cuya base fue la misma que la LEC de 1881²⁶. Aquí habría pesado más la vieja tradición.

Así, afirmar que el CPC-12 en el Perú es «copia» de la LEC de 1881 y que también (o por tal razón) tendría inspiración en el modelo francés solo por el hecho de que ambas legislaciones, en mayor o menor medida, hayan consagrado un modelo con mayor prevalencia de las partes frente al juez (más, por cierto, el CPC-12 que su par español, pero lejos del *Code de Procédure Civile* o sus derivaciones italianas), me parece un anacronismo y una exagerada simplificación. Peor aún: podría llegar a ser una manipulación ideológica para justificar los avatares del CPC-93.

El CPC-12, a lo largo de su vigencia, sufrió diversos cambios²⁷ y otras leyes ya revelaban una progresiva asunción de una tendencia hacia el incremento de los poderes del juez²⁸. No obstante, la reforma procesal de 1993 abrazó profundamente el así llamado «publicismo», reflejado en la preponderancia de los poderes del juez sobre los de las partes²⁹ que sufrieron una muy severa reducción, al punto de llegar, inclusive, a afectar el derecho al contradictorio³⁰. El juez pasa a ser el gran actor del proceso, con un fuerte

²⁵ Cfr. Beneduzi (2015: 21), quien afirma que la ZPO no es un mero subproducto del *Code* de 1806.

²⁶ Montero Aroca (2000: 598-599).

²⁷ Las principales fueron la del Decreto Ley N.º 20236, de 1973, el Decreto Legislativo N.º 127, de 1981 (ninguno de ellos alteró la sustancia) y el Decreto Ley N.º 21773, de 1977, que introduce el impulso de oficio.

²⁸ Un caso paradójico es el proceso agrario peruano. Luego de la reforma agraria de 1969 ordenada por el gobierno militar (Decreto Ley N.º 17716, que sustituyó la tímida ley de reforma agraria de 1963), que llevó a la confiscación de las tierras de los hacendados en el país entero en favor de sus trabajadores, se creó un fuero agrario que funcionó como una auténtica jurisdicción independiente, con una ideología muy diferente al proceso civil común. Por ejemplo, más allá de un proceso muy sumario en cuanto a los plazos y oral en su estructura, se debían aplicar oficiosamente las normas favorables a los campesinos (art. 154 § 2 del Texto Único Concordado del Decreto Ley N.º 17716) y el juzgado debería ordenar cualquier prueba que considere pertinente, inclusive inspecciones judiciales de oficio sin citación de las partes (art. 165 §§ 2 y 6). Cfr. Dongo Denegri (1986: 596 ss.).

²⁹ Pero el CPC-93 también estableció diversas reglas que impiden recurrir contra diversas resoluciones interlocutorias (algunas de ellas muy graves para el proceso, como ordenar una prueba de oficio – art. 194) y muchos poderes discrecionales, como, por ejemplo, salvo previsión expresa de ley, poder determinar si la apelación de autos tendrá o no reserva de trámite (art. 369 CPC – sobre el punto, cfr. Cavani, 2018: 114 ss.).

³⁰ Es el caso, por ejemplo, del art. 637 § 1, que ordena que la medida cautelar debe ser concedida o denegada *sin* escuchar a la otra parte, *en cualquier hipótesis*, salvo el caso de la medida de administración provisional de la empresa (art. 670) y otras disposiciones especiales que solo fueron plasmadas muchos años después (por ejemplo: art. 15 § 3 del Código Procesal Constitucional, en lo que toca a la tutela provisional orientada a suspender efectos de actos administrativos emitidos en el contexto de legislación municipal o regional, y el art. 159 inc. 5 del Código Tributario, en el caso de tutela provisional para suspender los efectos de la ejecución administrativa). En el caso del proceso de ejecución, el art. 700 (hoy art. 690-D), frente a la orden ejecutiva de cumplimiento de la obligación, prevé la reducción de las defensas del ejecutado mediante la contradicción, sin reconocer la posibilidad de un proceso plenario posterior.

papel de dirección (art. II)³¹, responsable por resolver el conflicto de intereses con relevancia jurídica, efectivizando los derechos sustanciales y traer «paz social con justicia» (art. III)³² y de promover la igualdad efectiva entre las partes (art. VI)³³. Por tanto, el proceso incorpora la protección del interés del Estado en la solución de conflictos, sobreponiéndose al interés de las partes, ya que el proceso privado sería «signo de obsolescencia grave o aguda, según se mantengan vigentes ordenamientos estrictamente ceñidos a las tesis decimonónicas del liberalismo individualista, o a los postulados romano-canónico-comunes del *ordo iudiciorum privatorum*»³⁴. Esto tal vez no llegue a sorprender del todo porque el CPC-93, rigurosamente, fue elaborado en una etapa *preconstitucional*: es anterior a la Constitución de 1993 y, en general, a la constitucionalización del ordenamiento jurídico que recién, en el Perú, operó por labor del Tribunal Constitucional a partir del año 2000, luego de la caída del régimen dictatorial de Alberto Fujimori.

El CPC-93 vio la opción por el «publicismo» —y, también, por el «cientificismo» en la positivización de los institutos procesales— como una «necesidad histórica» e, inclusive, según uno de los juristas que participaron más activamente en su elaboración y que más ha defendido la entonces nueva legislación, esta significó un «salto de etapas» y, además, que podía contribuir para promover el «pasaje de un Estado liberal hacia un Estado social» y transformar la realidad del juez burócrata y formalista por un garante de la justicia que interprete el enunciado desde la perspectiva de los valores³⁵.

Lo cierto es que cuando mínimo es muy dudoso hablar de un «salto de etapas» si es que, en líneas generales, el tránsito a nivel dogmático e ideológico también se habría experimentado en otras experiencias jurídicas. El Perú, en realidad, habría llegado a sentir muy tarde los *vientos del publicismo*. Desde este punto de vista, al menos, el CPC-93 se muestra como un código viejo. Asimismo, no queda muy claro cómo es que una legislación procesal civil podría contribuir para un cambio de una magnitud tan grande que, más bien, tiene que ver con transformaciones políticas, sociales y económicas muy sensibles. Finalmente, es válido preguntarse si acaso el CPC-93 no habría contribuido

³¹ «§ 1. La dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo con lo dispuesto en este Código. § 2. El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código».

³² «§ 1. El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. [...]». Es verdad que el art. III habla de «fines del proceso», pero aquí el proceso es claramente medio para que el Estado, por medio del juez, imponga su autoridad. Se trataría, más rigurosamente, de «fines de la jurisdicción» como interés público, sobrepuesto a los intereses privados, de solucionar el conflicto.

³³ «Párrafo único. El Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso».

³⁴ Monroy Gálvez (1996: 71).

³⁵ Monroy Gálvez (2018: 5).

por reforzar el burocratismo. En todo caso, hace falta muchos datos para sacar todas estas conclusiones.

2.2. El art. IX del Título Preliminar: ¿imposibilidad de negociación procesal atípica?

La exposición anterior, en donde se echó un vistazo hacia el pasado para esclarecer aspectos importantes del papel del CPC-12 y del surgimiento del CPC-93, sirve para poder entender las particularidades de la legislación vigente. En efecto, a partir de las características antes analizadas de esta, se muestra muy natural su artículo IX:

«§ 1. Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.

§ 2. Las formalidades previstas en este Código son imperativas.

§ 3. Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, este se reputará válido cualquiera sea la empleada».

Sería bastante común entender que las normas que se extraen de estas disposiciones normativas impedirían que las partes puedan sobreponer sus propias normas procesales convencionales a las normas previstas por la ley. Estas son imperativas e inderogables, lo cual es muy diferente, por ejemplo, del art. 190 del Código de Proceso Civil brasileño de 2015, que, expresamente, autoriza a las partes a cambiar el procedimiento «para ajustarlo a las especificidades de la causa»³⁶. Juntamente con el art. II, III y VI, el art. IX termina por delinear la base ideológica del CPC-93: con el juez como protagonista del proceso, las normas procesales pasarían a ser de *orden público* y, por consiguiente, *imperativas* e *inmodificables* por las partes por medio de la negociación³⁷.

De ahí, por ejemplo, que ni siquiera los plazos (o la falta de ellos) estén a disposición de las partes. Dice el art. 146 CPC-93: «Los plazos previstos en este Código son perentorios. No pueden ser prorrogados por las partes con relación a determinados actos procesales. La misma regla se aplica al plazo judicial. A falta de plazo legal, lo fija el Juez». He aquí una muestra más de

³⁶ Y también, recientemente, con nítida inspiración brasileña, el art. 14 del Proyecto de Reforma de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino: «Acuerdos procesales. § 1. Las partes pueden celebrar, en procesos donde se debatan derechos disponibles y en tanto no concurriera una inobservancia del orden público, acuerdos procesales que puedan determinar una modificación de las normas procesales. § 2. Tales acuerdos podrán adecuar el proceso a las particularidades del conflicto y especificar el alcance de las cargas, facultades y deberes procesales de las partes. § 3. De oficio o a requerimiento de parte, el juez controlará la validez de los acuerdos debiendo negar su aplicación en los casos en que lo pactado resulte nulo, suponga un abuso del derecho o importare el sometimiento a un contrato de adhesión».

³⁷ Por más que, en mi opinión, ello esté absolutamente injustificado, en la línea de lo que defiende Cabral (2018: 168 ss.).

férreo carácter publicista del CPC-93: aun no existiendo plazo legal las partes no podrían negociar; solo puede fijarlo el juez.

Una interpretación del art. IX § 3 llevaría a concluir que el juez está autorizado a modificar el procedimiento, dado que podría *adecuar las formalidades* a los fines del proceso (que serían los del art. III). No obstante, rigurosamente, en el sistema jurídico peruano el juez no posee dicho poder ya que existe la garantía del procedimiento (para las partes) prevista en el art. 139 inc. 3 § 2 de la Constitución peruana: «Ninguna persona puede ser [...] sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos». Partiendo de la premisa de que quien diseña el procedimiento es el legislador, el juez no podría modificarlo *motu proprio*. Todo parece indicar, pues, que esta «adecuación de las formalidades» por parte del juez tiene que ver directamente con la *validez de los actos procesales* cuando no exista forma legal para practicarlos. Sin perjuicio de ello, aun cuando exista forma legal —y aun si estuviese acompañada de conminación expresa de nulidad— sería posible evitar la invalidación del acto (*vid.* arts. 171 y ss.³⁸).

Pero yendo más allá del tema de las nulidades procesales, es oportuno cuestionarse si, más allá de existencia de normas *expresamente* permisivas (ver el siguiente ítem en que se hable de los negocios procesales típicos)³⁹, en todo aquello *no previsto* por norma o formalidad expresa, las partes podrían celebrar convenciones procesales, esto es, si es que pueden negociar. Una segunda pregunta sería si estas convenciones pueden *vincular* al juez y, de ser el caso, de qué manera lo harían⁴⁰.

Una respuesta a la primera pregunta podría partir del *modelo* en el que se inspiró el CPC-93, afirmando que el «espíritu de la ley» revela una auténtica *apropiación* de la conducción del proceso por el juez, dada la superación del *modelo* privatista del CPC-12 y, por tanto, que las partes no podrían tener ninguna injerencia más allá de lo que la propia ley *expresamente* establece. Asimismo, también podría afirmarse que, siendo el derecho procesal una especie del derecho público, todo lo que no está permitido está prohibido y, por ello, no habría margen para la autonomía de las partes.

Pienso, sin embargo, que existen buenas razones para defender soluciones radicalmente distintas. Por ejemplo, aun habiendo adoptado un modelo fuertemente publicista, el CPC-93 no afectó las libertades de las partes sobre

³⁸ Sobre el asunto en el CPC-93, ampliamente, Cavani (2014: 285 ss.). Las normas más importantes residen en los arts. 172 §§ 2 y 4 («Hay también convalidación cuando el acto procesal, no obstante carecer de algún requisito formal, logra la finalidad para la que estaba destinado»; «No hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal») y en el art. 174 («Quien formula nulidad tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado. Asimismo, acreditará interés propio y específico con relación a su pedido»).

³⁹ Entiéndase por «norma expresa» o «explícita» aquella que puede ser directa e inmediatamente reconstruida de una disposición normativa.

⁴⁰ Por lo menos en mi experiencia, tales problemas no han sido colocados en la práctica forense peruana, pero no tengo cómo demostrar esa afirmación en una perspectiva general.

el objeto litigioso y sobre las postulaciones procesales (salvo el espinoso tema de la prueba de oficio)⁴¹. Cabría cuestionar, por tanto, lo siguiente: El principio de dirección del proceso, el deber de proteger los derechos sustanciales y de promover la paz social con justicia o la «socialización del proceso» son normas que, como fue visto, más allá de delinear el modelo publicista peruano, ¿también pueden ser consideradas como criterios interpretativos para empequeñecer la libertad de las partes? Y, si acaso no fuese así, ¿cuál sería entonces el *fundamento normativo*⁴² para negar la posibilidad de negociar evitando recurrir genéricamente al «modelo»? Por lo menos en las normas del propio CPC-93, siendo un código claramente publicista, no llego a percibir tal fundamento.

Más bien, si es que hablamos de convenciones procesales y libertad de negociación de las partes, el fundamento para defenderlas estaría precisamente en la *libertad de contratar* reconocida en el art. 62 § 1 de la Constitución («La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase [...]»), tal como se suele hacer para los negocios jurídicos de derecho material⁴³⁻⁴⁴.

Si se interpreta el fragmento normativo del art. IX «*salvo regulación permisiva en contrario*» de conformidad con la norma constitucional que consa-

⁴¹ Conforme: Ariano (2003: 9). El proceso se inicia solo por iniciativa de parte (art. IV) pero tiene una excepción: el juez puede iniciar un proceso cautelar de oficio (proceso que es estructuralmente autónomo) para otorgar una pensión alimenticia cuando el vínculo de filiación sea indubitable (art. 675-A) y el autor no lo haya solicitado. Asimismo, existe el deber del juez, en su decisión, de no ir más allá del pedido y de los hechos alegados por las partes (art. VII), consagrándose la congruencia, la prohibición de conocimiento privado y la prohibición de la *reformatio in peius* (art. 370 § 1). Naturalmente, las partes pueden celebrar negocios jurídicos materiales en el proceso, que conducen a una sentencia sobre el mérito (conciliación y transacción); pueden, también, alterar libremente la eficacia de la norma jurídica concreta contenida en la sentencia que ordena una pretensión, con excepción de la transacción (art. 339); y, como es claro, tienen libertad de realizar negocios jurídicos procesales que pueden conducir a la extinción del proceso sin decisión de mérito o por sentencias de mérito, como el caso del reconocimiento del pedido o pretensión (allanamiento y reconocimiento), desistimiento del proceso o de la pretensión, etcétera.

⁴² Sobre el asunto, aun cuando no sea sobre el proceso peruano, cfr. Cabral (2018: 162).

⁴³ A esta conclusión contribuye sobremanera la posibilidad de construcción de una teoría del hecho jurídico que permita abarcar *tanto el plano material como el procesal*, y que el primero no esté reducido al derecho civil, como, por ejemplo, es el caso de Pontes de Miranda (1954) y Marcos Bernardes de Mello (2014). Esto, a mi juicio, permite reivindicar la presencia e importancia de la autonomía de la voluntad en la negociación procesal.

⁴⁴ De hecho, también sería posible interpretar que las normas sobre la libertad de contratar y prohibición de ser desviado del procedimiento permitirían, realmente, que las partes puedan negociar inclusive en contra de normas expresas imperativas del CPC-93. Esto se vería claramente potenciado a partir del entendimiento del proceso como garantía y, por ello, que la negociación de las partes, en ejercicio de su libertad, llevaría a tener una mayor protección frente al poder jurisdiccional. Con ello, podría ser derrotada la norma del art. IX por existir una antinomia con el sistema constitucional. Este argumento, sin embargo, lo dejaré para otra oportunidad. En este texto me abrazaré una interpretación bastante plausible, aunque menos ambiciosa.

gra la libertad de contratar, la conclusión podría estructurarse a partir de lo siguiente:

a) Las normas *expresas* que imponen obligaciones, prohibiciones o consagran formalidades son inderogables por convención⁴⁵;

b) Las partes pueden negociar si existen normas *expresas* permisivas que así lo autoricen (ver siguiente ítem);

c) Las partes pueden negociar si no existen normas *expresas* que imponen obligaciones o consagran formalidades y aun cuando no existan normas *expresas* permisivas.

Por esta razón no creo que sea atendible un contraargumento consistente en entender que el derecho procesal civil integra el derecho público y que, por tanto, no podría interpretarse *pro libertatis*. Es indiscutible que el derecho procesal civil (entendido como *fragmento del sistema jurídico*, y no el *proceso*, que es *garantía* para las partes que trasciende la esfera estatal) conforma el *derecho público* debido a la presencia del órgano jurisdiccional. Sin embargo, es altamente dudosa una aplicación del así llamado «principio de legalidad» —o, por lo menos, una de las dimensiones de este— que limita, por ejemplo, la actuación de la Administración Pública con relación a los administrados, según el cual aquella solo puede hacer *exactamente* lo que la ley permite y *nada más que eso*.

En primer lugar, la legalidad es, antes que nada, una *garantía* para el ciudadano de que el Estado-administrador solo actuará dentro del marco que la ley expresamente autoriza; de lo contrario, quedarían afectadas las macrogarantías de la libertad y seguridad jurídica. Siendo *garantía* y, por tanto, orientada *siempre* para contener el poder del Estado, la legalidad en la actuación del poder le aplica solo a este y *nunca* al ciudadano. En segundo lugar, en el derecho peruano no es posible sustentar la existencia de la norma «*todo lo que no está permitido está prohibido*» que pueda ser aplicable al ciudadano —incluyendo a las partes en un proceso civil— ya que la propia Constitución peruana, al consagrar el derecho-garantía de libertad, dispone exactamente lo contrario. Reza el art. 2 inc. 24, a): «*nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*». Así, no es posible construir una norma explícita o implícita que prohíba que las partes negocien sobre aquello que no esté expresamente normado por las normas infraconstitucionales del CPC-93.

Un punto importante es que el objeto de negociación por las partes reposa en las situaciones procesales *de las que ellas sean titulares*. Quedarían exclui-

⁴⁵ Ello sin perjuicio de que esto también está sujeto a interpretación y que se podría elaborar un argumento en donde la libertad (de contratar), además de ser una norma de primer grado, también podría constituirse como una *norma de segundo grado*, en el sentido de ser un metacriterio que orienta la interpretación de disposiciones normativas. Este argumento, a nivel teórico, es ensayado por Humberto Ávila (2019: 12 ss.) y a nivel dogmático, referido a la legislación brasileña, por Cabral (2018: 161 ss., 288 ss.). Desarrollar este argumento me parece bastante posible, pero requeriría de una justificación más profunda.

das, por tanto, las situaciones procesales de las que otros sujetos procesales son titulares, como partes que no suscriben dichas convenciones⁴⁶. Esto sería la legislación *ad actum*: independientemente de los efectos jurídicos producidos por las convenciones, «todo acto de disposición debe partir del sujeto que es titular la situación procesal, o al menos de aquel que se afirma ser su titular. Las partes solo están autorizadas a deliberar sobre situaciones jurídicas que estén en su esfera de autonomía»⁴⁷.

Así, si partiésemos de la premisa que efectivamente existen espacios de ejercicio legítimo de autonomía de las partes, aun en el contexto de un modelo fuertemente publicista como el peruano, el juez habría de encontrarse *vinculado* a la norma convencional, exactamente como lo está frente a la norma legal, esto es, las normas extraídas de documentos autoritativos expedidos por órganos estatales con competencia para ello⁴⁸. Nótese que esto no quiere decir que el juez, debido a su posición como órgano judicante, no pueda controlar la validez y eficacia del negocio o de la convención⁴⁹. Como todo acto jurídico, tiene inclusive el *deber* de hacerlo. Aún más, habrá algunas convenciones para cuya eficacia el juez debe dar su autorización o conformidad (aquí estaríamos ante un poder discrecional), otros en que esta no sería requerida y, finalmente, aquellos en que estaría restringida (como, por ejemplo, en el pacto de la competencia territorial). Como veremos en el siguiente ítem, esta vinculación (con o sin autorización) no es nada extraña en varios de los negocios y convenciones procesales típicas del propio CPC-93.

2.3. Los negocios jurídicos procesales típicos en el CPC-93 (con especial énfasis en las convenciones procesales)

El fuerte publicismo consagrado en la propia base del CPC-93 no presupone que los espacios de autonomía de las partes —más allá de los que tienen que ver con el principio dispositivo— hayan sido abolidos. Muy por el contrario, el legislador dejó diversos espacios para que las partes puedan acordar sobre puntos específicos del procedimiento. Seguidamente, conviene enumerar las hipótesis legales más importantes:

a) Prórroga tácita de la competencia territorial, sea por escrito (art. 25) o tácitamente (art. 26). La única hipótesis en que la competencia territorial no es prorrogable sería en materia de sucesiones, en que el juzgado competente es el del último domicilio del fallecido (art. 19).

⁴⁶ Cabral (2018: 307). El autor coloca el ejemplo de situaciones de las que el juez es titular, tales como su deber de conducirse con imparcialidad, su deber de controlar la validez y eficacia de la convención, su poder de imponer multa, su deber de fallar según la carga de prueba (más allá que se pueda pactar sobre cómo esta debe ser distribuida). Aunque sean argumentos bastante atendibles, me parece que esto requeriría una reflexión adicional que no podrá ser elaborada aquí.

⁴⁷ Cabral (2018: . 305).

⁴⁸ Sobre el tema, cfr. Cabral (2018: 255 ss.).

⁴⁹ Cabral (2018: 257 ss.).

b) En el caso de sucesión procesal, la parte que enajenó el bien litigioso puede pedir ser excluida del proceso, lo cual está condicionado a la aceptación de la contraparte (art. 108 § 1 inc. 3).

c) La lengua del proceso será el español, salvo que la ley diga lo contrario o, a falta de ella, que las partes pidan que sea el quechua o el aimara, siempre que sea autorizado por el juez (art. 130, párrafo único, inc. 7).

d) Cuando la duración de la realización de actos procesales así lo exige, o cuando se trate de actuaciones urgentes cuya demora puede perjudicar una de las partes, cualquiera de ellas puede pedir la habilitación de sábados, domingos o feriados u horas diferentes al intervalo entre las 7hrs y 20hrs (arts. 141 y 142).

e) Los hechos incontrovertidos, sea por aceptación expresa o por silencio, respuesta evasiva o negativa genérica (art. 442 párrafo único, inc. 2) llevan a la no necesidad de producir prueba sobre ellos (art. 190 § 2, inc. 1 y 2).

f) Las partes pueden pedir la suspensión del proceso, pero debe existir aprobación judicial y solo puede ser solicitada una vez en cada grado de jurisdicción, y en ningún caso puede tener una duración mayor a dos meses (art. 319).

g) A pesar de que la audiencia de conciliación haya sido suprimida del procedimiento, privilegiando, para las pretensiones sobre derechos disponibles, un procedimiento prejudicial frente a un conciliador privado (la conciliación extrajudicial), si ambas partes así lo requiriesen el juez puede convocar a audiencia de conciliación (art. 324 § 1).

h) Solo es admisible el desistimiento de la pretensión antes de la sentencia de primera instancia, salvo que sea convencional, esto es, que la otra parte dé su aceptación (art. 342 § 2).

i) Después del emplazamiento, solo es admisible el desistimiento del proceso con la concordancia expresa o tácita del demandado (art. 343 § 1).

En casos de abandono, existe renuncia a este si, luego de cuatro meses de inactividad, el beneficiado realiza un acto de impulso del proceso (art. 384 § 2).

j) Es admisible la convención sobre renuncia a recurrir contra las decisiones sobre el mérito (sea de primera o segunda instancia), siempre que sean respetados algunos requisitos tales como la renunciabilidad del derecho que sustenta la pretensión, y no se afecte el orden público, las buenas costumbres o norma imperativa (art. 361).

k) En el caso del proceso de ejecución de garantía real, el ejecutante debe ofrecer en la demanda la tasación comercial (art. 720, incs. 3 y 4). Sin perjuicio de ello, ya en la fase de la ejecución forzada (porque, en el Perú, el proceso de ejecución de título extrajudicial tiene una fase de cognición sumaria en que no existen actos de ejecución), el juez ordena una tasación para el futuro remato (art. 728 § 1). Las partes pueden acordar sobre el valor del

bien, para evitar una nueva tasación, pero, aun así, si discrecionalmente el juez considera que el valor acordado está desactualizado, puede ordenar la tasación mediante resolución inimpugnable (art. 729 § 1).

Como puede verse, existe una fuerte presencia del juez para *autorizar discrecionalmente* el propio negocio jurídico o convención, además de hacer un control regular de la validez y eficacia, lo cual redundaría en la consagración del elemento publicista en detrimento del poder de las partes. Solo a guisa de ejemplo, existe una gran rigidez para que el demandante modifique o amplíe su demanda, lo cual solo puede ser realizado hasta antes del emplazamiento (art. 428 — salvo el caso de pedidos accesorios, que pueden ser formulados hasta antes del saneamiento, según el art. 87 § 3) y la oportunidad de ofrecimiento de pruebas, lo cual debe ser realizado solo en los actos postulatorios (art. 189 — salvando la posibilidad de introducción de hechos y pruebas nuevas hasta la organización de la causa o en el recurso de apelación de la sentencia *ex arts.* 429 y 374). Llama también la atención la cantidad de restricciones que coloca el art. 332 para viabilizar el reconocimiento de la fundabilidad del pedido o de la pretensión en general incluyendo la verdad de los hechos (que, en un lenguaje ambiguo del CPC-93, sería el «allanamiento» y el «reconocimiento», respectivamente). No obstante, a pesar de todo esto, *sí hay un espacio de libertad explícito en la negociación procesal.*

3. PROPUESTA: ¿QUÉ CAMINO ADOPTAR? A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL (PRCPC)

En 2016, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú creó un Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Decreto Legislativo N° 768 (la norma que aprobó el CPC-93)⁵⁰. En noviembre de 2017, el Grupo de Trabajo hizo entrega de un proyecto que traía diversas modificaciones y, en marzo de 2018, el Ministerio dispuso su publicación para conocimiento de la comunidad académica y un plazo de treinta días para enviar comentarios o sugerencias. Tiempo después, el proyecto siguió siendo trabajado y acabó por convertirse en un Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil⁵¹.

Comentarlo *in extenso* este proyecto no es posible; sin embargo, en líneas generales pretendo identificar algunos aspectos que lo caracterizan:

⁵⁰ El Grupo de Trabajo fue presidido por el profesor Giovanni Priori y tuvo como miembros los profesores Nelson Ramírez, Juan Luis Avendaño, Mario Reggiardo, Dante Apolín, Carmen Julia Cabello, Rolando Martel, Juan Morales, Martín Hurtado, Christian Delgado y Renzo Cavani. El secretario técnico fue el profesor Martín Sotero.

⁵¹ El proyecto puede ser encontrado en internet: <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/1942518-proyecto-del-nuevo-codigo-procesal-civil>. La versión previa del proyecto cuenta con una exposición de motivos que puede ser consultada aquí: <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/CPC.pdf>

i) el PRCPC busca dar un contenido más preciso a las garantías de las partes, destacando entre ellas el contradictorio (lo cual, al final, termina moderando muchísimo el publicismo abrazado por el CPC-93⁵²);

ii) demuestra una clara opción por la oralidad en la fase cognitiva del proceso de conocimiento, combatiendo las reformas del CPC-93, que volvieron a los moldes de un proceso escrito (específicamente el Decreto Legislativo N° 1069);

iii) se dedica a trabajar más cuidadosamente con la dogmática y la técnica legislativa (muy descuidada por el CPC-93, en parte por el hecho de que no existía doctrina o experiencia legislativa previa en la cual ampararse), optando por consagrar reglas más precisas y claras, como es el caso de los recursos, tutela provisional, ejecución y del proceso de revisión de sentencia;

iv) completa vacíos legislativos muy importantes, como es el caso de la cooperación judicial, el proceso monitorio y el proceso colectivo; y

v) elabora una reformulación de las funciones de la Corte Suprema en materia civil (que, en el Perú, frente a la falta de normas en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Judicial que definan la función de la Suprema en general, esta es perfilada, en gran medida, por la legislación ordinaria). El PRCPC, es importante indicarlo, recoge problemáticas propias de la práctica forense peruana y pretende darles solución, pero tiene inspiración en las doctrinas y legislaciones brasileña, colombiana y española⁵³.

Pues bien, ¿cuáles fueron las modificaciones más relevantes sobre el tema de las convenciones procesales? La primera y más relevante de todas es que el PRCPC alteró sustancialmente el art. IX: los §§ 1 y 2, que, como vimos consagran normas que, a su vez, imponen que las normas y formalidades procesales son imperativas, fueron abolidos. Esto es algo que no puede pasar desapercibido. El proyecto no deja de confiar en el juez como principal actor del proceso para hacer que este se encamine a su finalidad (ya no más la «paz social con justicia», sino solamente la tutela de los derechos sustanciales); sin embargo, tampoco obstaculiza que las partes celebren, antes o durante el proceso, convenciones procesales. Es verdad que no llegó a consagrar expresamente una cláusula similar a la del art. 190 del CPC brasileño, pero estamos frente a un intento que busca colocarse en un punto intermedio entre el publicismo original del CPC-93 y un proceso en que la función del juez como «dueño de la conducción del proceso» se ve notoriamente reducida.

Véase el numeral 3 del art. IX proyectado:

Las partes pueden celebrar acuerdos procesales, antes o durante el trámite del proceso, a fin de regular las situaciones jurídicas de las cuales son titulares,

⁵² Solo como detalle: en el art. III proyectado se eliminó la finalidad abstracta de alcanzar la paz social y justicia y, por tanto, el deber del juez de buscarla, mientras que la dicción del art. VI fue completamente modificada.

⁵³ De lejos, la experiencia brasileña es la que mayor impacto tuvo. Esto se puede verificar en la regulación de la tutela provisional, ejecución y procesos colectivos.

pudiendo adecuar el procedimiento al logro de sus intereses. Estos acuerdos deberán ser aprobados por el juez, salvo que la ley disponga que este se encuentra vinculado a ellos. Para la aprobación, el juez resolverá teniendo en consideración si el acuerdo está contenido en un contrato de adhesión, si una de las partes se encuentra en condición de vulnerabilidad y si los derechos discutidos en el proceso son pasibles de autocomposición. En dichos casos, el juez, previo contradictorio, declara en el mismo proceso la ineficacia del acuerdo. No se podrán celebrar convenciones procesales en contratos con cláusulas generales de contratación, pero sí en los procesos en los que se controviertan sobre ellas.

Asimismo, el PRCPC propone la creación de una audiencia preliminar en que sea discutida la improcedencia de la demanda, el saneamiento procesal, la organización de la causa y, eventualmente, en que sea emitida la sentencia (art. 264, 1, *g*). En la fijación de los hechos esenciales y de las pruebas destinadas a acreditarlos, el art. 264 exige que el juez escuche primeramente a las partes. El proyecto permite, inclusive, que se den acuerdos sobre la realización o la valoración de los medios probatorios (art. 264, 1, *l*) y, asimismo, en caso existan actuaciones procesales pendientes de realización (por ejemplo, la audiencia de instrucción, con la posibilidad de producción de pruebas), el juez debe preguntar a las partes si existe algún acuerdo al respecto o la posibilidad de que se acuerde sobre un calendario para la actuación probatoria (art. 264, 1, *l*). Se espera que, en la práctica, sea usual promover este tipo de convenciones.

Asimismo, se quiebra el monopolio del juez en lo que concierne a los plazos del procedimiento. Por ejemplo, se prevé la posibilidad de acordar sobre los plazos y fijación de calendarios (art. 140); la convención sobre la oportunidad de ofrecimiento de pruebas (según el art. 271 § 2, la regla continúa siendo en los actos postulatorios, pero se agrega que las partes pueden acordar que el ofrecimiento se dé en cualquier momento hasta la organización de la causa); la suspensión del proceso convencional hasta por tres veces en cada instancia pero solo para acudir a un centro de conciliación extrajudicial (art. 375 – sin embargo, se mantuvo el art. 370, que limita el pedido de suspensión por otras causas).

Se colocaron, además, algunas precisiones adicionales, como la posibilidad de convención sobre recurso de apelación o casación también *antes* del proceso (art. 561 – la norma vigente solo autoriza que sea *durante* la tramitación del proceso); la libertad para acordar si será requerida una garantía y, siendo así, el tipo y valor de ella, para la suspensión de los efectos de la sentencia condenatoria de primera o segunda instancia (art. 526) o también —siempre que se interprete favorablemente a la libertad de las partes— para la no suspensión de los efectos de las sentencias declaratoria y constitutiva (art. 524) y la tutela anticipada recursal (art. 527); la vinculación del juez a la tasación convencional sin posibilidad que, discrecionalmente, pueda exigir una nueva (art. 694); el refuerzo de la libertad plena en las características de la tasación entre acreedor y deudor antes o durante el proceso (art. 758).

Asimismo, solo en los casos de convención sobre ofrecimiento de pruebas, sobre la no impugnabilidad y sobre la garantía para la no suspensión de los efectos de la sentencia, el PRCPC colocó algunos parámetros que orientan al juez sobre cómo evaluar la validez de la convención. Esta no será válida si versa sobre derechos indisponibles o si forma parte de un contrato de adhesión. Aunque el juez, con prescindencia de que exista norma expresa, deba controlar cualquier convención teniendo en cuenta diversos criterios (no solo los mencionados, sino también otros elementos del negocio jurídico material⁵⁴), es necesario ser muy cuidadoso con el hecho de que la (in)disponibilidad del derecho material en juicio no necesariamente afecta la libertad ni la capacidad para acordar sobre el procedimiento. En efecto, ¿por qué no sería posible celebrar convenciones procesales en un proceso de alimentos o de divorcio? Por eso prefiero, como lo hace el CPC brasileño, la expresión «derechos que admitan autocomposición».

De la misma manera, no toda convención procesal en un contrato de adhesión es *por sí misma* abusiva. ¿Qué ocurriría si, por ejemplo, la convención no crease ninguna desventaja efectiva para la parte adherente? En ese caso, pienso que no habría justificativa para invalidar la convención. Esto lleva a reflexionar sobre el error sistemático y la opción excesivamente protectora en que incurrió el PRCPC: *error sistemático* porque lo más apropiado habría sido elaborar un artículo con normas que regulen los criterios de validez y eficacia aplicables a *todas* las convenciones procesales; de otro lado, *opción excesivamente protectora* porque, frente a la interpretación favorable a la libertad de negociación de las partes y la inmensa cantidad y complejidad de las convenciones que podrían ser celebradas, se exige un control para cada caso concreto. Pienso que el art. 190 del CPC brasileño, en este punto, es un mejor ejemplo a seguir.

Algo muy relevante que no puede pasar desapercibido es que en el Perú el arbitraje se encuentra particularmente desarrollado en litigios comerciales y contra el Estado en materia de contrataciones públicas. En este último punto, tal vez haya una cuestión inédita a los ojos del procesalista extranjero: en el Perú, hace varios años, las sucesivas leyes de contrataciones con el Estado establecen que cualquier controversia *obligatoriamente* debe ser resuelta a través del arbitraje⁵⁵. De la misma manera, desde 2008, el Perú cuenta con una ley de arbitraje elaborada a partir de la Ley-Modelo de UNCITRAL, que otorga amplios poderes a los árbitros y busca eliminar drásticamente cualquier tipo de injerencia del Judicial, sea en la elección de los árbitros, sea en el control de la sentencia arbitral (que, en el Perú, recibe el nombre de *laudo arbitral*)⁵⁶.

⁵⁴ Ampliamente, cfr. Costa e Silva (2003: 455 ss.).

⁵⁵ Esto con raras excepciones, como es el caso de las discusiones sobre prestaciones adicionales de obra. Aquí estamos frente a una materia no arbitrable, por tanto, susceptible de ser reclamada ante los órganos del Judicial.

⁵⁶ En el Perú, existe un importante debate académico sobre las ventajas y desventajas del arbitraje (sobre todo por recientes casos de corrupción de árbitros), incesantes capacitaciones sobre el litigio

¿Por qué esto es importante? Porque el PRCPC, aun no diciéndolo en la Exposición de Motivos, se vio influenciado por la práctica arbitral peruana (de hecho, varios miembros del Grupo de Trabajo actúan en ese ámbito), en donde es muy común y hasta deseable que las partes acuerden sobre las reglas procesales, en cuyo caso las reglas convencionales sobre los plazos son muy comunes. Una práctica también presente es que en la sección del contrato referente al convenio arbitral se establezcan, con mayor o menor énfasis, diversas reglas principalmente referidas a la especie de arbitraje (de derecho o de equidad; *ad hoc* o institucional y, si fuese ese último, qué centro o cámara de arbitraje conducirá el proceso); a la selección de árbitros (si es árbitro único o tribunal arbitral); a la ley material o procesal aplicables; y a otros aspectos procesales como plazos, duración del arbitraje, comunicación de las decisiones del tribunal arbitral y del centro de arbitraje, etc.⁵⁷. Sin embargo, no es usual acordar sobre reglas probatorias o convenciones más complejas⁵⁸.

Mi opinión es que la innovación del PRCPC es un avance muy claro, pero perfectible. Por ejemplo, pienso que es sumamente importante la existencia de una norma expresa que consagre una cláusula de convencionalidad *atípica* que termine por hacer traslúcida la posibilidad de que las convenciones no solo «complementen» la norma legislada, sino también la lleguen a hacer inaplicable⁵⁹. Es verdad que, como fue demostrado, esto puede ser interpretado a partir de eliminación de la redacción de los aún vigentes §§ 1 y 2 del art. IX, pero una norma como la que propongo podría traer grandes ventajas sistémicas⁶⁰.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la propia cultura jurídica del litigio civil peruano está lejos de conocer el empleo de las convenciones procesales (pero no solo en el contexto del proceso, sino también en el ámbito de la negociación contractual de derecho material y en contratos más complejos), se mostraría provechoso, sin perjuicio de la existencia de una cláusula general, la previsión expresa de convenciones típicas que orienten a las partes y al juez sobre las posibilidades de negociación. Algunas de ellas podrían ser las siguientes:

arbitral y la expectativa de muchos abogados de formar parte de las listas de árbitros de las cámaras de arbitraje. Es posible decir que se trata de un medio muy popular para una parcela importante de conflictos, públicos y privados, abarcando, inclusive, reclamos laborales (sobre todo en el caso de convenios colectivos), de consumo (como opción alternativa al procedimiento sancionatorio ante IN-DECOPI, la entidad administrativa de consumo) y del valor de la indemnización en los casos de expropiación que es una desapropiación forzosa en favor del Estado por motivos de seguridad o necesidad pública, tal como indica el art. 70 de la Constitución peruana.

⁵⁷ Conexión ya identificada, por ejemplo, por Mazzei & Chagas (2015). La doctrina peruana especializada en el derecho de arbitraje, hasta donde llega mi conocimiento, no ha prestado atención a este punto.

⁵⁸ Todo ello, por lo menos, en mi experiencia personal.

⁵⁹ Cfr. Cabral (2018: 165).

⁶⁰ Con el mismo argumento, refiriéndose al art. 190 del CPC brasileño, cfr. Cabral (2018: 166 ss.).

— Alteración convencional de la demanda hasta la organización del proceso (que en el Perú recibe el impreciso *nomen legis* de «fijación de puntos controvertidos»⁶¹).

— Elección de la vía procedimental (ordinaria o sumaria).

— Elección de peritos o del *expert*, reflejando la confianza de los litigantes en un cierto profesional.

— Convención sobre la «carga de la prueba»⁶² y la limitación probatoria dependiendo de la naturaleza y complejidad de la causa.

— Convención sobre los poderes y oportunidad de participación del *amicus curiae*⁶³.

— Alteración convencional del procedimiento de ejecución forzada de dar cuantía, cuando sea escogida la vía de la venta privada o del remate público (en este caso, por ejemplo, las publicaciones en el periódico o el sitio web, la divulgación de carteles en el lugar del inmueble, la propia subasta, etc.).

— Valor máximo y mínimo de las multas coercitivas⁶⁴.

— Medidas ejecutivas a ser pedidas y ordenadas por el juez, en caso de ejecución directa⁶⁵.

— Pacto sobre las costas y honorarios de abogado.

Asimismo, sería particularmente conveniente que se indique, en la regulación de las convenciones típicas, si se debe contar o no con la homologación del juez, esto es, si el juez interviene no solo en el control de validez, sino también si tiene algún poder discrecional para manifestarse sobre la oportunidad de la propia convención (como sería el caso del calendario procesal, teniendo en cuenta la cantidad de causas pendientes en el juzgado).

4. CONCLUSIONES

La historia del proceso civil peruano refleja algo que no es poco común en el desarrollo del proceso en otras latitudes: la apuesta por el publicismo y la consecuente disminución de los poderes de las partes en la conducción de proceso, restricción de libertades y achatamiento de la posibilidad de ne-

⁶¹ Sobre el asunto en el Perú, cfr. Cavani (2016).

⁶² Cfr. Ataíde Jr. & Mouzalas (2015); Buriel & Peixoto (2015).

⁶³ Cfr. Rodríguez & Menezes (2015).

⁶⁴ Cfr. Didier Jr. & Cabral (2018). Los autores defienden que la ejecución es el lugar más propicio para la celebración de convenciones procesales, pero niegan la posibilidad de que las partes acuerden a fin de impedir al juez de hacer uso del poder coercitivo de las multas o de limitar su valor. Admiten, sin embargo, que las partes renuncien al derecho a la multa y a la ejecución de ella. No obstante, pienso que esa posición es dudosa precisamente por la razón que ofrecen para justificar la no imposición de ciertas medidas ejecutivas: la ejecución es pauteada por el interés del acreedor. Si las medidas ejecutivas tienen que ver fundamentalmente con obligaciones de contenido patrimonial vía ejecución *directa*, ¿cuál sería el motivo para alguna limitación en el caso de ejecución *indirecta*?

⁶⁵ Didier Jr. & Cabral (2018).

gociación procesal. Sin embargo, en el caso del Perú, sin abandonar completamente el modelo en que el juez tiene gran protagonismo creado por el CPC-93, algunas concepciones sobre este pueden ser colocadas en jaque si es que se ensaya una interpretación *pro libertatis* acudiendo a la Constitución de 1993. No basta, pues, con argumentar del *modelo* sin encontrar un auténtico fundamento normativo para apagar la posibilidad de negociación entre las partes. Este fundamento, a mi juicio, no existe; más bien existe uno para afirmar lo contrario: fuera de las hipótesis de las normas expresas que impongan obligaciones o prohibiciones o consagren formalidades, sí existe libertad de negociación para las partes respecto de las situaciones jurídicas de las que ellas sean titulares, sin perjuicio del control de validez y eficacia a cargo del juez.

Asimismo, el diseño CPC-93 es parcialmente desmantelado por el PRCPC, que propone eliminar los deberes de pacificar la sociedad y de igualar a las partes (herencias del proceso publicista de la tradición austríaca) y alterar las normas que impiden que las partes celebren, con una libertad más o menos amplia, las convenciones procesales que más se ajusten a sus intereses, pasando a consagrar normas que realmente promuevan su empleo a lo largo de todo el proceso e inclusive en aspectos claves, como las pruebas y los plazos.

Todo esto quiere decir, por lo menos, dos cosas.

La primera es que, hasta un cierto grado, el modelo publicista adoptado por el CPC-93 sí sería compatible con las convenciones procesales, lo cual llevaría a una atenuación de este, y el PRCPC es una clara muestra de ello. En mi opinión, esta solución se muestra aceptable ya que el hiperpublicismo puede perfectamente decantar en arbitrariedades y termina por traicionar la verdadera naturaleza constitucional del proceso, que es la de ser una garantía *para* las partes *frente* al poder público de solucionar conflictos afectando la libertad y el patrimonio de los ciudadanos.

