

LA INDEPENDENCIA  
JUDICIAL Y LAS  
REFORMAS A LA  
JUSTICIA



# LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LAS REFORMAS A LA JUSTICIA

## **Compiladores**

Astelio Silvera Sarmiento, Ph.D.

Vicerrector Nacional de Investigación  
Corporación Universitaria Americana

Jovany Arley Sepúlveda Aguirre, MSc.

Vicerrector de Investigación Sede Medellín  
Corporación Universitaria Americana

## **Coeditoras**

Diana María Ramírez Carvajal, Ph.D.

Adriana Patricia Arboleda López, Ph.D.

Libro resultado de investigación a partir de la actividad colaborativa entre las instituciones miembros de la Red Interinstitucional de Derecho Procesal y desarrollado en el marco del IV Seminario Internacional -La Independencia Judicial y las Reformas a la Justicia, realizado en octubre de 2017.

340.1

C822

Colegio de jueces y fiscales de Antioquia. (2017). La independencia judicial y las reformas a la justicia. Astelio Silvera Sarmiento; Jovany Sepúlveda-Aguirre (Comps.). Barranquilla: Sello Editorial Coruniamericana.

297 Páginas: 16X23 cm.

ISBN: 978-958-59812-0-1

1. DERECHO- 2. INVESTIGACIÓN EN DERECHO -3. INDEPENDENCIA JUDICIAL- 4. REFORMAS JUDICIALES- 5. ARBITRAJE.

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA AMERICANA-CO /SPA /RDA

SCDD 21 /CUTTER-SANBORN

Corporación Universitaria Americana©

Sello Editorial Coruniamericana©

ISBN: 978-958-59812-0-1

### **Corporación Universitaria Americana**

Presidente: JAIME ENRIQUE MUÑOZ

Rectora Nacional: ALBA LUCÍA CORREDOR GÓMEZ

Vicerrectora Académica: MARIBEL MOLINA CORREA

Vicerrector de Investigaciones/Director de Publicaciones: ASTELIO SILVERA SARMIENTO

Sello Editorial Coruniamericana

Cra. 53 No. 64 – 142

selloeditorialcoruniamericana@coruniamericana.edu.co

Diagramación: Extrategia Ecoprint S.A.S.

Portada: Extrategia Ecoprint S.A.S

Corrección de estilo: INFOLIO S.A.S.

Barranquilla–Colombia

1ª edición: octubre de 2017

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en ninguna forma o por medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, u otro, sin la previa autorización por escrito del Sello Editorial Coruniamericana y del autor. Los conceptos expresados en este documento son responsabilidad exclusiva del autor y no necesariamente corresponden con los de la Corporación Universitaria Americana y da cumplimiento al Depósito Legal según lo establecido en la Ley 44 de 1993, los decretos 460 del 16 de marzo de 1995, el 2150 de 1995, el 358 de 2000 y la Ley 1379 de 2010.

**PARES EVALUADORES**

**Rodrigo Antonio Rivera Morales Ph.D.**

Doctor en Derecho Constitucional.

Universidad de Salamanca. España.

**Mg. Andrea Angélica Meroi**

Abogada, Magíster en Derecho Procesal.

Universidad Nacional de Rosario. Argentina.



# Contenido

---

<b>Prólogo</b> .....	7
<b>El principio de independencia: aportes a la decisión justa y verdadera. Una perspectiva del derecho colombiano.</b> <i>Diana Ramírez Carvajal, Michele Taruffo</i> .....	10
<b>Arbitragem Coletiva no Brasil.</b> <i>Ana Luiza Nery</i> .....	32
<b>Arbitrajes colectivos: las insuficiencias del experimento español y algunas reflexiones de reglamentación.</b> <i>Laura Carballo Piñeiro</i> .....	61
<b>Independencia de la justicia penal de modelo acusatorio vs. el derecho a la información y a la opinión pública.</b> <i>Ana Calderón Sumarriva</i> .....	90
<b>Retos de la justicia en el fortalecimiento de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y las jurisdicciones equivalentes en Colombia y en algunos países de América Latina.</b> <i>Martha Eugenia Lezcano Miranda</i> .....	119
<b>El proceso entre las cuerdas.</b> <i>María del Socorro Rueda Fonseca</i> .....	160
<b>Los retos del árbitro de inversión en el posconflicto en Colombia.</b> <i>Cindy Charlotte Reyes Sinisterra</i> .....	166

<b>La independencia judicial: institución y derecho.</b> <i>Danilo Rojas Betancourth</i> .....	185
<b>El proceso jurisdiccional como herramienta de efectivización de derechos ante un evento de colisión de principios.</b> <i>Luz Amparo Granada de Espinal, Catalina Merino Martínez</i> .....	229
<b>Bases para la resignificación de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.</b> <i>Adriana Patricia Arboleda López, Luis Fernando Garcés Giraldo, J. Eduardo Murillo Bocanegra, Astelio Silvera Sarmiento, Jovany Sepúlveda Aguirre, Dany Esteban Gallego Quiceno</i> .....	255
<b>Algunas reflexiones sobre la independencia de los peritos judiciales.</b> <i>Joan Picó i Junoy</i> .....	274
<b>El proceso de nulidad matrimonial antes y después de la reforma procesal de 2015 del Papa Francisco.</b> <i>Darío Alejandro Rojas Araque</i> .....	295



## Prólogo

La región asiste a una constante sucesión de reformas procesales, producto de la irrefutable insatisfacción de la sociedad con sus sistemas de enjuiciamiento.

De entre las múltiples preocupaciones que vienen aparejadas con esos movimientos reformistas destaca aquella por la independencia judicial, un tópico de indagación multidisciplinar: desde la ciencia política a la ciencia jurídica, desde la teoría del Estado a la teoría constitucional y, por cierto, a la teoría procesal.

La propia conceptualización de la independencia judicial no es unívoca y, así, los acentos aparecen en distintos aspectos. Una mirada recurrente y tradicional apunta al marco institucional: la independencia judicial se asocia al “autogobierno”, a la “autonomía” e, incluso, a la “autarquía financiera”.

En un sentido casi contraintuitivo, se define la independencia judicial como la “sumisión exclusiva a la ley” y, coherentemente, como la no sumisión a tribunales superiores, a otro poder ni a entidad o persona alguna; en suma, a la ausencia de subordinación jerárquica.

Al fin, se pensará el deber de independencia de los jueces como correlato del derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el sistema jurídico y no desde parámetros extrajurídicos del sistema social (moral, política, economía, preferencias sociales, modas, entre otros).

Con acierto, el compilador del libro que comentamos instala el tema en un tiempo en el que se pretende abrir los espacios para la solución jurídica de los conflictos más allá de las fronteras del proceso judicial. Desde ese punto de partida se puede valorar que la obra cuenta con investigaciones generales sobre la independencia judicial, pero también se amplían las referencias procesales a cuestiones vinculadas a medios alternativos de solución de conflictos, en particular la conciliación y el arbitraje.

Entre los trabajos generales, los profesores Diana Ramírez Carvajal y Michele Taruffo —quienes conciben al derecho como un fenómeno en la cultura— tratan las relaciones entre los principios de independencia e imparcialidad, frente a los desafíos que se presentan a la labor judicial en este tiempo, y en particular en Colombia. Dentro de los diversos tópicos que señalan los

autores, merece especial atención el acertado tratamiento del tema sobre los efectos que la falta de independencia del vértice de la pirámide judicial produce en la función de todos los jueces.

Por su parte el magistrado y docente Danilo Rojas Betancourth expone un metódico trabajo para aclarar las connotaciones del concepto de independencia judicial en el derecho. Destaca la necesidad de entenderlo dando prevalencia a su enfoque como derecho humano, “tanto como exigencia de los jueces mismos, como de los ciudadanos en aras de justicia”.

Las profesoras Luz Amparo Granada de Espinal y Catalina Merino Martínez se hacen cargo de unos de los temas de mayor impacto en la adjudicación judicial en el derecho continental: los casos en los que la decisión implica asumir una colisión de principios.

La profesora María del Socorro Rueda Fonseca, mediante un sugerente título “El proceso entre las cuerdas”, elabora un análisis comparado del sistema oral y del sistema escrito de la jurisdicción ordinaria colombiana, denunciando que las reformas judiciales que han previsto reducir los niveles de congestión no cumplen sus objetivos.

Martha Eugenia Lezcano Miranda trata sobre los retos que para la justicia tiene el fortalecimiento de los medios alternativos de solución de conflictos y las jurisdicciones equivalentes, no solo en Colombia sino en otros países latinoamericanos. Entre sus propuestas cabe resaltar la de fomentar una sólida formación de los jueces en ese ámbito.

El tema del arbitraje es desarrollado en varios trabajos. Laura Carballo Piñeiro muestra lo que a su entender son las insuficiencias de los arbitrajes colectivos en la experiencia española. Ana Luiza Nery no solo presenta un pormenorizado análisis conceptual del arbitraje colectivo sino que además especifica los impactos institucionales que este puede ocasionar en el sistema jurídico brasileño. A su vez Cindy Charlotte Reyes Sinisterra muestra los retos que tiene el árbitro de inversión en el posconflicto en Colombia: ¿pueden invocarse los acuerdos de paz como eximentes del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado en un Tratado Bilateral de Inversión?

El tema de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (quizás una de las cuestiones más relevantes para la cultura actual), lo desarrollan Adriana Patricia Arboleda López, Luis Fernando Garcés Giraldo, Eduardo Murrillo Bocanegra, Astelio Silvera Sarmiento, Jovany Sepúlveda Aguirre y Dany Esteban Gallego Quiceno en el ámbito de la conciliación extrajudicial, con el marcado objetivo de reconocerlo como un mecanismo gratuito, rápido y eficaz para la solución de conflictos jurídicos.

Joan Picó i Junoy elabora algunas reflexiones sobre la independencia de los peritos judiciales, aproximándose a las diferencias entre la independencia y

la imparcialidad judicial y el interrogante sobre si estas deben cobijar a los peritos judiciales de la misma manera como lo hacen con los jueces.

Por último, Darío Alejandro Rojas Araque describe los avances que para el proceso de nulidad matrimonial trajo aparejada la reforma procesal del Papa Francisco de 2015, recortando no solo el tiempo del proceso, sino sus costos económicos.

En suma, desde mi propia perspectiva de magistrado y profesor universitario, preocupado por la indagación acerca de mi tarea como juez, me complace destacar la profundidad, solvencia y variedad de estos aportes que, sin duda, contribuirán a reflexionar sobre varios de sus aspectos sobresalientes: la solución pacífica de los conflictos de los ciudadanos, las condiciones de la adjudicación de los derechos (sobre todo, la “independencia judicial”) y la propuesta de otras vías adecuadas que colaboran a la efectividad del acceso a justicia.

**Mario Eugenio Chaumet, Ph.D.**  
**Universidad Nacional de Rosario, Argentina**



# El principio de independencia: aportes a la decisión justa y verdadera<sup>1</sup> -Una perspectiva del derecho colombiano-

*Diana Ramírez Carvajal*<sup>2</sup>

*Michele Taruffo*<sup>3</sup>

## Resumen

Este texto trata sobre las relaciones entre los principios de independencia e imparcialidad como ejes de trabajo para lograr la decisión judicial justa y verdadera. Entender estas nuevas dinámicas, parte del derecho como cultura que trasciende paradigmas y permite asociaciones y perspectivas diversas.

**Palabras clave:** independencia judicial, justicia civil, imparcialidad, función judicial.

---

<sup>1</sup> Este artículo es resultado de la investigación denominada *Principios de la justicia civil*, dirigida por el profesor Michele Taruffo y coordinada por la profesora Diana Ramírez. Este proyecto abarca un estudio comparado en 19 países de Iberoamérica. En Colombia es financiado por la Universidad Católica de Oriente.

<sup>2</sup> Doctora en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Profesora investigadora de la Universidad Católica de Oriente, adscrita al grupo de investigaciones jurídicas de la Facultad de Derecho. Actualmente desempeña la decanatura de posgrados de esta Universidad. E-mail: Posgrados@uco.edu.co y radiana21@hotmail.com

<sup>3</sup> Profesor emérito de la Universidad de Pavia –Italia. Doctor en Derecho, autor de múltiples obras, entre las que se cuentan: *la prueba de los hechos, sobre las fronteras, simplemente la verdad y la prueba*.

**The principle of independence:  
contributions to the fair and true decision  
-A perspective of Colombian law-**

**Abstract**

This text deals with the relations between the principles of independence and impartiality, as working axes to achieve a just and true judicial decision. Understanding these new dynamics, part of the law as a culture that transcends paradigms and allows diverse associations and perspectives.

**Key words:** judicial independence, civil justice, impartiality, judicial function.

**O princípio da independência:  
contribuições para a decisão justa e verdadeira  
-A perspectiva colombiana com o botão direito-**

**Resumo**

Este texto discute as relações entre os princípios de independência e imparcialidade, como áreas de trabalho para alcançar justo e verdadeiro decisão judicial. Entender essas novas dinâmicas, como parte da cultura certa que transcende paradigmas e permite associações e diversas perspectivas.

**Palavras – chave:** independência judicial, a justiça civil, a imparcialidade, a função judicial.

## Introducción

Uno de los valores más apreciados por la cultura jurídica occidental es, sin lugar a dudas, la justicia. Y es también la justicia la razón de ser de la actividad judicial en los países occidentales, de ahí deriva la importancia del juez como protagonista de uno de los intangibles más preciados por la sociedad contemporánea, la justicia social. Son muchos los trabajos y escritos que existen sobre la justicia, pero, en un Estado Social de Derecho, se espera que ella esté prioritariamente a cargo del juez.

Para ello la Constitución Política de Colombia blinda la función judicial con principios como la independencia y la imparcialidad, y la ley estatutaria de la administración de justicia ordena en su artículo 5 que “la Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia. Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias”.

Desde esta responsabilidad, a la actividad judicial la circundan, por lo menos, dos valores de gran peso social: la justicia y la verdad; los cuales se espera que se materialicen en la decisión de cada juez tras un trabajo independiente y meritorio, no influenciado y adecuadamente motivado.

Este artículo da cuenta de algunas conclusiones obtenidas de la investigación *Los principios de la justicia civil*, el cual propende por identificar –en perspectiva comparada– las diferentes manifestaciones de los principios estructurales de la justicia civil, lo cual permite discurrir sobre el adecuado equilibrio entre la justicia y la función del juez como responsable de dar el derecho. Se presentará, entonces, un análisis de cómo la independencia del juez está en directa relación con el principio de imparcialidad para la construcción adecuada de la justicia y la verdad en la decisión judicial.

## El cambio de paradigma sobre el uso del derecho y su reflejo en la independencia judicial

Como bien lo expresaba Cappelletti “es importante estudiar y conocer el derecho desde una visión amplia, no dogmática, para ver el derecho como un fenómeno real, parte esencial de la cultura y de la sociedad humana pues la dogmática tradicional quiere ver el derecho como pura norma separada de fenómenos sociales como: la economía, la política y la ética de la sociedad” (1994, p. 24).

No se trata, sin embargo, de discutir si el derecho nace desde la naturaleza o desde la cultura sino, como afirma Chaumet (2013, p. 52), de entender que –en todo caso– el derecho “es” en la cultura. Esto implica, según este juez, que la crisis de la cultura moderna nos convoca en medio de perplejidades jurídicas tales como: la ruptura de la racionalidad individual, la disolución del componente universalista, los efectos de la sociedad tecnológica, la modificación del sentido moderno del espacio y del tiempo y la aceleración de los cambios históricos, entre otros.

En esta perspectiva transformadora, un cambio importante para la cultura jurídica de mediados del siglo XX es la importancia que adquiere el ser humano, por el simple hecho de serlo y no porque se le asignen cualificaciones específicas en la ley, perspectiva de cambio en el derecho, y en la cultura, que va en contravía del pensamiento moderno inmediatista y utilitario.

Pertenece a esta perspectiva la tendencia de transformación hacia la protección de los derechos fundamentales “para toda la familia humana” como lo afirma la ONU, que delinea la visión de ciudadanía global, “hecho negado por el anclaje de tales derechos a las fronteras estatales de la ciudadanía y por los límites que les imponen las leyes contra la inmigración” (Ferrajoli, 2006, p. 119). Una perspectiva en el cambio de paradigma del derecho, bastante ilusoria dentro de la sociedad contemporánea y sus perspectivas globalizantes.

Desde otro punto de vista, no menos importante, la cultura jurídica se desdobra hacia la humanización del proceso, la cual “sólo puede lograrse llevando la atención del juez sobre el hecho, sobre la relación de hechos concreta, restituyendo la “prevalencia” a la búsqueda de los hechos sobre la aplicación de las normas jurídicas” (Cappelletti, 2001, p. 42). Asimismo hacia el fortalecimiento de las garantías constitucionales del proceso, que al decir de Taruffo (2010, p. 321), podrían ser entre muchas otras.

- Garantías del juez como la independencia externa e interna y la imparcialidad.
- Garantías de acceso de todos los ciudadanos a la tutela judicial, eventualmente a través de acciones colectivas.
- Garantías del proceso, rápido, simple y eficiente
- Garantías de las partes, derecho a la prueba directa o por defensa, al contradictorio efectivo y preliminar respecto de la decisión.
- Garantías de la decisión, como la justicia y la verdad del pronunciamiento, y la obligación de motivar la sentencia.
- Garantías de completitud en la tutela, como la disponibilidad de medidas cautelares y de formas de ejecución, que generen capacidad de asegurar siempre la tutela efectiva de los derechos

Es así que cuando evoluciona el paradigma jurídico, y cuando la sociedad adopta unas perspectivas culturales como las garantías constitucionales y la



humanización del proceso, se lleva a la función judicial a sus mayores desafíos. Dada la vertiginosidad con que crece la sociedad, deberá producir numerosas sentencias, que desde la legitimidad del ordenamiento jurídico pongan fin al conflicto y den por terminado el proceso, haciendo gala de cualidades complejas como la verdad, la justicia, la equidad social y la protección de los derechos fundamentales de todos los intervinientes.

Y en esta compleja perspectiva surge la pregunta: ¿puede considerarse al proceso judicial un legitimador social en evolución? Y la respuesta no puede ser otra que afirmativa.

Hoy prevalece la visión ampliada del derecho, en la cual confluyen lo político, lo social, lo filosófico, lo epistémico y lo jurídico. Transformación que ha sido bastante acelerada durante los últimos 20 años. Colombia, por ejemplo, lentamente asimilaba la perspectiva paradigmática del derecho como ley en un Estado liberal y de manera intempestiva, en 1991, asumió nuevas perspectivas constitucionales del derecho y el reto de componer un Estado social en contravía de la cultura hegemónica del país.

Es de subrayar que la función judicial, deja de ser tal, para consolidarse poco a poco como un verdadero tercer poder en la galería política, todo fundamentado en cuatro principios estructurales: independencia, publicidad, legalidad e imparcialidad.

Grandes retos para el juez, en este cúmulo de tensiones, para el acomodamiento social donde, según Rojas (2013), la búsqueda de la justicia no puede liberarse de las múltiples patologías sociales. Por ello el proceso replica los vicios y la problemática social, más de las veces que se quisiera. Y los datos lo confirman. Por ejemplo: actualmente Colombia se conoce como un país ineficiente pues “ocupa el lugar 95 entre 148 países según el indicador que mide la eficiencia del marco legal para resolver disputas. Esto contrasta con las posiciones de Malasia (18), Chile (29) y Panamá (61). Así mismo, ocupa el puesto 106 según el indicador que mide el grado de independencia judicial” (Índice de Competitividad Global 2013-2014 del WEF (*World Economic Fórum*). Igualmente, el LAPOP ha revelado que en Colombia el índice de confianza en el poder judicial está por debajo de 50% y la encuesta nacional realizada por Invamer-Gallup en 2014 puso en evidencia que el 79% de los colombianos tienen una imagen negativa y por lo tanto no confían en el sistema judicial colombiano.

Y los datos se recrudecen debido a los permanentes escándalos de los funcionarios. Es creciente, aún hoy, la politización de la Fiscalía General de la Nación que todavía no ingresa a carrera judicial para selección por méritos, lo que limita la operatividad transparente del sistema penal con temas como el *carrusel de las audiencias*. Han sido múltiples los casos de corrupción que han manchado al poder judicial en los últimos años. El mismo presidente de la Corte Constitucional, Jorge Pretelt Chaljub, se vio envuelto en un escándalo

millonario; y cuando la ética se resquebraja en la cúpula de la Corte Constitucional, se quiebra -por ley de gravedad- en todos los niveles el poder judicial con serios deterioros en la autoridad e integridad.

Es pues un dato objetivo que, mientras desde la doctrina y la jurisprudencia se traza el cambio de paradigma, los indicadores anuales de justicia, desde diversas fuentes, dan cuenta de que la administración de justicia en Colombia atraviesa una profunda crisis institucional con efectos negativos en una sociedad que cada vez confía menos en sus jueces.

En esta realidad es un imperativo para el poder judicial fortalecer su imagen y afianzar su trabajo, poniendo en evidencia las garantías de la justicia, en especial las garantías de un juez independiente e imparcial. En este sentido, y como lo expone Oteiza (2013, p. 203), son renovadas las reglas en materia del debido proceso y de la tutela efectiva de derechos en los textos constitucionales.

Es pues evidente la transformación del poder judicial, la justicia se desdobra en modelos culturales ideológicos, generalmente en posturas de convergencias y de divergencias. Estas ideologías no siguen un patrón de evolución, ellas avanzan y retroceden, se transforman, pero también se deforman. De ahí que sea necesaria una mirada por fuera de la concepción del procesalista estándar (Taruffo, 2013, p. 33)<sup>4</sup>.

El nuevo paradigma de las garantías constitucionales, y del proceso en perspectiva humanista, impone grandes retos a la independencia y a la imparcialidad del juez.

## **Independencia, imparcialidad y poder**

Con la inclusión de los tribunales constitucionales, hoy la independencia del juez se amplía desde el entorno político, podría decirse que incluso compite con él y, a veces, a través de los tribunales constitucionales, se le superpone, como es el caso colombiano a través de la Corte Constitucional.

Si los jueces se adscriben al Estado como parte de un servicio público -esto es, la función de administrar justicia- su dependencia política del ejecutivo y del legislativo es inminente, no así cuando se posiciona como un verdadero poder legítimo.

Con esta intención, en Colombia se creó el Consejo Superior de la Judicatura, una estructura burocrática para administrar la rama judicial, similar a la que funciona en España. Desafortunadamente sus orígenes políticos lo han llevado a ser foco de desprestigio con casos de impacto nacional<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> "El procesalista no parroquial, es decir, aquel que no mira solamente el interior de su propio ordenamiento, se da fácilmente cuenta de la gran variedad de modelos procesales, variedad que a menudo existe también en los mismos ordenamientos".

<sup>5</sup> El magistrado del Consejo Superior de la Judicatura (CSJ): Henry Villarraga presentó este sábado su renuncia, tras el escándalo desatado por un presunto favorecimiento a un militar,

Un buen ejemplo lo expone Sosa (2016) al referirse al poder judicial español:

El servicio público llamado administración de justicia funciona: sin satisfacer a muchos, pero funciona. Lo que no funciona, porque no existe, es el poder judicial. El Consejo General del Poder Judicial, aunque se esfuerza por ofrecer buena imagen de transparencia, se halla atrapado por las luchas partidarias y capturado por dos asociaciones de jueces. Su desprestigio entre los especialistas y ante la opinión pública es grande porque ha comprometido el valor más importante que debería haber cultivado, a saber, la independencia. (pp. 155-156)

Si los jueces están adscritos al Estado representando una vertiente del “poder”, específicamente el poder del ordenamiento jurídico y de la justicia, ellos mismos actúan de consuno o en contradicción con el ejecutivo y el legislativo en el desarrollo de políticas públicas, no sucumben a presiones, aportan en la tensión de las decisiones.

Esta es una posición necesaria en la independencia de los jueces. En la jurisdicción alemana, por ejemplo, aunque no se tiene un Consejo del Poder Judicial, al estilo España o Colombia, “el peso de los Ministros de Justicia (federal y federados) es determinante en la <administración de justicia>, pues son competentes a la hora de los nombramientos o de inspeccionar el funcionamiento de los tribunales y, en parte, a la hora de sancionar a los jueces tras un expediente” (Sosa, 2016, p. 158).

Ahora, cabe preguntar si con la perspectiva de los jueces independientes y con autogobierno ¿la función judicial, en el vértice de la pirámide –esto es las altas Cortes– debe ser nombrada por mecanismos políticos o por prácticas democráticas abiertas?

La respuesta, aunque contraria a la realidad, debería indicar que los nombramientos no deben estar supeditados al querer político del país por cuanto al decir de la Corte Constitucional:

La independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones, a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales (2011).

---

involucrado en falsos positivos, para que su caso pasara de la justicia ordinaria a la penal militar, en 2013 (<http://www.elpais.com.co/colombia/tras-escandalo-de-villarraga-debe-abolirse-el-consejo-superior-de-la-judicatura.html>).

También en 2015 se hicieron importantes señalamientos: desde el 2002, ese tribunal ha sobrevivido a cinco grandes intentos de eliminarlo (incluido el referendo del 2003) y su influencia en el Congreso se demuestra con el poco avance de las investigaciones contra sus magistrados, a pesar de casos tan escandalosos como el ‘carrusel’ de pensiones en la Sala Disciplinaria (<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/eliminacion-de-la-judicatura-los-escandalos/15283210>)

La falta de independencia del vértice de la pirámide judicial produce efectos que, de forma directa, impactan a la función de los jueces, entre las cuales se pueden mencionar por lo menos dos:

- El nombramiento político del vértice de la pirámide propicia fenómenos como el *trampolín político* puesto que los magistrados de las altas cortes, fácilmente, se lanzan para ser elegidos como miembros del legislativo o del ejecutivo (Laverde Palma, 2015); también genera los nombramientos circulares entre altas cortes, para favorecer incrementos pensionales (Periódico El Heraldó, 2014).
- En términos generales, el precedente de las altas cortes no es persuasivo sino obligatorio. De tal manera que si el vértice de la pirámide es independiente, los jueces de la base estarían adoptando precedentes con fuerza vinculante, en tanto si los magistrados del vértice son nombrados con vulneración de la independencia de la rama judicial, sería la tendencia política la que quedaría plasmada en los precedentes. Se propiciaría lo que Taruffo (2009) ha descrito como “la recurrente y nunca agotada tendencia del poder político a someter la judicatura a su propia voluntad y a sus propias elecciones, para hacer que los jueces no sean más que ejecutores de la voluntad política” (2009, p. 55).

Por tanto, el vértice de la pirámide judicial, y su independencia, es un asunto clave para fortalecer la independencia de los jueces, del gobierno de turno. Es ya suficiente con la dependencia económica para obtener el presupuesto de funcionamiento o con las limitaciones para determinar el número de plazas de jueces. Esta tensión administrativa es dirimida año tras año, pero la tensión de un vértice que impone sus decisiones “con preferencias políticas” sobre los demás miembros del poder judicial, puede llevar a la fractura permanente de la independencia.

Por último, aunque no menos importante, es el intento de resquebrajamiento del principio de independencia, que sufren los jueces con la opinión permanente, y a veces incisiva, de los medios de comunicación sobre sus decisiones.

A pesar del impacto negativo, que en algunos casos propicia la crítica de los periodistas, no puede negarse que este es un espacio también para la reflexión y para la conciencia pública<sup>6</sup> sobre lo que ocurre en el medio judicial.

<sup>6</sup> Un caso icónico en Colombia, es el caso de Andrés Colmenares en el cual, en febrero de 2017, fueron absueltas las procesadas. La prensa saca un artículo criticando la decisión y destacando que “La Fiscalía ha insistido en que Colmenares fue asesinado y que no murió accidentalmente, como argumenta la defensa de los señalados. Entre otras cosas, el ente investigador dice que las lesiones que presentaba el joven no corresponden a una simple caída”. (<http://noticias.caracoltv.com/bogota/absuelven-laura-moreno-y-jessy-quintero-en-caso-de-luis-andres-colmenares>). En igual sentido, los comentarios por el proceso contra Andrés Arias, “El exministro que aspiraba a seguir el legado del expresidente Álvaro Uribe insiste en su inocencia. En diálogo con El País, desde Estados Unidos donde busca asilo político, aseguró que la Corte “actuó como un partido político” y se ensañó con él por el hecho de haber servido

Como expone Merino:

La Corte IDH (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2012, p. 2), ha entendido el derecho de acceso a la información pública como un elemento fundamental para el funcionamiento de sistemas democráticos, debido principalmente a que es (i) un requisito indispensable para el control ciudadano del funcionamiento del Estado y la gestión pública, (ii) un medio para el ejercicio informado de los derechos políticos por parte de los ciudadanos y (iii) un instrumento para el ejercicio de otros derechos humanos, especialmente, de los grupos vulnerables pues les permite conocer el alcance y ámbito de los derechos de que son titulares, el cual es un presupuesto para su pleno goce y ejercicio (2012).

El principio de independencia judicial y el principio de libertad de expresión permanecen en tensión, la cual debe ser ponderada por los jueces según el caso, el contexto y las circunstancias que rodeen el juicio. Es de especial cuidado este equilibrio en un país como Colombia donde, de manera permanente, coexisten dos o más sistemas jurídicos, tanto en lo sustancial como en lo procesal. La labor ordinaria de los jueces, en forma cotidiana, se entrelaza con asuntos que corresponden a:

- La jurisdicción indígena.
- La justicia penal militar.
- La jurisdicción de paz -orientada por legos en derecho- (Ley 975, 2005).
- La justicia de restitución de tierras -antesala de la justicia transicional- (Ley 1448, 2011).
- Los acuerdos de paz que están formulando unas propuestas de justicias en transición (Periódico El Tiempo, 2015).
- Los derechos colectivos sobre los derechos de los particulares.
- Los intereses de difusión y el desarrollo sostenible, entre otros.

Es un ámbito de mayor complejidad que invita al juez a la construcción de hermenéuticas más amplias y más flexibles que aquellas utilizadas de manera tradicional.

Como expone Villa (2013, p. 302) la lógica tradicional de la aplicación del derecho que se acentúa en la hiperinflación normativa no es suficiente para resolver los conflictos sociales contemporáneos. Problemas de orden global como el calentamiento global, el manejo de sustancias tóxicas, el uso no regulado de pesticidas, la destrucción de los recursos no renovables por las empresas mineras legales o no, el desarrollo sostenible, el derecho fundamental al

---

y defendido al Gobierno Uribe” (<http://www.elpais.com.co/colombia/en-mi-caso-la-corte-suprema-de-justicia-actuo-como-un-partido-politico-andres-felipe-arias.html>).

agua y la disminución de la contaminación, entre muchos otros, requieren de un juez independiente.

En conclusión, la independencia de los jueces es una cualidad estructural del poder judicial para que los desequilibrios entre los poderes económicos, la industrialización y las políticas públicas del Estado nación, sean sopesados con respecto del ordenamiento jurídico, del entorno y de los intereses de la sociedad, pero en coherencia con el desarrollo sostenible, con las políticas del milenio y con los fines constitucionales.

## **Aproximación al principio de independencia en relación con la verdad y la imparcialidad en el proceso**

Sería plausible afirmar que, para la sociedad contemporánea, en la decisión del juez es tan importante la justicia como la verdad pues, en realidad, estos valores son interdependientes: no puede haber justicia sin verdad y viceversa.

Para acercarse al concepto de verdad, la cultura jurídica ha consentido permanentemente en confundir y entremezclar términos que por naturaleza son disímiles y, a veces, contradictorios. Indistintamente se habla de certeza, realidad y credibilidad, como si se hablara de verdad, lo cual ha sido explicado claramente por Taruffo como un error (2010, p. 102).

Se ha sustentado la importancia de un juez independiente, pero este juez, para atender a la decisión justa y verdadera, debe comprender la dificultad de los fenómenos de la realidad que se vierten en el proceso, los cuales tienen una estrecha relación con la percepción que se tiene de los bienes de la vida. En términos de Cappelletti, hoy se requiere "una magistratura sana y preparada, que explique su función con la publicidad más abierta y con la fe y la confianza del público" (2002, p. 22).

Desde el ámbito del sujeto, la independencia permea la imparcialidad, como la capacidad que este tiene para entenderse a sí mismo, para entender su contexto y para entender el mundo y la sociedad a la cual pertenece.

En este sentido, afirma la Corte Constitucional (2011) que la imparcialidad:

Se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas

y la vigencia de sus derechos. Este principio se debe entender en una doble dimensión: (i) subjetiva relacionada con <la probidad y la independencia del juez, de manera que éste no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto>; y (ii) objetiva, <esto es, sin contacto anterior con el *thema decidendi*, “de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto>.

Asumir esta perspectiva responsable frente al proceso tiene directa relación con la cultura y con las complejas subestructuras sociales que adopta una sociedad: la religión, la familia, el trabajo, la espiritualidad, la amistad, el amor, la economía y el derecho, entre otras.

Esta dimensión del derecho responde a cada estructura social que le ha dado forma. Así como en el ámbito religioso son profundas las diferencias entre el catolicismo, el hinduismo, el budismo, el taoísmo, los protestantes o los ortodoxos, de igual manera, el poder judicial se diversifica y recompone. Pero hay elementos transversales a las diversas manifestaciones de la cultura jurídica occidental, una de ellas es la justicia y otra la verdad, como elementos necesarios de la decisión, aunque puedan tener concepciones diferentes, son convocados.

Definir que la verdad equivale a una relación directa entre hechos ocurridos y hechos percibidos, puede ser una ruta viable, especialmente bajo el criterio de verdad como correspondencia o como coherencia. Sin embargo, esta ruta también puede llevar al intérprete al embudo de las realidades de nuevo. Pues los hechos internos tienen que ver con la comprensión y el querer, en tanto los hechos exteriorizables se relacionan con el mundo, con la sociedad y con el uso que ha dado la ciencia a los bienes de la vida.

He ahí la importancia de acatar el principio de legalidad, que en un Estado social de derecho, como el colombiano, ha sido entendido como una expresión de “racionalización del ejercicio del poder” (Corte Constitucional, 2006), de donde es necesario que el juez someta su actuación a norma previa, expresa y vigente, y que en la ejecución de su labor se sustente en la prueba.

No es por tanto de extrañar que en la realidad, cada vez con más fuerza, el juez se apoye en la confiabilidad de la prueba a partir de la ciencia, incluso en el proceso y la decisión judicial. Teléfonos, sillas, camas, medicamentos, ropa climática, mesas ergonómicas, materiales sintéticos, materiales inmortales, materiales naturales y materiales flexibles, entre otros, son transportados e interpretados en causas judiciales y sobre ellos -en múltiples ocasiones- debe decidir el juez. A esta nueva perspectiva procesal se agrega la tecnología que evoluciona aceleradamente, en pocos años se pasó de tener un teléfono de mesa para toda una familia, a tener un celular de alta tecnología por cada sujeto.

Por ejemplo, estudiar en un proceso un lapicero como herramienta utilizada para ocasionar lesiones en el cuerpo de un sujeto, puede tener múltiples miradas. Desde la física tradicional se puede afirmar que su forma, peso, consistencia y materiales lo hacen idóneo para matar. Sin embargo, ese mismo lapicero estudiado a través de los principios de la mecánica o de la física cuántica, se mediría como un conjunto de átomos que gravitan, unos alrededor de otros, y que por tanto en el acto de lesionar su comportamiento natural sería traspasar la materia. Por ello el lapicero desde los principios de la física cuántica, no es un elemento idóneo para matar.

¿Cómo se entiende que un lapicero desde la física tradicional responda a leyes como la materia y el color, en tanto, desde la física cuántica responda a propiedades de inmaterialidad, flotación y capacidad para traspasar estructuras sólidas?

De acuerdo a estos enunciados, que no pretenden una postura científica sino un acercamiento a la complejidad del concepto realidad, sería plausible sostener que el mundo social, al estar conformado por capas, tiene “realidades”, no una realidad.

Pero ni el derecho ni el juez, están interesados en la multiplicidad de posturas que puedan derivarse de un hecho social. Si ello fuera así, el proceso estaría dependiendo de conceptos como *verdad relativa*, totalmente inútil al momento de construir una decisión justa y verdadera y esto por varios motivos, entre ellos:

- Empuja a la disciplina jurídica a un desprestigio profesional, porque da a entender que el método de trabajo y de búsqueda de la verdad para solucionar el litigio en el proceso podría, indiscriminadamente, girar hacia cualquiera de las peticiones de las partes.
- Propone un absurdo para la decisión judicial, que aunque pudiera construirse desde el principio de independencia judicial, vagaría en el vacío conceptual.

Algo similar ocurre cuando se aborda el concepto de certeza, un estado mental que se vincula directamente con la convicción. La certeza lleva al sujeto a una vivencia personal de creencia y de fe, no compatible con los objetivos del proceso judicial.

La certeza como convicción es una categoría mental, que puede ser útil a las personas que necesitan explicación espiritual, la necesidad de adoptar conceptos sobre el cómo y el por qué ocupan un lugar en el mundo o en el universo. La convicción moral permite reflexiones al ser humano, solo y abrumado, y por ello la fe y las creencias cumplen un papel social importante.



Por lo expuesto, la certeza, es incompatible con el derecho que se discute en el proceso, es incompatible con la decisión justa y verdadera y es incompatible con la independencia del juez.

La decisión de un juez independiente, no la suscita la convicción "íntima" del antiguo régimen, sino una convicción racional. La decisión justa y verdadera entiende el contexto específico del caso en estudio (de los miles que pueden llegar al juez). De una parte justifica, es decir, presenta la decisión con argumentos adecuados para que se legitime al exterior de la sociedad bajo el principio de publicidad, de democracia y de imparcialidad. De otra parte, la decisión se construye con elementos del derecho como son la valoración de la prueba que fortalece la imparcialidad del juez y decide a partir de una fórmula tomada del ordenamiento jurídico, que le da legitimación interior y que facilita a las partes impugnar. Este es un acto complejo, pero garante e independiente. Si ello es así, la decisión justa y verdadera también puede ser verosímil, pues se trata de una cualidad de creíble, de normalidad.

Como explica Taruffo (2010, p. 103), lo verosímil tiene varias implicaciones que deben tenerse en cuenta para calificar una decisión de verdadera y verosímil. La primera es que la verosimilitud es un enunciado relativo a la normalidad de un cierto evento, por tanto, se requiere de un conocimiento de fondo relativo a la normalidad de lo que se estudia y, la segunda, es que la verosimilitud no es necesariamente correspondiente o coincidente con la verdad. Pero pueden serlo.

La decisión del juez independiente también tiene en cuenta la probabilidad, que permite anticipar un resultado, pero con metodologías más precisas que el sentido común.

Ello porque el empleo de la probabilidad lógica acerca la discusión de la causa a marcos objetivos. Si la decisión judicial se fundamenta en la mayor probabilidad de ocurrencia de los hechos, de acuerdo a las pruebas recaudadas y controvertidas en el proceso, esta se entenderá por el colectivo como una decisión no personal y, por tanto, objetiva, pues el juez en ella, está midiendo rangos de posibles ocurrencias.

Y si ello es así, el juez que fortalece su decisión con argumentos de probabilidad, fortalece el principio de imparcialidad, pues queda plasmado en el proceso que el juez, haciendo uso de su independencia de criterio, se esfuerza por plasmar argumentos objetivables, esto es, probables. Bien a partir del principio de la universalidad del ordenamiento jurídico, bien de los criterios discrecionales que hacen parte de las garantías judiciales del juez independiente.

En esta perspectiva, la imparcialidad, es un principio que califica al juez como un sujeto procesal objetivo, que no tiene un interés diferente en el proceso, que atender a un criterio de justicia y de verdad. Por tanto, la imparcialidad

tiene directa relación con el principio de independencia, pues un juez no puede ser independiente si tiene alguna relación o interés con el proceso o con una persona que es parte.

Conforme a lo hasta aquí relacionado, la función de la prueba gira en torno a la imparcialidad e independencia de la decisión y se fundamenta en dos principios constitucionales que, a la vez, se consideran garantías: el debido proceso probatorio y el principio de publicidad.

El debido proceso probatorio se compone de una serie de subprincipios que llevan la actividad del juez hacia la consecución de decisiones justas e impide que el juez obtenga la verdad sobre los hechos a cualquier costo o por cualquier medio, de tal forma que la decisión final del juez no puede sustentarse en percepciones no objetivables.

Cuando el juez independiente es respetuoso del debido proceso, sustenta su decisión en los datos y en los conocimientos obtenidos a través de las diversas pruebas, esto hace parte del principio de publicidad, porque permite entre los sujetos procesales la contradicción o una relación dialéctica adecuada, con el fin de fortalecer los criterios de verdad y de justicia. Este principio tiene por lo menos dos perspectivas: de una parte la perspectiva material del principio de publicidad, que se relaciona con la dialéctica en el proceso. De otra parte, la formal que tiene que ver con el derecho a un proceso abierto, público y no secreto. La dimensión material del principio de publicidad surge del Estado como modelo político democrático en el cual «el poder se ejerce y el derecho se origina de manera discursiva», en esta medida la dimensión material del principio de publicidad tiene una relación interdependiente con otros principios constitucionales: el principio democrático, el de derecho de acceso a la administración de justicia, el de legítima defensa y el de contradicción.

Sobre el principio de publicidad, la Corte Constitucional (2013) ha sostenido que es:

Uno de los elementos esenciales del debido proceso. Los artículos 209 y 228 de la C.P., lo reconocen también como uno de los fundamentos de la función administrativa. La jurisprudencia ha considerado que este principio no es una mera formalidad, ya que consiste en dar a conocer, a través de publicaciones, comunicaciones o notificaciones, las actuaciones judiciales y administrativas a toda la comunidad, como garantía de transparencia y participación ciudadana, así como a las partes y terceros interesados en un determinado proceso para garantizar sus derechos de contradicción y defensa, a excepción de los casos en los cuales la ley lo prohíba por tratarse de actos sometidos a reserva legal. La realización del principio de publicidad, considerado como un mandato de optimización que depende de las posibilidades fácticas y jurídicas concurrentes, compete al legislador y varía de acuerdo con el tipo de actuación. Asimismo, requiere de las autoridades y de la administración, una labor efectiva y diligente para alcanzar el objetivo de dar a conocer el contenido de sus decisiones a los ciudadanos.

Si esto es así, puede decirse que, al igual que la imparcialidad, la publicidad es un principio de gran impacto en la independencia del juez y la decisión justa y verdadera.

Por ello, Ramírez (2009, p. 146) afirma que es a través del principio de publicidad que se «realiza» el debido proceso probatorio, pues este principio se relaciona con el conocimiento adquirido por el juez sobre el litigio, con la argumentación y con la justificación de la decisión judicial, y es debido a esto que el principio de publicidad fortalece la transparencia de la función jurisdiccional.

La publicidad se convierte en un verdadero marco de garantías para la actividad del juez, llevándola al dominio de lo «objetivable». Y si ello es así, el principio de independencia adquiere nuevos elementos pues, como expone Buriel:

Estamos frente a un proceso que tiene como base la superación de las concepciones privatistas, habiendo un reforzamiento de la publicización del proceso, donde los jueces o magistrados velan por la realización del contradictorio, asumiendo una actitud activa al conducir el disenso para garantizar un desarrollo cooperativo del procedimiento como un diálogo entre los participantes de la relación. La decisión entonces deja de ser un producto solitario del juez, para ser construida mediante el diálogo con los sujetos del proceso (2016, pp. 34-35).

Entonces, el juez como funcionario público al servicio del poder judicial, prioritariamente está directamente relacionado con los principios que le impone la Constitución –independencia, imparcialidad, legalidad, publicidad-, y a través de ellos materializa las decisiones judiciales con cualidades de justicia y de verdad.

La independencia es un principio ícono del juez contemporáneo. Por su estrecha relación, a través de los últimos decenios, con el poder del Estado, se le dio una caracterización tradicional de separación del poder político y de la misma pirámide judicial. No obstante, por lo aquí expuesto es posible concluir que el juez siempre va a tener independencia con el poder ejecutivo, con el poder legislativo y con el vértice de la pirámide judicial. En el mismo sentido, la actividad del juez tendrá permanente relación con los medios de comunicación, en sentido de control social.

Estos principios de la función judicial son todos necesarios, aunque no se cumplan en sentido pleno, para que el juez, desde su independencia, pueda motivar con justicia y verdad su decisión.

## Método

La investigación se basa en un método de investigación analítico-descriptivo, en donde se utilizará la inducción como mecanismo válido en el entendimiento de los resultados encontrados. Para los métodos analíticos de investigación jurídica se utiliza, además, una metodología documental en la que se fundamenta la exploración con base en rastreos jurídicos, dogmáticos y jurisprudenciales bajo el enfoque cualitativo. Para este estudio comparado se utilizarán las técnicas de recolección de información con diferentes estrategias de observación y reflexión sistemática con el fin de posicionar y analizar diferentes verificaciones fácticas. Las fuentes serán normativas, doctrinarias y jurisprudenciales.

La metodología de trabajo realiza además una perspectiva comparada entre los países objeto de estudio. Las referencias utilizadas en el estudio comparado son culturales y normativas.

## Resultados

Los resultados dan cuenta del estado del arte del problema de investigación, que consagra el análisis de los principios de independencia, imparcialidad y cualificación del juez, igualdad de las partes, el contradictorio y los poderes del juez en un derecho eminentemente publicista como el colombiano.

## Conclusiones

Resulta importante estudiar y diferenciar los principios que hacen parte de la función pública de administrar justicia. Pero tal vez es más importante determinar el sensible equilibrio que subyace entre ellos, para finalmente obtener una decisión justa y verdadera.

Indudablemente el principio de independencia fortalece al juez y a la función judicial, además establece la ruta para la decisión en justicia. Esta es la evolución del proceso hacia una estructura más cooperativa; y de la decisión como un acto democrático de construcción colectiva y no como un acto de poder, en solitario, realizado solo por el juez.

La legalidad, la imparcialidad y la publicidad, como principios de la función judicial son todos necesarios, aunque no se cumplan en sentido pleno, para que el juez, desde su independencia, pueda motivar con justicia y verdad su decisión.

## Referencias

- Buril, L. (2016). *Onus da prova e sua dinamizacao*. Salvador Bahia: JusPODIVM.
- Cappelletti, M. (1994). *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanea*. Bologna: Il Mulino.
- Cappelletti, M. (2001). *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil*. Buenos Aires: Librería Editora Platense.
- Chaumet, M. (2013). Crisis de la cultura continental moderna y proceso. En M. Bustamante (ed.). *Proceso judicial y cultura, una mirada global*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1448 de 2011 por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial 48096 de junio 10*.
- Congreso de la República de Colombia. (2005). Ley 975 de 2005 por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. *Diario Oficial 45980 de julio 25*.
- Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1592 de 2012 por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial 48633 de diciembre 3*.
- Corte Constitucional. (2011). *Sentencia C 600 del 10 de agosto*. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. (2013). *Sentencia C 012 del 23 de enero*. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.
- Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. En L. Ferrajoli. *Cuestiones Constitucionales*. México: Editorial UNAM.
- Índice de competitividad Global 2013-2014 del World Economic Fórum (WEF). (2014). Proyecto de Opinión Pública para América Latina. Recuperado de: <https://www.weforum.org/reports/global-competitiveness-report-2013-2014>

- Laverde, J. (2015). Gaviria o la estética en la política. *Periódico El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/gaviria-o-estetica-politica-articulo-552678>
- Merino, R. (2012). *Cuadernillo Temas Emergentes Acceso a Información Pública y Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Instituto Nacional de Derechos Humanos
- Noticias Caracol. (2017). Absuelven a Laura Moreno y a Jessy Quintero en caso de Luis Andrés Colmenares. Recuperado de: <http://noticias.caracol-tv.com/bogota/absuelven-laura-moreno-y-jessy-quintero-en-caso-de-luis-andres-colmenares>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. [S. L]: ONU
- Oteiza, E. (2013). América Latina. Cultura y proceso civil. En M. Bustamante (ed.). *Proceso judicial y cultura, una mirada global*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín.
- Periódico El Herald. (2014). Por 'puerta giratoria' Consejo de Estado tumba a otro magistrado de la Judicatura. Recuperado de: <https://www.elheraldo2014.co/nacional/tumban-otro-magistrado-de-la-judicatura-por-puerta-giratoria-173623>
- Periódico El País. (2013). Tras escándalo de Villarraga, ¿debe abolirse el Consejo Superior de la Judicatura? Recuperado de: <http://www.elpais.com.co/colombia/tras-escandalo-de-villarraga-debe-abolirse-el-consejo-superior-de-la-judicatura.html>
- Periódico El País. (2016). En mi caso, la Corte Suprema de Justicia actuó como un partido político: Andrés Felipe Arias. Recuperado de: <http://www.elpais.com.co/colombia/en-mi-caso-la-corte-suprema-de-justicia-actuo-como-un-partido-politico-andres-felipe-arias.html>
- Periódico El Tiempo. (2015). Así quedó el modelo de justicia para la paz acordado con las Farc. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16459330>
- Periódico El Universal. (2013). Crece escándalo del 'carrusel de audiencias'. Recuperado de: <http://www.eluniversal.com.co/colombia/crece-escandalo-del-carrusel-de-audiencias-139027>
- Periódico Vanguardia Liberal. Fiscalía colombiana inicia investigación de escándalo en Corte Constitucional. Recuperado de: [www.lavanguardia.com/economia/20150304/54428721422/fiscalia-colombiana-inicia-investigacion-de-escandalo-en-corte-constitucional.html](http://www.lavanguardia.com/economia/20150304/54428721422/fiscalia-colombiana-inicia-investigacion-de-escandalo-en-corte-constitucional.html)

- Ramírez, D. (2009). *La prueba de oficio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Revista Semana. (2013). Corrupción en la justicia colombiana. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/corrupcion-justicia-colombiana-caso-villarraga/363378-3>
- Rojas, J. (2013). Reflexiones sobre la incidencia de la lógica del mercado en la prueba pericial en el derecho Colombiano. En M. Bustamante (ed.). *Proceso judicial y cultura, una mirada global*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín.
- Sosa, F. (2016). *La independencia del juez: ¿una fábula?* Madrid: Editorial la Esfera de los Libros.
- Taruffo, M, (2009). *Páginas sobre Justicia Civil*. Barcelona: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010). Riflessioni su garantismi e garanzie. En A. Hernández (ed.). *Garantismo y Crisis de la Justicia*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín.
- Taruffo, M. (2010). *Simplymente la verdad*. Barcelona, Marcial Pons, 2010.
- Taruffo, M. (2013) Ideologías y teorías de la justicia civil. En M. Bustamante (varios autores). *Proceso judicial y cultura, una mirada global*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín.
- Villa, H. (2013). Cultura medioambiental y derecho procesal. En M. Bustamante (ed.). *Proceso judicial y cultura, una mirada global*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín.





# Arbitragem coletiva no Brasil

*Ana Luiza Nery<sup>1</sup>*

## Resumo

Este artigo discute a possibilidade de submeter à arbitragem conflito envolvendo direitos metaindividuais. Como premissa, é necessário examinar as variadas concepções de arbitrabilidade do litígio, com especial dedicação ao tema da arbitrabilidade objetiva, aos critérios legais da disponibilidade e da patrimonialidade do direito, e aos temas sensíveis que já são objeto de arbitragem tanto em nosso sistema legal e no direito estrangeiro em que se incluem os direitos transindividuais.

**Palavras-chave:** arbitragem, direitos coletivos, arbitrabilidade, arbitragem coletiva.

---

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada sócia do escritório Nery Advogados. [ana.nery@neryadvogados.com.br](mailto:ana.nery@neryadvogados.com.br)

## Arbitration conference in Brazil

### Abstract

This article discusses the possibility of submitting the dispute which involves collective rights to class arbitration. Therefore, it's necessary to exam the varied conceptions of the litigation's arbitrability, with special dedication to the subject of objective arbitrability, to the legal criteria of the litigation's availability and patrimoniality, and to thematics that currently are subjects of arbitration both in Brazil and Foreign Law, which includes collective rights.

**Key words:** arbitration, group rights (collective rights), arbitrability, class arbitration.

## Conferencia de arbitraje en Brasil

### Resumen

En este artículo se discute la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos sobre derechos colectivos. Como premisa, es necesario examinar los diversos conceptos de arbitrabilidad de la controversia, con especial dedicación a la cuestión de la arbitrabilidad objetiva, los criterios legales de disponibilidad y patrimonialidad del derecho, y los temas sensibles que ya están sujetos a arbitraje, tanto en el sistema legal brasileño y la ley extranjera, que incluyen los derechos colectivos.

**Palabras clave:** arbitraje, derechos colectivos, arbitrabilidad, arbitraje colectiva.

## Introdução

Este artigo discute a possibilidade de submeter à arbitragem conflito envolvendo diretos metaindividuais. O problema está inserido no contexto do grande tema da arbitrabilidade objetiva, pois versa sobre a extensão hermenêutica do artigo 1.º da Lei de Arbitragem Brasileira que fixa os critérios para identificar as matérias que podem ser levadas ao julgamento de árbitros.

De outro lado, expõe as dificuldades que se enfrenta para assegurar esse tipo de tutela jurídica à sociedade brasileira considerando a ausência de regulamentação legal específica sobre o tema. Esse trabalho volta-se para o fim preciso de perquirir como o instituto da arbitragem coletiva pode ser mais uma forma de acesso à justiça, permitindo o regular desenvolvimento, o resguardo e a tutela plena dos direitos transindividuais.

## Arbitrabilidade coletiva

### A questão da arbitrabilidade objetiva

Como é cediço, o objeto da arbitragem será formado pela pretensão da parte, fundada em causa de pedir que, integrados, o distingue dos outros possíveis, fixando o âmbito sobre o qual se produzirá a coisa julgada (Montero Aroca & Esplugues Mota, 2011).

O artigo 1.º da Lei de Arbitragem Brasileira estabelece que os “*litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*” serão passíveis de submissão à arbitragem. Quando se fala em inarbitrabilidade de determinado conflito, geralmente se está diante de disputa que envolve direitos ditos “indisponíveis”, face à limitação legal contida no artigo 1.º da Lei de Arbitragem Brasileira que estabelece serem passíveis de arbitragem apenas “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Nas hipóteses em que se permite a resolução por arbitragem de matérias de interesse público que poderiam gerar conflitos sobre direitos considerados, *prima facie*, “indisponíveis”, os fundamentos doutrinários para embasar tal entendimento são, basicamente, três: a) previsão legal autorizando a instituição de arbitragem sobre determinada matéria (Lima, 2010); b) permissão legal para contratação sobre determinada matéria, cuja interpretação extensiva levaria à possibilidade de arbitrabilidade do litígio envolvendo tal matéria (Carmona, 2009) e c) inexistência de expressa vedação legal à arbitrabilidade da matéria (Junior et al, 2011; Alem & Junior, 2008).

Em outros sistemas legais, pode haver alguma especificidade na lei que leve a outra interpretação da arbitrabilidade objetiva do litígio. Nos ordenamentos

jurídicos estrangeiros, o tema da arbitrabilidade objetiva pode ser agrupado em três grandes categorias (Hanotiau, 2002).

A primeira categoria seria a das legislações mais liberais, em que a arbitrabilidade é concebida como um princípio e em que se adota o critério da patrimonialidade para declarar a arbitrabilidade do litígio. É o caso das legislações norte-americana e suíça<sup>2</sup>. Iguamente, a lei alemã considera serem arbitráveis todas as questões relativas a interesses patrimoniais, consoante estabelece o ZPO § 1030 (Código de Processo Civil alemão)<sup>3</sup>.

A segunda seria a dos sistemas jurídicos nos quais o legislador estabeleceu expressamente quais são as matérias não arbitráveis. Nessa categoria, se encontram a Bulgária, em cujo sistema está ressalvada a arbitrabilidade de direitos reais e trabalhistas, e a China, que exclui da arbitragem os litígios administrativos e os relativos a direitos de família<sup>4</sup>. Trata-se da inarbitrabilidade *ex lege*, ou seja, o estabelecimento de rol taxativo de direitos cuja arbitrabilidade é vedada expressamente por lei. De fato, tal sistema contribuiria para a diminuição dos questionamentos para se identificar a possibilidade ou não de submissão de determinado conflito à via arbitral (Barrocas, 2013).

A terceira categoria seria a dos sistemas jurídicos que definem a arbitrabilidade a partir de critérios vagos, como a disponibilidade ou a transigibilidade do direito, ou, ainda, que a questão relevante se refere à ordem pública. Esses são os sistemas legislativos mais numerosos<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> A esse respeito, vide a redação do artigo 177, alínea 1 da lei suíça sobre direito internacional privado (Loi Fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé – état le 1<sup>er</sup> janvier 2011): “Toute cause de nature patrimoniale peut faire l’objet d’un arbitrage” (Tradução livre: “Toda causa de natureza patrimonial pode ser objeto de arbitragem”) (Hanotiau, 2002).

<sup>3</sup> Com efeito, na legislação alemã, o § 1030 do Código de Processo Civil (Zivilprozessordnung – ZPO) versa sobre a questão: “Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nichtvermögensrechtliche Ansprüche hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen” (Tradução livre: “Toda causa de natureza patrimonial pode ser objeto de convenção de arbitragem. Uma convenção de arbitragem sobre causas de natureza não patrimoniais produz efeitos jurídicos quando as partes são livres para transigir sobre o objeto do litígio”).

<sup>4</sup> Sobre o tema, confira o artigo 2.º da lei búlgara de 5 de agosto de 1988: “Les litiges relatifs aux droits réels ou à la possession d’un immeuble ou à des rapports de travail ne peuvent pas être l’objet d’un arbitrage” (Tradução livre: “Os litígios relativos aos direitos reais ou à posse de um imóvel ou relacionados a direitos trabalhistas não podem ser objeto de arbitragem”).

Na legislação chinesa, é o artigo 3.º da lei de 31 de agosto de 1994 que trata do tema: “Le recours à l’arbitrage n’est pas autorisé pour les différends suivants: 1) les différends concernant le mariage, l’adoption, la tutelle, la reconnaissance et les succession; 2) les différends administratifs qui doivent, selon la loi, être soumis à des autorités administratives” (Tradução livre: “A utilização da arbitragem não é autorizada para os seguintes disputas: 1) as disputas relativas ao casamento, à adoção, à tutela, ao reconhecimento [ações constitutivas e desconstitutivas de relação jurídica] e à sucessão; 2) as disputas administrativas que devem, por lei, ser submetidas às autoridades administrativas”) (Hanotiau, 2002).

<sup>5</sup> É o caso do direito francês, que permite às partes firmar compromisso sobre os direitos sobre

É insuficiente o critério da disponibilidade do direito para indicar a arbitrabilidade de um conflito (Hanotiau, 2002). Em verdade, o critério legal de fixação da arbitrabilidade objetiva deveria ser mais simples, como o de natureza patrimonial do direito (que remeteria à primeira categoria de sistemas legislativos por ele enumerada), que levaria à inarbitrabilidade apenas das causas de natureza extrapatrimoniais (Caramelo, 2011).

O sistema jurídico brasileiro se encontraria na terceira categoria; isto porque o artigo 1.º da Lei de Arbitragem Brasileira estabelece que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Com efeito, este dispositivo legal fixa dois critérios para a definição do tipo de *litígio que é arbitrável*. São eles a patrimonialidade e a disponibilidade do direito. A opção da lei especial brasileira, portanto, não foi pela definição do que *não é* arbitrável, e sim do que é, respeitados os critérios acima mencionados.

Tratemos, pois, dos critérios legais de arbitrabilidade objetiva.

## Patrimonialidade do direito

O primeiro critério legal para a definição da arbitrabilidade do direito seria sua patrimonialidade. O critério da patrimonialidade refere-se se o direito é passível, ou não, de valoração pecuniária. Os direitos extrapatrimoniais compreendem o direito à vida, à liberdade, à integridade física, ao nome, à honra, à intimidade. São direitos que protegem caracteristicamente interesses de natureza moral, não possibilitando ao titular extração de utilidades econômicas, pelo menos, em princípio (Mattos Neto, 2005).

O caráter de extrapatrimonialidade não exclui a possibilidade de o titular do direito auferir vantagem econômica, se houver lesão da qual resulte dano. Nesse caso, o dano produz um direito patrimonial ao ofendido consubstanciado na indenização. A indenizabilidade do dano moral é matéria

---

os quais tem livre disposição: “Les Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition” e as proíbe de se comprometer sobre as questões de estado, de capacidade das pessoas, sobre as relativas ao divórcio e à separação de corpos ou sobre as que interessam à coletividade e aos estabelecimentos públicos: “On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre” (CC Francês 2059 e 2060, respectivamente). Em virtude da previsão legal sobre a arbitrabilidade relacionada à ordem pública, a doutrina francesa fala de uma “ordem pública arbitral” (Racine, 2014).

O CPC Libanês 762 estabelece que somente os litígios suscetíveis de transação é que podem ser objeto de arbitragem. Redação semelhante era a do CPC/1973 1072, revogado pela LArb, vigente, portanto, até o advento da lei especial brasileira. A terminologia ligada à transigibilidade do direito era menos técnica do que o conceito de disponibilidade.

pacífica hodiernamente no direito brasileiro, cuja cristalização se deu mormente a partir da CF.

Das relações jurídicas desses direitos, podem haver consequências econômicas (patrimoniais), como direito à sucessão e a alimentos, sem que por isso percam a sua natureza extrapatrimonial (Trabucchi, 1993).

Os direitos patrimoniais compreendem os direitos reais, direitos autorais e os pessoais. Estes se subdividem em direitos de crédito, ou obrigacionais, certos direitos de família e de sucessões. Todos os direitos reais são patrimoniais. Entretanto, há direitos pessoais de natureza extrapatrimonial: os direitos puros de família. Os direitos autorais agrupam os direitos produzidos pelo espírito humano: obra literária, artística, científica, criação de software.

A relevância da classificação dos direitos quanto à apreciação econômica reside na condição de transmissibilidade dos direitos patrimoniais e intransmissibilidade dos extrapatrimoniais. A transmissão permite que o direito circule economicamente nas esferas jurídico-patrimoniais das pessoas. O direito transmissível serve ao comércio jurídico. Os direitos patrimoniais, reais e pessoais, são transmissíveis por excelência. Alguns, em virtude de sua finalidade, são intransmissíveis, como os direitos reais de uso e de habitação.