La segunda, que tiene más que ver con la experiencia peruana, es que el PRCPC *no entiende correcto que el futuro del derecho procesal resida en la preponderancia del Estado frente a las partes*, opción política que justificó el desequilibrio tan notorio entre los poderes del juez y los intereses privados consagrado por el CPC-93. Pero tampoco pretende volver atrás en la historia. El CPC-12 era una legislación para otro tiempo y poseía fallas muy graves. Algunas de ellas fueron corregidas por el CPC-93; otras, ciertamente no⁶⁶. Hoy, el PRCPC busca avizorar el futuro y, con la gran influencia del arbitraje en el Perú y su inherente flexibilidad, entendió que abrir un importante margen a la negociación es la apuesta más adecuada. Con ello, la garantía del procedimiento quedaría perfectamente densificada: el juez, como autoridad que es, no puede modificar el procedimiento por sí mismo, pero las partes sí que pueden hacerlo.

⁶⁶ Como es el caso de la ejecución. Cfr. Ariano (1998).

Felizmente, el PRCPC aún podrá continuar siendo trabajado con el objetivo de conseguir la mejor legislación procesal civil posible para el Perú.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abreu, R. S. B. (2014). Vertentes culturais do processo civil na passagem do século XIX ao século XX: as vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do estado liberal ao estado social e a atualidade de sua discussão. *Revista de Processo* 229, 89-120.
- Almeida, D. A. R. (2015). *A contratualização do processo. Das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr.
- Alzamora Valdez, M. (1953). *Teoría de la acción procesal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú (tese de graduação).
- (1953a). *Derecho procesal civil: teoría general del proceso*. Lima: Lumen.
- (1966). *Derecho procesal civil: teoría del proceso ordinario*. Lima: Peruana.
- Ariano, E. (1998). *El proceso de ejecución. La tutela ejecutiva en el Código Procesal Civil peruano* (1.ª ed. 1996). Lima: Rhodas (reimp.).
- (2003). Un Código de fin de siglo: el Código Procesal Civil peruano de 1993 [2000]. *Problemas del proceso civil*. Lima: Rhodas, 3-11.
- (2015). En los abismos de la «cultura» del proceso autoritario [2006]. In *limine litis. Estudios críticos de derecho procesal civil*. Lima: Instituto Pacífico, 21-37.
- Ataíde Jr., J. R. (2015). Negócios jurídicos materiais e processuais – Existência, validade e eficácia. Campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de processo* 244, 393-423.
- Ataíde Jr., J. R. & Mouzalas, R. (2015). Distribución de la carga de la prueba por convención procesal (trad. L. Cárdenas). *Convenciones procesales – Estudios sobre negocio jurídico y proceso* (coords.: P. H. Nogueira & R. Cavani). Lima: Raguel, 2015.
- Ávila, H. (2019). *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros.
- Beneduzi, R. (2015). *Introdução ao processo civil alemão*. Salvador: JusPodivm.
- Boitard & Colmet-Daage, G. F. (1854). *Leçons sur toutes les parties du Code de Procédure Civile*, 6a ed., t. 1. Paris: Cotillon.
- Buril de Macêdo, L. & Peixoto, R. (2015). Negocios procesales sobre la distribución de la carga de la prueba (trad. L. Cárdenas). *Convenciones procesales – Estudios sobre negocio jurídico y proceso* (coords.: P. H. Nogueira & R. Cavani). Lima: Raguel, 2015.
- Cabral, A. P. (2018). *Convenções processuais*, 2.ª ed. (1.ª ed.: 2015). Salvador: JusPodivm.
- Cavani, R. (2014). *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra.
- (2016). Fijación de puntos controvertidos: una guía para jueces y árbitros. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal* 6 (2), 179-200.
- (2018). *Teoría impugnatoria. Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Comité de Reforma Procesal (1912). *Exposición de motivos del Código de procedimientos civiles*. Lima: Sanmartí y Co.
- Costa e Silva, P. (2003). *Ato e processo. O dogma da irrelevância da vontade a interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra editora.
- Carneiro da Cunha, L. (2015). Negocios jurídicos procesales en el proceso civil brasileño (trad. M. A. Flores). *Convenciones procesales – Estudios sobre negocio jurídico y proceso* (coords.: P. H. Nogueira & R. Cavani). Lima: Raguel, 2015.
- Didier Jr., F. (2015). *Curso de direito processual civil – introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 17.ª ed. Salvador: Jus Podivm.

- Didier Jr., F. (2015a). Cláusula general sobre el proceso en el nuevo Código de Proceso Civil brasileño (trad. R. Cavani). *Convenciones procesales – Estudios sobre negocio jurídico y proceso* (coords.: P. H. Nogueira & R. Cavani). Lima: Raguel.
- Didier Jr., F. & Cabral, A. P. (2018). Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo* 275, 193-228.
- Didier Jr., F. & Nogueira, P. H. (2011). *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Jus Podivm.
- (2015). *Teoría de los hechos jurídicos procesales* (trad. R. Cavani). Lima: Ara.
- Di Spirito, M. P. D. (2017). Comentário ao art. 190. *Novo Código de Processo Civil comentado. Tomo I (art. 1º ao art. 317)* (coords.: Sérgio A. Ribeiro, Roberto C. Gouveia Filho, Izabel C. Pantaleão & Lúcio G. Gouveia). São Paulo: Lualri Editora, 309-335.
- Dongo Denegri, L. (1986). *Derecho agrario peruano*, tomo 2. Trujillo: Marsol.
- Godinho, R. (2015). *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm.
- Loret, M. (1812). *Le Code de Procédure Civile, expliqué par la jurisprudence des tribunaux*, t. 2. Paris: J. Gratiot.
- Manresa y Navarro, J. M. (1881). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.
- Mazzei, R. & Chagas, B. S. R. (2015). Breve diálogo entre los negocios jurídicos procesales y el arbitraje (trad. M. L. Meza). *Convenciones procesales – Estudios sobre negocio jurídico y proceso* (coords.: P. H. Nogueira & R. Cavani). Lima: Raguel, 2015.
- Mello, M. B. (2014). *Teoria do fato jurídico – Plano da existência*, 20.^a ed. São Paulo: Saraiva.
- Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso civil*, tomo 1. Bogotá-Lima: Temis-Estudio De Belaúnde & Monroy Abogados.
- (2009). La reforma del proceso civil peruano –Quince años después–. *Código Procesal Civil*. Lima: Communitas, 3-67.
- (2009a). *Teoría general del proceso*. Lima: Communitas.
- (2010). Intento de justificación [2003]. *La formación del proceso civil peruano*, 3.^a ed. Lima: Communitas, 11-19.
- (2010a). El proceso civil en el Perú: origen y destino [1988]. *La formación del proceso civil peruano*, 3.^a ed. Lima: Communitas, 85-93.
- (2017). Introducción al estudio de la medida cautelar [1987]. *Temas de derecho procesal, 1*. Lima: Communitas.
- (2018). El cuarto de siglo del CPC. *Jurídica. Suplemento de análisis legal del Diario Oficial «El Peruano»*, 702, 4-5.
- Montero Aroca, J. (2000). La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad. *Derecho PUC*, 583-668.
- Nogueira, P. H. (2016). *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm.
- Nogueira, P. H. & Cavani, R. (2015). *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, vol. 1. Lima: Raguel.
- Pontes de Miranda, F. C. (1954). *Tratado de direito privado* (vols. 1 a 6). Rio de Janeiro: Borsoi.
- Raatz, I. & Anchieta, N. (2018). Uma «teoria do processo» sem processo? A breve história de uma ciência processual servil à jurisdição. *Revista Brasileira de Direito Processual* 103, 173-192.
- Rodrigues, D. C. & Menezes, R. F. F. (2015). *Amicus curiae* y negocios procesales en el nuevo Código de Proceso Civil brasileño (trad. M. A. Flores). *Convenciones procesales – Estudios sobre negocio jurídico y proceso* (coords.: P. H. Nogueira & R. Cavani). Lima: Raguel, 2015.
- Romero, J. G. (1914). *Estudios de legislación procesal*, vol. 1. Lima: El Lucero.

- Taruffo, M. (1980). *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi*. Bologna: Il Mulino.
- VV.AA. (1988). *Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez*. Lima: Cultural Cuzco.
- Wijffels, A. (2005). French Civile Procedure (1806-1975). *European Traditions in Civil Procedure* (ed. C. van Rhee). Oxford: Intersentia.

EL DERECHO PROCESAL CIVIL ENTRE POSITIVISMO Y COMPARACIÓN*

CIVIL PROCEDURE BETWEEN POSITIVISM AND COMPARISON

Luca PASSANANTE

Profesor Titular Università di Brescia

RESUMEN: El artículo aborda algunos temas relevantes para una reflexión crítica sobre el problema metodológico. El autor se centra, en particular, en la relación entre el Derecho procesal civil y la comparación, destacando, por un lado, la legitimidad de las instancias positivistas y, por otro, la necesidad de entender el enfoque comparativo como algo mucho más consistente que una comparación entre instituciones vigentes en distintos ordenamientos jurídicos. Finalmente, el autor propone algunas reflexiones finales sobre las interrelaciones entre propósito y método en el Derecho procesal civil comparado.

PALABRAS CLAVE: Derecho procesal; Derecho comparado; método; positivismo jurídico.

ABSTRACT: The article addresses some issues relevant to a critical reflection on the methodological problem. The author focuses on the relationship between civil procedure and comparison, highlighting, on one hand, the legitimacy of positivistic instances and, on the other hand, the need to understand the comparative approach as something more than a comparison between institutions in different jurisdictions. Finally, the author proposes some concluding remarks on the interrelationships between purpose and method in civil comparative civil procedure.

* Traducción de Miquel Julià-Pijoan. Título original: «Il diritto processuale civile tra positivismo e comparazione», *Rivista di diritto processuale*, Vol. 3, 2020, pp. 1066-1083.

Este trabajo recoge mi intervención en el seminario «Comparación y derecho positivo», organizado por el Departamento de Derecho de la Università di Ferrara, los días 20 y 21 de septiembre de 2019. Los epígrafes en los que se divide el mismo son reflexiones en forma de respuesta a un cuestionario propuesto a los ponentes por Alessandro Somma; al que muestro mi más sincero agradecimiento por haber estimulado estas y otras reflexiones, que surgieron a la luz y como resultado de un diálogo interdisciplinario productivo y enriquecedor.

KEYWORDS: civil procedure; comparative law; method; legal positivism.

SUMARIO: 1. EL CARÁCTER SUBVERSIVO DE LA COMPARACIÓN Y EL DERECHO PROCESAL CIVIL.—2. DIFÍCIL, MAS NO IMPOSIBLE: LA PROLIFERACIÓN DE LA MICROCOMPARACIÓN.—3. LAS DOS «ALMAS» DEL PROCESAL-CIVILISTA.—4. EL DERECHO PROCESAL CIVIL EXTRANJERO Y COMPARADO—5. LOS ORDENAMIENTOS MÁS HABITUALES: ALEMANIA Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.—6. LA IMPORTACIÓN DE MODELOS EXTRANJEROS Y LA CRÍTICA DE LAS ORTODOXIAS IMPERANTES.—7. FORMULACIÓN DE UNA PARADOJA: «COMPARAR» SIN «COMPARAR» Y «COMPARAR» SIN «COMPARAR»—8. COMPARACIÓN Y PROCESO CIVIL: UNIFICAR, DIVIDIR, UNIFORMIZAR.—9. LEGISLACIÓN EUROPEA Y PROCESO CIVIL.—10. CASI UNA CONCLUSIÓN: LOS MÉTODOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL.

1. EL CARÁCTER SUBVERSIVO DE LA COMPARACIÓN Y EL DERECHO PROCESAL CIVIL

La naturaleza subversiva es uno de los rasgos más fascinantes del Derecho comparado¹ que, a su vez, se erige como una de las características que lo distingue de otras ramas del Derecho (o al menos así lo ha sido hasta tiempos muy recientes) y lo legitima profundamente, es decir, lo auto-legítima.

Como es sabido, existe una suerte de incompatibilidad entre la comparación y el Derecho positivo o, mejor dicho, entre la comparación y el positivismo jurídico —ya sea este un positivismo legislativo o doctrinal—. Dicha incompatibilidad no es absoluta, sino solo relativa. En efecto, el Derecho comparado no se opone en términos absolutos al Derecho positivo, habida cuenta de que ambos están relacionados. Por el contrario, el Derecho comparado antagoniza con el positivismo jurídico, es decir, con el postulado jurídico-filosófico vertebrado sobre el dogma de la unicidad del sistema jurídico (extremo que fue desvirtuado por SACCO, al introducir el concepto de *formante*) y que estudia el Derecho desde una perspectiva necesariamente interna.

En la actualidad, ser positivista perseverante en el ámbito académico conlleva negar una verdad indiscutible, a saber, que el derecho es una ciencia y una práctica social². En otras palabras, significa, por un lado, orillar que la ley no es el único factor que participa del proceso creativo del Derecho y, por el otro, que el ordenamiento jurídico no se puede considerar como una variable independiente del contexto social, cultural, económico, religioso, en el que se ubica.

Muchos comparatistas ya han advertido la discrepancia entre el planteamiento positivista y el Derecho comparado.

¹ FLETCHER, G., «Comparative Law as a Subversive Discipline», *Am. J. Comp. Law*, Vol. 46, 1998, pp. 683-700; MUIR WATT, H., «La fonction subversive du droit compare», *Rev. int. droit comp.*, Vol. 52, 2000, pp. 503-527; SOMMA, A., *Introduzione al diritto comparato*, 2.^a ed., Torino, 2019, pp. 3 y ss.

² VIOLA, F., *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990.

En este contexto, descrito en apretada síntesis, el Derecho procesal se distingue del Derecho sustantivo por poseer dos características propias:

- a) por un lado, tiende a ser un derecho instrumental, al menos en los ordenamientos jurídicos continentales (*civil law*)³;
- b) por otro lado, y en parte como consecuencia de lo anterior, apela a la observancia del principio de legalidad, con mayor intensidad de lo que lo hace el Derecho sustantivo⁴.

La manifestación de que el Derecho procesal es un derecho instrumental no conlleva en modo alguno la difuminación de su relevancia, sino todo lo contrario. El proceso es el mecanismo contemplado por el ordenamiento jurídico para proteger los derechos e intereses reconocidos por el Derecho sustantivo; sin su presencia las normas de Derecho sustantivo no podrían materializarse, a menos que concurriese la espontánea (benevolente u oportunista) colaboración de la otra parte. Por ello, la mera existencia del proceso (civil) —muchas veces sin la necesidad de que el mismo se celebre— asegura el cumplimiento de las normas en la práctica (si bien es cierto que, por supuesto, pueden concurrir otras muchas razones, distintas del temor a sufrir un proceso judicial, que induzcan a una determinada persona a obedecer las normas, en lugar de infringirlas).

El carácter instrumental del Derecho procesal civil parecería emanciparlo de los juicios de valor que en cambio suelen formularse en relación con las normas de Derecho sustantivo, generando la convicción que sobre el primero solo es posible realizar juicios de naturaleza técnica. Así, mientras se puede discutir acerca de si es justa una norma que prevea (o no) la nulidad de un contrato en el que haya mediado algún vicio del consentimiento, ¿se puede afirmar que es justa una norma que disponga que el proceso deba incoarse con una *citazione* o con un *ricorso*? ¿Y una que contemple que el plazo para la personación del actor es de diez o veinte días? Y así sucesivamente.

Es más, actualmente es la propia Constitución la que prescribe que la función jurisdiccional debe desarrollarse a través del proceso debido regulado por la ley, trazando así una fuerte vinculación entre la justicia del proceso (la de sus reglas) y su predeterminación por la ley. De modo que parte de la doctrina sostiene que aquellos actos, cuyas formas y términos no están preestablecidos en la ley, son constitucionalmente ilegítimos⁵.

³ Confirman el carácter instrumental del Derecho procesal: cfr., entre otros, LUISO, F.P., *Diritto processuale civile*, 10.^a ed., vol. I, Milano 2019, pp. 3 y ss.; MANDRIOLI, C. y CARRATTA, A., *Diritto processuale civile*, 27.^a ed., vol. I, Torino 2019, pp. 4 y ss.; BIAVATI, B., *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2018, pp. 60-61.

⁴ En este sentido, véase: PASSANANTE, L., «Giusto processo e principio di legalità nell'interpretazione delle norme processuali», en *Scritti in memoria di Franco Cipriani*, en fase de publicación.

⁵ Cfr. PROTO PISANI, A., «Giusto processo regolato dalla legge e valore della cognizione piena», en *Il giusto processo (Roma, 28-29 marzo 2002)*, en *Atti dei convegni lincei* 184, Roma, 2003, pp. 167-183, así como LANFRANCHI, L., *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, Torino, 2001, pp. 40 y ss.; del mismo autor la voz «Giusto processo. I) Processo civile», en *Enc. giur.*, vol. XV, Treccani, Roma 2001, pp. 1 ss. CARRATTA, A., «I nuovi riti speciali societari tra »decodificazione« e »sommarrizzazione»», en LANFRANCHI, L. y CARRATTA, A. (coords.), *Davanti al giudice. Studi sul processo so-*

En este escenario, los juicios de valor sobre las normas procesales (o al menos sobre una parte de ellas) deben desarrollarse en una dimensión mucho menos compleja. Así, tales juicios se reducen a términos de mayor o menor eficiencia, de la mayor o menor idoneidad de una determinada norma procesal para tutelar las posiciones jurídicas subjetivas en juego⁶. Por tanto —en ausencia, como suele ocurrir, de otros elementos— los indicadores del grado de eficiencia (calculados según los criterios seleccionados por actores preponderantes en contextos institucionales supranacionales; piénsese, por ejemplo, en el paradigmático informe periódico *Doing Business* del Banco Mundial o de los informes de la CEPEJ) podrían ser los que determinasen si una concreta norma procesal es mejor que otra⁷.

No obstante, este planteamiento corre el riesgo de resultar ingenuo, toda vez que el funcionamiento de la justicia civil depende de tantos factores que cualquier reforma que ambicione incidir en exclusiva en las normas del proceso es poco realista. Por poner solo algunos ejemplos: los aspectos institucionales concernientes al número o a las funciones encomendadas de los magistrados, a la organización de las oficinas judiciales, a la regulación de concursos internos y cambios de carrera, a los criterios para evaluar la productividad, etc. son probablemente más importantes que (o, al menos, tan importantes como) la modificación de concretas normas procesales.

El carácter instrumental del derecho procesal civil, así como la idea de que debería ser la ley (y, según algunos, únicamente la ley) la que debería determinar cuáles son las normas del proceso, elevan la complejidad de la tarea del procesal-comparatista.

2. DIFÍCIL, MAS NO IMPOSIBLE: LA PROLIFERACIÓN DE LA MICRO-COMPARACIÓN

Hoy en día, es harto difícil hojear el índice de una monografía sobre Derecho procesal civil, sin hallar referencias de naturaleza comparativa. Sin embargo, es igualmente inusual leer análisis comparativos de gran calidad, es

cientario, Torino, 2005, pp. 67 ss; del mismo autor la voz «Processo sommario (dir. proc. civ.)», en *Enc. dir.*, vol. II, tomo I, Milano, 2008, pp. 877-893 y, especialmente, pp. 879 y ss.; *Id.* «Struttura e funzione dei procedimenti giurisdizionali sommari», en LANFRANCHI, L. y CARRATTA, A. (coords.), *La tutela sommaria in Europa. Studi*, Napoli, 2012, pp. 1 y ss. COSTANTINO, G. «Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo civile”. Le garanzie», en CIVININI, M.G. y VERARDI, C.M. (coords.), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile: Atti del convegno dell’Elba, 9-10 giugno 2000*, Milano, 2001, pp. 255 y ss. BOVE, M., «Art. 111 Cost. e «giusto processo civile»», *Riv. Dir. Proc.*, 2002, pp. 479 y ss. y, en especial, pp. 490-491 y 497, así como, más recientemente, del mismo autor; «Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi», en *Giusto proc. civ.*, 2014, pp. 55-95 y especialmente, pp. 91 y ss.

⁶ Se aborda la clara naturaleza procedimental de las normas procesales, sin ser depositarias de valores en CONSOLO, C., «Le Sezioni Unite tornano sull’overruling, di nuovo propiziando la figura dell’avvocato “internet-addicted” e pure “veggente”», en *Giur. cost.*, 2012, pp. 3166 y ss.

⁷ Es crítico sobre este particular CAPONI, R., «Doing Business come scopo della giustizia civile?», in *Foro it.*, 2015, V, cc. 10-16.

decir, con vocación sistemológica, abiertos a la comparación no únicamente de normas, sino de culturas; análisis comprometidos con reconstrucciones diacrónicas y sistemáticas, y no constreñidos a la indagación de similitudes y diferencias entre instituciones específicas. Además del hecho de que quien escribe no está facultado para ello, sería poco elegante señalarlos; deviene más fecundo tratar de comprender los motivos de este proceder tan generalizado.

Bajo mi punto de vista, tales motivos pueden agruparse al menos en dos categorías: la primera de ellas ya ha sido anticipada parcialmente en el apartado anterior y está vinculada a la tendencia de los procesalistas a preferir un planteamiento positivista; la segunda es de orden «económica» *lato sensu*.

A estos efectos, la convicción arraigada de que el Derecho procesal está sujeto a juicios predominantemente (o exclusivamente) técnicos y la indudable importancia que los procesal-civilistas suelen atribuir a la dimensión positiva —como baluarte (más o menos sólido) de la certeza de las normas procesales reconocedoras de derechos— son elementos que estimulan la micro-comparación. De hecho, si se considera que el enfoque debe ser eminentemente técnico y que la certeza es más importante que la efectividad de las normas, la tentación de no abandonar los tradicionales enfoques ortodoxos se impone a la curiosidad de idear planteamientos originales para estudiar la materia.

Y, entonces, ¿a qué se reduce la comparación en el Derecho procesal civil? Pues bien, a la identificación, en Derecho extranjero, de instituciones más o menos similares a las presentes en nuestro ordenamiento jurídico, respecto de las cuales se puedan advertir diferencias y similitudes.

En lo que sigue, examinaré las dos categorías de motivos que he consignado anteriormente.

En primer lugar, cabe significar que, a pesar de la opinión mayoritaria, no es cierto que el Derecho procesal se pueda considerar neutral, por varios motivos⁸. El Derecho procesal no es una simple técnica, inidónea para expresar opciones ideológicas o axiológicas. Creo que Mirijan DAMAŠKA lo demostró extraordinariamente, a través de uno de los análisis comparativos más fascinantes y complejos del proceso civil⁹. En él, se ponían en entredicho —y no gratuitamente— los conceptos de justicia y poder, asignando un rol crítico a la ideología como condicionante de la promulgación de normas de Derecho procesal, por ejemplo, en la orientación de la ejecución de decisiones políticas o de la resolución de los conflictos. Pero incluso los debates más acalorados, que se desarrollaron dentro y fuera de las fronteras nacionales, fueron debates de alto contenido ideológico¹⁰. Es más, ni siquiera es cierto que las

⁸ Para una crítica de la presunta neutralidad de las formas del proceso, ajena a la literatura procesal-civilista, *vid.* SORRENTI, G., «Riserva di legge in materia processuale e latitudine del sindacato di costituzionalità», en RUGGERI, A., *Studi in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Torino, 2016, p. 2281.

⁹ Me refiero, evidentemente, a DAMAŠKA, M.R., *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven 1986.

¹⁰ Se aprecian en: TARUFFO, M., *La semplice verità*, Laterza, Roma-Bari 2002; CAVALLONE, B. «In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele

normas de derecho procesal no puedan calificarse como más o menos justas, sobre la base de criterios extrajudiciales. Así las cosas, los plazos para ejercer la defensa excesivamente cortos o las cargas (por ejemplo, probatorias) gravosas para la parte que pretende ejercer un derecho que le es propio son normas procesales sobre las que se puede formular un juicio sobre su (in)justicia.

En suma, no se presenta como plausible sostener que el Derecho procesal sea realmente una simple técnica¹¹. Por tanto, desde esta perspectiva, la lección que nos aporta la comparación deviene extremadamente útil para el análisis jurídico, habida cuenta de que recomienda efectuarlo desde un punto de vista externo.

Por el contrario, la fidelidad del procesalista a los esquemas positivistas expresa una petición de certeza de las normas (prevista —también— por el art. 111, c. 7, de la Constitución italiana), que representa una reacción legítima ante interpretaciones a menudo excesivamente innovadoras y distintas que se atribuyen a una misma norma, incluso en marcos espaciotemporales reducidos.

Como ya apunté, la segunda categoría de motivos que estimula la micro-comparación y obstaculiza la emancipación de los modelos positivistas es de naturaleza económica *lato sensu*. Efectuar una comparación que amplíe la panorámica propia de los micro-problemas tiene unos costes muy elevados. Por un lado, consiste en una actividad intelectual que requiere mucho esfuerzo y, como mínimo, un conocimiento de la cultura, de la sociedad, de la economía, historia, de la religión de los sistemas a los que uno se aproxima (cuando no un estudio en profundidad). Por el otro, esta suerte de comparaciones «macro» acarrear muchos más riesgos que los asumidos en las micro-comparaciones, en las que simplemente se toman en consideración las similitudes y las diferencias. Por consiguiente, los análisis de sistemas son, en efecto, mucho más exigentes y arriesgados que los que se constriñen a segmentos más o menos extensos de este o aquel ordenamiento.

3. LAS DOS «ALMAS» DEL PROCESAL-CIVILISTA

Muchos estudiosos del Derecho procesal civil son abogados o jueces, es decir, ejercen la práctica del Derecho —como es natural que sea—. Tal circunstancia también concurrió en importantes procesalistas del pasado, como

Taruffo)", *Riv. Dir. Proc.*, 2010, pp. 1-26; TARUFFO, M. "Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone", *Riv. Dir. Proc.*, 2010, pp. 995 y ss.; DITTRICH, L. "La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio", *Riv. Dir. Proc.*, 2011, pp. 108 y ss.; COMOGLIO, L.P. «"Moralizzazione" del processo e ruolo del giudice», cit., pp. 131 y ss.; MONTELEONE, G. «A margine di una recente polemica sul ruolo del giudice nel processo civile: moralisti, moralizzatori e "neoliberisti"», *Giusto proc. civ.*, 2016, pp. 273 y ss.

¹¹ En este sentido, cfr. COMOGLIO, L.P., *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, 2004.

Calamandrei y Carnelutti, que fueron grandes abogados o como Mortara, que fue magistrado y presidente de la Corte di Cassazione de Roma.

Esta «doble alma», que coexiste en la mayoría de los procesalistas (a menudo, pero no necesariamente, en consonancia con las decisiones profesionales) explica, a mi juicio, la razón por la que en el proceso civil se alzaprima el análisis efectuado desde un «punto de vista interno», que tiende a confinar la materia dentro de sus propios límites. La practicidad, vinculada al ejercicio de las profesiones de juez o abogado, promueve la búsqueda de opciones seguras y fiables, alimenta un espíritu más conservador y frecuentemente provoca que las investigaciones sobre esta materia sean impermeables a la comparación con otros ordenamientos jurídicos, así como permanezcan aisladas de otras disciplinas, incluso jurídicas.

Uno de los atributos imprescindibles de la mejor comparación radica precisamente en fomentar la preferencia por un punto de vista «externo»¹². El carácter externo se predica respecto de varios aspectos: no solo porque está al exterior de las fronteras nacionales, sino también porque se encuentra afuera del tema objeto de estudio. Paralelamente, los estudios de los principales procesal-comparatistas del pasado —piénsese, por ejemplo, en Denti y Cappelletti— o del presente han propiciado una continua comparativa con la historia, la cultura, la religión, la sociedad, las instituciones en las que rigen determinadas normas de Derecho procesal civil. Y, en especial, promovieron un estudio de las normas procesales efectuado «desde el exterior». En la actualidad, los estudiosos del Derecho procesal civil no solo descuidan la aproximación externa, que emerge de la historia, de la cultura y de la sociedad, sino que, además, desatienden —con debidas e importantes excepciones, naturalmente— el estudio de las propias instituciones. En este sentido, constituye un ejemplo llamativo la separación —circunscrita en el ámbito docente, mas con importantes consecuencias para las prácticas investigadoras— de la asignatura de Derecho procesal civil respecto de las instituciones del sistema judicial, que en la actualidad únicamente se imparte en una decena de Departamentos en toda Italia¹³.

En cambio, el estudio del proceso civil debe partir, en primer lugar, del estudio de las instituciones. Es más, debe partir del estudio de la historia de las instituciones. Piénsese, por citar algunos ejemplos, en la importancia fundamental de las garantías de autonomía e independencia del poder judicial, en el principio (aceptado solo de forma relativa y, por tanto, con formas que en cierto modo son contradictorias en la Constitución italiana) de la unidad de la jurisdicción, en el papel crucial que ostentan desde una perspectiva de la justicia civil (y no solo del proceso) instituciones tales como la asistencia jurídica gratuita o los métodos alternativos de resolución de conflictos. Algu-

¹² Sobre este particular *vid.* SOMMA, A., *Introduzione al diritto comparato*, *op. cit.* pp. 21 y ss.

¹³ Con relación a esta separación, cfr. la reconstrucción histórica y las reflexiones críticas de CIPRIANI, F., “Per lo studio dell’ordinamento giudiziario”, en *Materiali per lo studio dell’ordinamento giudiziario*, Napoli, 2001, pp. 5 y ss.

nas de estas cuestiones también han sido comprendidas en los manuales, lo que muestra cómo el Derecho procesal civil tiende a ampliar la perspectiva institucional y sistémica, intentando —en cierta medida— superar la autorreferencialidad de la que eran grandes enemigos (o, al menos, intentaron serlo) los procesal-comparatistas.

Igualmente, se omite con demasiada frecuencia la dimensión evolutiva. Actualmente, las alusiones comparativas se encuentran diluidas incluso en los trabajos de mayor alcance teórico, y rara vez resiguen la trayectoria evolutiva (o involutiva) del proceso civil en los distintos ordenamientos jurídicos¹⁴. En este sentido, basta con manifestar que quien examine el proceso civil inglés, desconociendo los antecedentes que originaron la regulación actual, difícilmente podrá comprender tal modelo de proceso y, menos aún, dicho sistema jurídico.

La importancia práctica de observar el principio de legalidad, que promueve un enfoque teórico de cuño positivista, está evidentemente unida a la intención de impedir que las normas procesales muden durante el proceso. Esto es, evitar que el advenimiento de innovadoras exégesis, que se aparten de la interpretación consolidada, acarree la desestimación de la pretensión de la parte que se ha amparado en dicha norma. Este particular no es una cuestión imaginaria: existen supuestos de hecho en los que la variación (o incluso la inversión) de la exégesis jurisprudencial de una norma procesal ha provocado un menoscabo en el ejercicio efectivo de los derechos procesales, comprometiendo el (super)derecho —constitucionalmente reconocido— a la tutela judicial efectiva.

Tanto es así que la jurisprudencia, con el fin de atemperar los perniciosos efectos de determinados pronunciamientos jurisprudenciales inesperados, se ha visto constreñida a recuperar el concepto de *prospective overruling* —noción propia del Derecho extranjero—; haciendo de él, dicho sea de paso, un uso indebido y altamente contradictorio con nuestra tradición jurídica¹⁵.

Estos y otros casos, impuestos por la practicidad, a menudo obligan a la doctrina a realizar una labor que inevitablemente se nutre de una perspectiva interna no solo del Derecho, sino incluso del propio derecho procesal civil, incidiendo en ocasiones en extremos excesivamente autorreferenciales.

¿Todo está perdido? Yo diría que no. En mi opinión, los entornos culturales y la comunidad científica en los que se desarrollan los estudios sobre Derecho procesal civil están predispuestos a aceptar (y, de hecho, quizás hasta cierto punto incluso anhelan) perspectivas «rompedoras», menos serviles con las ortodoxias imperantes.

¹⁴ Es una excepción en el ámbito italiano DONDI, A., ANSANELLI, V. y COMOGLIO, P., *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, 2.^a ed., Milano, 2018.

¹⁵ *Vid.*, también por las referencias doctrinales y jurisprudenciales, el capítulo “Mutamenti di giurisprudenza e diritto processuale: il «prospective overruling»” en PASSANANTE, L. *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, pp. 273 y ss. Asimismo, también el trabajo de VILLA, A., *Overruling processuale e tutela delle parti*, Torino, 2019.

4. EL DERECHO PROCESAL CIVIL EXTRANJERO Y COMPARADO

En el Derecho procesal civil parece pervivir la distinción entre Derecho extranjero y Derecho comparado. Al primero pertenecen los estudios cuyo objeto estriba en describir una institución, una reforma o un sistema jurídico, mientras al segundo se incluyen los que consisten en una comparación entre dos o más sistemas judiciales, preferiblemente con la realidad del proceso civil italiano. Muestra de ello es, por ejemplo, la continuidad, en las dos revistas más importantes de Derecho procesal civil —la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* y la *Rivista di diritto processuale*—, de una sección dedicada precisamente a los «*Saggi di diritto comparato e straniero*» y al «*Diritto processuale straniero e comparato*», respectivamente.

Esta diferenciación, en cierta medida, ha contribuido a desalentar trabajos meramente descriptivos de Derecho procesal civil extranjero. Esta circunstancia quizás es positiva, toda vez que la comparación es un particular (cuantitativa y cualitativamente superior y, además) distinto a una mera descripción de un ordenamiento jurídico extranjero. Sin embargo, es igualmente cierto que describir un ordenamiento extranjero, a través de los ojos de quien se halla en otro lugar, ya es una comparación. Y, a menudo, este extremo no se toma en consideración, injustamente¹⁶.

Tradicionalmente, el Derecho procesal civil no ha avivado la comparación. Es más, diría que esta ha sido una actitud defensiva. No obstante, en la actualidad, el escenario ha cambiado significativamente: el Derecho procesal civil está mucho más abierto a la comparación. De hecho, al consultar el directorio de la International Association of Procedural Law (IAPL), se advierte un dato interesante, a saber, que el número de miembros de nacionalidad italiana es mucho más superior que la media de los miembros de otros países.

Ciertamente, los mejores trabajos de Derecho procesal civil comparado superan la simple exposición de instituciones extranjeras y alientan investi-

¹⁶ Por otro lado, la contribución que los exiliados (involuntarios) y expatriados (voluntariamente) han dispensado tanto a la difusión como a la creación de conocimiento es extraordinaria, incluso desproporcionada. Este resultado (que únicamente puede sorprender a los ingenuos) está mediado por un proceso de apertura de miras, que ha sido sensacionalmente descrito como sigue: «*gli esuli si sprovincializzano con il passaggio da una cultura a un'altra, ma contribuiscono a loro volta a sprovincializzare i propri ospiti offrendo non solo conoscenze diverse ma anche, cosa più importante, modi di pensare alternativi. In breve, l'esilio, e in misura minore l'espatrio, sono educativi per entrambe le parti dell'incontro*» (BURKE, P., *Exiles and Expatriates in the History of Knowledge 1500-2000*, WALTHAM, MA, 2017) (traducido al italiano por Francesco Francis, con el título *Espatriati ed esuli nella storia della conoscenza*, Bologna 2019, p. 30). También cumple señalar la importancia de las traducciones, verdaderos cometidos culturales, injustamente devaluadas en la medida (muy triste) de que nos hemos acostumbrado a denominarlas (con una expresión aún más deprimente) «producción (¡sic!) científica». En este extremo, las referencias bibliográficas serían muchísimas. Sin embargo, me limito únicamente a señalar, entre las más recientes, la traducción de Marino Marinelli de la primera parte de *Der Prozeß als Rechtslage* de Goldschmidt. Este es un esfuerzo editorial valiosísimo —sobre todo porque está dirigido a colmar un vacío importante que duró excesivamente— publicado a finales del año 2019 por la editorial Giappichelli.

gaciones de carácter transversal. Estas tienen como norte el análisis de problemas o grupos de problemas, en lugar de ocuparse de instituciones o de conceptos. Estos estudios, sin embargo, todavía son una minoría, mientras que la mayoría tienden a presentar las normas de Derecho extranjero acerca de instituciones específicas.

5. LOS ORDENAMIENTOS MÁS HABITUALES: ALEMANIA Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Los procesal-civilistas que se han ocupado de la comparación se han inclinado principalmente por el estudio de algunos ordenamientos jurídicos, en detrimento de otros. En este sentido, se pueden identificar dos corrientes principales. La primera de ellas ha dedicado una mayor atención al sistema jurídico alemán, sirviéndose de las grandes enseñanzas de la dogmática. Por su lado, la segunda ha estudiado particularmente el sistema estadounidense, proponiendo una comparación con el *adversary system*, que desde siempre se ha presentado tan alejado del sistema continental (e italiano) de entender el proceso civil, el rol del juez, el de las partes, la prueba, los medios impugnatorios, el papel de los tribunales supremos y del precedente.

En consecuencia, aquellos sistemas más alejados del ordenamiento italiano (inspirado principalmente por el sistema francés; un sistema que ha ejercido un atractivo cultural harto endeble para los procesal-comparatistas —si excluimos el interés por la Casación¹⁷ y por la institución del *astreinte*—) han ostentado tradicionalmente un rol hegemónico, atrayendo la mayor atención de los procesalistas.

El interés por el Derecho procesal civil alemán parece de alguna manera unido al reconocimiento tradicional (más o menos justificado y fundado, en lo que se refiere al Derecho procesal) de la superioridad de la dogmática alemana sobre la italiana. Por otro lado, la atracción por la justicia civil estadounidense descansa en la profunda discrepancia de ese modelo respecto del nuestro, pero también en la reconocida superioridad económica de tal país que configura un factor concomitante, sino determinante, en catalizar la predilección de los investigadores procesalistas.

Sin embargo, recientemente, ha emergido un interés creciente por las reformas procesales. Así, las dos mayores reformas de Derecho procesal civil de los últimos veinte años (la inglesa en 1998 y la española de 2000) han sido objeto de diversos estudios doctrinales. Asimismo, la doctrina también está dirigiendo su mirada hacia América Latina —algo insólito, al haberse considerado como una zona periférica—, toda vez que durante la última década

¹⁷ Incluso esta certeza podría quedar desvirtuada (no lo creo, aunque la tesis sea indudablemente fascinante y muy bien argumentada): *vid.* —hablando de estudios heterodoxos— NIEVA FENOLL, J., «El origen inglés de la Casación Francesa», en *Rev. Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 2020, Vol. I, pp. 1-18.

se han promulgado nuevas leyes procesales en varios países. Me refiero, por ejemplo, a Colombia¹⁸, a Bolivia¹⁹, a Brasil²⁰, a Ecuador²¹ y a la tramitación de las nuevas leyes procesales civiles del Perú²² y de Argentina²³.

Así las cosas, el crítico estado de ineficacia de la justicia civil italiana ha desencadenado una suerte de «búsqueda» de la mejor reforma existente. Esta búsqueda es muy peligrosa, habida cuenta de que la misma puede excitar potencialmente un provincialismo, que presenta como más conveniente todo aquello que proviene de ordenamientos más eficientes que el italiano (que son casi todos).

6. LA IMPORTACIÓN DE MODELOS EXTRANJEROS Y LA CRÍTICA DE LAS ORTODOXIAS IMPERANTES

En el ámbito del Derecho procesal civil, como ocurre en otras disciplinas, también se compara con el fin de importar sistemas o instituciones. Algunos ejemplos concretos son: los requisitos de los medios impugnatorios²⁴, los medios de coerción indirecta para la ejecución de las obligaciones de no hacer o de hacer infungibles²⁵, la previsión de un sistema procesal flexible (con la implementación de un procedimiento sumario de cognición) que contemple un desarrollo simplificado y la atribución de importantes prerrogativas al juez²⁶.

Por otro lado, que la comparación comprenda entre sus principales propósitos el de ofrecer instrumentos de política legislativa y procesal ha sido

¹⁸ En Colombia, se aprobó el Código General del Proceso en el año 2012.

¹⁹ El Código Procesal Civil boliviano fue aprobado en el año 2013.

²⁰ En Brasil, el *Código de Processo Civil* fue aprobado en el año 2015. Sobre el mismo, *vid.* MARI-NONI, L.G., ARENHART, S. C. y MITIDIERO, D., *O Novo Processo Civil*, São Pauli, 2015. ZUFELATO, C., “Os princípios gerais de direito processual como elo entre o novo código de processo civil brasileiro e os sistemas jurídicos romanista e ibero-americano, en *Roma e America*, 36/2015, pp. 287 y ss.

²¹ El Código Orgánico General de Procesos de la República de Ecuador fue aprobado, también, en 2015. Sobre las leyes de enjuiciamiento civil de Bolivia y Ecuador, *vid.* PRIORI POSADA, G.F., “Panorama sobre las recientes modificaciones procesales civiles en América Latina: los Códigos de Bolivia y Ecuador”, en *Roma e America*, 36/2015, pp. 271 y ss.

²² El proyecto de ley de enjuiciamiento civil argentino está disponible en la siguiente dirección: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/04/LP-Proyecto-de-reforma-al-Codigo-ProcesalCivil.pdf>.

²³ El anteproyecto de ley de enjuiciamiento civil argentina está disponible en la siguiente dirección: <https://www.justicia2020.gob.ar/noticias/fundamentos-del-proyecto-codigo-procesal-civil-comercial-la-nacion/>. El mismo desembocó en el Proyecto de Ley de aprobación del código procesal civil y comercial de la Nación. Sobre este Proyecto, *vid.* OTEIZA, E. “¿Principios procesales?”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2020, pp. 27-40.

²⁴ En este sentido, cabe recordar la magnífica obra de DALLA BONTÀ, S., *Contributo allo studio del filtro in appello*, Napoli, 2015.

²⁵ Se advierte en CHIARLONI, S., “Le nuove misure coercitive ai sensi dell’art. 614 bis c.p.c.”, en *Libro dell’anno del diritto*, Enc. giur., Roma, 2012, pp. 708 y ss.; CHIZZINI, A., “Commento all’art. 614-bis”, en BALENA G., CAPONI, R., CHIZZINI, A. y MENCHINI, S. (coords.), *La riforma della giustizia civile. Commento alla legge di riforma del processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, p.165; BINA, M., «Esecuzione indiretta delle inibitorie», en GIUSSANI, A. (coord.), *Il processo industriale*, Torino, 2012, pp. 387 y ss.

²⁶ Se discute en LUPOI, M.A., *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all’italiana?*, Bologna, 2018.

abiertamente apoyada por los mayores exponentes de la actividad comparativa procesal²⁷.

También se compara con el fin de formular hipótesis —a menudo de manera ingenua e ineficaz— sobre cuáles pueden ser *ex ante* los efectos de las reformas procesales o para reconstruir su semántica *ex post*. Desde este punto de vista, la reforma de la apelación es un ejemplo muy significativo. No obstante, frecuentemente, el legislador no dialoga con la doctrina y esta se encuentra en múltiples ocasiones con reformas que abrigan pretensiones poco realistas y que generalmente son incapaces de alcanzar los resultados prometidos²⁸.

En este sentido, son pocos los trabajos que utilizan la comparación para combatir las ortodoxias imperantes. Incluso quienes prefieren una interpretación transversal de las instituciones, abordando los problemas que las envuelven —en vez de su estructura dogmática—, rara vez llegan a cuestionar las instituciones y los sistemas establecidos.

Merece una mención particular un uso singular de la comparación (no únicamente jurídica, sino también histórica, literaria, religiosa, artística, sociológica, etc.), efectuada en un placentero y fantasioso *excursus* —ingeniosamente explicado—. En el mismo, se demuestra de un modo extraordinariamente eficaz cómo el proceso es también —o como sostiene el autor, en primer lugar— un fenómeno antropológico, psicológico y cultural²⁹. Este empleo de la comparación aporta una visión heterodoxa no solo del proceso, sino de sus propios métodos de estudio tradicionales, tan osada como efectiva para evidenciar los límites de los enfoques didácticos (y científicos) aún en boga en los Departamentos y Facultades de Derecho.

7. FORMULACIÓN DE UNA PARADOJA: «COMPARAR» SIN «COMPARAR» Y «COMPARAR» SIN «COMPARAR»

En méritos de todo lo anterior, se presenta una paradoja (provocadora): ¿Se pueden estudiar y desarrollar comparaciones con ordenamientos jurí-

²⁷ Se advierte en CAPPELLETTI, M., «Metodo e finalità degli studi comparativi sulla giustizia», en *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, 1994, pp. 11 y ss.; DENTI, V., «Diritto comparato e scienza del processo», en *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, pp. 21 y ss. (es el trabajo presentado en las jornadas de estudio de la *Associazione italiana di diritto comparato* sobre el tema «La contribución de la comparación a las ciencias jurídicas», celebrado en Torino del 25 al 27 de mayo de 1979 y publicado en las Actas de la Conferencia, Milano, 1980, pp.199 y ss).