Há parcial sobreposição entre esse parâmetro e o da indisponibilidade: alguns interesses jurídicos cujo reconhecimento e satisfação exigem necessariamente a intervenção do juiz revestem-se de caráter não-patrimonial. Outros, porém, embora “disponíveis” na acepção acima destacada, não se revestem de patrimonialidade – o que basta para afastar-lhes a arbitrabilidade. Trata-se de uma opção do legislador infraconstitucional: não seria inviável que, respeitados os casos de necessidade da intervenção judicial, a lei tornasse arbitráveis inclusive litígios não-patrimoniais (Talamini, 2005).

De todo modo, o requisito em questão põe-se em termos bastante amplos e flexíveis. O interesse tem caráter patrimonial não apenas quando seu objeto diretamente se reveste de valor econômico. A patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico. Para a arbitragem, a patrimonialidade apresenta, assim, dupla dimensão: a da inarbitrabilidade e a da arbitrabilidade dos aspectos patrimoniais dos direitos extrapatrimoniais e, por conseguinte, sua dimensão de decidibilidade.

## **Disponibilidade do direito**

O segundo critério legal para a definição da arbitrabilidade do direito seria sua disponibilidade. Direito disponível é o alienável, transmissível, renunciável, transacionável. A disponibilidade significa que o titular do direito pode

dele dispor, alienando-o; transmitindo-o por atos *inter vivos* ou *causa mortis*; pode, também, renunciar ao direito; bem como, o titular pode, ainda, transigir sobre seu direito. “São disponíveis os direitos e bens que as partes podem livremente alienar, ceder, onerar, transacionar, renunciar e que tenham valor econômico ou possam ser avaliados economicamente” (Rossani, 2002, p. 92).

Sob a perspectiva de direito privado, podem-se considerar indisponíveis os direitos sobre os quais seu titular não pode, livremente, transferir, autolimitar ou cancelar, sendo indisponíveis, ainda, os direitos subjetivos públicos (Roppo, 2014).

A indisponibilidade se refere à impossibilidade de comercializar, transmitir ou renunciar direitos livremente, mas, em alguns casos, caberia a renúncia ao conteúdo material ou parcial dos mesmos direitos, ou o seu comércio, sempre que não viole a moral, a lei ou a ordem pública (Bañegil, 2003).

Nesse contexto, a autonomia privada do titular sofreria restrição, porque ele estaria impedido de exercer plenamente os efeitos naturais da incidência deste princípio.

Nessas definições encontramos alguns dos significados que podem ser dados para o conteúdo da disponibilidade, entre os quais se destacam: a disponibilidade como renúncia a direito e a disponibilidade como possibilidade de transacionar sobre determinado direito.

A disponibilidade corresponde àquilo em que pode haver transação. Se puder haver transação, está-se diante de um bem disponível, num sentido menos fechado, num sentido menos rigoroso em relação àquele que antigamente o direito civil e o direito administrativo entendiam (Gonçalves & Grinover, 2006).

A disponibilidade é qualidade que se insere na patrimonialidade do direito. Entretanto, nem todo direito patrimonial é direito disponível. Como frisado, patrimonial quer dizer apreciável pecuniariamente, mas nem tudo que representa utilidade econômica é disponível. Esse é o significado da regra do artigo 1.º da Lei de Arbitragem Brasileira, quando alude ao cabimento da arbitragem “*para dirimir direitos patrimoniais disponíveis*”.

## **Nosso conceito de arbitrabilidade objetiva**

Com efeito, ainda que se debruce sobre o conceito de disponibilidade do direito, este não se apresenta como critério que, sozinho, seria capaz de apontar inequivocamente a arbitrabilidade do litígio.

Isso porque há direitos indisponíveis que, contudo, podem ser objeto de transação e de compromisso, seguindo o critério legal da patrimonialidade, fixado pelo Código Civil Brasileiro.

Para tanto, de rigor proceder-se ao exame dos institutos da transação e do compromisso no ordenamento positivo de direito privado. No artigo 1035 do Código Civil Brasileiro, a transação estava prevista com a seguinte redação “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.

O artigo 841 do Código Civil Brasileiro repetiu a redação do Código Civil Brasileiro de 1916, anterior ao que está atualmente em vigor, admitindo transação apenas quanto a direitos patrimoniais de caráter privado. O critério legal para definir o aspecto transacional de um direito continua sendo, portanto, seu caráter patrimonial. A transação é negócio jurídico bilateral, consistente em concessões recíprocas entre as partes, cuja finalidade é prevenir ou por termo a litígio, ou ainda, colocar termo à incerteza das partes no tocante a determinada relação jurídica (Pontes de Miranda, 1983).

Direito patrimonial a que se refere o comando legal é o que tem por objetivo um bem que esteja em comércio ou que possa ser apropriado ou alienado, (Delgado, 2004), de modo que o objeto da transação é, em princípio, toda relação jurídica que seja *res dubia*, podendo recair sobre relações reais, obrigacionais, familiares ou acessórias (Gomes, 1987).

A doutrina se manifesta de maneira firme no sentido de apontar as matérias intransigíveis. De forma igualmente enérgica, os autores defendem a possibilidade de transação sobre os aspectos patrimoniais dos direitos, inclusive os decorrentes de direitos indisponíveis.

Podem ser objeto de transação todas as relações que estiverem ao alcance da faculdade de disposição das partes, estendendo-se tal objeto às consequências de natureza patrimonial que podem derivar de direitos ditos indisponíveis, tais como o estado e a capacidade das pessoas (Enneccerus, 1966; Cian & Trabucchi, 2002).

Não é lícito transigir sobre questões relativas ao estado das pessoas, legitimidade do matrimônio, pátrio poder, relações pessoais entre cônjuges, filiação, as coisas inalienáveis ou que estejam fora do comércio. Este autor admite, contudo, que as vantagens oriundas dessas relações, desde que sejam de ordem patrimonial, possam ser objeto de transação (Bevilaqua, 1917).

Não podem ser objeto de transação os direitos colocados fora do comércio, os direitos sobre a qualidade constitutiva do estado das pessoas, podendo, contudo, transigir sobre os interesses pecuniários que podem decorrer de uma questão de estado, e as questões que interessam à ordem pública (Carvalho Santos, 1985).

O artigo 1037 do Código Civil Brasileiro de 1916 dispõe sobre o compromisso: “As pessoas capazes de contratar poderão em qualquer tempo louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais”.



Com o advento da Lei de Arbitragem Brasileira, houve a revogação do dispositivo legal supra citado, tendo o artigo 3º da Lei de Arbitragem previsto o compromisso arbitral. O artigo 851 do atual Código Civil Brasileiro manteve a previsão legal para o compromisso prevendo que “é admitido o compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

De rigor salientar que, quer seja a disposição legal do Código Civil Brasileiro de 1916, da Lei de Arbitragem Brasileira, ou do atual Código Civil Brasileiro, o compromisso neles instituído em nada se relaciona com a disponibilidade do direito, e sim com a capacidade do agente. Como o compromisso é acordo de vontades, pressupõe-se a capacidade das partes compromitentes (Bevilaqua, 1917; Delgado, 2004).

O artigo seguinte, 852 do atual Código Civil Brasileiro, adota o critério da vedação legal ao determinar que “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”, que deixa cristalina a opção do legislador pelo critério da patrimonialidade para fixação da matéria objeto do compromisso e a adoção da vedação legal como parâmetro para a fixação objetiva das matérias passíveis de compromisso entre as partes.

Aliás, o texto normativo do mencionado dispositivo legal, mais recente do que a Lei de Arbitragem Brasileira, foi mais claro ao definir por exclusão o campo objetivo de aplicabilidade da arbitragem: ficam de fora as “questões de estado, de direito pessoal de família e (...) outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”. Obviamente, a expressão “questões de estado” nada tem a ver com “questões de direito público”. Refere-se a status jurídico: estado familiar (*status familiae*), estado de cidadania (*status civitatis*) e o estado de liberdade (*status libertatis*).

Isso porque, no que diz respeito ao estado em si mesmo, não é possível transmitir o estado de uma pessoa por um ato jurídico, tampouco é admitida transação sobre o mesmo. Esse entendimento pode ser extraído do artigo 841 do atual Código Civil Brasileiro, e também do artigo 852 do mesmo diploma legal, ainda que se refira sobre compromisso (Pontes de Miranda, 2012). Trata-se da única interpretação compatível não só com os princípios que norteiam a atuação pública, mas também com a função da arbitragem e os princípios que a inspiram.

Portanto, a interpretação evolutiva (Ricci, 2007) do artigo 852 do atual Código Civil Brasileiro em relação ao artigo 1.º da Lei de Arbitragem Brasileira permite classificar o direito brasileiro na vanguarda no tocante à definição da arbitribilidade pela regra material da *patrimonialidade*.

Com efeito, o artigo 852 do atual Código Civil Brasileiro deve ser entendido de forma a ser compatibilizado com o artigo 1.º da Lei de Arbitragem Brasileira na medida em que este último dispositivo é lei posterior que dá coerência ao

sistema da arbitragem no Brasil, ou, ainda, porque é mais específico ao tratar do compromisso do que o artigo 1.º que dá um tratamento geral às duas espécies de convenção de arbitragem<sup>6</sup>. Em outras palavras, deve interpretar-se o artigo 1.º da Lei de Arbitragem Brasileira à luz do artigo 852 do atual Código Civil Brasileiro. O texto normativo do Código Civil trata apenas do compromisso arbitral, ao passo que a lei de arbitragem trata da convenção de arbitragem (compromisso arbitral + cláusula compromissória). Por isso é que a interpretação *sistemática* do conjunto desses dois dispositivos legais converge no sentido de que a *patrimonialidade* é o critério legal para indagar-se a respeito da *arbitrabilidade*.

Em verdade, o fato de ser possível transacionar os aspectos patrimoniais de direitos tidos como indisponíveis revela que o conceito de indisponibilidade não é absoluto.

Trata-se de indisponibilidade relativa, que comporta distinguir a indisponibilidade no que diz respeito ao direito em si mesmo, e, d'outro lado, a disponibilidade dos direitos patrimoniais emergentes desse direito.

Veja-se, a propósito, o tema de direitos da personalidade, sempre classificado pela doutrina civilista como sendo direitos indisponíveis. Vislumbra-se, claramente, caráter relativo da indisponibilidade dessa categoria de direitos ao se considerar que a vontade do sujeito pode ser levada em consideração em certa medida, por exemplo, ao autorizar a reprodução da imagem do titular dessa categoria de direitos por terceiro, ou a divulgação de imagens de sua vida privada (Ghestin & Goubeaux, 1977).

Nesse contexto, de rigor reconhecer o afastamento do conceito de indisponibilidade absoluta, para se admitir a relatividade da indisponibilidade de que trata o LArb 1.º.

Assim, pode-se afirmar que a indisponibilidade relativa seria a exceção, que recairia sobre interesses públicos derivados, referidos às pessoas jurídicas que os administram e que, por esse motivo, necessitam de autorização constitucional genérica e, por vezes, de autorização legal (Batista Martins, 2001).

O fato de nosso ordenamento jurídico positivo encerrar autorização expressa para que os representantes judiciais da União Federal, suas autarquias, fundações e empresas públicas federais possam transacionar, nas situações que menciona a Lei n. 9.469/97 (Nery & Nery, 2014),<sup>7</sup> e para que os órgãos colegi-

<sup>6</sup> Entendendo ter havido a "derrogação" do LArb 1, ver Gonçalves, 2008.

<sup>7</sup> Com efeito, o artigo 1.º da referida lei tem a seguinte redação:

"Art. 1.º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). § 1º Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado neste artigo, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do

timados à propositura da ação civil pública possam celebrar compromisso de ajustamento de conduta para a defesa dos direitos metaindividuais, conforme o permissivo legal do § 6.º do artigo 5.º da Lei da Ação Civil Pública Brasileira também retiraria o caráter de indisponibilidade absoluta dos direitos metaindividuais.

A esse respeito, saliente-se que na nova Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo está expressamente prevista a possibilidade de transação e a possibilidade de arbitragem, que não envolvam atos de auto-riedade, mas que envolvam atos de gestão, permitindo-se, assim, talvez pela primeira vez, num estatuto de direito público, uma nova visão sobre disponibilidade e indisponibilidade. Se assim ocorre com relação ao interesse público do próprio estado, em que, portanto, em diversas matérias são possíveis as medidas alternativas ao processo, tanto mais isso é possível quando se trata de interesse comunitário, quando se trata do interesse social.

Por outro lado, também no campo jurisdicional, é perfeitamente possível que se celebre transação, visando a encurtar o processo ou a evitar o processo. E com relação a esse tipo de transação muito se discutiu no começo a respeito daquela que é a pedra do toque para que se possa dar um passo mais e permitir a arbitragem um tema de interesses coletivos em sentido amplo: ou seja, o problema da indisponibilidade ou disponibilidade do bem em torno do qual se pode transigir<sup>8</sup>.

Assim, mitiga-se o princípio da indisponibilidade do interesse público para que, na iminência de um conflito contratual, esse interesse público possa resolvido tendo por base os princípios constitucionais que regem a atuação administrativa: a economicidade, a razoabilidade, a motivação, a continuação do serviço público. Então é perfeitamente possível que o Estado busque alternativas em prol dos princípios gerais da administração, para, ou amigavelmente

---

Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização de seu dirigente máximo”.

<sup>8</sup> A esse respeito, note-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de relativização do conceito de indisponibilidade de direitos, aplicando-a em julgado de relatoria da Ministra Ellen Gracie, como se verifica a partir do excerto que ora se transcreve, *verbis*:

“Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. E, por isso, o administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimização deste interesse”. Supremo Tribunal Federal, 1.ª Turma, Recurso Extraordinário n.º 253885-MG, relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 4.6.2002, publicado no Diário Oficial da União em 21.6.2002.

resolver os conflitos, pelo meio da autocomposição, ou submetendo esses conflitos à arbitragem (Gonçalves & Grinover, 2006).

Nesse contexto, parece-nos que mais adequado o entendimento de que a indisponibilidade dos direitos não é conceito absoluto, e sim relativo, permitindo que eventuais direitos ditos indisponíveis possam ser submetidos à arbitragem (Nery, 2012).

A respeito do tema, já em 1950 se defendia a tese de que, para os vínculos objetivos, haveria a figura da inalienabilidade, e a indisponibilidade seria figura atrelada a questões subjetivas, afirmando que a indisponibilidade tem caráter pessoal e relativo. Para esse autor italiano, o caráter subjetivo ou objetivo do vínculo está relacionado com a natureza do interesse que se pretende tutelar, de modo que quando se trata de interesse público indireto, está-se na presença do instituto da indisponibilidade (Negro, 1950). Exatamente nesse sentido, em várias áreas do direito a doutrina vem se manifestando, admitindo a percepção do caráter relativo do conceito, antes absoluto, da indisponibilidade de direito (Castro Mendes, 1987).

Existem diversos graus de indisponibilidade. Existem direitos total e definitivamente disponíveis ou indisponíveis por natureza (tais como estado ou capacidade das pessoas); os direitos parcialmente disponíveis, tais como os direitos pecuniários decorrentes do direito patrimonial da família (tal como o *quantum* da pensão alimentícia); os direitos tornados disponíveis: aqueles que são indisponíveis ao Estado de Direito mas sobre os quais o titular pode dispor (os direitos do trabalho) (Level, 1992).

A respeito da legislação arbitral brasileira, considerando a disposição legal a respeito da transação e do compromisso, bem como da transigibilidade dos aspectos econômicos derivados destes direitos, nos parece que a noção de disponibilidade se consubstancia em elemento complementar ao da patrimonialidade do direito para a determinação da arbitrabilidade da matéria.

No direito brasileiro, a adoção da premissa de que a noção de disponibilidade se caracteriza elemento complementar ao da patrimonialidade e a escolha da patrimonialidade como critério da definição da arbitrabilidade pelo artigo 852 do atual Código Civil Brasileiro nos permite concluir que é a patrimonialidade de determinada pretensão que autoriza a sua arbitrabilidade, de modo que, havendo a possibilidade de se alcançar solução extrajudicial para um conflito, pode-se considerar a arbitragem como uma das modalidades de sua resolução (Carmona, 2009).

Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível. Se o conflito pode ser dirimido pelas próprias partes,

não faria sentido que não pudesse também ser composto mediante juízo arbitral sob o pálio das garantias do devido processo (Talamini, 2005).

Diante das inovações legislativas, considerando o artigo 852 do atual Código Civil Brasileiro e o artigo 190 do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, tem-se que a arbitrabilidade objetiva deve ser mensurada pelo critério da patrimonialidade da pretensão e da observância à ordem pública. Da mesma forma, não é possível pretender invocar a aceção de “indisponibilidade” para negar o cabimento da arbitragem envolvendo o Poder Público. Não é viável afirmar que, na medida em que o agente público não pode renunciar a direitos que a Administração detém, que na medida em que ele não pode abrir mão de posições jurídicas públicas, não poderia tampouco submeter os litígios da Administração ao processo arbitral. Sustentar isso implica ignorar o regime jurídico da arbitragem, bem como desprezar o regime de direito público.

Isso porque, por um lado, a arbitragem não é aposta, jogo de azar. Quem remete a solução de sua causa ao processo arbitral não a está submetendo ao cara-ou-coroa nem à roleta-russa. Está buscando uma composição para o conflito em um processo pautado em parâmetros objetivos quanto ao seu desenvolvimento e ao conteúdo de suas decisões; um processo em consonância com as garantias do *due process of law*; um processo em que os julgadores devem ser imparciais e respondem penalmente, como agentes públicos, se não o forem (consoante estabelecem os artigos 17, 20, 21, § 2.º, 26, II, e 32, todos da Lei de Arbitragem Brasileira). E o respeito a todas essas garantias é controlável pelo Judiciário—pois apenas não cabe ação judicial para rever o mérito do julgamento do árbitro, mas cabe para controlar todos os aspectos do devido processo legal e da validade da arbitragem (de acordo com o artigo 33 da Lei de Arbitragem Brasileira).

Portanto, ao se submeter uma pretensão ao juízo arbitral não se está renunciando a ela, não se está abrindo mão do direito material que eventualmente existe. Apenas se está abdicando do direito de obter do Judiciário a solução para a questão. Mas isso também ocorre quando a solução é obtida diretamente pelas partes sem ingressar em Juízo—o que, reitera-se, é em regra possível também nas relações de direito público.

Fundindo-se a noção da patrimonialidade da pretensão e da relativização do conceito da indisponibilidade do direito, admite-se a arbitrabilidade objetiva de conflito, envolvendo pretensões que tenham bases patrimoniais, sejam elas relativas a direito disponíveis ou não.

É, como já dissemos, a arbitrabilidade dos aspectos patrimoniais dos direitos extrapatrimoniais.

Transportando esse conceito ao direito processual civil, tem-se que *qualquer matéria* pode ser submetida à arbitragem como fundamento do pedido (causa

de pedir), *desde que* o pedido formulado pelas partes no processo arbitral seja de natureza patrimonial.

A patrimonialidade, portanto, consubstanciaria critério determinante para a definição da arbitralidade de um direito (Lee, 2000), e a observância à ordem pública é consectário do respeito ao modelo de organização de valores determinados pela Constituição Federal.

A possibilidade de arbitralizar os aspectos patrimoniais de determinado direito admite, por consequência, submeter à arbitragem direitos que, *prima facie*, seriam indisponíveis, afastando-se a exagerada protetividade do artigo 1.º da Lei de Arbitragem Brasileira proporcionando, assim, o alcance de resultado benéfico tanto para as partes como para a coletividade.

Essa é a razão pela qual o critério para a definição de arbitralidade tem que ser a patrimonialidade do direito: o respeito à ordem pública e a disponibilidade do direito devem ser limites de atuação do árbitro. É possível, assim, apontar como inarbitráveis os conflitos envolvendo questões de direito público sancionador, em que as penas aplicáveis pelo Poder Público não podem ser objeto de arbitragem.

Questões relativas ao estado das pessoas, relações pessoais entre cônjuges, filiação, as coisas inalienáveis ou que estejam fora do comércio, são igualmente inarbitráveis (Gonçalves, 2008), mas não as vantagens oriundas dessas relações: se tais vantagens tiverem natureza patrimonial, podem ser submetidas à arbitragem.

## Aspectos pontuais da Arbitragem Coletiva

### **A compatibilidade do juízo arbitral com a tutela coletiva.**

A investigação do conceito da arbitralidade objetiva e a constatação de que são arbitráveis os aspectos patrimoniais de determinado direito permite investigar a possibilidade de instauração de arbitragem em conflitos envolvendo direitos transindividuais. E isso se dá a partir da aplicação da estrutura da tutela coletiva – notadamente os regimes da legitimidade, da competência e da coisa julgada – à arbitragem. A experiência estrangeira – norte-americana e canadense – demonstrou que, da reunião dos sistemas arbitral e coletivo, podem surgir diversas questões controvertidas (Nery, 2016).

Tais questões derivam, principalmente, das particularidades específicas das *class actions*, como as exigências legais de *certification*, *adequacy of representation* e *notice*, que impuseram dificuldades a *class arbitration*.

Com a bem-sucedida regulamentação das *class arbitration* por meio de processo eminentemente arbitral, com todos os seus benefícios e com a observância das garantias do sistema da *class action*, a reunião dos sistemas arbitral e coletivo foi realizado exitosamente nos Estados Unidos, e a instauração de centenas de arbitragens coletivas demonstra que a arbitragem coletiva se tornou, efetivamente, um método alternativo de solução de lides coletivas (Mariani, 2015).

No Brasil não há exigências legais como *certification*, *adequacy of representation* e *notice*, de modo que o rito procedimental coletivo brasileiro é muito semelhante ao de uma ação individual. Há, contudo, a estrutura do processo coletivo, que deve ser transposta à arbitragem coletiva.

Como já exposto anteriormente, um instrumento legalmente instituído pela Lei da Ação Civil Pública para a tutela de direitos metaindividuais que contém natureza negocial é o termo de ajustamento de conduta-TAC. Previsto no § 6.º do artigo 5.º da Lei da Ação Civil Pública, o TAC é método alternativo de solução de conflitos de natureza transindividual, no qual a autonomia privada exerce papel fundamental (Lima, 2010).

O instituto foi por nós conceituado como transação híbrida, lavrado por instrumento público ou privado, celebrado entre o interessado e o poder público, por seus órgãos públicos, ou por seus agentes políticos, legitimados à propositura da ação civil pública, por cuja forma se encontra a melhor solução para evitar-se ou para pôr fim à demanda judicial, que verse sobre ameaça ou lesão a bem de natureza metaindividual (Nery, 2012).

A questão da [in]disponibilidade dos direitos difusos e coletivos gerou preocupação exagerada de parte da doutrina, que, como visto, afasta a possibilidade de negociar direitos transindividuais, simplificando a participação do administrado no ajustamento em simples reconhecimento de sua conduta “desajustada”, para que essa conduta possa conformar-se às exigências legais.

A identificação da natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta como negócio jurídico transacional revela, como sua característica fundamental, a disposição das partes em negociar os direitos e obrigações que pautarão seus atos e atividades, respeitando-se a principiologia de direito público e de direito privado, o que atribui característica híbrida à transação, tendo como principal finalidade alcançar efetividade à tutela dos direitos transindividuais.

Tal negociação é permitida pelo § 6.º do artigo 5.º da Lei da Ação Civil Pública ou seja, o Estado está legalmente autorizado a celebrar TAC, admitindo, ainda, que a entidade pública colegitimada a propositura da ação civil pública possa discutir, no bojo do ajuste, pretensões relativas a direitos difusos,

coletivos ou individual homogêneo, o que, por si só, já revela a inexistência de indisponibilidade dos referidos direitos justamente porque comportam negociação.

O compromisso de ajustamento de conduta é, portanto, método não judicial de solução de conflitos transindividuais. Sendo um instrumento de pacificação, o instituto oferece uma via alternativa de efetivação do acesso à justiça, evitando o demorado processo judicial e oferecendo aos seus destinatários a exequibilidade das obrigações advindas da decisão (Lima, 2010).

Assim como o TAC, a arbitragem coletiva tem sua gênese em negócio jurídico celebrado entre as partes que discutem uma lesão ou ameaça de lesão a bem de natureza transindividual. No TAC, as partes resolvem a disputa por meio do negócio jurídico com eficácia de título executivo extrajudicial,<sup>9</sup> criando obrigações para a resolução da lide metaindividual. Na arbitragem, as partes escolhem os árbitros, que resolverão o litígio por meio da prolação de sentença arbitral, determinando o cumprimento da decisão cuja força é de título executivo judicial.

Propõe-se que a arbitragem coletiva tenha como finalidade a de discutir a responsabilidade de lesão a bem de natureza transindividual, buscando sua reparação, tal como se pretende com o TAC, mas com a diferença de que o conflito será submetido à arbitragem para receber decisão definitiva sobre o tema. Nesse contexto, deve a convenção de arbitragem para a arbitragem coletiva abarcar, prioritariamente, a recomposição do bem jurídico ao *status quo ante*, isto é, ao estado em que se encontrava antes de ter sofrido o efetivo dano.

Apenas em face da impossibilidade da reversibilidade integral do dano material ou, ainda, existindo dano extrapatrimonial, é que deve haver a cumulação com a compensação, por meio de obrigações de dar e/ou indenizar, com vistas a ressarcir o que foi lesado.

Assim como a arbitragem coletiva, o TAC é instrumento que oferece via alternativa da efetivação do acesso à justiça (Nery, 2012) evitando a demanda coletiva judicial, oferecendo às partes e à coletividade que o alcança a exequibilidade das obrigações nele pactuadas, com a diferença de ser legalmente instituído pelo § 6.º do artigo 5.º da Lei da Ação Civil Pública.

---

<sup>9</sup> Se o TAC for homologado em juízo por sentença de mérito (artigo 487 III b) do Novo Código de Processo Civil, seguirá o regime da coisa julgada estatuído no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor de uma vez que a transação homologada integra a sentença de mérito, produzindo coisa julgada material (Nery, 2012).



## **Transposição dos elementos da ação civil pública para a arbitragem coletiva**

No direito brasileiro, ainda não há regulamentação legal a respeito da ação coletiva arbitral, fato que, *per se*, não indica uma proibição para a condensação dos sistemas da tutela coletiva e da arbitragem, o que já ocorreu exitosamente nos Estados Unidos e no Canadá (Nery, 2016).

A inexistência de óbices constitucionais e legais para a instauração do processo arbitral coletivo no direito brasileiro bem como a permissão legal conferida pelo § 6.º do artigo 5.º da Lei da Ação Civil Pública para órgãos públicos celebrarem TAC para a tutela de direitos metaindividuais se consubstanciam os pilares que fundamentam a proposta da institucionalização da arbitragem coletiva no Brasil.

Tratemos, pois, dos aspectos pontuais da arbitragem coletiva, seguindo-se a estrutura da tutela coletiva no Brasil.

Ao caracterizar a convenção de arbitragem como negócio jurídico, defendemos a aplicabilidade do regime da nulidade e da anulabilidade instituído pelo atual Código Civil Brasileiro. Portanto, a convenção de arbitragem que dará início à arbitragem coletiva existirá e será válida quando as partes tiverem capacidade para celebrá-la, o objeto consistir em obrigações lícitas, possíveis e adequadas à prevenção ou reparação do direito tutelado bem como quando sua forma seja escrita e de acordo com as normas que a regem.

Sobre a forma prescrita e o consentimento das partes para a celebração de convenção de arbitragem para a instauração da arbitragem coletiva, asseveramos que a exigência legal da cláusula compromissória expressa, na forma escrita, não significa que a sua aceitação por alguma das partes não possa ser tácita, podendo haver a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros não-signatários que contribuíram para a consecução do contrato, que dele tiraram proveito e muitas vezes deram causa ao surgimento do conflito.

Entendemos, ainda, que a arbitragem coletiva pode ser instituída por meio de cláusula compromissória ou por compromisso arbitral, sendo este último mais factível de efetivação em virtude da comum ausência de relação jurídica prévia envolvendo direitos transindividuais entre órgão público coletigitimado à propositura da ação civil pública e particulares.

Sobre o objeto da arbitragem coletiva, consignamos que tanto direitos difusos e coletivos como os direitos individuais homogêneos podem ser

discutidos em arbitragem desde que o pedido formulado pelas partes no processo arbitral seja de natureza patrimonial e não viole a ordem pública.

Sobre a capacidade do agente, sustentamos que tem capacidade para a celebração da convenção de arbitragem coletiva e legitimidade para sua propositura os órgãos públicos colegitimados para a propositura de ação civil pública e para a celebração de TAC, à luz do § 6.º do artigo 5.º da Lei da Ação Civil Pública. O Ministério Público pode e deve atuar como fiscal da ordem jurídica, mas sua eventual ausência na arbitragem coletiva não lhe retira a validade.

Com fundamento na legitimidade concorrente disjuntiva, basta que qualquer entidade pública legitimada pelo § 6.º do artigo 5.º da Lei da Ação Civil Pública celebre a convenção de arbitragem para que o negócio tenha eficácia.

A instauração de uma arbitragem coletiva sem a observância das regras de competência territorial previstas nas legislações relativas aos processos coletivos não viola sua estrutura, podendo ser processada fora da localidade que o dano ocorreu em razão da relevância da matéria nela discutida.

Com relação à coisa julgada, aplica-se integralmente o regime dos microssistemas de processo coletivo à arbitragem coletiva. Assim, a demanda que envolve a tutela de direitos difusos, indivisíveis por natureza, a coisa julgada atua *erga omnes*. Nos casos em que a demanda envolver direitos coletivos, de um grupo determinado, categoria ou classe de pessoas, a coisa julgada será *ultra partes*, tendo efeitos, portanto, para aqueles que fizerem parte da coletividade atingida pela decisão.

E, quando a lide tratar de direitos individuais homogêneos, utiliza-se o critério da coisa julgada *secundum eventum litis*, que incide somente para favorecer (*in utilibus*) e não para prejudicar as pretensões pessoais, sendo, portanto, seu efeito *erga omnes*, ressalvando de seus efeitos o particular que pretender ajuizar a demanda individual.

Havendo sentença arbitral sobre a mesma demanda que em uma ação judicial coletiva ajuizada posteriormente, ainda que por outro colegitimado, deverá o juiz extinguir o processo de ofício, nos termos §3.º do artigo 485 V do Novo Código de Processo Civil. Não será necessário, portanto, que o réu tome a iniciativa de suscitar a existência de uma convenção de arbitragem, nem que alegue já ter sido prolatada sentença arbitral sobre a matéria.

Com relação às decisões proferidas perante o Poder Judiciário, tal como qualquer outro juiz ou tribunal, o árbitro está vinculado à decisão que julga procedente a Ação Direta Inconstitucionalidade retira a lei do ordenamento

jurídico, impedindo, portanto, sua utilização.

Outrossim, não é correto afirmar-se que o árbitro possui plena liberdade para ignorar decisões interpretativas do Supremo Tribunal Federal e suas súmulas vinculantes, principalmente pelo fato de que esses provimentos veiculam questões de direito constitucional cujo desatendimento, em regra, poderá acarretar a posterior anulação da sentença arbitral.

Sempre que o árbitro aplicar direito vigente para formular sua decisão, deverá, necessariamente, levar em conta todo o desenvolvimento jurisprudencial referente à aplicação daquele direito, não lhe sendo dado ignorar todo o conjunto de princípios e de decisões acerca da matéria a ser decidida.

Aplica-se à arbitragem coletiva os regimes de liquidação e de execução de sentença dos processos coletivos. Assim como na arbitragem privada, para compor o tribunal arbitral da arbitragem coletiva, deve-se escolher árbitro de acordo com sua lisura, sua capacidade, a inexistência de qualquer circunstância capaz de ensejar seu impedimento ou suspeição e sua especialização para apreciar o assunto controvertido.

Para o processamento da arbitragem coletiva, de todo recomendável se escolha instituição idônea, a ser escolhida pelos seguintes critérios: a) a respeitabilidade de que goza no mercado; b) o número significativo de procedimentos perante ela instaurados; c) a qualificação do corpo de árbitros a ela vinculados; d) a adaptação do regulamento de arbitragem a modificações legislativas, avanços doutrinários e tendências nacionais e internacionais que possam albergar conflitos complexos como os envolvendo direitos metaindividuais.

Sobre as despesas na operacionalização da arbitragem coletiva no Brasil, entendemos que a adoção da prática da divisão equânime das despesas do processo arbitral, como vem sendo praticada pelos regulamentos de instituições arbitrais, sem prejuízo de que, ao final, o derrotado reembolse os valores despendidos para a parte vencedora, seria a melhor solução.

A confidencialidade na arbitragem se configuraria obstáculo à ação coletiva arbitral, na medida em que incompatível com as ações coletivas, cujo bom funcionamento dependeria de ampla publicidade dirigida aos órgãos do Poder Judiciário, aos demais colegitimados e ao grupo envolvido. Por isso, deve ser observado na arbitragem coletiva o princípio constitucional da publicidade no intuito de dar-se ciência à coletividade acerca da negociação entabulada pelo poder público e o administrado sobre a submissão de questão de interesse coletivo à arbitragem.

## **Impactos da instituição da Arbitragem Coletiva para o sistema jurídico brasileiro**

Muitos são os benefícios da utilização da arbitragem no âmbito de relações privadas, tais como a celeridade do processo arbitral, a especialização dos árbitros no tema a se decidir, a economia de recursos materiais e humanos utilizados para a persecução do direito da parte, o menor grau de belicosidade entre as partes e a maior proximidade delas com os árbitros (Salles, 2011).

O juízo arbitral tem a vantagem de abstrair o formalismo processual e suas delongas e fazer decidir a pendência *ex bono et aequo*, sem a preocupação de forma do processo (Almeida, 1934).

Trata-se, portanto, de procedimento mais rápido, que alivia a congestão do tribunal; geralmente é menos oneroso, e dispensa regras formais do processo. Os árbitros em si são muitas vezes especialistas na área de disputa e, caso haja a necessidade de produção de prova pericial, sua duração é reduzida (Allor, 1983).

As ações coletivas, por sua vez, são um instrumento de economia processual, promovem o acesso à justiça e a aplicação do direito material. O simples fato de substituir milhares de ações individuais por apenas uma grande ação coletiva já justificaria a economia processual atingida pelas arbitragens coletivas. A promoção do acesso à justiça nas lides coletivas se verifica tendo em vista a possibilidade de se discutir em juízo violações em massa de direitos e de se buscar uma tutela jurisdicional que atenda àquela coletividade, independentemente do valor do dano atribuível a cada indivíduo.

A arbitragem coletiva apresenta diversos benefícios que podem transformar o instituto em efetivo mecanismo alternativo de resolução de conflitos metaindividuais no direito brasileiro.

Da fusão dos sistemas arbitral e coletivo pela arbitragem coletiva, vislumbra-se claros benefícios na prestação jurisdicional no âmbito coletivo a partir da flexibilidade, da celeridade, da especificidade que o julgamento arbitral pode proporcionar para litígios envolvendo direitos transindividuais, extraíndo-se, assim, o melhor do que cada sistema pode oferecer (Mariani, 2015).

Adotou-se, expressamente, no direito constitucional brasileiro o princípio da duração razoável do processo-judicial e administrativo – e da celeridade

de sua tramitação. Trata-se de desdobramento do princípio do direito de ação, inserto no artigo 5.º, inciso XXXV da Constituição Federal brasileira, que garante o direito de obtenção da tutela jurisdicional adequada.

A garantia constitucional da celeridade e duração razoável do processo implica o direito fundamental de o cidadão obter a satisfação de seu direito reclamado em juízo em prazo razoável. O conceito de satisfatividade envolve as tutelas de urgência, de conhecimento e de execução, de sorte que somente estará preenchido o preceito contido no LXXVIII do artigo 5.º da Constituição Federal brasileira se a sentença, os recursos, o cumprimento da sentença e a satisfação da pretensão estiverem findos em prazo razoável (Nery & Nery, 2016).

A Europa tem-se preocupado há mais tempo com a alarmante lentidão da justiça de vários países, o que a levou a consagrar, em textos legislativos, o direito a um processo sem dilações indevidas.

Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma em 4.11.1950, dispõe, em seu artigo 6.º, 1, que: “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida”.

A partir da edição desse diploma legal, restou reconhecido o direito subjetivo constitucional ao processo sem dilações indevidas, tendo os agentes do Poder Judiciário o dever de outorgar tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável, com estrita observância das normas de direito positivo (Tucci, 1997).

A fim de avaliar a razoável duração do processo, deve-se verificar se a duração temporal do processo é justificada para resolver o conflito e outorgar a devida tutela (Rosito, 2008). Importa analisar se o processo se desenvolveu em condições de normalidade dentro do tempo exigido para que os interesses litigiosos pudessem ter a pronta satisfação.

À luz do disposto na referida Convenção Européia, os países do velho continente realizaram, na sua maioria, reformas legislativas com o propósito de assegurar a célere tramitação dos processos<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> A Constituição Federal da Espanha dispõe, em seu artigo 24.2, que “Todos têm direito ao juiz ordinário previamente determinado por lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação contra si deduzida, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias”.

A arbitragem é método de solução de controvérsias muito mais rápido e eficaz do que as lides judicializadas. A celeridade da arbitragem deve-se, primordialmente, ao fato de que as decisões dos árbitros não são sujeitas a recursos, o que reduz substancialmente a duração da arbitragem.

Processos coletivos tendem a ser mais complexos do que os individuais e, por isso mesmo, apresentam tramitação mais morosa no Poder Judiciário. A arbitragem poderia trazer inegável avanço contra a morosidade processual no âmbito da tutela coletiva.

Mormente para um país de dimensões continentais, como o Brasil, que tem como um dos maiores problemas a ausência de prestação jurisdicional adequada em razão do enorme volume de processos judiciais atualmente em andamento. Lides individuais não raramente tem duração maior do que uma década, o que é absolutamente inaceitável, além de violar a garantia constitucional da razoável duração do processo.

Apenas a título de ilustração, o setor bancário é responsável por 38% do total das ações judiciais hoje em trâmite perante os tribunais brasileiros. Em relação ao tema da perda financeira sofrida pelos poupadores nos planos econômicos atravessados pelo país até a estabilização da moeda, o que ocorreu nas décadas de 1980 e 1990, há mais de mil ações coletivas ajuizadas, e milhares de ações individuais ainda em curso perante os tribunais brasileiros.

Assim, a celeridade é um dos impactos mais positivos que a arbitragem coletiva poderia oferecer ao sistema jurídico brasileiro, consubstanciando-se, nesse cenário, solução de demandas com menor tempo em relação à demanda coletiva judicial.

Outro ponto extremamente positivo da instituição da arbitragem coletiva é a possibilidade de a lide ser julgada por árbitros especializados. A composição do tribunal arbitral por julgadores especializados é benefício que apenas a arbitragem oferece.

---

A Constituição Federal de Portugal estabelece, em seu artigo 20.º, 4, a decisão em prazo razoável, além da celeridade e prioridade aos procedimentos judiciais, cujo objetivo é a defesa dos direitos e garantias pessoais, em prol da tutela jurisdicional efetiva e em tempo útil.

Na Itália, o grave problema da morosidade da justiça motivou o legislador a realizar reforma constitucional em 1999, estabelecendo nova redação ao art. 111 da Constituição italiana de 1948, a fim de prever expressamente a duração razoável do processo.

A Inglaterra promulgou, em 1999, o "Rules of Civil Procedure", que se trata de verdadeiro CPC que veio a abrandar as características do modelo clássico do "adversary system", incrementando-se os poderes do juiz tanto na instrução probatória como nas medidas cautelares e antecipatórias.

A formação jurídica dos magistrados que julgarão os processos judiciais pode ou não coincidir com a área de conhecimento da controvérsia. Não há dúvidas de que, diante da complexidade jurídica de um litígio, ter um julgador que conheça profundamente a matéria sobre a qual versa o caso é de grande valia, além do que haverá maiores chances de ser conferida às partes a mais adequada tutela jurisdicional por meio da arbitragem.

Ainda que nada garanta que os árbitros julguem melhor que os juízes em um caso concreto, o fato de serem especialistas no assunto colocado em discussão reduz o risco de erros. A arbitragem de direitos coletivos, portanto, se mostra conveniente em situações que exijam grande nível de especialização dos julgadores e mesmo fora das aventadas hipóteses de benefício econômico ao Estado. O fato de haver a possibilidade de o tribunal arbitral ser composto por mais de um árbitro, com integrantes de diferentes formações e experiências profissionais é mais um fator de estímulo para o debate sobre as decisões possíveis no caso concreto.

Outras vantagens da arbitragem coletiva em relação à ação civil pública são a economia de recursos materiais e humanos utilizados para a persecução do direito da parte, o menor grau de belicosidade entre as partes e a maior proximidade delas com os árbitros. Em contrapartida, a utilização da arbitragem coletiva no Brasil pode gerar aspectos negativos.

Muito embora no Brasil a arbitragem tenha sido instituída por Lei em 1996, houve questionamento sobre a constitucionalidade dessa lei em virtude de suposta violação ao direito de ação, discussão que apenas foi superada em 2001, com a declaração da constitucionalidade da Lei de Arbitragem brasileira por decisão do Supremo Tribunal Federal. Assim, a despeito de ser uma área promissora, que muito tem se desenvolvido no país, é relevante notar que o instituto vem se consolidando desde 2001, ganhando mais força e representatividade em números.

Portanto, um dos possíveis impactos negativos da arbitragem coletiva no Brasil pode ser justamente o questionamento, pelas partes ou por entidades colegitimadas à defesa dos direitos coletivos, de seu cabimento no sistema jurídico hoje vigente.

Trata-se de discussão meramente processual, que pode tumultuar e retardar o bom andamento do processo, inviabilizando, assim, a defesa do interesse coletivo em questão. Por isso, vislumbra-se como o caminho mais seguro para a defesa dos direitos coletivos no Brasil a regulamentação legal do instituto da arbitragem coletiva.

## Referências

- Alem, F. & Médici, F. (2008). Novas tendências para a solução de conflitos nas relações de consumo – arbitragem In: Haroldo Verçosa (org) Aspectos da Arbitragem institucional – 12 anos da Lei 93017/1996. São Paulo: Malheiros.
- Allor, E. (1983). Keating v. Superior Court: Oppressive Arbitration Clauses in Adhesion Contracts. *California Law Review*, 71 (4), 1239-1256.
- Almeida, P. (1934). *Dos Efeitos das Obrigações – arts. 929 a 1078*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- Bañegil, M. (2003). Los Derechos de la Personalidad. in: J. Delgado (coordinador) *Instituciones de Derecho Privado – personas*. Madrid: Thomson Civitas.
- Barrocas, M. (2013). *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina.
- Batista Martins, P. (2001). O Poder Judiciário e a Arbitragem. Quatro anos da Lei 9307/96 (3.ª parte). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, XII.
- Bevilaqua, C. (1917). *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado IV*. Rio de Janeiro: Francisco Alves.
- Caramelo, A. (2011). Critérios de Abitribabilidade dos Litígios. Revisitando o tema, in: A. Vieira da Silva (coord). *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e indústria Portuguesa* (13-44). Lisboa: Almedina.
- Carmona, C. (2009). *Arbitragem e Processo – um comentário à Lei n. 9.307/1996*. São Paulo: Atlas.
- Carvalho Santos, J. (1985). *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XIII, 12.ª ed, Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- Castro Mendes, J. (1987). *Direito Processual Civil, vol. I*. Lisboa: AAFDL.
- Cian, G. y Trabucchi, A. (2002). *Commentario breve al Codice Civile*. CEDAM: Padova.
- De Andrade Nery, R. (2012). *Compromisso de Ajustamento de Conduta–teoria e análise de casos práticos*. São Pablo: RT.
- De Andrade Nery, R. (2016). *Arbitragem Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Delgado, J. (2004). *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XI, Rio de Janeiro: Forense.
- Enneccerus, L. (1966). *Derecho de Obligaciones – doctrina especial*. Barcelona:



Casa Editorial Bosch.

- Ghestin, J. et Goubeaux, Gilles. (1977). *Traité de Droit Civil – introduction générale*. Paris: LGDL.
- Gomes, O. (1987). *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense.
- Gonçalves, E. (2008). Arbitrabilidade. (Tese doutorado)–São Paulo: USP.
- Goncalves, E. y Grinover, A. (2006). Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, 136.
- Hanotiau, B. (2002). L'arbitrabilité. Recueil des cours. *Académie de droit international*, 296.
- Lee, J. (2000). O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, 8.
- Level, P. (1992). L'Arbitrabilité. *Revue de l'Arbitrage*, 1992 (2), 213-240.
- Lima, B. (2010). *A arbitrabilidade do dano ambiental*. São Paulo: Atlas.
- Mariani, R. (2015). *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas.
- Mattos Neto, A. (2005). Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, 122.
- Montero Aroca, J. y Esplugues Mota, C. (2011). Materias Objeto de Arbitraje. En S. Vilar (coordinador). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters.
- Negro, F. (1950). *Degli Effetti Sostanziali dell'Indisponibilità Processuale*, Padova: Cedam.
- Nery Junior, N. et al. (2011). Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense.
- Nery junior, N. y De Andrade Nery, R. (2014). Código Civil Comentado, 11.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Nery junior, N. y De Andrade Nery, R. (2016). Constituição Federal Comentada e legislação constitucional, 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Pontes de miranda, F. (1983). *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Racine, J. (2014). Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage co-

- mercial international, in: É. Loquin y S. Manciaux (coordinador). *L'ordre public et l'arbitrage*. Dijon: Lexis-Nexis-Litec.
- Ricci, E. (2007). *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares – in memoriam*. São Paulo: Atlas.
- Roppo, V. (2014). *Diritto privato*. Torino: Giappichelli.
- Rosito, F. (2008). Princípio da duração razoável do processo. *Revista de Processo*, 161, 21-38.
- Rossani, J. (2002). *Técnicas de negociação. Resolução alternativa de conflitos: ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.
- Salles, C. (2011). *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense.
- Talamini, E. (2005). Disponibilidade do interesse público: conseqüências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria). *Revista de Processo*, 128.
- Trabucchi, A. (1993). *Istituzioni di Diritto Civile*, 34.<sup>a</sup> ed. Padova: Cedam.
- Tucci, J. (1997). *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

# Arbitrajes colectivos: las insuficiencias del experimento español y algunas reflexiones de reglamentación<sup>1</sup>

Laura Carballo Piñeiro<sup>2</sup>

## Resumen

Este trabajo aborda la cuestión de si es posible el arbitraje colectivo, es decir, si cabe salvar la aparente contradicción entre el carácter voluntario del arbitraje y el hecho de que las acciones colectivas deciden en un único proceso de intereses y derechos que pertenecen a quien no participa activamente en el proceso. La investigación se realiza a partir del análisis crítico de la legislación española en la materia, el Real Decreto 231/2008 de 15 de febrero por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, y en el que se establece un Arbitraje de Consumo Colectivo.

**Palabras clave:** arbitraje colectivo, arbitraje de consumo, acciones colectivas, acciones de grupo, arbitraje de consumo colectivo.

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha beneficiado de los Fondos FEDER y las aportaciones de la Xunta de Galicia. Igualmente se enmarca en el Proyecto de investigación DER2016-80568-R. Agradezco especialmente a la Federación Colombiana de Colegios de Jueces y Fiscales y a la Red Interinstitucional para el Estudio del Derecho Procesal y la Justicia la invitación a participar en el IV Seminario Internacional sobre *La independencia judicial y las reformas de la justicia en América Latina*.

<sup>2</sup> Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, Departamento de Derecho Común, Universidad de Santiago de Compostela. Grupo *De Conflictu Legum*. Alumna de la Fundación Alexander von Humboldt. Este trabajo se ha beneficiado de los Fondos FEDER y las aportaciones de la Xunta de Galicia. Igualmente se enmarca en el Proyecto de investigación DER2016-80568-R. Agradezco especialmente a la Federación Colombiana de Colegios de Jueces y Fiscales y a la Red Interinstitucional para el Estudio del Derecho Procesal y la Justicia la invitación a participar en el IV Seminario Internacional sobre *La independencia judicial y las reformas de la justicia en América Latina*.

## **Collective arbitrations: the inadequacies of the spanish experiment and some reflections of regulation**

### **Abstract**

This paper addresses the question of whether collective arbitration is possible, that is, whether the apparent contradiction between the voluntary nature of arbitration and the fact that collective actions decide in a single process of interests and rights belonging to those who do not actively involved in the process. The investigation is carried out from the critical analysis of the Spanish legislation in the matter, Royal Decree 231/2008 of February 15, which regulates the Consumer Arbitration System, and establishing a Collective Consumption Arbitration.

**Key words:** collective arbitration, consumer arbitration, collective actions, group actions, collective consumption arbitration.

## **Arbitrajes colectivos: as insuficiencias do experimento espanhol e algumas reflexões de regulamentação**

### **Resumo**

Este artigo aborda a questão de saber se classe de arbitragem é possível, isto é, se possível salvar a aparente contradição entre a natureza voluntária da arbitragem e que as ações coletivas decididos em uma única direitos e interesses pertencentes àqueles que não processam ativamente envolvido no processo. Pesquisa é realizada a partir de análise crítica da legislação espanhola, o Real Decreto 231/2008 de 15 de Fevereiro pela Arbitragem Sistema Consumidor é regulamentada, e onde a arbitragem é estabelecida consumo coletivo.

**Palavras – chave:** arbitragem de classe, a arbitragem do consumidor, ações coletivas, ações de classe, a arbitragem de consumo coletivo.

## Arbitraje y tutela colectiva

Las acciones colectivas como modalidad procesal de defensa de los intereses difusos y colectivos, y de los derechos individuales homogéneos son una realidad jurisdiccional cada vez más asentada, como demuestra un rápido paseo por el Continente americano<sup>3</sup>. Más allá de Estados Unidos, país al que se debe la expansión de este mecanismo de tutela colectiva<sup>4</sup>, y Brasil, pionero en ofrecer un modelo propio<sup>5</sup>, base de la propuesta de Código de Proceso Civil Colectivo<sup>6</sup>, nos encontramos con Canadá, país en el que la tutela colectiva ha ido adoptándose progresivamente hasta su reciente generalización en todo el territorio<sup>7</sup>. Igualmente, Chile<sup>8</sup>, Argentina<sup>9</sup>, México<sup>10</sup>, y Uruguay<sup>11</sup>, en tanto

<sup>3</sup> Consúltense la página web <http://globalclassactions.stanford.edu/>, creada por Devorah Hensler y Christopher Hodges, con información actualizada sobre la expansión de las acciones legislativas en los cinco continentes.

<sup>4</sup> Véase *Rule 23(1)* de las *Federal Rules of Civil Procedure*.

<sup>5</sup> Véase artículos 81, 82, 103 y 104 Ley núm. 8078, 11.9.1990, *Código de Proteção e Defesa do consumidor*. A pesar de regularse en el Código del Consumidor, estas normas tienen carácter general y se aplican con independencia de la materia. Véase arts. 110 y 117 del mismo Código. Además de este Código, la Ley de la Acción Civil Pública establece una acción colectiva para la protección de intereses colectivos y difusos. Para su explicación, véase Gidi, A. (2004). *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil* (Trad. L. Cabrera Acebedo). México D.F., UNAM, *passim*, quien propone el aludido Código de Proceso Civil Colectivo. Muy someramente véase de Pinho, H. B. (2005). *Class Actions in Brazilian Law: General Aspects, Evolution and Some Controversies*. *Conn. J. Int'l L.* [20] 186-197.

<sup>6</sup> El modelo de Código de Proceso Civil Colectivo se puede consultar en Gidi, A., n 3 *supra*, 137-157.

<sup>7</sup> En Canadá fue Québec el primer Estado en introducir la tutela colectiva (artículos 999-1030 del *Code of Civil Procedure RSQ*, en el que fueron introducidas por la *Act Respecting the Class Action, SQ 1978*), seguido por Ontario (*Class Proceedings Act 1992, SO 1992*, c 6), y British Columbia por la *Class Proceedings Act, RSBC 1996*, c 50, para acabar generalizándose. Sobre otros Estados que, posteriormente, han adoptado *class actions* y la práctica en Canadá, véase Mulheron, R. (2004). *Some Comparative Observations on Res Iudicata for Canada's Newest Class Actions Regime*. *Man.L.Rev.* [30] 171-195, 171-172.

<sup>8</sup> Ley número 19.496, por la que se establecen normas sobre protección de los derechos de los consumidores (D.O. 7.3.1997), reformada por Ley número 19.995, de 2004.

<sup>9</sup> Véase artículo 23 de la Constitución Nacional; Ley General número 25.675 del Ambiente, de 27.11.2002; Ley número 24.240, de Defensa del Consumidor, modificada por Ley número 26.361, de 23.11.1993 (B.O. 7.4.2008). Véase entre otros, Gómez, M. A. (2010). *Recent Developments of Collective Litigation in Latin America*. Regional Report. Recuperado de <[http://www.law.stanford.edu/library/globalclassaction/PDF/Latin\\_America\\_Recent%20Developments.pdf](http://www.law.stanford.edu/library/globalclassaction/PDF/Latin_America_Recent%20Developments.pdf)>.

<sup>10</sup> Con apoyo en el artículo 17 de la Constitución, en 2011 se ha procedido a desarrollar legislativamente la posibilidad de interponer acciones colectivas para proteger intereses difusos, colectivos y derechos individuales homogéneos. Véase Código Federal de Procedimientos Civiles (revisión publicada en DOF 30.8.2011), artículos 578-626. Otras leyes también se refieren a este tipo de acciones, como los artículos 212 y 213 Ley de Amparo, 900 y 903 Ley Federal del Trabajo mexicanas, art. 26 Ley Federal de protección del consumidores mexicana; Código civil federal; Ley Federal de Competencia Económica; Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; Ley General de Equilibrio Ecológico y de Protección del Medio Ambiente; Ley de Protección al Usuario de Servicios Financieros.

<sup>11</sup> Véase artículos 42 y 220 del Código General del Proceso de 1988, que solo se refieren a la tutela de intereses difusos y colectivos.

que Costa Rica, Guatemala y Perú reconocen la existencia de intereses colectivos y, en algún caso, los derechos individuales homogéneos, aunque sin un desarrollo que permita su persecución judicial<sup>12</sup>.

Como es seguro bien conocido de los lectores de esta obra, una ley de 1998 introdujo en Colombia una moderna regulación de las acciones populares y de grupo<sup>13</sup>, que ha dado importantes frutos en la práctica jurisdiccional del país<sup>14</sup>. Es quizás este éxito regulatorio lo que justifique el que Colombia sea uno de los escasos países donde se ha podido identificar un caso de arbitraje colectivo. El mismo, sobre materia societaria, fue tramitado ante el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá y enfrentaba a los accionistas de Bancolombia, representados por Durán Valencia con Bancolombia S.A., Portafolio de Inversiones Suramericana S.A., Cementos del Valle S.A., Compañía Colombiana de Tabaco S.A., Compañía de Cementos Argos S.A., Inversiones Reacol S.A., Compañía Suramericana de Seguros S.A. y Suramericana de Inversiones S.A.<sup>15</sup> En el supuesto, la demanda se inició ante el poder judicial colombiano, pero la existencia de una cláusula arbitral en los estatutos de la sociedad demandada motivaron, de una parte, a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (2001) a declarar que:

Los Tribunales de arbitramento, si bien pueden conocer de pretensiones dirigidas a obtener la reparación de un daño individual, como que se trata de un asunto por asunto transigible, no son competentes, por regla, para conocer de las acciones de grupo o de clase, pero no porque éstas tengan consagración constitucional, pues todo proceso la tiene –incluso el tramitado ante los árbitros (inc. 4 art. 116 C. Pol.)–, sino porque la sentencia que en ellas se profiera, por lo menos en Colombia, vincula a todas las personas que se encuentran en “condiciones uniformes”

<sup>12</sup> En Guatemala se distingue entre acciones para la protección de intereses colectivos [artículo 63.1 proyecto de Código Procesal General de Guatemala], y acciones de grupo [artículo 63.2 proyecto de Código Procesal General de Guatemala; en tanto no se apruebe este proyecto, puede jugar un papel similar el artículo 46 del Código de Proceso Civil de Guatemala, donde se obliga a los distintos demandantes a actuar bajo una misma representación], estos últimos también en el proyecto de Código procesal general de Costa Rica (594-595). Véase esta información en Ovalle Favela, J. (2003). Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (107) 587-615, 597-605. Por su parte, menciona la protección de intereses colectivos los artículos 82 del Código Procesal Civil del Perú. Véase Gidí, A. (2010). Artículo 82. *Código procesal civil comentado* (I). Perú, 360-370.

<sup>13</sup> Véase Ley núm. 472, 5.8.1998, donde se regula una acción popular para la defensa de los intereses o derechos colectivos, y una acción de grupo, para la defensa de los derechos individuales homogéneos (Diario Oficial núm. 43.357, de 6 de agosto de 1998). Véase un comentario en Ovalle Favela, J., n. 10 supra, 597-605.

<sup>14</sup> Véase Corporación Excelencia en la Justicia (agosto 2008). Balance de los 10 años de las acciones populares y de grupo. Bogotá. Recuperado de <<http://www.cej.org.co/index.php/acciones-populares-y-de-grupo>>.

<sup>15</sup> Véase *Durán Valencia v. Bancolombia* (Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá). Recuperado de <http://www.kluwerarbitration.com> y <<http://jurisprudencia.vlex.com.co/vid/-355231302>>. Véase el comentario de Strong, S.I. (2008). Enforcing Class Arbitration in the International Sphere: Due Process and Public Policy Concerns. *University of Pennsylvania Journal of International Law* (30), 1.

respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales” y que, por lo mismo, pertenecen al grupo interesado en el resarcimiento del perjuicio.

Y, de otra parte, la Corte Constitucional (2000) indicó que:

Otra, en sana lógica, parecería ser la conclusión cuando el “grupo” únicamente esté conformado por personas que, como los socios de una sociedad, han concertado el pacto arbitral o aceptado la presencia de una cláusula compromisoria-, pues en tal hipótesis, que es la que aquí se presenta, justamente todos los integrantes de aquella y posibles perjudicados con una acción u omisión de otro accionista o de la sociedad, relacionada con el contrato social, ya han renunciado, *ab initio*, a ventilar sus pretensiones ante los Jueces, de suerte que si alguno de ellos solicitara la exclusión del grupo para hacer valer su derecho en proceso separado, éste también tendría que promoverse ante árbitros. Por eso, en este particular y específico caso, si alguno de los socios o un grupo de ellos desea incoar una acción de clase, deberá hacerlo ante un Tribunal de arbitramento, respetando de esta manera el pacto arbitral (fidelidad negocial), cuya decisión podrá tener efectos ultrapartes, como es propio de ese tipo de acciones, en la medida en que, se repite, una de las características del grupo es que, necesariamente, estará conformado por personas a quienes vincula ese pacto, conclusión ésta a la que no se opone el carácter principal de las acciones de clase, lo que tan sólo significa que ellas son procedentes con independencia de la existencia de otra acción.

La cita extensa de esta importante sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia se justifica porque enmarca el debate que se encuentra en la base de este trabajo y que se reduce a una cuestión: ¿es posible el arbitraje colectivo? La respuesta del alto tribunal es muy matizada en ausencia de reglamentación legal expresa en Colombia de esta posibilidad, pero su importancia radica en que pone el acento en la aparente contradicción entre el carácter voluntario del arbitraje y el hecho de que las acciones colectivas deciden en un único proceso de intereses y derechos que pertenecen a quien no participa activamente en el proceso. Ahora bien, el caso finalmente resuelto por el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá supera sin problemas esta aparente contradicción. El mérito se debe, sin embargo, a las características particulares del arbitraje societario en la medida en que la cláusula compromisoria consta en estatutos de la sociedad y, por tanto, vincula a todo el grupo accionante. De hecho, algo similar a lo ocurrido en Colombia ha sucedido en Alemania donde han ido más allá y desarrollado reglas especiales para tratar esta especialidad arbitral<sup>16</sup>.

A medida que las acciones colectivas se expanden y asientan, Estados y actores comienzan a preguntarse por las ventajas del arbitraje colectivo. La fase en la que nos encontramos es, de momento, de preguntas y discusión con

---

<sup>16</sup> Véase DIS Supplementary Rules for Corporate Law Disputes y comentario de Borris, Ch. (2016). Collective Arbitration: The European experience. Germany and the DIS Supplementary Rules for Corporate Law Disputes (DIS-SRCoLD). En Hanotiau, B. y Schwartz, E. A. (eds.). *Class and Group Actions in Arbitration. Dossiers ICC Institute of World Business Law*. París, 80-87.

algunos pasos, si bien tímidos, van hacia a la admisión del arbitraje colectivo como prueba el citado caso colombiano. El arbitraje de consumo colectivo, introducido en España por Real Decreto 231/2008 de 15 de febrero por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo<sup>17</sup>, pudiera parecer un gran avance en este contexto. Sin embargo, emprendemos a continuación un análisis del mismo para demostrar todas sus flaquezas que no hacen más que evidencia un gran desconocimiento por parte del legislador español de en qué consiste la tutela colectiva. En cualquier caso, la discusión sobre la posibilidad y beneficios de la tutela arbitral colectiva no ha hecho más que comenzar como ilustra, entre otros eventos, el celebrado en 2015 en la Cámara de Comercio Internacional de París sobre este tópico<sup>18</sup>.

## El arbitraje de consumo colectivo en España: una introducción

Las acciones colectivas son parte del sistema de justicia español desde 1984<sup>19</sup>, pero todavía plantean muchos problemas en términos de derecho constitucional y procesal<sup>20</sup>. A pesar de los mismos, lo cierto es que se ha intentado trasplantar este modelo al Sistema de Arbitraje de Consumo, de manera que el Real Decreto 231/2008 de 15 de febrero instauró el llamado 'arbitraje de consumo colectivo'<sup>21</sup>. Esta pieza legislativa encuentra su origen en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y toma como referencia la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. La primera concibe al Sistema de Arbitraje de Consumo como un medio para satisfacer el principio constitucional de protección del consumidor, el cual debería proyectarse sobre todo el sistema jurídico español y, en particular, sobre la concepción y práctica del arbitraje de consumo<sup>22</sup>. La Ley de Arbitraje, redactada sobre la

<sup>17</sup> BOE núm. 48, 25 de febrero de 2008.

<sup>18</sup> Las presentaciones realizadas en el contexto de la 35ª reunión anual del ICC Institute of World Business Law sobre *Class & Group Actions in Arbitration*, celebrado en París el 30 de noviembre de 2015, han sido publicadas en Hanotiau, B. y Schwartz, E. A. (eds.). *Class and Group Actions in Arbitration. Dossiers ICC Institute of World Business Law*. París. Allí se encuentra mi contribución 'Collective Consumer Arbitration in Spain: What is in a Name?', 88-104, sobre la que se basa el presente trabajo.

<sup>19</sup> Véase artículo 20 de la Ley 26/1984 de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios, ahora artículo del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

<sup>20</sup> Véase Carballo Piñeiro, L. (2009). *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 36-96.

<sup>21</sup> Las disposiciones claves son los artículos 56-62 del Real Decreto 231/2008. Sobre las características generales y la historia del sistema véase Marín López, M. J. (17.3.2008). La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero. *Diario La Ley* (6905).

<sup>22</sup> Véase artículo 51 de la Constitución Española.



base de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional<sup>23</sup>, establece el marco legal del arbitraje en España y sus principios también se proyectan sobre el Sistema Arbitral de Consumo<sup>24</sup>. Sin embargo, esta ley no reglamenta el arbitraje colectivo de manera que el modelo para redactar la versión que existe en materia de consumo ha de buscarse en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) donde sí se regulan las acciones colectivas<sup>25</sup>.

Teniendo en cuenta estos antecedentes y a diferencia de la *class arbitration* estadounidense<sup>26</sup>, el arbitraje colectivo de consumo en España no es el resultado de la interacción entre el arbitraje y las acciones colectivas, sino que es un producto legal que persigue mejorar la protección del consumidor en España<sup>27</sup>. Ahora bien, el arbitraje colectivo de consumo es, al menos en una

<sup>23</sup> Véase la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 de Arbitraje. Véase la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (NU Resolución 40/72 de 11 de diciembre de 1985), con las enmiendas adoptadas en 2006 (NU Resolución 61/33 de 18 de diciembre de 2006).

<sup>24</sup> Véase Cremades, B. M. y Cortés, R (2012). *Class Actions and Arbitration Procedures—Spain*. En Billiet, Ph. et al. (eds.) *Class Actions and Arbitration in the European Union*, Belgium: Maklu Publishers, 155-156.

<sup>25</sup> Artículos 6, 11, 15, 15bis, 221, 222.2, 256.1.6ª, 519 LEC.

<sup>26</sup> La interacción entre las *class actions* y el arbitraje ha sido explorado en los Estados Unidos a través de la inclusión de convenios arbitrales en contratos estándar. El propósito es evitar las *class actions*, apoyándose en el hecho de que la *Federal Arbitration Act* favorece el arbitraje sobre la jurisdicción, incluso en supuestos de consumo. Véase Byrne, Th. A. (2006). *Class Actions*. *Mercer Law Review* (57) 1031-1037. En sentido crítico, véase Gilles, M. E. (2005) *Opting Out of Liability: The Forthcoming, Near-Total Demise of the Modern Class Action*. *Michigan Law Review* (104) 381-430. Sin embargo, esta tendencia se ha encontrado con que el *class arbitration* ha sido aceptado, esto es, aunque el convenio excluyendo la jurisdicción ha sido respetado, el arbitraje puede proceder como colectivo. A estos efectos, diferentes organizaciones arbitrales han elaborado reglas sobre procedimientos arbitrales de clase, principalmente basadas en los procedimientos de *class action* para y que persiguen salvaguardar los derechos procesales de los miembros de clase ausentes. Véase *American Arbitration Association. Supplementary Rules for Class Arbitrations* (2003). Recuperado de <<http://www.adr.org/sp.asp?id=21936>> [en adelante, AAA Supplementary Rules]; *Judicial Arbitration and Mediation Services Class Action Procedures* (2009). Recuperado de [http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/JAMS-Rules/JAMS\\_Class\\_Action\\_Procedures-2009.pdf](http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/JAMS-Rules/JAMS_Class_Action_Procedures-2009.pdf); *National Arbitration Forum. Class Arbitration Procedures*. Recuperado de <http://www.adrforum.com/users/naf/resources/Arbitration%20Class%20Procedures%202007.pdf>.

<sup>27</sup> Fuera de los Estados Unidos se han identificado dos casos de arbitraje colectivo, uno el ya comentado en Colombia, y otro ante una institución arbitral canadiense [*Kanitz v. Rogers Cable Inc.*, [2002] 58 O.R. [3d] 299, 21 B.L.R. [3d] 104. Recuperado de <http://www.kluwerarbitration.com>]. En Canadá, este tipo de arbitraje ha evolucionado en modo similar al estadounidense, de modo que el Tribunal Supremo de Canadá pronunció una decisión apoyando el arbitraje y excluyendo los procedimientos colectivos [*Dell Computer Corp. V. Union des consommateurs*, 2 S.C.R. 801, 2007 SCC 34 [S.C.C. 2007].]. Véase, en general, Saumier, G. (2008). *Consumer Dispute Resolution: The Evolving Canadian Landscape*. *Class Action Defence Quarterly* 1. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=1291960>; Saumier, G. (2009). *Consumer Arbitration in the Evolving Canadian Landscape*. *Penn State Law Review* (113) 1203; Strong, S.I. (2009). *Class Arbitration Outside the United States: Reading the Tea Leaves*. *Legal Studies Research Paper Series* [Research Paper No. 2009-36, University of Missouri]. Recuperado de <<http://ssrn.com/abstract=1517272>>.

aproximación superficial, un reflejo de las acciones colectivas en España, tal y como por otra parte lo es la *class arbitration* en relación con las *class actions* estadounidenses. En este sentido, ha de precisarse que las normas sobre acciones colectivas distinguen en España entre intereses difusos y colectivos, afectando los primeros a un número indeterminado de personas en tanto que los segundos a un número determinado o determinable de personas; la diferencia entre ambos da lugar a diferentes tipos de acciones colectivas<sup>28</sup>. En esencia, los primeros se corresponderían en Colombia con las acciones populares y, los segundos, con las acciones de grupo.

Tal y como se preocupa de establecer este trabajo, el arbitraje de consumo colectivo se centra en intereses colectivos y excluye los intereses difusos de su ámbito de aplicación. Sin embargo, el Real Decreto 231/2008 no trata determinadas cuestiones que son esenciales a efectos de conseguir que el arbitraje pueda funcionar como una mecanismo de representación, es decir, uno que permita decidir de forma definitiva sobre los asuntos de un grupo de personas que no se defiende activamente en el arbitraje, sino por medio de un demandante-representante. Más adelante se desarrolla este defecto del arbitraje de consumo colectivo español, de manera que allí se examinan las reglas dedicadas a lidiar con este tipo de arbitraje en el Real Decreto 231/2008. Además, se entiende necesario hacer alguna referencia a cuestiones de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales recaídos en este tipo de procedimientos arbitrales, cerrándose el trabajo con algunas consideraciones sobre futuras acciones legislativas.

## El Sistema de Arbitraje de Consumo

El establecimiento de un sistema administrativo de arbitraje de consumo en España se debe a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984<sup>29</sup>, aunque no es hasta el año 1993 que se desarrolla reglamentariamente y, por tanto, se puede poner en práctica<sup>30</sup>. El Sistema de Arbitraje de Consumo se reforma en 2008 como consecuencia de la aprobación de la Ley 60/2003 por la que se deroga la Ley de Arbitraje del año 1988<sup>31</sup>. Esta reforma

<sup>28</sup> Véase artículo 11.2 y 3 LEC.

<sup>29</sup> Véase artículo 31 de la Ley 26/1984 para la defensa de los consumidores y usuarios.

<sup>30</sup> El Sistema de Arbitraje de Consumo fue implantado por el Real Decreto 636/1993 de 3 de mayo de 1993, ahora reemplazado por el Real Decreto 231/2008. El Gobierno español fue el encargado de promulgar el último por la Ley 44/2006 de 29 de diciembre por la que se reforma la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios. Otras disposiciones relevantes son los artículos 57 y 58 del Real-Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje.

<sup>31</sup> La Ley 60/2003 reemplazó la Ley de Arbitraje de 1988 con la que el Real Decreto 636/1993 estaba coordinado, es decir, el último era complementario de la ley a efectos de desarrollar el Sistema de Arbitraje de Consumo e incluía referencias a la Ley de 1988; una vez que la Ley de Arbitraje de 1988 ha sido abrogada, es claro que las nuevas disposiciones sobre el sistema de arbitraje eran necesarias.

persigue corregir los problemas y lagunas del antiguo sistema, entre otros la ausencia de arbitraje colectivo<sup>32</sup>.

El Sistema de Arbitraje de Consumo solo se aplica a disputas de consumo, entre consumidores y profesionales o empresas, y no cubre casos de intoxicación, lesiones o muerte, o que muestren indicios racionales de criminalidad<sup>33</sup>. Como antes se indicaba, el sistema está impregnado del principio de protección del consumidor y, por ello, los únicos con legitimación activa ante los tribunales arbitrales de consumo son los consumidores, esto es, los profesionales y empresas no pueden iniciar este tipo de arbitraje<sup>34</sup>. Además, el Sistema de Arbitraje de Consumo se acomoda a la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en la contratación de consumo<sup>35</sup>, de acuerdo con la cual el arbitraje de consumo solo es posible, y los laudos arbitrales solo se pueden ejecutar, si el convenio arbitral somete la disputa de consumo a un sistema legalmente establecido o se celebra después de que haya surgido la disputa<sup>36</sup>.

En cuanto a su estructura, el Sistema de Arbitraje de Consumo se concibe como un servicio público gratuito, para resolver disputas de consumo a través

<sup>32</sup> La acumulación de acciones ya era posible en el anterior sistema, pero dependía de que un grupo de consumidores solicitara de forma conjunta el arbitraje o lo hiciera una asociación de consumidores en su nombre; sin embargo, el Real Decreto de 1993 no hacía mención de las juntas arbitrales de consumo iniciando arbitrajes que sumasen solicitudes derivadas del mismo evento. Véase Marcos Francisco, D. (2010). *El arbitraje de consumo y sus retos*, Valencia: Tirant lo Blanch 264-265.

<sup>33</sup> Véase artículos 57.1 de la Ley 44/2006 y 2.2 del Real Decreto 231/2007. El último es más amplio que el primero puesto que excluye del Sistema de Arbitraje de Consumo la responsabilidad civil nacida de las otras exclusiones tales como los eventos que muestren indicios de criminalidad. Esta exclusión contradice la Ley 44/2006, una contradicción que no está en consonancia con el principio de jerarquía de normas, y sin mencionar el principio de protección del consumidor. Véase Pita Ponte, J. M. (2012). La implementación del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. En González Pillado, E. (Coord.). *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Madrid: Tecnos 26.

<sup>34</sup> Sin embargo, la reconvencción es posible, una posibilidad que sólo cabe criticar fuertemente. Véase Pita Ponte, J. M., n. 33 supra, 24-25 y 40-43; Richard González, M. (2011). Análisis crítico del sistema y los procedimientos arbitrales y de mediación en España. Especial atención a la reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011) y al proyecto de Ley de Mediación de 2011. En Richard González, M., Riaño Brun, I. y Rifá Soler, J. M. (eds.). *Estudios sobre arbitraje de consumo*. Navarra: Aranzadi 133-134.

<sup>35</sup> Directiva del Consejo 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores [1993] DO L 95/29. El Anexo a la Directiva 93/13/CEE incluye entre los términos a los que se refiere el artículo 3.3,1), es decir, aquellos que se consideran nulos, "[q] suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante". Esta disposición ha sido transpuesta por el artículo 90 del Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios.

<sup>36</sup> Además de los sistemas arbitrales especiales por razón de la materia, la mayoría de las disputas de consumo se canalizan a través del Sistema de Arbitraje de Consumo.

de un procedimiento que, en principio, deja las formalidades a un lado<sup>37</sup>. A resultas de la reforma de 2008, el sistema está compuesto de varios órganos, a saber, por una parte, están las Juntas Arbitrales de Consumo, la Comisión de Juntas de Arbitraje de Consumo y el Consejo General, todos ellos órganos administrativos; y por la otra, los tribunales arbitrales.

Los principales órganos administrativos son las Juntas de Arbitraje de Consumo que son las responsables de manejar el sistema y proveer servicios técnicos y de administración a los árbitros y a las partes en el arbitraje. Además de la Junta Arbitral Nacional, pueden establecerse juntas locales bajo la autoridad de la correspondiente administración pública. Como ya se mencionó, solo los consumidores están legitimados para entablar arbitraje ante la junta elegida por ambas partes en el arbitraje; en caso de que no se pusieran de acuerdo, la competente para administrar el arbitraje es la junta local más próxima al domicilio del consumidor<sup>38</sup>.

Si una solicitud no es admitida a arbitraje, la decisión puede ser impugnada ante la Comisión de Juntas de Arbitraje de Consumo<sup>39</sup>. La Comisión también se hace cargo de emitir informes y directrices con la finalidad de coordinar a los árbitros y evitar contradicciones<sup>40</sup>. De todos modos, ha de subrayarse que la actuación de los árbitros ha de estar siempre presidida por los principios de independencia e imparcialidad, de manera que no están obligados a seguir las citadas directrices siempre y cuando expliquen sus razones. Por lo demás, los árbitros tienen que cumplimentar determinados requisitos y mostrar sus cualificaciones tal y como determina el Consejo General<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Al menos, esta es la descripción oficial del sistema. Una lectura atenta del Real Decreto 231/2007 revela un cuadro diferente en la medida en que sí existe un buen número de formalidades administrativas, por ejemplo, en lo que atañe a la notificación; y cuántas más formalidades administrativas, más razones hay para impugnar el laudo arbitral. Véase estas críticas en Pita Ponte, J. M., n. 33 supra, 22 y 32. En lo que atañe al sistema como libre de gastos, las partes en el arbitraje sólo tienen que pagar por recoger sus propias pruebas en la medida en que la prueba solicitada de oficio es pagada por el Estado. Véase artículo 45.3 del Real Decreto 231/2008.

<sup>38</sup> Si varias Juntas de Arbitraje de Consumo cubren la misma área territorial, la más pequeña se considera competente. Si existiera una limitación jurisdiccional incluida en el sistema de sometimiento público al Sistema de Arbitraje de Consumo por el correspondiente negocio, la Junta de Arbitraje de Consumo a la que el negocio se somete es competente a menos que el negocio se someta a varias juntas, en cuyo caso el consumidor puede elegir. Véase artículo 8 del Real Decreto 231/2007.

<sup>39</sup> Artículo 11.1 del Real Decreto 231/2007.

<sup>40</sup> A la vista de la separación neta entre los órganos administrativos responsables de manejar el Sistema de Arbitraje de Consumo y los árbitros, las facultades de la Comisión de Juntas de Arbitraje de Consumo han de ser criticadas. Véase Pita Ponte, J. M., n. 33 supra, pp. 34-37.

<sup>41</sup> El cumplimiento de estos requisitos y cualificaciones es controlado por el presidente de la respectiva junta arbitral. Véase artículo 17 del Real Decreto 231/2007.

## La configuración del arbitraje de consumo colectivo

Curiosamente, el debate sobre si el arbitraje puede ser realizado de forma colectiva todavía no se ha cerrado en España<sup>42</sup>. Ahora bien, sí se ha llegado a la conclusión de que el arbitraje es adecuado para tramitar intereses colectivos, aunque no difusos en la medida en que estos últimos no se pueden caracterizar propiamente de derechos legales o contractuales<sup>43</sup>, y la naturaleza voluntaria del arbitraje parece estar en contradicción con intereses que conciernen a un número indeterminado de personas<sup>44</sup>. Por consiguiente, el arbitraje de consumo colectivo 'tiene por objeto resolver en un único procedimiento arbitral de consumo los conflictos que, en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o determinable de éstos'<sup>45</sup>.

A la vista de esta declaración de intenciones es preciso destacar que el lenguaje del citado artículo 56 del Real Decreto 231/2008 es muy similar al del artículo 11.2 LEC a propósito de quién tiene legitimación activa para litigar por intereses colectivos ante los tribunales españoles<sup>46</sup>. Ahora bien, existe una cuestión que marca la diferencia entre ambas normas y afecta decisivamente a la caracterización del arbitraje de consumo colectivo como realmente 'colectivo'. Y es el hecho de que el Real Decreto 231/2008 no se ocupa de la cuestión de quién tiene legitimación activa para defender los intereses colectivos de los consumidores ante los tribunales arbitrales.

Es de sobra conocido el hecho de que los sistemas jurídicos europeos han sido muy reticentes a la hora de admitir las acciones colectivas debido a sus aparentes dificultades en garantizar el derecho de defensa del titular del de-

---

<sup>42</sup> Véase por una completa relación de todos los argumentos pro y en contra de este tipo de arbitraje en Strong, S.I. (2013). *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law*, Oxford: OUP *passim*.

<sup>43</sup> Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona declaró nulo un laudo ordenando RENFE, el servicio ferroviario estatal, ordenando incluir determinada información en los tickets de tren de corta distancia. El tribunal entendió que el consumidor no tenía legitimación activa ya que no estaba reclamando por un derecho individual sino un interés difuso. Véase la sentencia de Audiencia Provincial (Sección 14ª) de Barcelona de 3 de noviembre de 2003 (AC 2003, 1763).

<sup>44</sup> Véase entre otros, Marcos Francisco, D. (2011). ¿Es posible la tutela de intereses colectivos y difusos en el arbitraje de consumo? El arbitraje colectivo de consumo en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del Sistema Arbitral de Consumo. *Revista Boliviana de Derecho* (11) 188.

<sup>45</sup> Artículo 56 del Real Decreto 231/2007.

<sup>46</sup> El artículo 11.2 LEC reza como sigue: "Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados".

recho<sup>47</sup>. Los beneficios de las acciones colectivas radican en que permiten el acceso a la justicia y maximizan la economía procesal, razones por las que la tendencia a ignorarlas está lentamente invirtiéndose y los países de *civil law* también están introduciendo la tutela colectiva en sus ordenamientos jurídicos<sup>48</sup>. En este orden de consideraciones, la legitimación activa para entablar este tipo de procesos ha sido una cuestión clave en la reglamentación de acciones colectivas.

Los sistemas adscritos a la tradición de *civil law* diseñan el proceso civil como una contienda bilateral entre iguales de manera que la litigación es para aquellos que discuten sobre un derecho legal o contractual que presumen propio. Y este no es el caso de las acciones colectivas en las que el demandante-representante litiga en nombre de un grupo cuyos miembros permanecen ausentes en el procedimiento. La tradicional teoría legal sobre el proceso civil no se acomoda, por tanto, a esta evolución moderna de manera que estos sistemas han debido evolucionar y dar paso a conceptos nuevos que cubren los supuestos en los que se discute en el proceso sobre derechos e intereses que afectan a un grupo determinado, determinable, o incluso indeterminado de personas<sup>49</sup>. En otras palabras, además de los derechos subjetivos y los intereses legítimos, ahora también se identifican “intereses difusos”, “intereses colectivos”, e incluso “derechos individuales homogéneos”<sup>50</sup>. Tras la aparición de estos conceptos, el siguiente paso en la implantación de la tutela colectiva en países de *civil law* se produjo cuando se estableció legalmente quién tenía legitimación activa para su defensa en juicio.

España no es una excepción a esta tendencia<sup>51</sup>. Las acciones colectivas españolas no son transversales, sino que se emplean básicamente para discutir cuestiones laborales y de consumo. Más concretamente, las acciones colectivas de consumo se caracterizan por su tipicidad, lo que significa que hay un número importante de leyes de consumo y casi todas ellas contiene normas sobre, en primer lugar, qué tipo de acciones colectivas está disponible para

<sup>47</sup> Véase Stadler, A. (2007). Collective Action as an Efficient Means for the Enforcement of European Competition Law. En Basedow, J., *Private Enforcement of EC Competition Law*, The Netherlands: Kluwer Law International 211.

<sup>48</sup> El número se espera que aumenta como consecuencia de la Recomendación de la Comisión Europea sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión [C(2013) 3539 final].

<sup>49</sup> Con esta perspectiva, véase Cappalli, R. y Consolo, Cl. (1992) Class Action for Continental Europe? A Preliminary Inquiry. *Temple International and Comparative Law Journal* (6) 217.

<sup>50</sup> Tales conceptos hallan su origen en el Código de Protección del Consumidor brasileño, pero la discusión sobre el significado de los intereses colectivos y difusos sigue viva. Véase, entre otras, Bujosa Vadell, L. (1995). *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, Bosch 59-62; Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Cabiedes, P. (1999). *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Navarra: Aranzadi *passim*; Pérez Ragone, Á. J. D. (2005). ¿Necesitamos los procesos colectivos? En torno a la justificación y legitimidad jurídica de la tutela de intereses multisubjetivos. *Revista de Derecho Procesal* 618-629.

<sup>51</sup> Véase Carballo Piñeiro, 2009.

perseguir los intereses colectivos o difusos de consumo que dicha ley establece, y, en segundo lugar, quién está legitimado activamente para traer dichos intereses ante los tribunales españoles<sup>52</sup>.

Aunque estas normas están dispersas en distintas leyes<sup>53</sup>, la LEC provee el procedimiento a seguir en caso de proceso colectivo. A estos efectos, el artículo 222.3 LEC introduce una excepción a la regla general de que la sentencia firme solo vincula a las partes en el proceso y a sus sucesores, esto es, también vincula a terceros al procedimiento cuyos intereses y derechos hayan sido traídos y defendidos ante el tribunal por aquellas personas autorizadas a representarlos e iniciar acciones colectivas<sup>54</sup>. Esta regla general se suple con una regla específica para las acciones colectivas entabladas por asociaciones de consumidores<sup>55</sup>. En España pueden plantear este tipo de acciones entidades públicas como el Ministerio Fiscal o el Instituto Nacional de Consumo, así como grupos de consumidores e, incluso, individuos. Pero la realidad práctica es que son las asociaciones de consumidores las que entablan la abrumadora mayoría de las acciones colectivas que se tramitan en España<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> Véase Carballo Fidalgo, M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente. Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas*, Barcelona: J. M<sup>a</sup>. Bosch Ed. 243; Carballo Piñeiro, L. (2007). La tipicidad de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español. *Justicia. Revista de derecho procesal* 63.

<sup>53</sup> El Real-Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios ha reducido el número de de estas leyes, unas veinticinco. Algunas todavía están en vigor e incluyen disposiciones en materia de acciones colectivas, tales como los artículos 32 y 33 de la Ley 3/1991 de 10 de enero, de Defensa de la Competencia, y artículo 6 de la Ley 34/1988 de 11 de noviembre, de publicidad.

<sup>54</sup> Esta disposición remite específicamente al artículo 11 LEC en la medida en que esta regla sobre la legitimación activa para traer intereses colectivos y difusos de los consumidores ante los tribunales. Sin embargo, también se aplica a cualquier otra persona legitimada para iniciar acciones colectivas de acuerdo con la legislación de consumo aplicable al caso.

<sup>55</sup> Artículo 221.1 LEC contempla los siguientes supuestos: (...) '1.ª Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena. Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante. 2.ª Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. 3.ª Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones'. El artículo 222.2 LEC hace referencia a la facultad que ostenta el tribunal que pronuncia una sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores de ordenar su publicación, total o parcial, con cargo al demandado, así como una declaración rectificadora si los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo.

<sup>56</sup> De hecho y a efectos de promocionar la interposición de acciones colectivas, el artículo 37,d) del Real-Decreto Legislativo 1/2007 consagra el derecho de las asociaciones de consumidores y usuarios a justicia gratuita. A pesar de ello, solo algunos casos de tutela colectiva han llegado

A pesar de la relevancia de las normas sobre legitimación activa y *res iudicata* a efectos de construir la tutela colectiva de derechos e intereses, el Real Decreto 231/2008 no menciona dichas reglas. El artículo 58.1 del Real Decreto 231/2008 establece que el arbitraje de consumo colectivo ha de ser iniciado por el presidente de la Junta de Arbitraje de Consumo competente, bien por propia iniciativa, bien a petición de las juntas arbitrales de inferior jurisdicción territorial, bien por solicitud de una asociación de consumidores representativa. Ahora bien, esta no es una regla de legitimación, es decir, una que señale quién está autorizado a traer y defender intereses colectivos en el arbitraje. De hecho, una vez que la decisión se ha tomado y el procedimiento arbitral comienza, la regla general en materia de legitimación activa se aplica<sup>57</sup>. Por tanto, los consumidores individuales son los que tienen que defender sus reclamaciones en el procedimiento arbitral. En particular, llama la atención que no vuelve a hacerse referencia alguna a las asociaciones de consumidores, aquellas que tienen el papel más relevante en la práctica española cuando se trata de entablar acciones colectivas. En definitiva, y en ausencia de previsiones específicas, las mismas no están autorizadas a defender intereses colectivos a través del arbitraje<sup>58</sup>.

Igualmente, el Real Decreto 231/2008 no se refiere a los efectos vinculantes de los laudos arbitrales sobre terceros, lo cual debe necesariamente hacerse si se pretendiera que el procedimiento arbitral fuera auténticamente colectivo. En consecuencia, el ya conocido principio de *res iudicata inter partes* es el aplicable, de manera que el laudo es solo vinculante entre las partes que han intervenido en el procedimiento arbitral<sup>59</sup>. A la vista de esta laguna, solo se puede concluir que lo que se denomina en España arbitraje de consumo colectivo es un mecanismo para lidiar con casos que nacen del mismo hecho e implican a una multiplicidad de partes, pero que se basa en la mera

---

a los tribunales a lo largo de los treinta años desde su reconocimiento en España, y la mayoría son acciones de cesación. Lo cierto es que, a pesar de que son reconocidas legalmente en España, las acciones colectivas indemnizatorias son muy raras en la práctica judicial debido a sus costas y las dificultades que entrañan primero, a la hora de entender exactamente cómo funciona, y segundo, a la hora de reunir los miembros del grupo demandante, así como los medios de prueba y la administración de la ejecución de la sentencia que recaiga si la acción es estimada. Ahora bien, se puede observar que los números comienzan a elevarse como consecuencia de la crisis económica que ha hecho más atractiva la tutela colectiva. Véase, abordando algunos casos, Carballo Piñeiro, L. (2015). La construcción del mercado interior y el recurso colectivo de consumidores, en Esteban de la Rosa, F. (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia: Tirant lo Blanch 1055-1088.

<sup>57</sup> Véase artículo 34 del Real Decreto 231/2007.

<sup>58</sup> Véase, entre otros, Cubillo López, I. J. (2010). El procedimiento para la tutela arbitral de consumidores, en Cubillo López, I. J. (ed.) *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, Navarra: Thomson-Reuters 292.

<sup>59</sup> Debido a este límite, las acciones de cesación para la protección de consumidores no se pueden canalizar a través del arbitraje en la medida en que vinculan a terceros al proceso y este tipo de *res iudicata (erga omnes)* y eficacia preclusiva no pueden alcanzarse a través del proceso arbitral.



agregación de solicitudes de arbitraje y no en su tratamiento como colectividad y, por tanto, a través de la representación de los miembros del grupo. Un análisis detallado de las reglas del citado Real Decreto 231/2008 confirma esta conclusión.

## Características del procedimiento y críticas

### ***Problemas relacionados con la competencia de las juntas arbitrales***

***y el inicio del procedimiento.*** El Sistema de Arbitraje de Consumo es de carácter administrativo, por lo que cada Junta de Arbitraje tiene una determinada jurisdicción territorial. El arbitraje colectivo se administra por la junta arbitral con jurisdicción en el área geográfica donde están domiciliados los consumidores cuyos derechos e intereses económicos legítimos se han visto afectados por el hecho que se trae a arbitraje. Si estos consumidores viven en más de una Comunidad Autónoma en España, la Junta Arbitral Nacional es la competente para administrar el procedimiento<sup>60</sup>. Como se verá en las secciones que siguen, la junta competente de acuerdo con estas precisas reglas decide si procede el inicio de un arbitraje de consumo colectivo, y también ha de dar los pasos necesarios para abrir el procedimiento, esto es, ha de obtener las necesarias aceptaciones de las partes en el arbitraje y designar el tribunal arbitral.

No obstante, la cuestión de la competencia territorial está lejos de estar satisfactoriamente solventada en el Real Decreto 231/2008, dado que la correspondiente junta puede tener que tomar la decisión de arbitrar colectivamente en un momento en el que el grupo todavía no ha sido determinado. La composición del grupo demandante puede cambiar durante el procedimiento arbitral, pero nada se dice en la ley de cómo proceder en estos supuestos, esto es, si la ya no competente junta debería remitir el arbitraje a la junta que adquiere competencia con estos cambios o no<sup>61</sup>. Por el contrario y solo tras la decisión de someter la controversia a arbitraje colectivo, se publica en el boletín oficial o a través de otros medios una invitación a todos los consumidores interesados a unirse al procedimiento arbitral colectivo. Además, las diligencias preliminares en España permiten que los tribunales españoles pueden intervenir en la determinación del grupo titular de intereses colectivos a través de la adopción de medidas apropiadas, como la de imponerle al demandado la obligación de que coopere en la determinación de los miembros del grupo<sup>62</sup>. Ahora bien, el Real Decreto 231/2008 no hace referencia alguna a esta disposición de la LEC; como quiera que las juntas arbitrales solo pueden requerir el apoyo de los tribunales españoles en los casos previstos, no pueden, por tanto, echar mano de esta diligencia preliminar<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Véase artículo 57 del Real Decreto 231/2007.

<sup>61</sup> Véase Marcos Francisco, 2011.

<sup>62</sup> Véase artículo 256.1, 6ª LEC.

<sup>63</sup> Véase Marcos Francisco, 2011.

El presidente de la Junta de Arbitraje de Consumo competente es el responsable de decidir si se ha de proceder al arbitraje colectivo o no. La iniciativa puede ser suya, de las juntas arbitrales de áreas territoriales inferiores o puede ser solicitada por asociaciones representativas de los intereses colectivos de los consumidores en el área donde han sido afectados. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que la participación de estas últimas en el arbitraje finaliza con esta solicitud, puesto que nada se precisa sobre su intervención en el procedimiento arbitral; de otro modo, sí se podría afirmar que estamos ante un auténtico arbitraje colectivo.

Por otra parte, no hay más explicación sobre qué se ha de entender por ‘asociaciones representativas’ en el Real Decreto 231/2008. Aunque la noción está presente en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, a saber, solamente las asociaciones inscritas en un registro público específico pueden considerarse “representativas”<sup>64</sup>. Pero este requisito carece de sentido teniendo en cuenta que estas asociaciones no pueden intervenir en el proceso arbitral; la legislación española requiere el registro con el fin de asegurar que el demandante-representante es el adecuado, pero en este contexto, en el que no se les considera demandante-representante, es excesivo. Por el contrario, hubiera cumplido su objetivo si se hubiera legitimado a las asociaciones de consumidores para defender sus intereses en el arbitraje colectivo<sup>65</sup>.

Por último, es muy llamativo que el acceso al arbitraje colectivo únicamente se permite a consumidores domiciliados en España y no a los domiciliados en otros países, incluso en aquellos supuestos en los que la empresa o el profesional responsable por las cuestiones en disputa está domiciliado en España<sup>66</sup>. Por el contrario, los consumidores domiciliados en España pueden aprovecharse de este tipo de arbitraje frente a empresas o profesionales que están domiciliados en el extranjero.

<sup>64</sup> Véase artículo 22.1,c) de la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios. Esta ley forma parte ahora del Real-Decreto legislativo 1/2007, cuyo Título II, Libro I, regula el derecho de representación, consulta y participación y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios. El capítulo III del Título II constituye el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios que gestiona el Instituto Nacional de Consumo (artículos 33-36). Para registrarse, el fin primordial de la asociación tiene que ser la protección de los intereses de los consumidores (artículo 23) y no debe incurrir en ninguna de las prohibiciones enumeradas en el artículo 27, tal como no ser una asociación con ánimo de lucro. Otros requisitos se refieren a la antigüedad de la asociación, el número de socios y los programas de actividades están incluidos en otras disposiciones legislativas (artículo 33.2).

<sup>65</sup> Véase Marcos Francisco, 2011.

<sup>66</sup> Ha de señalarse que el Sistema de Arbitraje de Consumo se refiere a cuestiones de consumo que nacen del comercio en España, es decir, con independencia de la nacionalidad o domicilio de las partes, puesto que no hay mayores indicaciones en el Real Decreto 231/2008. Véase Cubillo López (2010, 290). La limitación reseñada en texto es muy llamativa en el contexto de la Unión Europea donde el Reglamento (CE) 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de octubre de 2004 sobre cooperación entre autoridades nacionales responsables de la ejecución de leyes de consumo, hubiera podido ofrecer un cauce excelente para conseguir la eficacia de este tipo de arbitrajes.

## ***Problemas relativos al convenio arbitral y a la intervención en el***

***proceso arbitral.*** Los convenios arbitrales pueden o bien incorporarse a contratos, o bien ser contratos separados, pero siempre deben documentar la voluntad de las partes de someter sus diferencias al Sistema de Arbitraje de Consumo<sup>67</sup>. En línea con el artículo II del Convenio de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, los convenios arbitrales deben ser escritos, firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax o cualquier otro medio de comunicación electrónico que permite la documentación escrita del acuerdo, incluso si solo está disponible electrónica u ópticamente<sup>68</sup>. Hasta aquí nada llama la atención por ser innovador. Ahora bien, hay una característica que hace al sistema inusual y es que empresas y profesionales pueden unirse al Sistema de Arbitraje de Consumo antes de que surja la disputa, esto es, pueden publicitar que participan en el sistema y, por tanto, aceptarán la solicitud de arbitraje requerida por cualquier consumidor que se relacione comercialmente con ellos.

El beneficio de así hacerlo reside en que todos los que públicamente se unen al Sistema de Arbitraje de Consumo pueden vender el mismo como un servicio extra al consumidor. Este recibe así la señal de que puede reclamar contra el correspondiente profesional o negocio a través del Sistema de Arbitraje de Consumo en caso de que surja un problema. Los interesados en enviar esta señal tienen que hacer una oferta pública de someterse al Sistema y, si es aceptada, se procede a su registro. Si se plantea una cuita de consumo, los consumidores solo tienen que solicitar la apertura del arbitraje ante la correspondiente Junta de Arbitraje<sup>69</sup>. Por lo tanto, el convenio de arbitraje puede consistir en una oferta pública de someter la cuita al Sistema hecha antes de que ésta surja más la solicitud del consumidor afectado de que se inicie el arbitraje. En aquellos supuestos en los que no ha habido una oferta pública de adherirse al Sistema de Arbitraje de Consumo, o la que se ha hecho no ha sido aceptada, la solicitud del consumidor es igualmente aceptada, pero el demandado debe aceptar expresamente el arbitraje. En definitiva, el Sistema admite tanto los convenios arbitrales que se concluyen antes de que surja la disputa como los posteriores a la misma.

<sup>67</sup> Artículo 24 del Real Decreto 231/2007.

<sup>68</sup> Véase el segundo párrafo del artículo 24 del Real Decreto 231/2007. Véase también la Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 [2006].

<sup>69</sup> Desafortunadamente, algunos profesionales y negocios no cumplen voluntariamente con los laudos arbitrales a pesar de haberse comprometido públicamente con el Sistema, problema que ignora el Real Decreto 231/2008; a pesar de que estos profesionales y negocios se benefician del Sistema de Arbitraje de Consumo, su reticencia ante el laudo arbitral obliga a los consumidores a iniciar procedimientos de ejecución. Véase Pita Ponte [2012, pp. 22-24]. Otras críticas proceden del hecho de que muchos negocios ya evitan establecer su propio departamento para gestionar las reclamaciones de clientes y derivan esta faceta hacia el Sistema de Arbitraje de Consumo. Véase Richard González [2011, pp. 74 y 89].

El caso del arbitraje de consumo colectivo es ligeramente diferente puesto que siempre se exige que los demandados lo acepten expresamente. Una vez que la junta arbitral competente decide iniciar el proceso arbitral colectivo, los profesionales o negocios responsables del evento que ha dado presuntamente lugar al daño sufrido por los consumidores han de dar expreso consentimiento al mismo<sup>70</sup>; si no fuera así, se procedería al archivo del arbitraje<sup>71</sup>. El Real Decreto 231/2008 no explica el fundamento de esta exigencia. Tampoco cabe encontrarla en otros principios habida cuenta de la estructura de este tipo de arbitraje. De hecho, es sorprendente que no se incluya en el ámbito de las ofertas públicas de adhesión al Sistema que pueden hacer profesionales y negocios si se tiene en cuenta que el arbitraje de consumo colectivo solamente se aplica a consumidores que se unen al procedimiento y no a terceros al arbitraje<sup>72</sup>.

Si el arbitraje colectivo es aceptado por el profesional o negocio demandado, el procedimiento todavía depende de que sea aceptado por los consumidores afectados de forma individual. Estos son literalmente invitados a reclamar por sus derechos e intereses legales o contractuales derivados de la cuestión controvertida. A este fin, los consumidores afectados son informados de la aceptación del demandado a través del boletín oficial de la región donde el arbitraje pretende celebrarse<sup>73</sup>. Como se verá más tarde, si no se unen expresamente al arbitraje, los consumidores afectados no estarán vinculados por el laudo arbitral que finalmente se dicte.

Este proceso de notificación plantea muchas dudas, sobre todo a propósito de su eficacia si se piensa en el número de consumidores que lee regularmente el amplio número de boletines oficiales que se publican en España. Es, por ello, que ha de subrayarse que el presidente de la junta arbitral competente tiene el poder de decidir cómo hacer pública la información sobre la apertura del arbitraje colectivo; de hecho, es una facultad discrecional, que le permite tanto no hacer publicidad alguna más de la oficial reseñada, como recurrir a periódicos. En todo caso, lo que sería extraordinario es que se diera notificación individual a los consumidores que es, sin duda, el mejor mecanismo para construir el arbitraje colectivo. Además, el contenido de la notificación es muy básico y los consumidores solo son informados de que el presidente acepta

<sup>70</sup> Dando lugar a un acuerdo de sometimiento posterior al nacimiento de la disputa en palabras de Strong, S.I. (2013). Collective Consumer Arbitration in Spain: A Civil Law Response to US-Style Class Arbitration. *Journal of International Arbitration* (30) 498.

<sup>71</sup> Artículo 58.2 del Real Decreto 231/2007. La junta competente y cualquier otra persona interesada, tal como la asociación de consumidores representativa que solicitó el inicio de este tipo de arbitraje, tienen que ser noticiados de que el arbitraje colectivo no ha sido aceptado por el profesional o la empresa demandados.

<sup>72</sup> Véase Marcos Francisco (2011, p. 196).

<sup>73</sup> Véase artículo 59.1 del Real Decreto 231/2008. Ha de retenerse que, además del boletín oficial del Parlamento Español, el Boletín Oficial del Estado, cada comunidad autónoma y provincia en España publica un diario oficial.

el inicio del arbitraje y de que tienen un periodo de dos meses para unirse al arbitraje; si no lo hacen en ese plazo, se les permite unirse antes de la vista arbitral, pero solamente en relación con las fases del procedimiento que siguen a su incorporación al procedimiento<sup>74</sup>.

A la luz de estas disposiciones es claro que no estamos ante una versión de las acciones colectivas en sede arbitral. Aunque el hecho de que los consumidores tengan que unirse expresamente al procedimiento podría recordar a un sistema *opt-in*, la verdad es que la cuestión de la legitimación para representarlos en el arbitraje no se aborda, ni se les obliga a actuar como una colectividad durante el procedimiento. Por tanto, lo que entiende el legislador español por "arbitraje colectivo" equivale, en realidad, a la acumulación de cuantas reclamaciones individuales sea posible en un único proceso arbitral. A este fin, los consumidores pueden unirse al arbitraje en el plazo de dos meses contado a partir de la información pública y a intervenir en el procedimiento también pasado ese plazo, pero solo si todavía no se ha celebrado la vista arbitral.

Por su parte, si las empresas o los profesionales demandados aceptan el arbitraje colectivo, esta aceptación tiene el efecto de suspender cualquier otro arbitraje que hubiera podido iniciarse a petición individual y por los mismos hechos que dan lugar al colectivo. Dichas solicitudes individuales han de trasladarse a la junta competente para su tratamiento colectivo en el plazo de quince días desde la notificación de aceptación por parte del demandado. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que esta regla se aplica en el estadio en el que el procedimiento arbitral individual todavía no se hubiera abierto, o la solicitud de arbitraje hubiera sido notificada a las partes, pero los árbitros no hubieran sido todavía nombrados. En estos casos, el demandante y el demandado han de ser notificados de la suspensión y de la transmisión del procedimiento<sup>75</sup>. Los procedimientos individuales que ya se hubieran iniciado ante un tribunal arbitral no se suspenden, pero la excepción planteada por el demandado en cualquier momento, incluida la vista, indicando que se ha abierto un arbitraje colectivo requiere suspensión y transferencia del procedimiento para su unión a este último, en otras palabras, la decisión de transferir el caso depende de lo que decida el demandado.

El fundamento de estas normas es que el arbitraje colectivo absorbe a todo arbitraje individual, incluidos los supuestos en los que este último ya se hubiera iniciado. Los consumidores no están autorizados a excluirse del arbitraje colectivo y no pueden iniciar tampoco arbitrajes individuales mientras el colectivo esté pendiente. En principio, esto podría impedir el derecho de defensa de los consumidores ya que quedan atados al arbitraje colectivo<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Artículo 61 del Real Decreto 231/2008.

<sup>75</sup> Artículo 60 del Real Decreto 231/2008.

<sup>76</sup> Sobre esta cuestión, véase Strong (2009, 502-503).

Sobre este peligro puede ilustrarnos el caso decidido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que tiene su origen en una acción colectiva planteada contra 101 bancos ante los tribunales de Madrid en 2010 por una asociación de consumidores, sobre la base de que los contratos de hipoteca celebrados entre dichas entidades y los consumidores incluían cláusulas abusivas<sup>77</sup>. Ante la lentitud del procedimiento, muchos consumidores decidieron litigar individualmente, pero los bancos demandados solicitaban sistemáticamente una suspensión de los procesos individuales sobre la base de que la decisión que recayera en el proceso colectivo resolvería una cuestión prejudicial a los litigios individuales<sup>78</sup>. El sistema de tutela colectiva en España no se adscribe claramente ni al *opt-in* ni al *opt-out*, es decir, la LEC no aclara si ha de concederse a los miembros del grupo demandante un derecho de inclusión o de exclusión en el procedimiento colectivo. Es por ello que un Juzgado de lo Mercantil de Barcelona decidió preguntar al Tribunal de Justicia si la norma española sobre prejudicialidad y suspensión de procedimientos se acomodaba a la normativa europea de protección de consumidores, argumentando que el consumidor queda vinculado por la decisión en esos procedimientos colectivos sin haber tenido la oportunidad de aportar defensas o aducir pruebas en plena igualdad de armas<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> Esta acción colectiva fue planteada ante el Juzgado de lo Mercantil No. 11, Madrid, juicio verbal No. 471/2010, y afecta a 15.000 consumidores representados por la asociación de consumidores ADICAE. El retraso en su tramitación se debe a los 101 bancos demandados que han sufrido distintos procesos de reestructuración.

<sup>78</sup> El Banco Central Europeo ha fijado un interés muy bajo para prestar dinero a la banca comercial, pero los deudores hipotecarios españoles no se han visto beneficiados por estos bajos precios ya que los bancos incluyeron en los contratos hipotecarios las conocidas como cláusulas suelo, esto es, aquellas que establecen que el tipo de interés aplicable a la cantidad adeudada no puede bajar de un tanto por ciento. La acción de cesación en la utilización de este tipo de cláusulas es lo que reclama ADICAE en Madrid y lo que podría potencialmente beneficiar a un número estimado de 15.000 consumidores. Muchos de ellos, ante la lentitud en la tramitación de la acción de cesación, acudieron por su cuenta a tribunales a fin de evitar tener que seguir pagando una cuota mensual indebida por su hipoteca. Para hacer todavía más complicada la situación, una sentencia del Tribunal Supremo español estableció que, efectivamente, estas cláusulas eran nulas de pleno derecho, pero indicó que esta declaración solo tenía eficacia *ex nunc*, esto es, las cláusulas debían desaparecer de los contratos, pero los bancos no debían devolver las cantidades indebidamente pagadas. El Tribunal Supremo cambió ligeramente esta doctrina en su sentencia No 139/2015 de 9 de marzo, para clarificar que sí tenían que devolver cantidades indebidamente cobradas, pero solo a partir del 9 de mayo 2013, fecha de la primera sentencia.

<sup>79</sup> Véase la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil No 9, Barcelona, interpuesta el 11 de agosto de 2014, *Jorge Sales Sinués v Caixabank, S.A.* (Asunto C-381/14). La sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de abril de 2016, Asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14 estima que: "El artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales, que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el apartado segundo del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que

Lo cierto es que el arbitraje de consumo colectivo tal y como está regulado al día de hoy en España no plantea este problema puesto que, si bien es cierto que los consumidores no pueden iniciar arbitrajes individuales durante la tramitación del colectivo, también es cierto que siempre pueden solicitar arbitraje individual inmediatamente una vez que el laudo arbitral en el colectivo se ha dictado.

### ***Problemas relativos a la posibilidad de cerrar el proceso arbitral por transacción.***

Las empresas y profesionales que aceptan el arbitraje colectivo pueden proponer un acuerdo con el fin de cumplir con todo o con parte de los derechos en juego<sup>80</sup>. Si así fuera, la notificación advirtiendo a los consumidores del arbitraje colectivo también ha de informarles sobre la propuesta de transacción<sup>81</sup>. Sin embargo, nada se dice de qué sucede a continuación. Los consumidores afectados pueden, obviamente, aceptar o rechazar la propuesta, pero la cuestión es cómo el acuerdo interactúa con el procedimiento arbitral y, por tanto, si puede llegar a tener efecto preclusivo.

Una opción es que no tenga efecto en el arbitraje, en cuyo caso el mismo sigue con los consumidores que no aceptan el acuerdo. Otra opción sería dictar el mismo número de laudos arbitrales que consumidores han aceptado el acuerdo propuesto, de manera que se apliquen las reglas sobre acuerdos que sí existen para arbitrajes individuales<sup>82</sup>. La opción preferible es, sin embargo, la que exige tomar en consideración del acuerdo en el arbitraje colectivo, esto es, el laudo arbitral no solo decide sobre las reclamaciones de consumidores que no hayan aceptado el acuerdo, sino que también se refiere expresamente al acuerdo. De este modo, el mismo puede adquirir eficacia preclusiva en relación con los consumidores que lo han aceptado<sup>83</sup>.

***Cuestiones relativas al procedimiento arbitral.*** Una vez que los consumidores afectados han sido notificados, el presidente de la junta arbitral competente ha de nombrar al tribunal arbitral<sup>84</sup>. Este tribunal ha de proceder de acuerdo con las reglas generales aplicables a cualquier arbitraje en relación a las comunicaciones a las partes, a la prueba y a la vista. El laudo arbitral se ha de dictar generalmente en un plazo de seis meses<sup>85</sup>, que comienza

---

se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva”.

<sup>80</sup> Artículo 58.2 del Real Decreto 231/2008.

<sup>81</sup> Artículo 59.2 del Real Decreto 231/2008.

<sup>82</sup> Artículo 49.2 del Real Decreto 231/2008.

<sup>83</sup> Artículo 48.2 del Real Decreto 231/2008 establece que los acuerdos de las partes tienen efectos preclusivos. Véase Marcos Francisco (2011, 197).

<sup>84</sup> Artículo 59 (3) del Real Decreto 231/2007.

<sup>85</sup> Artículo 49 del Real Decreto 231/2008. El tribunal arbitral puede ampliar el plazo de dos meses siempre y cuando las partes en el arbitraje lo autoricen.

el día después de que finaliza el plazo de dos meses concedido a consumidores para unirse al procedimiento<sup>86</sup>. Todavía no se han referido supuestos, pero las ambigüedades de este procedimiento y la extensión del plazo para dictar laudo arbitral plantean la cuestión de si el arbitraje colectivo realmente favorece a los consumidores a la vista del retraso implícito en la solución de estos casos<sup>87</sup>.

Ha de destacarse que no existe una regla similar al artículo 222 LEC sobre cosa juzgada y acciones colectivas. La regla aplicable a la eficacia vinculante del laudo arbitral es, por lo tanto, la que provee la Ley de Arbitraje, la cual no menciona el caso especial del arbitraje colectivo. En consecuencia, los laudos dictados en arbitrajes de consumo colectivos solo vinculan a los consumidores que se han unido al procedimiento y no tienen efectos preclusivos para consumidores que han sido afectados por los hechos discutidos en el arbitraje pero que no se incorporaron al mismo<sup>88</sup>. En otras palabras, los últimos están autorizados a reclamar sus derechos, por ejemplo, iniciando arbitraje individual.

## Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales

Las secciones previas buscaban poner de manifiesto que el arbitraje de consumo colectivo en España es un mecanismo de intervención litisconsorcial, pero no representativo, esto es, uno que hace posible el arbitraje de los derechos de los miembros ausentes del grupo. Por esta razón, no existen más motivos de denegación del reconocimiento y ejecución que los usuales en aquellos casos en que se trate de hacer efectivo un laudo español recaído en este tipo de arbitraje en otros países. Aunque pueden plantearse distintas objeciones al reconocimiento de laudos dictados en *class arbitration* estadounidense<sup>89</sup>, no es el caso de los laudos dictados en el arbitraje español. De todos modos, se impone un breve repaso de dichos motivos ya que, aunque solamente consumidores domiciliados en España pueden iniciar el arbitraje de consumo colectivo, pueden hacerlo contra profesionales o empresas domiciliados en

<sup>86</sup> Artículo 62 del Real Decreto 231/2008.

<sup>87</sup> Subrayando la falta de interés del consumidor en estos procedimientos véase Richard González (2011, p. 148).

<sup>88</sup> Véase Domínguez Plata, J. (2010) El arbitraje colectivo. En Esteban de la Rosa, F. y Orozco Pardo, G. (eds.), *Mediación y arbitraje de consumo: una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia: Tirant lo Blanch 161; Gascón Inchausti, F. (2010) *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Navarra: Civitas 177; Marín López (2008, p. 17).

<sup>89</sup> Este asunto ha sido examinado en detalle por Strong, S.I. (2010) From Class to Collective: The De-Americanization of Class Arbitration. *Arbitration International* (26) 524; Strong, S. I. (2009) The Sounds of Silence: Are U.S. Arbitrators Creating Internationally Enforceable Awards When Ordering Class Arbitration in Cases of Contractual Silence or Ambiguity? *Michigan Journal of International Law* (30) 1017. Recuperado en <http://ssrn.com/abstract=1359353>.



otros países. En este caso, el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros será aplicable<sup>90</sup>.

Las objeciones en relación con los convenios arbitrales son, en principio, las usuales puesto que ambas partes tienen que aceptar expresamente el arbitraje colectivo. Lo mismo ocurre con las objeciones relativas al procedimiento arbitral. En tanto que se pueden plantear varias en relación con la *class arbitration* estadounidense (como la falta de acuerdo en el tratamiento del arbitraje como colectivo, cuestiones de privacidad y confidencialidad, la composición del tribunal arbitral, la falta de notificación adecuada y la imposibilidad de defender el propio asunto<sup>91</sup>), ninguna de ellas es aplicable en el caso español que, aparte de su estadio inicial, no se diferencia del arbitraje individual, también en lo que atañe a la aplicación de las reglas generales sobre privacidad y confidencialidad. En particular, todos los consumidores afectados tienen la oportunidad de presentar su caso puesto que no hay demandante-representante.

El derecho a un arbitraje justo está protegido bajo la cláusula de orden público, y esta objeción puede ser planteada para asegurar que los miembros del grupo son adecuadamente representados, especialmente en casos de procedimiento colectivo construido sobre la base del derecho de *opt-out*. Pero esto no es aplicable en España tampoco puesto que todo aquel vinculado por el laudo arbitral es parte en el arbitraje. Por lo mismo, es muy difícil que triunfe la excepción de orden público en casos de conflictos de intereses que lleven a un laudo fraudulento<sup>92</sup>, puesto que la ausencia de un demandante-representante previene que un interés prevalezca sobre otro dentro de la posición del demandante, dado que el tribunal arbitral está obligado a tomar en consideración todas las defensas y objeciones que se planteen durante el proceso.

## Recapitulación

No hay duda de que el arbitraje de consumo colectivo es, en realidad, una acumulación de acciones. Tampoco la hay de que no es un mecanismo a través del cual los miembros de un grupo demandante ausentes pueden discutir de sus pretensiones a través de un demandante-representante y quedar vinculados por el laudo que recaiga. La intención inicial de establecer un mecanismo arbitral de acción colectiva puede encontrarse en las reglas del Real Decreto 231/2008, donde se indica que este tipo de arbitraje lidia con conflictos que implican los intereses colectivos de los consumidores y afectan a un determinado o indeterminado número de personas. Ahora bien, el

<sup>90</sup> Véase Strong (2010, 524-525).

<sup>91</sup> Véase Strong (2010, 528-547).

<sup>92</sup> Véase Nagareda, Richard A. (2003) Administering Adequacy in Class Representation. *Texas Law Review* (82) 324-330.

mecanismo escogido implica la agregación de solicitudes de arbitraje, pero no un mecanismo que sirva a la representación de los ausentes.

El Real Decreto 231/2008 también aborda la acumulación de acciones allí donde varios arbitrajes con origen en hechos similares se han iniciado<sup>93</sup>. Dado que el instrumento no aborda la interacción de esta última con el arbitraje colectivo, estamos ante una alternativa de manera que las juntas arbitrales y las partes interesadas podrán elegir entre los dos procedimientos. De hecho, ha de destacarse que la acumulación de acciones puede ser más beneficiosa que el arbitraje colectivo dado que la aceptación del demandado no se requiere específicamente y el presidente de la junta arbitral puede ordenar la acumulación obligatoria de arbitrajes por razones de economía procesal<sup>94</sup>. En cualquier caso, la acumulación, tal y como está regulada, es más práctica que el arbitraje colectivo cuya reforma es necesario plantearse.

A la vista de los problemas señalados, el arbitraje de consumo colectivo tal y como está planteado necesita una reforma completa que aborde las cuestiones de legitimación activa, financiación<sup>95</sup>, los derechos de *opt-in/opt out*<sup>96</sup> y mejore la información que han de recibir los consumidores afectados por el evento que da lugar a daño. La terminación del arbitraje colectivo por acuerdo también debe reexaminarse, en particular porque podría convertir al arbitraje en preferible a la litigación colectiva, al menos en España. La LEC no aborda tampoco esta cuestión de modo que la transacción judicial alcanzada en el curso de una acción colectiva tampoco es vinculante para terceros, incluso si el tribunal la aprueba. A este fin, el demandante-representante debería ser habilitado para negociar en nombre de los miembros del grupo ausentes en el proceso y la aprobación del acuerdo alcanzado por parte del tribunal competente debería examinar si ha habido connivencia a la hora de alcanzarlo en detrimento de los ausentes. En este sentido, el Real Decreto 231/2008 ha de verse como una oportunidad perdida ya que la terminación por acuerdo del arbitraje colectivo no es posible y, si lo fuera, habría hecho este arbitraje más

<sup>93</sup> Véase Artículo 39.2 del Real Decreto 231/2007.

<sup>94</sup> Véase Marcos Francisco (2011, p. 199).

<sup>95</sup> El Sistema de Arbitraje de Consumo es un sistema gratuito que proporciona el Estado. Ahora bien, las partes tienen que pagarse las pruebas que quieran aportar. Y este costo puede ser significativo cuando se trata de un verdadero arbitraje de consumo colectivo, por no mencionar el hecho de que un demandante-representante actúa en nombre de terceros. El Real Decreto 231/2008 obviamente no se ocupa de estas cuestiones, como tampoco lo hace de una competencia especial del tribunal arbitral o de las remuneraciones de los árbitros teniendo en cuenta el trabajo a realizar. El establecimiento de un fondo sería una buena solución.

<sup>96</sup> La LEC no se ocupa de esta cuestión, de manera que nada se opondría al establecimiento de un sistema *opt-out* en España. Sin embargo, los Principios 21 a 24 de la Recomendación de la Comisión Europea sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión [C(2013) 3539 final] sí limitan considerablemente el juego del sistema *opt-out*. Esto ha de recibir una severa crítica puesto que el derecho a presentar el propio asunto puede suplirse sin infringir el derecho a la tutela judicial efectiva, y el sistema de *opt-out* trabaja bien en un buen número de países.

atractivo que la litigación colectiva. De todos modos, el Real Decreto 231/2008 es legislación secundaria; en la medida en que las reformas arriba señaladas implican el derecho a un juicio justo, el legislador del Real Decreto 231/2008 es el gobierno español y no el Parlamento. Por ello, lo que ha de requerirse es la reforma del arbitraje colectivo a través de la reforma de la Ley de Arbitraje. Esto, además, tendría la ventaja de abrir el debate sobre los beneficios de extender el arbitraje colectivo a otras materias.

## Consideraciones finales

Los casos colombiano y estadounidense son muestra de que el arbitraje colectivo es factible. Ahora bien, han de darse ciertas condiciones que combinen el carácter voluntario del arbitraje con el hecho de su tramitación como colectivo, esto es, como un arbitraje a través del cual se puede decidir sobre los derechos de los miembros del grupo cuya defensa en el proceso arbitral asume un demandante-representante. A estas alturas del siglo XXI se puede afirmar, ya sin dudas, que el arbitraje se ha revelado como un eficiente medio de resolución de disputas alternativo a la jurisdicción. En el punto en el que estamos, y si se pone sobre la mesa su naturaleza cuasi-jurisdiccional (porque resuelve un tercero imparcial) antes que la contractual, las objeciones a la tramitación del arbitraje como colectivo son las ya conocidas a propósito de la implantación de las acciones colectivas; es decir, la cuestión es cómo garantizar el derecho de defensa de los miembros del grupo que no participan activamente en el proceso arbitral y solo representados. En otras palabras, el arbitraje colectivo difiere del individual en que necesita una mayor reglamentación que asegure transparencia, eficacia y defensa de todos los participantes de uno u otro modo. Ello también tendría que reflejarse en los controles que los órganos jurisdiccionales podrían hacer sobre lo decidido en este tipo de arbitrajes.

España es un buen ejemplo de cómo podría funcionar un arbitraje colectivo si hubiera sido correctamente regulado. El ser está muy alejado del deber ser y, por desgracia, este modelo solamente lo es de mala praxis. Pero lo cierto es que las disputas de consumo necesitan mecanismos de este tipo ya que la alternativa es, normalmente, que no se reclame de manera que la infracción de las leyes de consumo y competencia seguirá aportando beneficios a las empresas. El arbitraje de consumo colectivo podría romper esta tendencia. De hecho, el punto de inflexión en este punto podría llegar vía el arbitraje de consumo electrónico. En la Unión Europea ya se han dado pasos muy importantes en esta dirección<sup>97</sup> que han culminado con el establecimiento de una

<sup>97</sup> Véase Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, y, en particular, el Reglamento (UE) núm. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE)

plataforma en línea a través de la que tramitar el arbitraje de disputas transfronterizas de consumo<sup>98</sup>. En este contexto, el paso a una tramitación colectiva de las disputas de consumo se presentaría simplemente como otro avance en la puesta a disposición de los consumidores de mecanismos de reparación.

## Referencias

- American Arbitration Association. (2003). *Supplementary Rules for Class Arbitrations*. Recuperado de <http://www.adr.org/sp.asp?id=21936>
- Byrne, Th. A. (2006). Class Actions. *Mercer Law Review*, (57), 1031-1037.
- Borris, Ch. (2016). Collective arbitration: The european experience. Germany and the DIS Supplementary Rules for Corporate Law Disputes (DIS-SRCoLD). En Hanotiau, B. y Schwartz, E. A. (eds.). *Class and Group Actions in Arbitration. Dossiers ICC Institute of World Business Law*. (80-87). París.
- Bujosa Vadell, L. (1995). *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona: Bosch.
- Cappalli, R. y Consolo, Cl. (1992) Class Action for Continental Europe? A Preliminary Inquiry. *Temple International and Comparative Law Journal*, (6), 217.
- Cremades, B. M. y Cortés, R (2012). Class Actions and Arbitration Procedures—Spain. En Ph. Billiet, et al. (eds.). *Class Actions and Arbitration in the European Union*. Belgium: Maklu Publishers.
- Carballo Fidalgo, M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente. Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas*, Barcelona: J. M<sup>a</sup>. Bosch.
- Carballo Piñeiro, L. (2007). La tipicidad de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español. *Justicia. Revista de derecho procesal*, (63).
- Carballo Piñeiro, L. (2009). *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela.
- Carballo Piñeiro, L. (2015). La construcción del mercado interior y el recurso colectivo de consumidores. En F. Esteban de la Rosa (ed.). *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América*.

---

n o 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

<sup>98</sup> Puede accederse a la plataforma a través de este link de la Comisión Europea: <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/index.cfm?event=main.home.chooseLanguage>. Véase específicamente sobre esta temática, Esteban de la Rosa, F. (2017). Régimen de las reclamaciones de consumo transfronterizas en el nuevo Derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo. *REDI* (69) 109-137. Con más detalles sobre los problemas transfronterizos de las acciones colectivas, véase Carballo Piñeiro (2015, pp. 1055-1088).

*Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- Corte Suprema de Justicia (2001). Sala de Casación. Ref: Exp 1100122030002001-0183-01. 11 de mayo. M.P. Jaramillo Jaramillo, C.
- Corte Constitucional (2000). Sentencia C-1063 de 16 de agosto. M.P. Naranjo Mesa, V.
- Cubillo López, I. J. (2010). El procedimiento para la tutela arbitral de consumidores. En I. J. Cubillo López (ed.). *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*. Navarra: Thomson-Reuters.
- Gidi, A. (2004). *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*. México. UNAM.
- Gilles, M. E. (2005) Opting Out of Liability: The Forthcoming, Near-Total Demise of the Modern Class Action. *Michigan Law Review*, (104), 381-430.
- Gómez, M. A. (2010). Recent Developments of Collective Litigation in Latin America. Regional Report. Recuperado de: [http://www.law.stanford.edu/library/globalclassaction/PDF/Latin\\_America\\_Recent%20Developments.pdf](http://www.law.stanford.edu/library/globalclassaction/PDF/Latin_America_Recent%20Developments.pdf).
- Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Cabiedes, P. (1999). *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Navarra: Aranzadi.
- Judicial Arbitration and Mediation Services. (2009). *Class Action Procedures*. Recuperado de [http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/JAMS-Rules/JAMS\\_Class\\_Action\\_Procedures-2009.pdf](http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/JAMS-Rules/JAMS_Class_Action_Procedures-2009.pdf)
- Marcos Francisco, D. (2010). *El arbitraje de consumo y sus retos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Marcos Francisco, D. (2011). ¿Es posible la tutela de intereses colectivos y difusos en el arbitraje de consumo? El arbitraje colectivo de consumo en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del Sistema

- Arbitral de Consumo. *Revista Boliviana de Derecho*, (11).
- Marín López, M. J. (2008). La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero. *Diario La Ley*, (6905).
- Mulheron, R. (2004). Some Comparative Observations on Res Iudicata for Canada's Newest Class Actions Regime. *Man.L.Rev.*, (30), 171-195.
- National Arbitration Forum. (2007). *Class Arbitration Procedures*. Recuperado de <http://www.adrforum.com/users/naf/resources/Arbitration%20Class%20Procedures%202007.pdf>.
- Ovalle Favela, J. (2003). Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (107), 587-615.
- Pérez Ragone, Á. J. D. (2005). ¿Necesitamos los procesos colectivos? En torno a la justificación y legitimidad jurídica de la tutela de intereses multi-subjetivos. *Revista de Derecho Procesal*, 618-629.
- Pinho, H. B. (2005). Class Actions in Brazilian Law: General Aspects, Evolution and Some Controversies. *Conn. J. Int'l L.*, (20), 186-197.
- Pita Ponte, J. M. (2012). La implementación del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. En E. González Pillado (Coord.). *Arbitraje y mediación en materia de consumo*. Madrid: Tecnos.
- Richard González, M. (2011). Análisis crítico del sistema y los procedimientos arbitrales y de mediación en España. Especial atención a la reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011) y al proyecto de Ley de Mediación de 2011. En M. Richard González, I. Riaño Brun y J. Rifá Soler (eds.). *Estudios sobre arbitraje de consumo*. Navarra: Aranzadi.
- Saumier, G. (2008). Consumer Dispute Resolution: The Evolving Canadian Landscape. *Class Action Defence Quarterly* 1. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=1291960>
- Saumier, G. (2009). Consumer Arbitration in the Evolving Canadian Landscape. *Penn State Law Review* (113).
- Stadler, A, (2007). Collective Action as an Efficient Means for the Enforcement of European Competition Law. En J. Basedow (ed.). *Private Enforcement of EC Competition Law*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- Strong, S.I. (2009). Class Arbitration Outside the United States: Reading the Tea Leaves. *Legal Studies Research Paper Series* (Research Paper No. 2009-36, University of Missouri). Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=1517272>.

# Independencia de la justicia penal de modelo acusatorio vs. el derecho a la información y a la opinión pública

*Ana Calderón Sumarriva<sup>1</sup>*

## Resumen

El objetivo general del presente trabajo es observar y describir la importancia de la publicidad en los procesos penales, más aún con la reforma hacia un modelo acusatorio. Sin embargo, se advierten los problemas que ocasiona la existencia de un “juicio público o paralelo”, juicio que se pretende imponer a través de lo que señalen los medios de comunicación, lo que afecta la independencia judicial.

El método empleado en este trabajo es el deductivo y funcional. Para la obtención de la información se han analizado textos periodísticos, estadísticas, normas, jurisprudencia y posiciones doctrinarias.

Nuestra conclusión es que ante la prohibición constitucional y convencional de censura previa, no es posible establecer límites previos al derecho a la información y la formación de la opinión pública. Sin embargo, se propone reforzar la comunicación institucional que en el tiempo oportuno puede incidir en una opinión pública de modo más responsable.

**Palabras clave:** modelo acusatorio, justicia penal, independencia, derecho a la información, opinión pública.

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario, candidata a Doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Directora de la Escuela de Altos Estudios Jurídicos EGACAL. Miembro titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Miembro Académico de la Academia Virtual Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios Judiciales. Correo electrónico: acs@anitalcalderon.com

## **Independence of the criminal justice of the accusative model vs. the right to information and public opinion**

### **Abstract**

The work carried out has as its general objective to observe and describe the importance of advertising in criminal proceedings, even more with the reform to an accusatory model; But it warns of the problems caused by the existence of a "public or parallel trial" when it is intended to be imposed through the media, thus affecting judicial independence. A deductive and functional method is used, and the analysis of journalistic texts, statistics, norms, jurisprudence and doctrinal positions has been used to obtain the information. It is concluded that it is not possible to establish limits prior to the right to information and the formation of public opinion, before the constitutional and conventional prohibition of prior censorship; But it is proposed to reinforce the institutional communication that informed and in due time can affect a public opinion in a more responsible way.

**Key words:** accusatory model, criminal justice, independence, right to information, public opinion.

## **Independência da justiça criminal modelo adversarial vs. o direito à informação ea opinião pública**

### **Resumo**

O objetivo geral deste estudo é observar e descrever a importância da publicidade no processo penal, uma nova reforma para um modelo adversarial. No entanto, os problemas causados pela existência de um julgamento "julgamento público ou paralelo" está sendo empurrado através nesse ponto os meios de comunicação, que afetam a independência judicial é visto.

O método utilizado neste trabalho é o dedutivo e funcional. Para obter informações foram analisados artigos de jornal, estatísticas, regulamentos, jurisprudência e posições doutrinárias.

Nossa conclusão é que antes da proibição constitucional e tratado de censura prévia, não é possível estabelecer limites anteriores sobre o direito à informação e à formação da opinião pública. No entanto, propõe-se a fortalecer a comunicação institucional no momento certo pode influenciar a opinião pública de forma mais responsável.

**Palavras chave:** modelo do contraditório, justiça criminal, independência, direito à informação, opinião pública.



## Introducción

El poder de los medios de comunicación se manifiesta en diversos ámbitos de la vida social. Uno de estos ámbitos está relacionado con el ejercicio del poder público, y una de sus manifestaciones es la justicia penal. Al respecto, el investigador peruano Pásara sostiene que:

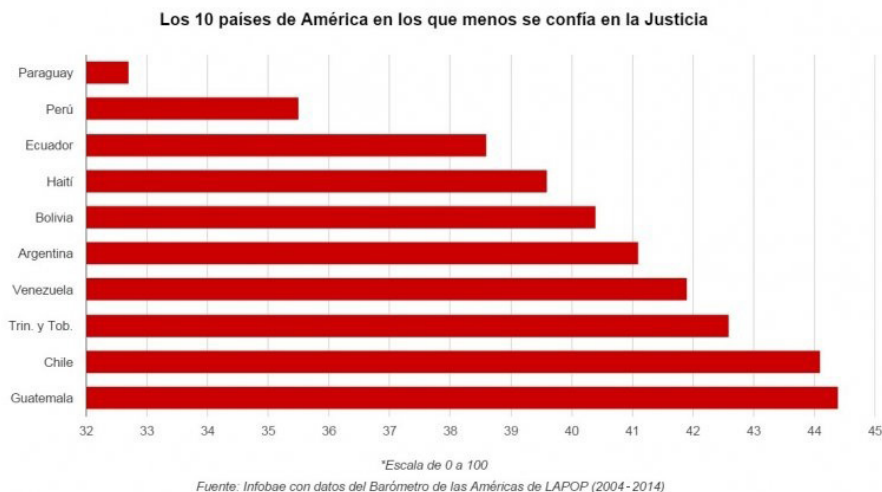
La administración de justicia –que, por diversas razones, nunca goza de nosotros de un reconocimiento social importante– ha sido llevada al banquillo de los acusados. De otro lado, de los medios de comunicación que se han convertido en depositarios importantes de credibilidad y confianza pública, al ingresar a una etapa profesional de su desarrollo en la que están cobrando creciente independencia. (2012, p. 1)

Los medios de comunicación son muy temidos, hasta el punto de pensar que se trata de un cuarto poder, aunque un poder incontrolable. Refiriéndose a los poderes incontrolados de nuestros días, Ferrajoli (2011, p. 24) cita a Montesquieu para afirmar que existe un dato de “experiencia eterna” según el cual los poderes, libres de límites y controles, tienden a concentrarse y a acumularse en formas absolutas, a convertirse, a falta de reglas, en poderes salvajes.

También se ha dicho que la prensa es parte de la estructura del poder. En esta línea, Sohr (1998) dice:

La prensa se estructura en torno al poder, sea éste político, económico o social. En el fondo, la prensa es parte de la estructura de poder; y como tal refleja sus ambigüedades, sus pugnas y sus debates. (...) no cabe hablar de cuarto poder sino más bien de la influencia de la prensa en los diversos centros de poder de una sociedad (p. 18).

Un estudio sobre la desconfianza ciudadana en la administración de justicia realizado entre los años 2000 y 2014 por el Proyecto de Opinión Pública de América Latina (*Latin America Public Opinion Project*, LAPOP), arrojó las siguientes cifras:



Según el diagrama, Paraguay ocupa la primera posición con un porcentaje de 32.7% de desconfianza de la ciudadanía en el sistema de justicia, mientras que nuestro país ocupa el segundo con 35.5%. No obstante, si observamos en Latinoamérica, la aprobación y confianza ciudadana en los medios de comunicación, se podrá apreciar que el grado es relativamente alto, es así que se puede apreciar que el mismo Proyecto muestra para el año 2012 un promedio de aprobación de 59 puntos.

La confianza o no de la ciudadanía en las entidades públicas como son las del sistema de justicia y de los medios de comunicación, parte de la consideración de ciertas expectativas de los ciudadanos en relación con alguno de los actores sociales. Como señala Roses (2009, p. 3), la confianza es uno de los mecanismos sociales más importantes para los ciudadanos, la posibilidad de enfrentar determinados riesgos. Si puntualizamos lo señalado de acuerdo con el objeto de nuestra investigación, se trata de la expectativa sobre cómo enfrentar el riesgo de la inseguridad generada por la criminalidad.

Llama la atención el hecho de que la opinión pública no se concentre en la reacción legislativa y, por lo tanto, en la reacción general que el Estado tiene frente a la criminalidad, que en todos nuestros países gana cada vez más espacio<sup>2</sup>, sino que más bien se atiende a la noticia del día a partir de las medidas que adopta la justicia penal en el caso concreto, es decir, las medidas que dictó el juez sobre aquel que cometió el delito.

Las reformas del sistema de justicia penal no se notan tampoco en la información que la prensa brinda sobre los acontecimientos delictivos, sino que centra su atención en la inoperancia o ineficacia de los responsables, lo que se traduce en el número de prisiones preventivas y condenas efectivas<sup>3</sup> más que en el trabajo arduo de investigación por parte del Ministerio Público, la observancia de las garantías de un debido proceso y los argumentos expuestos en la sentencia por parte del juez penal.

Se observa que la atención se concentra en el juez y sus decisiones, como si el juez fuera el único que debe cumplir un rol protagónico. No obstante, se olvida que las partes, en una reforma a un modelo de justicia penal acusatoria, deben cumplir un rol más activo y tienen responsabilidad en las decisiones judiciales que pueden provocar (nos referimos al Ministerio Público y la defensa).

---

<sup>2</sup> Para abril de 2015, el Perú era el país con más alta tasa de delincuencia en Latinoamérica. Lo seguía muy cerca Ecuador y luego Argentina. Esta información deriva del estudio realizado por el Proyecto de Opinión Pública de América Latina (LAPOP). En dicho estudio se resaltaba que el 30.6% de los ciudadanos en el Perú habían sido víctimas de al menos algún delito, mientras que el promedio en América era de 17.3 %.

<sup>3</sup> Como señala Foucault (1989, p. 21) en el siglo XX se va dejar del lado el suplicio público, desaparece de la escena pública la pena física y se ingresa a una sobriedad punitiva pero que afecta el alma.

Al respecto, es importante traer a colación la opinión de Langer:

Algunos investigadores han caracterizado a estas dos concepciones del proceso penal (i) como un conjunto de normas culturales y sociales que estas instituciones y actores internalizan a través de procesos de socialización y (ii) como dos formas de distribuir el poder y las responsabilidades entre las principales instituciones y actores del sistema de justicia penal, tales como los fiscales, jueces, imputados, abogados defensores, víctimas y la ciudadanía. (2014, p. 11)

Se trata, pues, de asumir mayor poder en el proceso despojando de parte de él al juez que se ve limitado en su actividad oficiosa.

Pocas veces el comentario de los medios de comunicación va dirigido a resaltar el descuido o la poca preparación del fiscal o del abogado defensor, quienes si no realizan una buena tarea, terminarán provocando dos consecuencias fundamentales: i. Un juicio mal llevado por la carencia de información y medidas que debieron imponerse; y ii. La constante intervención del juez para salvar los vacíos o insuficiencias, incluso supliendo manifiestamente a alguna de las partes, y con ello quebrando la imparcialidad e igualdad de armas.

Respecto a la preocupación de los medios que comunicación por la justicia penal, se puede observar que los titulares escritos suelen ser de varios tipos: "Juez de Tarapoto liberó a los presuntos asesinos de Fermín Caro"<sup>4</sup>, "Juez que liberó a los Monos de Querepampa fue reasignado en Lima"<sup>5</sup>, o la frase de un funcionario del Ministerio del Interior que apareció como titular "¡Que carajos le pasó al juez que liberó criminales!"<sup>6</sup> O "Juez Supremo que absolvió a Fujimori defiende su sentencia"<sup>7</sup>. En otros contextos, se repiten estos ejemplos: "Piden cese de juez que absolvió a un taxista que abusó de su cliente"<sup>8</sup>, "Justicia explica por qué deja libre a delincuentes si no hay denuncia"<sup>9</sup>, "Jueces estrella son los que protagonizan los grandes casos en España"<sup>10</sup>, etc.

Es a raíz de estos titulares y del espacio que ocupan las decisiones judiciales en las páginas de los diarios y los comentarios en medios de comunicación radiales, televisivos y en la red, que surge la inquietud de desarrollar el presente tema, en el que se ha observado diversos aspectos como:

La relación con la publicidad de los procesos penales que opera como una garantía fundamental.

<sup>4</sup> Portada del diario *La República* del 21 de diciembre de 2016.

<sup>5</sup> Portada del diario *El Comercio* del 28 de diciembre de 2016.

<sup>6</sup> Publicado en el diario *El Comercio* el 1 de noviembre de 2016.

<sup>7</sup> Publicado en *El Comercio* el 18 de agosto de 2016.

<sup>8</sup> Noticia referida a juez de Escocia Gregory Lenehan, publicada en *The Guardian* el 7 de marzo de 2017.

<sup>9</sup> Publicada en el diario *El Observador* de Uruguay, el 4 de julio de 2016.

<sup>10</sup> Publicada en *Expansión.com*, el 1 de noviembre de 2012.

- La existencia entre la opinión pública de un “juicio mediático” que además de producir un estigma social va corroyendo la “independencia judicial”.
- La perspectiva de que ningún derecho o poder es absoluto, por lo que frente al derecho a la información está el derecho de no ser desinformados. Pero también la perspectiva de que frente al ejercicio personal o social privado de informar debe fortalecerse el ejercicio institucional u oficial (si las fuentes oficiales comunicaran mejor sobre sus actividades, procedimientos y decisiones, posiblemente se eliminaría un buen espacio de sospechas y dudas). Pensamos que con esto se evitaría caer en la crítica desinformada y, a veces, desestabilizadora y se podría comenzar a cultivar o fortalecer un ejercicio responsable de esta libertad preferida de la democracia, como se ha denominado en la jurisprudencia norteamericana (Dalla Vía, 2000, p. 101).

## Objetivos

Este trabajo pretende observar la relación entre la independencia judicial y el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de información, en un contexto en el que se presenta una reforma del sistema penal, es decir, pasar a un modelo acusatorio, y que determina una mayor exposición del juez, pero además la difícil comprensión del nuevo rol de este: limitado y garantista. En el proceso penal de la reforma, está presente en las diversas instancias el principio de *actus trium personarum*, a través del cual se presenta, a decir del Binder (2000, 96), un triángulo equilátero o isósceles con el juez ocupando la parte superior y las partes ocupando los vértices inferiores.

También nos planteamos analizar cómo los medios de comunicación terminan afectando la independencia judicial con un juicio paralelo, muchas veces desinformando a la ciudadanía, así como sin entender plenamente la razón de ser y las reglas básicas del proceso penal. Este segundo objetivo conlleva a determinar, finalmente, si es posible establecer límites al ejercicio de la dimensión objetiva de la libertad de expresión (derecho de información de interés público) o fortalecer medios institucionales de información, siempre en la idea de que no se puede permitir que la prensa quiera sustituir a los jueces o que se pueda proscribir toda posibilidad de crítica pública a la labor judicial.

## Los momentos de publicidad de acuerdo al modelo acusatorio

La publicidad ha estado ligada a diversos conceptos, como los de seguridad jurídica, transparencia y previsibilidad de la justicia. Por ello, no debe

sorprender, como reconoce Garzón (1993, p. 78), “que en casi todas las constituciones modernas de los Estados democráticos se incluyan disposiciones que hacen referencia expresa a la publicidad del proceso jurídico-político”.

En el Perú, la Constitución vigente consagra la publicidad de los procesos judiciales en su artículo 139°.14. También está previsto en el artículo 14°.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo que establece especial trato a las restricciones, pero también a la necesidad de que la sentencia penal sea pública. Del mismo modo, la publicidad está regulada en el artículo 8°.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Autores como Kant (1985, p. 61) sostienen que la publicidad es un principio de legitimación, entonces, las acciones y propósitos más importantes del proceso deben ser expresados abiertamente (realizados públicamente), para ser considerados legítimos.

Como se señaló en líneas anteriores, en el proceso penal el principio de publicidad no es absoluto: puede ser restringido, por ejemplo, en los actos de investigación para evitar la obstrucción de la tarea del fiscal, que incluso en el nuevo ordenamiento procesal penal peruano puede disponer de modo excepcional del secreto<sup>11</sup>; o durante las audiencias preliminares o de juzgamiento cuando se trate de asuntos que puedan afectar la seguridad nacional, la intimidad o dignidad de las víctimas.<sup>12</sup> Hoy es posible, como señala Alexy (2002, p. 113), que los principios entren en colisión con otros, lo que no significa que pierdan validez o sean excluidos del sistema jurídico.

A las restricciones enumeradas ha hecho referencia Sagüés (2006), con la denominación de “censura judicial” que para una tesis permisiva supone:

Que debe de convivir, además, con otros derechos constitucionales tan respetables como él mismo (honor, dignidad humana, privacidad, protección de menores, etcétera), al igual de otros valores de rango constitucional o convencional internacional (verbigracia: la moral, seguridad nacional), lo que exige continuos ejercicios judiciales de adaptación, acomodamiento, ponderaciones entre tales derechos, a través de mecanismos de balanceo de valores, derechos y deberes (p. 969).

<sup>11</sup> Artículo 324 del Código Procesal Penal de 2004: “1. La investigación tiene carácter reservado. Sólo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos. En cualquier momento pueden obtener copia simple de las actuaciones. 2. El Fiscal puede ordenar que alguna actuación o documento se mantenga en secreto por un tiempo no mayor de veinte días, prorrogables por el Juez de la Investigación Preparatoria por un plazo no mayor de veinte días, cuando su conocimiento pueda dificultar el éxito de la investigación. La Disposición del Fiscal que declara el secreto se notificará a las partes.”

<sup>12</sup> Artículo 139 del Código Procesal Penal de 2004: “1. Está prohibida la publicación de las actuaciones procesales realizadas cuando se está desarrollando la Investigación Preparatoria o la Etapa Intermedia. Asimismo, está prohibida la publicación, incluso parcial, de las actuaciones del juicio oral cuando se producen en los supuestos de privacidad de la audiencia. 2. Está prohibida la publicación de las generales de Ley y de imágenes de testigos o víctimas menores de edad, salvo que el Juez, en interés exclusivo del menor, permita la publicación”.

La publicidad se reforzó con la reforma procesal penal, puesto que además de tenerla plenamente en la etapa del juicio se incorporó en un sistema de audiencias preliminares<sup>13</sup>, justamente cuando se tiene que debatir y tratar asuntos esenciales del proceso en los que se requiere la intervención judicial (de un juez de garantías) con la bilateralidad o contradictorio, que se traducirá en la presencia de un requirente y oponente, como por ejemplo en el Código Procesal peruano de 2004: la autorización o confirmación de medidas de restricción de derechos fundamentales para la búsqueda y conservación de elementos de convicción, o medidas de coerción personales o reales, el control de acusación, la tutela de derechos o la decisión sobre medios de defensa, entre otros.

En un proceso que concibe que en segunda instancia puede haber actuación de pruebas y un nuevo debate, como sucede con el Código Procesal Penal peruano de 2004, es posible también la presencia de la publicidad de esta etapa procesal<sup>14</sup>, mientras que en sede de casación<sup>15</sup> está prevista la realización de una audiencia con la presencia obligatoria del recurrente y quien considere la necesidad de contradecir la pretensión impugnatoria.

Todos los escenarios descritos en la investigación preparatoria, la etapa intermedia, el juzgamiento y en el trámite del recurso de apelación o casación son oportunidades de hacer visible y de conocimiento público la actuación de los protagonistas del proceso penal, pero esencialmente la del juez.

## Ventajas de la publicidad en el juicio penal

### Transparencia

En términos generales, la publicidad se relaciona con la transparencia. Echevarría (1988, p. 141) dice al respecto que “la libertad de expresión en el

<sup>13</sup>Señala Vanegas (2007, p. 20) “que tendrán un propósito específico y sobre éste deberá girar uno o varios problemas jurídicos que serán resuelto por el juez de control de garantías. La forma en que sean solucionados por el Juez dependerá en gran medida de la claridad y precisión con que las partes e intervinientes presenten sus planteamientos, acudiendo para ello a una correcta exposición fáctica, jurídica y probatoria”.

<sup>14</sup> Artículo 423° del Código Procesal Penal de 2004: “1. Decidida la admisibilidad de la prueba ofrecida, en ese mismo auto se convocará a las partes, incluso a los imputados no recurrentes, para la audiencia de apelación”.

<sup>15</sup> Artículo 431° del Código Procesal Penal de 2004: “1. Concedido el recurso de casación, el expediente quedará diez días en la Secretaría de la Sala para que los interesados puedan examinarlo y presentar, si lo estiman conveniente, alegatos ampliatorios. 2. Vencido el plazo, se señalará día y hora para la audiencia de casación, con citación de las partes apersonadas. La audiencia se instalará con la concurrencia de las partes que asistan. En todo caso, la falta de comparecencia injustificada del Fiscal, en caso el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisibile el recurso de casación”.

sistema democrático, es condición de transparencia (...) la existencia efectiva, de alternativas de responsabilidad y participación racional del ciudadano”. En relación con nuestro tema, la publicidad permite que se pueda conocer el objeto de juzgamiento y del debate durante el proceso. Este derecho a conocer los sucesos del proceso alcanza, en primer lugar, a quienes son parte de este para ejercer las acciones más convenientes a su estrategia, mientras que en segundo lugar, a quienes no son parte del proceso, pero que están directa o indirectamente interesados en lo que pueda suceder en un caso concreto.

Recordemos que nuestra norma constitucional establece expresamente que “el poder de administrar justicia emana del pueblo”, por lo que a partir de esto corresponde rendir cuenta del ejercicio de dicho poder, que se traduce en demostrar que se cumple con la tarea asignada de poner fin a las controversias y sancionar las conductas que afectan o ponen en peligro bienes jurídicos dentro del marco formal y material que establece la constitución y las leyes.

A través de la información no solo se logra tener una sociedad capaz de entender lo que sucede, sino también se evita la “sospecha o suposiciones” sobre trámites indebidos o razones ocultas o paralelas. La exposición de lo que sucede en el proceso es una muestra de que no se está actuando fuera del marco legal o por motivos ajenos al derecho.

## **Control**

Se considera que el principio de publicidad tiene un carácter político. Al respecto, Gómez (1999, p. 23) dice que “sirve al sistema democrático, pues el público controla la labor de los jueces.”

La actividad de los jueces o fiscales, como toda entidad pública que ejerce poder, debe estar sujeta a los controles. No existen zonas exentas de control dentro de un Estado constitucional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) (Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005) e incluso al propio Tribunal Constitucional peruano (2005) (caso Lizama Puelles, sentencia del 8 de noviembre de 2005 en el Exp. N° 5854-2005-PA/TC) sostienen que aceptar zonas exentas de control implicaría que se pueda rebasar o lesionar derechos e instituciones fundamentales, sin que exista control jurídico alguno.

En el caso de un proceso penal, los controles a las decisiones judiciales son ordinarios, se generan dentro de su desarrollo y corresponden a las partes, como sucede con los pedidos de convalidación judicial o la interposición de remedios o recursos.

Una forma de control extraordinaria es la que ejerce la sociedad, control que se logra a través de la publicidad. Este tipo de control debería ejercerse de

modo informado y conociendo el contexto y marco normativo en el que surgen algunas decisiones. Por ejemplo: no se puede tachar a un juez de incompetente o corrupto porque consideró improcedente un requerimiento de prisión preventiva, justamente por ser consecuente al observar una serie de presupuestos formales y materiales para su concesión y que en el caso concreto no se presentaban; por el contrario, debe ser considerado como un verdadero juez de garantías. Tal vez el error resida en la comprensión de la tarea que corresponde al juez, que no es otra que velar por las garantías de un debido proceso y resguardar los derechos fundamentales del procesado, y no convertirse en un mero instrumento de la persecución punitiva.

Lo que hemos denominado control ordinario y extraordinario, es tratado por Perfecto Andrés Ibáñez (2004) como control interno y externo, este autor sostiene que:

No se agota la publicidad en estimular un recto hacer, profesional y honesto, de todos los operadores implicados sino que también contribuirá a generar la confianza y consenso en torno a tales prácticas y servirá también para promover una cultura constitucional de la jurisdicción (p. 167).

Consideramos que la atenta mirada de los ciudadanos sobre un caso concreto permite que se puedan evitar o prevenir excesos, pero además puede evidenciar cualquier comportamiento lesivo o arbitrario para su respectiva corrección y sanción.

## **Dinamicidad**

La participación del público en el proceso impone a los sujetos procesales mayor responsabilidad para actuar de modo que no obstruyan ni dificulten su desarrollo. Pero además, de la mano con la oralidad, se impone la rapidez.

Por lo tanto, la dinamicidad va a implicar no solo rapidez, sino un orden o secuencia acorde con el modelo acusatorio. Un juez debe responder a ciertos requerimientos que solo pueden ser realizados por las partes que estén legitimadas, como es el caso, por ejemplo, de la prisión preventiva: necesariamente, esta deberá ser solicitada por el Ministerio Público y el juez la concederá siempre que reúna las condiciones formales y materiales para su concesión. Rompería la dinámica a la que nos referimos el que el juez dicte la medida de oficio y cuando aún no se reúnen las condiciones legales para su concesión.

En esa dinámica, la decisión adoptada deberá obedecer a un debate público de las partes y la decisión será adoptada de acuerdo con los argumentos expuestos en ese espacio. Sin embargo, de ninguna manera podría provenir de argumentos expuestos en un ámbito extra procesal, como los surgidos en los medios de comunicación.



## Calidad

Si no estamos dispuestos a ser avergonzados por el público, y menos por los medios de comunicación, se debería procurar hacer un trabajo más óptimo desde el rol que desempeñemos en el proceso penal, pero con el cuidado de observar, con rigidez, el fondo y la forma del asunto controvertido. Sin embargo, si la cantidad de causas sobrepasa el esfuerzo que normalmente puede realizar un ser humano con escasos recursos, no será posible que esa calidad pueda hacerse efectiva.

Existe un esfuerzo mayor por parte de los participantes de una audiencia de mostrar el conocimiento del caso y del derecho, pero también se produce el efecto contrario, es decir, de presentar aquello que pueda producir un mayor impacto social o realmente “querido” por la opinión pública, más allá de lo justo o injusto que resulte ser.

En el lenguaje forense surge, refiriéndose a algunos casos, el término “juicios espectáculo” que carecen de calidad, pero sí de un excesivo histrionismo. Al respecto, Gronemeyer (2005) realiza un estudio sobre los “juicios pantalla” y expresa una observación importante:

La resistencia del ingreso de cámaras a los juicios orales, tanto en Estados Unidos como en Alemania, se sustenta fundamentalmente en el riesgo de que influyan sobre las reacciones y decisiones del juez, haciendo de ellas un espectáculo para satisfacer a las audiencias (p. 55) .

Los juicios espectáculo no solo implican baja calidad, sino también un enorme riesgo para los sujetos del proceso. Sobre este tema, López Ortega (1993) indica lo siguiente:

La publicidad amplificada por los medios de comunicación, la publicidad espectáculo, conlleva grandes riesgos para los participantes del proceso. Especialmente, para el imputado que tiene que soportar parte de su vida, el reproche por el delito e incluso su condena se ponga a la vista de todos, lo que representa uno de los obstáculos más importantes para su resocialización (p. 26)

## Desventajas de la publicidad

### Opinión pública

Garzón (1993) nos ofrece una definición de opinión pública.

La manifestación de una actitud colectiva, no pocas veces difusa y de límites difíciles de precisar; es de naturaleza descriptiva y no normativa, y que a diferencia de la opinión individual no es un acto intencional, sino más bien un estado de

cosas, que a su vez, puede ser objeto de evaluación por cualquier opinión individual, sea científica o no. Este mismo autor hace la diferencia respecto a la opinión de la mayoría que viene a ser 'un concepto descriptivo, que designa límites precisos y puede sin dificultad ser expresado con exactitud aritmética' (p. 84)

La opinión pública, elemento fundamental para la democracia, puede ser considerada en este ámbito como negativa en los siguientes supuestos:

- Las decisiones judiciales están sometidas a estudio y crítica social, así lo considera la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, al "socializarse una decisión judicial" puede resultar contraria a ciertos intereses y a un *status quo*. Entonces, un asunto acabado en la vía judicial, que ya fue resuelto de modo definitivo, y adquirida la condición de cosa juzgada, genera nuevamente controversia a partir de la aplicación e interpretación que la opinión pública pueda tener de la decisión judicial, así como de los grupos de presión o de interés.
- La crítica constructiva puede estar sustentada y dirigida a mejorar determinada situación. Sin embargo, dicha crítica no puede conducir las decisiones judiciales, siendo aún más riesgosa si está basada en un conocimiento parcial o una ignorancia total de la problemática, de la normativa aplicable o de la prueba obtenida.
- No existe un control previo para considerar como válida o no una crítica pública, pero mientras que para algunas instancias públicas es fundamental escuchar y descartar, para los jueces, a fin de preservar su independencia, incluso es mejor mantenerse al margen de la opinión pública, y no escuchar. Aunque existen opiniones distintas, como la sostenida por Superti (1998, p. 147) que sostiene "se debe aceptar que es mucho más saludable – para lograr la independencia e imparcialidad de los Tribunales – que en lugar de callar la voz del pueblo mejoremos el oído de los jueces".

El derecho de participación ciudadana en los asuntos públicos ampara que se puedan plantear los pedidos y críticas que se consideren a cualquier entidad que presta servicios públicos. Como ha señalado Ziccardi (2004, p. 12), desde las teorías deliberativas de Habermas el elemento central del proceso democrático está dado por la existencia de una ciudadanía capaz de construir una opinión pública libre, propositiva, inteligente, culta e informada, dispuesta a participar de la deliberación y la adopción de decisiones.

En el servicio de justicia no se puede evitar la participación ciudadana: es más, su presencia en el proceso penal se ha dado de distintas maneras. Como resalta Tedesco (2009, p. 103): "la participación de los ciudadanos en la justicia puede canalizarse, de una manera institucionalizada, de más de una manera; con jurados, con escabinos, con asesores populares u otras

variantes de esa índole”. Lo que no se puede permitir, por el lado de la ciudadanía, es pretender sustituir el juicio formal por el juicio público, y el juez debe mantenerse atento a cualquier comentario u opinión, para finalmente tomar una decisión.

## Presión social

La publicidad permite que terceros conozcan el caso y puedan analizar y discutir al respecto, pero genera en muchos casos un juicio “paralelo” o “mediático” que no queda en ese ámbito, sino que pretende imponerse al juicio “formal e institucionalizado”. Pásara (2012, p. 4) se refiere al juicio paralelo como aquel que se instaura en los medios de comunicación social cuando al desarrollarse en la justicia estatal son tratados de modo complaciente por los jueces.

En estos casos la prensa no se limita a informar y dar una opinión, sino que pretende que la posición adoptada en ese juicio paralelo o “mediático” también se imponga. De no observarse la posición que sostiene este juicio, entonces se generan una serie de consecuencias que van desde el temor a la prensa por su facilidad de afectar el honor, pasando por la imagen y presunción de inocencia, hasta la posibilidad de que el juez o fiscal pueda ser sometido a un procedimiento disciplinario por no tomar en cuenta el “impacto social” de la decisión, que no importa que esté fundada en derecho, sino que responda a “la voluntad ciudadana”.

Aquí corresponde formular la pregunta ¿por qué el juicio paralelo o “mediático” no puede imponerse al juicio “formal o institucionalizado”? Creemos que existen una serie de razones:

- ***El juicio “mediático” no tiene reglas previas.*** La legalidad del juicio institucionalizado se manifiesta no solo porque las reglas de juego están positivizadas, sino que son establecidas antes de que el juicio tenga lugar, lo que permite saber a los ciudadanos cuáles son las etapas que se van a dar, el plazo de cada una de ellas, las oportunidades que se tienen de participar en el proceso y el ejercicio de los respectivos derechos.

El artículo 6º de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Perú enuncia el “principio procesal de legalidad”, en virtud del cual toda actuación procesal de los jueces se halla vinculada por las normas del ordenamiento jurídico. En particular, tratándose de la legalidad procesal, tal vinculación impone al juez que sus actuaciones deban estar sujetas estrictamente a los supuestos previstos por las normas procesales y dentro de las formas y términos por ellas establecidas.

En el juicio “mediático” no existen, en todo caso, reglas de juego, y las responsabilidades posteriores no siempre son efectivas (tanto por la demora para hacerlas efectivas o por la proporción de la reparación en relación al daño causado), de igual modo, cuando se trata del derecho de rectificación.

Las responsabilidades posteriores que están previstas en el sistema jurídico peruano son: las penales, por las querellas por delitos contra el honor (difamación agravada por medios de comunicación social)<sup>16</sup>; y las civiles, por las demandas de indemnización por daños y perjuicios<sup>17</sup>. Refiriéndose a las responsabilidades posteriores, Grossman (2007, p. 179) sostiene que estas surgen por el ejercicio indebido de la libertad de expresión, pero que no tienen que ser exagerados al punto de amordazar a los individuos, y se deben considerar presupuestos como la legalidad, la legitimidad democrática, la necesidad, la diferenciación entre opiniones de hecho y juicios de valor, la existencia de una real malicia, entre otros aspectos.

Por otro lado, el derecho de rectificación, que conforme a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1986) ha establecido que es “la respuesta por informaciones inexactas o agravantes dirigidas al público en general” (Opinión Consultiva OC-7/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 29 de agosto de 1986, fj. 23) y ello está en concordancia con el artículo 13.2.a de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre libertad de pensamiento o expresión, que sujeta esta libertad al “respeto a los derechos o a la reputación de los demás”.

Mientras que el juicio institucionalizado tiene reglas que se imponen ante determinadas circunstancias y consecuencias, como por ejemplo que ante un vicio esencial en el proceso sea declarado nulo, en el juicio paralelo tenemos una amplitud y flexibilidad que deriva del amparo irrestricto de la libertad de expresión.

• ***El juicio mediático se ejerce sin límites.*** Si bien existen límites para los medios de comunicación formales en cuanto a comprobación de la veracidad e identidad de las fuentes, no necesariamente se tienen

---

<sup>16</sup> Palomino (2015, p. 340) refiriéndose a este tipo penal consagrado en el artículo 132° del Código Penal peruano, señala: “se puede constatar el alto grado de dañosidad al derecho al honor pues se aprecia la presencia de una pluralidad de personas y la capacidad de difusión de la noticia.”

<sup>17</sup> Larraín Páez (2011) advierte de los problemas en la determinación del monto indemnizatorio en estos casos, y señala: “hace falta quizá en esta área, normas particulares que resuelvan el problema (y que atiendan los conflictos que presenta el “des crédito” a un sujeto, en el mercado y en su funcionamiento cotidiano), dado que, si bien las limitaciones probatorias tradicionales que afectan a las reclamaciones por lucro cesante parecen teóricamente razonables, en la práctica suelen conducir a resultados injustos para las víctimas” (p. 188).

en cuenta estas consideraciones en los casos de las publicaciones que responden a determinados intereses (poner en cuestión la labor de un juez que no ha sido conveniente en determinados casos), de la prensa clandestina (no reconocida en las asociaciones de prensa) o de los periodistas anónimos (que no suscriben sus comentarios o que utilizan seudónimos para evitar ser identificados)<sup>18</sup>. En esos casos, cualquier cosa se puede decir, sin considerar las consecuencias que pueden provocar.

Como todo derecho fundamental, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, tiene límites. Al respecto, Solozábal Echevarría (1991) afirma que:

Los derechos fundamentales a pesar de su carácter imprescindible, no son derechos absolutos, pues en el ordenamiento jurídico, como sistema que es, todos los derechos son limitados, pues todos se encuentran en relación próxima entre sí y con otros bienes constitucionalmente protegidos con los cuales, potencialmente, cabe el conflicto (p. 97)

En los tratados internacionales de derechos humanos se limita la libertad de expresión por intereses nacionales, la protección de niños, niñas y adolescentes (así se regula en el artículo 13°.4 de la Convención Americana), o la seguridad del Estado. Sin embargo, también existen límites implícitos como la eficacia punitiva con la reserva de la investigación a fin de evitar que no se obstruya las indagaciones, o los juicios paralelos que atentan con la presunción de inocencia. Pásara (2012) dice, al respecto, que:

No existe ninguna de las garantías que el proceso judicial otorga, empezando por la presunción de inocencia. El honor de las personas es frecuentemente mancillado, sin que exista una adecuada reparación pública cuando el ciudadano ha sido infundadamente agraviado por información lesiva a su honor (p. 5)

- ***El juicio legítimo no se legitima mediante argumentos.*** El juicio “mediático” parece legitimarse por la voluntad de las mayorías y no por argumentos (cabe recordar que Jesucristo fue condenado a la crucifixión por la decisión del pueblo de salvar a Barrabás). Pero no siempre la decisión popular es la decisión justa en términos de razonabilidad. La legitimación de la justicia institucionalizada no se presenta solo

---

<sup>18</sup> En el Perú se presenta el fenómeno de motivar investigaciones fiscales por denuncias periódicas anónimas o utilizando nombres falsos o seudónimos; siendo dirigidas normalmente contra personajes públicos. Ello nos recuerda que ni en la Inquisición se permitía dicha práctica, como narra González-Cuéllar (2014): “siempre se ha sabido que la denuncia anónima se presta a las más infames manipulaciones de los tribunales y la instrumentalización de la justicia. En contestación a una carta de Plinio el Joven, el Emperador Trajano emitió un rescripto en el que calificaba las denuncias anónimas contra los cristianos “pésimo precedente e impropias para nuestro tiempo” y prohibía perseguirlos por su causa” (p. 293).

porque emana de la autoridad competente y dentro del marco de la ley y la Constitución, sino también porque se exponen razones que justifican el fallo. En cambio, el juicio “mediático” suele sustentarse en una “voluntad general” no siempre acreditada, sino utilizada por ciertos grupos de interés y sin la exposición de razones, sino de motivaciones. Alexy (2010, p. 53) señala que “los juicios de justicia son más que la expresión de una opinión o decisión meramente subjetiva o relativa.” Mientras que la justicia institucionalizada debe explicar cómo ha llegado determinada decisión, explicando no solo la norma aplicada y sus alcances, sino también los hechos probados, la justicia mediática manifiesta un conjunto de pareceres o prejuicios que normalmente son aceptados por la mayoría, ya que expresan emociones o sentimientos frente a un hecho, pero que finalmente no pueden sostenerse con razones ni pruebas.

- ***El juicio “mediático” no responde necesariamente a la búsqueda de la justicia.*** El proceso pretende resolver, cualquiera que sea su especialidad, una controversia con el derecho vigente y con ello alcanzar la justicia en sentido de aplicación razonada del derecho al caso concreto, más allá de quienes sean las partes en controversia. Como señala Rawls (2012, p. 13), en la justicia como imparcialidad “no es que los principios de justicia se presentan tras un velo de ignorancia”, sino que corresponde “a una situación original o inicial de las partes de absoluta simetría”. El juicio “mediático” está parcializado de origen, es decir, puede buscar realizar algún interés detrás del conflicto. Por ejemplo, tiende a asumir la defensa del más débil social o económicamente o de quien representa en determinado momento el símbolo de alguna ideología o pensamiento imperante. De aquí que se encuentren frases como: “La población requiere...”, “Los ciudadanos exigen...”, “La población hubiera...”, entre otros; y como consecuencia de no haber observado la decisión requerida o deseada, también aparecen frases como “el poder judicial está deslegitimado”, “no debe confiarse en la justicia”, “la justicia decide a espaldas de la población”, entre otras o calificativos a los operadores como “juez incompetente”, “juez débil”, “juez de la impunidad”, entre otras. Frases como las indicadas terminan generando un temor en los operadores de justicia, quienes además son desalentados cuando los órganos de gobierno y control de sus propias instituciones, lejos de explicar lo sucedido y alentarlos a resolver con independencia y objetividad, como lo determina el derecho, aplican estas expresiones para sustentar medidas correctivas o sanciones.

Refiriéndose a temas frecuentes y delicados de carácter penal, la Corte Suprema Penal de nuestro país tuvo que responder en dos casos a la influencia social y trató de imponerla como criterio para los jueces inferiores. En ambos casos, fue un factor fundamental tomar en cuenta la “desconfianza y credibilidad ciudadana”.

En primer lugar, ante los problemas en la determinación de la pena, la Corte Suprema expidió el 1 de setiembre de 2011 la Directiva que contenía la Resolución Administrativa N° 311-2011-P-PJ, en cuya parte final se señalaba:

Es lamentable constatar que, pese al Acuerdo Plenario que estableció –con carácter vinculante– los criterios rectores para la determinación de la pena, algunos jueces no siguen el procedimiento, generando así incertidumbre y desazón sobre los fallos emitidos, y lo que es peor aún, la desconfianza y pérdida de credibilidad del Poder Judicial. (El subrayado es nuestro).

En segundo lugar y del mismo modo sucedió con la Directiva que contenía la Resolución Administrativa N° 297-2011-P-PJ, de fecha 12 de agosto de 2011, que señalaba sobre beneficios penitenciarios lo siguiente:

Es lamentable constatar que debido a unas erróneas comprensiones actualmente utilizadas por algunos jueces y juezas, muchos peligrosos delincuentes han obtenido libertad anticipada sin haberse garantizado su readaptación social, con lo que se propicia la inseguridad ciudadana, la configuración de nuevos delitos y la pérdida de la credibilidad del Poder Judicial por nuestra población. (El subrayado es nuestro)

Es interesante observar cómo el indicador de impacto social se considera por los jueces y se advierte en otros países como un factor para la toma de algunas decisiones judiciales, así lo hacen notar Aristizábal y Bustamante (2015) en el siguiente comentario:

Sin estudios sociológicos, estadísticas ni dictámenes científicos los jueces se limitan a decir que el procesado representa un “peligro social” y que no debe estar en casa sino en la cárcel, mientras se determina si es culpable o inocente. Las incongruencias son manifiestas. Ha habido casos de extorsionistas y paramilitares con beneficio de detención domiciliaria, Y otros – a los que los medios no les hacen seguimiento – de ciudadanos del común que están presos mientras se deciden su culpabilidad en delitos infinitamente menores (p. 76)

## La independencia judicial afectada por los medios de prensa

En estos tiempos de constitucionalización del derecho<sup>19</sup> es frecuente analizar controversias entre principios<sup>20</sup>, como sucede en este trabajo, entre la

<sup>19</sup> Como señala Pietro Sanchís (2014), “nadie pone hoy en duda la aplicación directa de la Constitución. Podrán discutirse los alcances de la misma, sobre todo cuando sus preceptos pretenden hacerse valer en las relaciones jurídico-privadas o cuando adoptan una fisonomía principal o poco concluyente, pero que la Constitución tiene siempre algo que decir parece fuera de duda” (p. 21).

<sup>20</sup> Alexy (1988) sostiene que “si colisionan dos principios, se da un valor decisivo al principio que en el caso de colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que con ello quede invalidado el principio con peso relativamente menor. En otros contextos, el peso podría estar repartido de manera opuesta. En cambio en un conflicto de reglas, que sucede, por ejemplo, cuando una regla manda algo y la otra prohíbe lo mismo, sin que una regla establezca una

independencia judicial y ejercicio de la libertad de expresión por los medios de comunicación social. La ONU (1985) nos ofrece una interesante visión sobre la independencia judicial:

Los jueces resolverán los asuntos que conozcan, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias alicientes, presiones, amenazas, intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualquiera de los sectores o por cualquier motivo.

La independencia judicial es fundamental para la realización de la justicia, en el entendido de que los jueces han actuado conforme al derecho y no sometidos a ninguna influencia de poderes externos e internos. Ibáñez (2012, p. 5) sostiene que “la independencia judicial es una garantía que sienta las bases, las condiciones de posibilidad de todas las demás que configuran el estatuto del juez. Es, pues, una meta-garantía”.

Nosotros partimos de considerar la independencia judicial en relación con el poder de modo estructural, y la imparcialidad en cuanto falta de compromiso del juez con los intereses que están en conflicto de modo funcional, esto es, en relación con las partes en un proceso concreto. Aguiló (2003, p. 52) explica con bastante claridad la diferencia entre la independencia y la imparcialidad: mientras la primera trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes del sistema social, la segunda trata de las mismas exigencias, pero circunscritas al interior del proceso.

El Estado ofrece una serie de garantías para establecer la confianza ciudadana en jueces independientes: su selección y nombramiento, una remuneración digna, la inamovilidad en el cargo<sup>21</sup>. Sin embargo, no se abordó la necesidad de proteger la independencia judicial del poder originado en el ejercicio de la libertad de expresión en los medios de comunicación social.

La libertad de expresión se puede considerar en dos dimensiones: una individual, la cual permite que uno pueda manifestar cualquier creencia, pensamiento u opinión; y una dimensión colectiva<sup>22</sup>, que está relacionada con

---

excepción para la otra, al menos una debe ser inválida” [p. 143].

<sup>21</sup> “Conforme a la jurisprudencia de esta Corte y de la Corte Europea, así como de conformidad con los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (en adelante “Principios Básicos”), las siguientes garantías se derivan de la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas.” Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de fondo, parágrafo 70.

Lo señalado nos parece que puede ser integrado dentro de la idea Dworkin (1999) sobre los “derechos institucionales a partir de que estos derechos institucionales son, auténticos derechos que surgen del consentimiento y entendimiento tácito de las partes, son abstractos de modo que la plenitud de su fuerza puede ser expresada en un concepto que admite diferentes significados [pp. 171-173].

<sup>22</sup> Como señalan Abramovich y Curtis (2000) refiriéndose a la dimensión colectiva: “funcionalmente, este carácter público o social tiende a relevar el empleo instrumental de la información



el derecho a información de interés público que se difunde normalmente a través de los medios de comunicación, y que suele producir sus efectos respecto a la independencia judicial. Cuando hablamos de fricción entre la independencia judicial y libertad de expresión, nos referimos a dicha dimensión colectiva o desde el derecho a la información, que debe ser esencialmente veraz y sus fuentes debidamente identificadas.

El temor a la opinión pública y la información puede determinar hoy el mayor factor para la pérdida de la independencia judicial, sin que para dicho factor se haya previsto algún mecanismo de protección.

## **Límites a los medios de comunicación o incentivar a una prensa especializada**

Los límites a los medios de comunicación se pueden imponer desde distintos ámbitos a fin de evitar la arbitrariedad que de ellos pueda provenir. Uno de estos ámbitos puede ser los aspectos formales, como su debida identificación y registro, así como la debida identificación de quienes realizan publicaciones. Sin embargo, dicha regulación preventiva es considerada censura previa, que desde el punto de vista convencional y constitucional no está permitida<sup>23</sup>. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1985) ha señalado que “el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido” (OC-5/85, citada, párrafo. 38 y 39, respectivamente).

Entonces, corresponderá a exigencias a ser verificadas a posteriori:

- Haber cumplido con la diligencia debida para establecer la veracidad de sus publicaciones. Como señala Cremades (1999):
- La verdad, en cuanto lugar común de la información, puede entenderse como la adecuación aceptable entre el hecho y el mensaje difundido, la manifestación de lo que las cosas son. Se trata, pues, de la misma sustancia de la noticia, de su constitutivo. Por ello es un deber profesional del informador el respetar y reflejar la verdad substancial de los hechos (p. 599).

---

no como –o no sólo como– factor de autorrealización personal, sino como mecanismo o andamiaje de control institucional, tanto frente a autoridades públicas como frente a particulares cuya situación de poder de injerencia o inducción permite la determinación de conductas de otros particulares o su misma subordinación” (p. 140).

<sup>23</sup> García y Gonza (2007) señalan: “no toda transgresión del artículo 13° de la Convención implica la supresión radical de la libertad de expresión, que tiene lugar cuando, por medio del poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. Ejemplos de censura previa son, el secuestro o la prohibición de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o difusión de información al control del Estado” (p. 34).

- La identificación debida de sus fuentes y de su veracidad. Como señalan Conde y Domínguez (2012, 32) sobre las fuentes: “las fuentes originan el producto y le aportan rigor y precisión, y, pues el uso de fuentes provoca determinados efectos en la audiencia, relacionados con la credibilidad y la percepción de la calidad del mensaje periodístico”.
- El impedimento de utilizar palabras o términos degradantes y que muestren determinada animosidad. Al respecto Valle (2008) citando al Tribunal de Estrasburgo señala:

La libertad de información no ampara ni el insulto ni el juicio de valor formalmente injurioso e innecesario. En cambio admite la opinión, entendida como el juicio de valor personal (...) a pesar que pueda ser lo que el Tribunal de Estrasburgo ha denominado “opiniones inquietantes o hirientes” (SSTC62/1982), las cuales pueden expresarse mediante la sátira, la burla o la ironía (p. 96)

Estos criterios fueron tomados en consideración por la Corte Suprema en lo Penal en el Perú para establecer cuándo el ejercicio de la libertad de expresión no es legítimo y no puede operar como causa de justificación en actos de difamación agravada (A.P. N° 3-2006-CIJ/116). Pero creo que todos los aspectos señalados van de la mano con la idea de un profesional preparado para esta tarea y con cierto código o estatuto ético, por lo que coincidimos con Aznar (2016) que observa dicha necesidad:

El papel que los medios de comunicación juegan en nuestras sociedades hace necesario profesionales del periodismo adecuadamente preparados. En un contexto en el que los medios contribuyen cada vez más a moldear nuestra imagen de la realidad y en el que la información no es un producto dado sin más sino es el resultado de complejos procesos de elaboración, selección, contextualización, etc. (p. 137).

Es importante advertir que la prensa no puede convertirse en un poder sin límites, pues los controles previos o posteriores deben existir. Conforme indica Sosa Wagner (2016, p. 21), “todo poder tiende al abuso, por lo que es preciso limitarlo con otros poderes. Este principio central conduce a la moderación y al control de poder dejando espacio a la libertad de los ciudadanos”.

Todo lo señalado, con la finalidad de fortalecer un sistema de rectificación, sanción y compensación que hoy aparece como débil, no cumple, por lo tanto, con el fin de evitar cualquier abuso. Por otro lado, también es fundamental la necesidad de fortalecer la información de fuente institucional o la prensa especializada, que conozca de la reforma procesal, de los nuevos roles y, con ello, el alcance de competencias y responsabilidades.

## La comunicación de la tarea judicial como aspecto fundamental de la reforma

La comunicación hacia dentro (público interno) y hacia fuera (comunidad) es fundamental en la reforma, considerando que deben existir cambios de paradigmas que no operarán de modo espontáneo. Uno de los paradigmas más importantes es considerar que el juez no es responsable de todo lo que sucede en el proceso<sup>24</sup> o que la existencia de un delito no siempre conlleva la necesidad de un proceso con una pena a imponer, cuando existen salidas alternativas, consensuadas y que atienden un interés que en algunos casos es más trascendente que la sanción, esto es, la reparación del daño<sup>25</sup>.

Si la información no solo proviene de la institución judicial, sino que además es completa y congruente con las reformas llevadas adelante, se tendrá más claro desde el interior de las instituciones hacia la ciudadanía que determinadas consecuencias se dan a partir de ciertos presupuestos, pero también se podrá detectar cuándo una decisión es correcta u obedeció a razones subalternas generadas por la corrupción o fue causada por la incapacidad del operador del justicia. También será importante considerar en qué momento la información debe ser conocida justamente para que no se convierta en un factor de obstrucción de la justicia.

Inés Ghiggi (2007), periodista argentina, hace notar en su ensayo la necesidad de información institucionalizada y explica sus razones:

Supone la información institucional, procedimental, jurídica, de gestión y legal. Y los recaudos a observar las causas en trámite son los sugeridos por cumbres y códigos de ética iberoamericanos, a saber: las resoluciones que se den a conocer deben ser previamente notificadas a las partes; la información proporcionada no debe dejar entrever la opinión del juez o la solución que dará; no debe alterar el resultado del juicio, ni perjudicar a las partes, víctimas o testigos; debe proteger el derecho a la intimidad; velar por la seguridad de las personas; y aprovechar toda ocasión para explicar procedimientos (p. 38)

La reforma en el Perú no se sintió en el sentido de información. No existió de parte del Estado una política destinada a hacer sentir al ciudadano que el proceso y los roles de los operadores de justicia habían cambiado, los anuncios publicitarios no existieron y de forma escasa solo se observaban paneles en las puertas de las “nuevas instalaciones”. Sin embargo, no existió información propagada por los medios de comunicación sobre cómo iba a operar el proceso penal acusatorio, lo cual diluyó la emoción y sensación del cambio no solo

<sup>24</sup> Como señala Langer (2001, p. 19) “En este modelo, las partes son las dueñas de la contienda y son ellas las que, mediante su actividad, llevan adelante el procedimiento.”

<sup>25</sup> Sobre este punto Duce (2008) refiriéndose a los procesos de reforma en Latinoamérica señala que “se entregaron importantes facultades a los fiscales para que no ejercieran la acción penal y recurrieran, en cambio, a diversas manifestaciones del principio de oportunidad, a salidas alternativas del sistema y la aplicación de mecanismos de simplificación” (p. 69).

por la falta de información, sino también por su prolongada implementación en todo el país (algo más de 13 años), a lo que se aunó la desinformación proveniente de los medios de comunicación que atribuían a la reforma las libertades, las penas mínimas o excesivas, así como la demora en los procesos.

## Discusión y conclusiones

Toda tarea de la Administración Pública va a requerir de la publicidad, apreciando ventajas como la transparencia y el control, de cuyo ámbito no escapan las entidades que administran justicia. La discusión surge a partir de determinar en qué medida se debe aplicar en este ámbito sin poner en riesgo algunos bienes relevantes como la eficacia en la investigación o evitar la obstrucción de las indagaciones o facilitar la existencia de “juicio paralelos o mediáticos”. Por otro lado, la publicidad del proceso inevitablemente va a conllevar a la formación de la opinión o crítica pública, la cual genera otro punto de discusión en tanto deber de ser escuchada o ignorada por los jueces en resguardo de su independencia. El tercer y último punto de discusión surge a partir de reconocer la imposibilidad constitucional y convencional de imponer límites a la libertad de expresión, pero sí fortalecer los aparatos institucionales de información que deben permitir entender mejor la reforma procesal, especialmente las decisiones adoptadas.

A partir de lo antes expuesto, hemos llegado a las siguientes conclusiones.

La publicidad en los procesos penales opera como una garantía fundamental que beneficia el control y la transparencia en el ejercicio del poder punitivo. Además, fortalece a la opinión pública, que podrá acceder y conocer el acontecer de algunos procesos penales.

La implementación de un “juicio mediático” es inevitable mientras no existan reglas que de modo preventivo o a priori establezcan límites al ejercicio de la libertad de expresión. Esto no es posible en el caso peruano, ya que nuestra Constitución consagra la prohibición de la censura previa.

El juicio mediático o paralelo no podrá imponerse al juicio formal e institucionalizado debido a la carencia de una serie de aspectos, como las garantías de un debido proceso, la reglas previas para un adecuado ejercicio de la defensa y los argumentos que sustentan sus posiciones, más allá de simples motivaciones.

La perspectiva de que ningún derecho o poder es absoluto determina que el poder de los medios de comunicación para satisfacer el derecho a la información tampoco lo es, por lo que frente a su ejercicio está el derecho de no ser desinformados. En ese propósito, o tenemos una prensa especializada en asuntos judiciales o se fortalece los cauces institucionales u oficiales de información.

## Referencias

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2000). *El acceso a la información como derecho*. Recuperado de: <http://center-hre.org/wp-content/uploads/2011/05/el-acceso-a-la-informaci%c3%93n-como-derecho.pdf>
- Aguiló, J. (2003). Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. *Insomía*, (6), 71-83.
- Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, (5), 139-151.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2010). *La Institucionalización de la justicia*. Granada: Editorial Comares.
- Aristizábal, J. & Bustamante, M. (2015). La justicia y la libertad de prensa. *Revista Páginas*, (98).
- Aznar, H. (2016). El debate sobre la profesionalización del periodismo: de la titulación a la organización. *ZER-Revista de Estudios de Comunicación*, 2 (3).
- Bernal, C. (2007). *El principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bernal, C. (2009). *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado.
- Binder, A. (2000). *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Carrió, D. (2000). *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Conde, M. y Domínguez, M. (2012). El rigor en la prensa: principales características y diferencias en el uso de las fuentes en los periódicos gratuitos y de pago. *Zer-Revista de Estudios de Comunicación*, 17 (32).
- Cremades, J. (1999). La exigencia de veracidad como límite del derecho a la información. En Acosta Sánchez et al. (Autores). *Estudios de Derecho Público en homenaje a Juan José Ruíz Rico*. Madrid: Tecnos.
- Dalla Vía, A. (2000). La libertad de expresión en la sociedad abierta. *Ius Et Praxis*, 6 (1), 99-100.

- Duce, M. (2008). El ministerio público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios. Recuperado de: <http://sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/463.pdf>
- Dworkin, R. (1999). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Echavarría, J. (1988). Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información. *Revista española de derecho constitucional*, 8 (23).
- Echavarría, J. (1991). Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales. *Revista de estudios políticos*, (71), 87-110.
- El Proyecto de Opinión Pública de América Latina (LAPOP). (2014). Informe con Datos del Barómetro de las Américas (2012-2014). Recuperado de: <http://www.vanderbilt.edu/lapop/pdfs/At-a-glance-v2.pdf>
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. Crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Editorial Trotta.
- Foucault, M. (1989). *Vigilar y Castigar*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- García, S. (2007). La libertad de expresión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. México. Recuperado de: [naforas.fic.edu.uy/jspui/handle/123456789/25380](http://naforas.fic.edu.uy/jspui/handle/123456789/25380) en marzo de 2017.
- Garzón, E. (1993). Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas. *Doxa*, (14).
- Ghiggi, I. (2007). Medios necios que acusáis a la justicia ¿sin razón....)? Chasqui. *Revista Latinoamericana de Comunicación*, (99).
- Gómez, J. (1999). La constitucionalización del proceso penal español. En *El proceso penal en el estado de derecho*. Lima, Palestra Editores 1999, p. 17.
- González- Cuéllar, N. (2014). *Ecos de Inquisición*. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas.
- Gronemeyer, M. (2005). Los dilemas del periodismo frente a la reforma procesal penal: La justicia en pantalla. *Cuadernos de información*, (18), 6.
- Grossman, C. (2007). La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. *Revista del IIDH*, (46).
- Ibáñez, A. (2004). Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué? En Acosta Sánchez et al. (eds.). *Estudios de Derecho Público en homenaje a Juan José Ruíz Rico* (168-169). Madrid: Tecnos.

- Ibáñez, A. (2012). La independencia judicial y los derechos del juez. Los derechos fundamentales de los jueces. Recuperado de: [www.ijf.cjf.gob.mx](http://www.ijf.cjf.gob.mx)
- Kafka, F. (2013). *El Proceso*. Barcelona: Brontes.
- Kant, E. (1985). *La paz perpetua*. Madrid: Tecnos.
- Langer, M. (2001). La dicotomía acusatorio-inquisitiva y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. En J. Maier y A. Bovino (compiladores). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Langer, M. (2014). La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. *Revista de derecho público*. Universidad de los Andes, (32), 18-34.
- López, J. (1993). Televisión y audiencia penal. *Jueces para la democracia*, (20), 26-29.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1985). Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura adoptada en el Séptimo Congreso de Naciones Unidas sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente. Recuperado de: [https://www.unodc.org/documents/congress/Previous\\_Congresses/7th\\_Congress\\_1985/031\\_ACONF.121.22.Rev.1\\_Report\\_Seventh\\_United\\_Nations\\_Congress\\_on\\_the\\_Prevention\\_of\\_Crime\\_and\\_the\\_Treatment\\_of\\_Offenders\\_S.pdf](https://www.unodc.org/documents/congress/Previous_Congresses/7th_Congress_1985/031_ACONF.121.22.Rev.1_Report_Seventh_United_Nations_Congress_on_the_Prevention_of_Crime_and_the_Treatment_of_Offenders_S.pdf)
- Palomino, W. (2015). Análisis del concepto de honor y de los delitos de injuria y difamación: ¿Será cierto que la vía penal es la adecuada para su tutela? *Derecho y Sociedad*, (37).
- Pásara, L. (2012). El conflicto entre medios de comunicación y justicia. Reforma Judicial. *Revista Mexicana de Justicia*. Recuperado de: <http://www.justiciaviva.org.pe/otros/pasara.pdf>, en marzo de 2017.
- Pietro, L. (2014). *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación*. Colección de Derecho Procesal de los Derechos Humanos. México: Editorial UBIJUS.
- Rawls, J. (2012). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Roses, S. (2009). ¿Crisis de confianza en los medios? En Actas del Primer Congreso Internacional Latino de Comunicación Social. Recuperado de: <http://www.revistalatinacs.org/09/Sociedad/actas/63roses.pdf>
- Sagüés, N. (2006). Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-14.pdf>

- Sánchez, E. (2014). *Derecho Penal Constitucional. El Principálimo Penal*. Bogotá: Universidad Externado.
- Sohr, R. (1998). *Historia y poder de la prensa*. Barcelona: Andrés Bello.
- Sosa Wagner, F. (2016). *La Independencia del juez ¿Una fábula?* Madrid: La Esfera de los Libros.
- Superti, H. (1998). *Derecho Procesal Penal. Temas Conflictivos*. Rosario: Editorial Iuris.
- Tedesco, I. (2009). Hacia un enjuiciamiento penal civilizado. *Revista Justicia e Sistema Criminal*, 1 (1), 95-130.
- Valle, R. (2008). Delimitación de los derechos a la intimidad y de información en la doctrina y jurisprudencia costarricense. *Estudios Constitucionales*, 6 (1). 85-102.
- Vanegas, P. (2007). Las audiencias preliminares en el sistema penal acusatorio. Fiscalía de la Nación. Colombia. Recuperado de: <http://www.fiscalia.gov.co/en/wp-content/uploads/2012/01/LasAudienciasPreliminaresenelSistemaPenalAcusatorio.pdf>
- Ziccardi, A. (2004). *Participación ciudadana y políticas sociales del ámbito local*. México: Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM.