²⁸ Algunos apuntes acerca de la desconsideración del legislador a las alegaciones de la doctrina (con explicaciones de signo contrario) se hallan en VARANO, V., «Il diritto processuale civile italiano in Europa», en BUSSANI, M. (coord.), *Il diritto italiano in Europa (1861-2014). Scienza, giurisprudenza, legislazione*. Anuario di diritto comparato e di studi legislativi, Napoli, 2014, pp. 125 y 127, y STÜRNER, R., «Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht», en *Zeitschrift für Zivilprozess*, 2014, pp. 271 y ss; especialmente, p. 297 y la nota núm. 139 ambos interpelan, recogiendo sus provocaciones, a CAPONI, R., «Frammenti di teoriadel processo civile. Una premessa introduttiva», en *Il Processo*, 2019, pp. 1 y ss.

²⁹ Me refiero al extraordinario libro (en el sentido más literal de *extra ordinem*) de CAVALLONE, B., *La borsa di Miss Flite*, Milano, 2016.

dicos extranjeros, sin desvincularse de la «lógica» de los derechos positivos (realizando una operación que solo puede denominarse «comparación» en un sentido sumamente restringido)? En otras palabras, ¿se puede «comparar» sin «Comparar»? Bajo mi punto de vista, se puede responder afirmativamente a dicha pregunta, aunque tal vez también se puede sostener lo contrario, esto es, la posibilidad —aquí quizás aún más paradójicamente— de efectuar una «Comparación» incluso sin ocuparse del Derecho extranjero.

Si realmente comparar (y por tanto «Comparar») significa fundamentalmente adoptar una perspectiva externa al Derecho, bien puede producirse un «comparar» sin «Comparar». Con ello quiero manifestar que, en determinadas ocasiones, se pueden estudiar derechos extranjeros sin salir de la perspectiva interna del Derecho. Desde un planteamiento estrictamente iuspositivista, traspasar las fronteras nacionales ya conlleva situarse formalmente afuera del ordenamiento jurídico (entendido *stricto sensu*), hasta alcanzar un punto en el que el Derecho extranjero puede calificarse como un hecho. Sin embargo, con ello no se formula una buena comparación: una comparación entre soluciones técnicas, que evite el banco de pruebas de la realidad, provoca la disolución del *tertium comparationis* que CAPPELLETTI había identificado, elaborando su propia propuesta metodológica, como el rasgo típico de la comparación³⁰. Por consiguiente, si continuamos limitándonos a realizar comparaciones entre instituciones particulares o, peor aún, entre disposiciones normativas concretas, la pretensión comparativa corre el riesgo de no convertirse en una «Comparación» real, fracasando en su cometido.

Considero que las propuestas metodológicas de importantes comparatistas pueden leerse como antídotos para este tipo de planteamientos. Piénsese, por ejemplo, en la teoría de los formantes de SACCO³¹, en el concepto de sistema propuesto por LUPOI³², en la importancia fundamental que se le atribuye a la dimensión histórica, cultural, socioeconómica en lo procesal-comparativo (y en la comparación en general) por DENTI³³ y CAPPELLETTI³⁴. Las mismas tesis de Trento —en particular, la quinta— ofrecen una herramienta muy útil para emprender un estudio comparativo metodológicamente fructífero del Derecho (y ciertamente también del Derecho procesal civil)³⁵.

Precisamente, partiendo de las ideas que ofrece la última de las tesis de Trento —que, considerada detenidamente, prescribe fomentar la relación entre la comparación jurídica y otras disciplinas—, se podría sostener que la confrontación con otras disciplinas constituye, en realidad, un presupuesto imprescindible de toda comparación. Su imprescindibilidad permite afirmar

³⁰ CAPPELLETTI, M., «Metodo e finalità degli studi comparativi sulla giustizia», *op. cit.*, en particular, p. 17.

³¹ SACCO, R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980.

³² LUPOI, M., *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, pp. 122 y ss.

³³ DENTI, V., «Diritto comparato e scienza del processo», *op. cit.*, p. 21 ss.

³⁴ *Ibid.* nota 31.

³⁵ Para una reconstrucción fundamentada de las Tesis de Trento Cfr. AJANI, G., FRANCAVILLA, D. y PASA, B., *Diritto comparato. Lezioni e materiali*, Torino, 2018, pp. 3 ss.

que quienes estudian el Derecho interno, por medio de la comparación con otras disciplinas (economía, sociología, antropología, etc.), realizan en realidad una operación cultural mucho más útil para la comparación, que quienes circunscriben su estudio a las normas vigentes en un ordenamiento jurídico extranjero, aun cuando se esfuerzan por escudriñar sus diferencias y semejanzas.

8. COMPARACIÓN Y PROCESO CIVIL: UNIFICAR, DIVIDIR, UNIFORMIZAR

Se presenta como arduo afirmar si la comparación en Derecho procesal civil ha servido para unificar o más bien para resaltar las diferencias y las identidades irreducibles a un sustrato convergente. En Derecho procesal civil, la comparación se ha empleado en las últimas décadas para enfatizar las deficiencias de nuestro sistema de justicia y tratar de remediarlas. Creo que se ha insistido más en subrayar las diferencias que las semejanzas, con el fin de transmitir a los políticos la necesidad de implementar reformas. Estos mensajes, sin embargo, han sido interpretados parcial y equivocadamente; traducidos por el legislador en un número irracional de micro-intervenciones en la Ley procesal civil. Dicho cuerpo normativo se halla literalmente despedazado por una interminable recua de reformas que, fundamentándose en el espejismo de la mejora de un sistema de justicia civil impresentable y sumido en una crisis crónica desde hace cuarenta años, han provocado el desmoronamiento del sistema. Asimismo, las mismas han elevado (más si cabe) los niveles de ineficacia de la justicia civil y desalientan (o incluso desesperan) a quienes utilizan el proceso para tutelar derechos; su fin institucional³⁶.

Por su parte, están aflorando corrientes unificadoras a nivel supranacional. Algunos proyectos importantes (piénsese en el Código-Tipo de América Latina³⁷, en el Proyecto ALI-UNIDROIT que culminó con la redacción de los

³⁶ Cabe señalar, incluso como un útil recordatorio, un libro corto —pero con un inestimable valor—, en el que se devuelve la atención a la protección de los derechos como objetivo indispensable y central del proceso civil; un fin que prescinde de los conflictos ideológicos (y hasta en cierto punto exacerbados) que envuelven a los conceptos de público/privado: PRIORI POSADA, G.F. *El proceso y la cura de los derechos*, Lima, 2019. La obra, originalmente dirigida a los estudiantes, en realidad ostenta unas notables implicaciones para el estudio (y aplicación) del Derecho procesal civil.

³⁷ Se trata de un particular que ha sido muy estudiado, especialmente a partir de finales de la década de los ochenta y principios de la década de los noventa. El proyecto se puede consultar en VESCOVI, E. *El código procesal civil modelo para Ibero-América*, 2.^a ed., Montevideo, 1997. Asimismo y principalmente SCHIPANI, S. y VACCARELLA, R. (coords.), *Un «Codice Tipo» di Procedura Civile per l'America Latina (Atti del Congresso Internazionale, Roma, 26/28 settembre, 1988)*, 4 Roma e America. *Collana di studi giuridici latinoamericani*, Padova, 1990, así como BERIZONCE, R.O. *Código-tipo y reforma del proceso en América Latina: entre el Derecho común y el Derecho uniforme (Anteproyecto de Código-tipo del proceso civil para América Latina)*, pp. 29 y ss; DE MIGUEL, C., *Notas sobre las garantías procesales del Código-tipo Iberoamericano*, pp. 61 ss; FAZZALARI, E. *Il Codice-tipo e i valori del processo*, pp. 103 y ss; GELSI BIDART, A., *Código Tipo y reforma del proceso en América Latina: entre el Derecho común o uniforme*, pp. 41 y ss.; ORTELLAS RAMOS, M., *Código-tipo y reforma del proceso entre Derecho común y Derecho uniforme en América Latina*, pp. 69 ss. Además, VACCARELLA, R., "Un codice

*Transnational Principles and Rules of Civil Procedure*³⁸, en el proyecto ELI-UNIDROIT, que está trabajando en la redacción de los *Transnational Principles* y las *European Rules of Civil Procedure*)³⁹ han tratado de erigirse como leyes modelo, en un intento —al menos parcialmente exitoso, especialmente en América Latina— de aunar «lo mejor» de varios sistemas procesales pertenecientes a un área determinada, con la voluntad de inspirar a los legisladores nacionales en la redacción de las reformas normativas⁴⁰.

9. LEGISLACIÓN EUROPEA Y PROCESO CIVIL

El proceso de unificación europea en materia procesal se ha desarrollado principalmente a través de la introducción de reglamentos comunitarios, que han incidido de manera bastante superficial en los sistemas procesales de los distintos países. Las normas comunitarias, de hecho, operan a un nivel y de un modo tal que apenas afectan al núcleo de las tradiciones jurídicas nacionales⁴¹. Sin embargo, no podemos olvidar el papel fundamental (y probablemente mucho más penetrante) que los Tribunales europeos han desempeñado y desempeñan en este ámbito, contribuyendo a la formación de un verdadero Derecho procesal europeo, cuyos resultados se patentizan tanto en la doctrina⁴² como en la jurisprudencia⁴³.

tipo di procedura civile per l'America Latina", en *Riv. Dir. Proc.*, 1989, pp. 253 ss. VINCENTI, U., «Un nuovo "ius commune" latino-americano in materia processuale?», en *Riv. dir. civ.*, 1991, II, pp. 609 ss.; BERIZONCE, R.O., «L'udienza preliminare nel codice processuale civile modello per l'Ibero-America», en *Studi in onore di Vittorio Denti*, vol. II, Padova, 1994, pp. 29 ss.; FAIRÉN GUILLÉN, V., «Comentario y propuesta sobre el artículo 199 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (el desistimiento del proceso)», en *Justicia*, 1989, IV, pp. 791-812; PROVERA, G., «Divagazioni storiche intorno al Progetto di "Codice tipo" di procedura civile per l'America Latina», en *Index*, 1991, pp. 333 y ss.; TAVOLARI OLIVEROS, R., «Hacia una teoría general del proceso para los Códigos procesales "modelo" para Iberoamérica», en 3 *Roma e America*, 1997, pp. 127 y ss.; VESCOVI, E., «Confrontación entre el Código procesal civil modelo iberoamericano y el proyecto de Código europeo. Hacia un proceso universal. Las tendencias que el Código modelo va plasmando en la realidad», en 3 *Roma e America*, 1997, pp. 99 y ss.

³⁸ HAZARD, G.C. y TARUFFO, M., *ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure: Proposed Final Draft (March 9, 2004)*, American Law Institute 2004; HAZARD, G.C. y TARUFFO, M., *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge 2006; GIDI, A., HAZARD, G.C. y TARUFFO, M. y STÜRNER, R., «Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure», en *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, 33, 2001, pp. 769 ss.

³⁹ Para una actualización del proyecto, *vid.*: <https://www.unidroit.org/work-in-progress-eliunidroit-european-rules>.

⁴⁰ Para una interesante confrontación de los resultados de estos proyectos en el área iberoamericana: MITIDIERO, D., NIEVA FENOLL, J., OTEIZA, E., PRIORI POSADA, G. F., *et al.* (coords.), *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*, Palestra, Lima. Véase el texto y las notas núm. 19 a 24 del apartado 5.

⁴¹ Sobre este extremo es obligada la lectura de BIAVATI, P., *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, 2015.

⁴² *Vid.*, además de la obra referenciada en la nota anterior; TROCKER, N., *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino 2011.

⁴³ Basta consultar los informes temáticos jurisprudenciales de la Corte di Cassazione, elaborados periódicamente por el Ufficio del Massimario, para advertir la capital importancia que han asumido las decisiones de los Tribunales europeos y del Tribunal de Estrasburgo con relación a la interpretación y aplicación del Derecho procesal civil interno.

En términos generales, el Derecho comunitario no ha obstaculizado la comparación, sino todo lo contrario: muy probablemente ha promovido su desarrollo en el ámbito del Derecho procesal, pero con límites⁴⁴. En efecto, el proceso de unificación que, por ejemplo, ha emprendido la elaboración de las *European Rules of Civil Procedure* ha excitado indudablemente el conocimiento mutuo de los sistemas procesales europeos. Esto no obstante, las mismas difícilmente se prestan a disolver las ortodoxias imperantes, dado que se sirven de la comparación para llevar a cabo la ideación de un modelo de proceso, encaminado a construir un potencial punto de referencia para los legisladores nacionales. De ahí que el impulso derivado del proceso de unificación europea constituye un estímulo a la comparación —entendida como un conocimiento recíproco de las legislaciones procesales— y, al mismo tiempo (e incluso paradójicamente), un escollo al desarrollo de la comparación «subversiva».

10. CASI UNA CONCLUSIÓN: LOS MÉTODOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL

En lo que sigue, avanzaré hacia la presentación de las conclusiones. No obstante, el título de este párrafo es demasiado ambicioso para alcanzar, en realidad, una conclusión verdadera. Por ello, prefiero que se considere una «casi» conclusión.

La primera conclusión descansa en señalar que el estudio y el análisis del proceso civil pueden efectuarse por medio de una pluralidad de métodos⁴⁵. Esta afirmación en la actualidad puede considerarse trivial, sin embargo, no era así hasta hace unos años, cuando el método dogmático-sistemático era considerado el único capaz de imprimir científicidad al estudio de esta materia⁴⁶. Afortunadamente, se ha superado este tiempo —sin que haya sido preciso desacreditar dicho método— y hoy en día también se admiten otros métodos considerados científicamente válidos; los que Remo CAPONI, en un reciente ensayo, denomina —evocadora y respetuosamente— las «*diverse anime*» del Derecho procesal civil⁴⁷.

La segunda conclusión, y no menos importante, concierne a la cuestión metodológica —ya abordada por la más observadora doctrina italiana—. La misma está comenzando a ser tomada en consideración por la comunidad científica internacional que se ocupa del Derecho procesal civil comparado.

⁴⁴ A estos efectos, cabe significar la obra, HESS, B., BURKHARD y KRAMER, X. (coords.), *From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure*, Baden Baden 2017; en especial, debe destacarse CAPONI, R. "Harmonizing Civil Procedure: Initial Remarks", pp. 43 y ss. Acerca de las relaciones entre los Tribunales nacionales y los europeos, *vid.* HESS, B., BURKHARD y KRAMER, X. (coords.), «Corti europee e giudici nazionali», en *Corti europee e giudici nazionali. Atti del 27° Convegno nazionale (Verona, 25-26 settembre 2009)*, Bologna, 2011, pp. 239 y ss.

⁴⁵ Esta idea ya estaba presente en los trabajos recogidos en BESSONE, M., SILVESTRI, E. y TARUFFO, M. *I metodi della giustizia civile*, Padova, 2000.

⁴⁶ CAPONI, R., "Frammenti di teoria del processo civile. Una premessa introduttiva", *op. cit.*, p. 9.

⁴⁷ *Ibid.*

En este caso, considero que los trabajos reunidos en una reciente publicación, cuyo título es *Approaches to Procedural Law. The Pluralism of Methods*⁴⁸, reproducen —trasponiéndolos al Derecho procesal— algunas de las problemáticas que ocupan (o incluso obsesionan) a los comparativistas⁴⁹. Así, se discuten —incluso desde una perspectiva crítica— propuestas metodológicas de prestigiosos procesal-comparativistas⁵⁰; se exponen valiosas reflexiones sobre el uso (a veces distorsionado) de los métodos estadísticos en el Derecho procesal civil comparado⁵¹.

La tercera y última conclusión está referida al Derecho procesal comparado, pero quizás también al Derecho comparado *tout court*, y atañe a la relación entre la finalidad y el método. Considero que la finalidad (aunque no únicamente) posee una influencia decisiva en el método del Derecho procesal civil. Es un particular que normalmente pasa desapercibido. En otras palabras, y muy trivialmente, para el abogado que tiene como norte ganar el procedimiento, el Derecho procesal se tendrá en cuenta principalmente en su dimensión normativa, a lo sumo atemperada —aunque solo aparentemente— en el recurrir a la «fuente» jurisprudencial; no muy discrepante será el planteamiento del juez, cuando tenga que dictar una sentencia. Por el contrario, en el caso del legislador, el método será completamente diferente. Seguramente, el legislador recurrirá a métodos estadísticos, econométricos, que suelen ser ajenos a las normas a reformar. Así las cosas, existirán diferentes planteamientos para analizar, no únicamente el Derecho procesal civil, sino también el Derecho procesal comparado, dependiendo si el estudioso del proceso se dedica a la investigación o a la docencia, así como si pretende adoptar una posición ideológica neutral o, por el contrario, pretende posicionarse ideológicamente. Por otro lado, lo que acabo de referir no es un particular nuevo, por cuanto ya se podía advertir en una obra de DENTI, publicada hace cuarenta años⁵².

Como es evidente, las anteriores conclusiones no son más que sugerencias que ciertamente no aspiran a finalizar, sino a reiniciar el debate sobre una de las cuestiones más complejas y arduas: el método. A dicha cuestión, la doctrina italiana —incluso respondiendo (directa o indirectamente) a ciertos postulados, más o menos fundados, de la doctrina transalpina— quizás debería dedicar una mayor atención⁵³.

⁴⁸ CADIET, L., HESS, B. y REQUEJO ISIDRO, M., *Approaches to Procedural Law. The Pluralism of Methods*, Baden-Baden 2017.

⁴⁹ Cfr. WOO, M., "Comparative Law: A Plurality of Methods", en CADIET, L., HESS, B. y REQUEJO ISIDRO, M., *Approaches to Procedural Law. The Pluralism of Methods*, op. cit., pp. 47 y ss.

⁵⁰ GIABARDO, C.V., "Mauro Cappelletti's Methodology in Comparative Civile Justice and the Coercive Powers of Courts as a Case Study", en CADIET, L., HESS, B. y REQUEJO ISIDRO, M., *Approaches to Procedural Law. The Pluralism of Methods*, op. cit., pp. 67 y ss.

⁵¹ KERN, C.A. "Statistical Methods in Comparative Civil Procedure – Chances and Risks", en CADIET, L., HESS, B. y REQUEJO ISIDRO, M., *Approaches to Procedural Law. The Pluralism of Methods*, op. cit., pp. 121 y ss.

⁵² DENTI, V., «Diritto comparato e scienza del processo», op. cit., pp. 31 y ss.

⁵³ STÜRNER, R., «Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht», en *Zeitschrift für Zivilprozess*, op. cit.

UN ANÁLISIS DE LAS GARANTÍAS PROCESALES EN EL ARBITRAJE DESDE UNA PERSPECTIVA NACIONAL Y EUROPEA A RAÍZ DE LA STC, 17/2021 DE 15 DE FEBRERO

AN ANALYSIS ON THE PROCEDURAL GUARANTEES IN THE ARBITRATION
FROM A NATIONAL AND EUROPEAN PERSPECTIVE FOLLOWING THE
JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT, 17/2021 OF 15 FEBRUARY

Guillermo SCHUMANN BARRAGÁN*

Profesor ayudante
Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El trabajo analiza la naturaleza de los derechos y garantías procesales en el arbitraje desde una dimensión nacional y europea a raíz del comentario a la STC 17/2021, de 15 de febrero. En concreto, examina desde la perspectiva del art. 24 CE, del art. 47 CDFUE y del art. 6 CEDH la relación que existe entre el anclaje institucional del arbitraje y los derechos y garantías procesales que en él operan.

PALABRAS CLAVE: STC 17/2021, derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE, autonomía de la voluntad, art. 47 CDFUE, art. 6 CEDH.

ABSTRACT: This paper analyzes the nature of the rights and procedural safeguards in the field of arbitration from a national and European perspective, and this as a result of a commentary to the Spanish Constitutional Court ruling 17/2021. In particular, it addresses the relationship between the institutional anchoring of the arbitration and the procedural rights and safeguards from the perspective of Articles 24 CE, 47 CFREU and 6 ECHR.

* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1934-7808>

KEYWORDS: STC 17/2021, right to an effective judicial remedy, Article 24 of the Spanish Constitution, party autonomy, Article 47 CFREU, Article 6 ECHR.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA STC 17/2021 DE 15 DE FEBRERO; 2.1. Antecedentes de hecho; 2.2. Fundamentos de Derecho.—3. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA STC 17/2021: LAS GARANTAS PROCESALES EN EL ARBITRAJE DESDE UNA PERSPECTIVA NACIONAL; 3.1. El anclaje constitucional del arbitraje; 3.2. La naturaleza legal de las garantías procesales en el procedimiento arbitral; 3.3. El derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente a una resolución motivada y fundada en Derecho; 3.4. La «especial transcendencia» práctica de la Sentencia.—4. LAS GARANTAS PROCESALES EN EL ARBITRAJE DESDE UNA PERSPECTIVA EUROPEA; 4.1. La institución arbitral desde la perspectiva del art. 6 CEDH; 4.2. La institución arbitral desde la perspectiva del art. 47 CDFUE; 4.3. El distinto nivel de protección de los arts. 24 CE, 6 CEDH y 47 CDFUE; 4.4. Excurso: sobre la (posible) nulidad de un convenio arbitral incorporado como condición general de la contratación y la (posible) inconstitucionalidad del art. 9.2 LA.—5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

El 22 de marzo del 2021 se publicó en el BOE la sentencia del TC (Sala Primera. Ponente: Dña. María Luisa Balaguer Callejón) núm. 17/2021, de 15 de febrero [ECLI:ES:TC:2021:17] (la “Sentencia”). En ella se resuelve el recurso de amparo interpuesto frente a la sentencia 1/2018, de 8 de enero, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada en un procedimiento de anulación de laudo arbitral y el auto de 22 de mayo de 2018 por el que se desestima el correspondiente incidente de nulidad de actuaciones. Los recurrentes consideraban que la sentencia había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a una resolución motivada, no incurso en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente (art. 24.1 CE), ya que se anuló el laudo arbitral con base en una interpretación patentemente errónea del orden público como motivo de anulación [art. 41.1 f) de la Ley de Arbitraje (“LA”)].

La Sentencia es de interés por cuanto consolida la doctrina del TC en relación con la naturaleza de las garantías procesales que operan en el procedimiento arbitral y, con ello, la propia naturaleza y anclaje constitucional del arbitraje. La Sentencia se enmarca en un escenario bien conocido por la práctica arbitral nacional. El TSJ de Madrid ha hecho desde hace unos años una interpretación expansiva del concepto de orden público como motivo de anulación que le ha servido de fundamento para entrar a controlar el contenido de los laudos. Esta línea jurisprudencial se ha percibido por parte de los operadores jurídicos como un riesgo para la consolidación del arbitraje en el foro. En este contexto, la Sentencia también tiene una especial transcendencia práctica por cuanto supone un límite a esa posición seguida por el TSJ de Madrid.

El objetivo de este trabajo es hacer un análisis de la relación que existe entre el anclaje institucional del arbitraje y la naturaleza de los derechos y

garantías que en él operan desde una perspectiva nacional y europea a raíz del comentario de la Sentencia¹.

2. LA STC 17/2021, DE 15 DE FEBRERO

2.1. Antecedentes de hecho

La sentencia 1/2018 del TSJ de Madrid anuló un laudo arbitral que tenía como objeto distintos conflictos societarios entre los socios de Mazacruz S.L. Como se desprende de los antecedentes de hecho de la Sentencia, los ahora demandantes en amparo interpusieron en su día una demanda arbitral en la que solicitaban que se declarase su derecho a la separación de la sociedad o, subsidiariamente, su disolución y liquidación. Se inició así un arbitraje de equidad que tuvo su origen en la cláusula de sumisión a arbitraje incorporada en los estatutos de la sociedad (art. 11 bis LA). La demanda arbitral fue estimada y, en consecuencia, el laudo declaró la disolución de la sociedad. Posteriormente, uno de los socios ejercitó una acción de anulación frente al laudo ante el TSJ de Madrid alegando, entre otros motivos, que este infringía el orden público por cuanto su motivación y la valoración de la prueba que en él se hacía vulneraban su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En su sentencia, el TSJ examinó la jurisprudencia del TC relacionada con el derecho a una resolución motivada (art. 24.1 CE) y el canon que debe llevarse a cabo para su control. Conforme a lo alegado, el TSJ consideró que el laudo «no pondera toda la prueba practicada en el arbitraje [...] no valora las pruebas en su integridad, y no contiene una motivación suficiente»². En concreto, reprochó la valoración de la prueba practicada y la correspondiente fijación de determinados hechos como ciertos³. Con base en ello, consideró

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros” (PGC2018-094693-B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

² Sentencia del TSJ de Madrid núm. 1/2018, de 8 enero [ECLI: ECLI:ES:TSJM:2018:46]: «Se alega por la demandante que el Laudo arbitral implica una violación del orden público por infringirse el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la proscripción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) en la motivación y en la valoración probatoria [...] Tras una minuciosa revisión por este Tribunal de la motivación del Laudo [...] llegamos a la conclusión alegada por la demandante, que no se encuentra suficientemente motivado en equidad un laudo que no pondera toda la prueba practicada en el arbitraje [...] El Laudo, por tanto, no da respuesta a todas las cuestiones planteadas en el arbitraje, no valora las pruebas en su integridad, y no contiene una motivación suficiente para llegar a una conclusión tan importante como la disolución de una sociedad por una causa asimilada a la legal, el abuso del derecho [...]»

En consecuencia, el motivo debe ser estimado y procede por tanto declarar la nulidad del Laudo impugnado, por apreciar la infracción del orden público pretendida por la demandante» (FJ 5º).

³ En concreto, en relación con la valoración de la prueba llevada a cabo en el laudo, el TSJ consideraba que «[t]al y como apunta la demandante, no se valora por el árbitro la actitud de las demandadas no impugnando los acuerdos sociales [...] *El Laudo no hace alusión alguna, pese a la acreditación documental en el arbitraje a la sentencia firme dictada por el Juzgado Mercantil nº 1 de Madrid, de 2 de marzo de 2016 que desestima la petición de D.ª Flora y sus hijas de remover a Paul Participaciones, S.L. como administrador de Mazacruz por “conflicto de interés”, y en cambio valora como acto abusivo el*

que el laudo era nulo por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva que se integra en el concepto de orden público del art. 41.1 f) LA.

El resto de socios interpusieron frente a esta sentencia —y el posterior auto que desestimó el incidente excepcional de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ)— un recurso de amparo ante el TC. Alegaron que la sentencia del TSJ vulneró su derecho a una resolución motivada, no incurso en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente (art. 24.1 CE). En concreto, consideraron que el TSJ impuso al laudo arbitral un canon de control de motivación que solo les es aplicable a las resoluciones judiciales, ya que el arbitraje tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes y no en el derecho a la tutela judicial efectiva. Además, alegaron que la motivación es una cuestión que no se integra en la noción de orden público.

El socio que en su día ejercitó la acción de anulación del laudo solicitó la desestimación del recurso de amparo. Afirmó que el TSJ llevó a cabo el control que le impone la LA y que no podía considerarse que su sentencia fuera irrazonable o arbitraria, por mucho que su interpretación del orden público del art. 41.1 f) LA sea cuestionable. Defendió que el alcance del control judicial que debe llevarse a cabo cuando se conoce de una acción de anulación es una cuestión «de legalidad ordinaria reservada a la jurisdicción». Mazacruz S.L. también solicitó la desestimación del recurso de amparo. Sostuvo que la invocación del art. 24.1 CE por parte de las recurrentes en amparo era una invocación formal para atacar la indebida proyección del derecho a la tutela judicial efectiva en el procedimiento arbitral. Una cuestión que «no deja de ser una interpretación de legalidad ordinaria que no invade ningún derecho fundamental». Por lo cual, se consideraba que lo que pretendían los recurrentes en amparo es que el TC «actúe como una especie de tribunal de casación que fije la correcta interpretación de la legalidad ordinaria»; interpretación que solo podría llevarse a cabo cuando fuere claramente lesiva de algún otro derecho fundamental recurrible en amparo.

El Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso de amparo. Antes de entrar en el fondo, se advirtió la necesidad de delimitar con claridad su objeto

nombramiento como administrador de Paul Participaciones, S.L., sociedad vinculada a la demandante, acuerdo social que tampoco consta que haya sido impugnado por las demandantes. Tampoco se valora por el árbitro la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 11 de diciembre de 2006 (documento nº 18), que declara la nulidad del Acuerdo de remuneración del Consejo en el que la entonces Presidenta y Consejera Delegada, D.ª Flora madre, elevaba su retribución. En cuanto a la denegación de la información sobre sociedades filiales de Mazacruz, el Laudo hace mención a que vetar información a las demandantes sobre las sociedades participadas del Grupo, hecho que declara probado, se apoya en que no son socias directas lo que perfila como fraude de ley, pero sin valorar la prueba, ni razonar porque tal hecho se encuentra indubitadamente probado por la sola declaración extractada de D. Ángel Daniel, sin hacer mención alguna a la amplia documental aportada, que no se analiza, en concreto burofax de 8 de enero de 2016 (doc. 11 demanda arbitral). Tampoco se motiva en el laudo porque las modificaciones estatutarias de las filiales adoptadas por acuerdos de 15 de diciembre de 2015, resultan lesivas, que ni siquiera se examinan por el árbitro, ni se valora la documental aportada sobre el reparto de dividendos, pese a afirmar la existencia de una asfixia económica inducida por D. Ángel Daniel a D.ª Flora y sus hijas» (FJ 5º) (énfasis añadido).

y ceñirse en exclusiva a la alegada vulneración del derecho a una resolución motivada (art. 24.1 CE) *en la sentencia del TSJ*. En cuanto al fondo, consideró que la motivación del laudo entra en el concepto de orden público, pero que «su exigencia no le viene dada por el art. 24.1 CE, aplicable únicamente a la tutela judicial y no a la arbitral, sino por la previsión legal del art. 37.4 LA, y, por ello, esa motivación podrá ser objeto de un control, pero no equiparable a la sentencia». Con base en esto, consideró que el TSJ se extralimitó en su función de control externo del laudo y vulneró en su sentencia el derecho a la tutela judicial efectiva de las recurrentes «por errónea motivación al haber anulado el laudo tras un análisis de la motivación del mismo que excede del ámbito que le correspondía».

2.2. Fundamentos de Derecho

La Sentencia se construye sobre la base del anclaje constitucional del arbitraje, la noción de orden público *ex art.* 47.1 f) LA y el deber de motivación del laudo.

En esta línea, se recuerda que el arbitraje es una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva: «si bien el derecho a la tutela judicial efectiva tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones» (FJ 2.º). Es un mecanismo heterónomo de resolución de controversias que tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral (arts. 1.1 y 10 CE). Por ello, la repetida expresión de «equivalente jurisdiccional» del arbitraje no hace referencia a su naturaleza, sino a sus efectos de cosa juzgada: en el arbitraje «las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada» (FJ 2.º).

Que el arbitraje sea una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva supone que las garantías procesales y mecanismos de control que respecto de él existen «deriv[e]n de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos [...] y no del art. 24 CE» (FJ 2.º). La concepción de la institución arbitral como una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva supone que al arbitraje le sea «consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respecto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias» (FJ 2.º).

En relación con la noción de orden público, el TC sostiene que esta cláusula general está integrada por una dimensión material y procesal que permite controlar «la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje» (FJ 2.º). Desde una dimensión procesal, la acción de anulación «solo puede tener como objeto

el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior» (FJ 2.^o).

En general, se considera que la motivación de una resolución es una garantía procesal que está formada por dos exigencias: la lógica y la racionalidad. La lógica, como sistema de relaciones formales entre premisas y conclusiones, va dirigida a mantener una coherencia interna en la resolución: que el fallo sea consecuencia de los antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho sobre los que se construye lógicamente la sentencia. Además, y en la medida en que «es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro», se exige que la resolución desde una perspectiva jurídica no sea irrazonable. Y lo será siempre que «a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parte de premisas inexistentes o patentemente erróneas» (FJ 2.^o). La relación formal entre los argumentos y la racionalidad jurídica de las premisas son así los pilares sobre los que se apoya el derecho a la motivación de las resoluciones —judiciales y, como enseguida se verá, también arbitrales—.

La garantía procesal de la motivación de los laudos arbitrales deriva del art. 37.4 LA y no del art. 24.1 CE⁴. Por ello, en el arbitraje la motivación es un requisito de «exclusiva configuración legal, por lo que resulta indudable que podría ser prescindible a instancia del legislador». De este modo, y en la medida en que el arbitraje es una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, la motivación no tiene su origen en el art. 24.1 CE a cuyo ejercicio se renuncia puntualmente, sino en el art. 37.4 LA, que integra tal obligación (FJ 2.^o).

Pese a su diferente naturaleza y fundamento —constitucional y legal— el TC considera que el enjuiciamiento de la motivación de los laudos arbitrales debe hacerse «con parecido canon de control» al de las resoluciones judiciales: el «enjuiciamiento de la motivación de ambos tipos de resoluciones debe valerse de parecidos criterios, de modo que se puede afirmar que sólo a aquel laudo que sea irrazonable, arbitrario o haya incurrido en error patente podrá imputársele un defecto de motivación vulnerador del art. 37.4 LA (y reiteramos, no del art. 24.1 CE)» (FJ 2.^o)⁵.

⁴ Art. 37 LA. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo: «[...] 4. El laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior».

⁵ STC 17/2021 de 15 de febrero [ECLI:ES:TC:2021:17]: «[...] la exigencia de motivación del laudo no viene dada por el art. 24.1 CE, aplicable únicamente a la tutela judicial y no a la arbitral, sino por la previsión legal del art. 37.4 LA [...] Decimos que el deber de motivación no posee la misma naturaleza en ambos tipos de resolución, porque tratándose de resoluciones judiciales es una exigencia inherente al derecho a la tutela judicial efectiva *ex* art. 24 CE. Sin embargo, para las resoluciones arbitrales, dicha obligación aparece recogida en el art. 37.4 LA, siempre con la salvedad de que las partes, además, no

Después de exponer la doctrina constitucional aplicable, se entra a resolver el recurso de amparo y a examinar si la sentencia del TSJ por la que se anuló el laudo vulneró el derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho de las recurrentes (art. 24.1 CE). En relación con ello, se afirma que «la decisión impugnada es, cuanto menos, irrazonable» ya que, el «que no se obtengan las mismas conclusiones de la prueba practicada no significa otra cosa que la existencia de una mera discrepancia de pareceres entre el árbitro y el órgano judicial, pero en absoluto puede hablarse de una vulneración del deber de motivar el laudo o de una decisión irracional». Por ello, el TC considera que «la decisión del órgano judicial de anular el laudo por insuficiente motivación (art. 37 LA), fue contraria al canon constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE)» (FJ 3.º). Y es que, «resulta manifiestamente irrazonable y claramente arbitrario pretender incluir en la noción de orden público *ex* art. 41 f) LA lo que simplemente constituye una pura revisión de la valoración de la prueba realizada motivadamente por el árbitro» (FJ 3.º). Se declara, en definitiva, que la interpretación del orden público realizada por el TSJ vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes en su vertiente del derecho a una resolución motivada no incurso en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente (art. 24.1 CE).

3. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA STC 17/2021: LAS GARANTAS PROCESALES EN EL ARBITRAJE DESDE UNA PERSPECTIVA NACIONAL

3.1. El anclaje constitucional del arbitraje

La Sentencia se integra en y consolida un *corpus* de doctrina constitucional que ha ido perfilando el anclaje constitucional del arbitraje. Este está integrado, entre otras, por las SSTC 46/2020, 1/2018, 8/2015, 119/2014, 136/2010, 352/2006, 9/2005, 13/1997, 176/1996, 75/1996, 174/1995 y 43/1988 y el ATC 259/1993⁶. Este cuerpo doctrinal se ha ido desarrollando progresivamente a raíz del control de constitucionalidad de arbitrajes obligatorios incorporados

hayan alcanzado un pacto sobre los términos en que deba pronunciarse el laudo. En las primeras, la motivación forma parte del contenido del derecho fundamental citado. En las segundas es un requisito de exclusiva configuración legal, por lo que resulta indudable que podría ser prescindible a instancias del legislador [...] Ahora bien, establecido lo anterior, no cabe duda de que la operación de enjuiciamiento de la motivación de ambos tipos de resoluciones debe valerse de parecidos criterios, de modo que se puede afirmar que solo a aquel laudo que sea irrazonable, arbitrario o haya incurrido en error patente podrá imputársele un defecto de motivación vulnerador del art. 37.4 LA (y reiteramos, no del art. 24.1 CE)».

⁶ STC núm. 1/2018, de 11 de enero [RTC/2018/1], STC núm. 8/2015, de 22 de enero [RTC/2015/8], STC núm. 119/2014, de 16 de julio [RTC/2014/119], STC núm. 136/2010, de 2 de diciembre [RTC/2010/136], STC núm. 352/2006, de 14 de diciembre [RTC/2006/352], STC núm. 9/2005, de 17 de enero [RTC/2005/9], STC núm. 13/1997, de 27 de enero [RTC/1997/13], STC 176/1996, de 11 de noviembre [RTC/1996/176], STC núm. 75/1996, de 30 de abril [RTC/1996/75], STC núm. 174/1995, de 25 de noviembre [RTC/1995/174], STC núm. 43/1988, de 16 de marzo [RTC/1988/43], ATC núm. 259/1993, de 20 julio [RTC 1993/259].

legalmente y de recursos de amparo frente a resoluciones *judiciales* dictadas en procesos de anulación de laudos arbitrales. La dimensión objetiva y subjetiva del derecho a la tutela judicial efectiva, así como el distinto objeto de enjuiciamiento y método que impone la resolución de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad y de una demanda de amparo han permitido delimitar los contornos de la institución arbitral desde distintas perspectivas.

En efecto, por su objeto, no es el mismo el control que de la institución arbitral el TC puede hacer en el marco de un recurso de inconstitucionalidad —v.gr. STC 1/2018— que en el de un recurso de amparo en el que se examina la vulneración del art. 24.1 CE en una resolución *judicial* que directa o indirectamente está relacionada con el arbitraje —v.gr. la Sentencia que se comenta—. El objeto es distinto, así como lo es la eficacia que la dimensión objetiva y subjetiva del derecho a la tutela judicial efectiva despliega frente al legislador y los órganos jurisdiccionales en sus respectivas labores de creación, interpretación y aplicación del ordenamiento. Es justamente esta diversidad lo que dota de valor e interés al referido *corpus* jurisprudencial.

Debe señalarse que el arbitraje se funda en un contrato procesal de naturaleza obligacional y dispositiva —*Verpflichtungs- und Verfügungsvertrag*— que, por su objeto, supone una disposición contractual del derecho a la tutela judicial efectiva. En cuanto a su dimensión obligacional, en el convenio arbitral las partes renuncian puntualmente *al ejercicio* del derecho a la tutela judicial efectiva y se *obligan* a someter la resolución de sus controversias a un particular denominado árbitro (art. 11 LA). La declinatoria (art. 11 LA) y el nombramiento judicial de árbitros (art. 15 LA) son dos instrumentos procesales institucionalizados en el ordenamiento que permiten obtener los efectos procesales que se derivarían del cumplimiento voluntario de esas *obligaciones de hacer y no hacer*. En relación con su dimensión dispositiva, el convenio arbitral dota a la decisión de un *particular sin potestad jurisdiccional* de determinados efectos jurídico-procesales que se integran en el concepto de cosa juzgada (art. 43 LA)⁷. Se trata así de un contrato procesal complejo del que derivan una serie de efectos obligacionales y dispositivos que se relacionan entre sí para la consecución de su finalidad típica y que son el fundamento de la vinculación del laudo.

En relación con su objeto, el convenio arbitral supone una disposición negocial del derecho a la tutela judicial efectiva que se concreta en la renun-

⁷ «[L]a opción por dirimir una controversia civil acudiendo de común acuerdo a un tercero desprovisto de potestas conecta con el principio general de libertad, al igual que con el binomio estado/sociedad, consustancial al Estado constitucional [...] Optando por el arbitraje, los particulares renuncian a su derecho fundamental (art. 24.1 CE) a someter en el caso concreto su controversia a un órgano judicial, titular en exclusiva de la potestad de juzgar, por más que no se despoje a éste de la potestad de hacer ejecutar lo juzgado. El árbitro, por voluntad de los particulares, se pone en el lugar del juez». P. CRUZ VILLALÓN, “Medios alternativos y Constitución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 11, 2007, p. 20. En relación con el ejercicio de parte de la función jurisdiccional por parte de un particular, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil. Materiales para el estudio*, p. 34. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/62238/>

cia puntual a su ejercicio en relación con una o varias controversias de una relación jurídica de naturaleza contractual o extracontractual (art. 9.1 LA)⁸. Se renuncia a la tutela *judicial* para someter la resolución de la controversia a un particular. Como recuerda el TC, «si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones». Por ello, el arbitraje «correctamente entendido, no implica una renuncia general al derecho fundamental del art. 24 CE, sino a su ejercicio en un determinado momento, no quebrantándose principio constitucional alguno» (STC 1/2018).

Esta renuncia al ejercicio del derecho fundamental encuentra su fundamento constitucional en la autonomía de la voluntad como manifestación de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE) y en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE)⁹. Es la autonomía de la voluntad plasmada en el convenio arbitral lo que legitima constitucionalmente la renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por esta razón, se han considerado inconstitucionales aquellas normas que imponen un arbitraje obligatorio. Y es que, si la autonomía de la voluntad es el elemento legitimador del arbitraje, «[e]llo quiere decir que la falta de la necesaria concurrencia de la voluntad de ambas partes litigantes para someterse a este mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos y su imposición a una de ellas, en principio, no se compadece bien con el básico aspecto contractual del arbitraje y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales (art. 24.1 CE)» (STC 1/2018). Por ello, la imposición de la renuncia a su ejercicio ha de considerarse que objetivamente vulnera el derecho fundamental.

⁸ En términos similares, en relación con la disposición negocial del derecho a la tutela judicial efectiva que incorpora el convenio arbitral, se ha dicho en Alemania que «*Mit Abschluss der Schiedsvereinbarung verzichten die Parteien in zulässiger Weise auf ihren Justizgewährungsanspruch durch den (justiz-) grundrechtlich gewährleisteten gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG mit § 16 S. 2 VVG)13 – Freiwilligkeit vorausgesetzt! (wobei unabweislicher wirtschaftlicher Druck mE schon gegenläufig wirkt. Es ist also konsequent, die speziellen (Grundrechts-)Verzichtskriterien anzuwenden*» MÜNCH “Vorbemerkung zu § 1025” en *Münchener Kommentar zum ZPO*. Band. 3, C. H. Beck, 5.ª ed., München, 2017, Rn. 4. «*Dabei ist jedoch zu bedenken, dass durch die Schiedsabrede auf Rechtsschutz durch staatliche Gerichte verzichtet wird [...] die Parteien durch die Schiedsvereinbarung auf den Justizgewährungsanspruch verzichten*» VOIT “§ 1029” en MUSIELAK, VOIT, *Zivilprozessordnung*, Franz Vahlen, 17.ª ed., München, 2020, Rn. 5, 16. En el mismo sentido en SAENGER, “Vorbemerkung zu §§ 1025–1066” en SAENGER, *Zivilprozessordnung*, Nomos, 8.ª ed., Baden-Baden, 2019, Rn. 7. WOLF, ESLAMI “§ 1025” en VORWERK, WOLF, *BeckOK ZPO*, C. H. Beck, 38.ª ed., München, Rn. 2.

⁹ J. A. XIOL RIOS, “El arbitraje en la Constitución” en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, (coord.), *Veinticinco años de arbitraje en España*, Madrid, CIMA, 2015, pp. 52-53. J. REMÓN PEÑALVER, “Orden público y acción de anulación” en M.ª J. MENÉNDEZ ARIAS (coord.), *Anuario de arbitraje 2017*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2017, pp. 411-412. G. SCHUMANN BARRAGÁN, “Comentario a la STC 1/2018 de 11 de enero (Pleno) sobre la inconstitucionalidad del art. 73 e) de la Ley del Contrato de Seguro”, *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, vol. 21, núm. 1, 2018, p. 404. Disponible en: <https://doi.org/10.5209/FORO.61812>

Esta es la doctrina consolidada del TC desarrollada en la STC 174/1995, respecto del art. 38.2 LOTT; mantenida en la STC 352/2006, respecto de la nueva redacción dada a esa misma norma tras su declaración de inconstitucionalidad; y reafirmada en la STC 1/2018, respecto del art. 76 e) LCS.