# Retos de la justicia en el fortalecimiento de los MASC y las jurisdicciones equivalentes en Colombia y algunos países de América Latina<sup>1</sup>

*Martha Eugenia Lezcano Miranda<sup>2</sup>*

## Resumen

Los mecanismos alternos de solución de conflictos (MASC), son formas alternas al proceso judicial que les permiten a los particulares solucionar sus controversias sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria. Se remontan a las primeras civilizaciones y han venido siendo implementados no solo en Colombia sino en otras naciones de América. Muchos gobiernos han reconocido sus beneficios y los han acogido en sus diferentes formas como medio de mejorar y reformar sus sistemas judiciales, en algunos de ellos la conciliación forma parte del sistema judicial, en tanto que, en otros como en Colombia, la conciliación es obligatoria para iniciar el trámite judicial, hace parte del proceso judicial. El resultado, en casi todos los países, ha sido bastante bueno, pues en casi todos, estos mecanismos se han constitucionalizado llegando incluso a ser elevados a la categoría de derecho fundamental como es el caso de Costa Rica; la mediación y la conciliación, por ejemplo, existen en casi todos los países, el arbitraje es utilizado para solucionar conflictos de índole mercantil y tiene una gran relevancia internacional, en tanto los jueces de paz solo están incluidos en la legislación de Perú y Colombia.

Si bien es cierto que estos mecanismos se institucionalizaron en Colombia con el propósito de superar un problema judicial, la verdad es que, al ser incluidos en la Constitución de 1991, se transformó su objetivo y han contribuido a la “cultura de paz”, propiciando el fortalecimiento de la democracia y

---

<sup>1</sup> Reflexión que se sustenta en los avances del proyecto de investigación *Eficacia de los métodos alternativos para la solución de conflictos en contratos de obra, consultoría y concesión en el área metropolitana del Valle de Aburrá a partir de la ley 80 de 1993*, adscrito al grupo de investigaciones *Orbis Iuris*, en la línea de investigación “Derecho, Conflicto e Internacionalización” de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas.

<sup>2</sup> Abogada de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Penal y Criminología. Docente de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas. Correo: martha.lezcano@uam.edu.co

la contribución en la implementación del Estado Social de Derecho, lo que de suyo conlleva retos para la administración de justicia, por lo tanto, se hace necesario seguir insistiendo en que el establecimiento de los MASC, requiere de tener unas condiciones necesarias mínimas, entre las cuales cabe destacar: una sólida formación de los jueces para que trabajen por la transformación de los conflictos; la difusión masiva de los MASC, la cual debe estar en cabeza del Estado; el desarrollo de una cultura del diálogo y el consenso; enseñar estrategias que posibiliten el manejo adecuado de las conductas agresivas que se generan al momento de realizar procesos de transformación de conflictos; superar el paradigma de la formación procesalista de los abogados; entender que con la aplicación de los MASC muchas veces se va en contravía de la formación, experiencia y cultura profesional de los abogados, según la cual, las partes son adversarios y los conflictos se pueden resolver mediante la aplicación de la norma que establezca que solo a uno de ellos le asiste la razón, mientras que el otro carece de ella -esta postura ahonda el conflicto e incide directamente en los resultados-; la creación de una línea de trabajo que articule el Ministerio de Justicia como organismo rector en materia de los MASC, con el Consejo Superior de la Judicatura, a fin de realizar procesos de capacitación, investigaciones, convenios, sistematizaciones, entre otros con el fin de fortalecer la utilización de los MASC a nivel nacional.

**Palabras clave:** mecanismos alternativos de solución de conflictos, justicia, jurisdicción, retos.

## **Challenges in the strengthening of MASC's and equivalent jurisdictions in Colombia and some Latin American countries**

### **Abstract**

Alternative dispute resolution mechanisms, ADRM, are alternate forms to the judicial process, which allow individuals to resolve their disputes without having to go to ordinary justice; Go back to the first civilizations and have been implemented not only in Colombia but in other nations of America. Many governments have recognized its benefits and have welcomed them in their different ways as a means of improving and reforming their judicial systems, in some of them conciliation is part of the judicial system, while in others as in Colombia, conciliation is mandatory To begin the judicial process, is part of the judicial process. The result in almost all countries has been quite good, as in almost all of them, these mechanisms have been constitutionalised, even being elevated to the category of fundamental right, as in the case of Costa Rica; Mediation and conciliation, for example, exist in almost all countries, arbitration is used to solve conflicts of a commercial nature and has a great international relevance, while judges of peace are only included in the legislation of Peru and Colombia.

Although these mechanisms were institutionalized in Colombia with the purpose of overcoming a judicial problem, the truth is that, when they were included in the Constitution of 1991, its objective was transformed and it has contributed to the "culture of peace", favoring strengthening Of democracy and the contribution in the implementation of the Social State of Law, which poses challenges for the administration of justice, therefore, it is necessary to continue insisting that the establishment of ADRM requires the necessary conditions These include: A strong training of judges, who work for the transformation of conflicts. The mass dissemination of the ADRM, which must be at the head of the state. The development of a culture of dialogue and consensus, teaching strategies that allow the proper handling of aggressive behaviors that are generated at the time of conflict transformation processes. To overcome the paradigm of processalist formation of lawyers. To understand that with the application of the ADRM many times it is in contravía of the formation, experience and professional culture of the lawyers, according to which, the parties are adversaries and the conflicts can be solved by means of the application that establishes that alone One of them assists the reason, while the other one lacks it; This position deepens the conflict and directly affects the results. The creation of a line of work that articulates the Ministry of Justice as the governing body for the ADRM, with the Higher Council of the Judiciary,

in order to carry out training processes, investigations, agreements, systematizations, among others in order to To strengthen the use of ADRM at the national level.

**Key words:** Alternative mechanisms for conflict resolution, justice, jurisdiction, challenges.

## **Desafios da justiça no fortalecimento da ADR e equivalentes jurisdições na Colômbia e alguns países da América Latina**

### **Resumo**

Os mecanismos alternativos para a resolução de conflitos de ADR, são formas alternativas do processo judicial, que permitem que os indivíduos para resolver os conflitos sem recorrer aos tribunais comuns; de volta para as primeiras civilizações e têm vindo a ser implementado não só na Colômbia, mas em outras nações da América. Muitos governos têm reconhecido os seus benefícios e tomaram-los de diferentes maneiras como um meio de melhorar e reformar os seus sistemas judiciais, de alguma conciliação é parte do sistema judicial, enquanto em outros, como a Colômbia, a conciliação é obrigatória para iniciar processos judiciais, é parte do processo judicial. O resultado na maioria dos países, tem sido muito bom, porque em quase todos estes mecanismos foram constitucionalizado até mesmo para ser elevado ao status de um direito fundamental como é o caso da Costa Rica; mediação e conciliação, por exemplo, existem em quase todos os países, a arbitragem é usada para resolver disputas de natureza comercial e tem um grande significado internacional, enquanto juízes de paz só são incluídos na legislação do Peru e Colômbia.

Embora seja verdade esses mecanismos são institucionalizadas na Colômbia, a fim de superar um problema judicial, a verdade é que, para ser incluído na Constituição de 1991, seu objetivo foi transformado e contribuiu para a “cultura de paz”, promovendo o fortalecimento da democracia e da contribuição na implementação do estado de direito, o que em si traz desafios para a administração da justiça, portanto, é necessário continuar a insistir em que o estabelecimento de ADR, requer uma condição necessária mínimo, entre os

quais incluem: a sólida formação de juízes, que trabalham para a transformação de conflitos. A disseminação em massa de ADR, que deve ser chefe de Estado. Desenvolver uma cultura de diálogo e de consenso, estratégias de ensino que permitem uma gestão adequada de comportamentos agressivos que são gerados no momento dos processos de transformação de conflitos. Superação do paradigma de litigantes formação de advogados. Entenda que com a aplicação de ADR muitas vezes vai contra a formação, experiência e cultura profissional de advogados, segundo a qual as partes são adversários e conflitos podem ser resolvidos aplicando a configuração única regra um deles detém o direito, enquanto o outro não possui-lo; esta abordagem aprofunda o conflito e afeta diretamente os resultados. Criando uma linha de trabalho que articula o Ministério da Justiça como a agência líder no campo de ADR, o Conselho Superior da Magistratura Judicial, para conduzir processos de formação, investigação, convenções, sistematizações, entre outros, a fim de fortalecer o uso de ADR em todo o país.

**Palavras chave:** mecanismos alternativos de resolução de conflitos, justiça, desafios jurisdição.

## Introducción

Iniciaré diciendo que los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) se remontan a generaciones anteriores. En todas las culturas y en todos tiempos los seres humanos han buscado formas ágiles, oportunas y eficaces que les permitan superar las diferencias que se les presentan como consecuencia de la convivencia y de la interacción humana, lo que favorece la capacidad de los individuos para manejar sus diferencias y de lado, una forma más armónica de convivencia.

Se hace entonces necesario que el Estado convierta en finalidad primordial el sistema de justicia, que tenga en cuenta el establecimiento de procedimientos claros y ágiles para que sus conciudadanos encuentren soluciones justas y equitativas a las diferencias que se les presenten. Así las cosas, los MASC pueden desempeñar un importante papel, y en tal sentido, vienen siendo propuestos y promovidos como una opción institucional, no solo para el acceso y mejoramiento de la justicia, sino también, para restaurar tejido social y, por ende, mejorar la convivencia. Para una mejor comprensión del tema es necesario recordar algunos conceptos acerca de los MASC: ¿Qué son los MASC?, ¿Cuáles sus antecedentes?, ¿Cuáles son sus objetivos? y ¿Cuáles son los MASC?, reflexión que se hace sobre la experiencia colombiana y en algunos países de América, a partir de la década de los años 90, fecha en la cual se inicia el proceso de desjudicialización.

### ¿Qué son los MASC?

Son formas, maneras o posibilidades que tienen los particulares de solucionar por ellos mismos los conflictos que les afectan, algunas veces ayudados de terceros, otras sin ninguna mediación, pero en todo caso sin la intervención del Estado y con los mismos efectos de la sentencia judicial.

Es de anotar que en Colombia la Constitución de 1991 y la legislación que ha procurado desarrollarla, han consagrado la conciliación, el arbitraje y la justicia de paz, en tanto la amigable composición solo ha sido consagrada en la ley. Al mismo tiempo se debe indicar que ni la negociación ni la mediación han sido consagradas por la legislación colombiana, lo que no significa que no se utilicen, por el contrario, en la actualidad tienen gran arraigo al interior de las comunidades. Debido a la agilidad de sus procesos, a la falta de procedimientos y a que las partes tienen un papel protagónico en el manejo del conflicto y sus resultados. Sobre los MASC la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades, fijando posturas como:

La jurisprudencia constitucional ha destacado la importancia de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, entre ellos la conciliación, que puede re-

sumirse así: (i) buscan hacer efectivo uno de los fines constitucionales como el de la convivencia pacífica; (ii) permiten la participación directa de los interesados en la resolución de sus conflictos; (iii) son otra forma de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, y (iv) son un buen mecanismo para lograr la descongestión judicial. (Corte Constitucional, 2013)

Alrededor del tema de la consagración constitucional, también es importante agregar que el artículo segundo de la Constitución Política, al hablar de los fines del Estado, hizo referencia a los MASC de la siguiente manera: “son fines esenciales del Estado: facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan”. Así las cosas, también debe tenerse en cuenta que si bien es cierto en Colombia, con la implementación de la Ley 23 de 1991, se buscó la descongestión de despachos judiciales, no es menos cierto, que la Carta Magna les dio carácter constitucional a los MASC, al permitir que sean los propios ciudadanos quienes tengan la posibilidad de participar en la solución de sus propios conflictos. También sobre este tema se ha pronunciado la Corte:

Sin embargo, los mecanismos alternativos de solución de conflictos a que se hace mención no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan (Preámbulo y arts. 1 y 2 de la C.P.). En este sentido, es incuestionable su estirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social (1996).

Es de anotar, que la misma Constitución le dio facultades al poder legislativo para regular los asuntos relativos a los MASC, facultades que implican determinar requisitos, exigencias características sustanciales y parámetros en general para este tipo de mecanismos, siempre y cuando no vayan en contravía de la Constitución y la ley. De esta circunstancia nace la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (LEAJ, Ley 270 de 1996), en la cual se reconocen como equivalentes jurisdiccionales los conciliadores y los árbitros, ley que así mismo, a voces de la Sentencia C-037 de 1996, superó el control de constitucionalidad. De singular importancia para el tema que nos ocupa lo expresado por la Corte (2001):

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no representan una desconfianza hacia la justicia estatal formal, sino un reconocimiento de que procedimientos menos formales y alternativas de justicia autocompositiva complementan las opciones a las cuales pueden acudir las personas para resolver sus disputas. Por ello, mecanismos como la mediación y la conciliación, más que medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos.

## ¿Cuáles son sus antecedentes?

Los MASC, en cualquiera de sus formas, se remontan a las primeras civilizaciones, en la antigüedad acudir a los miembros de la misma comunidad en busca de solución a los conflictos resultaba tan atractivo como en la actualidad, no obstante, no tenían la jerarquización y normatización que tienen hoy en día. En relación al tema de la obra *La justicia de todos* (Lezcano, 2016) expresa:

Desde tiempos remotos, los seres humanos se han ocupado de encontrar formas ágiles, eficaces y oportunas para solucionar sus diferencias, las que surgen a partir de las relaciones sociales y de convivencia; por esta razón también a través del tiempo, se han ido perfeccionando mecanismos que sin lugar a dudas han logrado superar las controversias surgidas de las relaciones cotidianas y que vinculan directamente a las partes involucradas.

Es de anotar que desde la Ley de las XII tablas se otorgaba fuerza obligatoria a lo que convinieran las partes camino del juicio. Cicerón aconsejaba la conciliación, porque afirmaba que “había que alejarse de los pleitos” (Instituto SER, 1996). En el régimen judicial de la antigua China, la mediación era considerada como el principal recurso para resolver las dificultades, tal como lo plantea Confucio, al sostener que la resolución óptima de las discrepancias se lograba mediante la persuasión moral y el acuerdo, pero no bajo coacción. “Siguiendo con el rastreo histórico, se puede evidenciar que, en algunas regiones del África, la asamblea de vecinos constituye un órgano de mediación cooperativo, que tiene por objeto solucionar conflictos comunitarios, al igual que en la religión judía el Beth Din, actúa como consejo de rabinos para mediar en la solución de los conflictos” (Gamboa, 1920, p. 430).

Posteriormente, la legislación portuguesa introduce en el Código Manuelino de 1521 la conciliación como requisito previo antes de presentar la demanda, y en la Constitución Política de la Monarquía Española, que rigió en Guatemala antes de la independencia, se dispuso que el alcalde municipal debía ejercer funciones de conciliador entre quienes pretendiesen demandar por negocios civiles o por injurias. No se puede dejar de lado la experiencia en Estados Unidos de América, en donde diferentes comunidades a partir de la decisión de autoridades locales, han integrado sistemas de resolución de conflictos:

Es el caso de la Chinese Benevolent Association, establecida por los inmigrantes chinos; el Jewish Conciliation Board, fundado en Nueva York en 1920 como foro de mediación y arbitraje para la comunidad judía; el Community Relations Service del Departamento de Justicia, fundado en 1964 para ayudar en la conciliación de desavenencias raciales, y el Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS), creado en 1947 para resolver controversias laborales e industriales, entre otros. A este respecto debe anotarse que en Estados Unidos la conciliación no sólo es un sistema privado de solución de conflictos, sino un proceso fundamentalmente voluntario. (Gamboa, 1920, p. 430)



En Colombia, el primer antecedente se remonta a la Ley del 14 de mayo de 1834, de jueces de paz, que no está vigente, pero se constituye en uno de los primeros antecedentes en MASC dentro del país. Posteriormente se han expedido gran cantidad de normas encaminadas a la institucionalización de estas formas alternativas, entre las cuales cabe destacar la Ley 23 de 1991, toda vez que fue la que, por primera vez, intentando superar un problema judicial, abrió la puerta para la desjudicialización de algunas controversias susceptibles de transacción y desistimiento en todas las áreas del Derecho, creó los centros de conciliación y la figura de la conciliación en equidad. Pero fue definitivamente la Constitución de 1991 la que le dio el rango constitucional a los MASC cuando en el artículo 116, inciso 4º, señaló que “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

Del texto constitucional se desprende que, transitoriamente, la potestad de administrar justicia se otorga a los particulares, en calidad de conciliadores o árbitros habilitados por las partes, o a las autoridades administrativas en aquellos asuntos específicamente previstas en la ley, siempre y cuando esta habilitación no implique la instrucción de sumarios y el juzgamiento de delitos.

Con este objeto se ha hecho la reforma a los procedimientos judiciales tradicionales, la consagración de la conciliación como requisito de procedibilidad, el reconocimiento de procedimientos alternativos como la negociación, la mediación, la reglamentación y la adecuación del arbitraje a los protocolos internacionales y aun las jurisdicciones especiales como la indígena y la justicia de paz, han tenido como finalidad volver más oportuno el acceso a la justicia, y con ellos se abre camino en forma definitiva la consagración de los MASC en nuestro país. Estos mecanismos han contribuido en la construcción del Estado social de derecho, por lo que deben ser mirados no solamente como un instrumento desjudicializador, sino como una oportunidad de construcción de una sociedad más justa y armonizada, como lo sostiene la Corte Constitucional: “los objetivos de la implementación de los MASC, son: ‘facilitar el acceso a la justicia; proveer una forma más efectiva de solución a los conflictos; mejorar la capacidad de la comunidad para participar en la resolución de los conflictos y aliviar la congestión, la lentitud y los costos de la justicia estatal formal’ (Corte Constitucional, 2001).

## **¿Cuáles son sus objetivos?**

Sin lugar a dudas los MASC se proponen generar una cultura de la concertación y el diálogo para solucionar las controversias que se presenten entre

particulares, y más allá, las que se ocasionan entre estos y el Estado en aquellos asuntos permitidos por la ley. Aunque inicialmente fueron concebidos para descongestionar despachos judiciales, su evolución y desarrollo constitucional ha posibilitado que su objetivo fundamental sea contribuir en la implementación del Estado social de derecho y a la convivencia armónica. Según la Corte Constitucional colombiana, los objetivos de la implementación de los MASC, son los siguientes: “facilitar el acceso a la justicia; proveer una forma más efectiva de solución a los conflictos; mejorar la capacidad de la comunidad para participar en la resolución de los conflictos y aliviar la congestión, la lentitud y los costos de la justicia estatal formal” (Hernández Tous, 2014).

Asegura la Corte, que “aun cuando en un principio estos mecanismos fueron establecidos para que los particulares acudieran a ellos de manera voluntaria, la prevalencia de la cultura del litigio ha llevado a que se consagre la obligatoriedad de la conciliación ya sea en la etapa prejudicial o durante el proceso judicial” (Corte Constitucional, 1996). Para corroborar el logro de estos objetivos “señala datos sobre la implementación de éstos en otros ordenamientos jurídicos”.

## ¿Cuáles son los MASC?

El desarrollo de los MASC constituye un hecho de gran importancia y significado no solo en Colombia sino en los demás países de América, algunos de los cuales incluso los han constitucionalizado y, como en el caso de Costa Rica, han sido reconocidos como derecho fundamental en el artículo 43 de la Constitución<sup>3</sup>.

En Colombia son muchas las formas de asumir el manejo de los conflictos, y al momento de hacerlo, entran en juego una gran cantidad de circunstancias que van desde la formación del ser humano, el contexto social, la subjetividad, la falta de la comunicación, el carácter diferente de las personas, que llevan a los protagonistas de las controversias a decidir por cuál de ellas optar. Sobre el tema: “para definir una solución concertada al conflicto, es necesario analizar los componentes de este. Además, los conflictos no son exactamente

---

<sup>3</sup>Artículo 43. Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente”; en el mismo sentido la Sala Constitucional ha reconocido como un derecho fundamental el poder acceder a formas alternas de resolución de conflictos, derivando este derecho de los principios y valores pacíficos que informan la Constitución Política, al respecto ha señalado: “de igual forma, los funcionarios públicos beneficiarios del proyecto legislativo y el ente público a cargo del cual se impone ahora una indemnización, tienen el derecho de dirimir la controversia de interés mediante los mecanismos alternos de solución conflictos que tienen fuerte asidero en el valor constitucional fundante e implícito de la paz social. Sala Constitucional, resolución número 2003-7981 de las quince horas con once minutos del cinco de agosto del 2013.

iguales; de allí que deban precisarse unos elementos comunes que permitan clarificar y estructurar la solución adecuada (Fuquen Alvarado, 2003, p. 268). Las más representativas son:

## **La negociación o arreglo directo**

Se trata de un método para dirimir conflictos interpersonales o interinstitucionales que ha sido acogido por diferentes legislaciones. En esta figura son las partes quienes participan directamente en la solución de su conflicto. En Colombia no tiene consagración legal ni constitucional, lo que implica que el acuerdo al que llegan las partes no tiene efectos jurídicos, ni existen procedimientos ni mucho menos calidades especiales para quien pretenda solucionar la diferencia a través de esta figura. Es precisamente ahí, en la agilidad de los procedimientos en donde se instalan sus beneficios.

En Perú, por ejemplo, se encuentra regulada principalmente como un mecanismo de solución de conflictos que surjan entre empresas y organizaciones laborales o trabajadores a través de la Ley de Negociación Colectiva (Decreto Ley No. 25.593). Sin embargo, no existen otras normas que se refieran a esta figura, por lo tanto, puede afirmarse que los procedimientos y formalidades están siempre sujetos a la voluntad de las partes.

## **La mediación**

Es un MASC a través del cual las partes llegan a un acuerdo con la ayuda de un facilitador, quien debe ser una persona neutral e imparcial que interviene con el fin de acercar a los enfrentados y escuchar sus puntos de vista. La mediación no ha tenido en nuestro país un desarrollo legislativo, por lo tanto, no existen procedimientos, ni condiciones especiales para el mediador, lo que implica que no tiene efectos jurídicos, no obstante, esto la ha convertido en una forma ágil que lleva a las partes a solucionar su conflicto sin presiones de ninguna clase.

En México se expidió la Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México, proferida a través del Decreto número 251 de diciembre de 2010, y tiene como finalidades, entre otras, “fomentar la cultura de paz y la restauración de las relaciones interpersonales y sociales, a través de los métodos alternos de solución de conflictos entre la sociedad mexicana; con este objeto reguló la mediación, la conciliación y la justicia restaurativa e hizo posible el acceso a la justicia”.

## **La conciliación**

Es una de las herramientas ofrecidas por el Estado como alternativa para la transformación de los conflictos jurídicos y no jurídicos. A través de ella

se busca que los particulares lleguen a acuerdos antes de acudir a proceso judicial. En Colombia está consagrada en el artículo 116 de la Constitución Política de 1991 que establece en el inciso 4º: “los particulares podrán ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores”. A su vez, la Ley 446 de 1998 la define en sentido general, es decir, tanto la judicial como la extrajudicial, refiriéndose a ella como “la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos, a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.

El elemento fundamental que diferencia la conciliación de los otros MASC es la calidad del tercero, quien debe ser abogado titulado para conciliar en derecho o líder comunitario para conciliar en equidad. Su papel es de facilitador, así quedó establecido en el artículo 8 de la Ley 640 de 2001, en donde se establece que tiene la obligación de motivar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia y en el evento que estas no lo hagan, debe formular propuestas de arreglo<sup>4</sup>.

De igual manera debe tenerse en cuenta que la filosofía de la conciliación es el humanismo, es decir, propende por relaciones estables y perdurables entre los seres humanos, relaciones que se deben generar en la confianza y más allá, en la transformación de la sociedad como producto de acuerdos justos y equitativos para las partes. A voces de *La justicia de todos*:

Esta intervención del tercero debe ser entendida como una mediación a través de la cual la confianza debe jugar un papel fundamental en la solución del conflicto, pues si alguna de las partes no confía en el conciliador, no hay posibilidad alguna de que se presente ese proceso de comunicación, catarsis o argumentación que permite al conciliador llegar al origen del conflicto y, a partir de ahí, encontrar la solución al mismo. Por lo tanto, mientras más confianza logre generar el conciliador en las partes, mucho más fácil será identificar el conflicto y, como consecuencia de ello, encontrar un buen acuerdo. (Lezcano, 2016, p. 46)

Se debe agregar que en Colombia la conciliación es requisito de procedibilidad en las áreas civil, familia, contencioso administrativo y penal, no así en materia laboral. Los acuerdos conciliatorios tienen efectos jurídicos de cosa

<sup>4</sup> ARTICULO 8o. OBLIGACIONES DEL CONCILIADOR. El conciliador tendrá las siguientes obligaciones:

1. Citar a las partes de conformidad con lo dispuesto en esta ley.
  2. Hacer concurrir a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia.
  3. Ilustrar a los comparecientes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación.
  4. Motivar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia.
  5. Formular propuestas de arreglo.
  6. Levantar el acta de la audiencia de conciliación.
  7. Registrar el acta de la audiencia de conciliación de conformidad con lo previsto en esta ley.
- PARAGRAFO. Es deber del conciliador velar por que no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.

juzgada y mérito ejecutivo, existe la conciliación judicial y la extrajudicial, esta a su vez es derecho y en equidad. Cabe resaltar el pronunciamiento de la Corte:

iii) La conciliación no tiene, en estricto sentido, el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador (autoridad o particular) no interviene para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora, limitándose a presentar fórmulas para que las partes se avengan a solucionar el conflicto, y a presenciar y a registrar el acuerdo a que han llegado; el conciliador, por consiguiente, no es parte interesada en el conflicto y debe asumir y mantener una posición neutral (2003).

Un avance significativo lo hizo la Ley 23 de 1991 con la creación de los centros de conciliación, entidades creadas por la ley y vigiladas por el Ministerio de Justicia y del Derecho como organismo rector en materia de MASC con el fin de ayudar a los particulares en la solución de los conflictos que los afectan. Para ilustrar el tema, es importante traer a colación lo dicho por la Corte en la Sentencia C- 404 de 2016:

Es pertinente anotar que la conciliación es no solo congruente con la Constitución del 91, sino que puede evaluarse como una proyección, en el nivel jurisdiccional, del espíritu pacifista que informa a la Carta en su integridad. Porque, siendo la jurisdicción una forma civilizada y pacífica de solucionar conflictos, lo es más aún el entendimiento directo con el presunto contrincante, pues esta modalidad puede llevar a la convicción de que de la confrontación de puntos de vista opuestos se puede seguir una solución de compromiso, sin necesidad de que un tercero decida lo que las partes mismas pueden convenir.

En otros países, como en Perú, la conciliación es un medio alternativo de solución de controversias en el cual interviene un tercero designado por las partes, quien las ayuda a buscar una solución a la diferencia. Este tercero no tiene capacidad de decisión, ni sus propuestas son obligatorias para las partes, y son ellas, quienes finalmente deciden llegar a un acuerdo que ponga fin al conflicto. Cabe señalar que el acta que contiene el acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución, de tal manera, que se pueda reclamar el cumplimiento de los derechos que puedan haberse otorgado en la conciliación. En la conciliación extrajudicial los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes, razón por la cual el conciliador solo propone eventualmente fórmulas conciliatorias que de ninguna manera son obligatorias.

## **El arbitraje**

El arbitraje es una alternativa para la aplicación de una justicia rápida y eficiente, toda vez que las partes involucradas en un conflicto renuncian a llevar sus pretensiones ante la justicia ordinaria para confiarlas a particulares denominados árbitros, los que para todos los efectos legales tienen la calidad

de jueces. Puede definirse como el mecanismo a través del cual las partes involucradas en una controversia susceptible de transacción, renuncian voluntariamente a la justicia ordinaria y les dan facultades especiales a particulares, quienes quedan transitoriamente investidos de la facultad de administrar justicia, y profieren una decisión denominada laudo arbitral. La ley 1563 de 2012, artículo 1, la define como: “mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”. Desde la doctrina, un ejemplo lo representa Aylwin (1982, p. 1) al definir el arbitraje como “aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones”.

Los antecedentes del arbitraje se remontan a las primeras civilizaciones, a las culturas hindú, griega y romana. En Colombia estuvo disperso en los códigos civil y de procedimiento civil hasta la expedición del Decreto 2279 de 1989, más conocido como estatuto arbitral; el cual fue derogado por la Ley 1563 de 2012. Por su parte, la Constitución Política de 1991 respalda jurídicamente no solo la figura del arbitraje sino también los MASC, soporte que como se ha dicho, se encuentra consagrado en el inciso final del artículo 116 de la Constitución:

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Así las cosas, al quedar los árbitros transitoriamente investidos de la facultad de administrar justicia, igualmente se convierten en servidores públicos porque la función es solo por el hecho del proceso arbitral. Esta habilitación es realizada de manera voluntaria y temporal a través de una figura jurídica denominada pacto arbitral, fundamentado principalmente en el principio de la autonomía de la voluntad, acuerdo en el cual se obligan a someter las diferencias presentes o futuras a la decisión de un tribunal arbitral, renunciando por este acuerdo a acudir ante la justicia ordinaria. Una vez agotado el debido proceso profieren una decisión denominada laudo arbitral, la cual tiene los mismos efectos de una sentencia judicial. El tribunal debe estar integrado por un número impar de árbitros. También ha consagrado la legislación lo relativo a los árbitros, sus calidades, impedimentos y recusaciones resaltando que están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces, con un trámite específico señalado en la ley.

## Arbitraje nacional

El ordenamiento jurídico colombiano en materia de arbitraje lo ha consagrado desde diversas ópticas, teniendo en cuenta como debe ser el fallo, si es en derecho, en conciencia o técnico, si se realiza de manera independiente o a través de un centro de arbitraje, si es de mayor o de menor cuantía, nacional o internacional, caso este último en el que deben acogerse los tratados y convenios internacionales vigentes sobre la materia y ratificados por Colombia.

El proceso arbitral se inicia con la convocatoria del tribunal, que no es otra cosa que la presentación de la demanda con los mismos requisitos exigidos en el Código de Procedimiento Civil, la cual debe estar soportada en el pacto arbitral, sea cláusula compromisoria o compromiso y en las pruebas que se pretenda hacer valer. Posteriormente se procede a la integración del tribunal, de acuerdo con el trámite previsto en la ley, el proceso arbitral incluye audiencia de conciliación, fijación y consignación de honorarios, de ser necesario medidas cautelares, audiencias de trámite, audiencia de alegatos y audiencia de fallo. La duración del trámite arbitral es de seis meses, y se contabiliza desde la primera audiencia de trámite, hasta la audiencia de fallo, término que también puede ser prorrogado por seis meses más a solicitud de las partes.

El laudo arbitral es la decisión proferida por los árbitros con el fin de poner fin al conflicto, este puede ser en derecho, en equidad o técnico. En el caso de un laudo en equidad, si bien es cierto no se requiere que esté fundamentado en la norma, sí se deben respetar los derechos y facultades constitucionales y legales de las partes, vale decir, la decisión en equidad investiga las circunstancias específicas de cada caso ajustadas a la equidad, sin fundamentarse en el derecho positivo. En el caso del laudo en derecho, debe tenerse en cuenta que es aquel que se realiza con fundamento en la norma, es decir, esta se aplica al caso concreto, el procedimiento es en derecho, los árbitros deben ser abogados titulados y es la norma general, es decir, si nada se dice en el pacto arbitral, se entiende que es en derecho. Por su parte el laudo es técnico, cuando se fundamenta en una determinada ciencia o arte, caso en el cual también hay que seguir un debido proceso, hay que pactarlo y los árbitros deben ser expertos en esa determinada ciencia o arte.

Cualquiera que sea la modalidad del laudo este es objeto de aclaración, corrección o adición o, incluso, del recurso de anulación. De singular importancia resulta tener claridad sobre el hecho de que, si el laudo no se dicta dentro del plazo establecido de seis de meses, concluye la facultad de los árbitros para proferirlo, y de llegar a hacerlo, se configura una de las causales consagradas por el legislador para la anulación del mismo. Queda en este caso, la posibilidad de las partes de acudir a la justicia ordinaria.

Por otra parte, el laudo arbitral debe ser idéntico a la sentencia judicial, de tal manera que debe estar conformado por una parte motiva y una parte resolutoria, además contener en forma expresa y clara la decisión sobre cada una de las pretensiones de la demanda y de las excepciones; de igual manera deben liquidarse multas y perjuicios. Una vez en firme produce el mismo alcance de una sentencia judicial, es decir, tiene efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

## Arbitraje internacional

La Ley 1563 de 2012 reguló todo lo relativo al Arbitraje Internacional, respetando en todo momento lo que al respecto establezcan los tratados internacionales vigentes sobre la materia suscritos por Colombia. Dicha ley dejó por fuera la posibilidad de atribuir el carácter de internacional a una controversia por la sola voluntad de las partes, como estaba previsto en la anterior legislación.

Inicialmente el arbitraje internacional resolvía solo conflictos mercantiles de carácter internacional, sin embargo, con la evolución del derecho y la globalización en la actualidad el resuelve además conflictos de naturaleza civil y extracontractual, y puede ser dirigido por instituciones especializadas en el tema, tales como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el Centro Internacional para la Resolución de Controversias (ICDR, por sus siglas en inglés), o la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA, por sus siglas en inglés).

El pacto arbitral en el arbitraje internacional se denomina acuerdo de arbitraje y se refiere a él como aquel en el cual las partes deciden someter a tribunal arbitral todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, sea esta contractual o extracontractual.

Un aspecto muy importante por destacar en el arbitraje internacional tiene que ver con el hecho que la ley haya dado a las partes la libertad de determinar libremente la sede del arbitraje, lo que tiene gran impacto en aspectos relativos al país en el cual se interpondrá la acción de anulación del laudo, o se deban realizar determinadas actuaciones judiciales. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral la determinará, atendidas las circunstancias del caso, y las conveniencias de aquellas.

El laudo proferido por un tribunal de arbitraje internacional debe someterse al *exequatur*,<sup>5</sup> toda vez que este procedimiento garantiza el respeto al

<sup>5</sup> Esta figura consagrada en los artículos 693 y 694 del código de procedimiento civil, consiste en homologar en Colombia las sentencias u otras providencias judiciales cuando son proferidas en el exterior, con el fin de que surtan efectos en el territorio colombiano.



ordenamiento jurídico colombiano, en el entendido que los árbitros no están facultados para transgredir la legislación interna de nuestro país. El Ministerio de Relaciones Exteriores en Concepto 10 de diciembre 12 de 2011, sobre el tema ha expresado que “para que una sentencia o laudo extranjero surta efectos en Colombia, el artículo 694 del Código de Procedimiento Civil exige unos requisitos sustanciales y procedimentales que deben cumplirse de forma perentoria”.

Es oportuno agregar que en Costa Rica el arbitraje es otro de los medios alternos para la solución de conflictos con fundamento constitucional y legal, en el cual un tribunal arbitral, compuesto por una o varias personas resuelve la controversia siguiendo el debido proceso consagrado en la ley. Es de anotar que las controversias que pueden ser sometidas al arbitraje deben ser de carácter patrimonial y la decisión del tribunal que pone fin al conflicto tiene los mismos efectos de una sentencia judicial. En el año 2011 se expidió la Ley número 8937 sobre arbitraje comercial internacional, basada en la ley modelo de la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

De igual modo, en México el arbitraje se remonta aproximadamente quinientos años, en la actualidad representa un mecanismo eficaz para la solución de controversias, específicamente aquellas de tipo comercial. A su vez en Perú, en el año de 1996 se expide la Ley General de Arbitraje, Ley No. 26.572, la cual establece que pueden someterse a este mecanismo las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse<sup>6</sup>.

## La amigable composición

En este MASC las partes defieren en un tercero denominado amigable componedor la solución de un conflicto relacionado con el estado del cumplimiento de una obligación susceptible de transacción y la forma de cumplimiento de la

---

<sup>6</sup> Ley N° 26572. Artículo 1o.- Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto: 1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial. 2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso. 3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme. 4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

misma. Mediante la amigable composición, las partes, o un tercero designado para que haga la designación, confían la solución de su diferencia a uno o varios amigables componedores, número que puede ser singular o plural. La Ley 1563 de 2012 en el artículo 59 la define de la siguiente manera:

La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición. El amigable componedor podrá ser singular o plural.

La amigable composición podrá acordarse mediante cláusula contractual o contrato independiente.

En la norma transcrita, un tercero que ha sido delegado por las partes en conflicto toma la decisión con fuerza vinculante para ellas. Tal decisión, por expreso mandato de la norma, tiene los mismos efectos de la transacción: vincula a las partes (Ministerio del Interior y de Justicia, 2007). En Colombia la figura de la amigable composición ha sido consagrada por la ley mas no por la Constitución, la decisión del amigable componedor producirá los efectos legales propios de la transacción y a través de ella se pueden solucionar conflictos entre particulares y en aquellos en los cuales se encuentren vinculadas entidades públicas o quienes detenten funciones administrativas. Otro aspecto a tener en cuenta es la posibilidad que da la norma de incluir en el contrato la intención de acudir a la amigable composición cuando se expresa “mediante cláusula contractual” (Ley 1569 de 2012, artículo 59), lo que permite inferir que se asemeja a la cláusula compromisoria. También es dable señalar que en esta figura se posibilita que las partes puedan acudir sin haberlo previsto en el contrato, a través de “contrato independiente” cosa que también equivale en el arbitraje al compromiso, sin que pueda confundirse con este.

En la amigable composición, a falta de procedimientos establecidos en la norma, son las partes las que lo determinan, en caso de no hacerlo, se siguen los que hayan sido establecidos en el reglamento del centro de conciliación, arbitraje y amigable composición.

## **La justicia de paz**

La Constitución de 1991 introdujo entre otras nuevas formas de justicia la figura de los jueces de paz en el artículo 247, en un intento por ampliar las posibilidades de acercamiento de esta al ciudadano. Posteriormente, esta figura es desarrollada por la Ley 497 de 1999, según la cual la justicia de paz busca el tratamiento integral y pacífico de los conflictos comunitarios y particulares, tiene como fundamento la equidad, las actuaciones de los jueces de paz se-

rán verbales, deben tener compromisos solo con la comunidad y con la justicia, toda vez, que las soluciones proferidas por ellos no deben tener otra finalidad que la de promover la convivencia pacífica en las comunidades de todo el territorio nacional. La Justicia de Paz ha sido concebida para desarrollar su función en aquellas zonas del territorio que han sido marginadas de la justicia ordinaria y, además, de las zonas urbanas que tienen una alta necesidad de justicia.

De acuerdo con dicha normativa, la justicia de paz es gratuita e independiente y los jueces de paz tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos, no únicamente de los protagonistas del conflicto, sino de todas aquellas personas que resulten involucradas en él. La Corte Constitucional al respecto se ha pronunciado de la siguiente manera:

Sus decisiones escapan el ámbito de lo jurídico, no deben fundamentarse en esa labor *única del juez ordinario de fallar conforme a lo que establece la ley. A través de la equidad*, entonces, se pretende también administrar justicia, pero, por mandato constitucional, en aquellos eventos de menor importancia en que el rigor de la ley no resulta aplicable o no prevé una situación específica. No se busca, por ende, reemplazar las funciones del aparato estatal encargado de dirimir en derecho los conflictos existentes sino, por el contrario, complementarlo (Corte Constitucional, 1995).

En el procedimiento consagrado en la Ley 497 de 1999 se incluye la conciliación cuando se establece una etapa autocompositiva o de conciliación en la cual deberá escuchar a las partes acerca de los asuntos motivo de controversia; si hay acuerdo se levanta un acta que tiene por sí sola efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. Si no hay acuerdo, se continúa con la etapa heterocompositiva en la cual el juez de paz dicta sentencia con los mismos efectos.

Toda vez que las decisiones tomadas por el juez de paz deben ser en equidad y no en derecho, esta forma de solución de conflictos está orientada a la reconstrucción del tejido social más que a la aplicación de una norma jurídica preexistente. El justo comunitario es el objetivo final de la justicia de paz, lo cual se traduce en que las soluciones a las diferencias tienen en cuenta lo que cada uno quiere y necesita para quedar satisfecho. Otro aspecto importante de este mecanismo es la informalidad, pues no está sujeta a trámites y a procedimientos engorrosos sino a procedimientos ágiles, oportunos y eficaces, además de que los jueces de paz deben ser personas de la misma comunidad en la cual deben tener un alto grado de reconocimiento, aunque ninguna formación específica. Con relación a la competencia de los jueces de paz la Corte ha sido clara al manifestar que:

Esta Corporación estima que efectivamente el asignar el conocimiento de las contravenciones, esto es de verdaderos hechos punibles, a los jueces de paz, contraviene la naturaleza de su cargo y el carácter de sus responsabilidades.

En efecto, se ha visto que al juez de paz se le encarga dirimir conflictos menores -individuales o comunitarios- mediante fallos basados en la equidad y no en motivaciones jurídicas y sometidas *únicamente al imperio de la ley*. Siendo ello así, entonces carece de fundamento constitucional pretender que estos servidores puedan tomar una decisión en equidad cuando la naturaleza de la asignación contemplada en las normas demandadas implica necesariamente un juicio de carácter jurídico, en el que, se reitera, será necesario, con base en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, determinar la existencia o no de los tres elementos que hacen parte de todo hecho punible (Corte Constitucional, 1995).

Sin duda alguna se trata de una institución legendaria en Perú. El mecanismo se encuentra incluido desde la primera Constitución Republicana de 1823 y desde entonces ha permanecido en las doce constituciones que ha tenido el país, lo que indudablemente da cuenta de la importancia de esta figura y la trayectoria de su administración de justicia. En el Perú, para ser juez de paz, se requiere ser peruano de nacimiento, mayor de treinta años y cumplir los requisitos contenidos en el artículo 1 de Ley N° 29. 824, no haber incurrido en ninguno de los impedimentos e incompatibilidades indicados en los artículos 2 y 3 de la misma ley<sup>7</sup>.

Los jueces de paz deben fundamentar sus decisiones, no obstante, al hacerlo, no tienen que ceñirse estrictamente a la ley, lo que sí deben hacer es explicar las razones que se tuvieron para tomar una determinada decisión, caso en el cual, se puede acudir a su leal saber y entender, lo que resulta fundamental es el respeto por las costumbres y los patrones culturales de las comunidades en las que actúan, acogiéndose en todo caso a la Constitución, el procedimiento es gratuito y debe basarse en la oralidad .

Igual que sucede en la legislación colombiana, en Perú, los jueces de paz resuelven los conflictos inicialmente a través de la conciliación. Cuando no es posible que las partes lleguen a un acuerdo, están facultados para resolver la controversia a través de decisiones de carácter jurisdiccional, es decir mediante sentencias. Los efectos jurídicos del acuerdo conciliatorio y de la

---

<sup>7</sup> Artículo 2. Impedimentos. Está impedido de acceder al cargo de juez de paz, mientras ejerza función pública:

1. El que ocupa un cargo político por designación o elección popular.
2. El que pertenece a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional del Perú.
3. El funcionario público. De presentarse cualquiera de estas circunstancias, con posterioridad al nombramiento o designación del juez de paz, se procederá a la separación del cargo.

Artículo 3. Incompatibilidades. Existe incompatibilidad entre el cargo de juez de paz, por razón de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, y por matrimonio o unión de hecho:

1. Con los jueces superiores del distrito judicial.
2. Con el juez especializado o mixto de la provincia en donde se ubique el juzgado de paz.
3. Con el juez de paz letrado del distrito.
4. Con el juez de paz de otra nominación del mismo centro poblado o localidad.

De verificarse cualquiera de estas circunstancias, con posterioridad al nombramiento o designación del juez de paz, se procederá a la separación del cargo por la Corte Superior respectiva.

decisión del juez de paz son plenos, y la ley permite la ejecución forzada de actas de conciliación y sentencias ante el mismo juzgado de paz donde se suscribió dicha acta o el que dictó sentencia, pudiendo contar con el apoyo de la Policía Nacional del Perú. Eduardo Castillo Claudett (2011), en relación a los resultados expresa lo siguiente:

En resumen, el panorama de los medios alternativos de resolución de conflictos en el Perú parece enfrentar aún muchas dificultades, siendo evidente que su regulación no ha permitido alcanzar, hasta el momento, la finalidad por la que fueron promovidos desde la década anterior, como es desconcentrar, descongestionar y hacer más ágil la administración de justicia. Las críticas a la manera en que se ha venido utilizando la conciliación en el ámbito judicial, por ejemplo, son una evidencia de la falta de una orientación clara sobre cómo aplicarla e implementarla, más allá de la capacitación de los jueces y fiscales en el manejo de los mismos.

Este problema, que se extiende también al ámbito de la conciliación extrajudicial, parece indicar la necesidad de que el Estado diseñe y aplique una política clara sobre el tema, que apunte a una mayor difusión sobre el uso de los MARC entre la población, a una capacitación de calidad de árbitros y conciliadores, a la implementación de sistemas de monitoreo que garanticen el respeto de los terceros hacia la voluntad de las partes y, en general, a una mayor participación de la sociedad civil en el proceso de consolidación de estos mecanismos.

## Los retos

Desde los inicios de la década de los 90, el Estado colombiano ha venido promoviendo e impulsando formas ágiles de acceder a la justicia, que sean satisfactorias para los ciudadanos y que, de paso, contribuyan con la descongestión judicial y, por qué no decirlo, generar en las comunidades la "cultura de paz", el fortalecimiento de la democracia y la contribución en la implementación del Estado social de derecho. Por fortuna los diferentes sectores de la sociedad han sido receptivos y se han involucrado con el tema destacándose por ejemplo las facultades de derecho de las universidades que, además de constituir centros de conciliación, han incluido en sus planes de estudios cátedras como Teoría del conflicto, Mecanismos alternos de solución de conflictos, Teoría de la conciliación, Arbitraje nacional e internacional, entre otras, lo cual contribuye significativamente en la formación de un abogado diferente, más conciliador y menos pleitómano, lo que conduce a reducir la excesiva saturación de la rama judicial y, de paso, posibilitar en el ciudadano el manejo de su conflicto, con lo cual se favorece de manera positiva la reconstrucción del tejido social:

Los efectos de los MARC que se enseñan y aplican en el ámbito educativo (escuelas y Universidades) no han sido todavía bien evaluados. Pero al día de hoy, son muchos los autores que -participando de diversas experiencias y programas

(MISP de New Mexico Center for Dispute Resolution; Mediation Project de la NAME; Programa de Iniciativas Escolares de San Francisco (EEUU); Programa de Educación de Ontario (Canadá); Programa de Mediación Escolar de Buenos Aires (Argentina)- están de acuerdo en afirmar que los efectos de la mediación y del resto de los MARC que se enseñan y se practican en las escuelas y universidades se extienden como un “virus de paz” a través de las sociedades, haciendo que la comunidad en conjunto disfrute de sus beneficios (Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, 2001, p. 15).

En Colombia son muchos los esfuerzos que se vienen haciendo desde el año de 1991, cuando a partir de la Ley 23 del mismo año, se implementó la conciliación en todas las áreas del derecho, se crearon los centros de conciliación y arbitraje y la figura de la conciliación en equidad. Y digo avance significativo porque hasta ese momento era imposible pensar en que particulares sin ninguna calificación especial, tuvieran la potestad de avalar con su firma actas de conciliación con efectos jurídicos de cosa juzgada y mérito ejecutivo, hecho este que fue refrendado con la Constitución del 91 y, para reforzar el tema, abundante legislación y jurisprudencia ha sido expedida desde entonces.

La implementación de la Constitución Política de Colombia y el nuevo sistema penal acusatorio mediante la Ley 906 de 2004, Ley 1098 del 2006 el nuevo Código de Infancia y Adolescencia sumados a otras disposiciones legales, han permitido una importante ampliación de la oferta de mecanismos alternativos al sistema penal retributivo, impulsada como parte de una política nacional orientada al restablecimiento de los derechos de las víctimas y a la generación de alternativas a la judicialización de los conflictos, sumado esto al acompañamiento de una institucionalidad sólida, representada en la creación de nuevas figuras y servicios que deben estar acordes con los planteamientos y requerimientos del nuevo paradigma restaurativo que se viene planteando en los últimos tiempos (Bonilla, 2014, p. 1).

Todo lo anterior, sin duda genera retos para la administración de justicia, la cual está obligada a mejorar la prestación de sus servicios, a modernizarse y a adecuarse a las nuevas exigencias de la sociedad, la que demanda respuestas al aumento de la criminalidad y la litigiosidad; por lo tanto, es necesario que desde la misma administración de justicia se establezcan políticas claras de prevención del conflicto, de educación a los ciudadanos en el manejo de sus diferencias de manera diferente al proceso judicial, entender que la justicia alternativa y comunitaria no es contradictoria del sistema de justicia, por el contrario, es parte integrante del mismo. En el ámbito educativo, debe sembrarse la semilla de una educación para la paz, de los derechos de los ciudadanos, del manejo del conflicto y las formas de transformarlo.

Muchos gobiernos han reconocido los beneficios de los MASC y los han acogido en sus diferentes formas como medio de mejorar y reformar sus sistemas judiciales, en algunos de ellos la conciliación forma parte del sistema judicial, en tanto que, en otros como en Colombia, la conciliación es obligatoria para

iniciar el trámite judicial, hace parte del proceso judicial, es administrativa y en equidad, lo que implica que cuenta con abundante legislación. El resultado en casi todos los países ha sido bastante bueno, pues estos mecanismos se han constitucionalizado:

Del estudio de la doctrina, de las legislaciones y de las propuestas programáticas e institucionales de los diferentes países que los contemplan, se observa que los MARC vienen siendo propuestos y promovidos como una opción institucional de acceso y mejoramiento de la justicia. Desde su consideración en el ámbito constitucional y/o siendo el objeto de leyes específicas, los MARC constituyen de más en más un aporte estructural relevante y marcan una orientación revalorizante de la función social de la justicia como garantía de la convivencia pacífica. (Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, 2001, p. 2).

No obstante, se hace necesario prever unas condiciones para que alcancen un mayor desarrollo, pues la justicia ordinaria sigue teniendo una gran incidencia en la solución de los conflictos:

Como queda evidenciado con este elemental derrotero, una y otra especialidades son complementarias, si bien a los jueces ordinarios, en todos sus niveles, se les ha dispensado la responsabilidad de revisar, en algunos casos, las decisiones de aquellas personas investidas transitoriamente de facultades para administrar justicia, y en otros, la de ejecutar las decisiones de aquellos para que no se queden sobre el papel, sino que cumplan su verdadera finalidad que es, a la postre, la satisfacción de un derecho individual. (Cámara de Comercio de Pereira, 2014).

De modo que los MASC, deben constituirse en apoyo y colaboración para la justicia ordinaria, toda vez que son muchos los asuntos que el legislador dispuso para ser de su conocimiento y, además, porque es incuestionable su contribución al logro de la restauración del tejido social, por ello se hace necesario incluir un elemento pedagógico que posibilite el reconocimiento y legitimación de experiencias vividas en las comunidades que resultaron positivas para el manejo del conflicto.

No obstante, se hace necesario seguir insistiendo en que el establecimiento de los MASC, requiere tener unas condiciones necesarias mínimas, entre las cuales cabe destacar las que a continuación se exponen.

Una sólida formación de los jueces. Esta formación no solo exige conocimientos jurídicos, hace referencia más bien a la transformación de los conflictos, la cual se materializa en un proceso que requiere del manejo de diversas estrategias a partir de la apertura de espacios como el diálogo y la concertación, en los cuales esté involucrada la confianza y la autoestima como elementos esenciales de transformación social.

La difusión masiva de los MASC, acerca de qué son, forma de acceder a ellos, quiénes están facultados, y las ventajas de utilizarlos. Si bien está difusión

debe estar en cabeza del Estado, también es cierto que los jueces, como garantes de la administración de justicia, personas respetadas y respetables, imparciales e independientes, están llamados a ser los primeros en publicitarlos. El juez es una persona muy representativa en la sociedad, de lo que resulta ser el mejor vocero de los MASC.

El desarrollo de una cultura del diálogo y el consenso. Esta se debe dar desde los niveles básicos de la educación, hasta la inclusión de materias específicas en los planes de estudio de las facultades y programas de derecho, enseñar estrategias que posibiliten el manejo adecuado de las conductas agresivas que se generan al momento de realizar procesos de transformación de conflictos.

Superar el paradigma de la formación procesalista de los abogados. Entender que con la aplicación de los MASC muchas veces se va en contravía de la formación, experiencia y cultura profesional de los abogados, según la cual, las partes son adversarios y los conflictos se pueden resolver mediante la aplicación de la norma que establezca que solo a uno de ellos le asiste la razón, mientras que el otro carece de ella, esta postura ahonda el conflicto e incide directamente en los resultados.

La creación de una línea de trabajo que articule al Ministerio de Justicia, como organismo rector en materia de los MASC, con el Consejo Superior de la Judicatura, a fin de realizar procesos de capacitación, investigaciones, convenios, sistematizaciones, entre otros con el fin de fortalecer la utilización de los MASC a nivel nacional.

Adviértase cómo los avances alcanzados en el país del norte en relación al tema, han posibilitado que “la Universidad de Harvard se ha ocupado en la formación del pensamiento profesional de los procedimientos y la aplicación de técnicas para la resolución de conflictos, los cuales van desde los presentados entre estados a nivel de amenaza de conflicto internacional, pasado por los institucionales e interempresariales, hasta llegar a las técnicas de solución, respecto de los más variados temas individuales” (Fisher, Wry & Patton, 1996). La jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha hecho pronunciamientos sobre el tema, de la siguiente manera:

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no representan una desconfianza hacia la justicia estatal formal, sino un reconocimiento de que procedimientos menos formales y alternativas de justicia autocompositiva complementan las opciones a las cuales pueden acudir las personas para resolver sus disputas. Por ello, mecanismos como la mediación y la conciliación, más que medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos. (Corte Constitucional, 2013)



Obsérvese cómo, según la Sentencia C-037 de 1996, al efectuar el control de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la facultó para regular los aspectos sustanciales y procedimentales de estos instrumentos jurídicos, sin perjuicio de que los particulares, en aquellos casos “no previstos por el legislador, puedan fijar sus propias reglas para el ejercicio de su labor de impartir justicia, siempre y cuando se ajusten a los parámetros establecidos en la Constitución y en la ley”. En relación con este punto conviene citar el siguiente aparte del fallo en cuestión:

En conclusión, las formas alternativas de resolver conflictos pueden ser reguladas por la ley, de acuerdo con los lineamientos constitucionales. A través de ellas, no sólo no se desconoce el artículo 116 superior, sino que se interpretan y se desarrollan los principios y valores que regulan a toda la Constitución, como es la búsqueda de la paz, la convivencia y el orden justo. (Corte Constitucional, 1996) (subrayas fuera del original).

Finalmente, cabe precisar que cuando la Carta Política facultó al Congreso para regular los aspectos atinentes a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, también le confirió una libertad de regulación que aquella potestad implica, de modo que el legislador es libre de establecer, dentro de los parámetros que le impone el Ordenamiento Superior, los requisitos, las exigencias y, en general, las características sustanciales a este tipo de mecanismos de administración de justicia.

## Referencias

- Aylwin, P. (1982). *El juicio arbitral*. Recuperado de: [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/139004/El\\_juicio\\_arbitral.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/139004/El_juicio_arbitral.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Bonilla, D. (s.f.). *Mecanismos alternativos y alternos de solución de conflictos como justicia restaurativa y nuevo sistema informal de justicia que apuesta por la pluralidad o la controversia jurídica dentro del marco constitucional*. Recuperado de: <http://www.voicesofyouth.org/es/posts/mecanismos-alternativos-de-solucion-de-conflictos>
- Cámara de Comercio de Pereira. (s.f.). *El rol de la jurisdicción permanente frente a los mecanismos alternos de solución de conflictos*. Recuperado de: <http://camarapereira.org.co/pge/dominios/ccp/upload/contents/File/EL%20ROL%20DE%20LA%20JURISDICCION%20PERMANENTE%20FRENTE%20A%20LOS%20MECANISMOS%20%20ALTERNOS%20DE%20SOLUCION%20DE%20CONFLICTOS.pdf>
- Congreso de la República del Perú (2016). *Ley 26572*. Recuperado de: <http://www.justiciaviva.org.pe/normas/nac01.pdf>

- Congreso de la República del Perú. (2012). *Ley 29824*. Recuperado de: <http://busquedas.elperuano.com.pe/normaslegales/ley-de-la-justicia-de-paz-ley-n-29824-736089-1/>
- Congreso de la República. (2001). Ley 640 por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial 44303 de 24 de enero*.
- Congreso de la República. (2012). Ley 1563 por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial 48489 de 12 de julio*.
- Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. (2001). *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en los sistemas de justicia de los países americanos*. Recuperado de: <https://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/docs/cp09044s04.doc>
- Constitución Política de la República de Costa Rica. (1949).
- Corte Constitucional. (1995). Sentencia C 536 del 23 de noviembre. M.P. Naranjo, V.
- Corte Constitucional. (1996). Sentencia C 037 del 5 de febrero. M.P. Naranjo, V.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C 1195 del 15 de noviembre. M.P. Cepeda, M. y Monroy, M.
- Corte Constitucional. (2013). Sentencia C 222 del 17 de abril. MP. Calle, M.
- Fisher, R.; Wry, W. y Patton, B. (1996). *Si... ¡De Acuerdo!* Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Gamboa, F. (1920). *Suprema Ley*. México: Eusebio Gómez de la Puente Editor.
- Hernández, L. (2014). Inconstitucionalidad de algunas normas sobre materia conciliable por violar el derecho de acceso a la administración de justicia y autonomía privada. *Opinión Jurídica*, 13 (25), pp.155 – 173. Sello Editorial Universidad De Medellín.
- Legislatura del Estado de Mexico. (2010). *Ley 251*. Recuperado de: <file:///C:/Users/Oficina/Downloads/LEY%20DE%20MEDIACI%C3%93N,%20CONCILIACI%C3%93N%20Y%20PROMOCI%C3%93N%20DE%20LA%20PAZ%20SOCIAL%20DEL%20ESTADO%20DE%20M%C3%89XICO.pdf>
- Lezcano, M. (2016). *La Justicia de todos*. Medellín: DIKE.
- Ministerio del Interior y de Justicia. (2007). *Guía Institucional de Conciliación en administrativo*. Bogotá: Kronos impresores y Cía.

# El proceso entre las cuerdas<sup>1</sup>

*María del Socorro Rueda Fonseca<sup>2</sup>*

## Resumen

En el presente capítulo se hace un análisis comparado del sistema oral y escrito de la jurisdicción ordinaria colombiana detectando los defectos del litigio civil. Las reformas judiciales que han previsto reducir los niveles de congestión no cumplen sus objetivos dado que abundan trámites judiciales que lo hacen dispendioso y lo caracterizan de lentos en su desarrollo. Se deja en claro cuáles son los motivos que evidencian las problemáticas pendientes de resolver.

**Palabras claves:** pirámide de la litigiosidad, estadísticas de descongestión, inventario de procesos civiles, comparativo sistema oral y escrito, especialidad civil, inventarios orden laboral, contencioso administrativo, defectos del litigio civil.

---

<sup>1</sup> Capítulo de libro resultado del trabajo de grado de maestría en derecho internacional titulada *Internacionalización empresarial y nuevo sistema de fuentes del derecho internacional privado* realizada entre 2014 y 2015.

<sup>2</sup> Abogada de la Universidad de los Andes, profesora asociada en la misma universidad. Doctora en derecho de la Universidad de Zaragoza. Es investigadora; destaca dentro de sus obras colectivas el libro *Derecho procesal civil*, coedición de editorial Temis y Biblioteca Jurídica Uniandina (Bogotá, 2009). Texto electrónico de *hipertexto de derecho procesal*, coordinado por ella, (Bogotá, 2008). Publicó el libro *Fundamentos de derecho procesal*, Señal Editora, 2009. También de su autoría el libro *Reparación de perjuicios en el vínculo matrimonial*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2011, autora y codirectora del libro *Análisis actual de la jurisprudencia procesal y de las reformas judiciales*, Biblioteca Jurídica Uniandina y Temis (Bogotá, 2013) y el libro *Desistimiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2015. Directora de la publicación virtual *Correo Judicial* de la Universidad de los Andes.  
CVLAC: [http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0000162230](http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000162230) marueda@uniandes.edu.co

## The process between the strings

### Abstract

In this chapter a comparative analysis is made of the oral and written system of the Colombian ordinary jurisdiction detecting the defects of civil litigation. The judicial reforms that have planned to reduce the levels of congestion do not fulfill their objectives since there are many judicial procedures that make it expensive and characterize them as slow in their development. It is made clear what the reasons for the outstanding issues are.

**Key words:** Litigation pyramid, decongestion statistics, civil proceedings inventory, comparative oral and written system, civil specialty, labor order inventories, administrative litigation, civil litigation defects.

## O processo entre as cordas

### Resumo

Neste capítulo uma análise comparativa do sistema oral e escrita de análise de jurisdição detecção de defeitos colombianos comuns contencioso cível é feito. reformas judiciais são planejadas para reduzir os níveis de congestionamento não cumprir seus objetivos, porque abundam os procedimentos legais que fazem um desperdício e caracterizam lento em seu desenvolvimento. Ele deixa claro quais são as razões que demonstram as questões pendentes para resolver.

**Palavras – chave:** Pirâmide de litígios, estatísticas descongestionamento, civis inventário, processos do sistema orais e escritas comparativos, especialidade cível, trabalhista estoques, contencioso administrativo, defeitos de contencioso civil.

## Introducción

La actualización del proceso civil en Colombia hacia la órbita de la oralidad es una de las políticas relevantes de las reformas judiciales de la última década. Se ha venido pensando que transformando el proceso hacia este modelo genera mayor proyección en la solución de conflictos. No obstante este interés, los guarismos estadísticos del estándar de eficiencia del proceso acogen un temprano freno a su transformación. En este escrito se pretende exponer la deformidad que afronta el proceso civil que podrá evidenciarse con los datos estadísticos de las reformas procesales en el orden ordinario (especialidad civil, comercial y familia). En vista de las deficiencias que acusan al sistema se plantearán diversos escenarios para acortar el tiempo del proceso. Como se ha expresado, el esquema del proceso y sus diversas fases podría ser sujeto de variaciones que a futuro asegurarían la agilidad en respuesta del Estado ante la demanda de justicia.

Para asegurar la presentación y su cabal desarrollo, en primer lugar se expondrán los resultados de algunas de las encuestas significativas de apoyo para así generar una percepción realista de las dimensiones que expone el proceso civil. Seguidamente, nos aproximaremos a desarrollar en detalle lo que bastará para afirmar el intrincado mundo de la justicia civil que amaña en disipar la solución mediata que encarnan las reformas. Finalmente, se planteará una hipótesis abierta de cómo mejorar los tiempos del proceso que aseguren una salida victoriosa para quienes acuden a resolver los conflictos por el mecanismo de la heterocomposición.

## Lo que dicen las encuestas

La población colombiana presenta un cúmulo de necesidades jurídicas por satisfacer con las diferentes opciones que acogen la solución de los conflictos. En los últimos cuatro años se evidencia que dos de cada cinco personas que viven en espacios urbanos tienen una necesidad jurídica declarada, son mayores las necesidades en la población en extrema pobreza y las que tienen situaciones de discapacidad. Hay diferentes niveles de conflictividad dependiendo de las características de los diferentes grupos mencionados y, por supuesto, el grado de afectación también es distinto. Por ejemplo, la mitad de los conflictos tienen alta afectación, y solo un quinto es de baja afectación; esto conlleva a agrupar los conflictos en distintos niveles, los de mayor afectación comprometen la calidad de vida y ameritan la presencia del Estado o de algún mecanismo para solucionar el conflicto (Cámara de Comercio de Bogotá et al., 2013, p. 3).

Los diferentes caminos que se acogen para solucionar las necesidades por satisfacer (8.1 millones de necesidades declaradas) en detalle y antes

de iniciar un proceso, son variadas y pocas relacionadas con el ámbito jurídico, los datos señalan que los afectados tienen mayor potencial de solucionar conflictos que el mismo Estado mediante sus autoridades judiciales. Se logra arreglo directo en 2.1 millones de necesidades declaradas, 3.4 millones de necesidades son disuadidas, quedando para el sistema judicial 2.5 millones de casos en un año, de los cuales el 3% las conforman demandas denegadas y rechazadas (esto representa 128 mil casos). Al final de todo el *iter* del proceso quedan resueltos 1.2 millones de casos y otro tanto igual sin resolver (Cámara de Comercio de Bogotá et al., 2013, p. 9).

Desde el punto de las necesidades jurídicas insatisfechas, los principales obstáculos que impiden el acceso a la justicia, se evidencia que gran parte de las dificultades se plantean en la orientación jurídica, o en la decepción que tienen los posibles usuarios en el desempeño de las autoridades administrativas, los particulares o terceros, y hacen también manifiesta la mora en los procesos judiciales. Estos tres elementos inciden en la manera de solucionar los problemas o conflictos de antemano antes de judicializarlos. Resalto el último: la mora judicial. Las autoridades judiciales toman demasiado tiempo en lograr la solución de los conflictos que se ponen en su consideración, no obstante los ingentes esfuerzos por descongestionarla (El Tiempo, 2013). Hay que buscar las causas de tantos atrasos.

No se pretende desmoralizar y reparar negativamente ante el quehacer de la actividad judicial, lo que se pretende es tratar de visualizar en dónde se ubican las distintas problemáticas y cuestionar las fórmulas de solución que aportan las reformas judiciales.

Rebobinemos, antes de darse inicio a un proceso y observemos por un momento lo que antecede a las soluciones judiciales tardías, de 8.1 millones de necesidades jurídicas detectadas en el año 2013, en la escala de la pirámide de la litigiosidad en orden ascendente, se puede observar en el caso colombiano que 2.1 millones de necesidades se solucionan por la vía del arreglo directo, esto es relevante, e indica que la población en general manifiesta un deseo inmediato por resolver sus conflictos. Esta cifra representa casi el mismo número de asuntos que se demanda ante la justicia ordinaria (2.5 millones de casos). Antes de iniciar el proceso judicial hay 3.4 millones de necesidades disuadidas, entre sus razones, por costos del litigio, por utilizar el mecanismo de conciliación, porque no desea demandar o por desprestigio de las autoridades judiciales. Esta última cifra es amplísima y demuestra que gran parte de los asuntos que requieren una solución son reabsorbidos por la sociedad mediante distintas formas de autotutela o mecanismos autocompositivos aún sin detectar. En el ámbito judicial los jueces logran anualmente resolver 1.1 millones de asuntos y otro tanto queda en la zona de procesos sin resultado o de procesos incumplidos, esto demuestra el bajo potencial de soluciones de los conflictos por este mecanismo heterocompositivo.

Por otra parte, para señalar casos concretos de potencial de soluciones a las necesidades jurídicas declaradas, las empresas son un ejemplo destacable<sup>3</sup> (Cámara de Comercio de Bogotá et al., 2013, 13). Los asuntos sujetos a conflictos se dividen en su tipología en asuntos penales por hurto (51,1%), estafa (17,8%), instalación y desinstalación de servicios públicos (10%), discusión entre derechos de socios o dueños (5,4%) y convivencia con vecinos de la sociedad (3,7%). El mecanismo que prefieren los empresarios para resolver sus necesidades es la negociación directa en un 72,6% y tan solo 2,6% prefieren acudir al proceso judicial. Quiere decir que resulta más adecuado solucionar los conflictos de manera directa. Ahora bien, la fortaleza que tienen estos sujetos societarios en el ámbito civil y comercial es poderosa, generalmente acuden a reclamar sus derechos ante los jueces cuando provienen de recomendaciones de asesores o porque tienen la autoridad y conocimiento de resolver el conflicto. Esto implica que estas partes del proceso son sujetos versados y tienen dominio del conocimiento jurídico del campo que demandan (Cámara de Comercio de Bogotá et al., 2013, p. 14).

Algo atípico que sucede en Colombia es que los datos consolidados de los tiempos de duración del proceso varían dependiendo de la autoridad que se contrata. Por ejemplo, la Corporación Excelencia de la Justicia planteó que los tiempos procesales de los procesos ordinarios, abreviados y especiales (muestra de 50 casos, 2015) se ordenaron en los 644 días. Un estudio de AAIC 2011 en la medición que se hizo en diez ciudades (con una muestra entre 400 y 614 casos) determinó que un proceso civil de única instancia tiene una duración de 562,1 días, primera instancia 613,5 días, segunda instancia 1.712,3 días, el promedio general en los jueces de familia son de 433,7. El proceso laboral (modalidad oral) 631,1 días. Otra encuesta aplicada en el 2008 consideró que la duración del proceso promediaba los 1.405,94 días. Para el 2015, la encuesta elaborada por el Consejo Superior de la Judicatura arroja los siguientes datos: proceso civil de menor cuantía (zona andina) en los que participa una persona natural, 4.146 días; proceso civil de menor cuantía (zona pacífica) en los que participa una persona natural, 1.602 días; proceso civil de menor cuantía (zona pacífica) en los que participa una entidad financiera, 1.746 días; proceso civil de mínima cuantía (zona norte) en los que participa una persona natural, 2.566 días; proceso de familia de menor cuantía (zona oriente) en los que participa una entidad financiera, 1.817 días. En general la duración de la primera instancia va desde un máximo de 4.164 días hasta 1.599 días en la especialidad civil. Es un récord negativo importante, cuando la exigencia legal es que su duración sea de un año la primera instancia y de seis meses la segunda instancia.

Otro elemento que ha de tenerse en cuenta es el comportamiento anual del inventario de casos de toda la justicia en Colombia (tabla 1):

---

<sup>3</sup>Las empresas encuestadas fueron 1.103 (sociedades anónimas).

**Tabla 1.** Comportamiento anual del inventario de casos en Colombia

Años y número de procesos del inventario final	
2008..... 3.181.703	2009.....2.916.748
2010.....2.655.892	2011.....2.491.714
2012.....2.309.372	2013.....1.931.958
2014.....1.698.233	2015 .....1.634.703

**Fuente:** Consejo Superior de la Judicatura, 2015.

Esto demuestra que los esfuerzos en la descongestión han sido importantes, pero se critica su efectividad, en cuanto se esperaba una reducción más drástica basado en los esfuerzos económicos que se introdujeron (El Tiempo, 2016).

Estos datos demuestran que el nivel de evacuación de procesos es bajo en la jurisdicción civil y que el potencial de arreglos directos es amplio, mitigando en la pirámide de la litigiosidad de las soluciones de las necesidades insatisfechas.

### **Comparativo del sistema oral y escrito en la jurisdicción ordinaria (especialidad civil), 2015**

Paradójicamente, el sistema escrito frente al oral ha venido siendo más efectivo en la evacuación de procesos en los últimos años. Esto resulta un dato importante frente a las falencias que originaron las reformas procesales que se adentra en el campo de la oralidad. Todos estos datos tienen diversas explicaciones. En el ámbito penal la oralidad está sujeta al recurrente aplazamiento de audiencias que afectan la finalización de los procesos; los departamentos con mayor porcentaje de aplazo de audiencias son Bolívar y San Andrés con 76% de 100.000 audiencias programadas; Caquetá con 84% de audiencias canceladas de casi 120.000 audiencias programadas; en Caldas el aplazamiento es del 30% de 4.000 audiencias. Sobre el particular se ha dicho que “será necesario revisar la pertinencia de la oralidad en algunas actuaciones, pues aun cuando las reformas procesales —tanto la penal como la civil y la administrativa— han puesto sobre ella las expectativas de lograr una mayor eficiencia en el proceso, lo cierto es que el trámite oral puede ser incluso más demorado y costoso que el escrito” (Corporación Excelencia de la Justicia [2016]). El sistema oral penal desde el 2008 hasta el 2010 fue decreciente, posteriormente el comportamiento de su inventario final ha venido en incremento, año tras año (Consejo Superior de la Judicatura, 2016a, p. 160).



Para el 2015 se incrementaron los inventarios en 1.807 procesos comparados con el año 2008 (Consejo Superior de la Judicatura, 2016a, p. 161). El promedio de procesos pendientes por decidir asciende a 431.000, la constante de la demanda de justicia en el sector penal es amplia y creciente, el represamiento es del 10,5% anual y para el 2015 su represamiento es del 14,5% (Consejo Superior de la Judicatura, 2016a, p. 162). El 97% de procesos corresponden a su especialidad y el 3% a decisiones pendientes de acciones de tutela Consejo Superior de la Judicatura, 2016a, p. 163).

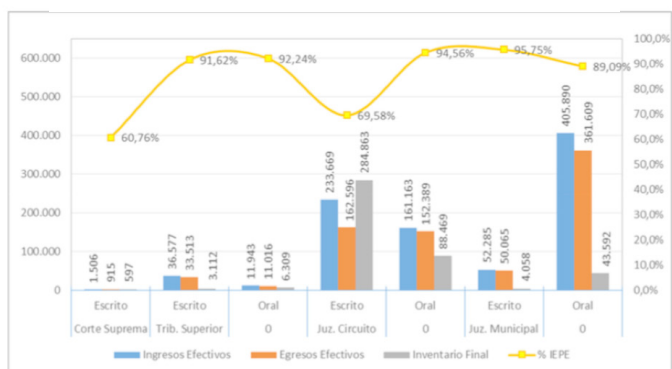
Veamos la gráfica 1, para comprobar su permanencia en congestión e inventarios finales.



Fuente: Consejo Superior de la Judicatura – UDAE – SIERJU. Fecha de corte de la información año 2015: Febrero 10 de 2016. Incluye información de despachos permanentes y de descongestión en toda la especialidad.

### Gráfica 1. Comportamiento anual del inventario final especialidad penal.

La gráfica 2 expone la distribución de procesos dependiendo del sistema procesal en el orden civil, denota que aún no se ha impactado la Sala Civil de Corte Suprema de Justicia con los procesos orales; en la Sala laboral hay 11.877 (inventario final 2015) y en el Consejo de Estado 19.579 (inventario final 2015), Tribunal contencioso administrativo, 60.233 procesos en el inventario final 2015 y en juzgados administrativos 138.219 procesos en el inventario final 2015 (Consejo Superior de la Judicatura, 2016b, 139), ya se resiente la acumulación de procesos pendientes de decidir en las altas cortes y juzgados inferiores.



Fuente: Consejo Superior de la Judicatura – UDAE – SJERJU. Fecha de corte de la información año 2015: febrero 10 de 2016. Incluye información de despachos permanentes y de descongestión

**Gráfica 2.** Distribución de procesos según competencia y sistema procesal

Observando otras variables de análisis de la justicia relacionadas con los costos de los procesos (en los que se incorporan todos los rubros para su sostenimiento administrativo y de pagos y prestaciones sociales), analizamos en primer lugar, que los costos de las salas de la Corte Suprema de Justicia ascendieron en el 2015 a la cifra de \$ 53.891.967.504,3 (equivalente a 17.963.989 Euros anuales). A la Sala Civil entre el período de enero a diciembre del 2015 ingresaron 7.094 casos, egresaron 6.228 procesos. La mayoría de asuntos que resuelve esta Sala Civil de la Corte son acciones de tutela -5.916 ingresaron en el año 2015- (Consejo Superior de la Judicatura, 2016b). Los demás casos relacionados con su competencia funcional redundan en declarar la inadmisión y rechazo de las demandas de casación<sup>4</sup>. Esta corporación mantiene un récord de denegación de acceso al estudio de casar o no las sentencias. De manera generalizada rechaza las demandas de casación, cuestión que es necesario investigar. El nivel de integración de esta Corte al sistema judicial es mínimo, dado que su jurisprudencia redunda en temas de orden de gestión de inadmisión y rechazo de las causales de casación, son pocas las ocasiones que cumple con su objeto misional. Estas posibilidades cierran de alguna forma el impacto y trascendencia de su jurisprudencia sobre el ordenamiento jurídico. Resultan ser más profundas sus decisiones en los temas de tutela y derechos fundamentales. En últimas, se puede afirmar que la justicia que se imparte en Colombia con mayor efectividad, y dada la trascendencia que le ha dado la Corte al inadmitir las demandas de casación, es a las salas civiles de los Tribunales Superiores o los juzgados civiles de circuito, dado el sistema negatorio de demandas de casación.

<sup>4</sup> Esta tipología de autos bagatela se propiciaron desde la sentencia de constitucionalidad proferida por la Corte Constitucional, Sentencia C-713 de julio 15 del 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sin duda estas cuestiones estadísticas generarán dentro del sistema judicial un cambio a corto plazo de la dinámica de los recursos que se tramitan ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Veamos más datos estilizados para describir y comprender un poco más los guarismos de la gráfica anterior y seguir desarrollando argumentos alrededor de los demás despachos judiciales y su grado de eficiencia. Estos son los resultados de ingresos de procesos en el año 2015 de los siguientes despachos judiciales:

Como se puede ver en la tabla 2, a los tribunales superiores (Sala Civil) ingresaron 22.987 procesos y egresaron 20.385. En promedio por mes ingresan 1.068 procesos y 923 acciones de tutela. A los juzgados civiles de circuito le ingresaron 235.819, reciben un promedio mensual de 15.131 procesos y por tutela 9.311. Los juzgados civiles municipales tuvieron un ingreso de 451.966 casos y mensualmente ingresaron 39.713 procesos y 7.730 tutelas.

**Tabla 2.** Promedio de ingresos y egresos de tutelas

Datos consolidados de bienes inventariados en la especialidad civil-familia	Ingresos efectivos	Egresos efectivos	Ingresos promedio mensual de procesos	Ingresos promedio mensual de tutelas	Egresos promedio mensual de procesos	Egresos promedio mensual de tutelas	Inventario final
Sala Civil Corte Suprema de Justicia	7094	6228	90 Al año 1.080	493 Al año 5.916	59 Al año 708	453 Al año 5.436	627
Sala Civil Tribunal Superior	22.987	20.385	1.068 Al año 12.816	923 Al año 11.076	905 Al año 10.860	848 Al año 10.176	3.409
Juzgados civiles del circuito	235.971	178.607	15.131 Al año 181.572	9.311 Al año 111.732	7.188 Al año 86.256	8.559 Al año 103.188	111.388
Juzgados civiles municipales	451.966	316.875	39.713 Al año 476.556	7.730 Al año 92.760	21.420 Al año 257.040	7.254 Al año 87.048	289.662
Sala Familia Tribunal Superior	6.779	5.932	283 Al año 3.396	284 3.408	229 2.748	8771 105.252	917
Juzgados de familia	199.281	146.748	14.673 Al año 176.076	4.317 Al año 51.804	267 Al año 3.204	3.936 Al año 47.232	90.286

De acuerdo con la Encuesta de Necesidades Insatisfechas, este caudal de asuntos representa tan solo el 20% de las necesidades declaradas que llegan al sistema judicial. Lo que preocupa es que gran parte de los asuntos se están resolviendo por vía de la acción de tutela, que llevaría a pensar que acapararía más del cincuenta por ciento de la carga de los jueces. Sin embargo, los datos de la carga de los jueces para el año 2015 no precisa esa hipótesis. La carga media de los jueces en el orden civil acapara el 64,3% en los procesos ejecutivos, le siguen los declarativos con un 15,7%, la tutela con 14,5% y asuntos varios un 5,5%. En el área del derecho de familia la carga de los jueces se distribuye en 33,8% en procesos verbales, de jurisdicción voluntaria 15%, procesos de liquidación 10,1, tutelas 15,3% y asuntos varios 25,8% (Consejo Superior de la Judicatura, 2016c, p. 50)

De manera general, observando la composición media de la carga cruzada con los datos consolidados del movimiento de procesos en el 2015, podemos destacar que hay grupos de jueces más recargados de trabajo que otros. Si observamos los datos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, de lejos se nota que su carga está casi centrada en decidir asuntos de tutela. En el caso del Tribunal en la Sala civil la situación es dramática, en promedio el cincuenta por ciento de su carga se centra en resolver asuntos de tutela. Los demás despachos judiciales centran su carga en un porcentaje más bajo en asuntos relacionados con la tutela. Esto implica rápidamente un rasgo de la justicia colombiana, que los casos confiados al sistema judicial generan una sobrecarga a los jueces perdiendo su foco y finalidad para la que fueron creados. Es imperante una adecuación del organigrama judicial de cara a decidir los asuntos tutelables, y un llamado de atención al Estado por la reiterada violación de derechos fundamentales que en la mayoría de los casos se refieren a derechos a la salud, pensión y fallas de las instituciones del Estado. La carga de trabajo de los jueces en su producción no es uniforme (Consejo Superior de la Judicatura, 2016c, p. 25), desde el punto de vista de la competencia funcional, cada juez tiene cargas distintas, de allí que no sea heterogénea la carga, se distingue más bien que en todos coincidan de una manera importante los asuntos de tutela, dado que son transversales y coinciden con la carga funcional, los casos de tutela rayan en cantidad con los asuntos típicos de su especialidad.

No obstante, ante una imperante necesidad de reforma del organigrama de la Rama Judicial para redistribuir las cargas de su despacho, nos resulta imperante analizar otro cúmulo de datos que recargan de ineficiencia la actividad judicial, nos referimos a los tiempos de duración de las etapas procesales y la excesiva posibilidad de situaciones para recurrir a las providencias judiciales.

Hasta hace algunos meses (hasta enero del 2016) regía el Código de Procedimiento Civil de 1970 con un número de reformas legislativas que terminaron en el año 2010 con la introducción de la oralidad en varias etapas del proceso.

Aún sigue rigiendo dicho código debido a las reglas de tránsito legislativo que hacen que su paso al Código General del Proceso sea paulatino para aquellos procesos que vienen del régimen anterior. La norma imperante en nuestro derecho procesal en las relaciones civiles, comerciales y de familia es la Ley 1564 del 2012, llamada Código General del Proceso (en adelante CGP). Varias normas del CGP venían rigiendo desde el año 2012<sup>5</sup> razón por la cual han permitido observar varios de los comportamientos de algunas de las etapas procesales, máxime cuando guarda relación con la última reforma del Código de Procedimiento Civil, Ley 1395 del 2010, que principió por incorporar la oralidad en varios de los procesos verbales y ejecutivos. Las cifras que arrojan las diversas etapas procesales del proceso verbal escrito-oral del Código de Procedimiento Civil nos dejan ver que además de la carga progresiva de trabajo de tutelas y asuntos de su especialidad se sumarán las deficiencias que tiene la incursión de la oralidad en el derecho procesal colombiano que hemos comparado de los jueces laborales, penales y contencioso administrativo.

Las estadísticas descritas que arroja la incursión de la oralidad en el sistema penal, laboral y contencioso administrativo no son las más acciosas para demostrar las bondades de la oralidad. Veamos más análisis de los datos (aunque no será exhaustiva su presentación dado el objetivo de verlas tangencialmente) de cómo se ha comportado la oralidad y con base en qué reformas se ha incorporado la oralidad, esto para brindar un elemento de temporalidad (tabla 3).

Se ingresó al sistema oral en el derecho laboral con la Ley 1149 del 2007. Los procesos laborales que están llegando a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expone el informe de estadística judicial, han venido creciendo en número a su conocimiento, en el año 2008 se conocían 4.006; en el 2009 llegaron 6.729 procesos, en el 2010 la cifra ascendió a 8.554; en el 2011, 9.491; 2012 la cifra fue de 12.604; en el 2013, 12.578, hubo un leve descenso; en el 2014 conoció de 16.137 procesos y en el 2015 descendió a 11.877. Se ha vuelto insostenible la implementación de la oralidad ante esta corporación, al punto que la rama legislativa promulgó la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia 1781 del 2016, artículo 2<sup>o</sup> en la que se implementan salas de descongestión para la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con el cuidado y advertencia que estos nuevos magistrados no estudiarán tutelas, ni recursos de revisión, ni apelaciones para calificar la suspensión o paro colectivo del trabajo, ni tampoco decidirá sobre conflictos de competencia, ni tendrán funciones administrativas, es decir, serán magistrados que atenderán la congestión judicial generada por la oralidad y asuntos de tutela de su conocimiento.

---

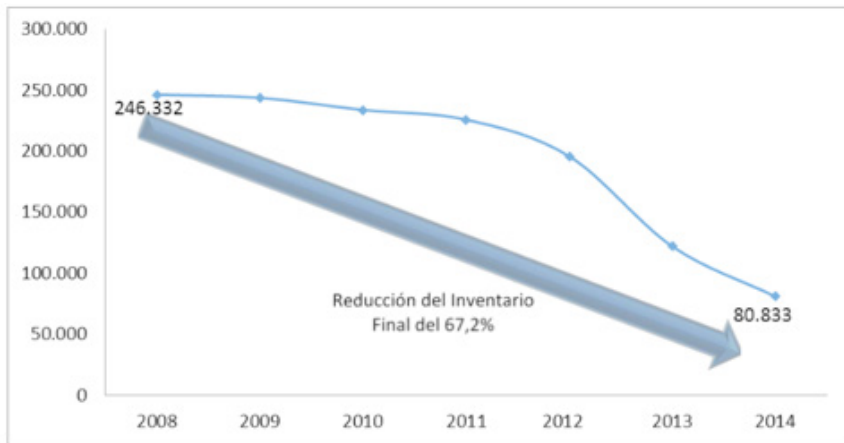
<sup>5</sup> Ver los artículos 625 a 627 Código General del Proceso colombiano.

**Tabla 3.** Datos consolidados de inventarios del orden laboral

Datos consolidados de bienes inventariados en la especialidad laboral	Ingresos efectivos	Egresos efectivos	Ingresos promedio mensual de procesos	Ingresos promedio mensual de tutelas	Egresos promedio mensual de procesos	Egresos promedio mensual de tutelas	Inventario final
Sala Laboral Corte Suprema de Justicia	6.282	4.829	230	320	120	303	11.877
Sala Laboral Tribunal Superior	52.589	43.006	3.261	1.250	2.470	1.198	22.170
Juzgados laborales del circuito	165.057	118.221	15.131	4.399	5.890	4.132	109.926
Juzgados municipales	3005	1.500	225	22	104	19	145.871

El panorama es desalentador, hay una alta probabilidad de que en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia a corto plazo se dispare la congestión de procesos como está ocurriendo en la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y además, como se anticipaba, pierda definitivamente su ruta y objeto funcional de orientar la jurisprudencia. Otro tanto sucederá con la Sala Laboral de los Tribunales y los juzgados menores.

Es mayor el número de tutelas presentadas ante la Sala Civil que de la Sala Laboral de la Corte, aunque el número de procesos es inferior con respecto a las demás salas, su bajo rendimiento hace sospechar además del grueso de asuntos de tutela para estudio, la implementación de la oralidad y visualización y escucha de audios de los distintos procesos que llegan a esta corporación. Paradójicamente los inventarios finales del orden contencioso administrativo en el sistema escritural han venido bajando (gráfica 3).



Fuente: Sistema de Información Estadística Judicial – SIERJU, 2014 – corte 26/01/2015  
Preparó: Consejo Superior de la Judicatura – Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico

**Gráfica 3.** Reducción del inventario de asuntos en el orden contencioso administrativo

De 246.382 casos en el año 2008 vino un descenso de 80.383 casos en el año 2014. Por el contrario, el sistema oral del contencioso administrativo ha venido en ascenso (gráfica 4).



Fuente: Sistema de Información Estadística Judicial – SIERJU, 2014 – corte 26/01/2015

**Gráfica 4.** Descenso del sistema oral del contencioso administrativo

Se ha dado un ascenso de un 75,4% de procesos cuyo represamiento se empezará a reflejar en las autoridades superiores. En el año 2015 en el sistema

escritural quedaron en el 2015 49.086 procesos. El número de casos que quedaron pendientes de decidir en el Consejo de Estado asciende a la suma de 13.693 procesos (sistema escritural) y 5.886 proceso en el sistema oral. El tribunal contencioso administrativo en el modelo escrito para 2015 su inventario final fue de 17.398 procesos y en el oral 42.835. En los juzgados administrativos los datos estadísticos del 2015 reflejan en sus inventarios en el sistema escritural 17.995 procesos y en el oral 120.224.

De la comparación de estos órdenes ordinarios (especialidad civil y laboral) y el contencioso administrativo demuestran que en el acoplamiento del sistema escrito al oral no se han reflejado verdaderos cambios en cuanto a la eficiencia y producción de los jueces nacionales. Hay una especie de ascenso que cada vez genera un estancamiento del sistema judicial y que empeora con la carga de las acciones de tutela. La verdadera bondad del sistema oral, si la tiene, no se refleja en los inventarios finales. Por tanto, las estadísticas han de apuntar a los tiempos del proceso.

## Defectos del litigio civil

Una búsqueda incansable de las reformas judiciales colombianas ha sido cada vez para reducir los niveles de litigiosidad que abundan en los trámites judiciales. Se caracteriza por el alto número de casos sujetos al recurso de apelación y de acceso a recursos extraordinarios. En cada etapa procesal abunda la tramitología que atornilla y desacelera los plazos de los trámites, se observa una devastación de la dignidad de los usuarios, empleados y jueces por los largos plazos y mora en la respuesta de los derechos de los usuarios de la justicia. En el grueso de los trámites civiles entre la primera etapa de introducción o fase inicial y las audiencias inicial y de instrucción y juzgamiento del proceso verbal hay cerca de treinta y cuatro (34) posibilidades de apelación y otro tanto de recursos de reposición, se suman a esta cifra la eventualidad de apelar la sentencia. La primera fase de introducción tiene diecisiete posibilidades de las treinta y cuatro, esto hace interminable la primera instancia. Veamos los siguientes datos para ilustrar sus tiempos en cifras reales.

En el 2008 la duración promedio del proceso era de 548 días, 1.228 los procesos ordinarios, jurisdicción voluntaria 399, 542 días el abreviado, el ejecutivo singular 598, el ejecutivo mixto 1.078, el ejecutivo prendario 848 y el ejecutivo hipotecario 670 días (Consejo Superior de la Judicatura, 2016d, p. 40-41). Otro estudio en el 2011 arrojó los tiempos procesales del proceso declarativo de 1.396 días (41). Finalmente la Corporación Excelencia de la Justicia, en el año 2015 desarrolló otra investigación en la que evidencia otros datos, en la Región Andina los procesos ordinarios y abreviados tuvieron una duración promedio de 633,7 días; en Bogotá 461 días; en la zona norte 677,9 días; en



la región oriental 348,6 días y en la zona pacífica 1.044 días (43). La primera instancia dependiendo de si participa una persona natural o entidad financiera refleja distintos datos para la primera instancia, en la Zona Andina un proceso de menor cuantía en la primera instancia con demandante persona natural la duración del proceso es de 4.164 días, en la zona pacífica un proceso de menor cuantía con demandante persona natural la duración es de 1.602 días; en la zona pacífica un proceso de menor cuantía con demandante persona natural la duración es de 1.746 días; las demás regiones van desde los 1.599 y 3.320 días (88-89). La segunda instancia oscila entre 219 días en Bogotá y 317 días en la Región Andina (40).

Se ha mencionado que hay un promedio de treinta y cuatro (34) posibilidades de apelar, desde el punto teórico el trámite de la apelación hasta que entra al despacho del superior jerárquico para decidir tiene un lapso de treinta y siete (37) días hábiles, que en últimas se convierten en tiempos reales de 219 a 137 días. Esto multiplicado a escala de todos los casos que conoce, por ejemplo, la Sala Civil del Tribunal Superior es una cifra de mora judicial representativa. No se trata de un caso o un proceso, es la mora y retardo judicial masivo que hacen peso en la carga laboral de todos los jueces superiores e inferiores. Al Tribunal en su Sala Civil ingresaron 12.816 procesos y se evacuaron 10.860 quedando un remanente anual de cerca de 2.000 procesos por decidir. Esto derrumba las posibilidades de decrecer las cifras de procesos pendientes por decidir cada año, pues el inventario se alimentará de las facilidades y amplitud de autos para apelar y de la metodología que impera para desarrollar y posterior escucha de las audiencias orales. No hay suficientes salas de audiencias y correo a las planificadas el amplio margen de aplazamientos y suspensiones de audiencias (Corporación Excelencia de la Justicia, 2016).

Como pudimos observar, los problemas que aquejan la justicia son amplios y diversos, van desde la gestión administrativa, pasando por la metodología asumida para direccionar las audiencias hasta la misma codificación procesal que dicta legítimamente conductas escurridizas y deliberadas para frenar los procesos. Hay variedad de soluciones que pueden acortar el camino de los procesos. Una de ellas, reestructurar el organigrama de la rama judicial y propender por dividir el trabajo de forma eficiente; otras opciones están en organizar el despacho judicial desde la óptica virtual y de gestión, conduciendo los proyectos de infraestructura a su cumplimiento, las quejas de los entes de control aseguran que la contratación pública es lenta y evidencia el incumplimiento de metas en proyectos de tecnología, infraestructura, democratización y calidad de la justicia (El Tiempo, 2016). Hay otras posibles soluciones alternas como son la de variar y reacondicionar las etapas del proceso judicial o crear las secretarías comunes.

El proceso civil aparenta ser lineal y ágil. La idea más fácil de ir de un lugar a otro es la línea recta, esto podría ser sencillo, si se piensa que la ruta más

rápida de una demanda de X a un punto Y (la sentencia) es un número reducido de audiencias, aparentaría ir en línea recta, sin duda esto nos ofrece una solución inmediata. Hemos dicho que si al proceso civil lo asimilamos a una recta que tiene un punto de partida de la demanda y su finalización la sentencia, rápidamente se nos viene a la mente dibujar una línea recta como la fórmula más asequible. El problema es que esta reducida forma de pensar no tiene control dentro del esquema del proceso civil, hay variedad de escenas por litigar que no son prescindibles. Se alienta a litigar y en caso negativo queda la sospecha para el apoderado de incurrir en deficiente defensa de los derechos. De esta forma, la velocidad de cruce con la que empieza un proceso se minimiza, empieza su frenada con los autos de inadmisión, de rechazo, actuaciones dilatorias de los citados para las notificaciones personales y aviso, emplazamientos, estados, objeciones al juramento estimatorio, trámite de excepciones previas o de fondo, demandas de reconvención, reformas de demanda, citación o integración del contradictorio, en fin, una cantidad de trámites que aseguran perder el norte de la línea recta.

Es evidente que hay que crear puentes o túneles argumentativos que complementen la codificación procesal con atajos. Los atractivos de desistir, conciliar, transar, allanarse o cualquier medida de terminación del proceso es poco evidente, sobre todo cuando partimos que solo el 20% de los sujetos que acuden a la justicia desecharon, agotaron o descartaron el 80% de probabilidades de consumir la necesidad jurídica manifiesta por la vía del arreglo directo, la conciliación prejudicial e incluso por la autotutela lícita. Son necesarios los esquemas que rasguen el esquema imperante del proceso civil. Debemos entrar en el tejido del proceso, incluso en la meta oral o escrita, las estadísticas demuestran que de manera generalizada es un sistema judicial caótico; habrá que encontrar situaciones comunes que agrupen estos guarismos en vía de buscar soluciones y navegar por estas grandes implicaciones negativas. La dimensión práctica es extremadamente distinta de lo que regulan las normas que ordenan el Código General del Proceso. Podemos manifestar que el proceso civil se ubica entre las cuerdas y requiere mayores espacios de libertad para hacer más fácil el desplazamiento. Hay que procurar unir la demanda a la sentencia, doblar el tiempo y asegurarse que el acceso a la justicia mantenga una respuesta justa, correcta, certera y ecuánime. La eficiencia es un componente instrumental y requiere resoluciones judiciales en tiempos tempranos de su inicio, entre más se aleje del punto inicial mayor es la consideración de injusticia por vía de la congestión judicial y la mora en el retardo de respuesta. Finalmente, otra fórmula que evidenciará un cambio importante en el proceso serán las medidas cautelares innominadas (Rueda Fonseca, pendiente de publicación) que cada vez escalarán en disuadir a las partes en el proceso para lograr una conciliación después de practicadas (Jeitschko & Kim, 2011, p. 34). Una propuesta es utilizar estas medidas mejorando en los jueces los niveles de celo dogmático y procedimentalismo que se reflejan en

las motivaciones o juicios intensos que expresan para denegarlas. La revisión de los riesgos y daños son otras de las causas para su denegación. Los jueces que deciden sobre asuntos en las superintendencias con funciones jurisdiccionales coinciden que una causa que acorta el tiempo del proceso es cuando decretan estas medidas, dado que el juez no prejuzga, se abre la posibilidad de los mecanismos autocompositivos<sup>6</sup>.

## Referencias

- Consejo Superior de la Judicatura. (2016). *Resultados del estudio de costos procesales*. Tomo I. Recuperado de: [https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/8829673/TOMO+I+TIEMPOS+PROCESALES\\_18122015.pdf/2da294fd-3ef6-4820-b9e0-7a892b1bdbf0](https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/8829673/TOMO+I+TIEMPOS+PROCESALES_18122015.pdf/2da294fd-3ef6-4820-b9e0-7a892b1bdbf0)
- Consejo Superior de la Judicatura. (2016). *Resultados del estudio de costos procesales*. Tomo II. Recuperado de: [https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/8829673/TOMO+II+COSTOS+PROCESALES\\_17122015.pdf/b99e98fc-4890-490d-ba3a-5ad827971b14](https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/8829673/TOMO+II+COSTOS+PROCESALES_17122015.pdf/b99e98fc-4890-490d-ba3a-5ad827971b14)
- Consejo Superior de la Judicatura. (2014). *Informe al Congreso de la República*. Recuperado de: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/5597675/Informe+al+Congreso+Rama+Judicial+2014.pdf/dbf7a25d-5698-4d75-af2a-65491c4e66a1>
- Consejo Superior de la Judicatura. (2016). *Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico: estadísticas de movimiento de procesos año 2015, enero a diciembre, Alta Corte-Corte Suprema de Justicia*. Recuperado de: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/estadisticas-judiciales/ano-2015>
- Corporación Excelencia de la Justicia. (2016). *¿Sistema penal aplazatorio?, indicadores de justicia*. Recuperado de: <http://www.cej.org.co/index.php/justiciometros3/3935-sistema-penal-aplazatorio> (20 septiembre 2016).
- El Tiempo. (2016). *Metas en reducción de congestión judicial no se lograron*. Recuperado de: <http://app.eltiempo.com/politica/justicia/descongestion-judicial-metas-no-se-lograron/16706170>

---

<sup>6</sup> Colombia. Superintendencia de Sociedades. Auto 801-013813 del 13 de agosto del 2013. Expediente 2013-801-091, Auto 801-016441 del 3 de octubre del 2013. Expediente 2013-801-126. Auto 801-010140 del 17 de julio del 2014. Expediente 2014-801-120. Auto 801-011097 del 5 de agosto del 2014. Expediente 2014-801-142. Sobre este particular ver investigación de Daza Morelli, Valeria María, *La influencia de la solicitud y el decreto de medidas cautelares en la conciliación en el marco de la jurisdicción societaria colombiana*. Puede consultarse [https://biblioteca.uniandes.edu.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=18&s=1&Itemid=133,139,205,137,115,317&lang=es](https://biblioteca.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=18&s=1&Itemid=133,139,205,137,115,317&lang=es)

Jeitschko, T. & Byung-Cheol, K. (2011). *Economic Analysis Group Discussion Paper, Signaling, Learning and Screening Prior to Trial: Informational Implications of Preliminary*. Recuperado de: <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/02/23/267542.pdf>

Ministerio de Justicia y del Derecho, Cámara de Comercio de Bogotá y Banco Mundial. (2013). *Gran encuesta nacional de necesidades jurídicas insatisfechas, resumen ejecutivo*. Recuperado de: <https://conciliacion.gov.co/portal/Portals/0/RESUMEN-EJECUTIVO-GENERAL.pdf>

Rueda Fonseca, M. (2017). *Aproximación de las medidas cautelares innominadas*. Bogotá: Ediciones Uniandes, (pendiente de publicar).

# Los retos del árbitro de inversión en el posconflicto en Colombia<sup>1</sup>

*Cindy Charlotte Reyes Sinisterra<sup>2</sup>*

## Resumen

Colombia, al igual que otros países del mundo -especialmente aquellos del sector que se considera subdesarrollado-, dependen económicamente de la inversión de sujetos de otros Estados y esta dinámica en esta época de globalización tiene cada día un mayor grado de importancia. Por lo anterior, se crean mecanismos alternativos de solución al proceso, tales como el arbitraje de inversión en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que tienen diferentes retos relacionados con el entendimiento que tiene el Estado frente a sus poderes de policía, cuando en un país surgen obligaciones en el marco jurídico nacional por situaciones tales como el posconflicto, situación aún no desarrollada por los estudios que se han hecho frente a otros temas de interés para la doctrina y que han puesto de presente temas tales como la protección a la salud o el medio ambiente (Orrego, 2013) frente a los compromisos u obligaciones internacionales que se asumen los diferentes Estados con un inversionista extranjero. ¿Podrían ser los acuerdos de paz en Colombia un motivo para poder eximir al Estado de cumplir con obligaciones asumidas en un Tratado Bilateral de Inversión? Este estudio pretende responder el anterior interrogante.

**Palabras clave:** arbitraje de inversión, CIADI, posconflicto, árbitro, responsabilidad internacional.

---

<sup>1</sup> Capítulo resultado del Proyecto de investigación *Implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia*–Universidad Libre, Seccional Cúcuta.

<sup>2</sup> Abogada, Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Procesal Civil, Universidad Externado de Colombia. Magíster (C) en Derecho Procesal Contemporáneo, Universidad de Medellín. Estudios de Especialización en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia. CoLíder del Grupo de Investigación en Derecho Procesal y del Semillero de Investigación en Derecho Privado “César Darío Gómez Contreras” de la Universidad Libre, Seccional Cúcuta. Jefe del Área de Derecho Privado y Docente en la cátedra Derecho Comercial. [cindy.reyes@unilibrecucuta.edu.co](mailto:cindy.reyes@unilibrecucuta.edu.co)

## The changes of the investment arbitrator in the post-conflict in Colombia

### Abstract

Colombia, like other countries in the world, especially in the sector that is considered underdeveloped, depends economically on the investment of subjects from other states that, in this age of globalization, has a greater degree of importance every day. Therefore, alternative mechanisms of solution to the process are created, such as the ICSID investment arbitration, which have different challenges related to the State's understanding of its police powers, when legal obligations emerge in a country National level by situations such as post-conflict, a situation that has not yet been developed by studies that have dealt with other issues that have interested the doctrine that have put themes such as protection to health or the environment To the international commitments or obligations assumed by the different States, vis-à-vis a foreign investor.

Could the peace accords in Colombia be a reason to be able to exempt the State from fulfilling obligations assumed in a Bilateral Investment Treaty? This study aims to answer the above question.

**Key words:** investment arbitration, ICSID, post-conflict, arbitrator, international responsibility.

## Os desafios do investimento no conflito pós-árbitro na Colômbia

### Resumo

Colômbia, como outros países, especialmente o setor é considerado sub-desenvolvido economicamente dependente sobre temas de investimento de outros Estados nesta era de globalização, cada dia tem um maior grau de importância. Portanto, o processo de resolução alternativa de litígios, como o ICSID arbitragem de investimento, que têm diferentes desafios relacionados com o entendimento do Estado contra seus poderes policiais são criados quando um obrigações país surgem no quadro jurídico nacional por situações tais como a situação pós-conflito que ainda não foi desenvolvido pelos estudos que abordaram outras questões que interessavam

a doutrina têm de apresentar questões como a protecção da saúde ou do ambiente ( Orrego, 2013) cumprir os compromissos ou obrigações internacionais assumidas estados diferentes, em comparação com um investidor estrangeiro.

Poderiam os acordos de paz na Colômbia uma razão para isentar o Estado a cumprir com as obrigações sob um Tratado de Investimento Bilateral? Este estudo pretende responder à pergunta anterior.

**Palavras chave:** arbitragem de investimento, ICSID, responsabilidade internacional do pós-conflito.

## Introducción

Colombia, al igual que otros países, trata de buscar la movilidad de su contexto económico a partir de lo que se conoce es la inversión extranjera. Como lo reflejan algunos autores, tales como Valderrama (2011), que han estudiado el tema, no se trata simplemente de encontrar una opción para lograr la apertura económica del país, sino que debe tenerse en cuenta que deberán considerarse las precauciones jurídicas necesarias para evitar cuantiosas demandas internacionales contra el Estado.

Además de lo anterior, el contexto en el que se discuten estas disputas de forma casi general no son los tribunales internos del país, sino que las partes terminan por elegir, a ese juez que, si bien es particular, transitorio y excepcional, no es otro que el árbitro, quien para estos casos sería específicamente aquel que hace parte de un Tribunal de Arbitraje de Inversión.

De otro lado, se encuentran situaciones que son social, política y económicamente muy importantes para el país, tales como las que han sido discutidas en los últimos años en relación a lo que se conoce como el contexto del conflicto y, en la actualidad, del posconflicto. Pero, teniendo ese esquema que dibujaría para el país una balanza bastante significativa entre lo que implica la globalización y el capitalismo, surgen diferentes interrogantes: ¿qué sucedería en el caso en que el Estado decidiera que unas zonas serán entregadas para cumplir con acuerdos de paz en un contexto de posconflicto, siendo estas de vital importancia para cumplir con las obligaciones asumidas en un Tratado Bilateral de Inversión?, ¿qué sucedería en el caso de que un Tribunal de Arbitramento de Inversión, por ejemplo, en sede CIADI, ordene al Estado Colombiano que debe mantener la obligación de explotación de un terreno por parte de un inversionista durante varios años, cuando lo anterior implique un incumplimiento con el respectivo Acuerdo de Paz?

Para algunos, será sencillo responder que el Estado, a partir de sus diferentes poderes de policía, puede tomar estas determinaciones internamente, y más cuando están en juego derechos de las personas que hacen parte del mismo, tal y como ha ocurrido en otros casos muy famosos en los últimos tiempos, en los que se han discutido temas que puedan excusar los comportamientos de un Estado frente la protección de derechos tales como la salud, como en el caso Philip Morris vs. Uruguay en donde una de las conclusiones del Tribunal Internacional que tuvo costos por alrededor de siete millones de dólares, y en donde se discutieron medidas cautelares que superaban los veinte millones de dólares, estableció que:

La responsabilidad por las medidas de salud pública, recae sobre el gobierno y los tribunales constituidos en casos de inversión deberían prestar gran deferencia a los criterios gubernamentales, respecto de las necesidades na-



cionales en cuestiones como la protección de la salud pública. En tales casos se debe respeto al 'ejercicio discrecional del poder soberano que no se lleve a cabo de manera irracional ni de mala fe...lo que involucra numerosos factores complejos', tal como sostuviera otro tribunal constituido en un caso de inversión, 'la única pregunta que debe responder el Tribunal... es si hubo una carencia manifiesta de motivos para dicha legislación' (CIADI, 2016).

Es por esto, que a través de esta investigación se pretenden abordar algunas respuestas que no son precisamente trazadas a partir de la protección de derechos como la salud, la vida, como en el caso anteriormente citado, sino de los retos de ese árbitro de inversión, que si bien es un particular que está investido de jurisdicción de forma excepcional y transitoria deberá tener en cuenta contextos tales como lo es el posconflicto en Colombia, pero al cual es necesario presentar, de igual forma, argumentos válidos que deberán ser estructurales a la hora de presentar defensa del Estado, según fuere el caso.

No es un camino fácil tratar de dar respuestas a lo que muchos árbitros han admitido les preocupa pero no ha sido respondido todavía en Colombia, pero será necesario y más cuando el contexto de lo que podría tenerse como precedente arbitral en esta materia, en primer lugar, no existe por cuanto el precedente no puede ser generado por este tipo de jueces excepcionales y, en segundo lugar, por cuanto son variadas posiciones que podrían impulsar a un Tribunal de Arbitramento de Inversión a tener fundamentos, según lo decidido en otros Tribunales, para poder tener un 50% de convicción de condena o de absolución en el caso de estos litigios.

Aunque parezca una locura, el hecho de que no exista en el mundo, un precedente arbitral, es una de las huellas de la flexibilidad que caracteriza este mecanismo, pero también es la ventana para que se puede hablar de un mayor grado de discrecionalidad por parte de tribunales pues, además de estar de presente de forma protagónica la voluntad de las partes inmersas en el litigio, estará el subjetivismo de ese juez excepcional y transitorio que, si bien puede ser ese Hércules del que habla Hart, sigue siendo ser humano.

No pretendiendo con lo anterior crear una barrera para el arbitraje proponiendo un esquema de precedentes que deja muchas experiencias para el orden jurídico nacional, pero sí proponiendo soluciones al reto de un mecanismo alternativo de solución al litigio que es relativamente novedoso, un componente que podría invitar a los intervinientes en el mismo a tener un panorama de mayores seguridades a partir de lo que se crea en los mismos tribunales y no en la simple discrecionalidad.

## Régimen del arbitraje de inversión extranjera

Antes de hablar sobre el régimen que cubre la inversión extranjera, será necesario hacer referencia a la evolución que este tipo de arbitraje ha tenido en el mundo, dentro de lo que se podría concebir como el derecho internacional económico, en donde no solo confluye el derecho internacional público sino el privado por los sujetos que pueden acudir a este tipo de mecanismo.

En la historia del arbitraje de inversión se encuentran algunos antecedentes en los que los sujetos que acudían al mismo eran solo los Estados, tales como los que derivaban el conflicto a la Corte Internacional de Justicia o ante la Corte Permanente de Arbitraje. Pero posteriormente, se abre la posibilidad para que estos litigios pudieran ser defendidos directamente a través de la ventana que podría utilizar el inversionista como sujeto diferente al Estado del que hacía parte. En vista del auge de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), el Banco Mundial establece en 1965 el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio de Washington), creando un marco legal de solución de diferencias entre Estados e inversores con un carácter más institucional frente a los que ya existían.

Como lo explica Kennedy (2003), el auge de los TBI estuvo marcado por la propia realidad económica de la década de los noventa, en la cual la liberalización del comercio, fruto del acuerdo del GATT, tuvo su razón principal. La caída de los aranceles de importación y de otras barreras arancelarias para el comercio, particularmente en países en vías de desarrollo, aceleró el proceso de expansión de las inversiones extranjeras, por medio de la cual, principalmente empresas de los países desarrollados de Europa y Estados Unidos de América reubicaron parte de su producción manufacturera e inversiones en servicios públicos a lugares con costos laborales más bajos y estándares medioambientales más laxos.

Se podría decir que en las últimas fases de regulación de este tipo de arbitraje se deberán tener en cuenta, además del Convenio de Washington, las reglas de arbitraje de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CDUDMI/UNCITRAL), el Acuerdo General de Tarifas y Comercio (GATT), el Acuerdo de Medidas de Inversiones en Materia Comercial (GATS) y el Acuerdo sobre Propiedad Intelectual relacionado con el Comercio (TRIPS), entre otros.

## Responsabilidad internacional de los Estados por violación a los Tratados Bilaterales de Inversión

En primer lugar, hay que advertir que para evidenciar lo que podría denominarse la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de Tratados Bilaterales de Inversión, incluso en la versión precontractual (Bianca, 2014), no existe un instrumento internacional vinculante, sin embargo en materia arbitral de inversión ha sido muy tenido en cuenta el Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado en 2001 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, teniendo como parámetro lo que Sommer (2016) ha estipulado acerca del primer parámetro contenido en este proyecto y es precisamente que la regla general de la responsabilidad del Estado, consignada en el artículo 1 expresa que todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de este. Por lo que podría atribuirse responsabilidad del Estado por actos ejercidos contra otros sujetos no estatales en el derecho internacional como es el caso de los inversionistas.

Hay diferentes posturas que se deben tener en cuenta y que han sido generadas a partir de las decisiones de diferentes tribunales de inversión.

En *Barcelona Traction* la Corte Internacional de Justicia (1970) estableció que “cuando un Estado admite inversiones extranjeras o a extranjeros, sean personas físicas o morales, en su territorio, está obligado a otorgarles la protección en la ley y asume obligaciones relacionadas con el trato que se les dará”.

Otro caso importante fue el de *Aguas del Aconquija y Vivendi Universal vs. Argentina* en donde “el tribunal arbitral no consideró válidos los argumentos del Estado, que procuraba excluir sus responsabilidades por haber sido una dependencia Federal Autónoma (Provincia de Tucumán), la responsable del contrato de concesión con el inversor, sin ningún vínculo con el Estado Nacional” (CIADI, 2002).

Otro elemento importante es el nexo causal que debe existir entre la Responsabilidad del Estado en la ejecución que efectúen los órganos o subdivisiones dentro del mismo, tal y como se observó en el caso *Biwater Gauff Tanzania Ltda vs. Tanzania*, en donde “el Tribunal descartó que la rescisión contractual pudiera ser imputable al Estado de Tanzania, ya que obedecía a una mera apreciación sobre la forma de cumplimiento del contrato sin que ello implicara una intromisión del Estado de manera expropiatoria” (CIADI, 2008).

Frente a la forma de cuantificar el daño (Henao, 2007) y su reparación (Velásquez, 2013), o el fundamento de este concepto en otras áreas (Medina, 2015), en relación con algunas instituciones que tienen en cuenta el derecho comercial (Etcheverry, 2005), pero hacia el contexto de las inversiones, en estos tribunales especializados en el tema, cabe resaltar algunos casos.

En *Petrobart Ltd vs. Kirguistán* sostuvo el Tribunal que “en la medida en que parece que Petrobart ha sufrido daño como resultado de violaciones del Tratado de la República, Petrobart en la medida de lo posible, deberá llevar la pretensión al lugar en que se habría encontrado si la violación no hubiera ocurrido” (Cámara de Comercio de Estocolmo, 2005).

Frente al lucro cesante explica Sommer (2016), que solo se otorgará si no es especulativo, es decir, en los casos en que la inversión tiene un historial de rentabilidad o hay otro indicador claro de beneficios futuros. Por cuanto sería de ilógico que se le exija, por ejemplo, al Estado una completa imposibilidad, por ejemplo de hacer adecuaciones legales, económicas y sociales que tienen directa relación con sus poderes de policía, por lo que muchas veces se construyen expectativas especulativas que estructuran los inversionistas sin tener en cuenta que del otro lado de la negociación no se encuentre simplemente otro sujeto del derecho privado internacional, sino precisamente un Estado.

Sin embargo, los Tribunales de Arbitraje de Inversión también han tenido diferentes visiones en donde tienen en cuenta la conducta negligente de los inversores al calcular daños, tal y como sucedió en *MTD vs. Chile* en donde “el Tribunal consideró que los inversores habían tomado decisiones que tenían mayores riesgos innecesarios y de los que eran responsables. El Tribunal considera que los reclamantes deben tener parte en los daños sufridos y estima que la cuota será del 50%, previa deducción del valor residual de sus inversiones” (CIADI, 2004).

Otro aspecto se relaciona con el valor y su aumento posterior a la inversión frente a la determinación del daño, lo cual fue estudiado en el caso *ADC vs. Hungría* en donde el Tribunal estableció lo siguiente: “la fecha de valoración será la de la concesión y no la fecha de expropiación, ya que esto es necesario para poner a los demandantes en la misma posición como si la expropiación no se hubiera cometido” (CIADI, 2006).

Pero habrá que tener en cuenta que existen otros casos en donde la expropiación del inversionista podría catalogarse como legal y es allí donde debe considerarse lo que señala Sommer (2016) cuando explica que dicha indemnización sigue un estándar diferente debido a que la compensación es uno de los requisitos de la expropiación legal en la medida que implique un fin público, que no sea discriminatorio e implique un procedimiento justo y equitativo.

## **La ejecución de los laudos de inversión CIADI**

Uno de los principales problemas del arbitraje internacional en general, es precisamente la vinculatoriedad de los laudos que se profieren dentro de

este contexto y por ende, su ejecución en los países que de cierta manera pueden acudir al mecanismo o a los sujetos que respecto de cada uno de esos países pretende hacerlo.

Sin embargo, la ejecución de laudos de inversión CIADI, presenta una panorámica distintiva en este aspecto frente a otros tipos de arbitraje “el Convenio de Washington al crear el CIADI, representó un avance en los mecanismos de solución de controversias en aspectos vinculados a la inversión extranjera, aunque ello no haya evitado que este instrumento internacional haya recibido diversas críticas en cuanto a los alcances de sus normas” (Sommer, 2016).

Dentro de las consecuencias que se han ido identificando hasta el momento por evento de incumplir este tipo de laudos, se pueden encontrar las siguientes:

- El renacimiento de la protección diplomática (Sommer, 2016), dejando abierta la posibilidad al Estado contratante del que es nacional el inversor, de aplicar sanciones u otras medidas contra el Estado infractor o efectuar una presentación ante la Corte Internacional de Justicia, por un eventual caso de responsabilidad internacional del Estado.
- Aplicación de sanciones (Sommer, 2016) de índole económica o financiera, derivadas de la posición que ocupa CIADI dentro del Banco Mundial.

## **Fragmentación y armonización jurídica del arbitraje de inversión**

En el arbitraje de inversiones se resuelven conflictos que tienen origen en violaciones convencionales de un acuerdo internacional de inversión, ya sea un TBI o un TLC, ya que estos instrumentos son los que permiten crear en el inversionista previsibilidad sobre las obligaciones asumidas por el Estado, estos acuerdos internacionales de inversión contemplan capítulos destinados a tratar las controversias surgidas entre inversionista-Estado, generalmente recurriendo al arbitraje de inversiones del CIADI, que fomenten un clima favorable para proteger la inversión, dentro de lo que se concibe como multiculturalismo procesal (Taruffo, 2006).

El derecho internacional de las inversiones presenta acuerdos internacionales de inversión que establecen garantías específicas derivadas del derecho internacional consuetudinario, que ofrecen una estabilización de condiciones a favor del inversionista extranjero y de sus inversiones frente a cambios políticos en el Estado receptor de la inversión, lo que se conoce como un riesgo político.

Colombia es un Estado que actualmente cuenta con una amplia red de TBI y de TLC que han entrado en vigencia, cada uno de ellos con garantías frente a riesgos políticos y que protegen al inversionista para que puedan reclamar sus derechos frente a tribunales arbitrales de inversión.

Y es aquí donde el derecho internacional de las inversiones podría presentar un problema a medida que se desarrolle en Colombia donde preocuparía el escenario con la implementación de los acuerdos de paz, pues es muy posible que las garantías de inversión entren en colisión con las medidas de paz establecidas en los acuerdos internacionales de inversión.

Piénsese en el escenario de que el Estado colombiano en razón de los acuerdos de paz, dicte una medida de restitución de tierras que afecte una inversión, hasta aquí el panorama podría configurar una expropiación indirecta, por parte del Estado con las medidas posconflicto que el Estado realiza lo que conllevaría a una responsabilidad internacional del Estado colombiano.

Podríamos decir que de los acuerdos internacionales de inversión ratificados por Colombia ninguno contempla excepciones específicas sobre responsabilidad del Estado frente a las medidas estatales de posconflicto, lo cual muestra un panorama de incertidumbre tanto para el Estado, como al inversionista, y más aún si se tiene en cuenta que no existen laudos arbitrales en donde se hayan analizado casos de reclamaciones derivadas del posconflicto.

Sin duda alguna los retos de los árbitros de inversión serán arduos al momento de establecer un criterio legal, y más aún cuando en decisiones anteriores del CIADI, como en el asunto *Asunto Perenco Ecuador Ltd. vs. Ecuador y Petroecuador*, los árbitros deciden que temas como la violación a la Constitución ecuatoriana no recaen en el ámbito de su jurisdicción por no ser “esencialmente asuntos legales” y, en consecuencia, no cubierta por el consentimiento de las partes. Lo anterior, por cuanto es claro que “el proceso debe estructurarse de manera técnicamente capaz para permitir la prestación de las formas de tutela que el derecho material promete” (Marinoni, 2015).

Situación que es preocupante, pues claramente se evidencia que en el arbitraje de inversión el control de constitucionalidad no es aplicable, y en un posible escenario de estudio de medidas posconflicto, aunque estén incorporados por medio de los acuerdos de paz al bloque de constitucionalidad colombiano, no serán tenidas en cuenta por los árbitros al momento de fallar el laudo. Pero que incluso pueda creerse internamente que existe una puerta frente a la legitimidad de esta providencia a la luz de la legitimidad constitucional de la misma (Pulido, 2008), teniendo incluso en cuenta lo que Quinche (2015), ha denominado la Constitución Económica en comparación

con lo que pueda entenderse hasta ahora son los precedentes de la humanidad (Barrero, 2014).

Y aunque el Derecho de las Inversiones es una rama particular y especial, no es una ley autónoma aislada e independiente, por ende, debe enmarcarse en el Derecho Internacional y en ese sentido aunque el Estado y el inversionista tienen derechos y obligaciones, el actor principal sigue siendo el Estado, quien tiene la responsabilidad de armonizar el Derecho internacional.

Los jueces excepcionales y transitorios en el arbitraje de inversión también deberán tener en cuenta que los acuerdos de paz y las medidas posconflicto deben ser instrumentos de orden legal nacional que están armonizados con el Derecho Internacional y que por ende no puede existir una fragmentación jurídica en sus decisiones en relación con lo que puede ser tenido como la misión de los tribunales supremos en relación a lo que Taruffo (2016a), ha denominada como la circulación del derecho extranjero, la asimetría jurídica entre ciertas normas que se aplican más vigorosamente que otras, no causa una eficacia del derecho sino todo lo contrario: una proliferación de normas que no respetan un orden jerárquico y produce desbalances entre bienes jurídicos protegidos que se ven afectados en un mismo caso pero que son tratados en ámbitos jurídicos distintos debido a la mencionada fragmentación. Con este desbalance y esta ineficacia del derecho para casos tan delicados como es el derecho a la paz se produce un debilitamiento en los mecanismos de solución de controversias como lo es el arbitraje de inversiones.

## **Retos del árbitro de inversión respecto de países como Colombia en donde se vive un contexto de posconflicto**

Para demostrar las diferentes posturas que diario se discuten, respecto al verdadero papel que deben cumplir los árbitros como verdaderos administradores de justicia, es necesario tener en cuenta los efectos que ha tenido en los últimos años la subordinación de la ley a los derechos fundamentales pues como lo explica Marinoni (2016a): “al subordinarse la ley a los derechos fundamentales, se le impuso al juez, además del deber de razonar a partir de normas–principios, que proyectan figuras imprecisas, la necesidad de considerar cuestiones de orden moral, político y económico, que se encuentran en la estructura abierta de las disposiciones constitucionales”.

Además, entendiéndolo por tanto que la interpretación de la ley no es exacta y que deberá tener en cuenta todos estos factores que se enunciaron anteriormente, que por lo tanto, puede variar, por lo que no es un presupuesto de igual o de garantía de justicia, por cuanto como lo explica el mismo autor:

Cuando se es consciente de que de la norma no puede extraerse de la ley, queda claro que la interpretación de los textos legales puede variar. Por tanto, la ley no es suficiente para garantizar la igualdad ante el derecho, ni mucho menos para garantizar la seguridad y la igualdad. De este modo, deja de ser posible pensar que la corte suprema pueda controlar las decisiones basándose en el sentido exacto de la ley, para admitir que está autorizada a atribuir sentido al derecho mediante la definición de la interpretación adecuada. (Marinoni, 2016a)

Por lo que resulta de gran relevancia el reto del estudio en el common law de lo que se considera el *collateral stopel*, que “consiste en la eficacia que la sentencia de mérito que hecho tránsito a cosa juzgada puede tener en un proceso posterior, diferente, en cuanto al objeto, de aquel que concluido con tal sentencia, pero debe desarrollarse más, si no quiere limitarse simplemente a subrayar la mera similitud de los fenómenos presentes en ordenamientos diversos”, tal y como lo expone Carpi (2016).

Lo que podría ser de el punto de partida a lo que podría considerarse el problema de la formación de precedentes obligatorios en materia arbitral de inversión, así como se han estudiado en frente a otros objetos, tales como la prueba en tribunales supremos como lo hace Trento (2016), en comparación a lo que en Colombia ha sido el nacimiento de la doctrina probable y el precedente (López, 2016).

## **Método (diseño, participantes, instrumentos)**

Esta investigación es de tipo teórico analítico, pero también se tendrá en cuenta el estudio de diferentes laudos arbitrales en materia de inversión CIADI, que se han proferido en diferentes partes del mundo frente a las obligaciones y la responsabilidad internacional de los Estados por evento de incumplimiento de algún Tratado Bilateral de Inversión, cuando es parte del Convenio de Washington. No se hará utilización de población muestra ni de instrumentos cuantitativos, por cuanto el enfoque que se eligió para desarrollar esta investigación es cualitativo.