Por eso, y como bien apunta la Sentencia, la llamada equivalencia jurisdiccional del arbitraje se predica respecto de sus efectos —«una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada» (FJ 2.º)—, pero no de su naturaleza. La institucionalización del arbitraje y el efecto dispositivo que deriva del convenio arbitral supone que a la decisión de un particular sin potestad de ningún tipo se la dote de unos efectos jurídico-procesales concretos asimilables a los de una sentencia judicial (art. 43 LA)¹⁰. Sin embargo, ello no cambia en absoluto la naturaleza privada de la institución.

Como apunta Cruz Villalón, es de interés destacar que la expresión «equivalente jurisdiccional» como tal nació en el contexto de recursos de inconstitucionalidad por conflictos competenciales entre el Estado y las CCAA¹¹. La expresión literal puede encontrarse por primera vez en la STC 62/1991¹². Y es que, siendo competencia exclusiva del Estado la legislación procesal *ex* art. 149.1.6.ª CE, la expresión equivalente jurisdiccional permitía atribuir a este título competencial la regulación del arbitraje y de otros mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos. De esta manera, el origen de esta expresión responde a una necesidad muy concreta de reparto competencial y distribución del poder territorial, pero no pretendía explicar la naturaleza de la institución.

En este sentido, la Sentencia se integra, actualiza y consolida la doctrina constitucional en relación con el anclaje del arbitraje en la CE.

3.2. La naturaleza legal de las garantías procesales en el procedimiento arbitral

Como se encarga de subrayar la Sentencia, las «garantías» procesales en el procedimiento arbitral derivan de la propia LA y no del art. 24 CE (FJ 2º)¹³. Los derechos a la imparcialidad del árbitro o la prohibición de indefensión son «derechos subjetivos» que se derivan de la configuración legal del arbitraje y «no son garantías derivadas —con el carácter de derechos fundamentales— del art. 24 CE» (STC 9/2015)¹⁴. Por ello, las garantías procesales *del*

¹⁰ J. A. XIOL RIOS, “El arbitraje en la Constitución”, *op. cit.*, pp. 52-53. STS (Sala de lo Civil) núm. 26/2010 de 11 febrero [ECLI: ECLI:ES:TS:2010:1669].

¹¹ P. CRUZ VILLALÓN, “Medios alternativos”, *op. cit.*, pp. 18-20.

¹² STC núm. 62/1991, de 22 marzo [RTC 1991/62].

¹³ J. REMÓN PEÑALVER, “El arbitraje ante el Tribunal Constitucional” en RUIZ RISUEÑO, FERNÁNDEZ ROZAS, (coords.), *El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del 30 aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 59-61. También en J. REMÓN PEÑALVER, “Orden público y acción de anulación”, *op. cit.*, pp. 411-412. G. SCHUMANN BARRAGÁN, “Comentario a la STC 1/2018”, *op. cit.* p. 404. J. A. XIOL RIOS, “El arbitraje en la Constitución”, *op. cit.*, p. 53.

¹⁴ STC 9/2015, de 17 de enero [RTC 2005/9]: «Es indudable que quienes someten sus controversias a un arbitraje de equidad tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro (art. 12.3 de

art. 24 CE se proyectarán solo sobre aquellas actuaciones *judiciales* relacionadas con un arbitraje: el nombramiento judicial de árbitros, las funciones de apoyo al arbitraje o, como en la Sentencia que ahora se comenta, en relación con una acción de anulación del laudo¹⁵. En este sentido, la Sentencia consolida y clarifica la doctrina del TC en relación con la naturaleza de las garantías procesales en el procedimiento arbitral: son garantías *simplemente legales* —*einfachrechtlich*—.

Debe recordarse que el art. 24.1 CE es un derecho subjetivo de prestación cuyo único sujeto pasivo es el Estado, por cuanto solo él tiene atribuida constitucionalmente la potestad jurisdiccional que es imprescindible para desarrollar la prestación debida (art. 117.3 CE). Por ello, es imposible interponer un recurso de amparo ante una alegada vulneración de garantías procesales constitucionales *en el procedimiento arbitral*. Como sostiene el TC, «[a]quello que, por voluntad expresa de las partes, se refiere al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional» (STC 176/1996).

Desde luego, es posible que en algunos casos los derechos y garantías procesales en la LA incorporen el mismo contenido que los derechos fundamentales de naturaleza procesal. Son derechos y garantías legales que, en su caso, pueden configurarse a modo «reflejo» de aquellas constitucionales. Se incorporan y proyectan así sobre un sector del ordenamiento unos principios de justicia (procedimental) que en otros casos no serían aplicables. Que el contenido sea el mismo desde luego no supone que lo sea también su naturaleza.

la Ley de arbitraje de 1988 [RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783] y art. 17 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre [RCL 2003, 3010], de arbitraje) y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 21.1 de la Ley de arbitraje de 1988 y art. 24.1 de la Ley de arbitraje de 2003), derechos que derivan de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos. Pero esos derechos tienen precisamente el carácter de *derechos que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan*, en su caso, a través del recurso o acción de anulación que la regulación legal del arbitraje —por medio de motivos de impugnación tasados— concede a quienes consideren que aquellos han sido vulnerados. Como ya se ha expuesto, sin embargo, *la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión en el arbitraje no son garantías derivadas—con el carácter de derechos fundamentales— del art. 24 CE, cuyas exigencias solo rigen, en lo que atañe ahora a las concretas alegaciones que se están examinando, para el proceso —actuaciones jurisdiccionales— en el que se pretende la anulación del Laudo y para el órgano judicial que lo resuelve»* (énfasis añadido). En el mismo sentido la STS (Sala de lo Civil) núm. 26/2010, de 11 febrero [ECLI: ECLI:ES:TS:2010:1669] y STC núm. 13/1997, de 27 de enero [RTC/1997/13].

¹⁵ El art. 24 CE solo se proyecta sobre aquellas actuaciones *judiciales* relacionadas con el arbitraje. En este sentido la STC núm. 136/2010, de 2 de diciembre [RTC/2010/136]: «las garantías contenidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) solo pueden ser proyectadas respecto del control jurisdiccional que se desarrolle sobre las fases del procedimiento arbitral previstas en la legislación, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje, el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo». STC núm. 9/2005, de 17 de enero [RTC/2005/9]: «solo pueden examinarse aquí las vulneraciones alegadas en la demanda de amparo de diversas garantías del art. 24 CE con respecto a la Sentencia de la Audiencia Provincial impugnada, pero no con respecto al Laudo arbitral, que ha de quedar excluido del objeto de este proceso constitucional». Igualmente, la STC 176/1996, de 11 de noviembre [RTC/1996/176].

Esta concepción de la naturaleza de las garantías procesales es acorde con la naturaleza y anclaje constitucional del arbitraje. Y es que, si el arbitraje es una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, difícilmente los derechos y garantías que forman parte de este se proyectarán sobre el procedimiento arbitral¹⁶.

Por ello, como explica la Sentencia, el deber de motivación de los laudos no nace del art. 24.1 CE —a cuyo ejercicio se renunció puntualmente—, sino del art. 37.4 LA, que integra esta garantía legal —o si se quiere, para subrayar su distinta naturaleza, «simplemente legal»¹⁷. Tal es su naturaleza legal que incluso estas garantías «podría[n] ser prescindible[s] a instancia del legislador» (FJ 2º).

Aunque un examen detenido de la cuestión desbordaría por completo el objeto de estas líneas, debe señalarse que no es del todo evidente que el legislador pueda prescindir de determinadas garantías procesales que, sin discutir su naturaleza legal, se integran en la LA. El arbitraje como una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva es una disposición negocial de un derecho fundamental cuya validez está sometida a determinados juicios de ponderación objetiva. En este influyen cuestiones como el nivel de afectación de la dignidad de la persona, la delimitación objetiva y temporal de la renuncia al ejercicio del derecho fundamental, entre otros criterios. Por eso, es válida una cláusula de renuncia al ejercicio del derecho de huelga —cláusula de paz laboral—, de renuncia al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva —convenio arbitral— y no un contrato de esclavitud. La autonomía de la voluntad plasmada en el convenio arbitral (art. 9 LA) y las garantías procesales *legales* del arbitraje influyen en este juicio de ponderación y adecuación de la institución arbitral con la CE. En síntesis, es legítimo renunciar a obtener la tutela judicial de los derechos e intereses materiales porque las partes se someten a un sistema heterónimo que integra determinadas garantías procesales que aseguran una resolución justa del conflicto. Por ello, la supresión de determinadas garantías procesales legales incorporadas en la LA impondría un medido examen de constitucionalidad de la institucionalización de la disposición negocial del derecho a la tutela judicial efectiva que esta incorpora.

Aunque la Sentencia no lo diga con la claridad deseable, ha de asumirse que este deber legal de motivación del art. 37.4 LA se integra en el concepto de orden público del art. 41.1 f) LA¹⁸. Como afirma la Sentencia, desde el punto de vista procesal, el orden público como motivo de anulación estaría integrado por «posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales [...] o cuando el laudo *carezca de motivación*, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme ante-

¹⁶ G. SCHUMANN BARRAGÁN, "Comentario a la STC 1/2018", *op. cit.*, p. 405.

¹⁷ J. REMÓN PENALVER, "Orden público y acción de anulación", *op. cit.*, pp. 417-419.

¹⁸ Con mayor claridad lo dice la Fiscalía: «[p]ara la fiscalía, la motivación del laudo entra en este concepto indeterminado que es el orden público, pero su exigencia no le viene dada por el art. 24.1 CE, aplicable únicamente a la tutela judicial y no a la arbitral, sino a la previsión legal del art. 37.4 LA, y, por ello, esta motivación podrá ser objeto de un control» (Antecedente de hecho 10.º de la Sentencia).

rior» (FJ 2º). La motivación sería —junto con el resto de principios jurídico-naturales— una garantía procesal que integra la noción de orden público.

Remón Peñalver sostiene, sin embargo, que debe rechazarse la noción de orden público procesal como parte integrante del art. 41.1.f) LA¹⁹. La razón es que todos aquellos derechos y garantías procesales de naturaleza legal deben integrarse en el motivo de anulación del art. 41.1.b) LA —cuando una parte «no ha podido, por cualquier otra razón, *hacer valer sus derechos*»—²⁰. Y es que, según el art. 24 LA —sobre los «[p]rincipios de igualdad, audiencia y contradicción— «[d]eberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de *hacer valer sus derechos*». Debe destacarse que en ambos casos se está ante uno de aquellos motivos de anulación que pueden ser «apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio» (art. 41.2 LA), por lo que la diferenciación conceptual no tendría consecuencias prácticas. Sin embargo, debe señalarse que técnicamente es correcta y, desde luego, ayudaría a delimitar con mayor claridad el contenido del orden público *ex art. 41.1.f) LA*.

En efecto, la Sentencia resulta un tanto oscura al considerar como cuestiones de orden público «la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje» (FJ 2.º). La legalidad del convenio puede reconducirse al motivo del art. 41.1.a) LA, la arbitrabilidad al del art. 41.1.e) y la regularidad procedimental del arbitraje al del art. 41.1 b) LA. No hay duda de que todos estos motivos también podrían verse como cuestiones de orden público —y por eso pueden ser apreciables de oficio *ex art. 41.2 LA*—. Ahora bien, una vez hecha la diferenciación por el legislador, la integración de todos esos motivos en el art. 41.1.f) LA desdibuja completamente los límites de cada uno de ellos. Si se quiere avanzar en el análisis técnico del concepto de orden público *ex art. 41.1.f) LA*, debe imponerse un esfuerzo de delimitación conceptual entre los distintos motivos. El principio *iura novit curia* permitiría al tribunal que conoce de la acción de anulación aplicar el motivo correcto, sin alejarse de la causa de pedir en sus dimensiones fáctica y jurídica —v.gr. la ilegalidad del convenio o la indefensión sufrida—, esto es, sin incurrir en incongruencia²¹.

Dicho lo cual, conforme a la Sentencia, la irrazonable aplicación del art. 41.1 f) LA por parte del TSJ no estaría en la incorporación del deber de motivación del laudo en el concepto de orden público, sino en el *alcance de este deber simplemente legal*: un control externo que debe limitarse a la existencia de una motivación lógica y racional (FJ 2.º). Su alcance puede determinarse «con parecido canon de control» al de las resoluciones judiciales, ya que el «enjuiciamiento de la motivación de ambos tipos de resoluciones debe

¹⁹ J. REMÓN PEÑALVER, “Orden público y acción de anulación”, *op. cit.*, pp. 416-422-423.

²⁰ Art. 41.1 LA: «1. El laudo solo podrá ser anulado cuando *la parte que solicita la anulación alegue y pruebe* [...] b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o *no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos*».

²¹ Art. 218.1 LEC: «[...] El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, *resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*» (énfasis añadido).

valerse de parecidos criterios». Es decir, que del laudo se puedan conocer las razones que sustentan el fallo por cuanto exista una *relación lógico-formal* entre este y los antecedentes de hechos y fundamentos de Derecho; así como que la motivación sea razonable —i.e. que no sea patentemente errónea desde una perspectiva jurídica—²².

3.3. El derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente a una resolución motivada y fundada en Derecho

Es oportuno incidir brevemente en la concreta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva cuya vulneración se imputa a la sentencia del TSJ: el derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho. Es un aspecto que, aunque no tiene incidencia directa en la doctrina constitucional que sobre el arbitraje se desarrolla en la Sentencia, si lo tiene en relación con la resolución del recurso de amparo y con el desarrollo de este derecho en la doctrina constitucional. Se trata de la misma manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva cuya vulneración se enjuicia en la STC 46/2020: un recurso de amparo interpuesto también frente a una sentencia del TSJ de Madrid en el seno de una acción de anulación.

En la STC 46/2020, de 15 de junio, se interpuso un recurso de amparo frente a varias resoluciones también del TSJ de Madrid que, desconociendo un escrito procesal presentado por ambas partes solicitando el archivo del proceso por haber llegado a un acuerdo extrajudicial, siguió conociendo del asunto hasta dictar una sentencia por la que se anuló un laudo. El TSJ sostenía que en el marco de un procedimiento de anulación se examinan cuestiones de orden público que limitan el poder de disposición que sobre el objeto del proceso y sobre el proceso mismo tienen las partes (art. 19 LEC). El orden público modularía también la exigencia de interés legítimo como fundamento y motor de la jurisdicción (art. 22 LEC)²³. El TC examinó en el recurso de amparo si la interpretación que del orden público *ex art. 41.1 f) LA* realizó el TSJ de Madrid supuso una interpretación irrazonable, arbitraria o patentemente errónea que vulneró el derecho

²² STC 17/2021, de 15 de febrero [ECLI:ES:TC:2021:17]: «[E]n materia de arbitraje, implica que la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos o de equidad que fundamental la decisión, que no deben resultar arbitrarios. En tal sentido, conviene señalar que “la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión, pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad del hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista, y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas” (STC 164/2002, de 17 septiembre)».

²³ F. GASCÓN INCHAUSTI, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 135, 138.

a la tutela judicial efectiva de las recurrentes (art. 24.1 CE). En este contexto, TC hizo un examen del principio dispositivo sobre el que se construye técnicamente el proceso civil (art. 19 LEC), del interés legítimo como presupuesto material del que depende la estimación de la acción de anulación y del art. 41.1 f) LA. Con base en ello, la conclusión del TC es que la decisión del TSJ «fue contraria al canon constitucional de razonabilidad» por cuando «subvierte el sentido del proceso civil y niega los principios en que se basa, en concreto, el principio dispositivo o de justicia rogada»²⁴.

El derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Se trata de una obligación de los jueces y tribunales que integran el Poder Judicial (art. 120.3 CE y art. 218 LEC) que sinalagmáticamente se conecta con la eficacia que deriva de la dimensión subjetiva del referido derecho fundamental (art. 24.1 CE)²⁵.

Debe recordarse que el derecho a la tutela judicial efectiva no integra el derecho al acierto judicial. Como ha explicado De la Oliva, los justiciables tienen un derecho subjetivo a una sentencia favorable cuando concurren determinados presupuestos materiales de los que depende la concreta tutela judicial que pretenden. Este es el *derecho a la tutela jurisdiccional*²⁶. Ahora bien, este derecho no forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva²⁷. Es un derecho, también, de simple legalidad ordinaria — *einfachrechtlich* — que nace de la relación entre la posición jurídico-material del justiciable y del principio del Estado de Derecho (art. 1 CE) que vincula positivamente al tribunal al ordenamiento jurídico. Y, a poco que se piense, es lógico que esta sea su naturaleza. La integración del derecho a la tutela jurisdiccional en el art. 24 CE supondría, *de facto*, la constitucionalización de todos los derechos e intereses materiales. Por ello, el art. 24.1 CE en su vertiente del derecho a una resolución —de inadmisión o de fondo— fundada en Derecho incorpora (simplemente) la exigencia de que la motivación no sea ilógica o irracional (*vid. supra*). Es decir, que con independencia del desacierto o acierto judicial de la resolución, esta sea motivada, lógica y razonable²⁸.

²⁴ STC núm. 46/2020, de 15 junio [ECLI:ES:TC:2020:46]: «El ensanchamiento del concepto de “orden público” que realizan las resoluciones impugnadas para llevar a cabo una revisión de fondo del litigio por el órgano judicial, lo que pertenece en esencia solo a los árbitros, desborda el alcance de la acción de anulación y desprecia el poder de disposición o justicia rogada de las partes del proceso [...] En definitiva, de acuerdo con la doctrina anteriormente reproducida, entiende este Tribunal que debe reputarse contrario al derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes el razonamiento del órgano judicial que niega virtualidad a un acuerdo basado en el poder dispositivo de las partes sin que medie norma prohibitiva que así lo autorice, imponiendo una decisión que subvierte el sentido del proceso civil y niega los principios en que se basa, en concreto, el principio dispositivo o de justicia rogada».

²⁵ I. BORRAJO INIESTA, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 62-63.

²⁶ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1980.

²⁷ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, *op. cit.*, pp. 132-143.

²⁸ «Ahora bien, carece de fundamento teórico alguno y de conexión con el resto de los contenidos dados al derecho a la tutela judicial efectiva el afirmar que todos tengamos un derecho fundamental a que ningún tribunal de este país, en ningún tipo de litigio, cometa un error patente o realice una aplicación del Derecho arbitraria o manifiestamente errónea. Porque, a fin de cuentas, esto es tanto como decir, con otras palabras, que todos tenemos derecho al acierto judicial, o, dicho en negativa, que

Dentro de la razonabilidad de la motivación se integra la exigencia de que la resolución no contenga errores patentes en la selección de la norma aplicable o de que no exista una desvinculación evidente del sistema de fuentes. Es identificable un reciente desarrollo de esta vertiente del derecho en la doctrina constitucional del TC. En concreto, en relación con la afectación que tiene en el derecho a la tutela judicial efectiva desconocer el principio de primacía del Derecho de la UE. En efecto, se considera que cuando no existe un acto claro o aclarado por el TJUE, la falta de aplicación de la norma o jurisprudencia comunitaria sin plantear una cuestión prejudicial cuando existe el deber de ello —i.e. cuando la resolución no es susceptible de ulterior recurso (art. 267 TFUE)— vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Y lo hace por suponer una interpretación irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso²⁹.

Esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva trae consigo el riesgo —materializado en la Sentencia que se comenta— de convertir al TC en una instancia *quasi* casacional. No hacen falta excesivos desarrollos conceptuales para comprender que para que el TC pueda determinar si se ha hecho una aplicación *irracional* de una norma debe descender al plano de la (mera) legalidad ordinaria y examinar cuál es o puede ser una interpretación *racional* de la norma³⁰. Se trata de un análisis de legalidad ordinaria que se vincula de forma irremediable a esta faceta del art. 24.1 CE. Es un riesgo que, aunque no debe suponer necesariamente el rechazo de esta vertiente del derecho fun-

tenemos derecho a que el desacierto no sea patente ni arbitrario [...] En vez de constitucionalizar el derecho al acierto judicial *tout court*, se ha constitucionalizado el derecho a que los tribunales no cometa errores de bulto». I. BORRAJO INIESTA, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial*, *op. cit.*, pp. 71-72.

²⁹ Por todas, la STC (Pleno) núm. 31/2019 de 11 marzo [ECLI:ECLI:ES:TC:2019:31]: «Doctrina constitucional [...] *el desconocimiento y preterición de una norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, "puede suponer una "selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso", lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio (RTC 2012, 145) , FFJJ 5 y 6)" [FJ 5 c)] [...] En definitiva, el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid, al no atenerse a la interpretación de la Directiva 93/13 que había sido realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 26 de enero de 2017 [...] (i) infringió el citado principio de primacía del Derecho de la Unión al prescindir por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante; (ii) incurrió, por ello, en una interpretación irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso, y (iii) consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente (art. 24.1 CE)» (énfasis añadido). En términos similares la STC (Pleno) núm. 232/2015 de 5 noviembre [RTC 2015/232].*

³⁰ «Así pues, en síntesis, la tutela judicial no es efectiva cuando un tribunal decide sobre la base de un error *patente* o sobre la base de una selección y/o interpretación de la norma aplicable *arbitraria* o *manifiestamente irrazonable*, porque en tales casos la decisión judicial no puede decirse que esté *fundada en Derecho* [...] Los riesgos de subjetivismo que esta doctrina entra nos parecen claros. Y pese a la afirmación de la STC 22/1994, en el sentido de que esta doctrina no implica convertir al Tribunal Constitucional en una instancia casacional [...] está desde luego muy próximo a ello y constituye una extensión desmesurada del contenido de la Constitución. Los errores fácticos o jurídicos, manifiesto o no, de los tribunales ordinarios, tiene su remedio, en la medida en que el ordenamiento procesal lo permite, en el sistema de recursos o, en último extremo, en la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, respecto de la cual, por cierto, el Tribunal Supremo tiene declarado que solo abarca precisamente aquellos errores que sean patentes o manifiestos». I. BORRAJO INIESTA, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial*, *op. cit.*, pp. 71-72.

damental, sí exige un esfuerzo para formularlo e integrarlo técnicamente en él, en la naturaleza del TC y del recurso de amparo.

Distinta es la cuestión si la resolución judicial versa directa o indirectamente sobre algún derecho fundamental cuya eficacia derive *ex constitutione* o de alguna norma que incorpore y proyecte su eficacia en el ordenamiento privado, penal, laboral o administrativo. En ese caso, puede afirmarse que sí existe el derecho al acierto judicial: constitucionalmente existe el derecho a una sentencia con un contenido concreto. Este derecho de protección no deriva en todo caso del derecho a la tutela judicial efectiva, sino del propio *derecho fundamental material* cuya tutela se pretende —que podría ser el del art. 24.1 CE o cualquier otro—.

Por eso, como defienden Borrajo Iniesta, Díez Picazo Giménez (Ignacio) y Fernández Farreres, «el control por parte del Tribunal Constitucional de la interpretación y aplicación de las normas infraconstitucionales referidas al fondo del asunto ha de quedar limitado a los casos en que se vulnere algún derecho fundamental»³¹. En este mismo sentido se expresa la referida STC 46/2020.³²

Dicho lo cual, y si bien se mira, la Sentencia lleva a cabo un examen de legalidad ordinaria sobre los arts. 37.4 y 41.1 f) LA. En la medida en que el arbitraje es una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, no hay ninguna proyección del derecho fundamental que realmente imponga entrar a controlar la aplicación de los referidos preceptos. En la Sentencia, el TC determina cuál es la interpretación racional de los arts. 37.4 y 41.1 f) LA para examinar si el TSJ de Madrid ha hecho una interpretación irracional de ellos. Este mismo examen se tuvo que hacer en la STC 46/2020 respecto del art. 41.1 f) LA relacionado con los arts. 19 y 22 LEC (*vid. supra*). Y es el mismo examen que debería hacerse ante una alegada aplicación irracional, por ejemplo, de los arts. 1124 CC, 1255 CC o 1961 CC.

Además de lo anterior, debe señalarse que en la Sentencia el *objeto del recurso de amparo* y el concreto *objeto de la sentencia del TSJ* hacen que se *sobrepongan conceptualmente* una y otra dimensión del deber de motivación. Debe hacerse el examen de (mera) legalidad ordinaria sobre el deber de motivación que es predicable del laudo arbitral y el examen constitucional sobre

³¹ I. BORRAJO INIESTA, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial*, *op. cit.*, p. 77. Por eso, «[d]esde luego, nada cabe oponer a que el Tribunal Constitucional fiscalice que la interpretación y/o aplicación de una norma pueda ser considerada contraria a alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas susceptibles de amparo [...] Numerosos son los supuestos en que a través de la indebida aplicación o defectuosa interpretación de una norma infraconstitucional se puede vulnerar un derecho fundamental [...]» I. BORRAJO INIESTA, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial*, *op. cit.*, p. 66.

³² STC 46/2020, de 15 junio [ECLI:ES:TC:2020:46]: «Pues bien, para valorar si la decisión judicial recurrida vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, conviene recordar en primer término que, según es consolidada doctrina constitucional, el derecho reconocido en el art. 24.1 CE no garantiza la corrección jurídica de la interpretación y aplicación del Derecho llevada a cabo por los jueces y tribunales, pues no existe un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las normas, salvo que afecte al contenido de otros derechos constitucionales» (énfasis añadido).

el deber de motivación que le es exigido al TSJ al controlar el deber de motivación legal del laudo. El primer análisis es el derivado del art. 37.4 LA que, integrado en el art. 41.1 f) LA, constituye el objeto de la sentencia del TSJ. El segundo análisis, que es una proyección del art. 24.1 CE, constituye el objeto del recurso de amparo. Por ello, y debe insistirse en esta cuestión, para determinar si el TSJ ha hecho una aplicación irracional del art. 41.1 f) LA el TC debe examinarse cuál es el margen de aplicación racional del precepto.

El riesgo apuntado y materializado en la Sentencia de convertir al TC en una instancia *quasi* casacional desaparece si el motivo de anulación que hubiera apreciado el TSJ en su sentencia tuviera incidencia directa o indirectamente en el derecho a la tutela judicial efectiva —algo que sucedería si se hubiera alegado que el convenio arbitral no existía o no era válido [art. 41.1 a) LA]—³³.

En la medida en que el arbitraje es una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, solo una renuncia libre y con conocimiento justifica la limitación negocial del derecho fundamental. La inexistencia del convenio arbitral como fundamento y piedra angular de la institución supone que la imposibilidad de obtener una sentencia *judicial* sobre el fondo del asunto vulnera directamente el derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable. Este extremo habría justificado sin ninguna duda un examen de fondo sobre el acierto judicial de la sentencia del TSJ por parte del TC.

3.4. La «especial transcendencia» práctica de la Sentencia

Como se ha dicho, la Sentencia no se puede analizar sin atender al contexto en el que se integra. En concreto, en relación con la interpretación que desde hace años viene haciendo el TSJ de Madrid del concepto de orden público en sentencias que, como se sabe, no son recurribles a través de ningún recurso ordinario o extraordinario (art. 42.2 LA).

El TC ha aprovechado la Sentencia para consolidar su doctrina en relación con la naturaleza de la institución arbitral, para fijar con claridad la naturaleza de las garantías procesales que operan en el arbitraje y, con ello, para enviar un mensaje claro en relación con la errónea línea jurisprudencial seguida por el TSJ de Madrid.

Si bien se mira, la *ratio decidendi* del recurso de amparo no está en el indebido anclaje del deber de motivación en el art. 24.1 CE —y no en el art. 37.4

³³ Como se ha dicho más arriba, «nada hay que oponer al control por parte del Tribunal Constitucional de la interpretación y aplicación por parte de los tribunales ordinarios de normas infraconstitucionales que puedan vulnerar derechos fundamentales, incluido el derecho a la tutela judicial efectiva» (I. BORRAJO INIESTA, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. FERNÁNDEZ FARRERES). Entre estas normas podrían identificarse aquellas procesales que regulan el ejercicio de alguna faceta del derecho a la tutela judicial efectiva o aquellas que impidan al justiciable obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses materiales por un convenio arbitral inexistente o nulo.

LA, como deber ser—. Tampoco en la indebida inclusión de tal deber de motivación en el concepto de orden público *ex art. 41.1.f) LA* —que la Sentencia reconoce—. Y, por último, tampoco está en la indebida equiparación del control de motivación que en abstracto tiene que realizarse del laudo arbitral y de la sentencia judicial —dado que la Sentencia sostiene que debe hacerse con «parecidos criterios» o «parecido canon de control»—. La *ratio decidendi* está en el *alcance del control de motivación* que en el caso concreto ha hecho el TSJ de Madrid, que ha supuesto una irracional aplicación del art. 37.4 LA en relación con el art. 41.1.f) LA.

La «especial trascendencia» práctica de esta Sentencia —y de la STC 46/2020 antes mencionada— está en poner coto a una *interpretación errónea de legalidad ordinaria* llevada a cabo repetidamente por el TSJ de Madrid³⁴. El recurso de amparo frente a estas resoluciones era —y es, junto con el error judicial (art. 292 LOPJ)—³⁵ el único remedio para poner fin a una aplicación e interpretación patentemente errónea de la LA.

Es razonable plantearse, después de la experiencia de los últimos años, si no es oportuno incorporar algún recurso extraordinario que permita mantener una unidad jurisprudencial en torno a cuestiones arbitrales. Por un lado, podría plantarse la posibilidad de que las sentencias del TSJ sean susceptibles de ser recurridas en casación. El principal riesgo de esta opción, y por ello probablemente rechazada por la mayoría de operadores jurídicos, es la prolongación temporal de la acción de anulación. La otra opción pasa por articular un recurso en interés de ley —similar al diseñado en los arts. 490 y siguientes LEC— que permita al Ministerio Fiscal o a determinadas personas públicas o privadas interponer un recurso encaminado a mantener la unidad jurisprudencial en materia arbitral³⁶.

En definitiva, desde el plano del anclaje constitucional del arbitraje y la naturaleza de sus garantías procesales, la Sentencia se integra y potencia

³⁴ El recurso de amparo del que deriva la Sentencia fue admitido porque «plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2, a)], así como porque la posible vulneración del derecho fundamental que se denuncia pudiera traer causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que este Tribunal pudiera considerar lesiva del derecho fundamental [STC 155/2009, FJ. 2, d)]».

³⁵ «Los errores fácticos o jurídicos, manifiesto o no, de los tribunales ordinarios, tienen su remedio, en la medida en que el ordenamiento procesal lo permita, en el sistema de recursos o, en último extremo, en la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, respecto de la cual, por cierto, el Tribunal Supremo tiene declarado que solo abarca precisamente aquellos errores que sean patentes y manifiestos». I. BORRAJO INIESTA, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial, op. cit.*, p. 72.

³⁶ Debe recordarse que el recurso en interés de ley regulado en la LEC no está en vigor como consecuencia de la Disposición Final 16.^a. Como es conocido, en el régimen de recursos diseñado en la LEC los TSJ tenían la competencia para conocer de los recursos extraordinarios por infracción procesal (art. 468 LEC). Ante el riesgo de que existiera doctrina jurisprudencial contradictoria en materia procesal, se reguló un recurso extraordinario de revisión ante el TS que permitiera unificar la doctrina y, «cerrando el círculo», disipar los «criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales» (art. 490 LEC). La falta de atribución de competencia a los TSJ para conocer de estos recursos en la LOPJ ha supuesto que el recurso en interés de ley no haya entrado nunca en operación.

en una buena dirección el *corpus* doctrinal del TC en relación con la dimensión constitucional de este particular contrato procesal complejo. Desde la perspectiva del derecho a una resolución motivada, la Sentencia todavía deja abierta la necesaria explicación e integración técnica de esta vertiente del art. 24.1 CE. Queda por aclarar cómo se compatibiliza e integra el análisis de legalidad ordinaria que es necesario para identificar la interpretación *racional* de la norma con la naturaleza del recurso de amparo y del propio TC.

4. LAS GARANTAS PROCESALES EN EL ARBITRAJE DESDE UNA PERSPECTIVA EUROPEA

La Sentencia del TC, como se ha dicho, se integra en una doctrina constitucional sobre el arbitraje que ha examinado su relación con la dimensión objetiva y subjetiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Ahora bien, este derecho fundamental se integra también, con un mayor o menor contenido, en otros instrumentos supranacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno. Entre ellos, el art. 47 CDFUE y el art. 6 CEDH.

En efecto, el anclaje institucional del arbitraje y la naturaleza de las garantías procesales que en él operan son cuestiones que también han sido examinadas por el TEDH y, en menor medida, por el TJUE. Por eso, es de interés analizar desde una perspectiva europea la Sentencia que se comenta y, con ello, las garantías procesales del arbitraje desde la perspectiva conjunta de los arts. 24 CE, 6 CEDH y 47 CDFUE.

4.1. La institución arbitral desde la perspectiva del art. 6 CEDH

El anclaje institucional del arbitraje en el CEDH y su relación con el derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH) han sido objeto de análisis por parte del TEDH. El Tribunal reconoce que «[n]ada impide que los justiciables renunci[en] a su derecho a un tribunal a favor de un arbitraje»³⁷. Por tanto, se puede sostener que desde su perspectiva, el arbitraje supone también una renuncia puntual al ejercicio del art. 6 CEDH.

Ahora bien, conforme a la reciente doctrina contenida en la STEDH *Mutu y Pechstein c. Suiza* (asuntos 40575/10 y 67474/10) existen dos tipos de arbi-

³⁷ STEDH 28 de octubre de 2010 (Caso Suda contra República Checa) [TEDH 2010/105] y la jurisprudencia que en ella se cita. En el mismo sentido en la relevante STEDH de 27 de febrero de 1980 (Caso Deweer contra Bélgica) [TEDH 1980/1] que sostiene que: «el señor Deweer renunciaba a prevalerse de un derecho a un examen de su causa por un tribunal. En el sistema jurídico interno de los Estados contratantes semejante renuncia se encuentra frecuente y en el plano civil, concretamente bajo la forma de cláusulas contractuales de arbitraje».

trajes: voluntarios y obligatorios³⁸. En los primeros, las partes con base en la autonomía de su voluntad renuncian puntualmente de forma libre e inequívoca —*free and unequivocal manner*— a que sus pretensiones sean tuteladas judicialmente (art. 6 CEDH)³⁹. En los segundos la sumisión a arbitraje es impuesta por la ley o contractualmente.

La libertad como elemento legitimador del arbitraje supone el poder de renunciar al ejercicio del derecho fundamental, esto es, la posibilidad real de decidir si someter determinadas controversias a arbitraje. La libertad se concibe así como el poder de elegir entre dos *alternativas* posibles. En cambio, el arbitraje se considerará impuesto legal o contractualmente —y, por tanto, obligatorio— cuando el individuo no tenga una alternativa real al arbitraje.

La diferencia principal entre un arbitraje voluntario y uno obligatorio es, según el Tribunal, la proyección que el art. 6 CEDH tiene sobre el procedimiento arbitral. En el caso de un arbitraje obligatorio, el TEDH sostiene que las garantías del art. 6 CEDH se proyectan sobre las actuaciones arbitrales⁴⁰. En un arbitraje voluntario, por el contrario, en la medida en que la parte renunció válidamente a su ejercicio, no existe ninguna proyección de este⁴¹.

Como he dicho en otro lugar, aunque la proyección del art. 6 CEDH en el procedimiento arbitral parezca *a priori* una posición más garantista, en realidad no lo es: «La proyección del art. 6 CEDH o del art. 24 CE sobre el procedimiento arbitral es el “precio que hay que pagar” para considerar válidos los arbitrajes obligatorios —impuestos, no lo olvidemos, por ley o contrato—. A nuestro juicio es más garantista y acorde con la dignidad del individuo sostener que el arbitraje no puede ser impuesto en ningún caso»⁴². Y es que, si bien se mira, es más garantista que no se pueda imponer el arbitraje en ningún caso que aceptar su imposición legal o contractual a cambio de que se cumpla con las garantías procesales del art. 6 CEDH. Es una construcción

³⁸ G. SCHUMANN BARRAGÁN, “Sobre la renunciabilidad del derecho a la tutela judicial efectiva a propósito del asunto Mutu y Pechstein c. Suiza” en L. BUJOSA VADELL (dir.), *Derecho procesal: Retos y transformación*, Atelier, Barcelona, 2021.

³⁹ «[...] in the case of voluntary arbitration to which consent has been freely given, *no real issue arises under Article 6*. The parties to a dispute are free to take certain disagreements arising under a contract to a body other than an ordinary court of law. *By signing an arbitration clause the parties voluntarily waive certain rights secured by the Convention*» (STEDH de 2 de octubre de 2018, as. 40575/10 y 67474/10, *Mutu y Pechstein c. Suiza*) (énfasis añadido).

⁴⁰ STEDH de 2 de octubre de 2018, as. 40575/10 y 67474/10, *Mutu y Pechstein c. Suiza*: «In addition, a distinction must be drawn between voluntary arbitration and compulsory arbitration. *If arbitration is compulsory*, in the sense of being required by law, the parties have no option but to refer their dispute to an arbitral tribunal, *which must afford the safeguards secured by Article 6 § 1 of the Convention*» (énfasis añadido).

⁴¹ STEDH de 2 de octubre de 2018, *Mutu y Pechstein c. Suiza*: «[...] in the case of voluntary arbitration to which consent has been freely given, *no real issue arises under Article 6*». En términos similares se había pronunciado el Tribunal en la STEDH 28 de octubre de 2010 (as. 1643/2006, *Suda c. República Checa*). En este sentido, V. FERRERES COMELLA, “When arbitration is not voluntary: the case of Mutu and Pechstein v. Switzerland”, *Investment Arbitration Outlook*, Uría Menéndez, 2018, Issue 4, p. 4.

⁴² G. SCHUMANN BARRAGÁN, “Sobre la renunciabilidad del derecho a la tutela judicial”, *op. cit.*

conceptual que legitima un resultado no acorde con la dignidad del individuo y que permite considerar satisfecho (artificialmente) el art. 6 CEDH.

Aunque el Tribunal no lo diga expresamente, puede deducirse que la proyección de las garantías del art. 6 CEDH al procedimiento arbitral no supone que este sea materialmente aplicable y que pueda ser directamente vulnerado por el árbitro. Simplemente impone que el sistema arbitral —nacional o internacional— incorpore legalmente y se cumplan en el procedimiento arbitral las mismas garantías procesales reconocidas por el art. 6 CEDH. En todo caso, quedaría sin explicar cómo se integra esta exigencia objetiva en el concreto proceso de anulación del laudo dictado en un arbitraje obligatorio en cuyo procedimiento tales garantías no estaban incorporadas o no se cumplieron. Queda sin explicar técnicamente cómo cohonstar la proyección del art. 6 CEDH sobre el procedimiento arbitral, de un lado, con la vulneración que, de otro lado, se imputa al Estado —pues ha de tenerse claro el marco de la jurisdicción *ratione materiae* y *personae* en que actúa el TEDH—.

Podría pensarse que en los arbitrajes obligatorios, ante la inexistencia de garantías legales que incorporen aquellas del art. 6 CEDH o ante su incumplimiento en el caso concreto, nace del art. 6 CEDH un deber de protección que impone al órgano judicial declarar la nulidad del laudo. Se estaría así ante la imputación de la vulneración al órgano *judicial* por aplicar una norma legal contraria al art. 6 CEDH —que no incorpora sus garantías— o ante una especie de *Dritt-wirkung* por no haber tutelado la vulneración de esas garantías legales cuya exigencia deriva del art. 6 CEDH por un particular —el árbitro—. En ambos casos se está ante construcciones conceptuales que desde luego no son explicadas por el Tribunal y que demuestran las dificultades de compatibilizar la naturaleza propia del arbitraje con su imposición contractual o legal.

En definitiva, parece que la proyección sobre el procedimiento arbitral de las garantías del art. 6 CEDH no es adecuada; no casa ni con la naturaleza de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, ni con la naturaleza de la institución arbitral, ni con la naturaleza y jurisdicción *ratione materiae* y *personae* del TEDH.

4.2. La institución arbitral desde la perspectiva del art. 47 CDFUE

El anclaje institucional del arbitraje en el Derecho de la UE y su relación con el art. 47 CDFUE han sido analizados por el TJUE en su Dictamen 1/17 de 30 de abril de 2019 [Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la UE y sus EE. MM. (CETA)]⁴³. En él se examina la compatibilidad del arbitraje de inversiones que incorpora el referido tratado internacional con el Derecho de la UE y con la CDFUE⁴⁴.

⁴³ Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 30 de abril de 2019 [ECLI:EU:C:2019:341].

⁴⁴ Para un examen más detallado del arbitraje de inversiones en el CETA vid. G. SCHUMANN BARRAGÁN, “El arbitraje de inversiones en los tratados de libre comercio de nueva generación: un análisis

Aunque se trata de un arbitraje de inversiones, lo desarrollado por el Tribunal reviste interés por cuanto permite identificar el anclaje institucional de la institución arbitral en el Derecho de la UE. En el Dictamen el TJUE opera al igual que lo haría el TC en el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales (arts. 96 CE y 78 LOTC), esto es, examinando el Tratado desde la proyección objetiva de las garantías del art. 47 CDFUE *ad extra* —*Externalisierung der Unionsgrundrechte*—(art. 218.11 TFUE)⁴⁵.

Debe señalarse que una de las características del CETA es la imposibilidad de ejercitar acciones fundadas en el Tratado —*treaty claims*— ante la jurisdicción ordinaria de cualquiera de las partes contratantes⁴⁶. Esto supone que la única vía que tiene el inversor para ejercitar sus pretensiones sea el «tribunal» permanente creado por el Tratado. Formalmente se sigue exigiendo el consentimiento del inversor para acceder al sistema de resolución de controversias entre él y el Estado (art. 8.22 CETA). Ahora bien, *de facto* este es el único medio que tiene para hacer valer los derechos materiales que se le reconocen. En la medida en que no existe otra vía para hacer valer las reclamaciones nacidas del Tratado, desaparece toda alternativa razonable al arbitraje de inversiones que incorpora⁴⁷. Lo anterior lleva a concluir de forma irremediable que, en relación con las reclamaciones que tengan su origen en el CETA, se ha creado un arbitraje de inversiones obligatorio⁴⁸.

Pese a la denominación y permanencia del «tribunal» del CETA, el sistema de resolución de controversias no abandona su naturaleza de arbitraje de inversiones. Las resoluciones del «tribunal» se denominan «laudos», se aplican el Convenio CIADI y el Convenio de Nueva York de 1958 y se identifica la Secretaría del «tribunal» con la Secretaría del CIADI. Por ello, como acertadamente concluye Iruretagoiena Agirrezabalaga, el «tribunal» del CETA «no llega a abandonar su naturaleza arbitral»⁴⁹.

El TJUE en el Dictamen examina si el «tribunal» permanente con competencia obligatoria creado por el CETA cumple con las garantías del art. 47 CDFUE. En concreto, con las garantías de imparcialidad e independencia de

nacional desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, pp. 1446-1469. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5678>

⁴⁵ H. SAUER, “Europarechtliche Schranken internationaler Gerichte”, *JZ*, 2019, núm. 74, p. 928.

⁴⁶ Según el art. 30.6 del CETA «[n]inguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que conceda derechos o imponga obligaciones a personas, distintos de los creados entre las Partes en virtud del Derecho internacional público, ni en el sentido de que el presente Acuerdo pueda invocarse directamente en los ordenamientos jurídicos internos de las Partes» (énfasis añadido).

⁴⁷ En el mismo sentido, V. FERRERES COMELLA, “The European Court of Justice Rules on CETA’s Investor-State Dispute Resolution Mechanism”, *Investment Arbitration Outlook*, Uría Menéndez, 2019, Issue 5, p. 10. E. FERNÁNDEZ MASÍ, M. SALVADORI, “Lo que se está discutiendo en la CNUDMI: evolución o revolución en el sistema de solución de controversias inversor-Estado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2020), Vol. 12, Num. 1, p. 214.