## **Resultados**

A partir del estudio de laudos, doctrina y la legislación existente en Colombia se puede evidenciar que no se tienen aún posiciones acogidas por el Estado colombiano frente a como sería su defensa ante un Tribunal CIADI, en caso de incumplimiento de algún Tratado Bilateral de Inversión, celebrado en consecuencia de cumplir con lo acordado para la apertura de la época del posconflicto que actualmente se está viviendo.



## Discusión

Para poder entender la discusión es importante revisar una fuente histórica que resume algunos de los acontecimientos que marcan el nacimiento del CIADI en relación con las economías de los países subdesarrollados, información disponible en CADTM.ORG (2009):

La posición de los países latinoamericanos cambian en los años ochenta, en una América Latina que sufría la “Operación Cóndor”, las dictaduras militares, los desaparecidos y las violaciones de derechos humanos, dándose paralelamente un clima de debilidad de la soberanía nacional, y en este sentido la aceptación de los arbitrajes del Banco Mundial. Elementos como la acumulación de deuda externa, los planes de ajuste estructural provenientes del Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Consenso de Washington, vinieron a significar liberalización de mercados, flexibilización laboral y privatización de las empresas y sectores públicos.

Los años setenta fueron una época de fuerte presión por parte de las políticas más voraces del neoliberalismo, con fuertes injerencias y chantajes políticos y económicos provenientes del FMI, del Banco Mundial, del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y por otro una complicidad de los gobiernos latinoamericanos, gran parte de ellos manchados de sangre y todos inmersos en la corrupción. La aceptación del sometimiento a los organismos internacionales de crédito generaron, una domesticación de las élites gobernantes latinoamericanas y el efecto de “obediencia debida financiera”, condenando al mismo tiempo el desarrollo de la “América morena”.

La llamada “santidad de los contratos” como un verdadero dogma de fe, a favor de las cada vez más poderosas empresas multinacionales, forman parte del menú para la aprobación de todos estos contratos, tratados y convenios, que han tenido como finalidad la “estimulación” para el desembarco de los inversores en las economías latinoamericanas, los cuales llegaban como supuestos “salvadores”, que como se ha podido ver inmediatamente, nunca salvaron nada, pero dejaron economías de “mercados” abiertos, desregulados y defensas las nacionales legales desactivadas. En ese contexto, la tradicional defensa de la soberanía latinoamericana frente al arbitraje internacional comenzó a debilitarse, y a mediados de la década de los 80 y en la de los 90, los gobiernos del continente van aceptando entre otras condiciones de las instituciones de Bretton Woods, las condiciones del CIADI. Los gobernantes latinoamericanos, más preocupados en dar buenas señales a los inversores y a los organismos internacionales de crédito, se olvidan de sus ciudadanos, de la soberanía de sus pueblos, de sus responsabilidades constitucionales en la relación a la metamorfosis que ha tenido el debido proceso (Oteiza, 2016), comprometiéndose a través de tratados de sometimiento carentes de garantías de ninguna clase, a las voluntades del capital extranjero, llegando incluso a privatizar la justicia. La consecuencia fue que hoy, muchos países latinoamericanos son víctimas de estos procesos estructurales de injusticia económica.

La discusión en este punto es realmente interesante por cuanto invita a entender si el hecho de que Colombia se encuentre en un momento histórico del posconflicto sea un posible estado de necesidad que pueda tenerse como excusa ante un Tribunal CIADI, para incumplir obligaciones internacionales asumidas frente a un inversionista extranjero.

Si bien la pregunta que se han planteado frente a si los jueces deben crear derechos (Alvim, 2016), podría causar más críticas si se planteara así: ¿los árbitros deben crear derechos? Lo que debería tenerse en cuenta cuando se plantean temas relacionados con lo que es declarar el sentido de la ley y sentar precedentes como lo explica Marinoni (2016b), o lo que se ha estudiado como correspondientes internacionales de los tribunales constitucionales (Nieva, 2016) y teniendo en cuenta incluso la estructura del modelo de Cortes superiores (Mitidiero, 2016)

Hay que recordar siempre las palabras de Antoine Garapon y Loannis Papadopoulos (2016): “¿es una coincidencia si el progreso del common law va al mismo ritmo del capitalismo? ¿No acompaña aquél objetivamente una extensión infinita de la esfera mercantil, mientras que los derechos continentales se preocupan más por preservar una esfera pública? Y nada ni siquiera la religión parecer resistirse a la mercantilización del mundo.

## Conclusiones

En el actual cúmulo de decisiones que se han proferido en los últimos años no existe un precedente frente a la visión que del posconflicto se tiene como estado de necesidad para poder generar cambios en las condiciones de cumplimiento de los TBI que Colombia ha ratificado con base en situaciones que se generen a partir de lo que se pueda denominar el posconflicto.

Es de vital importancia que la administración de justicia colombiana tenga en cuenta la importancia del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en materia de inversión por las consecuencias económicas y políticas que pueden generar al país el desconocimiento de este tipo de mecanismos que, como se pudo observar, hacen parte del Banco Mundial.

Uno de los retos de la justicia colombiana, en relación a lo planteado frente a las dimensiones del precedente será el de empezar a conocer esa línea de decisiones arbitrales que respecto de la responsabilidad internacional en materia de inversiones CIADI se está generando por cuanto, sin atreverse a decir que es vinculante o que pudiera llegar en unos años a considerarse precedente, sí genera unas importantes consecuencias monetarias a Colombia.

Colombia es un Estado que actualmente cuenta con una amplia red de TBI y de TLC que han entrado en vigencia, cada uno de ellos con garantías frente

a riesgos políticos y que protegen al inversionista para que puedan reclamar sus derechos frente a tribunales arbitrales de inversión. Y es aquí donde el derecho internacional de las inversiones podría presentar un problema a medida que se desarrolle en Colombia donde preocuparía el escenario con la implementación de los acuerdos de paz, pues es muy posible que las garantías de inversión entren en colisión con las medidas de paz establecidas en los acuerdos internacionales de inversión.

## Referencias

- Barrero, J. (2014). *Jurisprudencia Constitucional*. Bogotá: Legis.
- Bernal Pulido, C. (2008). *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Editorial Externado de Colombia.
- Bianca, C. (2014). *Derecho Civil*. Bogotá: Editorial Externado de Colombia.
- Cámara de Comercio de Estocolmo. (2005). *Petrobart Ltd Vs Kirguistán*. Laudo Arbitral.
- Carpi, F. (2016). Michele Taruffo: entre derechos nacionales, comparación y teoría general. En J. Ferrer Beltrán y C. Vásquez (eds.). *Debatiendo con Taruffo*. (45-54). Madrid: Marcial Pons.
- CADTM ORG. (2009). cadtm.org. Obtenido de cadtm.org: [www.cadtm.org](http://www.cadtm.org)
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). (2002). *Caso Aguas del Aconquija y Vivendi Universal vs. Argentina*, Caso CIADI ARB/97/3.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). (2008). *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd vs. Tanzania*, Caso CIADI ARB/05/22 (CIADI Laudo 24 de julio de 2008).
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). (2016). *Philip Morris Internacional vs. Uruguay*, Caso CIADI ARB/10/7.
- Corte Internacional de Justicia. (1970). *Barcelona Traction Light and Power Company Limited Belgium vs. Kingdom of Spain*.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). (2006) *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited vs. Hungría* ARB/03/16 (Laudo: 2 de octubre de 2006).

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). (2004). *Equity and MTD Chile vs. Chile*, Caso CIADI ARB/01/7 (Laudo: 2004 de mayo de 2004).

Etcheverry, R. (2005). *Derecho Comercial y Económico*. Buenos Aires: Astera.

Ferrer Beltrán, J. (2016). El gen iusrealista de Michele Taruffo: La teoría del precedente judicial. En J. Ferrer y C. Vásquez (eds.). *Debatiendo con Taruffo (177-191)*. Madrid: Marcial Pons.

Garapón, A. y Papadópus, I. (2016). *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*. Bogotá: Legis.

Henao, J. (2007). El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Editorial Externado de Colombia.

Kennedy, D. (2003). Two globalizations of law and legal thought: 1850-1968. *Suffolk University Law Review*, XXXVI (3), 631-679.

López Medina, D. (2016). El derecho de los jueces. Bogotá: Legis.

Medina Vergara, J. (2015). *Responsabilidad Comercial*. Bogotá: Editorial Temis

Marinoni, L. (2015). *El derecho de acción como derecho fundamental*. Bogotá: Temis.

Marinoni, L. (2016a). El precedente interpretativo como respuesta a la transformación del civil law: la contribución de Taruffo. En J. Ferrer Beltrán (ed.). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

Marinoni, L. (2016b). Del tribunal que declara el sentido exacto de la ley al tribunal que sienta precedentes. En M. Taruffo; L. Marinoni y D. Mitidiero (Coordinadores). *La misión de los Tribunales Supremos*. (205-230). Madrid: Editorial Marcial Pons.

Mitidiero, D. (2016). Dos modelos de cortes vértice: Cortes superiores y Cortes Supremas. En M. Taruffo; L. Marinoni y D. Mitidiero (Coordinadores). *La misión de los Tribunales Supremos (77-122)*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

Nieva, J. (2016). ¿Un juez supremo o un legislador supremo? En M. Taruffo; L. Marinoni y D. Mitidiero (Coordinadores). *La misión de los Tribunales Supremos*. (157-174). Madrid: Editorial Marcial Pons.

Orrego, H. (2013). *Derecho Internacional Ambiental*. Medellín: Astera.

- Oteiza, E. (2016). Jurisprudencia y debido proceso. La Corte Suprema de Argentina y la Corte Interamericana. En M. Taruffo; L. Marinoni y D. Mi-tidiero (Coordinadores). *La misión de los Tribunales Supremos*. (123-156). Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Quinche, M. (2015). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Temis.
- Sommer, C. (2016). *Laudos arbitrales del CIADI*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras*. Bogotá: Temis.
- Trento, S. (2016). El problema de la formación de precedentes en materia probatoria por tribunales supremos. En J. Ferrer Beltrán y C. Vásquez (eds.). *Debatiendo con Taruffo*. (221-254). Madrid: Marcial Pons.
- Velásquez, O. (2013). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Temis.
- Valderrama, S. (2011). Protección a la inversión extranjera en infraestructura por medio de acuerdos internacionales de inversión: un nuevo reto para Colombia. *Revista Javeriana*, 9 (19).



# La independencia judicial: institución y derecho

*Danilo Rojas Betancourth<sup>1</sup>*

## Resumen

La independencia judicial, como una noción compleja que dispone de múltiples significados -la mayoría enfocados a establecer relaciones de cercanía y al mismo tiempo de lejanía con otros organismos políticos-, posee una particular importancia en sentido de la determinación de las distintas situaciones a las que se ve abocada la función de la judicatura en sus lazos de dependencia mutua, pero de la misma manera, del establecimiento de límites para asegurar unas condiciones idóneas en el desarrollo del ejercicio de los jueces.

**Palabras clave:** independencia judicial, autonomía judicial, judicatura, Estado.

---

<sup>1</sup> Magistrado del Consejo de Estado. Profesor asociado de la Universidad Nacional de Colombia.

## Judicial independence: institution and right

### Abstract

Judicial independence, as a complex notion that has multiple meanings, most of them focused on establishing relations of closeness and at the same time of distance with other political organisms, is of particular importance in the sense of determining the different situations to which The role of the judiciary in its ties of mutual dependence, but in the same way, the establishment of limits to assure proper conditions in the development of the exercise of the judges.

**Key words:** judicial independence, judicial autonomy, judiciary, state.

## A independência judicial: instituição e direita

### Resumo

A independência judicial, como uma noção complexa, que tem múltiplos significados, mais focado em estabelecer relações de proximidade e à mesma distância do tempo com outros órgãos políticos, tem uma importância especial no que diz respeito à determinação das várias situações que são sem escolha, mas o papel do judiciário em laços de dependência mútua, mas da mesma forma, estabelecendo limites para garantir condições ótimas para o desenvolvimento do exercício dos juízes.

**Palavras chave:** independência judicial, a autonomia judicial, justiça, do Estado.



## Introducción

Son variadas las aproximaciones hechas a la compleja y ambigua noción de independencia judicial (IJ). Quizá la más atractiva es la realizada por Owen Fiss (1997), quien le atribuye tres significados: como desvinculación de las partes, como autonomía individual y como insularidad política, y en cada caso hace notar diferentes rendimientos de la noción.

Con una pretensión semejante, en el sentido de resaltar su complejidad, pero también para señalar la dependencia mutua de sus variados entendimientos, en especial dos de ellos, quisiera recordar los principales escenarios en donde suele hacerse referencia a la IJ. Como sostiene el propio Fiss, el término es generalmente utilizado para caracterizar el vínculo de la judicatura con otros organismos públicos, a lo que agregaría que allí coexisten dos tipos de relación: una colaborativa y otra confrontacional. A la primera la denominaremos institucional y a la segunda política. Un auténtico Estado de derecho ha de reflejar bien estas relaciones en la medida en que, de una parte, debe garantizar las condiciones de realización de la IJ, lo que incluye, entre otras cosas, meritocracia, infraestructura, estabilidad y seguridad social *-enfoque institucional-*; y de otra, el control al poder en sentido montesquiano *-enfoque político-*.

También la expresión se usa para describir dos tipos de reclamaciones: (i) las de los propios jueces no solo para que se proporcionen las condiciones de realización de la IJ -v.g. dignidad en el trabajo, salarios y prestaciones-, sino para asegurar el respeto y cumplimiento de sus decisiones, al no estar a su cargo el ejercicio de la fuerza, ni entender que la jerarquía judicial es sinónimo de dependencia -nótese aquí la estrecha relación con la autonomía judicial-; y (ii) las de los ciudadanos frente a los jueces, que van desde reclamar celeridad, hasta acceso a la judicatura, pasando por demanda de igualdad y, aunque parezca de Perogrullo, sujeción al derecho. Llamaremos a estos escenarios *enfoque de derechos*.

El lugar central que en el Estado de derecho tiene la IJ, se percibe en la exhaustiva regulación normativa existente y en la forma como los propios jueces la utilizan en ámbitos de adjudicación. En ambos casos -normas y jurisprudencia- se ven reflejados los distintos enfoques mencionados -institucional, político y de derechos<sup>2</sup>-, pero no siempre son claras sus relaciones, quizá por-

<sup>2</sup> Hay otros enfoques de la IJ, como el de Garzón Valdés -que podría llamarse ético o valorativo-, en virtud del cual, lo importante es que la decisión de control que realiza el juez al ejecutivo o al legislativo sea confiable, "en el sentido de que adoptan buenas decisiones desde el punto de vista democrático-constitucional" la cual depende de la confianza por parte de la ciudadanía (electores y gobernantes) en que los jueces prestan su adhesión incondicionada a la Constitución democrática, que es la que proporciona el "respaldo justificante de la decisión judicial". La clave aquí es, pues, la confiabilidad judicial, que puede verse afectada por el procedimiento de elección de jueces y por la divergencia de los fallos con la "communis opinio que puede conducir a una pérdida de confiabilidad por parte de la ciudadanía". Garzón Valdés, E. "El papel del poder

que no es su preocupación central, como sí lo es la estipulación normativa -en el caso del legislador- y la solución de casos concretos -en el caso del juez-.

Este escrito tratará de mostrar esas conexiones, en particular la relación institución-derecho de la IJ<sup>3</sup>, y el (nuevo) sentido que adquiere (debe adquirir) el enfoque institucional, si se lo mira a través del enfoque de derechos. Pero también se resaltarán, así sea brevemente, el peso que en Colombia ha tenido y tendrá el principio de la IJ, como puede verse en dos ejemplos concretos: el control de constitucionalidad hecho por la Corte Constitucional a la llamada reforma al Equilibrio de Poderes y la reciente creación de la Jurisdicción Especial de Paz, fruto de lo acordado en la Habana entre el Gobierno Nacional y la guerrilla de las Farc.

Al efecto, se recordarán (I) los principales instrumentos internacionales que refieren la IJ, y (II) la forma como una corte internacional -la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)- los ha utilizado e interpretado al resolver casos. Este análisis permitirá mostrar la relación derecho-institución de la IJ. Por último (III) se sintetizará la manera como incidió el principio de IJ en la Sentencia C-285 de 2016 y (IV) en el Acto Legislativo 01 de 2017.

## Lineamientos internacionales sobre independencia judicial

Es una premisa compartida por los ordenamientos jurídicos alrededor del mundo -al menos aquellos en contextos del Estado democrático y de derecho- que la administración de justicia juega un papel crucial para el mantenimiento de la permanencia constitucional e institucional de las naciones. Así mismo, la judicatura contribuye a “estabilizar el equilibrio de fuerzas dentro del gobierno y su actuación puede fortalecer la confianza ciudadana en la integridad del Estado” (Organización de las Naciones Unidas, 2010).

En razón a ese interés compartido, la IJ constituye una de las garantías fundamentales relacionadas con el funcionamiento de la judicatura, y por lo tanto ha sido consagrada a nivel internacional como componente clave de un entramado complejo de protecciones dirigidos, unos a los usuarios de la justicia, y otros a su estructura burocrática, dentro de la que hacen parte la competencia, la imparcialidad, el derecho de defensa y el debido proceso.

---

judicial en la transición a la democracia”. En: *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*, n.º 18 (abril 2003), p. 30-31.

<sup>3</sup> La relación con el enfoque político no será resaltado aquí, aunque de alguna manera se pueda ver reflejado. Como se sabe, lo decisivo en esta concepción de la IJ es la capacidad de control del poder judicial frente al ejecutivo o el legislativo. Al respecto puede verse a Gargarella R. “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”. En: *Revista Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*, n.º 6 (abril 1997), p. 60.

En ese contexto la IJ ha sido entendida internacionalmente como parte constitutiva del “derecho a ser escuchado por un tribunal competente, independiente e imparcial”, la que a su vez se presenta como disposición normativa que puede ser rastreada en múltiples y diversas protecciones jurídicas alrededor del mundo, las cuales son coherentes en tanto han replicado su fórmula desde que fue concebida por primera vez en los albores de la modernidad.

En efecto, y para no ir tan lejos, esta prerrogativa fundamental puede ser rastreada desde el comienzo de la reconfiguración del derecho internacional público con la promulgación de la Declaración Universal de Derechos de 1948, que en su artículo 10<sup>4</sup>, así como también, de forma más vinculante en el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>5</sup> consagran la facultad -en cabeza de las personas- de exigir a los Estados la posibilidad de acudir ante una judicatura competente, imparcial e independiente para la resolución de las demandas de justicia.

Así mismo, convenios y tratados regionales de protección a los derechos humanos han retomado esta preocupación universal como garantías específicas, que a pesar de ser consagradas de múltiples formas, responden al unísono a la necesidad de satisfacer adecuadamente un escenario jurisdiccional en beneficio de las personas y los pueblos. Por ejemplo, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CA<sup>6</sup>- estipula como componente del derecho multidimensional de las “*garantías judiciales*”, la existencia de autoridades judiciales competentes, imparciales e independientes.

Esta misma preocupación puede evidenciarse en el “derecho a un proceso equitativo” establecido en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>7</sup>, y en el artículo 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>8</sup>,

<sup>4</sup> “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

<sup>5</sup> “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

<sup>6</sup> “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

<sup>7</sup> “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

<sup>8</sup> “Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica: a) derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes; b) el

que debe ser leído en conjunto con el 25 de la misma, cuando instaura la obligación de los Estados africanos a garantizar tribunales autónomos en la promoción y protección de los derechos humanos en la región<sup>9</sup>.

En virtud de este marco internacional de protección, y en reconocimiento del papel crucial que una judicatura competente, independiente e imparcial desempeña en la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, fueron adoptados en el año de 1985 los “principios básicos relativos a la independencia de la judicatura” en el seno del séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, el cual recibió posteriormente el respaldo de la Asamblea General para establecer que aquellos “deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de la legislación y la práctica nacionales, y ser puestos en conocimiento de los jueces, los abogados, los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo y el público en general” (ONU, 2010). El principio no. 1 “Independencia de la judicatura” de este instrumento señala que:

1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.
2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.
3. La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.
4. No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.

---

derecho a ser considerado inocente hasta que un tribunal competente demuestre su inocencia; c) el derecho a la defensa, incluido el derecho a ser defendido por un abogado de su elección; d) el derecho a ser juzgado dentro de un plazo de tiempo razonable por un tribunal imparcial”.

<sup>9</sup> “Los Estados firmantes de la presente Carta tendrán el deber de garantizar la independencia de los tribunales de justicia y permitirán la creación y la mejora de instituciones nacionales apropiadas que se ocupen de la promoción y la protección de los derechos y libertades garantizados por la presente Carta”.

5. Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.
6. El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.
7. Cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones<sup>10</sup>.

Posteriormente, en el año 2001, en el marco del sistema universal de protección, fueron compartidos los *Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*<sup>11</sup>, pensados como las normas que han de regir la conducta ética de los jueces, y por ello, están estructurados en torno a los “valores fundamentales” de independencia, imparcialidad, integridad, corrección, igualdad, competencia y diligencia.

Sobre esa base, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, al reconocer también que la conducta de los jueces debe adaptarse a los principios fundamentales de una judicatura independiente, aprobó en julio de 2006 la resolución denominada *Fortalecimiento de los principios básicos de la conducta judicial*, orientada a la consolidación de los derroteros plasmados en los principios de Bangalore (ONU, 2006). En virtud de este instrumento se invitó a todos los Estados parte a que atendieran estos derroteros axiológicos y fueran tenidos en cuenta en sus legislaciones internas. Colombia, por cierto, aún se encuentra en deuda de incluirlos formalmente dentro del ordenamiento nacional.

En el preámbulo del referido instrumento se establece “la importancia que tiene para la protección de los derechos humanos una judicatura competente, independiente e imparcial, adquiere mayor énfasis por el hecho de que la aplicación de todos los demás derechos depende en último término de la correcta administración de la justicia”. Así mismo, se consagra expresamente que con este conjunto de principios se busca fijar estándares para la conducta ética de los jueces, y que los miembros del ejecutivo y el legislativo, profesionales del derecho y la sociedad en general puedan comprender y apoyar mejor a la judicatura.

---

<sup>10</sup> En igual sentido, el artículo 2 del Estatuto del Juez Iberoamericano, consagra que: “los otros poderes del Estado y, en general, todas las autoridades, instituciones y organismos nacionales o internacionales, así como los diferentes grupos y organizaciones sociales, económicos y políticos, deben respetar y hacer efectiva la independencia de la judicatura”.

<sup>11</sup> El Borrador del Código de Bangalore sobre la conducta judicial de 2001, fue aprobado por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial y revisado en la Reunión en Mesa Redonda de Presidentes de Tribunales Superiores celebrada en el Palacio de la Paz de La Haya, Países Bajos, el 25 y 26 de noviembre de 2002.

Ahora bien, el valor no. 1 de esta herramienta se ocupa concretamente del principio de la IJ, entendido como “un requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo. En consecuencia, un juez deberá defender [la] y ejemplificar [la] tanto en sus aspectos individuales como institucionales”.

El instrumento, a su vez, trae una serie de elementos de “*aplicación*” en materia de independencia. Conforme a estos, se tiene que jueces y tribunales deberán: i) ejercer su función judicial de forma independiente, partiendo de la valoración de los hechos y en virtud de una comprensión consciente de la ley, libre de cualquier influencia ajena, de instigaciones, presiones, amenazas o interferencias -sean directas o indirectas- que puedan provenir de diversas fuentes o por alguna razón; ii) ser independientes en relación con la sociedad en general y en relación con las partes particulares de una controversia judicial; iii) estar libres de conexiones inapropiadas con los poderes ejecutivo, legislativo y de influencias inadecuadas por parte de los citados poderes, e incluso, “tener apariencia de ser libre de las anteriores a los ojos de un observador razonable”; iv) ser autónomos frente a compañeros de oficio con respecto a decisiones que estén obligados a tomar en el ejercicio de su labor jurisdiccional; v) fomentar y mantener salvaguardas para el cumplimiento de sus obligaciones judiciales, con el fin de aumentar la separación de la judicatura; y vi) exhibir y promover altos estándares de conducta judicial, con el fin de reforzar la confianza del público en general (ONU, 2006).

A partir de lo anterior, expertos en materia de judicatura y conducta judicial<sup>12</sup>, han considerado que este principio no comporta un privilegio ni una prerrogativa para operadores jurídicos individualmente considerados; por el contrario, implica una responsabilidad vinculada a la función jurisdiccional en tanto sistema al servicio de los ciudadanos<sup>13</sup>. Así, el núcleo central de este consiste en la total libertad del juez para conocer las causas sometidas al tribunal y fallarlas. Nadie externo a la rama judicial -gobierno, gremio, persona u

<sup>12</sup> “El Grupo Intergubernamental de Expertos de composición abierta para el fortalecimiento de los principios básicos sobre la conducta judicial, en su reunión celebrada en Viena el 1 y 2 de marzo de 2007, procedió a elaborar y examinar a fondo un proyecto de comentario detallado sobre cada uno de los Principios de Bangalore, además de examinar los propios Principios. La reunión contó con participantes de más de 35 países. El proyecto de comentario y las enmiendas propuestas al respecto se examinaron también a fondo en la quinta reunión del Grupo de Integridad Judicial. Los Principios de Bangalore y el comentario enmendado fueron aprobados en esas reuniones, lo que les ha conferido un peso y una autoridad crecientes. El Comentario profundiza y fortalece los Principios y contribuye considerablemente a fomentar la aprobación de los Principios a escala mundial como declaración universal de deontología judicial” (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2013, 5).

<sup>13</sup> Por ello, la IJ como componente del derecho a acceder a un juicio justo, comporta necesariamente la garantía de independencia del juez que conoce un caso particular. Más aún, esa disposición ha sido calificada por el Comité de Derechos Humanos en repetidas ocasiones como “un derecho absoluto que no admite excepciones” (Comisión Internacional de Juristas, 2005, 15).

otro jurista- debe interferir o tratar de obstruir la forma en que sustancia una causa y adopta una decisión (Comisión Internacional de Juristas, 2005, p. 33).

Por su parte, el artículo 1 del Código de Iberoamericano de Ética Judicial consagra el principio de independencia como una garantía a la ciudadanía de que sus controversias jurídicas serán juzgadas conforme a “parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales”. En función de ello, el principio de IJ comporta una serie de mandatos o derroteros en cuanto a la conducta esperada por el juez en el desarrollo de sus funciones jurisdiccionales.

En suma: el juez independiente es aquel que i) determina desde el derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al sistema de normas mismo; ii) con sus actitudes y comportamientos, pone de manifiesto que no recibe influencias -directas o indirectas- de ningún otro poder público o privado, bien sea externo o interno al orden judicial; iii) le está éticamente vedado participar de cualquier manera en actividad política partidaria; iv) puede reclamar que se le reconozcan los derechos y se le suministren los medios que posibiliten o faciliten su independencia; v) tiene el derecho y el deber de denunciar cualquier intento de perturbación de su IJ; vi) no solo se le exige éticamente que sea autónomo sino también que no interfiera en la labor de otros colegas; y vii) debe ejercer con moderación y prudencia el poder que acompaña al ejercicio de la función jurisdiccional<sup>14</sup>.

Así pues, los instrumentos internacionales referidos dan cuenta de los distintos enfoques de la IJ que han sido aludidos previamente. Por un lado, en el marco de su perspectiva institucional, la IJ tiene que ver con la definición de la relación entre la judicatura y los demás poderes oficiales, tanto de forma colaborativa como confrontacional. En el marco de la primera de ellas, se trata de una garantía de las condiciones -suficientes y necesarias- de realización de la autonomía de la judicatura<sup>15</sup>. Lo que en últimas comporta la premisa de que para que el operador jurídico pueda cumplir con sus mandatos internacionales, constitucionales y legales, debe hacerse efectiva la IJ tanto

<sup>14</sup> Código Iberoamericano de Ética Judicial, reformado el 2 de abril de 2014 en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, Santiago, Chile, artículos 2 a 8.

<sup>15</sup> Estas permiten de algún modo, calificar o valorar si puede considerarse independiente a un juez respecto a los demás poderes del Estado. En función de esa tarea, se ha atendido a ciertos criterios orientadores tales como, entre otros, la forma de nombramiento de los agentes judiciales, la duración de sus funciones, sus condiciones de trabajo, la existencia de garantías frente a las presiones externas y a la cuestión de si la autoridad jurisdiccional exhibe una apariencia de autonomía. En esta línea, se puede decir que el principio de IJ exige al menos tres cosas: i) estabilidad del cargo, es decir, que este “esté garantizado frente a toda injerencia discrecional o arbitraria del poder ejecutivo u otra autoridad encargada de los nombramientos”; ii) seguridad económica, valga decir el “derecho a un sueldo y una pensión establecidos por ley y que [los jueces] no estén sujetos a injerencias arbitrarias del poder ejecutivo que [la] puedan afectar”, y iii) independencia institucional, esto es, control y discrecionalidad en los asuntos administrativos que guardan relación directa con el ejercicio de sus funciones. (Comisión Internacional de Juristas, 2005, 35-36).

conforme a su persona como a la autoridad a la cual pertenece (Comisión Internacional de Juristas, 2005, p. 34).

Pero al mismo tiempo, las referidas normas evidencian no solo la existencia fundamental del enfoque de derechos de la IJ, sino que también muestran su inescindible relación con el primero, especialmente en términos de justificación. Los instrumentos internacionales son coincidentes en establecer, por un lado, las condiciones para que la IJ pueda verse materializada, es decir, para que la judicatura pueda funcionar adecuadamente, y en últimas, lograr sus objetivos concretos. Y, por otro lado, esas condiciones deben ser garantizadas y respetadas, so pena de que los mismos jueces y operadores jurídicos puedan exigir las y hacerlas valer, aunque no para sí, sino precisamente para desempeñar las labores para las cuales fueron designados; esto es, para responder a las exigencias de la ciudadanía en la administración de conflictos y de satisfacción de derechos.

## **Adjudicación e independencia judicial en la Corte Interamericana de DDHH**

También en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -Corte IDH- es posible identificar una línea clara acerca de la noción, naturaleza y alcance de la IJ en el contexto de las Américas. En los 19 casos en los que el tribunal interamericano ha estudiado el tema, se constatan claramente dos de los enfoques resaltados en el presente escrito: i) las decisiones que se relacionan con las condiciones de realización de la IJ en tanto institución, y ii) los pronunciamientos que presentan los alcances de la IJ como derecho. Estos dos entendimientos han sido abordados independientemente, pero también de forma conjunta. Y en este último evento, se ha hecho evidente la relación necesaria e inescindible entre uno y otro enfoque de la IJ.

### **Condiciones de realización de la IJ como institución**

Esta faceta tiene que ver con la obligación estatal de garantía y respeto -es decir, un deber tanto positivo como negativo- de la IJ en tanto institución fundamental para el Estado democrático de derecho y como una materialización del clásico principio de la separación de poderes. En tanto institución, la IJ comporta una serie de condiciones mínimas para su materialización, de modo que el desconocimiento de ellas, en forma omisiva o activa, ha dado lugar a la responsabilidad internacional estatal en el marco del sistema interamericano de protección a los derechos humanos en nuestra región.



Conviene advertir que la Corte IDH ha valorado el alcance del artículo 8.1 de la CA de forma integral respecto a los tres elementos del derecho de garantías judiciales comprendido en esta disposición, es decir, la exigencia de un juez o tribunal i) competente, ii) independiente, iii) imparcial. Esto cobra sentido cuando, a pesar de que en algunos pronunciamientos los diferencia, el tribunal interamericano da un tratamiento conjunto a la exigencia de imparcialidad y a la independencia, tal como se verá a continuación.

En el caso del *Tribunal Constitucional c. Perú*<sup>16</sup> se trató el tema de la independencia en un escenario fáctico de confrontación entre el poder legislativo y el judicial, esto es, en el marco de un atentado en contra de la separación de poderes en el Estado de derecho.

Para la Corte IDH uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos deben comprender procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución (párr. 73). En otras palabras, la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse de manera imparcial en el procedimiento establecido para tal efecto, lo cual no puede desconocer el ejercicio del derecho de defensa. Es por ello que se debe garantizar la independencia de cualquier juez en un Estado de derecho y, en especial, la del fallador constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento (párr. 74).

En esta ocasión, el tribunal interamericano trajo a colación lo desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>17</sup>, y lo consagrado en los principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura para fijar como constitutivas de la institución de IJ las siguientes garantías: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo [con una duración establecida en el mismo] y la garantía contra presiones externas (párr. 75).

En virtud de este razonamiento, una condición clave de la IJ es el establecimiento de reglas claras de nombramiento, estabilidad y destitución de los operadores jurídicos, lo cual además debe ser conocido por un órgano

<sup>16</sup> Los hechos del presente caso tuvieron ocurrencia el 28 de mayo de 1997 cuando Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano fueron destituidos de sus cargos como magistrados del Tribunal Constitucional. Ello fue producto de un juicio político efectuado por el Congreso cuando se abstuvieron de dar aplicación favorable a una modificación normativa que permitía la reelección presidencial de Alberto Fujimori. El 25 de julio de 1997 y el 1 de agosto de ese mismo año, las víctimas interpusieron acciones de amparo contra las resoluciones que los removieron, sin embargo, todos los recursos judiciales adelantados para revertir las decisiones fueron declarados infundados. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tribunal Constitucional c. Perú, sentencia del 31 de enero de 2001 (fondo, reparaciones y costas).

<sup>17</sup> [53] Cfr. Eur. Court H.R., Langborger case, supra nota 51, para. 32; Eur. Court H.R., Campbell and Fell, supra nota 47, para. 78; Eur. Court H.R., Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, para. 55 y Eur. Court H.R., Piersack judgment of 1 October 1982, Series A no. 53, para. 27.

imparcial que respete el debido proceso y el derecho de defensa de quien es destituido de su cargo. En este escenario se confunden los derechos del operador jurídico sometido a juicio conocido por autoridad imparcial y la obligación del Estado de dirigir contra este un procedimiento que respete y garantice la estabilidad de quien es sometido a tal evaluación.

No obstante, es claro que una condición esencial para la materialización de la IJ -en tanto institución-, es el cumplimiento del deber activo de otras esferas del Estado de garantizar procedimientos reglados cuando se pueda ver afectada la estabilidad de los operadores jurídicos en el Estado de derecho. Es decir, toda medida sancionatoria debe seguir de forma estricta el debido proceso y garantizar un juicio adecuado en la medida en que afecta la permanencia de quienes ejercen funciones jurisdiccionales, es decir, de quienes se predica la independencia de una rama del poder público.

En *Palamara Iribarne c. Chile*<sup>18</sup>, la Corte IDH valoró otro tema que puede llegar a comprometer la institución de la IJ, y es el hecho de que existan jueces que conozcan de asuntos o delitos comunes en el marco de la jurisdicción penal militar (ver p. 26). Así, la Corte IDH consideró que el hecho de que los tribunales castrenses estén compuestos por agentes en servicio activo y por ende estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento “no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales”, así como tampoco cuentan con las garantías suficientes de inamovilidad, ni la formación jurídica exigible para desempeñar funciones propias de jueces o fiscales, ello conduce a que tales autoridades carezcan de independencia e imparcialidad (párr. 155).

De hecho, al retomar lo referido en el caso del *Tribunal Constitucional c. Perú*, respecto a la necesidad de que un juez o tribunal militar cumpla con las condiciones de independencia e imparcialidad debe garantizarse que dichas condiciones “de cualquier juez [o tribunal] en un Estado de derecho”, cuenten con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo, garantías de inamovilidad y contra presiones externas (párr. 156).

En el caso *Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) c. Venezuela*<sup>19</sup> resaltó la Corte IDH que los Estados están obligados a asegurar

<sup>18</sup> Los hechos de este tienen que ver con la censura previa impuesta a la publicación del libro *Ética y Servicios de Inteligencia*, la incautación de todo el material relacionado con ella, la detención arbitraria del autor, Humberto Antonio Palamara Iribarne, y su posterior procesamiento penal militar por los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares, y una investigación administrativa sumaria dado que fue asesor técnico de las Fuerzas Armadas chilenas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Palamara Iribarne c. Chile, sentencia del 22 de noviembre de 2005 (fondo, reparaciones y costas).

<sup>19</sup> Este asunto se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la destitución de los jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo sin un debido proceso. El 12 de septiembre de 2000 la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia designó a Ana María Ruggeri Cova, Evelyn Margarita Marrero Ortiz, Luisa Estela Morales, Juan Carlos Apitz Barbera y

que los jueces provisorios sean independientes y, por ello, debe otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a libre remoción.

En tal virtud, la provisionalidad no debe significar alteración alguna del régimen de garantías para el buen desempeño del juzgador y la salvaguarda de los propios "*justiciables*". Además, esa situación laboral no debe extenderse indefinidamente en el tiempo y debe estar sujeta a una condición resolutoria, como por ejemplo, el "cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición y antecedentes que nombre al reemplazante del juez provisorio con carácter permanente" (párr. 43).

A la luz de estos términos, el tribunal interamericano consideró que la indeterminación en el tiempo de la provisionalidad de los jueces, o el hecho de que la mayoría de ellos se encontraran en esa situación, genera importantes obstáculos para la IJ. Hecho que enmarca una circunstancia de vulnerabilidad del poder judicial, acentuada en la medida en que no existieran procesos de destitución respetuosos de las obligaciones internacionales de los Estados conforme a los estándares ampliamente ilustrados y reiterados sobre IJ.

Un importante aporte en las consideraciones contenidas en esta providencia, fue diferenciar la IJ de la imparcialidad, lo cual, como se vio arriba, no había sido decantado por el tribunal interamericano cuando se refería al alcance del artículo 8.1 de la CA.

En efecto, la Corte resaltó que, si bien es cierto que la independencia y la imparcialidad están relacionadas, también lo es que tienen un contenido jurídico propio. Así, siendo uno de los objetivos principales de la separación de los poderes públicos la garantía de la IJ, el ejercicio autónomo de la labor judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional –sistema del poder judicial– como sistema, como en conexión con su vertiente individual –persona del juez–. El objetivo de esta protección radica en evitar que el aparato jurisdiccional en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función, por parte de órganos ajenos a esta rama del poder público, o incluso por parte de

---

Perkins Rocha Contreras para ocupar con "*carácter provisorio*" los cargos de magistrados de la referida corporación. El 30 de octubre de 2003 fueron destituidos en virtud de la presunta comisión de un error judicial inexcusable (retirar un expediente judicial de las instalaciones del alto tribunal, lo que fue catalogada por la Corte Suprema de ese país como una "*práctica común*" que no era considerada ilícita en Venezuela). Así como también, por una decisión que no fue bien recibida por la máxima autoridad del Gobierno, quien calificó a las víctimas como "*vendidos a los intereses de la oposición golpista*" (párr. 136). Ante la remoción de los cargos y la iniciación de investigaciones penales y disciplinarias, las víctimas interpusieron una serie de recursos a fin de cuestionar dicha medida, los cuales no fueron exitosos. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") c. Venezuela (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 5 agosto de 2006.

aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación dentro de la misma<sup>20</sup> (párr. 55).

En cambio, al tratar la imparcialidad, la Corte IDH sostuvo que esta exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa libre -subjetivamente- de todo prejuicio, ofreciendo así garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda "que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la decisión" que se adopte dentro de su caso de manera ecuaníme (párr. 56).

Posteriormente, en *Reverón Trujillo c. Venezuela*<sup>21</sup>, se controvertió el alcance del artículo 8.1 de la CA en materia de la titularidad del derecho respecto a la víctima. En este caso, quien acudió al sistema interamericano había sido removida del cargo provisional que ostentaba como jueza de la República. En la controversia interamericana alegó la violación de la mencionada norma en tanto consideró que su destitución constituyó una violación al derecho de independencia que le asistía como operadora judicial.

En su análisis, la Corte IDH consideró que de acuerdo a los términos del artículo 8.1 convencional, el sujeto titular del derecho es la persona situada frente al juez que resolverá la causa que le ha sido sometida a su conocimiento. Esto es, un ciudadano tiene la facultad para exigir que quien conozca de su asunto, sea un agente imparcial e independiente. Pero al mismo tiempo, el tribunal interamericano advirtió que en virtud de ese derecho surgen dos obligaciones -correlativas-. La primera del juez y la segunda del Estado.

Así, el fallador tiene el deber de ser independiente, el cual cumple cuando juzga únicamente conforme al (y movido por el) ordenamiento jurídico. Por su parte, el Estado tiene que garantizar y respetar, conforme al artículo 1.1 de la CA, el derecho de las personas a ser juzgadas por un juez independiente.

Este deber de respeto, comporta la obligación negativa de las autoridades públicas de abstenerse de realizar injerencias indebidas al "*poder judicial*" o sobre sus integrantes, es decir, con relación a la persona del juez específico. Implica a su vez, prevenir dichas intromisiones e investigar y sancionar a quienes las cometan. Además, el deber de prevención consiste en la adopción,

<sup>20</sup> Es lo que califica Owen Fiss (1997) como "*autonomía individual*", que tiene un alcance tanto horizontal como vertical dentro de la judicatura.

<sup>21</sup> La señora Reverón Trujillo fue nombrada mediante resolución del Consejo de la Judicatura el 16 de julio de 1999 como jueza de Primera Instancia de lo Penal. En dicha decisión se estableció que la designación tenía un "*carácter provisorio*" hasta "*la celebración de los respectivos concursos de oposición*". El 6 de febrero de 2002 la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial la destituyó de su cargo bajo el argumento de que ella habría incurrido en "*ilícitos disciplinarios*". Posteriormente, el Tribunal Supremo de Justicia declaró la nulidad de la sanción de destitución. Sin embargo, no ordenó la restitución de la jurista, ni tampoco el pago de los salarios dejados de percibir. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Reverón Trujillo c. Venezuela, sentencia del 30 de junio de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

conforme al artículo 2 de la CA, de un apropiado marco normativo que asegure un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad de los jueces y la garantía contra presiones externas (párr. 146).

Bajo este entendido, la Corte fue insistente en señalar que los titulares del derecho -a independencia e imparcialidad- no pueden ser tribunales y jueces. No obstante, en el marco de la obligación que le asiste al Estado de abstenerse de realizar injerencias indebidas a la función judicial, de lo cual deriva el respeto y garantía mismo del derecho contenido en el artículo 8.1 C.A., deben existir una serie de protecciones en materia de "elección transparente de los jueces y tribunales", relacionado ello con un "adecuado marco normativo" que guíe los procedimientos de nombramiento y similares.

En efecto, el tribunal interamericano consideró que cumplir con un adecuado proceso de nombramiento de operadores jurídicos involucra necesariamente el derecho de los aspirantes a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad; así mismo, la garantía de no estar sujeto a libre remoción conlleva a que los procesos disciplinarios y sancionatorios de jueces deben respetar las garantías del debido proceso y debe ofrecerse a los perjudicados un recurso efectivo; la protección de inamovilidad a su vez debe traducirse en un adecuado régimen laboral a favor del fallador, en el cual los traslados, ascensos y demás condiciones sean suficientemente controladas y respetadas, por todas las esferas estatales.

Por lo anterior, la Corte Interamericana concluyó que el derecho consagrado en el artículo 8.1 de la CA asiste a los ciudadanos que acuden ante la administración de justicia, esto es de ellos frente a los tribunales y jueces, siendo en este caso improcedente declarar la violación, en términos de IJ, por las destituciones o injerencias sobre la base de un derecho subjetivo del operador jurídico (ver párr. 147-148).

No obstante, este pronunciamiento consolidó una serie de consideraciones relativas a las condiciones imprescindibles para hablar de IJ como institución, que, aunque existe en función de los derechos de las personas, debe ser protegida y respetada por todas las autoridades estatales.

Al analizar el asunto *Chocrón Chocrón c. Venezuela*<sup>22</sup> el tribunal interamericano

---

<sup>22</sup> El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la destitución arbitraria de la jueza Mercedes Chocrón Chocrón sin haberse garantizado un debido proceso ni un recurso adecuado para cuestionar dicha situación. La víctima había sido designada "con carácter temporal" por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia como operadora judicial del Juzgado de Primera Instancia del Circuito Judicial Penal en Caracas. Posteriormente, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura puso en conocimiento de los ciudadanos la "lista de postulados" para una serie de cargos, incluido el de esta quien se había presentado para ocupar el mismo en propiedad. Sin embargo, el 3 de febrero de 2003, la Comisión Judicial venezolana decidió dejar sin efecto su designación, sobre la base de ciertas observaciones que habrían sido formuladas ante los magistrados que tomaron esa decisión. Tales argumentos jamás fue-

sostuvo que el artículo 8.1 debía ser entendido en relación con los estándares fijados en su jurisprudencia -específicamente en el pronunciamiento Reverón Trujillo-. Refirió pues, que los jueces -a diferencia de los demás funcionarios públicos- cuentan con garantías debido a la independencia necesaria de la judicatura, lo cual resulta “esencial para el ejercicio de la función judicial”.

Al respecto, la Corte reiteró que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a injerencias indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos a la jurisdicción, o incluso, por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación (ver párr. 97).

En los casos del *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) c. Ecuador*<sup>23</sup> y de la *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) c. Ecuador*<sup>24</sup>, -ambos relacionados por el mismo contexto de inestabilidad institucional por el que atravesó el Ecuador durante 2004-, se retomó el análisis realizado en el caso del *Tribunal Constitucional c. Perú* por guardar clara relación fáctica con este asunto. En tal suerte, se retomó la reiterada consideración respecto a las garantías de IJ que deben caracterizar a la judicatura, esto es, un adecuado

---

ron revelados o puestos en conocimiento de la perjudicada. Frente a ello, la señora Chocrón Chocrón interpuso una serie de recursos administrativos y judiciales a fin de cuestionar su despido. No obstante, estos fueron denegados. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chocrón Chocrón c. Venezuela, sentencia del 1 de julio de 2011 [excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas].

<sup>23</sup> El caso se refiere a la remoción arbitraria de seis magistrados -vocales principales y suplentes- del Tribunal Constitucional ecuatoriano, quienes habían sido elegidos por el Congreso Nacional en 2003. Las víctimas, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales habían fallado dos casos de forma contraria a iniciativas legislativas de un sector político -con afinidad del presidente de la época, Lucio Gutiérrez- de ese órgano de representación democrática. Los altos jueces fueron sometidos el año siguiente a su designación a juicio político promovido ante el parlamento por el Gobierno de ese entonces, y luego de un proceso de votación se determinó que la elección de los dignatarios judiciales había sido ilegal y por lo tanto los “cesaron” de sus labores sin notificación ni posibilidad de controvertir la decisión. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) c. Ecuador, sentencia del 28 de agosto de 2013 [excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas].

<sup>24</sup> El caso está relacionado con la remoción arbitraria de 27 magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador mediante resolución parlamentaria de 8 de diciembre de 2004, en ausencia de un marco legal claro que regulara las causales y procedimientos de separación de su cargo, y en desconocimiento de las normas constitucionales en virtud de las cuales fueron nombrados en cuanto al carácter indefinido de su designación y el sistema de cooptación como forma de llenar posibles vacantes. Las víctimas no contaron con garantías mínimas de debido proceso, no fueron escuchadas ni tuvieron oportunidad de defenderse. Tampoco tuvieron a su disposición un recurso judicial efectivo que les ampara frente al actuar arbitrario del Congreso Nacional. “Estos hechos ocurrieron en un álgido contexto político y de fragilidad institucional del poder judicial en Ecuador”, CIDH, comunicado de prensa, 17 de agosto de 2011. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) c. Ecuador, sentencia del 23 de agosto de 2013 [excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas].

proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la protección contra presiones externas.

En materia de inamovilidad resaltó que, entre sus elementos, los principios básicos de la ONU sobre IJ establecen que debe ser garantizada tanto a favor de jueces nombrados mediante decisión administrativa, como de los elegidos por otras vías jurídicas, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto. Además, la remoción del cargo debe producirse por faltas de disciplina graves -p. e. mala conducta- o “*incompetencia*”, siempre conforme a procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la constitución o la ley. Lo anterior en atención a que este componente no es absoluto, pues según el derecho internacional de los DDHH, se admite la destitución de operadores jurídicos por conductas “*claramente*” reprochables<sup>25</sup> (párr. 189).

Respecto a la garantía contra presiones externas, se consideró que los jueces deberán resolver los asuntos que conozcan “basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo” (párr. 190). En conexión con lo anterior, esta protección de la judicatura frente a represalias por parte de agentes externos o superiores jerárquicos, comporta también la prohibición específica de remover jueces en razón del sentido de una decisión o fallo que revoca una providencia proferida por la víctima<sup>26</sup> (párr. 193).

Un importante elemento contenido en esta providencia constituyó el cambio jurisprudencial respecto a lo señalado en el caso *Reverón Trujillo c. Venezuela*, en el que la Corte IDH había sostenido que el artículo 8.1. Convencional solo era predicable de las personas respecto a los jueces y tribunales, y que estos últimos no podían invocar su vulneración cuando eran destituidos.

En esta ocasión, contrario a la postura referida, el tribunal interamericano consideró que la IJ no solo debe analizarse en relación con el “*justiciable*”, dado que “el juez debe contar con una serie de garantías que hagan posible la independencia judicial”. Bajo esta lógica, la violación de la garantía de la IJ, en lo que atañe a la inamovilidad y estabilidad de un juez en su cargo, debe analizarse a la luz de los derechos convencionales del fallador cuando se ve afectado por una decisión estatal que perjudique arbitrariamente su período

<sup>25</sup> [229] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Artículo 14: El derecho a un Juicio Imparcial y a la Igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 20. Ver también Comité de Derechos Humanos, comunicación No. 1376/2005, Soratha Bandaranayake Vs. Sri Lanka, CCPR/C/93/D/1376/2005, párr. 7.3.

<sup>26</sup> [232] Principios y Directrices relativos el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África, adoptados como parte del informe de actividades de la Comisión Africana en la 2ª Cumbre y Reunión de Jefes de Estado de la Unión Africana celebrada en Maputo del 4 al 12 de julio de 2003, Principio A, numeral 4, literal n (2).

de nombramiento. En consecuencia, la garantía institucional de la IJ se relaciona directamente con un derecho del operador judicial de permanecer en su cargo (ver párr. 197).

Finalmente, el tribunal interamericano retomó lo dicho en *Apitz Barbera y otros* ("*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*") y *Reverón Trujillo*, ambos contra Venezuela, sobre las dos facetas de la IJ: la institucional (rama judicial en tanto sistema) y la individual (respecto a la persona del juez o tribunal en específico). Pero adicionalmente, la Corte resaltó que la dimensión objetiva -institucional- se relaciona con aspectos esenciales para el Estado de derecho, tales como el principio de separación de poderes, y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia. Por lo que, esta trasciende la figura del juzgador e "impacta colectivamente en toda la sociedad". Asimismo, existe una relación directa entre la parte objetiva de la IJ y el derecho de los operadores judiciales a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad, como clara expresión de su garantía de estabilidad (párr. 198). Así pues, el tribunal interamericano sentó una dogmática clara en el contexto de los casos conocidos hasta esta providencia. En efecto, a partir de los estándares señalados anteriormente, concluyó que:

i) El respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial; ii) las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato, y iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana.

En tal virtud, es claro que la Corte IDH modificó parcialmente la línea que venía manteniendo respecto al alcance del artículo 8.1. convencional sobre los casos de destitución de jueces y su "derecho a la IJ". No obstante, no debe perderse de vista que, en todo caso, la conexión entre los derechos subjetivos de jueces y la IJ como institución tiene cabida por la lógica misma del Estado de derecho y la separación de poderes, pues la protección de nombramiento, inamovilidad, permanencia y garantía contra presiones externas, tiene razón de ser por la obligación activa que recae sobre los Estados interamericanos en materializar las estructuras constitucionales y democráticas de las naciones a las que ellas responden.



En los casos de *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) c. Venezuela*<sup>27</sup> y *López Lone y otros c. Honduras*<sup>28</sup> la Corte IDH retomó el estándar general en materia de IJ desarrollado en su jurisprudencia, así como también los alcances de las facetas institucional e individual de tal noción y su diferencia conceptual respecto a la figura de la imparcialidad.

En el segundo de estos, el tribunal interamericano señaló que, conforme a lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada imparcialidad objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona (párr. 233).

Finalmente, se puede decir que en *Valencia Hinojosa y otra c. Ecuador*<sup>29</sup> se consolidó de algún modo la línea sostenida a lo largo de las 9 sentencias anteriores, en materia de IJ.

Así, la Corte IDH reafirmó que la estabilidad es una de las principales garantías de la IJ, por lo que debe ser protegida la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos previamente por la legislación, en tanto la libre remoción de los mismos fomenta la duda objetiva sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias.

En tal sentido, la garantía de estabilidad e inamovilidad de operadores jurídicos implica que: i) su separación del cargo obedezca exclusivamente a las

---

<sup>27</sup> El caso se relaciona con la alegada decisión del Estado venezolano de no renovar la concesión del canal Radio Caracas Televisión (RCTV). Como consecuencia de esta decisión, el 28 de mayo de 2007 RCTV dejó de transmitir como estación de televisión abierta (información oficial del tribunal interamericano). Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) c. Venezuela* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

<sup>28</sup> Los hechos de esta controversia tienen que ver con los procesos disciplinarios y la destitución de los jueces Adán Guillermo López Lone, Luis Alonso Chévez de la Rocha y Ramón Enrique Barrios Maldonado, así como de la magistrada Tirza del Carmen Flores Lanza. Procedimientos que fueron iniciados en virtud de las decisiones judiciales que las víctimas profirieron “en defensa de la democracia y el Estado de derecho en el contexto del golpe de Estado ocurrido en junio de 2009 en Honduras” [Resumen oficial]. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *López Lone y otros c. Honduras*, sentencia del 5 de octubre de 2015 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

<sup>29</sup> El caso se relaciona con la presunta muerte violenta del agente de policía Luis Jorge Valencia Hinojosa, en el marco de un operativo policial en el cual la presunta víctima habría sido perseguida. Según la Comisión, la investigación penal llevada a cabo incumplió con las obligaciones estatales en materia de esclarecimiento y justicia frente a supuestos como el del presente caso. Se alegó que el uso de la justicia penal policial constituyó un desconocimiento al derecho a un juez independiente e imparcial. Asimismo, se alega que la investigación no fue adelantada con la debida diligencia ni en un plazo razonable, y que el Estado no habría desplegado los esfuerzos necesarios para esclarecer si se trató de un supuesto de suicidio como alegaron los funcionarios involucrados o si se trató de una ejecución extrajudicial. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Valencia Hinojosa y otra c. Ecuador*, sentencia del 29 de noviembre de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato; (ii) los jueces solo pueden ser destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia, y (iii) todo proceso disciplinario de jueces deberá resolverse de acuerdo con las normas de comportamiento judicial establecidas en procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la constitución o la ley (párr. 105).

Ahora bien, en relación con una de las primeras discusiones abordadas por el tribunal interamericano sobre la incidencia que tienen los tribunales militares en la materialización de la IJ –caso *Palamara Iribarne c. Chile*–, se estableció que, en relación con la estructura orgánica y composición de la jurisdicción castrense, sus dependencias carecen de independencia e imparcialidad cuando sus integrantes han sido o son militares en servicio activo.

Este compromiso negativo de la IJ está dado por cuanto en el marco de las jurisdicciones penales militares, sus funcionarios estarían subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, el nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuentan con garantías suficientes de inamovilidad y/o no poseen una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscal (párr. 93).

Conforme a esta revisión temática del tratamiento jurisprudencial de la Corte IDH sobre IJ se puede concluir parcialmente que existe una sólida posición conceptual en materia de las condiciones necesarias para que se materialice la institución de la IJ. Al tratarse de una figura propia de Estado democrático de derecho, y una herramienta de consolidación del principio de división de poderes, la IJ constituye una obligación no solo de respeto sino también, y en este contexto en particular, de garantía por parte de los estados interamericanos. De hecho, si se entiende que “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de derecho son inseparables” y que por tanto el ejecutivo, legislativo y judicial constituyen tres ramas separadas e independientes del Estado, con responsabilidades exclusivas y específicas, no es aceptable que ninguna de ellas interfiera en la esfera de las otras. Por tanto, el principio de división de poderes es la piedra fundamental de un sistema judicial autónomo e imparcial (Comisión Internacional de Juristas, 2005, 17), esto es, un requisito *sine qua non* del Estado democrático y de derecho.

Es inherente al cumplimiento del deber de respeto y garantía de los derechos humanos, la obligación de organizar el Estado de forma tal que se asegure que el funcionamiento y estructura de sus instituciones esté fundada en la verdadera separación de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, y con ello, la existencia de un sistema judicial materialmente independiente e imparcial, así como la implementación por parte de las autoridades del principio

de legalidad en todas sus manifestaciones. El principio de separación de poderes es un requisito esencial de la adecuada administración de justicia. De hecho, tener un sistema judicial independiente de los “*otros poderes*” estatales es condición necesaria para la justa administración de la jurisdicción (Comisión Internacional de Juristas, 2005, p. 20).

Ahora bien, como se verá a continuación, la IJ como institución cobra sentido en función del derecho humano a acceder a una jurisdicción autónoma y funcional. Es fundamental que los jueces no estén sometidos jerárquicamente al poder ejecutivo o legislativo, ni que sean “empleados civiles de cualquiera de esos poderes”. Un requisito fundamental de la IJ es que los operadores judiciales, en todos los niveles, sean funcionarios del aparato jurisdiccional y no estén subordinados o respondan a los otros poderes del Estado, especialmente al ejecutivo (Comisión Internacional de Juristas, 2005, p. 25).

Este derecho solo puede materializarse si los jueces están libres de interferencias injustificadas al decidir un caso específico, de modo que, cualquier intromisión abusiva al poder judicial acarrearía la violación al derecho individual a tener un juicio justo. Es por ello que se sostiene que el estándar desarrollado por la Corte IDH constituye un auténtico conjunto de condiciones materiales de realización de la IJ como institución.

## Los alcances de la independencia judicial como derecho

Al desentrañar la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte IDH en materia de IJ, se puede decir, conforme a la metodología aquí utilizada, que el primer pronunciamiento al respecto se dio con el caso de la “*Panel Blanca*” (*Paniagua Morales y otros*) c. *Guatemala*<sup>30</sup> en la sentencia del 8 de marzo de 1998. Parte de la controversia tuvo que ver con el alcance del derecho de garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 de la CA.

---

<sup>30</sup> En el cual el tribunal interamericano se pronunció sobre la responsabilidad internacional del referido Estado centroamericano por los actos de secuestro, detención arbitraria, trato inhumano, tortura y asesinato cometidos por agentes del Estado de Guatemala contra once personas durante 1987 y 1988, así como la falta de investigación y sanción de responsables. Las víctimas fueron detenidas arbitrariamente, torturadas y algunas, privadas de la vida, en una época en la que Guatemala atravesaba por una difícil situación de vulneración a las libertades y derechos. Las detenciones fueron perpetradas por hombres armados vinculados con alguna institución militar o policial, quienes fueron capturados y procesados por la justicia ordinaria. El operador jurídico que estuvo a cargo de la detención y procesamiento de los presuntos implicados, y quien ordenó interrogatorios contra varios funcionarios, entre ellos, el director de la Policía Nacional guatemalteca, fue secuestrado y conminado a cesar los procesos penales aludidos, presuntamente, por parte de agentes estatales. Una vez reintegrado a sus funciones, revocó todas las medidas impartidas dentro del caso y ordenó la libertad de los sindicatos al sostener que no existían elementos suficientes para fundamentar la medida. Decisión que fue confirmada por la sala de apelaciones que revisó el caso. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la “*Panel Blanca*” (*Paniagua Morales y otros*) c. *Guatemala*, sentencia del 8 de marzo de 1998 (fondo).

En este asunto, aunque los presuntos responsables de los daños generados a las víctimas fueron procesados por la jurisdicción ordinaria, el operador jurídico que conoció del caso cesó la persecución penal justo después de haber sido secuestrado y amenazado. Por ello, la Corte consideró que el caso "*Panel Blanca*" no fue tramitado ante un tribunal independiente e imparcial, no se tuvo en cuenta un plazo razonable, y el Estado no proveyó las debidas garantías para asegurar a las víctimas el debido proceso en la determinación de sus derechos como tales.

En virtud de ello, concluyó que se había violado el artículo 8.1 de la CA en relación con el procedimiento judicial que se inició para determinar la responsabilidad penal de quienes cometieron las vulneraciones a los derechos de las víctimas (párr. 155-156). Si bien en este primer antecedente, la Corte IDH no definió el contenido o alcance del componente de independencia e imparcialidad judicial del derecho de garantías judiciales consagrado convencionalmente, se puede decir que el razonamiento del tribunal se acompasa con las primeras conclusiones advertidas anteriormente.

En efecto, el hecho de que se determinara la violación convencional del artículo 8.1 en perjuicio de las víctimas por no haberse garantizado las condiciones mínimas de autonomía, no injerencia y labor del poder judicial, demuestra que la IJ implica unos estándares de protección concretos para que las personas afectadas por violaciones a sus derechos humanos sean resarcidas.

En la misma línea, en el asunto *Castillo Petruzzi y otros c. Perú*<sup>31</sup>, se debatió la violación del artículo 8 de la CA en tanto que el Código de Justicia Militar vigente para la época de los hechos, luego de una modificación normativa, consagraba el juzgamiento militar de civiles por los delitos de traición a la patria en cualquier tiempo. Este análisis sobre el traslado de competencias de naturaleza común al ámbito militar -para el procesamiento de civiles- al ser considerado por la Corte IDH como una afectación al derecho al juez natural, debido proceso, y acceso a la justicia (párr. 128), sirvió de plataforma para desarrollar un primer esbozo sobre la noción y alcance de la IJ e imparcialidad -en tanto derecho- de la víctima.

En efecto, el tribunal interamericano consideró, con base en los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura de la ONU, que un

<sup>31</sup> Este tiene que ver con los hechos enmarcados en el conflicto armado existente entre las Fuerzas Armadas del Perú y grupos rebeldes durante 1993. Concretamente, se analizó el caso de cuatro personas -de nacionalidad chilena- que fueron detenidas y contra quienes se inició un proceso en la jurisdicción penal militar por el delito de traición a la patria. Se probó que durante la etapa de investigación no contaron con defensa legal, el proceso fue llevado por jueces "sin rostro" quienes los sentenciaron a prisión, y aunque se interpusieron recursos de hábeas corpus, todos fueron rechazados. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petruzzi y otros c. Perú, sentencia del 30 de mayo de 1999 (fondo, reparaciones y costas).

presupuesto esencial de la independencia de la judicatura tiene que ver con el derecho de toda persona a ser juzgada por un tribunal de justicia ordinario, en proceso judicial que debe ser adelantado con arreglo a procedimientos legalmente preestablecidos. De suerte que debe materializarse el deber de que el juez encargado de conocer una causa determinada sea competente, independiente e imparcial (párr. 132).