⁴⁸ En relación con la naturaleza arbitral del sistema de resolución de controversias que incorpora el CETA, I. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, “El capítulo sobre inversiones del Acuerdo Económico y Comercial Global de la Unión Europea y Canadá (CETA): análisis crítico de una iniciativa inacabada” en *Arbitraje*, vol. X, nº 1, 2017, pp. 82-86, 101. G. SCHUMANN BARRAGÁN, “El arbitraje de inversiones”, *op. cit.*, pp. 1456-1462.

⁴⁹ I. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, “El capítulo sobre inversiones”, *op. cit.*, pp. 82-86, 101.

los «miembros del tribunal» y en el acceso de todos los justiciables a este. Sin entrar a comentar críticamente las valoraciones del TJUE, una vez proyectadas objetivamente las garantías del art. 47 CDFUE, este llega a la conclusión de que el CETA es en este punto compatible con la Carta.

El Dictamen no afirma con la claridad que lo hace el TEDH la validez de los arbitrajes obligatorios —cuando menos de inversiones— ni desarrolla en qué casos y cómo opera la proyección del art. 47 CDFUE que se examina en el Dictamen. Se trata de la ambigüedad a veces tan propia del TJUE, acentuada en el marco de un procedimiento en el que están en juego compromisos internacionales ya asumidos por la UE y por el antecedente del Dictamen 2/15⁵⁰. No obstante lo anterior, es evidente la proyección que del art. 47 CDFUE hace el Tribunal a un sistema de resolución de controversias *de facto* obligatorio y de eminente naturaleza arbitral.

Por tanto, el TJUE proyecta las garantías del art. 47 CDFUE a un procedimiento de arbitraje de inversiones que, por la falta de efecto directo de los derechos materiales que se reconocen en el Tratado, es un arbitraje de inversiones obligatorio.

4.3. El distinto nivel de protección de los arts. 24 CE, 6 CEDH y 47 CDFUE

De lo dicho hasta ahora se constata que existe una distinta aproximación a la naturaleza de las garantías procesales en el arbitraje desde la perspectiva de la CE, el Derecho de la UE y el CEDH —al menos en lo que se refiere a los arbitrajes obligatorios—. En abstracto, esto puede ser una consecuencia de la equivocada posición del TJUE o TEDH o de los distintos niveles de protección que existen del derecho a la tutela judicial efectiva en cada contexto. Con la intención de hacer un análisis que atienda al ser y no al deber ser, se va a partir de esta segunda premisa.

Desde la perspectiva europea, la proyección de las garantías procesales de los arts. 6 CEDH y 47 CDFUE se delimita y tiene su fundamento en la aceptación de arbitrajes obligatorios impuestos legal o contractualmente. Un arbitraje obligatorio que cumpla con las garantías del art. 6 del CEDH o del art. 47 CDFUE es válido.

Desde la perspectiva nacional, en cambio, el arbitraje tiene su fundamento constitucional en la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10.1 CE) que como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) se proyecta en el ordenamiento privado (art. 1255 CC) y, justificando la vinculación y responsabilidad (art. 1091 CC), se materializa en el convenio arbitral (art. 9 LA). Por ello, un arbitraje obligatorio supone una limitación del art. 24.1 CE que provocará la inconstitucionalidad de la ley o la nulidad del convenio. Y ello

⁵⁰ Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 16 de mayo de 2017 [ECLI:EU:C:2017:376].

con independencia de que en el procedimiento arbitral se asegure el cumplimiento de sus garantías procesales.

De esto puede deducirse que existe un distinto nivel de protección entre los arts. 24 CE, 6 CEDH y 47 CDFUE, que hace que se relacionen de distinta manera con la institución arbitral⁵¹.

Como se ve, en abstracto se puede sostener que son posibles los arbitrajes obligatorios con la condición de que se cumplan en ellos las garantías procesales constitucionales. Por otro lado, se puede decir que un arbitraje obligatorio no es válido, en la medida en que todo arbitraje es una renuncia puntual al ejercicio del derecho fundamental basada en la autonomía de la voluntad y, en consecuencia, que no se proyectará sobre el procedimiento arbitral ninguna garantía derivada del derecho fundamental abandonado. En definitiva, en función del modelo que se siga para legitimar la institución, se puede poner el «foco de atención» o en el *procedimiento arbitral* —proyectando sobre él las garantías constitucionales— o en el *convenio arbitral* —exigiendo que sea fruto de la autonomía de la voluntad—⁵².

En el plano constitucional interno la legitimación del arbitraje descansa sobre el convenio arbitral que, al suponer una renuncia puntual a su ejercicio, determina la ausencia de proyección del art. 24 CE. Las garantías son legales y, como sostiene la Sentencia, incluso «podría[n] ser prescindible[s] a instancia del legislador» (FJ 2.º). De este modo, el arbitraje se legitima por la *justicia contractual* del convenio. El art. 24 CE impone así dejar de lado el examen *constitucional* del procedimiento arbitral y poner el foco en el elemento que lo legitima e integra en el sistema: el convenio arbitral.

En el plano supranacional de los arts. 6 CEDH y 47 CDFUE se permite un arbitraje obligatorio, siempre que en él se proyecten las garantías procesales exigidas por aquellos. Aunque no sea del todo evidente si esta proyección lo es material o a «modo reflejo» a través de garantías procesales de simple legalidad —*einfachrechtlich*—, la realidad es que es exigible su incorporación y cumplimiento. De este modo, el arbitraje se legitima por la *justicia del procedimiento*.

Así definidos los dos modelos posibles de relación entre el arbitraje y el derecho a la tutela judicial efectiva, la doctrina del TC se presenta como la más acorde con la naturaleza del derecho a la tutela *judicial* efectiva (art. 24 CE) y a la propia institución arbitral. Se sostiene en una posición liberal y técnicamente correcta, que no desnaturaliza ni la función jurisdiccional (art. 117.3 CE) ni la naturaleza eminentemente privada del arbitraje. E impide que la incorporación de determinadas garantías procesales en el arbitraje sirva de excusa o subterfugio para imponer que la resolución de una controversia jurídica sea resuelta por un *particular sin potestas* —denominado árbitro o de otro modo—.

⁵¹ G. SCHUMANN BARRAGÁN, “El arbitraje de inversiones” *op. cit.*, pp. 1462-1467.

⁵² G. SCHUMANN BARRAGÁN, “Sobre la renunciabilidad del derecho a la tutela judicial”, *op. cit.*

Al fijar el foco en lugares diversos —el convenio o el procedimiento arbitral— la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el arbitraje es objeto de análisis diversos, que desembocan a su vez en un distinto nivel de protección de los derechos fundamentales a nivel nacional, comunitario y supranacional. Esto impone examinar la jurisprudencia del TC, TJUE y TEDH en el contexto del nivel de protección que el derecho fundamental tiene en cada caso. Solo así podrá hacerse un análisis técnico de las sentencias desde perspectivas europeas y nacionales y de los eventuales choques que pudieran existir entre ellas.

4.4. Excurso: sobre la (posible) nulidad de un convenio arbitral incorporado como condición general de la contratación y la (posible) inconstitucionalidad del art. 9.2 LA

Lo expuesto hasta ahora, de hecho, da pie para reflexionar sobre la posibilidad de que un convenio arbitral pueda incluirse válida y eficazmente en un clausulado de condiciones generales de la contratación.

El convenio arbitral, en efecto, puede incorporarse como una condición general de la contratación (art. 9.2 LA). Dando por sentada la ausencia de intervención de consumidores y usuarios, ello impone examinar la validez de la cláusula desde los controles de incorporación que impone la Ley de condiciones generales de la contratación.

En Alemania, el convenio arbitral también se puede incorporar como una condición general de la contratación (§1029 ZPO). Ahora bien, existe una diferencia relevante entre el nivel de protección que la ley asegura en aquel ordenamiento. En el ordenamiento alemán las condiciones generales incorporadas en contratos están sometidas en todo caso a un control de contenido —*Inhaltskontrolle*—, con independencia de que algunas de las partes intervengan en calidad de consumidor o no. Se considera que este control asegura la justicia contractual de una cláusula en cuya naturaleza está la predisposición e *imposición*⁵³. Y que, por tanto, su legitimación no deriva de una autonomía de la voluntad real. En este contexto, es usual reconducir el examen de las garantías procesales que operan en un arbitraje concreto —v.gr. el sistema de elección de los árbitros— al referido control de contenido.

Conforme al art. 1 LCGC son condiciones generales de la contratación aquellas «cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea *impuesta* por una de las partes». Dicho esto, queda por determinar cómo se relaciona la imposición propia de las condiciones generales de la contratación con

⁵³ WURMNEST, “ § 307” en *Münchener Kommentar zum BGB. Band. 2*, C. H. Beck, 8.ª ed., München, 2019, Rn. 77-82. G. WAGNER, *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, pp. 128-130.

la autonomía de la voluntad que legitima constitucionalmente el arbitraje (arts. 1.1, 10.1 CE y 1255 CC)⁵⁴.

Como explica Alfaro, la adhesión a las condiciones generales de la contratación no es un verdadero acto de autodeterminación o, cuando menos, no lo es siempre. Solo existe un acto de autodeterminación en el proceso contractual cuando se tiene como «alternativa razonable» no contratar. Normalmente es el mercado el que pone a disposición del individuo distintas alternativas razonables —«contratar con A, B o C»—⁵⁵. El problema que se plantea es que, como regla general, el «mercado» de las condiciones generales no es competitivo —no existen incentivos en el mercado para ofrecer «mejores» condiciones generales—⁵⁶. Y, por tanto, no existen alternativas razonables para adquirir el bien o servicio con condiciones generales distintas de las impuestas⁵⁷.

El anclaje constitucional del arbitraje que en la Sentencia se reafirma justifica cuestionarse si la predisposición e imposición de un convenio arbitral, que es consustancial a la naturaleza de una condición general de la contratación, es válida. Y debe subrayarse, es la predisposición e imposición lo que cualifica una cláusula como condición general de la contratación. Si existe cualquier tipo de negociación sobre ella, deja de serlo.

Imagínese que en un sector económico concreto todas las empresas incorporan en sus contratos de suministro una cláusula de sumisión a arbitraje. Por mucho que la condición general supere los controles de incorporación, ¿qué alternativa razonable en el mercado tienen los contratantes? ¿Cuál es su alternativa si no quieren someter sus controversias a arbitraje? ¿No participar en ese mercado?

⁵⁴ Con razón se plantean MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA que con esta definición de condición general de la contratación el convenio arbitral «no superaría los estándares de libertad e igualdad que constitucional (art. 24 CE) y legalmente (arts. 9.1, 15.2 y 24.1 LA) son exigibles». J. F. MERINO MERCHÁN, J. M.^a CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho arbitral*, Civitas, 4.^a ed., Madrid, 2014, p. 358.

⁵⁵ J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 54-56. En el mismo sentido J. ALFARO ÁGUILA-REAL, "Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación" en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, L. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (dirs.), J. ALFARO ÁGUILA-REAL (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 82-91.

⁵⁶ J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales*, op. cit., pp. 60-76.

⁵⁷ ALFARO sostiene que «[e]l consentimiento vincula porque es un acto de autonomía privada. [...] El contrato ha de ser la expresión de *autonomía bilateral*, lo que exige que ambas partes hayan actuado autodeterminándose al celebrarlo. Puede afirmarse que *un contrato se ha celebrado en un acto de libre determinación cuando el sujeto celebra voluntariamente el contrato y siempre que le cupiera como alternativa razonable disponible, la renuncia a contratar*. La existencia de competencia efectiva en el mercado garantiza, a su vez, la existencia de alternativas razonables disponibles [...] De lo expuesto, debería deducirse que la imposición de condiciones generales por el predisponente al adherente no afecta a la libertad contractual de este último, ya que siempre tendría la opción de renunciar a contratar y acudir a los competidores que ofrezcan mejores condiciones, con lo que aquellos predisponente que ofrezcan condiciones generales "malas" perderán su clientela [...] Esta conclusión no es correcta [...] los adherentes, en general no seleccionan (no hacen "shopping") entre las condiciones generales, y ello hace que los predisponentes no se ven abocados a mejorarlas [...] Por tanto, puede afirmarse que la *renuncia a contratar por causa del contenido de unas condiciones generales determinadas no es una alternativa razonable a la celebración del contrato sometiéndose a las mismas y, por tanto, no puede afirmarse que el adherente, al aceptar las condiciones generales esté realizando un acto de autodeterminación*» J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, p. 469-470.

¿Puede considerarse realmente libre la sumisión a arbitraje por parte de un sujeto que desea acceder a suministros en este mercado? La realidad impone aceptar que el contratante no tiene ninguna alternativa razonable al arbitraje y, por tanto, que *de facto* se está ante un arbitraje *impuesto* contractualmente. A esta misma conclusión llegó el TEDH en su STEDH *Mutu y Pechstein c. Suiza* en el sector del deporte.

El fundamento constitucional del arbitraje supone que en todos aquellos casos en los que el convenio arbitral se incorpore como condición general de la contratación y no exista una alternativa razonable a su adhesión deben considerarse nulos de pleno derecho. Y ello por vulnerar la dimensión objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que se proyecta, ahora sí, en la cláusula de orden público en el ordenamiento privado (art. 1255 CC). En caso de que se considere que el mercado y las estructuras de justicia contractual que incorpora el Derecho privado no aseguran la autonomía de la voluntad que legitima la disposición negocial del art. 24.1 CE, sería inconstitucional el art. 9.2 LA. Defender lo contrario supondría una libertad «*a beneficio de inventario*: desideologizo o ideologizo según lo que me interese retóricamente en cada momento»⁵⁸.

5. CONCLUSIÓN

La STC se integra y actualiza una constante jurisprudencia constitucional en relación con la naturaleza del arbitraje como una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Su fundamento constitucional es la autonomía de la voluntad (arts. 1.1, 10.1 CE y 1255 CC) que se materializa en el convenio arbitral (art. 9.1 LA). La consecuencia de su anclaje constitucional es que todo arbitraje obligatorio vulnera el derecho a la tutela y que las garantías procesales que en él se proyecta no son las del art. 24 CE, sino las garantías procesales legales que el legislador incorpora en la LA. El convenio arbitral es un contrato procesal obligatorio y dispositivo a través del cual nacen determinadas obligaciones de hacer y no hacer y del que se dota de eficacia jurídico-procesal a la decisión de un particular sin *potestas* denominado árbitro.

Desde una perspectiva europea, se ha aceptado por el TEDH —e implícitamente por el TJUE— la validez de arbitrajes impuestos legal o contractualmente. Estos serán válidos siempre que en ellos se proyecten las garantías del art. 6 CEDH y art. 47 CDFUE. Aunque no es evidente si es una proyección material o una mera exigencia de incorporar legalmente a modo reflejo aquellas y cumplirlas, la validez de su imposición depende de ello. La proyección e incorporación de garantías procesales fundamentales al procedimiento arbitral es una construcción peligrosa y de difícil justificación técnica. Deja sin explicar cómo se relacionan la naturaleza de la institución arbitral, los dere-

⁵⁸ A. DE LA OLIVA SANTOS, *El papel del Juez en el proceso civil. Frente a ideología, prudentia iuris*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 61.

chos procesales fundamentales y la jurisdicción *ratione materiae* y *personae* de los tribunales encargados de su protección en última instancia.

De esta manera, cuando menos, podría deducirse que existe un distinto nivel de protección en los arts. 24 CE, 6 CEDH y 47 CDFUE. En cada caso la legitimación de la institución arbitral derivará del convenio arbitral o de la justicia procesal del procedimiento arbitral. Desde luego, el anclaje constitucional del arbitraje en la doctrina constitucional del TC es la más acorde con la naturaleza del derecho a la tutela *judicial* efectiva, con la función jurisdiccional que constituye la prestación garantizada por aquel (art. 117.3 CE) y con la naturaleza contractual del arbitraje.

La autonomía de la voluntad como elemento legitimador del arbitraje supone que sean nulos todos aquellos convenios arbitrales incorporados como condiciones generales de la contratación en los que no exista una alternativa razonable para el adherente e, incluso, que sea inconstitucional el art. 9.2 LA.

ELEMENTOS PARA UNA TEORÍA DEL PROCESO ESTRUCTURAL APLICADO AL PROCESO CIVIL BRASILEÑO*

ELEMENTS FOR A THEORY OF THE STRUCTURAL PROCESS
APPLIED TO BRAZILIAN LAW

Fredie DIDIER JR.

Maestro en Derecho por la UFBA. Doctor en Derecho por la PUC/SP.
Libre-docente por la USP. Posdoctorado por la Universidad de Lisboa.
Profesor asociado de la Universidad Federal de Bahía,
en los cursos de pregrado, maestría y doctorado.
Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto

* Este artículo constituye, en gran medida, una revisión del entendimiento expresado por los autores en el artículo “Notas sobre las decisiones estructurantes”, que comprende la colección *Procesos estructurales*, organizada por Sérgio Cruz Arenhart y Marco Félix Jobim, publicada por la Editora Juspodivm (Salvador), actualmente en su 2.^a edición (2019), y que también fue publicado en *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, 2017 (www.civilprocedurereview.com). La revisión, con refinamiento analítico, de nuestra comprensión y el avance doctrinario brasileño sobre el tema fueron las razones que nos motivaron a reescribir ese artículo.

Este artículo es también el resultado del Grupo de Investigación “Transformaciones en las Teorías sobre el Proceso y el Derecho Procesal” vinculado a la Universidad Federal de Bahía, y del Grupo de Investigación “Fundamentos del Proceso Civil Contemporáneo” vinculado a la Universidad Federal de Espírito Santo, ambos registrados en el Directorio Nacional de Grupos de Investigación del CNPq respectivamente en las direcciones dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053 y dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0258496297445429. El Grupo de Investigación Fundamentos del Proceso Civil Contemporáneo (FPCC) es financiado por la FAPES – Fundación de Amparo a la Investigación e Innovación del Estado de Espírito Santo, siendo esta obra un vehículo de divulgación de las informaciones e investigaciones hechas por el Grupo con relación al Caso Samarco (Desastre del Río Doce). Ambos grupos son miembros fundadores del “ProcNet – Red Internacional de Investigación sobre Justicia Civil y Proceso Contemporáneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

Tradução para a língua espanhola por Brian Ragas e José Angel Cornielles.

Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Brasileño de Derecho Procesal
y de la Asociación Norte e Nordeste de Profesores de Proceso.
Abogado y consultor jurídico.

Hermes ZANETI JR.

Maestro y Doctor (UFRGS). Doctor (Università degli Studi di Roma Tre).
Posdoctorado en la Università degli Studi di Torino.
Profesor del Programa de Posgrado *Stricto Sensu* de la UFES (Maestría).
Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto
Iberoamericano de Derecho Procesal y del Instituto Brasileño de Derecho Procesal.
Fiscal en el Estado de Espírito Santo.

Rafael ALEXANDRIA DE OLIVEIRA

Maestro en Derecho Público (UFBA).
Especialista en Derecho Procesal Civil (Fac. Jorge Amado/JusPodivm).
Miembro de la Asociación Norte y Nordeste de Profesores de Proceso (ANNEP).
Procurador del Municipio del Salvador/BA. Abogado.

RESUMEN: En el presente artículo se expone los conceptos del problema estructural, proceso estructural y decisión estructural como un desarrollo de la teoría de los procesos estructurales (*structural injunctions*), propone una clasificación de las características esenciales y de las características típicas que no son esenciales, del proceso estructural, y trata de su procedimiento, con la propuesta de aplicación del procedimiento común, previsto en el Código de Proceso Civil de 2015.

PALABRAS CLAVE: problema estructural; proceso estructural; concepto; características; procedimiento.

ABSTRACT: This essay presents the concepts of structural problem, structural process and structural decision, as a development of the structural injunctions doctrine, proposes a classification of the essential characteristics and typical, but non-essential, characteristics of the structural process, and deals with its procedure, with a proposal to apply to these proceedings the common procedure provided for the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure.

KEYWORDS: structural problem; structural process; structural injunctions; concept; characteristics; procedure.

SUMARIO: 1. HISTORIA DEL ASUNTO.—2. CONCEPTOS; 2.1. Problema estructural; 2.2. Proceso estructural; 2.3. Decisión estructural.—3. CARACTERÍSTICAS; 3.1. Características típicas, pero no esenciales: la multipolaridad, la colectividad y la complejidad; 3.2. Características esenciales: el problema estructural, la implementación de un estado ideal de cosas, el procedimiento bifásico y flexible, y la consensualidad.—4. PROCEDIMIENTO; 4.1. Flexibilidad intrínseca y consensualidad; 4.2. Las dos fases del proceso estructural: el *standard* del proceso de quiebra; 4.3. Algunas técnicas de flexibilización del procedimiento en el proceso estructural; 4.4. Adopción del procedimiento común de CPC, con tránsito de técnicas.—5. CONCLUSIÓN.—6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. HISTORIA DEL ASUNTO

La noción de proceso estructural surgió en los Estados Unidos, a partir del activismo judicial que marcó el desempeño del Poder Judicial norteamericano entre 1950 y 1970¹. Se trata de una concepción con un carácter muy pragmático. Sobre la definición analítica o la categorización sistemática de este tipo de actuación por parte del Poder Judicial² no existen grandes preocupaciones.

Todo comenzó en 1954, con el caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*. La Corte Suprema de los Estados Unidos entendió que la admisión de estudiantes a escuelas públicas americanas basadas en un sistema de segregación racial era inconstitucional. Al determinar la aceptación de la matrícula de estudiantes afroamericanos en una escuela pública, hasta entonces dedicada a la educación de personas blancas, la Corte Suprema comenzó un amplio proceso de cambio del sistema de educación pública en ese país, dando lugar a lo que se llamó una *structural reform*³.

Eso fue solo el comienzo.

Según Owen Fiss, “el sistema de educación pública fue objeto del caso Brown, pero con el tiempo las reformas estructurales fueron extendiéndose hasta incluir a la policía, las cárceles, los manicomios, las instituciones para personas con discapacidad mental, autoridades públicas de bonificación para vivienda y agencias de bienestar social”⁴. En otras palabras, el modelo de decisión emitida en el caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, se expandió y fue adoptado en otros casos, de modo que el Poder Judicial de los Estados Unidos, a través de sus decisiones, comenzó a imponer amplias reformas estructurales en ciertas instituciones burocráticas, con el objetivo que determinados valores constitucionales sean atendidos.

Otro buen ejemplo son los casos *Holt v. Sarver*, a través del cual todo el sistema penitenciario del estado de Arkansas, en los Estados Unidos, fue impugnado judicialmente con demandas que tuvieron por objeto una reforma completa del sistema penitenciario y que sirvieron de base para otras deman-

¹ JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 93.

² Según Eduardo José da Fonseca Costa, “La procesalística brasileña está dotada de una envidiable capacidad analítica para elaborar conceptualizaciones, definiciones, distinciones, clasificaciones y sistematizaciones. Sin embargo, jamás se dignó a desarrollar estudios convincentes sobre la *hermenéutica jurídica*. Además, todavía está arrastrándose en el arte pragmático de librarse sin culpa de argumentos de coherencia analítica que deben guiarse por aquellos que promueven una mayor practicidad de los resultados” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. “A “execução negociada” de políticas públicas em juízo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro/2012, p. 46).

³ FISS, Owen. “Two models of adjudication”. In: DIDIER JR. Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (coords.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 761.

⁴ Traducción libre, en el original: “The public school system was the subject of the Brown suit, but in time structural reform was broadened to include the police, prisons, mental hospitals, institutions for the mentally retarded, public housing authorities, and social welfare agencies. Structural reform reached as far as the modern bureaucratic state” (FISS, Owen. “Two models of adjudication”, cit., p. 761).

das similares, que posteriormente fueron presentadas (en 1993) contra otros cuarenta estados norteamericanos⁵.

A partir de estas situaciones puntuales, la decisión estructural (*structural injunction*) se definió como aquella que busca implementar una reforma estructural (*structural reform*) en una entidad, organización o institución, con el objetivo de concretizar un derecho fundamental, realizar una determinada política pública o resolver litigios complejos⁶. Por ello, el proceso donde se construye se ha denominado proceso estructural⁷. Se parte de la premisa de que la amenaza o el daño que las organizaciones burocráticas representan para la efectividad de las normas constitucionales, no pueden eliminarse sin que dichas organizaciones sean reformadas⁸.

2. CONCEPTOS

Es natural que, a partir de la historia sobre el asunto, se pretenda vincular la noción de proceso estructural con los casos donde se discuten cuestiones muy complejas, relativas a los derechos fundamentales y en los que se busca interferir en la estructura de las entidades, instituciones o en las políticas públicas.

⁵ VIOLIN, Jordão. "Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas". *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 505.

⁶ Los litigios complejos, en este contexto, no implican discusiones sobre tesis jurídicas complejas o sobre muchas cuestiones de hecho, sino que ponen múltiples intereses sociales en curso de colisión, todos ellos dignos de tutela. Un buen punto de partida para comprender sobre la litigiosidad compleja se puede encontrar en el pensamiento de Edilson Vitorelli, cuando se ocupa de lo que llama *litigios de difusión irradiada*: "Se trata de situaciones en que el litigio derivado de la lesión afecta directamente los intereses de varias personas o segmentos sociales, pero estas personas no forman parte de una comunidad, no tienen la misma perspectiva social y no se verán afectadas, en la misma medida, por el resultado del litigio, lo que hace que sus visiones acerca del resultado deseable sean divergentes y, no raramente, antagónicas. Estas situaciones dan lugar a conflictos mutables y multipolares, ya que el grupo que es titular del derecho se opone no solo al demandado, sino también a sí mismo. Un ejemplo de ello, son los conflictos derivados de la instalación de una planta hidroeléctrica. Si, al inicio del proceso de licenciamiento, se discuten los posibles impactos de la instalación de la planta, en su aspecto social y ambiental, la fase de construcción cambia el escenario de la localidad, con la llegada de grandes contingentes de trabajadores que alteran la dinámica social. Los problemas se vuelven otros, a menudo imprevistos, y los grupos afectados ya no son los mismos que eran en el primer momento, en el que se decidieron los límites del proyecto. En el ámbito ambiental, el curso o flujo de las aguas del río se altera, bloqueando los caminos y separando las comunidades antes vecinas. Las personas son desplazadas. En el entorno natural, la fauna y la flora sufren impactos significativos. Con el final de las obras, toda la dinámica cambia nuevamente. Muchos trabajadores que vinieron, se van. Otros se quedan. Las personas desplazadas forman nuevos barrios y poblaciones, que requieren la implementación de nuevos servicios públicos. Solo debido a la realización de una obra, el medio ambiente natural y la dinámica social se altera de tal manera que la sociedad que existía en ese lugar adquiere características totalmente diferentes de las que existía originalmente" (LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. "Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva". *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 97-98).

⁷ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2015, p. 563.

⁸ FISS, Owen. *Two models of adjudication*, cit., p. 761.

No obstante, la verdad es que —aunque este sea el contexto donde es posible recoger la mayor cantidad de ejemplos sobre procesos estructurales—, la noción de proceso estructural puede separarse de estas características.

El concepto de un proceso estructural presupone el de un problema estructural. Este último es un concepto clave. Veamos.

2.1. Problema estructural

El *problema estructural* se define por la existencia de un estado de disconformidad estructurada: una situación de ilegalidad continua y permanente o una situación de disconformidad, aunque no propiamente ilícita, en el sentido de que es una situación que no corresponde al estado de cosas considerado ideal. En cualquier caso, el problema estructural se configura a partir de un estado de cosas que necesita una reorganización (o reestructuración).

Un estado de disconformidad, como se dijo, no es necesariamente sinónimo de un estado de ilicitud o un estado de cosas ilícitas, sino es una situación de desorganización estructural, una ruptura con la normalidad o con el estado ideal de las cosas, que exige una intervención (re)estructurante. Esta desorganización puede, o no, ser el resultado de un conjunto de actos o conductas ilegales.

Puede ser que el problema estructural genere situaciones ilícitas y cada situación aislada merezca un tratamiento por parte del ordenamiento jurídico; incluso puede ser que se observen grados de ilicitud más o menos graves en relación con el problema estructural (ilicitud estructural).

Lo que queremos enfatizar es que el problema estructural no se basa necesariamente en la noción de ilicitud y, cuando eventualmente lo hace, no debe confundirse, en sí mismo, con las situaciones ilícitas que surgen de él. Su tratamiento no se basa en la noción de ilicitud, aunque esta puede ocurrir y casi siempre lo hace.

Existe un problema estructural cuando, por ejemplo: (i) el derecho de tránsito de personas con necesidades especiales se ve afectado por la falta de adecuación y accesibilidad de vías, lugares públicos, edificios e instalaciones públicas en un lugar determinado; (ii) el derecho a la salud de una comunidad se ve afectado por la falta de un plan para combatir el mosquito *aedes aegypti* por parte de las autoridades de un municipio determinado; (iii) los derechos de los afrodescendientes y de los pueblos indígenas se ven afectados por la falta de previsión, en una determinada estructura curricular de educación pública, de disciplinas o temas relacionados con la historia de esta comunidad; (iv) la dignidad, la vida y la integridad física de la población carcelaria se ven afectadas por la falta de medidas de adecuación de los edificios públicos donde esas personas se encuentran encarceladas.

Pero los problemas estructurales no se restringen a aquellos que tienen experiencia en la esfera pública, o que están vinculados a derechos fundamen-

tales o políticas públicas, como puede sugerir la enumeración de los ejemplos anteriores.

Las acciones concursales —como, por ejemplo, la quiebra y la recuperación judicial— también se basan en problemas estructurales. Ellas parten de una situación de desorganización, donde hay una ruptura de la normalidad y del estado ideal de cosas, y requieren una intervención (re)estructurante, que organice las cuentas de la empresa en recuperación o que organice los pagos adeudados por el patrimonio en quiebra. Esta desorganización puede provenir de un acto ilícito, como en el caso de la quiebra, o no necesariamente, como en el caso de la recuperación judicial⁹.

La disolución de una empresa o el cierre de una fábrica pueden configurar un problema estructural.

Imagínese que se trate de una empresa con una marcada importancia para la economía local, que emplea a varios trabajadores y genera ingresos para innumerables familias. Basta recordar las situaciones en que las unidades de ensambladoras de vehículos automotores están cerradas y las autoridades están preocupadas por la desmovilización del personal operativo. El cierre de una fábrica no es necesariamente un acto ilegal, pero es una situación que puede romper con el estado de cosas considerado ideal, con amplias repercusiones en la vida de una determinada comunidad, que requiere una intervención de reestructuración.

Otro ejemplo en el ámbito privado es brindado por Sérgio Cruz Arenhart, al tratar la Ley n. 12.529/2011, que estructura el sistema de defensa de la competencia, permitiendo al Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), entre otras cosas, efectivizar sus decisiones mediante la intervención en la empresa (art. 96), inclusive formulando un pedido de autorización judicial para la intervención y administración total de la empresa (art. 107, § 2)¹⁰.

Como dice acertadamente Matheus Souza Galdino, “es posible hablar de grados de estructuralidad de acuerdo con el alcance de los efectos de la reestructuración promovida”¹¹. El autor nos ofrece una excelente metáfora para demostrar estos grados de estructuralidad del problema: “Un árbol cuyos frutos son venenosos puede recibir una tutela inhibitoria por un proceso con bajo o ningún grado de estructuralidad, lo que permitiría cosechar los frutos y enviarlos a una eliminación segura. Ciertamente, otros frutos aparecerían en el otoño siguiente

⁹ Felipe Vieira Batista también ve a la recuperación judicial como un proceso estructural: “Aunque la Ley N.º 11.101/2005 exige que la petición inicial indique las causas de la crisis, el objetivo no es imputar el referido hecho a un determinado sujeto procesal y/o imponerle cualquier tipo de reparación o sanción por lo sucedido —no existiendo el litigio sostenido. La perspectiva es otra, de una naturaleza mucho más prospectiva: se solicita la intervención/reforma estatal en el sentido de viabilizar/facilitar la resolución de un problema social grave por medio de una negociación de un plan de reestructuración de la actividad (y no con la imposición de una forma de reparación y/o sanción)” (BATISTA, Felipe Vieira. *A recuperação judicial como processo coletivo. Dissertação de Mestrado*. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2017, p. 118).

¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*, cit., pp. 403-404.

¹¹ GALDINO, Matheus Souza. *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. Dissertação de Mestrado*. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2019, p. 138.

y el mismo procedimiento podría adoptarse todas las veces, mediante otro proceso. Un grado más alto de estructuralidad estaría dirigido no solo a cosechar el fruto, sino también a cortar las ramas del árbol. En ese caso, posiblemente, por un tiempo no nacerían nuevos frutos, al menos hasta que broten nuevas ramas y surjan frutos. El siguiente razonamiento ya es predecible. Un proceso que tenga por objeto cortar el tronco del árbol tendría un grado de estructuralidad mucho mayor y, posiblemente, más bajo si se compara con el proceso de cortar el árbol desde la raíz, que en nuestra metáfora tendría un grado máximo de estructuralidad”¹².

El concepto de grados de estructuralidad está vinculado, por tanto, a la misma lógica que permite hablar de grados de ilicitud. Cabe resaltar que el problema estructural no debe confundirse con la situación de ilicitud, pues dicho problema puede ser y casi siempre es más amplio y su tratamiento depende de una visión más amplia de aquella vinculada a lo ilícito.

Es importante considerar que, con la existencia de un estado de disconformidad, el problema no se puede resolver con un solo acto, como una decisión que certifica un derecho e impone una obligación. Es necesario intervenir para promover una reorganización o reestructuración de la situación¹³, como en los casos donde es necesario cambiar la estructura de la entidad pública, la organización burocrática, etc. Esta intervención normalmente es duradera y requiere un seguimiento continuo.

2.2. Proceso estructural

El *proceso estructural* es aquel donde se desarrolla un litigio estructural, basado en un problema estructural, y donde se pretende cambiar ese estado de disconformidad, reemplazándolo por un estado de cosas ideal¹⁴.

El mejor camino para llegar a la definición de un proceso estructural es adoptar un razonamiento tipológico¹⁵: el proceso estructural presenta ciertas

¹² GALDINO, Matheus Souza. *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. Dissertação de Mestrado*. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2019, p. 139.

¹³ GALDINO, Matheus Souza. “Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (orgs.). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 705.

¹⁴ Para Edilson Vitorelli, “el proceso estructural es un proceso colectivo donde se pretende, a través de la actuación jurisdiccional, la reorganización de una estructura burocrática, pública o privada, que causa, fomenta o viabiliza la ocurrencia de una violación por la forma en cómo funciona, originando un litigio estructural” (VITORELLI, Edilson. “Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças”. *Revista de Processo*. São Paulo: Thomson Reuters, outubro/2018, v. 284, p. 333-369). Como se observa, Vitorelli presenta un concepto más limitado sobre proceso estructural, enfatizando que se trata de un proceso colectivo (una característica que, para nosotros, es típica, pero no esencial), dirigido a la reestructuración de una institución pública o privada (mientras nosotros destacamos el propósito de reestructurar un estado de disconformidad, sin vincularlo necesariamente a una institución pública o privada), en razón de que esta ha incurrido en alguna violación a la norma (mientras que para nosotros el estado de disconformidad no es, necesariamente, un estado de ilicitud).

¹⁵ Con amplias consideraciones: GALDINO, Matheus Souza. *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. Dissertação de Mestrado*. Salvador: Universidade Federal da Bahia

características típicas, pero para definirse como un proceso estructural, no es necesario que todas estas características estén presentes.

Para ejemplificar el razonamiento tipológico, piénsese en la labor del médico al diagnosticar una determinada enfermedad: examina las características (síntomas) presentadas por el paciente, compara estas características con aquellas que son típicas en ciertas dolencias y llega a una conclusión; muchas dolencias se revelan a través de características (síntomas) típicas, pero no es necesario que todas ellas estén presentes para llegar al diagnóstico de aquella enfermedad; no siempre, por ejemplo, el paciente siente dolores de cabeza y, aun así, su diagnóstico puede ser de *gripe*, porque el dolor de cabeza es una característica (síntoma) típica, pero no esencial de la gripe.

El proceso estructural se caracteriza por: (i) basarse en la discusión de un problema estructural, un estado de cosas ilícito, un estado de disconformidad, o cualquier otro nombre que se quiera utilizar para designar una situación de disconformidad estructurada; (ii) buscar una transición de ese estado de disconformidad a un estado ideal de cosas¹⁶ (en consecuencia, una reestructuración), eliminando la situación de disconformidad, mediante una decisión de implementación escalonada; (iii) desarrollarse en un procedimiento bifásico, que incluye el reconocimiento y la definición del problema estructural y establece el programa o proyecto de reestructuración que se seguirá; (iv) desarrollar en un procedimiento marcado por su flexibilidad intrínseca, con la posibilidad de adoptar formas atípicas de intervención de terceros y medidas ejecutivas, de alterar el objeto litigioso, de utilizar mecanismos de cooperación judicial; y (v) la consensualidad, que abarque incluso la adaptación del proceso (art. 190, CPC).

El proceso estructural también presenta algunas características típicas, pero no esenciales: la multipolaridad, la colectividad y la complejidad. Estas características se analizarán más adelante.

El objetivo inmediato del proceso estructural es alcanzar el estado ideal de cosas¹⁷, por ejemplo, un sistema educativo libre de segregación; un sistema penitenciario en el que se garantice la dignidad del preso y la posibilidad de su resocialización; un sistema de salud universal e igualitario y también la preser-

(UFBA), 2019, p. 125 y siguientes.

¹⁶ Matheus Galdino, en un excelente trabajo, señala que el proceso estructural se caracteriza por dar más relevancia a la comprensión teleológica de los hechos que a la relación causal. Si bien es importante comprender el estado de cosas actual a partir de un análisis basado en la *causalidad*, investigando los hechos de la vida que generaron ese estado actual de disconformidad (relación entre causa y efecto), en el proceso estructural es más relevante investigar el estado de cosas ideal, aquel que se quiere implementar en el futuro, proyectando el camino que debe seguirse para alcanzarlo (relación entre medios y fines) (GALDINO, Matheus Souza. "Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural". *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (orgs.). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 685-694).

¹⁷ En ese mismo sentido: GALDINO, Matheus Souza. "Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural". *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (orgs.). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 698-704.

vación de la empresa recuperada. En tales casos, buscamos eliminar el estado de disconformidad, promoviendo una transición al estado de conformidad.

En razón a la lista de ejemplos de problemas estructurales establecidos en el párrafo anterior, podemos decir que los ejemplos sobre procesos estructurales son aquellos provocados por una: (i) demanda que, busca la concreción de los derechos de tránsito de las personas con necesidades especiales, a través de un plan de adecuación y accesibilidad en las vías, lugares públicos, edificios e instalaciones públicas de una determinada localidad; (ii) demanda que, busca garantizar el derecho a la salud y que, considerando el crecimiento del número de casos de microcefalia en una región determinada y su posible relación con el virus *zika*, se impone un plan para combatir el mosquito *aedes aegypti*, prescribiendo una serie de conductas para las autoridades municipales; (iii) demanda que, buscando salvaguardar los derechos de las minorías, solicita la inclusión, en la estructura curricular de la escuela pública, de disciplinas o temas relacionados a la historia de los africanos y de los pueblos indígenas; (iv) demanda que, pretender garantizar la dignidad, la vida y la integridad física de la población carcelaria y, para ese propósito, exige la adopción de medidas de adecuación de los edificios públicos donde estas personas se encuentran encarceladas.

2.3. Decisión estructural

En ese sentido, la *decisión estructural* es aquella que, partiendo de la verificación de un estado de disconformidad, establece el estado ideal de las cosas que se pretende implementar (fin) y el modo por el cual ese resultado debe ser alcanzado (medios). En esencia, la decisión estructural no estructura, pero sí reestructura lo que estaba desorganizado.

Esa decisión tiene un contenido complejo.

Primero, porque ella prescribe una norma jurídica de contenido abierto; su precepto indica un resultado a ser alcanzado —una meta, un objetivo— asumiendo, por tanto, y *en esa parte*, la estructura deóntica de una *norma-principio*.

En segundo lugar, porque *estructura* el modo en cómo se debe alcanzar ese resultado, determinando los comportamientos que deben observarse o evitarse para que el precepto sea cumplido y el resultado sea alcanzado, por lo tanto, y *en esa parte*, la estructura deóntica es el de una *norma-regla*.

El Supremo Tribunal Federal ya ha emitido algunas decisiones que pueden considerarse estructurales¹⁸.

¹⁸ Con respecto a los métodos de conducción dialógica que puede adoptar el Supremo Tribunal Federal y recordando que, en algunos de los casos que se citarán aquí, el STF no usó estos métodos, SARAIVA, Carolina Barros. “Condução dialógica dos processos estruturais no Supremo Tribunal Federal”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 209 y siguientes.

En el caso Raposa Serra del Sol (Acción Popular n. 3.388/RR), por ejemplo, el STF admitió la demarcación de la tierra a favor de un grupo de indígenas, pero estableció diversas “condiciones” para el ejercicio, por parte de los indios, del usufructo de la tierra demarcada, entre ellos, la necesidad de que el usufructo esté condicionado al interés de la Política de Defensa Nacional, ya que las tierras indígenas están situadas en la zona fronteriza del país¹⁹. Además, se dieron vida a diversos hitos que deberían considerarse en el proceso administrativo para la identificación y demarcación de las tierras indígenas.

Este caso es emblemático, porque revela una característica de las decisiones estructurales, inclusive la imposición de un régimen jurídico de transición entre la situación anterior y aquella que se busca implementar, concretizándose, de ese modo, el principio de seguridad jurídica.

Otro ejemplo es la decisión emitida en el Mandato de Inyunción n. 708/DF, donde el STF se ocupó del ejercicio del derecho de huelga de los servidores públicos civiles. En esa oportunidad, se constató que la omisión legislativa con respecto a la regulación del tema persistía, a pesar de las anteriores decisiones en las que se reconoció que había una demora de los órganos legislativos. Se entendió que, para no caracterizar una *omisión judicial*, era necesario superar esta situación de omisión y, frente a ello, se determinó, entre otras cosas, que sea aplicado al caso la Ley n. 7.783/1989, que regula el derecho de huelga de los trabajadores *celetistas*^{*} en general, con las adaptaciones necesarias, “siempre que la omisión no esté regulada adecuadamente por una ley específica para los servidores públicos civiles (CF, art. 37, VII)”²⁰.

La decisión emitida por el STF en la ADPF n. 378, con respecto al trámite del proceso de *impeachment* (Ley 1.079/1950), puede considerarse como otro ejemplo más de una decisión estructural. Según el fallo, “por mayoría, los ministros entendieron que corresponde a la Cámara de Diputados autorizar únicamente al Senado a iniciar el proceso, siendo el Senado responsable de emitir el juicio inicial de instalación o no del procedimiento, cuando la votación se diera por mayoría simple. También se fijó que la votación para elegir a la comisión especial de la Cámara deba ser abierta, siendo ilegítimas las candidaturas individuales de diputados para su composición, y que la destitución del cargo de presidente se produce después de que el Senado procese la denuncia”²¹.

En todos estos casos, aunque no hubiese necesariamente un estado previo de ilicitud, sí existe un estado anterior de disconformidad —la ausencia

¹⁹ STF, Pet 3388, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19.03.2009, DJe 24.09.2009.

^{*} [N. del T.]: El término “*celetista*” proviene de la sigla CLT que, en Brasil, significa “Consolidación de las Leyes de Trabajo”. Un “*celetista*” es, por tanto, un trabajador que pertenece a un régimen laboral regulado por la CLT.

²⁰ STF, MI 708, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJe 30.10.2008.

²¹ Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306611> Acceso el 23/dic/ 2015.

de definición requiere de los límites que deberían analizarse en el proceso administrativo para la identificación y demarcación de las tierras indígenas, ausencia de regulaciones específicas sobre el derecho de huelga a los servidores civiles, ausencia de una definición precisa de las etapas y atribuciones del proceso de *impeachment*—; que se buscó sustituir por un estado ideal de cosas, donde esas indefiniciones fuesen superadas.

3. CARACTERÍSTICAS

3.1. Características típicas, pero no esenciales: la multipolaridad, la colectividad y la complejidad

Como se vio anteriormente, el proceso estructural tiene ciertas características típicas, pero no esenciales. Esto significa que tales características *sugieren* que se trata de un proceso estructural, sin embargo, no necesariamente tienen que estar presentes para que el proceso sea considerado estructural, pues el proceso estructural puede existir sin ellas.

(i) La *multipolaridad* es una característica típica del proceso estructural. Para Sérgio Cruz Arenhart, “el conflicto estructural funciona con la lógica de la formación de varios núcleos de posiciones y opiniones (muchas de ellas antagonicas) con respecto al tema a tratar”²².

En estos casos, la lógica binaria del proceso individual —que se opone a los intereses de los dos polos (demandante y demandado), bajo la premisa de que estos intereses son siempre antagonicos y que los intereses de los litisconsortes que eventualmente ocupan cada uno de estos polos son siempre convergentes— difícilmente se aplica a los procesos estructurales. En ellos, debido a la naturaleza estructural del problema, es común que haya una multiplicidad de intereses involucrados, que se polarizan dependiendo de la cuestión discutida: el mismo grupo de personas puede alinearse con los intereses de otro grupo en un tema determinado, pero no en otros.

Imagínese una acción civil pública donde el Ministerio Público pretenda imponer a una determinada concesionaria de carretera federal, el deber de realizar múltiples obras en la red de carreteras y en sus alrededores, exactamente como se estipula en el contrato de concesión suscrito una década antes. Imagine que, si se implementa en los términos exactos previstos en el contrato, esas obras terminarían segregando un vecindario completo, que floreció en los últimos diez años alrededor de cierto tramo de la carretera; la implementación de *guard rails* en la carretera, que reduce el vecindario a la mitad, asociada a la inexistencia, en el proyecto inicial del contrato de vías de acceso para vehículos, puente para peatonales y retornos, todo eso terminaría por impedir —o, al menos, por hacerlo muy difícil— el tránsito de los residentes locales de un lado al otro, segregando a las familias y vecinos.

²² ARENHART, Sérgio Cruz. “Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (orgs.). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 800.

Aunque el Ministerio Público por ley, tenga la legitimidad para dar voz a la voluntad colectiva, es muy posible que, entre el Ministerio Público que formuló la demanda y la comunidad del vecindario en cuestión, haya un desacuerdo de intereses; y entre ellos y la concesionaria, muchas otras diferencias; e incluso entre ellos, la concesionaria y la agencia reguladora (en el caso, ANTT), otros desacuerdos más. Son innumerables las cuestiones potencialmente involucradas con innumerables posibilidades de adecuación a los diferentes intereses.

Sin embargo, como se indicó anteriormente, la multipolaridad no es una característica esencial del proceso estructural, ni es una característica determinante. Es posible que el proceso sea estructural y bipolar, es decir, involucra solo dos polos de intereses. También es posible que, a pesar de la multipolaridad, el proceso no sea estructural²³.

(ii) Como consecuencia de esto, tampoco es una característica esencial del proceso estructural que sea colectivo. “Colectivo es el proceso que tiene por objeto litigioso una situación jurídica colectiva activa o pasiva”²⁴.

Aunque normalmente el proceso estructural sea colectivo, ya que discute una situación jurídica colectiva, es posible que un proceso promovido por una demanda individual se base en un problema estructural y, por lo tanto, deba tratarse como un proceso estructural²⁵. Esto sucede especialmente cuando se produce el fenómeno de la múltiple incidencia, que se caracteriza cuando el mismo hecho puede “afectar la esfera de situaciones jurídicas individuales y situaciones jurídicas colectivas”²⁶.

²³ Sofia Temer también reconoce la multipolaridad como una característica del proceso estructural, pero recuerda que “la multipolaridad no se limita a litigios calificados como ‘complejos’ o ‘no tradicionales’ [...]. Por el contrario, la estructura multipolarizada puede ocurrir en cualquier proceso, incluso en aquellos que se ocupan de conflictos ‘tradicionales’, es decir, los llamados procesos ‘por excelencia’” (TEMER, Sofia Orberg. “Participação no processo judicial: arranjos subjetivos e modalidades de atuação”. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2020, p. 168).

²⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. “Conceito de processo jurisdicional coletivo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 229, p. 273.

²⁵ En sentido contrario, entendiendo que el proceso estructural es necesariamente colectivo, VITTORELLI, Edilson. “Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças”. *Revista de Processo*. São Paulo: Thomson Reuters, outubro/2018, v. 284, p. 333-369. En el mismo sentido, admitiendo que “muchas demandas estructurantes son formalmente individuales (bipolares), no obstante, en razón a su objeto no pueden ser adecuadamente resueltos mediante los mecanismos y procedimientos tradicionales de resolución de conflictos”: TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. “Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 189. Marcela Ferraro también comprende que, en algunos casos, “el derecho es individual, pero su violación se muestra estructural y la carga policéntrica es tanta que no se debe tratar la cuestión individualmente, pues el proceso individual resulta inadecuado” (FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015, p. 145).

²⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. “Comentários ao art. 333 do CPC-2015”. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coords). 3 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 958.

Imagine que un sujeto, con discapacidad o con movilidad reducida, ingresa con una acción individual, en razón a los derechos que le garantiza la Ley n. 10,098/2000²⁷, para exigir que determinados edificios públicos o privados, de uso colectivo, a los que necesita tener acceso de manera recurrente (como su universidad, el hospital de su vecindario, el banco donde tiene una cuenta corriente, etc.), sean obligados a promover reformas que garanticen la accesibilidad prevista en la ley.

Esta es típicamente una acción individual, pero tiene una inequívoca naturaleza estructurante. Su causa de pedir consiste en la afirmación de una situación de desconformidad, debido a un incumplimiento permanente de la legislación que impone la promoción de la accesibilidad de estos lugares. Hay un ambiente de ilicitud que necesita de una intervención (re)estructurante porque de ese nuevo e ideal estado de cosas depende de la satisfacción del derecho del demandante-individuo.

Existe, en ese sentido, un problema estructural por el cual se requiere una decisión que proyecte e implemente un nuevo e ideal estado de cosas²⁸.

Otros casos donde la demanda es, en principio, individual también pueden tener una naturaleza estructurante, como la pretensión de la mujer profesional por un tratamiento igualitario dentro de determinada empresa, o como la pretensión de un detenido no católico por asistencia religiosa específica o por el respeto a sus costumbres (alimentos, por ejemplo) dentro de la prisión.

Obsérvese que, en este ejemplo, se tiene una acción individual cuyo resultado puede tener un alcance colectivo. La promoción de la accesibilidad requerida por el demandante-individual naturalmente no solo le servirá a él, sino también a todos aquellos que utilicen los mismos espacios en los que se afirmó que hubo una intervención estructurante.

Fue exactamente este tipo de acción, llamada *pseudoindividual*,²⁹ que fue recogido en el art. 333, I, del CPC, que se ocupó de la posibilidad de conversión, por

²⁷ Ley que establece normas generales y criterios básicos para promover la accesibilidad de las personas con discapacidad o con movilidad reducida, y otras medidas.

²⁸ Para André Ribeiro Tosta y Felipe Barreto Marçal, “tratar una demanda individual como estructurante (o crear un proceso estructurante a partir de demandas individuales) cuando se trata de una violación sistémica de determinados derechos trae más esperanzas y más ventajas que un litigio puntual o a ‘cuentagotas’, especialmente con fines de macrojusticia y de análisis de los impactos globales de las medidas aplicadas” (TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. “Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 194).

²⁹ WATANABE, Kazuo. “Relação entre demanda coletiva e demandas individuais”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, v. 139, p. 29-35. La verdadera acción pseudoindividual, sin embargo, es aquella propuesta como si fuese individual, pero en realidad es una acción colectiva, ya que se introduce una pretensión colectiva en lugar de una pretensión individual. El autor afirma una situación jurídica que es colectiva, aunque se considere que es individual. Es el caso de un individuo que solicita la declaración de inconstitucionalidad de la ley o requiere la invalidación íntegra del edicto del concurso público; si se solicita que la ley o el edicto no afecten su esfera jurídica, apenas la acción sería individual. No es el caso de la acción popular (para lo cual el individuo está legitimado), pues se está delante de una flagrante *ilegitimidad activa*.

el juez de primer grado, de la acción individual en acción colectiva, pero cuya redacción recibió el veto presidencial.

(iii) La *complejidad* es otra característica típica del proceso estructural. Complejo es el proceso donde se discute un problema que admite diversas soluciones³⁰. El número de soluciones posibles se da en la medida de la complejidad del proceso.

Es común que el problema estructural se pueda resolver de varias maneras: una vez que se establece la meta a ser alcanzada (el nuevo o ideal estado de cosas), diversos son los medios con los que normalmente se puede implementar. Exactamente por esta razón, Edilson Vitorelli sugiere que los litigios estructurales se clasifiquen en la categoría de litigios irradiados³¹, entendiendo así aquellos que “involucran a un gran grupo de personas, afectadas de diferentes maneras por la controversia, con visiones diferentes sobre cómo debería terminar y, por eso mismo, con intereses diversos, que son representados en el proceso”³².

Cabe resaltar que la noción de complejidad está fuertemente relacionada con la noción de multipolaridad: la diversidad de intereses involucrados tiende a multiplicar las posibilidades de tutela. Se observa, claramente que en este tipo de situaciones existe una elevada conflictuosidad interna entre los grupos afectados e incluso dentro del grupo mismo.

Aunque predominen los ejemplos de procesos estructurales de indiscutible complejidad y conflictuosidad, estos atributos no son esenciales para su identificación. El hecho de que, eventualmente, el problema subyacente no admita un número tan diverso de soluciones no descarta la posibilidad de tratarse de un problema estructural —y, por lo tanto, que el proceso en el que se discuta sea, también, un proceso estructural. La cuestión puede ser clara desde un punto de vista jurídico y compleja desde un punto de vista fáctico. Puede ser clara desde un punto de vista jurídico y fáctico, así como difícil de implementar porque implica un cambio cultural.

Ya hemos dicho que es posible identificar diferentes grados de estructuralidad del problema. Hay ciertos estados de disconformidad que exigen una intervención menos intensa del Poder Judicial —como la necesidad de que determinada entidad pública revise la aplicación de los criterios de regulación de las camas dentro del alcance del Sistema Único de Salud (SUS), o que verifique el valor de tope para el pago de los procedimientos de salud clasificados como de mediana y alta complejidad (llamados Tope MAC) realizados

³⁰ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2.^a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 23 e p. 67.

³¹ VITORELLI, Edilson. “Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (orgs.). 2.^a ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 274.

³² VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2.^a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 536.

por instituciones filantrópicas, sin la necesidad de grandes incursiones en el ámbito del sistema de salud.

No es la mayor o menor complejidad lo que define el proceso como estructural, aunque este indicador contribuye significativamente a su identificación.

3.2. Características esenciales: el problema estructural, la implementación de un estado ideal de cosas, el procedimiento bifásico y flexible, y la consensualidad

Esto es lo que nos parece esencial para la caracterización del proceso estructural: (i) el hecho de que en él se discuta un problema estructural; (ii) el hecho de que se busque la implementación de un estado ideal de cosas, reemplazando el estado de disconformidad que caracteriza el problema estructural; (iii) el hecho de que se necesite del desarrollo de un procedimiento bifásico; (iv) la intrínseca flexibilidad del procedimiento; y (v) la consensualidad, incluso en relación con la adaptación del proceso.

Las características “i” y “ii” ya fueron tratados. Ahora, veamos, en el siguiente ítem, las características “iii”, “iv” y “v”.

4. PROCEDIMIENTO

4.1. Flexibilidad intrínseca y la consensualidad

Es absolutamente inviable establecer previamente los recorridos procedimentales adecuados para el desarrollo del proceso estructural, considerando la extrema variación de los tipos de litigios estructurales. Como señala Jordão Violin, “modificando el objeto de la acción, varían también las adaptaciones procedimentales necesarias para la protección de la vida. La tutela del derecho a la salud, la vivienda o la erradicación del trabajo infantil, por ejemplo, exigirán medidas diversas de aquellas adoptadas para la segregación de las escuelas”³³.

Debido a eso, podemos afirmar que existe —y debe existir—, cierta *flexibilidad intrínseca* en el procedimiento por el cual se desarrolla el proceso estructural.

Esta flexibilidad del proceso estructural debe estar garantizada (i) por la utilización de un procedimiento bifásico, aprovechando el *standard* del proceso de quiebra, que puede servir como base debido a la disposición legal expresa de la posibilidad de fraccionar la resolución de mérito (arts. 354, párrafo único, y 356, CPC); y (ii) por la aplicación de técnicas procesales

³³ VIOLIN, Jordão. “Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (orgs.). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 502-503.

flexibles, como la que atenúa las reglas de congruencia objetiva y de estabilización objetiva de la demanda, la ampliación del régimen de participación en el proceso, la atipicidad de los medios de prueba (art. 369, CPC), la atipicidad de las medidas ejecutivas (art. 139, IV, y art. 536, § 1, CPC), la atipicidad de los instrumentos de cooperación judicial (art. 69, CPC).

Además, la *consensualidad* tiene una especial importancia en este tipo de proceso.

La posibilidad de ajustar acuerdos procesales (art. 190, CPC) se ve reforzada en los procesos estructurales debido a la usual complejidad y multipolaridad, que están involucradas en su tramitación. Si la solución negociada es siempre preferible en un proceso individual de naturaleza bipolar, donde normalmente resulta fácil identificar a los intereses opuestos, tanto más si se puede decir cuando hay múltiples intereses involucrados —convergentes o divergentes, dependiendo de la cuestión analizada—, y múltiples posibilidades de solución del problema. En el proceso estructural, el requerimiento a la consensualidad se exige aún más.

De ahí la importancia, para el proceso estructural, de las técnicas de negociación, tanto para el objeto del proceso en sí mismo, para la adaptación del procedimiento para ajustarlo a las especificidades de la causa o así como para las cargas, poderes, facultades y deberes de los sujetos procesales.

4.2. Las dos fases del proceso estructural: el *standard* del proceso de quiebra

No existe un procedimiento especial para las acciones destinadas a reestructurar situaciones de disconformidad permanente y generalizada. Pero si existe un *standard* histórico, que bien puede usarse como base para la organización del proceso estructural: el proceso de quiebra.

Como se ve, en una quiebra se discute un problema estructural, una situación de disconformidad que exige una intervención (re)estructurante; la solución para ese problema fue estructurada en un proceso que se desarrolla en dos fases bien definidas: a) la primera fase, que define la existencia del problema estructural (certificación del estado de quiebra); y b) la segunda fase, la adopción de medidas para estructurar los pagos de la deuda del patrimonio en quiebra.

Ese diseño bien puede adoptarse en otros tipos de procesos estructurales. Veamos.

4.2.1. *Primera fase: constatación del estado de disconformidad y decisión estructural que establece una meta a ser alcanzada (un nuevo estado de cosas)*

La *primera fase* del proceso estructural debe dedicarse a constatar la existencia de un problema estructural. Su propósito es, una vez que se identifica el problema, establecer el objetivo a ser alcanzado: el estado ideal de las cosas.

La instrucción probatoria deberá, en este momento, limitarse a investigar la existencia de ese estado permanente/generalizado de disconformidad —la prueba de muestra³⁴ y la prueba estadística³⁵ son fundamentales para esto.

También es importante hacer adaptaciones al procedimiento para que se pueda trabajar el problema estructural. Entre ellos, es necesario atenuar la regla de congruencia objetiva externa, admitiendo incluso la posibilidad de cambiar el objeto del pedido; es necesario promover una apertura del proceso a la participación de terceros, garantizando una mayor legitimidad democrática; es necesario optimizar la producción probatoria, adaptándola al problema en cuestión, que usualmente presupone la investigación de múltiples cuestiones de hecho, a menudo difusas o indeterminadas.

Abordaremos este tema más adelante.

La primera fase del procedimiento termina con la decisión estructural, en caso se constate el estado de disconformidad sostenido. Esta decisión, como ya se vio, tiene un contenido programático, al establecer una meta a ser alcanzada (el estado ideal de las cosas).

Esta decisión puede establecer, desde ese momento, los medios para la reestructuración deseada, que se buscará en la segunda fase del proceso estructural, si el juez tiene las condiciones para definirlos en ese momento. Pero también es posible que estos medios se definan más adelante, si el juez siente la necesidad, por ejemplo, en la segunda fase, de consultar a expertos sobre los caminos que se pueden tomar para alcanzar la meta establecida.

Lo que define este momento procesal es que, en cualquier caso, la decisión estructural no culmina la función jurisdiccional. Solo comienza lo que probablemente sea la fase más duradera del proceso estructural, marcada por la participación efectiva del juez (y, naturalmente, de las partes y otros sujetos) para la implementación del nuevo estado de cosas.

³⁴ Para apreciar, por ejemplo, si la entidad pública ha estado respetando las reglas de accesibilidad en la construcción y reformas de los edificios públicos; no es necesario verificar esta circunstancia en *cada uno* de los edificios públicos existentes, siempre que esta demostración se realice mediante el muestreo.

³⁵ Para evaluar, por ejemplo, el número de pacientes que dejaron de ser atendidos en los establecimientos de salud vinculados al SUS y la proporción de este número en relación con la población local total.

4.2.2. *Segunda fase: implementación de la meta establecida en la decisión estructural*

La *segunda fase* del proceso estructural comienza con la implementación de las medidas necesarias para alcanzar la meta establecida en la decisión estructural. A diferencia de la primera fase, que sería la certificación del resultado a alcanzar, esta segunda fase sería la ejecución de las medidas necesarias para alcanzar ese resultado proyectado.

Sin embargo, esto no significa que se diga que no exista cognición en esta segunda etapa: tan o más importante que identificar la meta a ser alcanzada (final) es identificar e implementar los mecanismos (medios) adecuados para su alcance.

Como bien identificó Matheus Galdino, las consecuencias de un proceso que produce, como resultado, una decisión que afirma una norma-principio son: “a) la decisión en dicho proceso exigirá una posterior cognición sobre los comportamientos a ser efectivados por sus destinatarios a fin de alcanzar el estado de cosas allí previsto; b) la instrucción en el proceso se centra en la evaluación de la correlación entre el estado de cosas (fin-objeto mediato del proceso) y los efectos de la conducta necesaria a su alcance (medios); y, c) el resultado del proceso, dado su contenido normativo que es principalmente complementario y preliminarmente parcial, le permite que se busque una armonización entre varios estados de cosas”³⁶.

4.2.2.1. Definición del tiempo, modo y grado de reestructuración, del régimen de transición y de la forma de evaluación/fiscalización de las medidas estructurantes.

Para que esta segunda fase se desarrolle con éxito, es necesario que la decisión estructural establezca, al menos: (i) el tiempo, el modo y el grado de reestructuración que se implementará; (ii) el régimen de transición, según el art. 23 de la LINDB; y (iii) la forma de evaluación/fiscalización permanente de las medidas estructurales.

Veamos.

(i) En cuanto al primero, es necesario considerar el caso concreto para evaluar el *tiempo* adecuado para la reestructuración pretendida.

La decisión estructural, dado el contexto en el que se presenta, no es una que generalmente se implemente de manera rápida, porque la reestructuración de un estado de disconformidad exige, normalmente, tiempo para madurar, no solo para que la reestructuración sea efectiva, sino también para

³⁶ GALDINO, Matheus Souza. “Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (orgs.). 2.^a ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 705.

que sea duradera. Así, se espera que la implementación del estado ideal de cosas demore en ocurrir.

Nada impide que determinadas medidas más urgentes sean implementadas de forma inmediata, aunque de modo atenuante —como la construcción de un acceso temporal para personas con necesidades especiales hasta que las adecuaciones arquitectónicas permanentes sea concluidas, como un alojamiento temporal para determinados detenidos, mientras no se culmine las obras de reforma del establecimiento penitenciario de origen, o como el refugio para familias afectadas por un desastre ambiental, con el pago de un beneficio monetario provisional, hasta que sea posible instalarlas permanentemente en un nuevo espacio.

Con relación al *modo* como la implementación de la meta establecida debe ser realizada, el juez puede ser, el mismo, el *gestor* de la reestructuración, o puede rodearse de profesionales debidamente calificados, que pueden ayudarlo adecuadamente. Una medida muy útil, considerando que el juez no siempre tiene el conocimiento y el tiempo necesario para implementar este tipo de decisión.

El art. 99 de la Ley n. 11.101/2005³⁷ (ley de quiebras) establece, por ejemplo, la posibilidad de nombrar un administrador judicial, que puede ayudar

³⁷ “Art. 99. La sentencia que decreta la quiebra del deudor, entre otras determinaciones: I- contendrá la síntesis del pedido, la identificación de la quiebra y los nombres de quienes fueron en ese tiempo sus administradores; II- fijará el plazo legal de la quiebra, sin poder retractarse por más de 90 (noventa) días contados del pedido de quiebra, del pedido de recuperación judicial o del 1° (primer) protesto por falta de pago, excluyendo, por este propósito, los protestos que han sido cancelados; III- ordenará al quebrado que presente, en el plazo máximo de 5 (cinco) días, la relación nominal de acreedores, indicando la dirección, importancia, naturaleza y clasificación de los créditos respectivos, siempre que no se encuentra en autos, bajo pena de desobediencia; IV- explicitará el plazo para las habilitaciones de crédito, de conformidad con las disposiciones del § 1° del art. 7 de esta Ley; V- ordenará la suspensión de todas las acciones o ejecuciones contra el quebrado, con excepción de los casos previstos en los §§ 1 y 2 del art. 6 de esta Ley; VI- prohibirá la práctica de cualquier acto de disposición o gravamen de los bienes del quebrado, sometiénolos preliminarmente a una autorización judicial y al Comité, si hubiera, excepto los bienes cuya venta es parte de las actividades normales del deudor si se autoriza la continuación provisional bajo los términos del inciso XI del *caput* de este artículo; VII- determinará las diligencias necesarias para salvaguardar los intereses de las partes involucradas, pudiendo ordenar la prisión preventiva del quebrado o sus administradores cuando es requerido en razón a las pruebas de la práctica criminal definido en esta Ley; VIII- ordenará al Registro Público de Empresas que proceda con la anotación de la quiebra en el registro de deudores, para que conste la expresión “Quiebra”, la fecha del decreto de quiebra y la inhabilitación que se refiere el art. 102 de esta Ley; IX- nombrará al administrador judicial, quien desempeñará sus funciones en la forma establecida en el inciso III del *caput* del art. 22 de esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el literal *a* del inciso II del *caput* del art. 35 de esta Ley; X- determinará la emisión de oficios a los órganos y reparticiones públicas y otras entidades para informar la existencia de bienes y derechos de quebrado; XI- pronunciará respecto de la continuación provisional de las actividades del quebrado con el administrador judicial o el cierre de los establecimientos, observando lo dispuesto en el art. 109 de esta Ley; XII- determinará, cuando se considere conveniente, la convocatoria de la asamblea general de acreedores para la constitución del Comité de Acreedores, teniendo la posibilidad de autorizar el mantenimiento del Comité que eventualmente pueda funcionar en la recuperación judicial cuando se declare la quiebra; XIII- ordenará la citación del Ministerio Público y la comunicación por carta a las Haciendas Públicas Federales y todos los Estados y Municipios en los que el deudor tiene un establecimiento, para que tomen conocimiento de la quiebra”.

al juez a la recomposición del estado de conformidad (inciso IX), y también la posibilidad de que el juez determine, “cuándo comprende conveniente, la convocatoria de la asamblea general de acreedores para la constitución del Comité de Acreedores, teniendo la posibilidad de autorizar la manutención del Comité que eventualmente funciona en la recuperación judicial cuando se declare la quiebra”(inciso XII).

El art. 107, § 2, de la Ley n. 12.529/2011 (ley de competencia) autoriza al juez a designar a un interviniente para administrar la empresa en los casos en que haya una negativa a cumplir con una decisión emitida por el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE).

Finalmente, con respecto al *grado* de reestructuración, todo dependerá de la gravedad del estado de disconformidad que dio lugar a la decisión estructural.

Para Edilson Vitorelli, “a medida que avanzaban los procesos de reforma estructural, se percibió que emitir órdenes al administrador, estableciendo objetivos genéricos, no era suficiente para alcanzar los resultados deseados. El juez o estaba involucrado en la vida diaria de la institución, cuidando las minucias de su funcionamiento, o tendría que conformarse con la ineficacia de su decisión”³⁸.

Una de las características principales de la decisión estructural es la acentuada intervención judicial en la actividad de los sujetos involucrados en el proceso, sean privados o públicos³⁹. Esto impone la necesidad de una revisión de varios conceptos como, en el caso de una decisión dirigida a la reestructuración de una entidad pública o la implementación de políticas públicas, la idea de imposibilidad de pronunciarse sobre el mérito administrativo por parte del Poder Judicial debido a la separación de poderes.

Según Sérgio Cruz Arenhart, “se necesita un sistema jurídico que sea lo suficientemente maduro para comprender la necesidad de revisar la idea de ‘separación de poderes’, percibiendo que no existe un Estado contemporáneo que conviva con la prohibición radical de la interferencia judicial en los actos de otras ramas del poder público”⁴⁰.

Como consecuencia de esto, también es necesario repensar la idea de que el Poder Judicial no puede inmiscuirse en el análisis del llamado “mérito administrativo”. Según Eduardo José da Fonseca Costa, “cuando el Poder Judicial condena al Estado a implementar una política hasta ahora inexistente, para complementar una política deficiente o para perfeccionar una política

³⁸ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo*, cit., pp. 579-579.

³⁹ Según Owen Fiss, la *structural reform* permite al Poder Judicial salir del aislamiento donde se encuentra cuando es llamado a resolver los litigios individuales o privados (la llamada *dispute resolution*), alcanzando al puesto del coparticipante del gobierno y parte integrante del sistema político (FISS, Owen. *Two models of adjudication*, cit., p. 764).

⁴⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 397. También en ese sentido: VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 146.

ineficiente, el juez del caso termina inmiscuyéndose en un elemento del ‘mérito’ de la actividad administrativa e interfiriendo en el diseño institucional de la política pública prevista”⁴¹.

Para Marco Félix Jobim, “cuando el Poder Legislativo no consigue atribuir al pueblo nuevas leyes que puedan modificar ese ambiente o cuando el Poder Ejecutivo se queda inerte en su deber de administrar, es el Poder Judicial el que deberá intervenir, en ambos casos, a través de procesos individuales o colectivos. A ese fenómeno se da el nombre de activismo judicial, en oposición a la autocontención judicial, lo que en algunos casos puede traer beneficios y en otros perjuicios, siendo que lo que ahora se defiende es que un activismo judicial equilibrado a la tendencia del acierto es mayor que el error”⁴². Para el autor, “el activismo judicial utilizado de manera correcta puede aportar beneficios extremos al cumplimiento de las decisiones emanadas de las cortes superiores”⁴³. A fin de cuentas, el activismo no pertenece al juez, sino a la ley y la Constitución (e incluso, muchas veces, de los estatutos normativos de las instituciones a ser reestructuradas) cuando se establece la finalidad que será alcanzada. El reconocimiento del problema estructural dirige todos los esfuerzos hacia la promoción de este estado ideal de cosas, que es un comando jurídico que adecúa la situación constatada por el ordenamiento jurídico.

Para asegurar que las providencias para implementar el estado ideal de cosas se cumplan en el tiempo, modo y grado deseados, el magistrado puede valerse de medidas ejecutivas típicas o atípicas (arts. 139, IV y 536, §1º, CPC), sobre las cuales hablaremos a continuación.

Los amplios poderes conferidos al juez, por las disposiciones del CPC, fundamentan una nueva forma de ver la efectividad de las decisiones judiciales. Por ello, es posible afirmar que el CPC —leído a partir de sus normas fundamentales—, es aplicable directamente a los procesos estructurales. Los demás textos normativos citados sirven para ejemplificar normativamente las conductas que pueden ser adoptadas por el juez, pero que no limitan su actuación.

También puede valerse del incentivo de la consensualidad para exhortar a los sujetos de cada parte del proceso para que, cooperativamente, inicien una negociación con relación al tiempo, modo y grado de la reestructuración que se implementará, celebrando reuniones y/o presentando propuestas en autos⁴⁴.

(ii) En cuanto a la necesidad de crear un régimen de transición, hay una providencia importante que se debe adoptar, ya que el proceso estructural, en esencia, busca implementar una *transición* entre los estados de cosas⁴⁵.

⁴¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. “A “execução negociada” de políticas públicas em juízo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro/2012, p. 29.

⁴² JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes*, cit., p. 104.

⁴³ JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes*, cit., p. 96.

⁴⁴ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 545.

⁴⁵ Matheus Galdino, refiriéndose a la lección de Georg H. von Wright, menciona la expresión “pTq”, donde “p” corresponde al estado de cosas anterior (estado de disconformidad), “q” corresponde

El poder del órgano juzgador de crear una “justicia de transición” entre la situación anterior y de aquella que se pretende implementar sería, para algunos, implícito⁴⁶, derivado del principio de protección de confianza⁴⁷.

El art. 23 del Decreto Ley n. 4,657/1942, complementado por la Ley n. 13,655/2018, consagró *expresamente* ese deber, que pasa a ser un deber de cualquier órgano decisor (administrativo, jurisdiccional o controlador):

Art. 23. La decisión administrativa, controladora o judicial que establezca una nueva interpretación u orientación sobre una norma de contenido indeterminado, imponiendo un nuevo deber o un nuevo condicionamiento del derecho, deberá prever un régimen de transición que sea indispensable para que el nuevo deber o condicionamiento del derecho sea cumplido de modo proporcional, imparcial y eficiente, y sin perjuicio de los intereses generales.

(iii) Finalmente, con relación a la necesidad de una evaluación/fiscalización permanente de las medidas estructurales, puede ser útil el nombramiento de un gerente específico o un comité. También, es aplicable las técnicas previstas en la Ley n. 11.101/2005 (ley de quiebras) y la Ley n. 12.529/2011 (ley de defensa de la competencia), respecto a la posibilidad de que el juez designe a un administrador o interventor judicial⁴⁸ para fiscalizar la implementación de la reforma proyectada.

Jordão Violin recuerda que los casos *Holt v. Server*, que ayudaron a implementar la reforma del sistema penitenciario del estado de Arkansas en los Estados Unidos, contribuyó significativamente, en sus palabras, a “popularizar la figura del *special máster* ou *visiting committee*, un auxiliar del juez ubicado dentro de la estructura que se pretende reformar. Su función es observar las prácticas diarias y evaluar el compromiso del demandado de cumplir con la decisión judicial. De ese modo, es posible conocer los hechos, desarrollar planes de acción y monitorear el cumplimiento de la decisión de manera más rápida y efectiva de lo que

al estado de cosas posterior (estado ideal cosas) y “T” corresponde a la transición de un estado a otro. Para él, esta es la “expresión que, sin exagerar, puede considerarse la expresión general del objeto de los procesos estructurales” (GALDINO, Matheus Souza. “Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (orgs.). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 699-700).

⁴⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Juicio y preclusiones dinámicas*. 2da ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 521, con amplias referencias. El autor concluye: “En efecto, muchas decisiones de quiebra de estabilidad deben ser acompañadas por reglas de transición para evitar una ruptura de las expectativas que pudieran haber sido creadas a favor del mantenimiento de la posición estable, y facilitar así una adaptación suave al nuevo reglamento. En ese sentido, la promulgación de reglas de transición no debe ser vista solo como un poder estatal, sino como un *deber* derivado de la cláusula del Estado de Derecho, con el correlato y respectivo derecho individual”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 521.)

⁴⁷ Sobre las reglas de transición creadas por el órgano jurisdiccional en el caso de la quiebra de estabilidad indispensable la lectura de CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 520-544.

⁴⁸ En el mismo sentido: VIOLIN, Jordão. “Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 548.

si estas tareas dependieran de la provocación y de la actividad probatoria de las partes”⁴⁹.

Se pueden adoptar otras medidas, como la exigencia de que se entreguen informes periódicos, la designación de audiencias periódicas para la audiencia de testigos y la realización de inspecciones judiciales. Lo importante es percibir que esta segunda fase, que tiene como objetivo implementar la meta establecida en la decisión estructural, exige una amplia discusión y actividad probatoria.

Un ejemplo notable sobre el proceso estructural es la llamada ACP del Carbón⁵⁰. En 1993, el Ministerio Público Federal presentó la acción civil pública n. 93.8000533-4 contra un grupo de empresas mineras y la Unión, en la Justicia Federal de Criciúma/SC, con el objetivo de obligar a los demandados a implementar un proyecto de recuperación ambiental del área degradada por la actividad minera.

La sentencia condenó a los demandados a presentar un proyecto de recuperación en seis meses y a implementarlo en tres años, mediante una multa coercitiva. La decisión final se convirtió en definitiva en el 2014, pero desde el 2000 se tramitaba el pedido de cumplimiento provisional formulado por el MPF.

La ejecución de la orden para la recuperación ambiental pasó, del 2000 al 2019, por cuatro fases distintas, contó con el nombramiento, por parte del juez, de un grupo de apoyo técnico para hacer el seguimiento y fiscalizar las providencias para la implementación de la meta, experimentó los beneficios de la consensualidad, se suscribió 19 acuerdos para implementar el plan de recuperación hasta 2020, y su ejecución puede ser acompañada por el *internet*, a través de un *site* desarrollado específicamente para publicar las providencias ya adoptadas para implementar el plan de recuperación ambiental establecido como meta⁵¹.

4.2.2.2. Decisiones en cascada

Otra característica destacable de las decisiones estructurales es que, a menudo, la decisión principal es seguida por otras innumerables que tienen como objetivo resolver los problemas derivados de la efectividad de las decisiones anteriores de modo que permiten la efectiva concretización del resultado establecido en la decisión principal —es lo que Sérgio Cruz Arenhart llama *providencias en cascada*⁵².

“Así, por ejemplo, es típico de las medidas estructurales la emisión de una primera decisión, que se limitará a establecer en líneas generales las directrices para la protección del derecho a ser tutelado, creando el núcleo de la

⁴⁹ VIOLIN, Jordão. “Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (orgs.). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 527.

⁵⁰ Ese caso ha sido bien detallado y explorado en ARENHART, Sérgio Cruz. “Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão”. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: RT, jul/dez, 2015, n. 2, versión electrónica.

⁵¹ Disponible en: <<http://acpcarvao.com.br/login/index.php>> Acceso el 30/dic/2019.

⁵² ARENHART, Sérgio Cruz. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 400.

posición jurisdiccional sobre el problema que se le plantea. Después de esta primera decisión, —generalmente más genérica, integral y casi ‘*principlológica*’, en el sentido de que tendrá como función principal establecer la ‘*primera impresión*’ sobre las necesidades de tutela jurisdiccional—, se requerirán otras decisiones para la solución de los problemas y cuestiones puntuales, que surgirán en la implementación de la ‘*decisión-núcleo*’, o para la especificación de alguna práctica debida”.⁵³

El art. 493 del CPC también coadyuva a comprender la disciplina de los procesos estructurales. Este dispositivo se ocupa de la tradicional ampliación del *tema in decidendum* y debe ser releído a la luz de la naturaleza flexible, indispensable para el proceso estructural.

Al autorizar e imponer que la decisión judicial se ajuste a la realidad actual de los hechos, el legislador le dice al juez que debe interpretar la demanda —y, además, las diversas expresiones de interés y postulaciones deducidas durante el proceso estructural—, de acuerdo con el escenario vigente al tiempo en que se emitió la decisión, flexibilizando la regla de congruencia⁵⁴. La dinamicidad con que se altera el escenario fáctico de los litigios subyacentes a los procesos estructurales vuelve al art. 493 del CPC una herramienta fundamental para que el juez, en la etapa de efectivización de las decisiones estructurales, corrija el rumbo de la tutela ejecutiva de modo que contemple las necesidades actuales de los interesados.

Un ejemplo interesante es la acción civil pública n. 0150735-64.2008.8.26.0002, donde se instó al Municipio de São Paulo a resolver el problema del déficit de plazas en las guarderías municipales para niños de cero a tres años. Inicialmente, la decisión judicial estableció como meta (nuevo estado de cosas) la creación, para el 2016, de 150,000 vacantes. Para el año 2016, solo se habían creado 106.743 vacantes, lo que llevó a la conclusión de que 43.257 nuevas vacantes aún debían de crearse. Resulta que, después de un nuevo análisis del estado de cosas existente en el 2016, se concluyó que no se necesitarían más de 150,000 vacantes en total, sino 191,743 vacantes para el 2020.⁵⁵ Este nuevo estado de cosas, distinto del establecido como meta cuando se emitió la decisión estructural, desde entonces, pasó a presidir la actuación del órgano jurisdiccional influenciado por la dinámica de los hechos y sus repercusiones en el proceso.

La segunda fase del proceso estructural está marcada por una sucesión de actos que tienen como objetivo, como se dijo, implementar la meta establecida. Pero nada impide que este objetivo sea revisado. El procedimiento finaliza solo cuando se entiende que se ha implementado el estado de cosas deseado.

⁵³ ARENHART, Sérgio Cruz. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”, cit., p. 400.

⁵⁴ Ver el ejemplo de las acciones posesorias: se admite, en base al art. 554 del CPC, que el juez otorga al solicitante una protección posesoria adecuada a la realidad actual de los hechos, aunque diferente de la que fuera planteada cuando presentó la demanda.

⁵⁵ El ejemplo fue citado por: GALDINO, Matheus Souza. “Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (orgs.). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 702.

4.3. Algunas técnicas de flexibilización del procedimiento en el proceso estructural

4.3.1. *Atenuación de las reglas de congruencia objetiva externa y de la estabilización objetiva de la demanda, con posibilidad de modificación del objeto*

Es necesario que se admita una cierta atenuación a la regla de congruencia objetiva externa (art. 141 c/c art. 492, CPC), exigiendo una correlación entre la decisión y la demanda que se resuelve, “de modo que se permite al magistrado algún margen de libertad para elegir la forma de actuación del derecho a ser tutelado”⁵⁶.

En tales casos, es fundamental liberar al magistrado de algunas ataduras de los pedidos de las partes, ya que la lógica que rige los procesos estructurales no es la misma que inspira a los litigios no estructurales, donde el juez se enfrenta a tres caminos a seguir, a saber: aprobación, aprobación parcial o rechazo de la postulación.

La idea de los procesos estructurales es, como se observa, la de alcanzar una finalidad, mediante la ejecución estructurada de ciertas conductas. Pero sucede que no siempre es posible que la parte prevea todos los comportamientos que la parte contraria necesite adoptar o evitar para alcanzar esa finalidad. A menudo esto solo se puede apreciarse en el curso del proceso⁵⁷.

Como consecuencia de esto, también es necesario atenuar la regla de estabilización objetiva de la demanda (art. 329, CPC), permitiendo, incluso, que el objeto sea modificado, siempre que se garantice la contradicción previa y sustancial.

Recordemos el ejemplo de la acción civil pública donde el Ministerio Público pretendía que el concesionario de la vía cumpliera estrictamente el contrato de concesión, segregando un vecindario que floreció alrededor de la vía. Constatándose que se trata de una pretensión contraria al interés de la comunidad que, supuestamente, es reemplazado en el polo activo del Ministerio Público, sería posible considerar la modificación del objeto para contemplar los intereses efectivos del título del derecho discutido.

La flexibilidad de la congruencia objetiva y de la estabilización de la demanda suponen que la interpretación del pedido (art. 322, § 2, CPC) toma en consideración la complejidad del litigio estructural. En una acción colectiva que se refiera, por ejemplo, a los miles de problemas relacionados con la ruptura de la presa de Samarco, en Minas Gerais en el 2015, el progreso del proce-

⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 398.

⁵⁷ En ese sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. “Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão”. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: RT, jul/dez, 2015, n. 2, versión electrónica.

so, con la revelación de nuevas consecuencias del episodio, está transformando gradualmente el objeto litigioso y exigiendo nuevas medidas judiciales.

Es fundamental admitir, en los procesos estructurales, una cierta “plasticidad de la demanda”⁵⁸.

De esa manera, basta que el demandante formule un pedido genérico para la conformación del estado de cosas sobre el cual se afirma la disconformidad —que, por ejemplo, el juez emita una providencia para: garantizar la vida, la integridad física y la dignidad de la población penitenciaria de un determinado establecimiento penitenciario; determinar si la empresa de una planta hidroeléctrica se implementa de acuerdo con la normativa vigente, determinada la adecuación del sistema de educación pública municipal; garantizar que los niños de determinada edad sean acogidos en las guarderías a tiempo completo, etcétera.

Un razonamiento similar se aplica al pedido que, habiendo sido formulado de manera estricta, puede extenderse desde el núcleo de la pretensión, que implica el reconocimiento del problema estructural. Una vez que es narrado el problema estructural e identificada la necesidad que será adecuada, se puede ejecutar por impulso del juez o incluso por consenso, respetando el contradictorio y la buena fe. Así, si el preso demanda la protección de su integridad física individual; si el propietario rural que se verá afectado por la represa demanda para proteger sus derechos o si surge una demanda individual que revela la falla en el sistema de educación pública para garantizar el acceso a la educación preescolar; estos mismos casos podrían tenerse en cuenta con el fin de adecuarlos para una tutela estructural.

El tiempo, el modo y el grado, el régimen de transición y la forma de evaluación y fiscalización deben ser limitados en un momento posterior, no requiriendo, necesariamente, ser objeto del pedido de la parte.

4.3.2. *Legitimidad democrática por la apertura del proceso a la participación de terceros*

El proceso estructural debe ser más abierto a la participación de terceros.

Debido a la complejidad y de la multipolaridad que normalmente caracterizan los procesos estructurales y de la potencialidad que las decisiones emitidas alcanzan a un número significativo de personas, es necesario pensar en nuevas formas de participación de los sujetos en el proceso, como la admisión del *amici curiae* y la convocatoria a audiencias públicas⁵⁹. Las

⁵⁸ La expresión es de Marcella Ferraro que defiende que la petición inicial, en los procesos estructurales, debe ser interpretada como un “esbozo de la demanda” (FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. Dissertação de Mestrado*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015, p. 144 e 153).

⁵⁹ En ese mismo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. “Seoul Conference 2014 — Constitution and proceedings— The Judiciary as an Organ of Policital Control”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, v. 249, p. 26.

fórmulas tradicionales de intervención diseñadas para procesos individuales no son suficientes para garantizar una amplia participación en los procesos estructurales.

Marco Félix Jobim señala que “el hilo conductor de una teoría del litigio estructural pasa por la legitimidad democrática de determinadas decisiones judiciales”⁶⁰. Una de las formas de garantizar esa legitimidad democrática de la decisión estructural es dar voz a los innumerables actores o grupos que pueden verse eventualmente afectados, independientemente de cuál sea el título bajo el que vengan a ingresar en el proceso.

Es posible considerar, como defiende Marcella Ferraro, una provocación específica, dirigida por el juez, a ciertos grupos o entidades, así como una llamada pública, a fin de que la participación sea, o pueda ser, lo más amplia posible⁶¹. Esta convocatoria pública y la propia participación de los sujetos o grupos interesados pueden hacerse posible con la ayuda del *internet*, medios electrónicos y herramientas tecnológicas, con el objetivo de aumentar la publicidad y la transparencia⁶².

Como se observó anteriormente, la fase de implementación del plan de recuperación ambiental establecido en la llamada ACP del Carbón puede ser acompañada mediante el *internet*, a través del acceso a *site* especialmente desarrollado para propiciar, con transparencia, la fiscalización por cualquier interesado⁶³. En Argentina, existe un Centro de Información Judicial, con acceso disponible, también, por el *internet*⁶⁴, donde se puede recopilar noticias sobre las actividades de los tribunales del país, inclusive sobre la implementación de la decisión emitida en el llamado “caso Mendoza”, un proceso estructural dirigido a la descontaminación del río Riachuelo⁶⁵.

La apertura del proceso a la participación de terceros no puede, sin embargo, convertirse en un obstáculo para la solución del problema estructural.

Como una forma de evitar que la amplia participación se convierta, en sí misma, en un problema, se pueden tomar medidas como la delimitación del centro de acción permitido a cada sujeto, con la identificación de los temas sobre los cuales se puede hablar o restringir su actuación a determinado acto

⁶⁰ JOBIM, Marco Félix. “Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 648.

⁶¹ FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. Dissertação de Mestrado*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015, p. 159-160.

⁶² MARÇAL, Felipe Barreto. “Repensando os mecanismos de ampliação do contraditório”. *Tecnologia jurídica & Direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia*. Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Angelo Gamba Prata de Carvalho (coord). Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 459.

⁶³ Disponible en: <http://acpcarvao.com.br/login/index.php> Acceso el 30/dic/2019.

⁶⁴ Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/inicio.html> Acceso el 30/dic/2019.

⁶⁵ LAMÊGO, Gustavo. *Técnicas de cooperação judiciária aplicadas a processos estruturais*. Monografía de conclusão de curso de graduação em Direito. Salvador: Univerdade Federal da Bahia (UFBA), 2019, p. 72.

o fase del procedimiento⁶⁶. Otra posibilidad es la elección de un “portavoz” con la atribución de hablar sobre determinado interés, evitando la proliferación de manifestaciones en el mismo sentido y reemplazándolas con una sola expresión concertada entre los titulares del interés⁶⁷.

4.3.3. *Atipicidad de los medios probatorios*

Considerando que la discusión del tema, a menudo, implica una multiplicidad de cuestiones de hecho, es necesario, en estos casos, adoptar un modelo probatorio diferenciado, utilizando importantes medios de prueba atípicos (art. 369, CPC).

En el proceso donde se pretende, por ejemplo, establecer un plan para la adecuación y accesibilidad de vías, lugares públicos, edificios e instalaciones públicas en un lugar determinado, como una forma de concretización del derecho de tránsito de las personas con necesidades especiales, no se va a realizar una pericia en *cada* vía, lugar público, edificio o instalación pública. En el proceso donde se pretende salvaguardar la dignidad, la vida y la integridad física de la población carcelaria, mediante la adecuación de los edificios en los que estas personas se encuentran encarceladas, no siendo necesario inspeccionar *cada* celda de cada establecimiento penitenciario.

En tales casos, además de los medios de prueba típicos, se pueden y deben usarse otros medios de prueba, como la prueba por muestreo, la prueba estadística, la prueba *prima facie*, la prueba indiciaria, entre otros⁶⁸.

4.3.4. *Atipicidad de las medidas ejecutivas.*

*Delegación de la actividad ejecutiva
para entidades de infraestructura específica (EIE):
Claims Resolution Facilities*

Si bien la efectividad de las decisiones emitidas en los procesos no estructurales, generalmente, se da de forma coercitiva, es común que la efectividad de la decisión estructural tenga lugar de manera dialéctica, “a partir de un

⁶⁶ TEMER, Sofia Orberg. *Participação no processo judicial: arranjos subjetivos e modalidades de atuação*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2020, p. 280.

⁶⁷ TEMER, Sofia Orberg. *Participação no processo judicial: arranjos subjetivos e modalidades de atuação*, cit., p. 286-287.

⁶⁸ Para Sérgio Cruz Arenhart, “la complejidad del caso, a menudo, vuelve inútil las ‘pruebas tradicionales’, dado que se refieren a la demostración de hechos específicos, que ocurrieron en el pasado. Los litigios complejos, a su vez, debido a que generalmente carecen de una respuesta que se proyecte hacia el futuro, también demandará, muchas de las veces, un análisis de probabilidades futuras o, incluso al examinar el pasado, impondrán la evaluación de un plexo de situaciones, para evaluar adecuadamente la ocurrencia de cualquier infracción” (ARENHART, Sérgio Cruz. “A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, vol. 10, n. 1, 2019, p. 663).

amplio debate cuya única premisa consiste en tomar la controversia como el fruto de una estructura social a ser reformada”⁶⁹.

En el derecho procesal brasileño, la base normativa para la ejecución de las decisiones estructurales, necesariamente atípicas, se deriva de la conjunción del art. 139, IV⁷⁰, con el art. 536, § 1, ambos del CPC. Las disposiciones son cláusulas generales ejecutivas, de las cuales se deriva que el órgano juzgador posee el poder de promover la ejecución de sus decisiones mediante medidas atípicas.

Una de las técnicas posibles que se pueden utilizarse para cumplir con las decisiones estructurales es la creación de entidades de infraestructura específicas para la resolución de conflictos colectivos (*claim resolution facilities*)⁷¹, es decir, terceros responsables de implementar, total o parcialmente, la decisión judicial o la autocomposición, aunque sean de naturaleza privada o mixta.

Ejemplos: a) Fundación Renova, entidad creada a partir del acuerdo de ajuste de conducta suscrito entre las empresas Samarco, Valle del Río Doce y BHP Billiton con la Unión, los Estados de Minas Gerais y Espírito Santo y sus autarquías; el TAC suscrito en el 2002 entre la Compañía Energética de Minas Gerais-CEMIG, el MPF, el Estado de Minas Gerais y la Fundación Estatal del Medio Ambiente, con la intervención de otras entidades, para mitigar los impactos socioambientales resultantes de la implementación de la central hidroeléctrica de Irapé. El TAC previó medidas que dependerían del propio CEMIG, pero también estipulaba que la empresa debería suscribir un convenio con la Empresa de Asistencia Técnica y Extensión Rural de Minas Gerais-EMATER, que sería responsable de proporcionar asistencia técnica y ejecutar muchas otras medidas, como las de reasentamiento de los afectados. Además, se previó destinar “fondos de mantenimiento temporal”, que serán administrados por las asociaciones creadas en cada reasentamiento, de acuerdo con un plan predefinido; b) proyectos realizados por grupos de privados a partir de la provocación de las entidades públicas para resolver cuestiones como los deslizamientos, inundaciones y desalojos en razón de las lluvias en Río de

⁶⁹ VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*, cit., p. 151. Eduardo José da Fonseca Costa utiliza las expresiones “ejecución negociada” y “ejecución cooperativa compleja” para describir la participación de los sujetos en la efectivización de las decisiones cuyo objeto es efectivar las políticas públicas (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *A “execução negociada” de políticas públicas em juízo*, cit., pp. 41-42). Para él, “el día a día de la práctica forense ha demostrado, de ese modo, que la ejecución forzada, no es la forma más eficiente de implar en un proceso determinada política pública” (*ibidem*, p. 35).

⁷⁰ JOBIM, Marco Felix. “A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro”. *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Juspodivim, 2016, p. 230-232.

⁷¹ A partir de aquí, se tiene la versión modificada, resumida y simplificada del texto publicado por uno de los autores del volumen 4 de este *Curso* juntamente con Antonio Cabral: CABRAL, Antonio; ZANETI JR., Hermes. “Entidades de infraestructura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2019, v. 287.

Janeiro; c) la contratación por parte del grupo Oi, en el curso del proceso de recuperación judicial, de una fundación para crear una plataforma digital a fin de viabilizar la mediación con miles de acreedores en todo el país⁷².

Esta práctica no es nueva en el Derecho comparado. En los Estados Unidos, durante al menos dos décadas, ha sido frecuente la constitución de las llamadas *claims resolutions facilities*.

Ellas tienen un potencial transformador en la práctica de la tutela de los problemas estructurales y significan una nueva forma de pensar acerca de los diferentes institutos del Derecho procesal. Son una nueva modalidad de participación de terceros en el proceso; puede estar constituido por convenciones procesales (arts. 190 y 200 del CPC) o por delegación de funciones jurisdiccionales por actos conjuntos (art. 69 del CPC), dos temas que están en las últimas fronteras de la investigación sobre las fuentes de las normas procesales y de las funciones de la jurisdicción en el mundo contemporáneo.

También representan una nueva forma de gestión y organización del proceso y pueden resultar especialmente útiles para los litigios estructurantes. Incluso, pueden considerarse un tipo de medida inductiva y de apoyo para obtener la implementación, el cumplimiento o la satisfacción de los derechos colectivos (arts. 139, IV, 297 y 536 §1º, CPC). Quizás debido a todo esto, las *claims resolution facilities* causan cierta extrañeza.

4.3.5. Atipicidad de la cooperación judicial

La cooperación judicial nacional está organizada a partir de la premisa de que los actos e instrumentos de cooperación son atípicos.

Esto significa que la interacción entre los órganos judiciales, para que uno coopere con el otro para la prestación del servicio jurisdiccional, puede realizarse de varias maneras.

Los procesos estructurales son ambientes extremadamente propicios para el uso de las técnicas de cooperación judicial. Es poco probable que los procesos estructurales complejos y multipolares tengan éxito sin el manejo de este instrumento⁷³.

Dos ejemplos son útiles.

a) La técnica de centralización de procesos repetitivos (art. 69, § 2, VI, CPC) es bienvenida en los procesos estructurales.

⁷² Se trata de la plataforma según la recuperación judicial del Grupo Oi, creada para la mediación de los acreedores cuyos créditos aún son ilíquidos, así como para recibir incidentes de habilitación e impugnación. Disponible en: <https://www.credor.oi.com.br> Acceso el 30/dic/2019.

⁷³ Percibirán el punto TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. "Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB". *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (orgs.). 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.195-196.

Se sabe que, en un proceso estructural, se fijan las metas que serán alcanzadas a mediano y largo plazo. Sucede que, en determinados contextos, un litigio estructural puede dar lugar a la presentación de numerosas demandas individuales que, incluso, pueden interferir en la ejecución de los planes establecidos en el proceso estructural. Por otro lado, estas demandas individuales no-estructurales no tienen la capacidad de poner fin a los litigios estructurales. Por esta razón, la centralización de estos procesos puede ser el medio idóneo para viabilizar la implementación de las metas establecidas en los procesos estructurales, ya que la decisión de los procesos no-estructurales relacionados con la cuestión no sería realizada sin desconocer el plan establecido en el proceso estructural⁷⁴. Y más: es un medio para garantizar la isonomía⁷⁵, ya que evita el trato diferente de quien buscan al Poder Judicial, con relación a quien pretenda la satisfacción de su derecho por otros medios.

b) La cooperación judicial puede tener lugar entre órganos que están relacionados mediante un vínculo jerárquico. En tales casos, la cooperación judicial puede ocurrir por *delegación* de un poder del órgano jerárquicamente superior al órgano vinculado a él.

La cooperación por delegación generalmente se realiza mediante el instrumento de la *carta de orden* y para la práctica de actos de instrucción (art. 972, CPC, por ejemplo), comunicación o ejecución. El STF está autorizado, por ejemplo, a delegar atribuciones para practicar actos procesales relacionados con la ejecución de sus sentencias (art. 102, I, “m”, CF/1988). Esta delegación debe hacerse a jueces de primera instancia⁷⁶ y puede referirse a la práctica de actos ejecutivos.

A partir del CPC del 2015, la delegación puede ocurrir por cualquier instrumento y para practicar cualquier acto de cooperación, no solo actos de instrucción, de comunicación o ejecución.

Incluso, es posible concebir la delegación para la práctica de un número indeterminado de actos.

El caso de la ADPF n. 347, en el que el STF fue llamado a decidir sobre el estado de las cárceles brasileñas, puede ser un buen ejemplo. La solución del

⁷⁴ LAMÊGO, Gustavo Cavalcanti. LAMÊGO, Gustavo Cavalcanti. *Técnicas de cooperação judiciária aplicadas a processos estruturais*. 2019. Monografia (Graduação). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019 p. 76-79; MARÇAL, Felipe Barreto. “Deveres Cooperativos do Magistrado no Processo Estruturante: da cooperação com as partes à cooperação com outros órgãos (judiciários ou extrajudiciários), por meio de atribuição de competências e delegações”. *Civil Procedure Review*, v. 10, p. 77-99, 2019.

⁷⁵ GALDINO, Matheus, Souza. *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais*. Dissertação (Mestrado – Direito). Orientador: Prof. Dr. Fredie Didier Jr. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2019, p. 122; LAMÊGO, Gustavo Cavalcanti. *Técnicas de cooperação judiciária aplicadas a processos estruturais*, cit., p. 78; TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. “Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB”. *Processos Estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org.). 2ª ed., rev., atual. e ampl., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 197-200.

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, t. 4, p. 101; ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 183.

problema implicará un cambio estructural en el sistema penitenciario brasileño. El STF puede delegar la función de concretizar su decisión a los jueces de ejecución penal, estableciendo las directrices generales y preservando el poder de fiscalizar las medidas, para no perder el control —a fin de cuentas, la delegación de la ejecución de sus decisiones está constitucionalmente autorizada (art. 102, I, “m”, CF/1988)⁷⁷.

4.4. Adopción del procedimiento común del CPC, con tránsito de técnicas

El procedimiento común del CPC puede servir adecuadamente como un circuito-base para el desarrollo del proceso estructural. Esto se debe porque el CPC utilizó un procedimiento estándar muy flexible, caracterizado, entre otras cosas, por⁷⁸: (i) prever, en varios dispositivos la posibilidad de adaptarse a las peculiaridades del caso concreto (p. ej., arts. 7º, 139, IV, 297, 300 y 536, §1º, CPC); (ii) admitir la concesión de una tutela provisional, cautelar o satisfactiva, fundada en la urgencia o en la evidencia, preliminarmente o durante el proceso; (iii) permitir el fraccionamiento de la resolución de los méritos de la causa (art. 354, párrafo único, y 356, CPC); (iv) admitir la cooperación judicial (arts. 67 al 69, CPC); (v) permitir la celebración de negocios jurídicos procesales (art. 190, CPC); (vi) autorizar la adopción, por parte del juez, de las medidas ejecutivas atípicas (art. 139, IV y 536, §1º, CPC).

Pero eso no es todo.

El art. 327 del CPC admite la “acumulación, en un solo proceso, contra el mismo demandado, de varios pedidos, aunque entre ellos no haya conexión”. El párrafo §2º de esta disposición prescribe que “cuando, para cada pedido, corresponda un tipo diferente de procedimiento, se permitirá la acumulación si el demandante emplea el procedimiento común, sin perjuicio del uso de las técnicas procesales diferenciadas previstas en los procedimientos especiales a los que se sujetan uno o más pedidos acumulados, que no son incompatibles con las disposiciones del procedimiento común”.

Como puede verse, la parte final del §2 del art. 327 admite que el procedimiento común se adapte para que en él se inserte y utilice la técnica procesal diferenciada prevista en el procedimiento especial. La doctrina ha percibido en dicha disposición una especie de “portal” que permite el llamado “tránsito de técnicas” de los procedimientos especiales hacia el procedimiento común, y viceversa.

⁷⁷ SARAIVA, Carolina Barros. “Condução dialógica dos processos estruturais no Supremo Tribunal Federal”. In: ARENHART, Sérgio Cruz; e JOBIM, Marco Félix. (org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 239-240; LAMÊGO, Gustavo Cavalcanti. *Técnicas de cooperação judiciária aplicadas a processos estruturais*, cit., p. 67-69.

⁷⁸ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 65-67.

El § 2º del art. 327 del CPC es, en resumen, una cláusula general de flexibilización procedimental. Es posible importar hacia el procedimiento común técnicas especiales de tutela jurisdiccional, pero también es posible lo contrario, es decir, importar hacia el procedimiento especial la regla del procedimiento común, a fin de concretizar las normas fundamentales. En ese sentido, es posible que el juez determine, por ejemplo, la presentación de la réplica del requirente en el mandato de seguridad, aplicando a dicho procedimiento de acción constitucional, lo dispuesto en los arts. 351 y 352 del CPC, reforzando, de ese modo, el contradictorio (art. 9 y 10 del CPC), así como la posibilidad de corregir los vicios procesales, en concreción al principio de primacía de la decisión de mérito (art. 4, CPC).

Pero es necesario dar un paso más. También es posible defender que una técnica especial se aplique a otro procedimiento especial, siempre que sea compatible con ella. A partir de estas disposiciones del CPC, se puede concluir que existe un tipo de libre tránsito de las técnicas diferenciadas entre procedimientos, que solo requieren compatibilidad.⁷⁹

El art. 1049 del CPC confirma este entendimiento.

En su *caput*, prescribe que “siempre que la ley se refiera al procedimiento previsto en la ley procesal sin especificarlo, se observará el procedimiento común previsto en este Código”. En el único párrafo, establece que “en el caso de que la ley se refiera al procedimiento sumario, se observará el procedimiento común previsto en este Código, con las modificaciones previstas en la propia ley especial, si hubiese”.

El parágrafo único del art. 1049 está en consonancia con el §2º del art. 327 del CPC, que permite que las técnicas de los procedimientos especiales que no sean incompatibles con el procedimiento común se incorporen a este⁸⁰.

Las técnicas de flexibilización previstas expresamente en ciertos dispositivos, la consensualidad y la posibilidad de utilizar técnicas de procesales previstas en procedimientos especiales hacen que el procedimiento común del CPC sea un circuito propicio para la tramitación de los procesos estructurales.

5. CONCLUSIÓN

Como conclusión, creemos que es posible establecer un concepto sobre el proceso estructural a partir del concepto de problema estructural, entendiendo así el estado de disconformidad estructurada —una situación de ilicitud continua y permanente o una situación de disconformidad, aunque no exactamente ilícita, en el sentido de que es una situación que no corresponde al estado de cosas considerado ideal.

⁷⁹ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 73.

⁸⁰ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 75-76.

El proceso estructural es aquel donde se desarrolla un litigio estructural, basado en un problema estructural, y donde se pretende cambiar ese estado de disconformidad, reemplazándolo por un estado de cosas ideal.

El proceso estructural se caracteriza por: (i) basarse en la discusión de un problema estructural, un estado de cosas ilícito, un estado de disconformidad, o cualquier otro nombre que se quiera utilizar para designar una situación de disconformidad estructurada; (ii) buscar una transición de ese estado de disconformidad a un estado ideal de cosas (en consecuencia, una reestructuración), eliminando la situación de disconformidad, mediante una decisión de implementación escalonada; (iii) desarrollarse en un procedimiento bifásico, que incluye el reconocimiento y la definición del problema estructural y establece el programa o proyecto de reestructuración que se seguirá; (iv) desarrollar en un procedimiento marcado por su flexibilidad intrínseca, con la posibilidad de adoptar formas atípicas de intervención de terceros y medidas ejecutivas, de alterar el objeto litigioso, de utilizar mecanismos de cooperación judicial; y (v) la consensualidad, que abarque incluso la adaptación del proceso (art. 190, CPC).

Además, el proceso estructural también tiene algunas características típicas, pero no esenciales: multipolaridad, colectividad y complejidad.

No hay forma de establecer previamente qué procedimiento debe observarse en el proceso estructural, pero, en cualquier situación, este procedimiento debe ser bifásico, como ocurre en el proceso de quiebra. La *primera fase* del proceso estructural debe estar dedicada a la verificación de la existencia de un problema estructural y su propósito es, una vez que se verifica el problema, establecer la meta a alcanzar —el estado ideal de las cosas—, terminando con la emisión de la llamada decisión estructural. La *segunda fase* del proceso estructural se inicia con la implementación de las medidas necesarias para alcanzar la meta establecida en la decisión estructural.

El procedimiento de dos fases del proceso estructural está marcado por su *flexibilidad intrínseca* y por la *consensualidad*.

La flexibilidad del proceso estructural debe garantizarse mediante la aplicación de técnicas procesales flexibles, como la que atenúa las reglas de congruencia objetiva y la estabilización objetiva de la demanda, la ampliación del régimen de participación en el proceso, la atipicidad de los medios de prueba (art. 369, CPC), la atipicidad de las medidas ejecutivas (art. 139, IV y art. 536, § 1, CPC) y la atipicidad de los instrumentos de cooperación judicial (art. 69, CPC).

El procedimiento común del CPC puede servir adecuadamente como un circuito-base para el desarrollo del proceso estructural, debido a las técnicas flexibles previstas en el ordenamiento y la posibilidad de un tránsito de técnicas entre el procedimiento común y los procedimientos especiales previstos en el propio CPC y en el legislación especial.

Estas son las principales propuestas presentadas en este artículo para un tema que aún está en desarrollo. Esperamos que ellas puedan estimular y ampliar el debate.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. “A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, vol. 10, n. 1, 2019.
- . “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225
- . “Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão”. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: RT, jul/dez, 2015, n. 2, versão eletrônica.
- . “Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BATISTA, Felipe Vieira. *A recuperação judicial como processo coletivo*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2017.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.
- CABRAL, Antonio; ZANETI JR., Hermes. “Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2019, v. 287.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. «A “execução negociada” de políticas públicas em juízo». *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro/2012.
- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. «Comentários ao art. 333 do CPC-2015». *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coord). 3 ed. São Paulo: RT, 2016.
- . “Conceito de processo jurisdicional coletivo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 229.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. “Notas sobre as decisões estruturantes”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. «Instituições de Direito Processual Civil». São Paulo: Malheiros Ed., 2004, t. 4.
- FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015.
- FISS, Owen. “Two models of adjudication”. In: Didier JR. Fredie, Jordão, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- GALDINO, Matheus Souza. “Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- . *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2019.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. “Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Policital Control”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, v. 249.
- JOBIM, Marco Felix. “A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro”. *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2016.
- . *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- LAMÊGO, Gustavo. *Técnicas de cooperação judiciária aplicadas a processos estruturais*. Monografia de conclusão de curso de graduação em Direito. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2019.
- LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2015.
- . “Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva”. *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.
- MARÇAL, Felipe Barreto. “Repensando os mecanismos de ampliação do contraditório”. *Tecnologia jurídica & Direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia*. Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Angelo Gamba Prata de Carvalho (coord). Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- SARAIVA, Carolina Barros. “Condução dialógica dos processos estruturais no Supremo Tribunal Federal”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- TEMER, Sofia Orberg. *Participação no processo judicial: arranjos subjetivos e modalidades de atuação*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2020.
- TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. “Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- VIOLIN, Jordão. «Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas». *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- VITORELLI, Edilson. “Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças”. *Revista de Processo*. São Paulo: Thomson Reuters, outubro/2018, v. 284, p. 333-369.
- . “Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- . *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- WATANABE, Kazuo. «Relação entre demanda coletiva e demandas individuais». *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, v. 139.

CUESTIONES PROBATORIAS EN EL LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO. SOBRE LA PRUEBA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES*

EVIDENCE MATTERS IN PUBLIC INTEREST LITIGATION
ON THE PROOF OF THE VIOLATION OF SOCIAL RIGHTS

María Carlota Ucín

Investigadora Posdoctoral
Erasmus Law School

<https://orcid.org/0000-0002-5730-3649>

RESUMEN: Los litigios que procuran la vigencia de los derechos sociales pueden hallar dificultades para probar los hechos que los sustentan. Esto se puede explicar, entre otras razones, por la indeterminación de los enunciados normativos y por la asimetría en el acceso a la información pública. Como aquí se analizará, el recurso a las presunciones puede allanar las dificultades probatorias, con un claro beneficio sobre el acceso a la justicia para este tipo de causas.

PALABRAS CLAVE: litigio de interés público; prueba; derechos sociales; presunciones.

ABSTRACT: Claims that seek to enforce social rights may find it difficult to prove the facts that support them. This can be explained by the indeterminacy of the normative statements and

* Algunas de las ideas preliminares sobre este tema fueron expuestas en la comunicación presentada en las *Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. La prueba en el proceso* (Salamanca, 2018). La misma fue luego publicada bajo el título: *La prueba del incumplimiento estatal en materia de derechos sociales* en la *Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (RIDP)*, Año 4, núm. 8, julio-diciembre de 2018, pp. 215-232). Una nueva reflexión sobre el tópico me llevó a revisar algunas de aquellas ideas y a su formulación en el presente trabajo.

Esta publicación es parte del Proyecto: *Affordable access to justice (subproject: From public to private funding)*, número de proyecto VI.C.191.082 del programa Vici de investigación que es financiado por el Consejo Neerlandés de Investigación (NWO). Contacto: ucin@law.eur.nl

by the asymmetry in the access to public information. As I argue here, presumptions can alleviate evidentiary difficulties, with a clear benefit on access to justice for this type of case.

KEYWORDS: public interest litigation; evidence; social rights; presumptions.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS DIFICULTADES PROBATORIAS VINCULADAS CON LOS DERECHOS SOCIALES.—3. ACERCA DE LAS PRESUNCIONES Y LA PRUEBA EN LOS DERECHOS SOCIALES.—4. ALGUNAS CONCLUSIONES PROPOSITIVAS.—5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Sabido es que una de las cuestiones más relevantes para el éxito de un pleito reside en un adecuado manejo de la actividad probatoria. Qué se alega como fundamento de la pretensión y cómo se lo prueba configuran las bases de la victoria. Esta aserción se aplica a todos los pleitos civiles, comerciales o penales y por supuesto también, a los casos orientados por el Interés Público¹. En estos últimos, se da además la particularidad de que muchas veces cuentan con algunas limitaciones probatorias de base que deben ser superadas. Aquí me concentraré solo en una de ellas. Abordaré entonces las particularidades de los derechos sociales y cómo de ellas se derivan algunas dificultades a la hora de demostrar su violación. La superación del problema de la indeterminación de las obligaciones contenidas en estos derechos habrá de favorecer una forma de acreditación indirecta —pero igualmente efectiva— del incumplimiento estatal de tales obligaciones.

Ahora bien, si repasamos las bases del Derecho procesal recordaremos que la búsqueda de la verdad en el marco del proceso judicial no resulta un fin en sí misma. Aquella interesa al proceso como una condición necesaria —aunque no suficiente— para el dictado de una decisión correcta. Es por esto por lo que la regulación procesal de la prueba es el resultado, entre otras cosas, de la conciliación entre la búsqueda de la verdad con el respeto de la garantía del debido proceso y de otros derechos fundamentales como por ejemplo, el resguardo de la intimidad o la dignidad de las partes². En estos casos, la regulación suele operar restringiendo la incorporación de elementos de prueba al proceso o excluyendo su valoración una vez que la misma ha

¹ Para una definición del Litigio de Interés Público, remito a lo dicho en la voz «Litigio de Interés Público», en *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, núm. 12, abril – septiembre 2017, pp. 246-255. Asimismo, para profundizar en este creciente cuerpo de litigios y sus discusiones, puede verse *Revista de Interés Público* de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina) disponible en: <http://www.jursoc.unlp.edu.ar/revista-de-interes-publico> (fecha de acceso 12-12-2021).

² Las formas en que las normas modelan la actividad probatoria se relacionan, entre otros, con los plazos procesales, las cuestiones relativas a la admisibilidad o exclusión de ciertas pruebas, la determinación de ciertos criterios de valoración que recortan el margen de apreciación judicial o la incorporación de presunciones legales de diversa índole, las que como veremos impactan en la verificación de los hechos en el proceso. Véase: M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2.º Ed., Madrid: Marcial Pons, 2004.

ingresado a aquel y esto es así porque pretende asegurar también el respeto de aquellos otros valores³.

No obstante, se ha de señalar que las restricciones al ingreso de prueba al proceso no deben ser identificadas, sin más, con un apartamiento de la búsqueda de la verdad. Puede suceder que el fundamento de tales restricciones se aloje, en cambio, en la baja calidad epistémica de algunos medios de prueba. En estos casos, entonces, el ordenamiento jurídico los excluye en favor del acercamiento a la verdad en el proceso (v.g. la exclusión de los testigos de oídas, entre otros).

Además de los señalados supuestos, debemos mencionar que la regulación adjetiva también puede incidir en el campo discrecional de la actividad valorativa del juez en un intento por favorecer el acercamiento a la verdad. En estos casos, las normas pueden operar como una manera de reforzar y volver imperativos criterios del razonamiento común y empírico⁴. Estos casos suelen estar asociados a cuestiones que revisten algún grado de dificultad probatoria para los cuales el ordenamiento dispone que ciertas premisas deben ingresar al acervo del proceso e integrar el razonamiento probatorio del juez⁵.

Un claro ejemplo de esto lo constituye la creación de presunciones legales. Las mismas operan una modificación de la distribución de la carga de la prueba y con ello pretenden facilitar la actividad probatoria de quien invoque un hecho de difícil prueba⁶. Al introducir este tipo de soluciones el legislador pone en vigencia valores de diversa índole. De un lado, favorece a la parte

³ Un ejemplo claro de esta ponderación, aunque no excluyente de otros, se muestra en la prohibición de incorporar al proceso cualquier prueba obtenida de manera ilícita. Es así como la llamada regla de exclusión de la prueba ilícita integra la mayoría de los ordenamientos jurídicos liberales. Para una revisión del estado actual de interpretación de la doctrina en España, remito a M. GASCÓN ABEILLÁN, «¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita», en GIACOMETTE (dir.), *Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional, CCDPC / Universidad El Bosque*, 2012, pp. 75-99; M. MIRANDA ESTRAMPES, *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*, Marcial Pons, Madrid, 2019; J. NIEVA FENOLL, «Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base», en *Diario La Ley*, 2017, 9068: 1-35; M. AGUILERA MORALES, «Regla de exclusión y Acusatorio», en BACHMAIER, L. (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 73-108. Por su parte, y para la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina puede verse: V. ANSELMINO, «Las garantías constitucionales y la regla de exclusión probatoria en el proceso penal», en: *Revista ANALES*, núm. 42, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2012, pp. 106-119. Sobre su aplicación en el ámbito Civil y Comercial, refiero a: G. D. CAMELO DÍAZ, «El fruto del árbol venenoso en el proceso civil», en: *Revista jurídica LA LEY 2013-C*, p. 140.

⁴ Así, la actividad probatoria que tiene lugar en el marco del proceso no es enteramente libre. En este sentido, M. TARUFFO, «La prueba de los hechos», 4.º ed., Madrid: Trotta, 2011, pp. 358 y 361. En el mismo sentido, M. GASCÓN ABEILLÁN, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit. nota 4, p. 1.

⁵ Sobre una definición de dificultad probatoria y las diversas alternativas para dar respuesta a ella, puede consultarse: I. HUNTER AMPUERO, «Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta», *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, Sección: Estudios, Año 22, núm. 1, 2015, pp. 209-257.

⁶ Gascón Abellán afirma que las presunciones legales se relacionan con la teoría de la prueba, pero no le sirven a esta proporcionando elementos de prueba sino dispensando de ella a aquella parte en

que se encuentra en la situación más desfavorecida (consumidores, personas discriminadas, e.o.) y de otro, garantiza que se conozca *a priori* cuál será el sentido en que las partes deban orientar su estrategia probatoria.

Podemos ilustrar lo dicho con el ejemplo de la prueba de la discriminación. En estos casos, la dificultad probatoria está determinada por el hecho de que los actos de discriminación suelen producirse de modo velado. Por ello, para algunos supuestos, la legislación ha introducido presunciones específicas (v.g. las normas que favorecen la prueba de la discriminación por enfermedad o embarazo en el marco de la relación laboral)⁷. En otros supuestos, donde la discriminación se imputa a la propia legislación, ha sido la jurisprudencia la que ha creado nociones específicas como la de las «categorías sospechosas» que habilitan un escrutinio estricto de las condiciones y fundamentos de una legislación, incidiendo sobre la distribución de la carga de la prueba⁸. Lo interesante del funcionamiento de este tipo de «presunción judicial» es que con su estabilización pretoriana se genera un efecto semejante al de la legislación, permitiendo a las partes un conocimiento anticipado de cuál será el criterio con el que se apreciarán los hechos de la causa.

Los casos de discriminación resultan un dominio interesante dentro del espectro del Litigio de Interés Público. Otro campo de interés se vincula con las dificultades probatorias implicadas en los casos en que se reclaman derechos sociales desde una mirada colectiva, procurando la modificación de un estado de cosas para volverlo acorde con los valores constitucionales o convencionales vigentes. En el presente trabajo me concentraré en el análisis de estos últimos aunque al hacerlo también habré de ilustrar la utilidad de las presunciones para solventar las dificultades probatorias vinculadas con el planteo judicial de estos casos.

cuyo beneficio opera. M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit. nota 4, p. 137.

⁷ O como lo hace la Ley de Enjuiciamiento Civil española, al modificar la distribución de la carga probatoria en supuestos de discriminación basada en razones de sexo. Prescribe el art. 217, ap. 5 que «de acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamentan en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.»

⁸ La elaboración pretoriana de las «categorías sospechosas» conduce a la creación de una presunción que coloca en cabeza del Estado (quien ha introducido una distinción que se impugna como discriminatoria) la demostración de un «interés estatal urgente» que justifique de manera excepcional el uso de tales categorías como base para la legislación impugnada. Se libera parcialmente a la persona afectada de la carga de la prueba, dado que esta no debe demostrar la lesión a sus derechos ni el trato desigual, el que como se ha dicho, se presume. Para un análisis relativo al linaje angloamericano de estas categorías y una mirada crítica sobre la jurisprudencia argentina puede consultarse: R. P. SABA, «Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?», en: R. GARGARELLA, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, pp. 695-742; Sobre la dimensión probatoria en particular atención a la legislación chilena: F. MUÑOZ LEÓN, «La necesidad de una interpretación pro discriminado de la acción judicial contra la discriminación», *Revista de derecho (Valdivia)* 31, núm. 2 (2018), pp. 175-92, <https://doi.org/10.4067/S0718-09502018000200175>. Para un enfoque europeo, centrado en el Derecho español, véase: O. FUENTES SORIANO, M. I. GONZÁLEZ CANO; F. JIMÉNEZ CONDE (dirs.), *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales: I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Murcia, 2018, pp. 163-188.

Comenzaré entonces analizando las características de los derechos sociales que permiten explicar la dificultad probatoria que estos presentan en ocasión de su exigibilidad judicial. Dedicaré el siguiente apartado a explicar los rasgos derivados de su indeterminación normativa así como también, presentaré el problema de la asimetría en el acceso a la información pública y el impacto de ambas en la demostración del incumplimiento estatal. El denominado «enfoque de derechos» ilumina una salida posible para la referida indeterminación. Luego, las presunciones legales o judiciales permiten entrever una vía de escape para el problema relativo a la asimetría en el acceso a la información. Por último, se concluirá con la formulación de algunas ideas propositivas orientadas hacia la reforma legislativa y tendientes a la consolidación de un equilibrio entre la búsqueda de la verdad y las garantías procesales de ambas partes en el proceso.

2. LAS DIFICULTADES PROBATORIAS VINCULADAS CON LOS DERECHOS SOCIALES

Superando los desacuerdos —no tan lejanos en el tiempo— acerca de la exigibilidad de los derechos sociales, asistimos hoy a una creciente aceptación de su judiciabilidad⁹. Es así que en algunos países de Latinoamérica, como es el caso argentino, aquella discusión tiende a disiparse cobrando relevancia el pensar, no ya si estos derechos pueden o no ser dirimidos ante los tribunales, sino cómo deben estos proceder para darles una tutela efectiva¹⁰.

Aquí interesa centrarnos en la dificultad probatoria que pueden presentar estos derechos a la hora de ser judicializados. La misma puede ser explicada a partir de dos factores. Debemos comenzar por subrayar la indeterminación del contenido prestacional de estos derechos, la que incide de manera directa en la actividad probatoria de las partes. Es decir, ¿cómo pruebo cuál es el contenido obligacional de un enunciado en sí mismo abierto e inespecífico? ¿Cómo acredito que el Estado ha incumplido con sus obligaciones si no cuen-

⁹ Para una referencia de los debates sobre el punto y una argumentación favorable a la exigibilidad de los derechos sociales, remito a: V. ABRAMOVICH, CH. COURTIS, «Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 2001; «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales», en ABREGÚ, M. – COURTIS, CH. (comps.), *La aplicación de los derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997 y V. ABRAMOVICH, CH. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2.º Ed., Madrid: Trotta, 2004; H. ETCHICHURY, *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución Argentina*, Córdoba: Editorial Universidad Nacional de Córdoba, 2013; L. S. GROSMAN, *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Buenos Aires: Librería, 2008; G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid: Trotta, 2007.

¹⁰ Argumentando a favor de la tutela diferenciada de los derechos sociales, M. C. UCÍN, «La necesaria tutela diferenciada de los DESC. Apuntes sobre la función remedial del Poder Judicial», en: BERIZONCE, R. (COORD.), *Aportes para una justicia más transparente*, La Plata: Librería Editora Platense, 2009. Para un desarrollo más acabado de la propuesta de tutela judicial efectiva de los derechos sociales, remito a mi libro: *Juicio a la desigualdad. La defensa de los derechos sociales a través del proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

to con una norma que determine de manera específica cuáles son aquellas? Este tipo de dificultad probatoria no es menor pero puede ser superada a partir de la elaboración que aquí presentaré de los «estándares normativos».

Otro aspecto relevante y vinculado con la actividad probatoria se vincula con el carácter asimétrico de la información. El Estado, a la vez que obligado a satisfacer estos derechos, es quien produce los datos relativos a las políticas públicas¹¹. De esta manera, el mismo puede entorpecer el acceso a la información relevante a los efectos de demostrar los hechos controvertidos en este tipo de casos. En estos supuestos se impone la opción del legislador para establecer algún tipo de *favor probationis* que permita una morigeración de la referida asimetría. Dedicaré a esto último el siguiente apartado, donde expondré el funcionamiento de las presunciones y su aplicabilidad al caso.

Volviendo sobre la indeterminación normativa, sabemos que lo habitual es que los enunciados normativos que recogen derechos sociales adopten la forma de principios, cuando no de meras directrices¹². Los principios jurídicos resultan así enunciados normativos cuyo antecedente fáctico, deja indeterminados sus supuestos de aplicación o el contenido de la obligación que establecen¹³. La complejidad probatoria surge así de la indeterminación de las obligaciones que dichas normas colocan en cabeza de los Estados. Esta situación se ve reforzada por la circunstancia de que en muchos casos existe una ausencia relativa de normas de rango inferior que implementen de manera efectiva dichas obligaciones.

En un sentido, la señalada particularidad estaría poniendo de resalto el carácter programático de estos derechos. Es decir, este tipo de normas constitucionales o convencionales requieren de programas de gobierno concretos que les den contenido específico y que logren delimitar las obligaciones de los Estados. Así, ante la promesa constitucional que surge con el reconocimiento de derechos sociales, legítimamente podrían tener lugar los siguientes interrogantes: ¿a cuánta salud tenemos derecho?; ¿qué compromiso asume el Estado al garantizarme el derecho a una vivienda digna?; ¿se satisface el derecho a la educación si la misma no logra colocarme en condiciones de igualdad respecto de mis congéneres?

Esta indeterminación normativa fue empleada como argumento para sostener que tales cláusulas constitucionales no contenían derechos operativos y directamente exigibles. Entonces, se afirmaba que las mismas solo eran líneas maestras que orientaban al gobierno, pero de ningún modo era posible exigir las judicialmente. No entraré aquí en este debate, el que —a los fines del

¹¹ La asimetría en el acceso a la información se deriva del monopolio de la información en cabeza del Estado, pero también de su carácter técnico, lo que coloca a la parte actora en una posición desigual a la hora de comprender y probar los hechos relevantes para su demanda.

¹² Tal sería el caso de los enunciados contenidos entre los arts. 39 a 52 de la Constitución Española al enumerar los principios rectores de la política social y económica.

¹³ La definición es propia, pero sobre el tópico puede verse: M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2.º ed., Barcelona: Ariel Derecho, 2004 y R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.º Ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

presente— daré por superado. Es así como asumo que el estado actual del desarrollo del Constitucionalismo tiende a disipar estas dificultades teóricas¹⁴.

Desde este enfoque superador, se ha afirmado que los derechos sociales, así como toda cláusula contenida en la Constitución o en pactos internacionales resulta obligatoria e impone a los Estados la adopción de medidas para dar vigencia a tales compromisos. Es que como lo afirma Aguiló Regla, miradas las cosas desde la perspectiva justificatoria, en el pospositivismo la correlación entre derechos y deberes se pierde. Sostiene el autor que mientras tiene pleno sentido afirmar que «alguien tiene un deber porque otro sujeto tiene un derecho», no parece ocurrir lo mismo con la afirmación de que «alguien tiene un derecho porque otro tiene un deber». El «reconocimiento» de derechos justifica la «imposición» de deberes, mientras que la imposición de deberes no sirve para justificar la titularidad de los derechos¹⁵.

Así entonces, los derechos sociales —aun cuando estén recogidos en mandatos de optimización— imponen a los operadores jurídicos la determinación de su contenido concreto. Ello importa aceptar, pues, que los principios pueden ser cumplidos en diferentes grados y que su contenido tenderá a lograr su optimización conforme las condiciones fácticas y jurídicas de cada caso. Esta determinación habrá de hacerse a partir de un proceso argumentativo que siga un esquema como el del principio de proporcionalidad que, a su turno, concluirá en la formulación de una regla especial para el caso¹⁶. La ponderación, entonces, concluirá en la formulación de una regla cuyo contenido obligacional aparecerá determinado para el caso particular.

De esta manera el derecho, primigeniamente amplio e indeterminado, adquiere lindes y precisa las obligaciones que recaen sobre el Estado. Con ello se delimitan de manera consecuente los hechos objeto de prueba. Si bien esta forma de definir los derechos y el objeto de prueba facilita la judicialización de estos derechos se impone advertir un problema no menor. Esta operación solo tendría lugar en ocasión de la decisión judicial, lo cual resulta un inconveniente para las partes, quienes no pueden conocer de manera anticipada cuáles serán los alcances que se dará a la obligación o lo que es más importante, qué hechos tendrán relevancia probatoria. Es decir, que las partes no cuentan al inicio del proceso con una norma clara que les indique cuáles son los extremos que deben acreditar. Esto muestra entonces que la dificultad proba-

¹⁴ Al respecto, se ha dicho desde la mirada impuesta por el paradigma pospositivista que: «Se considera que las normas constitucionales son susceptibles de ser aplicadas directamente. Por aplicación directa se entiende que todos los jueces, en todo tipo de casos, pueden aplicar las normas constitucionales. Además, esta aplicación directa abarca no solo las relaciones de Derecho público, las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, sino también las relaciones de Derecho privado, entre ciudadanos (entre particulares).» Véase: J. AGUILÓ REGLA, «Positivism y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007), pp. 665-675 (667).

¹⁵ J. AGUILÓ REGLA, *Sobre Derecho y Argumentación*, Palma de Mallorca: Lleonard Muntaner, 2008, p19.

¹⁶ R. ALEXY, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2012, p 20 y *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.º Ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

toria derivada de su indeterminación puede ser resuelta en parte por vía de la argumentación pero que con ello no se disuelve completamente el problema.

La señalada ausencia de regulación en programas sociales no es absoluta, sin embargo sí es una nota predominante en el ámbito de los países en desarrollo. Además, la misma coexiste con otros programas existentes pero deficientes, todo lo cual puede ser confrontado a partir de planteos orientados por el Interés Público que persigan dar vigencia a los estándares protectorios contenidos en los textos constitucionales y convencionales. Para ello, se vuelve relevante trabajar con los «estándares normativos» elaborados desde el «enfoque de derechos»¹⁷, para poder determinar, al menos parcialmente, los términos abiertos con que estos derechos aparecen formulados¹⁸.

Se ha de mencionar que este enfoque teórico surge a partir del reconocimiento internacional de los derechos humanos y de los desarrollos de los organismos internacionales con competencia jurisdiccional o consultiva. A partir del contenido de las normas emergentes de dichos sistemas y de las elaboraciones interpretativas de los organismos competentes, se ha desarrollado un *corpus* de valores y principios que dan contenido más preciso a los derechos reconocidos. En tal sentido, se piensa a los derechos humanos como programas que sirven de guía en el diseño de las políticas públicas de los Estados, con el propósito de incidir en la calidad de los procesos democráticos¹⁹. Desde este enfoque resulta posible, entonces, evaluar las políticas sociales (o su eventual omisión) a la luz de los estándares de derechos humanos. Esta aproximación permite dar una mirada jurídica sobre los programas y políticas públicas para asegurar que estos sean la puesta en vigencia de los derechos humanos²⁰.

En esa línea, empleando los estándares que se han ido elaborando en relación con los derechos sociales, se puede objetivar el contenido de las obligaciones estatales y por ello mismo, otorgar a los jueces herramientas concretas para la evaluación de la conducta de los gobiernos. Así, contamos con guías normativas que nos permiten determinar, de manera general, los alcances

¹⁷ El «enfoque de derechos» alude al marco conceptual que brindan los derechos humanos como derechos legitimados por la comunidad internacional y ofrece un sistema coherente de principios y pautas aplicables en las políticas de desarrollo. L. PAUTASSI, «Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición», en: ABRAMOVICH-PAUTASSI (Comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010, pp. 9-10; también L. PAUTASSI (Org.), *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina*, Biblos, Buenos Aires, 2010.

¹⁸ Una síntesis de algunas ideas vinculadas a este punto, las presenté en el II Congreso de Filosofía para el mundo latino i-latina (Río de Janeiro, 2018). El trabajo titulado: «La adjudicación de los DESC. Un aporte para su racionalidad.» El mismo puede consultarse en línea aquí: https://www.conpedi.org.br/eventos/ilatina/#trabalhos_aprovados (fecha de acceso: 12-12-2021). También profundizo este aspecto en mi libro *Juicio a la desigualdad. La defensa de los derechos sociales a través del proceso*, cit.

¹⁹ L. PAUTASSI, *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina*, cit. nota 19, p. 16.

²⁰ V. ABRAMOVICH, – L. PAUTASSI, «El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales», en: V. ABRAMOVICH, – L. PAUTASSI, (comps.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, cap. VII, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 279-340.

de las obligaciones estatales y también, lineamientos específicos elaborados para algunos de los derechos sociales en particular²¹. Me centraré aquí en algunos ejemplos que emergen del art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Allí se establece la obligación de los Estados de «adoptar medidas» utilizando «el máximo de los recursos disponibles» para lograr la «vigencia progresiva» de los derechos del Pacto.

Si analizamos tales enunciados, resulta evidente que no solucionan *per se* la indeterminación de los derechos. ¿Qué medidas son suficientes para considerar que un Estado ha cumplido con la obligación de *adoptar medidas*? ¿Cuáles son tales recursos máximos de los que debe disponer cada Estado? ¿Es este último un estándar absoluto o requiere ser matizado con las otras obligaciones que recaen sobre el mismo Estado? ¿Toda medida que recorta en alguna dimensión un derecho resulta sin más regresiva? Y luego, en el marco de una contienda judicial, ¿a quién le cabe la demostración de que se ha (in)cumplido con estas obligaciones?

Tomemos el ejemplo del estándar de «adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles». Al verlo en funcionamiento advertimos que el mismo impone una suerte de inversión del *onus probandi*, ya que ante la denunciada violación de un derecho social, se podría colocar en cabeza del Estado la demostración de que ha cumplido con aquella obligación. Si bien esta interpretación no surge de manera automática de los términos del artículo analizado, sí podría ser integrada con una presunción (legal o judicial) que indique que, ante la violación de un derecho —y tanto más si la misma es masiva— es plausible asumir que el Estado no ha realizado todo lo posible para evitarlo²². Es decir, se puede presumir en estos casos que aquel no ha adoptado las medidas adecuadas o que no ha usado hasta el máximo de los recursos disponibles para dar vigencia al derecho que se reclama. En tal caso será el Estado, en su carácter de demandado, quien deba correr con la carga de la prueba que le exonere de responsabilidad.

Luego, podemos revisar el estándar del «desarrollo progresivo de los derechos» (y la consiguiente prohibición de regresividad)²³. Esta pauta impone

²¹ Para profundizar sobre este enfoque remito a: L. PAUTASSI, *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social...*, cit. nota 19, p. 17; *Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición*, cit. nota 19, pp. 1-87; Ch. COURTIS, «La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios», en COURTIS (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, pp. 3-52. Para una revisión de las Observaciones Generales aprobadas por el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales puede consultarse: https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html (fecha de acceso: 12-12-2021).

²² En este sentido, el Comité DESC ha explicitado los alcances de esta obligación al referir que: «Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto.» (O. G. N° 3, párr. 10).

²³ Véase en particular el párrafo 9 de la Observación General N° 3. Este mismo criterio fue recogido en el Sistema Interamericano, a partir de la Asamblea General de la OEA que, en el año 2005,

un «escrutinio estricto» sobre las medidas cuestionadas y en caso de duda, permite la presunción de su ilegitimidad. A través de este criterio se puede realizar un análisis sobre el progreso en el reconocimiento del derecho en revisión. Asimismo, las defensas del Estado para demostrar la no regresividad de las medidas impugnadas solo pueden estar dirigidas a acreditar el progreso de otros derechos sociales. Es decir, que se ha postergado parcialmente el derecho reclamado pero por dar atención a otros derechos de tipo social. Sin embargo, esto también se debe coordinar con el respeto del umbral dispuesto por el «contenido mínimo» de los derechos²⁴. Tampoco sería tolerable, por ejemplo, el aplazamiento en el goce de un derecho social en beneficio del progreso de derechos de otra índole (civil o político) o en virtud de objetivos de índole fiscal o económicos²⁵.

Estos estándares, como se puede ver, incluyen principios resultantes del proceso de interpretación de las normas de Derecho internacional de los derechos humanos. Dichos instrumentos resultan declaraciones fundamentales sobre un resultado deseable, sin embargo, su cumplimiento no resulta verificable a partir de tales enunciados. Es por ello por lo que a los fines de la evaluación del cumplimiento estatal será necesario operacionalizar los estándares a través de la fijación de parámetros cuantitativos. Surgen así los «indicadores», herramientas que podrían ser utilizados también en el proceso judicial a los fines de verificar la denunciada violación de derechos y la evaluación del cumplimiento de las órdenes judiciales en la etapa de ejecución de sentencia²⁶.

fijó este estándar para la presentación de los Informes periódicos previstos en el art. 19 del Protocolo de San Salvador. En este sentido se ha dicho que la prohibición de regresividad encuentra analogía con el principio de proporcionalidad, debido a que ambos tienen como objeto al aseguramiento del debido proceso sustantivo, controlando el contenido de la reglamentación de los derechos. Entonces, la consagración de la prohibición de regresividad agrega un nuevo criterio al control de razonabilidad de las leyes y reglamentos, cuando se examina judicialmente la adopción de normas que reglamentan derechos sociales. De todas aquellas reglamentaciones de un derecho que pudieran ser razonables, la prohibición de regresividad, veda aquellas que importen un retroceso en el reconocimiento del derecho. Ch. COURTIS, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, cit., nota 23, p. 22.

²⁴ Véase el párrafo 10 de la O.G. N°3.

²⁵ También resultan reglas orientadoras de fundamental importancia, las que indican la necesidad de garantizar un goce universal y no discriminatorio de los derechos, así como el adoptar medidas que permitan el acceso a la justicia (OG N° 3, párr. 50), la producción y el acceso a la información pública (CADDHH art. 13 y art. 19 PIDCP, art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) y la participación de los propios afectados en el diseño de las políticas públicas. Todos estos elementos conceptuales resultan de suma utilidad a los fines de establecer un adecuado control judicial aplicado a la revisión de políticas públicas.

²⁶ En relación con el uso de indicadores para evaluar el cumplimiento de las órdenes judiciales, puede verse la experiencia colombiana a partir del caso relativo al problema del desplazamiento forzado de personas en Colombia. Al respecto se puede consultar: R. UPRIMNY YEPES, C. N. SÁNCHEZ, «Juzgar y medir: el uso de indicadores de derechos humanos por la Corte Constitucional colombiana», en ABRAMOVICH-PAUTASSI, *La medición de derechos en las políticas sociales*, cit., pp. 295-327. En un sentido similar, también puede verse L. G. FILIPPINI, «La ejecución del fallo Verbitsky. Una propuesta metodológica para su evaluación», en L. PITLEVNIK(ed.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires: Hammurabi, 2007, pp. 148-175; G. MERLINSKY, C. MONTERA, E. SPADONI Y M. TOBIAS, «La causa “Beatriz Mendoza”: política ambiental y derechos en tensión», en L. PAUTASSI,

Entonces, volviendo sobre la actividad probatoria en los procesos en que se invoque la violación de derechos sociales, se ha de señalar que el *thema probandum* girará en punto a la demostración del (in)cumplimiento de las obligaciones implícitas en los instrumentos que recogen tales derechos. En los litigios guiados por el Interés Público, y dada una norma constitucional o convencional que reconozca un derecho social, cabe entonces que el juez evalúe los hechos a la luz de dicho contenido normativo. Pero para ello, como ya se ha presentado, se debe comenzar con una determinación de aquel.

Será a la luz de los estándares normativos que se podrán precisar las obligaciones estatales y también habrán de fijarse los hechos que resultan objeto de prueba, pues de lo que se trata es de verificar si en el caso se han «adoptado medidas», si se ha hecho uso del «máximo de los recursos disponibles» y si tales medidas han sido «progresivas», por ejemplo. Esta determinación del alcance de los derechos puede fundar, a su vez, la modificación de la carga de la prueba, desplazando la demostración del cumplimiento de ciertas obligaciones hacia el Estado demandado aunque para ello sería recomendable que existiera una previsión normativa expresa que recogiera una presunción como esta. En este último caso, es necesario que existan razones protegidas por el ordenamiento jurídico que avalen una alteración de las reglas generales de la carga de la prueba, como sucede por ejemplo con las presunciones legales *iuris tantum*. Aquí es donde debemos enlazar lo que llevamos dicho con la señalada asimetría en el acceso a la información pública relevante.

La situación de prevalencia del Estado en el monopolio de dicha información permite justificar un *favor probationis* que morigere la actividad probatoria de quienes reclaman por sus derechos. Y así, se podría pensar que en los supuestos en que se invoque la violación de un derecho social se pueda colocar en cabeza del Estado la carga de la demostración de que —pese a tal incumplimiento— se han adoptado las medidas hasta el máximo de los recursos disponibles, las que permiten dar por satisfechas las obligaciones a su cargo (por ejemplo, por la urgente y proporcionada atención a otro derecho social).

El fundamento epistémico de esta inversión probatoria residiría en un presumible teórico. Se podría asumir que conforme el curso normal de las cosas, la presencia de una violación masiva o al menos reiterada de uno o varios derechos sociales se explica a partir del incumplimiento estatal de las obligaciones a su cargo. De esta manera se podría pensar en la posibilidad de generar una presunción que logre invertir la carga de la prueba, atribuyendo al Estado la demostración del cumplimiento de las obligaciones a su cargo siendo que es este quien cuenta con toda la información pública y técnica para hacerlo. Algo similar puede predicarse respecto de la obligación de «progresividad» antes analizada.

(Dir.), *Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires. Acceso a la justicia, capacidades estatales y movilización social*, Biblos, Buenos Aires, 2014, pp. 165-213.

El recoger una presunción como esta en una norma positiva aporta ventajas de seguridad jurídica para las partes, quienes podrían diseñar su estrategia probatoria desde el planteamiento de la litis. Además, dada la simplicidad de la solución, este tipo de previsión favorece el acceso a la justicia de los reclamos fundados en derechos sociales. Con la introducción de una presunción de este tipo se podrían sortear algunas barreras económicas para el acceso a la justicia, vinculadas con los costos en la producción de la prueba. Sobre todo si tenemos en cuenta que la misma podría representar una carga desmedida para los litigantes particulares y para las asociaciones civiles encargadas de llevar adelante estos casos. En cambio, el desplazamiento de la carga probatoria restablece en estos casos un equilibrio relativo entre los litigantes. A continuación se indagará en el funcionamiento de las presunciones en general para establecer la conexión con la propuesta que se hace relativa a su aplicación respecto de los derechos sociales.

3. ACERCA DE LAS PRESUNCIONES Y LA PRUEBA EN LOS DERECHOS SOCIALES

Para poder dar mayor precisión a la propuesta antes presentada, resulta necesario detenernos en la presentación de cómo funcionan las presunciones en el marco de la actividad probatoria. Así, comenzaremos este apartado con un análisis del funcionamiento del razonamiento que anida en ellas²⁷. El derecho recurre a las presunciones cuando necesita acreditar ciertos hechos cuya prueba directa resulta difícil, cuando no imposible. Así, por ejemplo, cuando es necesario demostrar el fallecimiento de una persona que ha desaparecido, el ordenamiento jurídico prevé una presunción legal que viene en asistencia de la indeterminación. Lo mismo sucede cuando se procura cierta estabilidad en las relaciones sociales y entonces, el derecho presume la filiación en el contexto de un matrimonio legal. En estos casos, y en tantos otros, las normas prevén presunciones que —con diverso grado de firmeza— afirman la ocurrencia de ciertos hechos o determinan su naturaleza.

La presunción podría definirse entonces como una regla que permite inferir, con algún grado de plausibilidad, una proposición a partir de otra²⁸. Los elementos constitutivos de las mismas son: a) el hecho presunto, b) el hecho base y c) la regla de conexión entre ellos²⁹. Esta última puede

²⁷ No desconozco aquí tesis como la de Raymundo Gama, quien cuestiona el tratamiento monolítico e indiferenciado de las presunciones, equiparando las legales a las judiciales, por ejemplo. Sin embargo, teniendo en cuenta que el enfoque que el autor cuestiona no deja de ser relativamente aceptado me apoyaré en él para los propósitos del presente que se orientan a un aspecto bastante específico de la acreditación del incumplimiento estatal en materia de derechos sociales. Sobre el punto véase R. GAMA, «Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental», *REJ – Revista de Estudios de la Justicia* – núm. 19 – Año 2013, pp. 65-87.

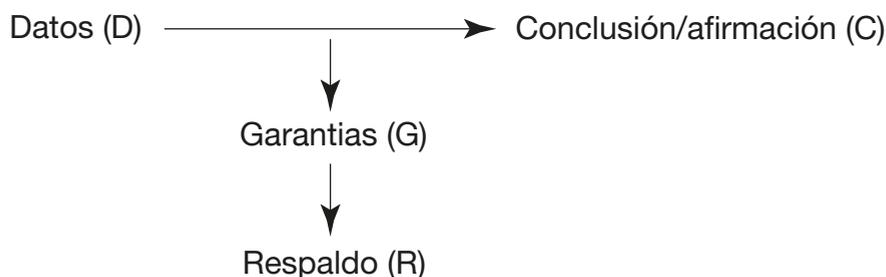
²⁸ D. WALTON, «Burden of proof», *Argumentation* 2 (1988), pp. 233-254 (245).

²⁹ J. AGUILÓ REGLA, «Presunciones, verdad y normas procesales», *Isegoría*, núm.35, Julio-Dic. 2006, pp. 9-31.

ser una regla jurídica (presunciones legales) o una máxima de la experiencia (prueba indiciaria o presunciones *hominis*). Nótese además que la propia ley puede sustentarse a su vez en una regularidad empírica, igualmente compatible con las máximas de la experiencia.

Es corriente, entre los autores que se inscriben dentro de la Teoría de la Argumentación Jurídica, recurrir al esquema elaborado por Stephen Toulmin³⁰ como forma de analizar los elementos de un razonamiento. Propongo aquí seguir igual línea por cuanto coincido en valorar la claridad de aquel. Desde este análisis, los elementos de un argumento se imaginan contextualizados en un diálogo o dentro de un proceso argumentativo. Comenzamos así realizando una afirmación (*claim*) y ante el requerimiento de nuestro interlocutor nos veremos obligados a dar fundamentos que le den adecuado sustento. Los mismos, en principio, pueden consistir en aquellas premisas fácticas que explican la conclusión presentada. Entonces, al exponer las razones fácticas, se explicitan los «datos» del argumento.

Pero nuestro interlocutor imaginario nos puede requerir mayores fundamentos para comprender, por ejemplo, cómo realizamos el pasaje lógico desde dichos datos hasta la conclusión. O también, cuál es la relación causal que se puede establecer entre los datos y la conclusión. Aparecen aquí entonces las «garantías» (*warrants*) que son aquellos enunciados normativos que permiten realizar dicho enlace y tienen alcances justificatorios. Su función es también la de graduar la fuerza con que se puede sostener la conclusión. Esta última será más o menos probable en función de la solidez de su garantía y respaldo. Por su parte, el esquema completo vincula dichas garantías con la fuente de la que dimanen, esto es, el «respaldo» de las mismas. Lo hasta aquí expuesto podría ser graficado del siguiente modo:



Nota: el gráfico replica los conceptos de Stephen Toulmin

Con la salvedad hecha anteriormente³¹ —y a los fines del presente— se puede afirmar que no hay una diferencia fundamental en el funcionamiento de las presunciones legales y las presunciones *hominis*. Lo que varía, conforme las categorías antes presentadas, sería la garantía y el respaldo de cada

³⁰ S. TOULMIN, *Los usos de la argumentación*, Barcelona: Ediciones Península, 2007.

³¹ Véase lo dicho en la nota 29.

una de ellas³². Es decir, la diferencia se alojaría en las razones que habilitan el pasaje desde los datos con que se cuenta (el hecho base o indicios) hacia el hecho presunto en el que se concluye.

Así, las presunciones legales se basan en un presumible teórico (garantía), el que a su vez aparece recogido en una norma (respaldo). Mientras que las presunciones *hominis*, se apoyan también en un presumible teórico pero, en el caso, el mismo es traído al proceso de la mano de las «máximas de la experiencia o reglas de la lógica» (garantía) que resultan de la aplicación de la sana crítica del juez. Y como su incorporación se halla implícita en tal sistema de apreciación de la prueba, entonces su respaldo normativo está dado por la norma que lo establece. Además, las presunciones *hominis* suelen encontrar en los ordenamientos procesales una regulación específica, que establece las condiciones que deben reunir los datos o indicios, tomados como insumos para la formación de la presunción y el enlace que se debe demostrar entre ellos y la conclusión. Así, se puede exigir al juez que se base en hechos probados que, por su precisión, número, gravedad y concordancia, permitan sustentar fácticamente la convicción judicial conforme las reglas de la sana crítica³³.

A su vez, dentro de la categoría de las presunciones legales resta realizar todavía algunas precisiones relevantes. En este sentido, hay que distinguir aquellas que se conocen como presunciones *iuris tantum* —es decir, que admiten prueba en contrario— de aquellas que no la admiten, las llamadas presunciones *iuris et de iure*. En relación con estas últimas, Aguiló Regla afirma que no se trataría en realidad de presunciones, entre otras razones, porque falta en ellas uno de los elementos esenciales que es el de su derrotabilidad³⁴. En alguna medida, aunque no hay coincidencia sobre el punto, se puede pensar que en estos casos el ordenamiento crea una suerte de «ficción legal»³⁵.

En este tipo de casos, sea con apoyo en un presumible teórico o sea por razones institucionales, el legislador quita una cuestión del ámbito de la averiguación de la verdad. Directamente lo asume como cierto, impidiendo su refutación. Ello sin perjuicio de permitir, la demostración de la falsedad del

³² En este mismo sentido, también D. MENDONCA, «Presunciones», *Doxa*, 21-I, 1998, p. 92.

³³ Este es el caso del art. 163 inc. 5° de los Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y el Nacional Argentino. En un sentido similar, la Ley de Enjuiciamiento Civil española prescribe en su art. 386 que «a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción. 2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior.» [he indicado en cursiva los elementos relevantes en función de la presentación efectuada en el texto]

³⁴ En su trabajo titulado: *Presunciones, verdad y normas procesales*, cit. pp. 26-27.

³⁵ GASCÓN ABELLÁN se opone a la conceptualización de las presunciones *iuris et de iure* como ficciones legales. Afirma que las presunciones, cualquiera sea su caso, vienen a dar por cierto un hecho más o menos probable, pero en todo caso, posible. En cambio, las ficciones registran una disparidad entre la realidad y lo que se supone. Véase: *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit. nota 4, pp. 146-151.

hecho base que ha generado la operatividad de la presunción. En el caso, lo que no se puede discutir es el pasaje entre el hecho base (o datos, según nuestras categorías) y la conclusión o afirmación (*claim*). Ejemplos de esta especie son la presunción de incapacidad de los menores de edad, la del conocimiento de las leyes y la validez de la cosa juzgada (*res iudicata pro veritate habetur*), entre otros.

Volviendo entonces sobre las presunciones legales *stricto sensu*, esto es, aquellas que admiten prueba en contrario, cabe señalar que las mismas mantienen la señalada nota dialéctica. Por ello, asumen que quien se opone a la conclusión presumida tendrá que acreditar la excepción. Es decir, tendrá que oponer razones para lograr evitar el pasaje entre el hecho base y el hecho presunto. En el marco de un proceso judicial, en la dialéctica propia de la traba de la litis, será posible establecer una contradicción sobre los alcances de la presunción, ofreciendo prueba que acredite la ocurrencia de la excepción así como también, la refutación de que los datos (el hecho base) han ocurrido para que el actor los deba probar.

Es en virtud de esta circunstancia que habitualmente se reitera que las presunciones operan una alteración de la carga de la prueba. Sin embargo, esta afirmación no puede ser sostenida sin la introducción de ciertos matices. Aguiló Regla, analiza las presunciones legales *iuris tantum* desde el tipo de enunciado que las contiene. En este sentido, afirma que cuando la presunción aparece recogida por una regla, en la que se vincula un antecedente fáctico con una consecuencia jurídica a partir de una relación condicional, entonces, en verdad, aquellas no acarrear una alteración de la carga de la prueba. En estos casos, lo único que se modifica, es el hecho objeto de prueba. Así, en lugar de requerir la demostración directa del hecho (el que se presumirá), facilitan su acreditación con la demostración de otro hecho al que se vincula —por virtud del presumible teórico— la consecuencia presumida. En este sentido, no hay alteración alguna de las reglas generales de la carga de la prueba, las que por lo general prescriben que cada parte en el proceso debe acreditar los hechos que constituyen el supuesto fáctico de la norma (o normas) que se invoca(n) como fundamento de la pretensión, defensa u excepción³⁶.

En cambio, según lo señala Aguiló Regla, cuando las presunciones aparecen recogidas en enunciados con forma de principios, la cuestión es diferente. En estos casos, el funcionamiento de la presunción no aparece sujeto a condiciones de aplicación por virtud del carácter abierto de estos enunciados normativos. Por ello, si bien la presunción admite prueba en contrario, no tiene condiciones de aplicación que deban ser acreditadas para que aquella se vuelva operativa. La misma consiste en una asunción fáctica apoyada en una decisión del legislador de proteger ciertos valores. Un ejemplo de esta especie lo podemos encontrar en la presunción de inocencia que coloca a

³⁶ Así el art. 375 del Código Procesal bonaerense y art. 377 del Nacional. Con una expresión diversa pero igual sentido, puede verse el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

un imputado en la comodidad de no tener que probar aquella (ni ningún supuesto que haga procedente la presunción), debiendo la acusación correr con la acreditación de su tesis apoyada en la responsabilidad penal. En estos supuestos, entonces, sí se puede afirmar que se produce una alteración de la carga de la prueba. De hecho, es dable sostener que quien goza del beneficio de la presunción no debe demostrar nada para que la misma opere, interesando a quien la quiera derribar correr con la carga de la prueba³⁷.

Volviendo sobre las presunciones *hominis*, las mismas admiten como se ha dicho prueba en contrario y funcionan de modo semejante a las presunciones legales *iuris tantum* contenidas en reglas. Es decir que —por hipótesis— quien quiere sostener una conclusión presunta, tendrá que fundarla en los indicios probados que la puedan sostener. Con ello no hay alteración alguna de las reglas de la carga de la prueba. Sin embargo, miradas las cosas en los términos dialécticos que propone el proceso, vemos que el funcionamiento de las presunciones *hominis* plantea alguna cuestión interesante. Por empezar, son parte del razonamiento probatorio de los jueces, por tanto se encuentran en principio ajenas a la determinación dialéctica de la litis en la fase postulatoria. Es más, resulta muy difícil para las partes poder anticipar —en tal momento inicial del proceso— cuál habrá de ser la manera en que el juez valorará el material probatorio.

Lo habitual será entonces que las partes aleguen y ofrezcan prueba que dé fundamento a sus tesis respectivas y el juez, al momento de decidir, los enlazará en un razonamiento probatorio que podrá incluir o no alguna presunción³⁸. Así, tendrá por probado, con un grado de probabilidad que se deberá fundar, la conclusión a la que se arribe a partir de una inferencia probatoria. En dicha faena podrá entonces elaborar una presunción la que, a diferencia del razonamiento probable, gozaría de un valor de verdad superior pues la conclusión no sería solo probable sino presunta³⁹.

Pero en estos casos, la circunstancia de que el juez elabore un razonamiento indiciario no alteraría el juego de las cargas probatorias de las partes. Me explico, a diferencia de la dinámica expuesta para las presunciones legales *iuris tantum*, lo que sucede con las presunciones *hominis* es que quien se vea perjudicado por ellas solo podrá refutarlas en ocasión de la impugnación de tal decisión y esto en el hipotético caso de que esta fuera admisible en la instancia procesal respectiva de acuerdo con el sistema procesal de que se trate. Es así como, miradas las cosas desde el funcionamiento procesal, la alegación y prueba de la excepción a la presunción *hominis* tendrá lugar

³⁷ En Gascón Abellán se encuentra una distinción semejante. La autora distingue la «presunción material» de la «formal». La primera sería la que Aguiló Regla identifica con las contenidas en reglas y las segundas, en principios. Véase: *Los hechos en el derecho...*, cit., p. 138.

³⁸ Para una distinción entre la presunción *hominis* y la inferencia probatoria, remito al texto de J. AGUILÓ REGLA, «Las presunciones *hominis* y las inferencias probatorias», *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, núm. 79, 2017 pp. 99-110.

³⁹ *Ibid.*, p. 106.

de modo diacrónico. Y esta es una diferencia esencial entre las presunciones legales y las *hominis*.

Las primeras son conocidas por las partes al iniciar un proceso. Por tal motivo, permiten que estas estructuren sus pretensiones y defensas a la luz de la presunción contenida en la norma específica. La modificación del objeto de prueba, tendiente a favorecer a la parte beneficiada con la presunción y la prueba de su excepción por la contraria pueden funcionar, de modo sincrónico, en ocasión de la traba de la litis. Es decir, la parte actora puede elaborar su tesis apoyada sobre la norma que contiene la presunción y por tanto, el objeto de prueba estará determinado por los hechos que constituyen el antecedente fáctico de dicha norma. Luego, el demandado, en oposición a dicha tesis, deberá probar los hechos que configuran una excepción a la misma, es decir, demostrar que de tales datos no se sigue la presunción invocada o podrá argumentar que la prueba del actor no es suficiente para tener por probado el antecedente de la norma. Esto permite, como es lógico asumir, una mejor defensa de las partes y una deliberación intraprocesal, acorde con las exigencias del debido proceso.

En cambio, el razonamiento propio de las presunciones *hominis* tiene lugar en el momento final del proceso y por tal motivo no permite a las partes anticipar una estrategia probatoria adecuada. Esto le está vedado tanto a la parte actora cuanto a la demandada porque el eventual contenido de este razonamiento es privativo de la actividad jurisdiccional. Como se ha expuesto, ante una presunción elaborada en el marco de la decisión judicial, a la parte perjudicada por ella solo le cabe la impugnación de la decisión, ocasión en la que —con los límites propios de esta instancia— podrá valerse de la prueba ya producida para intentar demostrar la configuración de una excepción o, en su caso, mostrar alguna debilidad del argumento judicial.

No obstante esto, habría un tipo de casos en los cuales las partes podrían anticiparse al razonamiento presuntivo llevado a cabo por el juez. Esto es posible en los supuestos de *presunciones judiciales*⁴⁰. Las mismas son aquellas que son elaboradas por la jurisprudencia y tienden a estabilizarse a partir de la reiteración de dicho criterio, tal como se ha expuesto que sucede con los casos de discriminación.⁴¹ En el funcionamiento de estas no hay una alteración de la carga de la prueba aunque sí una modificación del objeto de ella. Así, quien denuncie ser víctima de un acto discriminatorio verá facilitada su demostración al tener que acreditar no ya la discriminación en sí misma sino solo los hechos que lo hacen presumible (por ejemplo, encontrarse en una categoría sospechosa y haber sido tratada en un modo desigual, según las especiales circunstancias que rodean el caso). Acreditados debidamente

⁴⁰ En este sentido, art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, recordemos, prescribe en su apartado 2º que frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario.

⁴¹ Puede verse: R. GAMA, *Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental*, cit. p. 81.

estos elementos de hecho, se puede concluir —por medio de la referida inferencia— que en el caso existió un trato discriminatorio.

Este pasaje se vuelve posible porque se sustenta en ciertas regularidades empíricas que permiten garantizar (justificar) la relación entre los datos (indicios) y la conclusión. Las mismas surgen de la observación de la experiencia que muestra que los actos de discriminación no suelen presentarse de modo manifiesto sino siempre solapado. Y a su vez, que ciertas categorías de personas o grupos determinados han resultado pasibles de tratos discriminatorios frecuentes por lo que incluso distinciones en apariencia neutras podrían encerrar un trato desigual.

Entonces, quien alega un trato discriminatorio debe probarlo aunque goza para ello de una suerte de *favor probationis*. Es decir, no se le impone demostrar el carácter discriminatorio del acto impugnado (donde se aloja la dificultad probatoria) sino solo la ocurrencia de hecho y su vinculación con alguna categoría sospechosa. Esta elaboración se encuentra en consonancia con las normas protectorias de la igualdad y la sanción de todo trato discriminatorio. Como consecuencia de ello, con la prueba de los datos iniciales, se activa el funcionamiento de la presunción y con ello se ve agravado el rol probatorio del demandado, quien deberá quebrar la conexión entre los hechos probados y la conclusión (que sería la presunción del obrar discriminatorio) a partir de la introducción de una causa de excepción.⁴²

Este tipo de presunción no siempre cuenta con base normativa explícita y ha tenido su origen en la jurisprudencia. Lo que sucede es que luego, a través de su consolidación jurisprudencial, logra la estabilización de ciertos estándares probatorios que pueden ser conocidos por las partes *a priori*, determinando por ello sus roles dialécticos en el proceso y los alcances de sus cargas

⁴² Este razonamiento se muestra patente en el Considerando 5.º del caso “Sisnero” de la CSJN Argentina (Fallos 337:611), donde se puede leer lo siguiente: «Que cabe recordar que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y “la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación” (*vid.* Fallos: 334:1387, considerando 7º). Para compensar estas dificultades, en el precedente citado el Tribunal ha elaborado el estándar probatorio aplicable a estas situaciones. Según se señaló en esa ocasión, para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con “la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación” (*conf.* considerando 11). En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia. Este principio de reparto de la carga de la prueba en materia de discriminación tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana, en el conocido caso “Mc Donnell Douglas Corp. vs. Green” (fallo del año 1973, publicado en 411 US 792). Esa doctrina continúa siendo aplicada por la Corte Suprema de los Estados Unidos hasta la actualidad, aunque con ciertos matices (*vid.* 431 US 324, año 1977, 509 US 502, año 1993 y 530 US 133, año 2000). Asimismo, la regla fue adoptada por diversos ordenamientos nacionales e internacionales (*vid.*, en este sentido, citas de Fallos: 334:1387 y Manual de la legislación europea contra la discriminación, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011).»

probatorias. De esta manera, se preserva la igualdad de las partes dentro del proceso. Es decir, desde el escrito de inicio la parte actora puede abocarse a la demostración de los hechos relevantes y el demandado, concentrarse en la prueba de la excepción que justifique el trato cuestionado. Esto es idéntico a lo que sucede en las presunciones legales *iuris tantum*, sin embargo, aquí sin contar con dicha regla, ello sucede a partir de la jurisprudencia constante.

No obstante la equivalencia pragmática, el uso de este tipo de razonamiento en los sistemas continentales ha sido cuestionado por autores como Taruffo. Según el autor, estas creaciones excederían las facultades propias de los magistrados en el *civil law* por oposición a las potestades propias de aquellos del *common law*. Es por ello por lo que el autor se muestra reticente respecto del ejercicio de estas facultades en los sistemas continentales y manifiesta su preocupación por aquellos supuestos en los cuales la discrecionalidad judicial puede esconder una manipulación de las reglas de la carga de la prueba con el consiguiente debilitamiento de la previsibilidad y la igualdad de las partes en el proceso. Sugiere Taruffo que sería deseable que el derecho proveyera a los tribunales y a las partes de criterios generales con los que se puedan obtener decisiones consistentes y previsibles, no basadas en criterios *ad hoc* y por tanto variables. No se puede menos que compartir dicha preocupación. En especial, por la alteración que estas presunciones producen en la dinámica argumentativa del proceso tal como he venido insistiendo⁴³.

Ahora bien, enlazando cuanto se lleva dicho con las particularidades de los derechos sociales y la importancia de la determinación de su contenido, cabe pensar en la utilidad que podrían tener las presunciones para la prueba del incumplimiento estatal. En primer término, cabe pensar en el sustento de ellas, apoyado en la construcción de los estándares normativos antes analizados. Cuando se presentó el enfoque de derechos y sus lineamientos se expuso que los mismos podían servir para precisar el contenido, muchas veces indeterminado, de los derechos sociales. Pero también se insinuó allí que algunos de ellos podrían servir de sustento para la determinación de la actividad probatoria. Es así como se podría apoyar en ellos una presunción que conecte de un lado el estado de cosas denunciado como violatorio de uno o varios derechos sociales y de otro, ciertas regularidades empíricas asociadas a la lesión de estos y al obrar estatal.

Entonces, por ejemplo, a partir de la *obligación de adoptar medidas hasta del máximo de los recursos disponibles* para la satisfacción de los derechos, se podría luego inferir que ante una violación determinada —y tanto más cuanto esta sea masiva o grave— presumiblemente el Estado no ha cumplido cabalmente con su obligación de asignar el máximo de sus recursos disponibles para la satisfacción del o de los derechos violados. El presumible teórico consiste en que si se asignaran recursos suficientes, entonces los derechos podrían ser respetados. Es decir, el Estado dispondría de programas y estruc-

⁴³ M. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., nota 6, p. 155.

turas concretas para hacerlos efectivos. Sin embargo, el caso contrario no es necesariamente falso. Es decir, podría darse el caso de que el Estado haya hecho grandes esfuerzos presupuestarios y haya asignado de manera razonable sus recursos y aun así, hubiera derechos violados. Acreditado este extremo, el Estado quedaría obviamente exonerado de su responsabilidad.

La dinámica que el uso de estos estándares normativos propone es que se facilite la prueba a quienes lleven adelante estos reclamos, asumiendo que se trata de supuestos de dificultad probatoria tal como ya se expuso. Y ello no sucede a partir de la inversión de la carga de la prueba sino permitiéndole probar al ciudadano hechos más simples para luego, poder asumir la violación de las obligaciones por parte del Estado. A este le cabe su defensa, mostrando que de tales hechos indiciarios no se sigue su responsabilidad porque, por ejemplo, ha obrado en cumplimiento con los estándares de derechos. En el caso podría argumentar (y probar) que efectivamente sí dispuso del máximo de los recursos disponibles o que, en todo caso, no se lo pudo hacer pero por una opción razonable a la luz del sistema de derechos.

De la misma manera, ante la demostración de un recorte o reducción en el goce de los derechos se podría inferir que el Estado ha incumplido con sus deberes convencionales. En este supuesto, la prueba a cargo del Estado se debería enfocar en acreditar que la medida cuestionada —aun cuando regresiva— se encontraba justificada en el contexto de la necesidad de proteger otro derecho social prioritario. Cuestión esta que debería además abastecer la adecuada demostración de la razonabilidad de la opción y el respeto del *contenido mínimo* de cada uno de los derechos involucrados.

Aquí se muestra nítida entonces la función facilitadora de la prueba que pueden cumplir estas presunciones, apoyadas en estándares normativos estables y conocidos *a priori* por las partes. Lo más conveniente sería que fueran recogidas legalmente, bajo la forma de presunciones *iuris tantum* por las ventajas que estas presunciones ofrecen para la igualdad de las partes en el proceso. Las mismas facilitarían la prueba de quien invocara la violación de sus derechos, pero a la vez favorecerían al Estado la prueba de sus defensas porque se conocería *a priori* cual sería el estándar empleado por el tribunal. Esta solución parece conciliar de manera razonable el *favor probationis* debido a ciudadanos y el derecho que también asiste al Estado demandado de respetar su defensa en el marco de un proceso justo.

De no ser esta la opción del legislador, eventualmente se podría pensar en un recorrido alternativo, aceptando que una creación pretoriana análoga a la de la prueba de la discriminación pudiera ser consolidada y estabilizada en el tiempo. Si bien esta alternativa es problemática y, como antes se expuso, no es necesariamente afín a las facultades de los magistrados de los ordenamientos continentales, tendría por ventaja el poner en vigencia el enfoque protectorio de derechos y serviría de antecedente a futuras regulaciones. El eventual sustento normativo se alojaría en las normas protectorias de derechos

fundamentales que establecen los estándares normativos presentados y que resultan imperativas para los Estados, incluidos sus funcionarios judiciales.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES PROPOSITIVAS

El tema que aquí he analizado no se ubica de manera exclusiva en el dominio de la legislación positiva. Es por ello por lo que las conclusiones resultan propuestas de *lege ferenda* y habrán de revestir el carácter de sugerencias para los legisladores y también para los operadores jurídicos (abogadas/os y juezas/ces). A continuación ofrezco entonces un recorrido por los tópicos aquí abordados intentando contribuir a la mejora de la práctica del Litigio de Interés Público que procure la vigencia de los derechos sociales.

Como se ha argumentado, los derechos sociales presentan rasgos que explican algún grado de dificultad probatoria para la demostración del incumplimiento de las obligaciones estatales. Dicha dificultad se deriva tanto de la indeterminación de su contenido normativo y obligacional, cuanto de la asimetría de la información respecto de su eventual cumplimiento por parte del Estado. La indeterminación de su contenido puede ser morigerada con el desarrollo de los estándares normativos que se han ido consolidando desde el llamado «enfoque de derechos» que recoge el *corpus* valorativo e interpretativo elaborado por los organismos de defensa de los derechos humanos.

Luego, considerando la asimetría de la información en estos casos, también se podría valorar la utilidad de la elaboración de un razonamiento presuntivo vinculado con tales estándares. Como opción ideal, se debería establecer una regulación específica que incluyera un tipo de presunción legal *iuris tantum* para la acreditación del incumplimiento estatal en estos casos. Pero hasta que ello suceda, la elaboración de presunciones judiciales estabilizadas jurisprudencialmente podrían lograr igual propósito. Tal como se ilustró con el ejemplo de la prueba de la discriminación —el que por afinidad temática podría servir de ejemplo para hallar soluciones adecuadas para los derechos sociales— la consolidación de estas formas de razonamiento tiene una ventaja por sobre las simples presunciones *hominis* al permitir a las partes un conocimiento de las mismas con carácter previo a la elaboración de su estrategia procesal.

De esta manera los operadores jurídicos podrían apoyar sus argumentos en la regularidad empírica que indica que si se han desconocido derechos de un modo reiterado o masivo es plausible afirmar que el Estado no ha cumplido con las obligaciones a las que se comprometió internacionalmente. En concreto, que no ha satisfecho los estándares normativos que le ordenan «adoptar medidas», «hasta el máximo de los recursos disponibles» y de «manera progresiva», por ejemplo. Planteada así la presunción y la distribución de la carga de la prueba, cabrá al Estado acreditar que ha realizado todo lo que estaba a su alcance y que, sin embargo, no se ha podido evitar el resultado o que la medida no era regresiva o estaba debidamente justificada.

Más allá del obvio beneficio que una regulación específica podría representar para quienes intentaran demostrar el incumplimiento estatal, se puede apreciar que la última opción también resuelve de modo razonable la distribución de la dificultad probatoria. Con ello, además de favorecer a ciudadanos en sus reclamos —favoreciendo la producción de una prueba económica y simplificada de los extremos controvertidos— se facilita al Estado el conocimiento de los hechos que debería acreditar para exonerarse de su responsabilidad. Esta solución se muestra entonces como una adecuada conciliación entre los objetivos del proceso: la búsqueda de la verdad y el respeto de las garantías de las partes.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, CH., «Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 2001.
- , «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales», en ABREGÚ, M. – COURTIS, CH. (comp.), *La aplicación de los derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997.
- , «Los derechos sociales como derechos exigibles», 2.º Ed., Madrid: Trotta, 2004.
- ABRAMOVICH, V.; PAUTASSI, L., «El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales», en: ABRAMOVICH, V. - PAUTASSI, L (comps.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, cap. VII, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- AGUILERA MORALES, M., «Regla de exclusión y Acusatorio», en BACHMAIER, L. (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 73-108.
- AGUILÓ REGLA, J., «Las presunciones hominis y las inferencias probatorias», *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, núm.79, 2017 p. 99-110.
- , «Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007), pp. 665-675 (667).
- , «Presunciones, verdad y normas procesales», *Isegoría*, núm.35, Julio-Dic. 2006, pp. 9-31.
- , «Sobre Derecho y Argumentación», Palma de Mallorca: Leonard Muntaner, 2008.
- ALEXY, R., «Teoría de los derechos fundamentales», 2.º Ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- , «La construcción de los derechos fundamentales», Buenos Aires: Ad Hoc, 2012, p. 20.
- ANSELMINO, V., «Las garantías constitucionales y la regla de exclusión probatoria en el proceso penal», en: *Revista ANALES*, núm.42, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2012, pp. 106-119.
- ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2º ed., Barcelona: Ariel Derecho, 2004.
- CARAMELO DÍAZ, G. D., «El fruto del árbol venenoso en el proceso civil», en: *Revista jurídica LA LEY 2013-C*, p. 140.
- COURTIS, CH., «La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios», en COURTIS (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.
- ETCHICHURY, H., *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución Argentina*, Córdoba: Editorial Universidad Nacional de Córdoba, 2013.

- FILIPPINI, L. G., «La ejecución del fallo Verbitsky. Una propuesta metodológica para su evaluación», en PITLEVNIK, L. (ed.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires: Hammurabi, 2007, pp. 148-175.
- FUENTES SORIANO, O., GONZÁLEZ CANO, M.^a I. ; JIMÉNEZ CONDE, F. (dirs.), *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales: I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Murcia, 2018, pp. 163-188.
- GAMA, R., «Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental», *REJ – Revista de Estudios de la Justicia* – núm. 19 – Año 2013, pp. 65-87.
- GASCÓN ABELLÁN, M., «¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita», en GIACOMETTE (dir.), *Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional*, CCDPC / Universidad El Bosque, 2012, pp. 75-99.
- , *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2.º Ed., Madrid: Marcial Pons, 2004.
- GROSMAN, L. S., *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Buenos Aires: Librería, 2008.
- HUNTER AMPUERO, I., «Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta», *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, Sección: Estudios, Año 22, núm. 1, 2015, pp. 209-257.
- MENDONCA, D., «Presunciones», *Doxa*, 21-I, 1998, p. 92.
- MERLINSKY, G.; MONTERA, C.; SPADONI, E.; TOBIAS, M., «La causa “Beatriz Mendoza”: política ambiental y derechos en tensión», en PAUTASSI, L. (Dir.), *Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires. Acceso a la justicia, capacidades estatales y movilización social*, Buenos Aires: Biblos, 2014, pp. 165-213.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- MUÑOZ LEÓN, F. «La necesidad de una interpretación pro discriminado de la acción judicial contra la discriminación», *Revista de derecho (Valdivia)* 31, n.o 2 (2018), pp.175-92, <https://doi.org/10.4067/S0718-09502018000200175>.
- NIEVA FENOLL, J., «Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base», en *Diario La Ley*, 2017, 9068: 1-35.
- PAUTASSI, L. (Org.), *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina*, Buenos Aires: Biblos, 2010.
- , «Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición», en: ABRAMOVICH-PAUTASSI (Comp.), *La medición de derechos en las políticas sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010, pp. 1-88.
- PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid: Trotta, 2007.
- SABA, R. P., «Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?», en: GARGARELLA, R., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, pp. 695-742.
- TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, 4.º ed., Madrid: Trotta, 2011, pp. 358 y 361.
- TOULMIN, S., *Los usos de la argumentación*, Barcelona: Ediciones Península, 2007.
- UCÍN, M. C., *Juicio a la desigualdad. La defensa de los derechos sociales a través del proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- , «La adjudicación de los DESC. Un aporte para su racionalidad», Comunicación presentada en el II Congreso de Filosofía para el mundo latino i-latina (Río de Janeiro, 2018). El mismo puede consultarse en línea aquí: https://www.conpedi.org.br/eventos/ilatina/#trabalhos_aprovados (fecha de acceso: 12-12-2021)
- , «La necesaria tutela diferenciada de los DESC. Apuntes sobre la función remedial del Poder Judicial», en: BERIZONCE, R. (Coord.), *Aportes para una justicia más transparente*, La Plata: Librería Editora Platense, 2009.

- , «Litigio de Interés Público», en *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, núm. 12, abril – septiembre 2017, pp. 246-255.
- UPRIMNY YEPES, R.; SÁNCHEZ, N. C., «Juzgar y medir: el uso de indicadores de derechos humanos por la Corte Constitucional colombiana», en ABRAMOVICH-PAUTASSI, *La medición de derechos en las políticas sociales*, cit., pp. 295-327.
- WALTON, D., «Burden of proof», *Argumentation* 2 (1988), pp. 233-254 (245).

DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA

- Observaciones Generales aprobadas por el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales puede consultarse: https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html (fecha de acceso: 12-12-2021).
- Revista de Interés Público* de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina disponible en: <http://www.jursoc.unlp.edu.ar/revista-de-interes-publico> (fecha de acceso 12-12-2021).