Sobre esta base, la Corte consideró que un indicio que evidencia cuándo se ve comprometida negativamente la IJ tiene que ver con las relaciones que están detrás de la labor funcional de quien está investido de cierta competencia jurisdiccional. En el caso estudiado, la normatividad sobre justicia militar establecía que el nombramiento de los integrantes del órgano de cierre de la autoridad jurisdiccional castrense era realizado por el ministerio del sector de guerra; ellos a su vez, determinaban los ascensos, incentivos y funciones de sus inferiores, lo que evidentemente amenazaba toda garantía de no injerencia entre ramas del poder público, en este evento, del Ejecutivo con el órgano judicial (párr. 130).

Posteriormente, en el caso *Cesti Hurtado c. Perú*<sup>32</sup>, la Corte IDH consideró la violación del artículo 8.1 de la C.A. en perjuicio de la víctima, dado que el proceso seguido en contra del señor Cesti Hurtado -quien fue miembro activo de las fuerzas militares de ese país- había sido adelantado ante un órgano de la justicia militar por hechos que habían tenido ocurrencia cuando él ya se había retirado del servicio castrense, y por consiguiente el hecho investigado constituía una infracción de tipo común. Para el tribunal interamericano era claro que el hecho de que una jurisdicción especial usurpara la competencia del juez natural frente a un hecho y una persona dentro del régimen ordinario penal, constituía una violación al derecho a ser oído por un tribunal competente, esta vez, por el desconocimiento del deber de respeto a la IJ (párr. 151-152).

---

<sup>32</sup> Este se trata sobre la apertura de instrucción por parte de la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar, contra, entre otros, el señor Gustavo Cesti Hurtado -exintegrante del ejército retirado desde 1984-, por los delitos de desobediencia contra el deber y dignidad de la función, negligencia y fraude, quien finalmente fue condenado a una pena privativa de libertad de siete años, la cual fue modificada y reducida a cuatro, por la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar. El señor Cesti Hurtado interpuso una serie de recursos judiciales cuestionando la detención. Sin embargo, estos fueron denegados. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cesti Hurtado c. Perú, sentencia de 29 de septiembre de 1999 (Fondo).

Por otro lado, en los casos *Durand y Ugarte*<sup>33</sup>, *Cantoral Benavides*<sup>34</sup> y *Lori Berenson Mejía*<sup>35</sup> todos contra Perú, se relacionan por cuanto los hechos analizados por la Corte tuvieron ocurrencia en una época -de estado de excepción- donde existió una práctica generalizada de tratos crueles, inhumanos y degradantes con motivo de las investigaciones criminales por delitos de traición a la patria y terrorismo adelantada por tribunales castrenses vinculados al gobierno de la época.

En su análisis la Corte IDH reafirmó que cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, así como también el alcance restrictivo y excepcional que debe caracterizar a la jurisdicción penal militar en un Estado democrático de derecho. Cuando se procesa y juzga a civiles por delitos como traición a la patria, se desconoce el deber de respeto de las garantías en materia de independencia e imparcialidad del juez, contenidas en el artículo 8.1 de la CA. En un evento así, “la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos” (párr. 114).

<sup>33</sup> Los hechos tienen que ver con la detención de Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera producida en 1986 por efectivos de la Dirección contra el Terrorismo en el Perú, por haber sido sindicados de actos de terrorismo. Luego de ser aprehendidos y en el periodo de procesamiento fueron conducidos a un centro penitenciario donde se produjo un motín para la época en que ya estaban allí reclusos. Ante ese hecho, las Fuerzas Armadas iniciaron un operativo que produjo la muerte y lesiones de muchas personas que se encontraban privadas de libertad, entre ellas, los referidos señores, pues sus cuerpos nunca fueron encontrados. A pesar de haberse interpuesto una serie de recursos por los familiares de los agraviados, no se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables de los hechos. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Durand y Ugarte c. Perú, sentencia de 16 de agosto de 2000 (Fondo).

<sup>34</sup> El 6 de febrero de 1993 Luis Alberto Cantoral Benavides fue detenido, sin una orden judicial, por agentes de la Dirección Nacional contra el Terrorismo -DINCOTE. Durante la privación de su libertad fue sometido a actos de violencia y exhibido públicamente a través de los medios de comunicación, como integrante del Partido Comunista del Perú Sendero Luminoso y como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado. La víctima fue sometida a investigación y juicio en el fuero militar por el delito de traición a la patria, pero por ausencia de pruebas fue finalmente absuelto. No obstante, fue remitido a la jurisdicción común para ser nuevamente juzgado por el delito de terrorismo. En virtud de este último fue condenado a 20 años de pena privativa, luego de que le fuera concedido un beneficio de indulto fue liberado el 25 de junio de 1997. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantoral Benavides c. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000 (Fondo).

<sup>35</sup> Se trata del caso de la señora Lori Berenson Mejía quien fue detenida por miembros de la Dirección Nacional Contra el Terrorismo -DINCOTE de la Policía Nacional del Perú y procesada en la jurisdicción penal militar vigente para la época de los hechos ante un tribunal “*sin rostro*” sin el cumplimiento de las garantías respecto a su derecho de defensa, finalmente fue condenada a cadena perpetua por el delito de terrorismo. Igualmente fue juzgada por la justicia ordinaria por el mismo hecho, en la modalidad de actos de colaboración por el delito de terrorismo a 20 años de prisión, decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de ese país. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Lori Berenson Mejía c. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004 (fondo, reparaciones y costas).

Más aún, al entender el artículo 8 de la CA como un escenario multidimensional de protección, la Corte fue consecuente en los tres casos en señalar que el debido proceso implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, que cuente con las condiciones suficientes de aptitud para determinar la legalidad del procedimiento y las actuaciones que fueran adelantadas dentro de un estado de excepción (caso *Lori Berenson Mejía*, párr. 144).

Bajo otro contexto temporal posterior, en *Ivcher Bronstein c. Perú*<sup>36</sup>, en el que se estudió la violación del derecho consagrado en el artículo 8.1 de la C.A. de un ciudadano peruano nacionalizado por naturalización al que le fue revocada dicha condición por parte de un juez *-ad hoc-*, la Corte IDH consideró que cuando el Estado creaba “salas y juzgados transitorios especializados en derecho público” no se garantizaba el derecho de los ciudadanos a ser oídos por jueces o tribunales establecidos “con anterioridad por la ley” (párr. 114-115).

Así, de lo consagrado en el artículo 8.1 de la CA el tribunal interamericano resaltó que el respeto al derecho de garantías judiciales, especialmente el de ser escuchado por operadores jurídicos pertinentes, implica el cumplimiento de un “estándar de competencia, imparcialidad e independencia” el cual está dado también por los Principios Básicos de la ONU referidos antes (párr. 112).

Por otro lado, en el caso del *Tribunal Constitucional c. Perú*, ya referenciado, además de hablarse de las condiciones de realización de la IJ como institución, la Corte IDH realizó algunas acotaciones respecto a la faceta de esta como componente del derecho al debido proceso, especialmente a aquel que tienen las personas de exigir que su caso sea conocido por una autoridad independiente e imparcial, aun por fuera de la órbita exclusivamente jurisdiccional.

Así pues, se dijo que si bien el artículo 8 de la CA se titula “*garantías judiciales*”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. Ello por cuanto, el respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre

---

<sup>36</sup> En este asunto se conoció el caso del señor Baruch Ivcher Bronstein -israelí de nacimiento y peruano por naturalización- era propietario mayoritario de un canal de televisión desde 1986, en el que empezó a transmitir un programa de reportajes relacionados con el gobierno del entonces presidente Alberto Fujimori. El 23 de mayo de 1997 ese gobierno expidió un decreto de reglamentación de una ley que reguló la posibilidad de cancelar la nacionalidad a extranjeros naturalizados. En julio de ese mismo año un tribunal transitorio especializado dejó sin efecto legal el título de nacionalidad peruana de la víctima, y con ello le fue suspendido como accionista mayoritario del canal televisivo en el que participaba. Todos y cada uno de los recursos presentados para cuestionar estas decisiones fueron desestimados. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ivcher Bronstein c. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001 (reparaciones y costas).

en una situación de poder, inclusive el poder sancionatorio oficial, que debe suponer no solo la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino que también implica la “concesión de las garantías mínimas del debido proceso” a todas las personas que se encuentran sujetas a una determinada “jurisdicción”. (párr. 68-69).

Consideró además la Corte que en virtud de la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al poder judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Por lo que, cuando la CA se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, “esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas”. De suerte que, cualquier órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la CA (párr. 70-71).

En la misma línea, en el caso de *Baena Ricardo y otros c. Panamá*<sup>37</sup> el tribunal interamericano refirió un elemento adicional que debe ser tenido en cuenta cuando se valora el alcance y naturaleza del artículo 8 de la CA, entendido como un derecho multidimensional que encierra diversos componentes sobre las garantías judiciales. Al analizar la exigencia de jueces y tribunales competentes, imparciales e independientes como un componente del debido proceso, la Corte IDH señaló que ello debe ser garantizado y respetado en todas las esferas y niveles que comporten la adjudicación judicial o la adopción de medidas -administrativas- que comprometan los derechos de los ciudadanos; es decir, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus demandas ante cualquier acto estatal, inclusive la garantía de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por una judicatura pertinente (ver párr. 137).

No obstante, de lo dicho por el tribunal interamericano en esta sentencia, se generan dudas respecto al alcance de la interpretación amplia del artículo 8 de la CA. Particularmente, no es claro cómo la figura de IJ, que como se dijo arriba comporta la materialización del principio de separación de poderes y es de carácter esencialmente jurisdiccional, puede verse garan-

<sup>37</sup> Los hechos de este caso se refieren al despido de 270 empleados públicos y dirigentes sindicales, que habían participado en distintas protestas -en reclamo de sus derechos laborales- contra una política gubernamental adelantada durante la época. El despido se produjo con base en una normatividad de 1990, luego de que el gobierno acusara a estas personas de haber participado en manifestaciones de protesta y de resultar cómplices de una asonada militar. Contra esa decisión las víctimas interpusieron una serie de recursos administrativos, los cuales fueron todos desestimados. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Baena Ricardo y otros c. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001 (fondo, reparaciones y costas).



tizada cuando otras ramas públicas -p. e. ejecutiva o legislativa- adoptan decisiones que comprometen los derechos humanos. Esto contrasta precisamente con la valoración realizada por la Corte IDH en los primeros casos en los que concluyó la ineptitud de los tribunales penales militares para conocer de los delitos comunes y sobre personas ajenas al aparato castrense, en atención a que son ajenos al aparato jurisdiccional clásico, y en tanto responden a una lógica de subordinación -por tanto, dependiente-dentro del ejecutivo.

En términos generales, conforme a la anterior línea descrita, es claro que la Corte Interamericana ha sido consecuente en sostener que la IJ, además de constituir la materialización de la separación de poderes en el marco del Estado de derecho, comporta una exigencia estatal de respeto y garantía de los derechos de la ciudadanía. Esas obligaciones -pasiva y activa- hacen que la IJ sea una figura en función del derecho a las garantías judiciales, más concretamente, a acceder a autoridades autónomas e imparciales que resuelvan sus peticiones y requerimientos -sea en la órbita jurisdiccional en estricto sentido, o en casos que materialmente comporten la misma- para la satisfacción y reivindicación de los demás derechos vulnerados. Entendida así, la IJ en tanto enfoque de derecho subjetivo, es el fundamento y justificación última de su enfoque institucional.

Como puede verse, el entendimiento de la IJ en la Corte IDH es a su vez reflejo y desarrollo concreto de los instrumentos internacionales referidos en el primer apartado de este escrito, lo que en su integridad permite sostener que la IJ, además de tener distintos enfoques de base, se erige sobre una relación de correspondencia y sujeción necesaria entre uno y otro, esto es, entre la perspectiva institucional y la de derechos, donde la primera adquiere sentido y relevancia, si y solo sí, se da en función de la segunda.

## **Independencia judicial según la Corte Constitucional**

Vista la anterior conceptualización sobre los enfoques de la IJ, quisiera traer a colación el tratamiento dado por la Corte Constitucional colombiana a esta figura, en un contexto íntimamente relacionado con el desarrollo de la Corte IDH en materia de las condiciones de realización de la IJ como institución, en el marco del Estado democrático de derecho y como desarrollo del principio de separación de los poderes. Haré alusión igualmente a un salvamento de voto que llamó la atención sobre la posición mayoritaria adoptada por el tribunal constitucional acerca de la IJ.

En la Sentencia C-285 de 2016 la Corte Constitucional se pronunció respecto de la demanda de inconstitucionalidad promovida contra varios artículos del

Acto Legislativo 02 de 2015, “por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”. En esta providencia, uno de los temas claves de discusión fue la noción y alcance del “*principio de independencia judicial*”.

En ese contexto, de lo primero que se ocupó la Corte fue de advertir que, muy de la mano con la jurisprudencia interamericana ilustrada anteriormente, la IJ es una manifestación del principio de separación de poderes, pero también un presupuesto de la función jurisdiccional y del derecho al debido proceso, y en virtud de esta última particularidad, la IJ adquiere unas connotaciones específicas “no necesariamente replicables a las demás funciones estatales” (Corte Constitucional, 2016).

A juicio del tribunal constitucional, la IJ es una figura que permite concretar el principio de separación de poderes “en el contexto de la administración de justicia”, pero así mismo, permite y hace posible la limitación al poder -en sus diversas esferas y niveles-, la realización de los derechos de quienes acuden ante la jurisdicción, y en últimas, la eficacia en la actuación estatal. Pero, esa separación de poderes exige a su vez “la identificación y diferenciación de los roles estatales, y su asignación a los distintos poderes y órganos del Estado, cada uno de los cuales debe contar con las condiciones para ejercer de su objetivo misional de manera separada, y para operar y funcionar por sí mismo”.

Muy en línea con el razonamiento de la Corte Interamericana, en esta sentencia se sostiene que la IJ es condición y presupuesto de la administración de justicia como tal, ya que la función jurisdiccional reclama, conforme al derecho al debido proceso, que las decisiones de los operadores judiciales estén motivadas y sean el resultado exclusivo de la aplicación de la ley al caso particular. Esto significa, a juicio del tribunal constitucional, que la validez y la legitimidad de las decisiones judiciales depende, especialmente, de que éstas no se encuentren mediadas por intereses “pre constituidos distintos a la aplicación del derecho positivo al caso particular, y de que, por consiguiente, el juez sea ajeno, tanto personal como institucionalmente, a las partes involucradas en la controversia, a las demás instancias internas dentro de la propia organización judicial, y en general, a todo sistema de poderes”.

Así, la IJ es entendida por la Corte Constitucional como expresión del principio de separación de poderes, como garantía de la imparcialidad y neutralidad de los operadores de justicia en la resolución de conflictos, y como instrumento para la realización de derechos fundamentales; irradia todo el ordenamiento superior y, por consiguiente, constituye un principio esencial del sistema jurídico, todo lo cual deriva directamente de las disposiciones constitucionales.

Ahora bien, en salvamento de voto, uno de los magistrados de la Corte llamó la atención sobre la forma genérica de considerar la IJ, lo cual desconocía anteriores discusiones conceptuales abordadas por ese mismo tribunal, así como también, el estado del arte sobre la noción compleja de la IJ.

En efecto, el salvamento de voto realizado a esta decisión por parte del magistrado Alejandro Linares Cantillo, advirtió que cuando el tribunal constitucional consideró que la separación de poderes exige identificar los roles de cada rama y asignarles funciones que se ejercen en principio de manera exclusiva y excluyente, y que, del mismo se desprende la facultad de actuar de manera independiente y autónoma de la judicatura, se trata de una lectura “bastante simplificada de la independencia judicial”.

A juicio del magistrado disidente, lo que hace la mayoría de la Corte es asumir que todas las facetas de la actividad de los jueces gozan del mismo grado de autonomía e independencia, lo cual es algo que ha sido expresamente controvertido en oportunidades anteriores por la jurisprudencia de esa misma Corporación<sup>38</sup>.

Conforme a su advertencia, la jurisprudencia constitucional manejada por la Corte ha diferenciado “distintas facetas de la independencia judicial y ha considerado distintos grados de protección de tal independencia para cada una de [ellas]”. Así pues, citando a Owen Fiss, aduce que el concepto de “independencia” se usa por lo general para describir la relación de los jueces con otras instituciones o agentes, pero en la medida en que hay distintas instituciones y agentes, designa fenómenos diferentes, por lo menos tres: la separación de las partes (imparcialidad del juzgador frente a los extremos en litigio), la autonomía individual, (del operador jurídico en relación con sus homólogos, tanto vertical como horizontalmente), y la IJ propiamente dicha -insularidad política- o libertad de acción-decisión de la judicatura de cara a las “instituciones políticas y del público en general”<sup>39</sup>.

A su juicio, la utilidad de la distinción hecha por Fiss sobre las tres facetas de la IJ radica en que sirve para mostrar distintos grados en los que la IJ debe protegerse: i) la separación entre juez y las partes debe ser absoluta, ii) la autonomía decisional puede ser limitada por mecanismos como la revisión de las sentencias por los superiores jerárquicos y la fuerza vinculante del precedente, y iii) la insularidad política no puede ser absoluta, ya que ello

---

<sup>38</sup> Por ello cita la Sentencia C-288 de 2012, donde la Corte sostuvo que la IJ es una manifestación de la separación de poderes, y que esta ordena que los jueces al momento de decidir los casos a ellos asignados estén libres de interferencias provenientes de otras ramas del poder o de particulares. Según esto, la independencia de los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional debe ser absoluta, lo cual no sucede respecto de otras actividades del poder judicial, como lo sería, por ejemplo, la administración y gobierno de la Rama, actividad respecto de la cual no se excluye la participación de otras ramas del poder. Salvamento de voto, M. Alejandro Linares Cantillo, párr. 43.

<sup>39</sup> Ibid., párr. 44.

podría interferir con los procesos democráticos, que requieren que los jueces rindan cuentas (*accountability*) por sus acciones ante la ciudadanía y realicen sus actividades de manera que satisfagan las demandas de las personas, “lo cual no es solo un interés de los jueces, sino de las demás ramas y del pueblo en general”<sup>40</sup>.

El centro del argumento es que la IJ no es un “concepto unívoco”, que implique un mismo grado de separación de la judicatura; por el contrario, es un concepto relacional, pues esta solo se puede predicar de una situación en la que el juez o la Rama Judicial interactúa con los distintos actores: las partes en el proceso, sus colegas jueces, las otras ramas del poder público, entre otras, sin depender de alguno de ellos<sup>41</sup>. Así entonces, en lugar de abarcar esta diferenciación, la Sentencia C-285 de 2016 se limitó “a hacer una distinción de carácter puramente semántico, sin ninguna consecuencia práctica que se desprendiera] de ella (...) ni mucho menos la relevancia para el análisis constitucional” que fue realizado<sup>42</sup>.

En suma, el tratamiento de la Corte Constitucional al principio de IJ, y en atención a las observaciones del salvamento de voto referido, es claro que tiene un alcance más allá de una noción meramente institucionalista. Es decir, al ser la IJ un concepto complejo, debe ser leída en su integridad. Esta lectura, da cuenta de que existen unas condiciones concretas de existencia y funcionamiento de la rama judicial, pero también de una lógica de interacción, no solo con otros órganos, sino además con la ciudadanía que acude a la jurisdicción, y a la sociedad en su conjunto que espera y está legitimada para exigir una adecuada administración de justicia. Una vez más, la relación de uno y otro enfoque de la IJ queda en evidencia, con la prevención de que la finalidad última del aparato judicial no es otra que la adjudicación de los derechos y la resolución adecuada de los conflictos de una sociedad en el marco del Estado social de derecho.

## La independencia judicial en la Jurisdicción Especial para la Paz

Con el Acto Legislativo 01 de 2017<sup>43</sup> -otro ejemplo concreto de materialización de la IJ- se introdujo un nuevo título transitorio a la Constitución Política de 1991 denominado “*de las normas para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera*”, con el propósito de otorgarle un

<sup>40</sup> Ibid., párr. 45.

<sup>41</sup> Ibid., párr. 46.

<sup>42</sup> Salvamento de voto, párr. 42-50

<sup>43</sup> “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”.

marco constitucional al acuerdo de paz celebrado entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, especialmente en materia de la jurisdicción especial de tipo transicional en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición -SIVJRNR-.

Concretamente, con este nuevo componente constitucional se crea el SIVJRNR (capítulo I) que está constituido a su vez por la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición, la Unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado (capítulo II), y la Jurisdicción Especial para la Paz -JEP- (capítulo III), así como también por las medidas de “reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición”.

En el marco de este Sistema Integral y particularmente en el de la JEP, se introduce expresamente la IJ como un componente transversal, que también puede ser identificado de manera implícita en varios de los artículos de la norma. Este tratamiento de la IJ en el acto legislativo obedece a una lógica determinada, y es que se aluden las reglas y condiciones para el adecuado funcionamiento de la JEP, que van desde los componentes constitutivos, las reglas generales de elección, hasta los elementos propios de funcionamiento e interacción tanto a nivel interno como en relación con las demás autoridades estatales. Pero al mismo tiempo, implica una relación estrecha entre esta estructura de justicia transicional y la necesidad de restaurar cada uno de los componentes de derechos de las víctimas.

En materia de IJ, esto constituye una auténtica materialización del enfoque institucional analizado, lo que como se verá, también se encuentra relacionado claramente con la finalidad última de esta estructura especial de justicia transicional, que no es otra que la satisfacción, reparación y reivindicación de los derechos de las víctimas del conflicto armado.

En efecto, con el artículo 1 del referido acto se introdujo un primer elemento que puede ser leído como el desarrollo de las condiciones de realización de la IJ del SIVJRNR -en general- y de la JEP en particular, y es precisamente que se deberá garantizar la autonomía presupuestal, administrativa y suficiencia, sobre todo del componente de justicia -entiéndase, judicial- del Sistema<sup>44</sup>.

A la luz de lo anterior, el capítulo III del acto legislativo trae de forma transversal la IJ como un componente fundamental para su funcionamiento y el cumplimiento los objetivos de la JEP como plataforma de justicia transicional. Así, el artículo 5 *ibídem* de entrada establece que esta jurisdicción especial:

---

<sup>44</sup> En efecto, el referido artículo señala que: “[e]l Estado, por intermedio del Gobierno Nacional, garantizará la autonomía administrativa y la suficiencia y autonomía presupuestal del SIVJRNR y en especial del componente de Justicia, para lo cual podrá hacer uso del Plan de Inversiones para la Paz contenido en el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2016”.

Estará sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica; administrará justicia de manera transitoria y autónoma y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 10 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos.

Pero al mismo tiempo, la norma en cuestión señala que los objetivos de la Jurisdicción Especial de Paz están orientados a “satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera; y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las mencionadas conductas”. Es decir, materializar el acceso y administración de justicia -y en últimas- los componentes centrales de la transicionalidad. Es claro pues, que el artículo 5 del Acto Legislativo 01 de 2017 contempla las condiciones de realización de IJ de la JEP en función de los derechos de las víctimas, y de la sociedad colombiana en su conjunto. En otros términos, es posible sostener que el componente institucional de la IJ -de la JEP-, tiene sentido, solamente en función de los objetivos para los cuales esta fue creada, esto es, la restauración de los derechos de las personas afectadas por el conflicto. Todo esto demuestra el nexo necesario entre el enfoque institucional de la IJ con el de derechos, cuando se establece sobre la integralidad del SIVJNR que:

El Sistema es integral, para que las medidas logren un máximo de justicia y de rendición de cuentas sobre las violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, ocurridas a lo largo del conflicto. La integralidad del Sistema contribuye también al esclarecimiento de la verdad del conflicto y la construcción de la memoria histórica.

Los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición, en tanto parte de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas, no pueden entenderse de manera aislada. Estarán interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades. El cumplimiento de estas condicionalidades será verificado por la Jurisdicción Especial para la Paz.

Por otro lado, un componente adicional de realización de independencia en la JEP está dado por el párrafo 2 del artículo 5 del acto legislativo, el cual refiere que:

Con el fin de garantizar el funcionamiento y la autonomía administrativa, presupuestal y técnica de la jurisdicción especial para la paz, el Secretario Ejecutivo y

el Presidente o la instancia de gobierno de la JEP que los magistrados pe la misma definan, ejercerán de manera exclusiva, y solo durante el tiempo de vigencia de la misma, todas las funciones asignadas a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura establecidas en el Acto Legislativo 02 2015 y en la Ley 270 de 1996 respecto al gobierno y administración de esta Jurisdicción.

A su turno, el artículo 6 de la adición constitucional consagra la competencia prevalente de la JEP respecto de otras autoridades de la justicia permanente y mecanismos extra judiciales de carácter sancionatorio. En efecto, plantea la norma que:

El componente de justicia del SIVJNR, conforme a lo establecido en el Acuerdo Final, prevalecerá sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas.

Respecto a sanciones o investigaciones disciplinarias o administrativas, incluidas las pecuniarias impuestas a personas naturales en cualquier jurisdicción, la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz se limitará bien a anular o extinguir la responsabilidad o la sanción disciplinaria o administrativa impuesta por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, o bien a revisar dichas sanciones, todo ello a solicitud del sancionado o investigado. En todo caso la solicitud no podrá llevar aparejada la reapertura de una investigación penal por los mismos hechos. En caso de que se solicite la revisión de la sanción impuesta o la extinción de la sanción y responsabilidad, competente la Sección de Revisión Tribunal para la Paz Respecto a los investigados, será competente la Sala de definición de situaciones jurídicas.

Otro apartado que desarrolla el componente institucional de la IJ es el artículo 7, que trata de la conformación de la jurisdicción especial en cada uno de sus niveles y relaciones. Esta norma constituye -por excelencia- la determinación de las condiciones de realización de la independencia de la JEP, en tanto consagra las reglas de configuración, requisitos, nombramiento y función de quienes conformarán este componente del SIVJNR. Particular atención merece el parágrafo 1 del mismo, cuando señala que:

Los magistrados de la JEP, el director de la Unidad de Investigación y Acusación, los juristas expertos extranjeros que actuarán en calidad de *amicus curiae*, el Secretario Ejecutivo de la JEP, el Presidente o Presidenta inicial de la JEP, los comisionados de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, y el director de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado serán seleccionados por un Comité de Escogencia que gozará de autonomía e independencia y que -será conformado por reglamento expedido por el Gobierno nacional. El Secretario Ejecutivo de la JEP será designado por el responsable del Mecanismo de Monitoreo y Verificación de la Organización de Naciones Unidas y confirmado por el Comité de Escogencia. Los miembros del Comité de Escogencia no asumirán

ninguna responsabilidad personal por la selección de los magistrados, comisionados y demás funcionarios que deben escoger en virtud de este artículo transitorio. En relación con los funcionarios de la JEP, el Secretario Ejecutivo nominará a las personas seleccionadas por el Comité, quienes se posesionarán ante el presidente de la República.

Conviene resaltar que el componente institucional de IJ de la JEP es tal, que incluso se estableció que las acciones de tutelas promovidas contra las conductas activas y omisiones de los órganos de esta jurisdicción transicional, serían conocidas -exclusivamente- por esta jurisdicción especial. En efecto, el artículo 8 del acto legislativo establece que “las peticiones de acción de tutela deberán ser presentadas ante el Tribunal para La Paz, único competente para conocer de ellas. La primera instancia será decidida por la Sección de Revisión. La segunda por la Sección de Apelaciones. El fallo de tutela podrá ser revisado por la Corte Constitucional de conformidad con las siguientes reglas (...)”. Es decir, el único “control” respecto a la posible vulneración de derechos fundamentales estará en la eventual revisión que haga el alto tribunal de los fallos de amparo proferidos por el mismo sistema judicial de paz.

Ahora, el artículo 12, establece el presupuesto de creación de las reglas de procedimiento y el reglamento general de funcionamiento que deberán orientar a la Jurisdicción Especial de Paz, en tanto estas serán definidas por los mismos magistrados de la JEP, al señalarse que:

Los magistrados que integran la JEP estarán facultados para elaborar las normas procesales que regirán esta jurisdicción y que deberán ser presentadas por el Gobierno Nacional al Congreso de la República, incluido el régimen disciplinario aplicable a sus funcionarios que no sean magistrados. Estas normas deberán garantizar los principios de imparcialidad, independencia judicial, debida motivación, publicidad, debido proceso, contradicción, derecho a la defensa, presunción de inocencia, favorabilidad, libertad de escoger abogado acreditado para ejercer en cualquier país, participación de las víctimas como intervinientes según los estándares nacionales e internacionales y los parámetros establecidos en el Acuerdo Final y doble instancia en el marco de un modelo adversarial.

Sin incluir normas procesales, los magistrados de la JEP adoptarán, en el ejercicio de su autonomía, el reglamento de funcionamiento y organización de la JEP, respetando los principios de imparcialidad, independencia y las garantías del debido proceso, evitando cualquier nueva victimización y prestando el debido apoyo a las víctimas conforme a lo establecido en los estándares internacionales pertinentes. El reglamento precisará las funciones del Presidente y del Secretario Ejecutivo, así como las relaciones entre ellos y los demás órganos de la JEP; establecerá un mecanismo para la integración de la Sección del Tribunal para la Paz que garantice la estabilidad, eficacia y cumplimiento de las resoluciones y sentencias de la JEP, fijará el procedimiento que esta deba aplicar para el desarrollo de sus funciones y señalará los mecanismos de rendición de cuentas sobre la gestión de la JEP, a cargo de su Secretaría Ejecutiva, siempre que no menoscaben su autonomía.



Finalmente, en los términos del régimen sancionatorio aplicable a los magistrados de la JEP -establecido en el artículo 14 del acto legislativo-, además de señalar que les es aplicable el especial previsto para sus homólogos de la Corte Suprema de Justicia, la norma establece que: “en todo caso, no podrá exigírseles en ningún tiempo responsabilidad por los votos y opiniones emitidas en sus providencias judiciales, proferidas en ejercicio de su independencia funcional, sin perjuicio de la responsabilidad a la que haya lugar por favorecer indebidamente intereses propios o ajenos. Una comisión integrada por un magistrado de cada Sala y un magistrado de cada Sección del Tribunal para la Paz que será elegida conforme al reglamento de la JEP, adoptará las medidas disciplinarias que correspondan conforme a la ley”.

En virtud de todo lo anterior, es posible señalar que en el marco de la justicia transicional auspiciada por la Jurisdicción Especial de Paz, la IJ se ve introducida en sus dos enfoques: el institucional, en términos de las condiciones necesarias de realización de todo el sistema judicial especial, y el de derechos. Por un lado, conforme a la posibilidad que, sin duda, les asistirá a quienes conformen la JEP de exigir que se respeten no solo las decisiones que serán proferidas, sino también los presupuestos de autonomía para el adecuado desempeño de sus funciones; pero al mismo tiempo comporta, más especialmente, la prevalencia de satisfacción de los derechos de las víctimas, en todos y cada uno de los escenarios de ejercicio de la JEP, lo que sin duda constituirá el fundamento de exigencia de que esta estructura jurisdiccional realmente trabaje de forma autónoma y ajena de los intereses que pudieran entorpecer el logro de sus objetivos.

No obstante, cabe preguntarse si la forma en que se lee la IJ en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición -en general-, y de la Jurisdicción Especial de Paz -en particular-, dará lugar a una relación *sui generis* entre esta estructura transicional y la justicia permanente, en términos de autonomía absoluta. Y en esta misma línea, queda abierta la cuestión de si, dada la forma de interacción entre estos dos marcos de administración jurisdiccional, sería necesario un entendimiento diferenciado de la IJ en uno y otro contexto, o si una misma noción -mucho más flexible- de la IJ sería la plataforma de comunicación entre ambos escenarios de adjudicación de derechos en materia del conflicto armado.

## Conclusiones

Se abrió este escrito con la aclaración de que la IJ no es un término unívoco o cerrado. Esa misma idea se pudo demostrar a lo largo de las revisiones presentadas anteriormente. Lo que se ha querido ilustrar, más allá de retomar la clásica discusión sobre la noción y alcance de la IJ como institución y como

materialización de la separación de poderes, es que, en todo caso, esta figura no tiene mucho sentido si no se da prevalencia a su enfoque como derecho humano, tanto como exigencia de los jueces mismos, como de los ciudadanos en aras de justicia.

En atención a los enfoques identificables sobre la IJ, especialmente los dos abordados en el presente escrito, se pueden distinguir dos cosas: i) unas condiciones de realización, y ii) los alcances de la IJ como derecho. Así, las primeras, permiten comprender por qué, para qué y cómo la IJ es reflejo y materialización del Estado de derecho y la separación de poderes; mientras que, los alcances de la IJ como derecho, permiten concluir que la inicial figura tiene sentido solo cuando se entiende que las personas gozan de la prerrogativa para exigir que se garantice una judicatura autónoma, competente, imparcial, que falle conforme al ordenamiento jurídico. Ello en consecuencia, constituye una obligación tanto de respeto como de garantía en cabeza del Estado<sup>45</sup>.

Resalto que el lugar central que en el Estado de derecho tiene la IJ, se ve reflejado en la exhaustiva regulación normativa existente y en la forma como los propios jueces la utilizan en ámbitos de adjudicación. En ambos casos -normas y jurisprudencia- se concretan los distintos enfoques mencionados en este escrito -institucional y de derechos; también el político-, que pueden ser constatados, además, en casos concretos como la interpretación y utilización de dicha figura por parte de la Corte Constitucional en el marco jurisdiccional nacional, así como en la reciente introducción de la Jurisdicción Especial de Paz -y el SVJNR- en la Carta Política.

Finalmente, al considerar de manera holística los instrumentos internacionales -regionales y universales-, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el pronunciamiento de la Corte Constitucional y el contenido del reciente Acto Legislativo 1 de 2017, se puede concluir que: i) sobresalen dos enfoques de la IJ -uno como institución y otro como derecho-; ii) el primero de ellos, si bien diferenciable del otro, solo tiene sentido cuando se entiende que la institución está pensada en función del derecho de las personas a ser escuchadas por un juez independiente (e imparcial) y de los jueces de exigir las garantías mínimas que permitan el ejercicio de sus funciones; iii) en tanto ambas dimensiones son inescindibles, y su fin común está orientado a la garantía y respeto del derecho humano de las personas a acceder a una adecuada administración de justicia, se debe decir que, el papel fundamental de la IJ es la realización de los demás derechos que pretenden ser reivindi-

<sup>45</sup> Sobre este *enfoque normativo* de la IJ que enfatiza la noción de deber, puede verse Aguiló Regla, J. "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica", en Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho, n.º 6 (abril 1997). Para este autor, "el principio de independencia tiene que traducirse normativamente en un deber de independencia", esto es, "cumplir el derecho" (p. 49), lo que proviene de la "teoría de la argumentación jurídica", pues "el deber de independencia tiene mucho que ver con exigencias de racionalidad" (p. 51).

cados, adjudicados y reparados con las decisiones judiciales en cualquiera de sus órbitas y niveles.

## Referencias

- Aguiló, J. (1997). Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, (6).
- Comisión Internacional de Juristas. (2005). *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales, serie de guías para profesionales no. 1*. Ginebra: Ed. CIJ.
- Corte Constitucional. (2016). Sentencia C 285 del 1 de junio. M.P. Guerrero, L.
- Corte Interamericana de Derechos Humano (CIDH). (2009). Caso Reverón Trujillo C. Venezuela. Sentencia del 30 de junio.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (1999). Caso Castillo Petruzzi y otros C. Perú. Sentencia del 30 de mayo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (1999). Caso Cesti Hurtado C. Perú, sentencia de 29 de septiembre.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2000). Caso Cantoral Benavides C. Perú, sentencia de 18 de agosto.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2000). Caso Durand y Ugarte C. Perú, sentencia de 16 de agosto.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2001). Caso Baena Ricardo y otros C. Panamá. Sentencia de 2 de febrero.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2001). Caso Ivcher Bronstein C. Perú. Sentencia de 6 de febrero.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2004). Caso Lori Berenson Mejía C. Perú, sentencia de 25 de noviembre.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2005). Caso Palamara Iribarne C. Chile. Sentencia del 22 de noviembre.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2006). Caso Apitz Barbera y otros C. Venezuela. Sentencia de 5 agosto.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2011). Caso Chocrón Chocrón C. Venezuela, sentencia del 1 de julio.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2012). Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) C. Venezuela. Sentencia 9 de noviembre.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2013). Caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) C. Ecuador, sentencia del 23 de agosto.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2013). Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) C. Ecuador. Sentencia del 28 de agosto.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2015). Caso López Lone y otros C. Honduras, sentencia del 5 de octubre.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2016). Caso Valencia Hinojosa y otra C. Ecuador. Sentencia del 29 de noviembre.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) c. Guatemala, sentencia del 8 de marzo de 1998 (fondo).
- Fiss, O. (1997). El grado adecuado de independencia. *Revista Derecho y Humanidades*, (5).
- Gargarella, R. (1997). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Revista Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*, (5).
- Garzón Valdés, E. (2003). El papel del poder judicial en la transición a la democracia. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, (18).
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. (2013). *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*. Nueva York: ONU. Recuperado de: [https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1380121-SPAN\\_eBook.pdf](https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1380121-SPAN_eBook.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2006). *Resolución ECOSOC 2006/23 Fortalecimiento de los principios básicos de la conducta judicial*. Recuperado de: [http://www.unodc.org/pdf/corruption/corruption\\_judicial\\_res\\_s.pdf](http://www.unodc.org/pdf/corruption/corruption_judicial_res_s.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2010). *Acceso a la justicia 2, independencia, imparcialidad e integridad de la judicatura, Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal*. Nueva York: ONU. Recuperado de: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/The\\_Independence\\_Impartiality\\_and\\_Integrity\\_of\\_the\\_Judiciary\\_Spanish.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/The_Independence_Impartiality_and_Integrity_of_the_Judiciary_Spanish.pdf)

# El proceso jurisdiccional como herramienta de efectivización de derechos ante un evento de colisión de principios<sup>1</sup>

*Luz Amparo Granada de Espinal<sup>2</sup>*

*Catalina Merino Martínez<sup>3</sup>*

## Resumen

El juez, dentro del debate jurisdiccional, no puede ser un convidado de piedra que limite su actividad al pronunciamiento mecánico de la ley en el momento de emitir la decisión de cierre del sistema. En virtud de la existencia de un ordenamiento jurídico complejo, en el que abundan los casos difíciles -como es la colisión de principios en tanto mandatos de optimización-, el juzgador goza de una necesaria discrecionalidad al momento de sentenciar. Sin embargo, tal discrecionalidad, en aras de no convertirse en mera arbitrariedad, debe estar limitada por juicios de razonabilidad y proporcionalidad sobre el contenido mismo de la norma, en referencia a la problemática de la interpretación de los derechos fundamentales. Y ello, con el objeto de generar providencias judiciales correctas que maximicen el disfrute de tales derechos, dentro de las posibilidades conferidas por las justificaciones en que se fundan las medidas que los restringen.

**Palabras clave:** restricción de derechos fundamentales, principio de proporcionalidad, principio de razonabilidad.

<sup>1</sup> Este artículo es producto de la investigación *Aproximación a un modelo de ponderación de derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política Colombiana de 1991*, financiada por la Universidad Católica Luis Amigó.

<sup>2</sup> Abogada de la Universidad de Medellín, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana, Especialista en Docencia Investigativa Universitaria de la Universidad Católica Luis Amigó, Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, candidata a doctora en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, Docente Investigadora de la Universidad Católica Luis Amigó y de la Universidad de Antioquia. Coordinadora de la Escuela de Posgrados de la Universidad Católica Luis Amigó. luzagranada@gmail.com

<sup>3</sup> Abogada de la Universidad de Antioquia. Especialista en Derecho de Familia de la misma universidad y Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Actualmente, en curso el doctorado en Derecho de Familia y de la Persona en la Universidad de Zaragoza (España). Profesora de la cátedra de Teoría general del proceso en la Institución Universitaria Salazar y Herrera, así como de Derecho de familia y Teoría general del proceso en la Fundación Universitaria Luis Amigó, y docente de tiempo completo de la Universidad Autónoma Latinoamericana, en el área de Derecho procesal civil. E-mail: katamerino@hotmail.com

## The jurisdictional process as a tool for the effectiveness of rights before a event of collection of principles

### Abstract

The judge can not be a stone guest discussion within the jurisdictional limit activity to the mechanical delivery of the law at the time of issuing the decision to close the system. Under the existence of a complex legal system, in which there are many cases is difficult, as the collision of principles as optimization-mandates, the judge has a discretion necessary when sentencing. However, such discretion, in order not to opt into mere arbitrariness, must be limited by reasonableness and proportionality judgments on the content of the standard reference to the problem of the interpretation of fundamental rights. And this, in order to generate correct judicial decisions that maximize the enjoyment of fundamental rights within the possibilities conferred by the justifications that measures that restrict melt.

**Key words:** restriction of fundamental rights, rinciple of proporcionality, principle of reasonableness.

## O processo judicial como uma ferramenta para efetivação dos direitos antes de um evento de colisão início

### Resumo

O juiz não pode ser um convidado de pedra dentro do debate jurisdicional que limitar a atividade ao pronunciamento mecânica da lei no momento da emissão da decisão de fechar o sistema. Sob a existência de um sistema jurídico complexo, em que casos difíceis abundam, como é a colisão de princípios como mandatos optimización-, o juiz tem um critério exigido no momento da sentença. No entanto, tal critério, a fim de não se tornar mera arbitrariedade, deve ser limitada por juízos de razoabilidade e da proporcionalidade no conteúdo da norma, referindo-se ao problema da interpretação dos direitos fundamentais. E esta, a fim de gerar decisões judiciais corretas que maximizam o gozo desses direitos dentro das possibilidades concedidas pelas justificações que as medidas que restringem a derreter.

**Palavras chave:** restrição dos direitos fundamentais. princípio da proporcionalidade. princípio da razoabilidade.

## Introducción

El juez debe, al momento de dictar sentencia dentro de un proceso jurisdiccional, actuar proporcionadamente a fin de alcanzar la justicia material, que no es otra cosa que obtener una decisión ajustada a los parámetros de la tutela judicial efectiva en aras de su eficiencia. En ese orden de ideas, con el ánimo de acercarse a la verdad de los hechos en el evento de que exista una colisión de derechos fundamentales, el juzgador debe hacer uso moderado de su poder evitando todo sacrificio de valores que sea inútil, innecesario o desproporcionado, adecuando el peso y la medida de los instrumentos que lícitamente puede utilizar a las circunstancias de cada caso concreto, y todo ello a partir de la asunción de la carga de la argumentación de los medios empleados. De ahí, que ante un caso difícil como el de la colisión de derechos fundamentales, se debe buscar una solución basada en la proporcionalidad, y esto bajo el entendido de que no existen derechos absolutos, por cuanto, de acuerdo a las especificidades de cada caso concreto, cada valor se enfrenta a la decisión de ser limitado. Asunto que se debatirá en el presente trabajo abordando la manera y los requisitos en que el juzgador puede restringir los derechos en pugna.

El juicio de proporcionalidad, entonces, se erige en una técnica de interpretación que busca tutelar los derechos inalienables de la persona, haciendo que estos sean compatibles entre sí en la medida en que ello sea posible, obligando al juez a hacer un balance entre costos y beneficios de su actuación. De ahí, que el operador jurídico se vea en la necesidad de trabajar con normas que requieran de una tarea hermenéutica que implique una aplicación argumentada y razonable para evitar la arbitrariedad. Y es que el carácter *prima facie* de los principios, implica la no existencia de una jerarquización entre valores, debiendo el juez, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, decantarse por otros principios de la misma jerarquía constitucional a los que están en juego. En tal cometido, debe identificar el campo de tensión, la alterativa más económica y el punto óptimo de equilibrio entre los derechos enfrentados, pero, siempre, justificando la decisión en términos de corrección.

Es por ello, que el presente trabajo abordará, en primer término, la definición de principios y de reglas, para establecer la actividad del órgano jurisdiccional cuando se enfrente a situaciones de difícil solución en la que aquellos se vean enfrentados entre sí, dándole relevancia a la implicación constitucional que tiene el trabajo jurisdiccional en el marco del Estado social de derecho. Y en un segundo aparte, se trabajará los llamados “conflictos de derechos” y las herramientas de las cuales puede disponer el juez para su resolución, haciendo énfasis en la proporcionalidad y razonabilidad, *con sus respectivas subreglas*, de la decisión jurisdiccional.

## La importancia de los principios en el derecho procesal y el modo de desatar su colisión

Dice el profesor Adolfo Alvarado Velloso, que el proceso jurisdiccional es un medio de debate dialéctico entre dos partes que están en pie de igualdad, pero en posiciones simétricamente opuestas, a fin de solicitar ante un tercero imparcial, imparcial e independiente la protección de un derecho en aras de garantizar la paz social con el proferimiento de una decisión de fondo respecto de la *litis*. De tal suerte, que en el derecho contemporáneo y con el advenimiento del llamado neoconstitucionalismo, la figura del juez ha cobrado relevancia respecto de la que gozaba en el siglo XIX y gran parte del siglo XX, cuando, en medio de la concepción liberal y para dotar al sistema de seguridad jurídica y previsibilidad, era un mero aplicador mecánico de la norma, dejándole al legislador la tarea de regular de manera general, abstracta y a través de la regla expresamente positiva, las posibles soluciones a los conflictos que se presentaran en la sociedad.

“En nuestro caso, la Constitución de 1991 introdujo -como cimiento del sistema social, jurídico y político- un ordenamiento constitucional fuertemente materializado” (Carbonell, 2008) que busca, en el escenario del proceso como método dialógico y pacífico de resolución de conflictos afirmados, servir de barrera frente a las intromisiones indebidas, desproporcionadas e innecesarias del legislador en la esfera de los derechos. En otras palabras, la Constitución dota al órgano judicial de amplios poderes que posibiliten la defensa en juicio a fin de alcanzar la tutela judicial efectiva con el proveimiento de decisiones que atiendan las particularidades del caso concreto derivado de un conflicto intersubjetivo de intereses que requiere de heterocomposición, en especial frente a aquellos casos denominados difíciles o trágicos donde la utilización del silogismo se hace imposible, siendo otras herramientas interpretativas -como lo es el principio de proporcionalidad- las que llevan a la creación normativa por parte del juez en el marco de la justicia material, acercando, de esta manera, al derecho procesal con el derecho constitucional (Calvinho, 2012).

El proceso jurisdiccional es una derivación de la dignidad humana en virtud de los derechos que pretende proteger y efectivizar, y así lo sostiene el profesor Gustavo Calvinho cuando afirma que la cuerda procesal es el método de composición por excelencia por ser el más idóneo para realizar todos los derechos inherentes al ser humano. Es un instrumento democrático que pone de relieve que el debate dialógico, que hace interactuar a los tres sujetos procesales (juez y partes), es una realidad conceptual sustantiva *pro homine* en el marco del Estado social de derecho, rebasando las formas procesales así, su contenido procedimentalista para instalarse en el escenario del proceso



justo regulado por el artículo 29 de la Carta superior. Y, por tanto, es el órgano jurisdiccional a través de la obligación de motivar las decisiones jurisdiccionales, tal y como se señala en el artículo el 280 del Código General del Proceso (CGP), quien debe realizar una labor de persuasión a través de la argumentación jurídica por encima de la demostración de los hechos, a fin de reconstruir el derecho del caso a partir de la razonabilidad de la providencia de cierre del sistema.

Cuando el caso llevado a instancias jurisdiccionales presenta dificultades en la determinación de la norma aplicable, en su interpretación o en su calificación jurídica, el método de deducción de reglas es insuficiente y el juez debe proferir su decisión sobre la base de parámetros de validez material a partir de normas de optimización que justifiquen la decisión en términos de corrección, en tanto, como lo señala Ricardo Luis Lorenzetti, ante la complejidad del objeto del litigio, ya el proceso judicial no se erige sobre la base de una "coherencia a priori" elaborada por el legislador, sino a *posteriori* desarrollada por el aplicador de la norma jurídica (Lorenzetti, 2011).

Juzgar implica siempre decidir. Sin embargo, el juez no debe ser decisionista, esto es, alguien que piense que juzgar es solamente una cuestión de voluntad y no una cuestión de razón, y mucho menos, debe moverse en el ámbito del determinismo sosteniendo que se puede juzgar sin decidir, porque, según aquel, tomar una decisión implicaría una mera tarea mecánica. Y es que el juez en ese proceso decisorio, se encuentra con unas alternativas de acción que están previamente determinadas o determinables en el ordenamiento, y a partir de ellas, construye las razones del por qué decide el asunto sujeto a su examen de cierta forma y no de otra. En pocas palabras, debe motivar sus decisiones. Por tanto, no es lo mismo la decisión que se adopte, que el discurso que sobre ella realice el juzgador como límite de su poder y como expresión de su sometimiento a los principios de legalidad y de seguridad jurídica. Por tanto, el juzgador debe evitar tomar decisiones basadas en la mera discrecionalidad, porque tal situación contradice frontalmente la aspiración de certeza y previsibilidad que caracteriza al Derecho, y eso solo se puede evitar si se aplican criterios adecuados para arribar a decisiones correctas (Avilés, 2004).

Explicar una decisión significa mostrar las causas que le dan origen, y justificar, significa mostrar las razones que permitan considerar la decisión como aceptable. En los dos casos se trata de dar razones, pero la naturaleza de las mismas es distinta. En la primera operación se hace una valoración histórica del conflicto alegado y, en la segunda, se realiza un explicitación del proceso lógico y mental que ha conducido a la mejor solución. En otras palabras, y siguiendo lo expuesto por Atienza (2013), razonar implica hacer la distinción entre justificación interna y justificación externa de la sentencia. Entendiendo, grosso modo por la primera, la aplicación estricta del silogismo

judicial, basado en la lógica deductiva, donde solo basta con la existencia de una norma jurídica válida y unos hechos probados que encuadren dentro de ese enunciado para proferir el fallo. Procedimiento, entonces, que es utilizado por el juzgador cuando está en frente de los llamados casos fáciles. No así, cuando se enfrenta a aquellos conflictos de intereses intersubjetivos que no encuentran respuestas idóneas en el derecho, ya sea porque el ordenamiento ha sufrido afectación gracias a los cambios sociales que van más rápido que el quehacer legislativo en sentido lato, generando lagunas; o porque las disposiciones que engrosan el sistema están vehiculizadas por el lenguaje natural que hace que el texto sea ambiguo, vago, difuso y por tanto, haya duda acerca de su interpretación; o porque existiendo respuesta, la solución se encuentra en varios preceptos contradictorios, reglas o principios, que precisan de un juicio de prelación por parte del órgano judicial.

Es aquí pues, en los denominados casos difíciles, cuando el juez debe recurrir a unos procedimientos argumentativos diferentes y adicionales a los de la lógica deductiva para desatar el litigio, habida cuenta de que la argumentación es un asunto contextual, donde la solución heterocompositiva siempre va a depender del caso concreto que dio origen al contradictorio y ello, porque la única cosa que la lógica formal puede garantizar es la corrección formal del argumento, donde no es posible en el evento en el que las premisas sean verdaderas que la conclusión derive en falsa. Sin embargo, dicha justificación interna no es suficiente cuando existen problemas para fijar la premisa mayor, las premisas menores o ambas. Aquí hay que añadir una justificación externa o de segundo nivel y resolver así los problemas procesales, de prueba, de calificación, de aplicación, de validez, de discrecionalidad o de ponderación que se generen.

Es en estos últimos entonces, en los problemas de ponderación, cuando aparece un principio vinculado a la dignidad humana e inherente al Estado social de derecho que le impone al Estado hacer un uso moderado de su poder, en el sentido de prohibir todo sacrificio innecesario de los derechos fundamentales de los individuos. De ahí, que los poderes públicos estén obligados a adecuar “el peso y la medida de los instrumentos que lícitamente puedan utilizar a las circunstancias de cada caso concreto, debiendo justificar para ello los medios empleados” (Ruiz & De la Torre, 2011). Por tanto, tal exigencia basada en el sistema de la balanza e impuesta a la intervención estatal en todos los ámbitos, en especial, en lo referente a la administración de justicia, está relacionada con la idea de justicia material, y en esa medida su aparición antecede a su consagración legal o jurisprudencial que data de 1968, cuando el Tribunal Constitucional Alemán le otorga rango constitucional por tener como sustrato a los derechos fundamentales. Y es que desde épocas pretéritas donde se aplicaba la ley del Talión, ya el concepto de retribución por el delito cometido menguaba las atrocidades de la venganza privada, y así, con el devenir del

tiempo, el principio de retribución adquirió categoría jurídica, porque “ante un mal como es el delito, se responde con otro mal, la pena, y entre estas dos razones rige una relación que por un profundo sentido de justicia exige la presencia de una cierta igualdad o equivalencia, lo que se tradujo en términos generales en que la gravedad de la pena impuesta por el poder público se debía graduar en función de la entidad de la lesión perpetrada”(Fernández Nieto, 2008).

Es una realidad constatable que las autoridades públicas y las personas de derecho privado adoptan medidas o realizan actuaciones a diario que restringen el disfrute de los derechos fundamentales, normalmente con una real o aparente buena justificación. Además, los jueces cuando entran, a través del mecanismo de la acción de tutela, a evaluar la constitucionalidad de tales medidas, pueden llegar a emitir decisiones contradictorias, habida cuenta de las dudas que provoca preferir entre los derechos fundamentales objeto de violación o entre la presunta buena justificación. Es por ello, que ante casos difíciles como el que se genera cuando dos principios de rango constitucional entran en conflicto, el órgano jurisdiccional debe proferir sentencias correctas que evalúen esas medidas restrictivas de derechos fundamentales que presentan una aparente justificación, a través de instrumentos adecuados que le permitan “resolver el caso atendiendo a los dos intereses en colisión, esto es, la necesidad de asegurar el disfrute de los derechos fundamentales en el mayor grado posible, y la necesidad de considerar las razones que se han esgrimido para justificar su restricción” (Díaz, 2011). Y es entonces, cuando estamos ante la presencia del denominado, por la doctrina, principio de proporcionalidad en sentido amplio. De ahí que se afirme, que:

Las reglas, que en forma de gradas estructuran el examen de proporcionalidad de medidas restrictivas de derechos fundamentales, permiten generar decisiones judiciales correctas, porque maximizan el disfrute de aquellos derechos dentro de las posibilidades conferidas por la justificación en que se fundan tales medidas, entonces, el principio de proporcionalidad es un mecanismo al servicio del juzgador que persigue proveer soluciones para resolver adecuadamente los conflictos entre los derechos fundamentales y otros derechos fundamentales o bienes constitucionales, a través de un razonamiento que contrasta intereses jurídicos opuestos para poder determinar si una medida restrictiva está justificada o es adecuada –no excesiva– respecto al fin que se persigue. (Díaz, 2011)

Es bien sabido que la Constitución Política contiene una serie de principios que, tomados en abstracto, son categóricos, es decir, de forzoso cumplimiento en todos los casos. Sin embargo, tal y como lo expone el profesor Javier Tamayo Jaramillo en su obra *La decisión judicial* (2011), la realidad muestra que esos derechos y principios se hallan en coexistencia con otros derechos y principios de igual naturaleza, debido a la multiplicidad de relaciones inter-

subjetivas de personas titulares de derechos y obligaciones, circunstancia que conduce irremediablemente a una serie de conflictos de derechos, derivados de la imposibilidad de aplicar a un mismo caso dos principios que son excluyentes entre sí, pero sin la posibilidad de decir que alguno de ellos es inconstitucional. Y es que los principios son *prima facie*, o sea que se aplican en cuanto sean posibles fáctica y jurídicamente (Alexy, 1997). En estos casos, el órgano jurisdiccional no puede fallar discrecionalmente a partir de sus preferencias o afecciones, sino sobre la base de una elección entre alternativas, cuyos límites son “parámetros de razonabilidad que guían y controlan la actuación de los jueces como órganos intersticiales y ya no como simples órganos de aplicación del derecho” (Lorenzetti, 2011). El juez, por tanto, debe realizar una comparación entre costos y beneficios de la providencia que ha de tomar, para que esta se erija en una decisión razonable y aparezca aceptable en la medida de lo posible (Tamayo, 2011).

Los jueces ejercen un control preliminar de legitimidad constitucional, y por tanto, en sede de tutela específicamente, el juzgador “analiza y valora los diversos argumentos interpretativos a favor y en contra de la constitucionalidad de una ley, y la decisión, que se adopta como resultado de este iter, tiene la pretensión de ser correcta” (Bernal Pulido, 2008). Este autor señala, además, que una decisión solo es correcta si está debidamente justificada y para ello, debe utilizar criterios como la racionalidad, la razonabilidad y el principio de proporcionalidad. Con la racionalidad, el órgano jurisdiccional pretende alcanzar objetividad (lo cual es un ideal, habida cuenta de la indeterminación y generalidad de las disposiciones contenidas en la Carta Política), logrando, a partir del cumplimiento de ciertas exigencias, que los argumentos aducidos en la parte motivan de la sentencia y el fallo estén ajustados a la lógica. Exigencias tales como:

- **La claridad y consistencia conceptual.** Según Alexy, “diversos interlocutores no pueden usar una misma expresión con diversos significados” (1981), esto es, el significado de los argumentos utilizados por el juez debe ser comprendido por todos los sujetos procesales, en la medida en que aquellos sigan las reglas lingüísticas de la comunidad. Pero, además, no pueden ser contradictorios
- **Consistencia normativa.** Significa que los argumentos utilizados en un caso concreto, pueden servir para “justificar los mismos resultados interpretativos cuando se apliquen a hechos idénticos o análogos. La aplicación de los mismos argumentos a hechos distintos o la producción de resultados interpretativos diferentes debe ser siempre justificada” (Bernal Pulido, 2008).

- **Saturación.** Todo argumento debe ser completo, es decir, debe contener todas las premisas que le pertenezcan.

Y respecto a la lógica deductiva en las cargas argumentativas:

- **Consistencia argumentativa y coherencia.** Entre los enunciados que componen los argumentos no pueden existir contradicciones, además, deben tener sustento en las reglas y principios que sustentan el sistema.

Por su parte, la **razonabilidad** “actúa como un factor justificador del ordenamiento jurídico. Cuando el legislador sanciona una norma o cuando el juez dicta una sentencia, se busca, en todos los casos, generar los medios necesarios para lograr la finalidad querida. En este proceso de creación normativa o de interpretación jurídica aparece generalmente más de una alternativa frente a una misma finalidad. Cuando la norma sea razonable, no sólo en sí misma, sino frente a todo el ordenamiento jurídico, podrá considerarse que es derecho y así, justa” (Sapag, 2008). La idea de razonabilidad, por tanto, en un sentido amplio, implica un examen de las “razones” del derecho, porque es ordenar en procura de un fin. Para Manuel Atienza, la razonabilidad es un criterio subsidiario de la racionalidad de los procedimientos y razonamientos que conducen a las decisiones del juez, entonces si el juzgador no puede acatar los criterios de racionalidad atrás mencionados, se enfrentaría a un caso difícil, y en esa medida tendría que acudir a la adopción de una decisión razonable. Ella no se plantea respecto de casos claros o fáciles, sino frente a aquellos casos en donde aplicando criterios de razonabilidad, resulta que el caso carece de solución, o tiene una solución a todas luces inaceptable o tiene más de una solución incompatibles entre sí (Atienza, 1987).

Pero, además, según lo expresado por el doctrinante Bernal Pulido, una decisión razonable, es aquella que carece de arbitrariedad, o sea, aquella que está fundada en una razón jurídica legítima. Es decir, contrario sensu, sería irrazonable, según Fernández (1998), aquella decisión que no tiende a realizar ningún objetivo jurídicamente relevante y, por tanto, carente de motivación. Entonces, en los casos donde hay contraposición de valores, el juez debe sopesarlos hasta llegar a un equilibrio, que según Atienza, no siempre se encuentra en el punto medio, ya que los principios puede que no posean el mismo peso, encontrándose el equilibrio en un punto más próximo a un extremo que a otro. “O si se quiere decirlo de otra manera. El término medio está en función de los extremos, pero estos no están ya formados mediante la simple referencia a tales valores o principios, sino que tienen que constituirse, en cada caso, a partir de esos materiales” (Atienza, 1987). Y es ahí, cuando entra en juego el principio de proporcionalidad *latu sensu*.

El principio de proporcionalidad es una construcción doctrinal y jurisprudencial alemana que nació con un ámbito de aplicación centrado en el Derecho penal –al que le exigía la adecuación de la pena a lo estrictamente necesario– pero que rápidamente se extendió a otros ámbitos jurídicos, especialmente a la justicia constitucional. Es un principio relacionado directamente con la dignidad humana, pilar del Estado social de derecho, que impone a las autoridades públicas, en el caso concreto al juez, hacer un uso moderado de sus poderes, especialmente proscribiéndole la posibilidad de emitir decisiones que sacrifiquen los derechos fundamentales de manera inútil, innecesaria o desproporcionada (Martínez & De la Torre, 2011). A través de esta herramienta, se hace un control del ejercicio de las potestades discrecionales de la jurisdicción, revisando tanto la decisión misma como el medio elegido para intervenir los derechos fundamentales de quienes actúan como sujetos procesales, obligando al juez a hacer un balance entre costos y equilibrios de su actuación.

Hacer una relación entre la locución “razonabilidad” y la locución “proporcionalidad” es señalar que la primera se reserva en general a la “constitucionalidad o legalidad de los motivos o las razones que se alegan para justificar una desigualdad o trato diferenciado (Díaz, 2011); no es más, entonces, que la interpretación y aplicación del principio de igualdad. Por el contrario, la proporcionalidad se refiere “al examen de la relación entre los medios y los fines del acto normativo. Usualmente se entiende que el test de proporcionalidad es un examen de ponderación entre dos principios jurídicos: se dice que cuando una norma “restringe” (reglamenta) un derecho fundamental, solo es admisible si el Estado tiene razones suficientes para su implementación, con lo que el principio perseguido por la norma debe ser “proporcionado” al principio que protege el derecho fundamental restringido (regulado). Teóricamente, se denomina principio de proporcionalidad al criterio de análisis estructurado por medio del examen de tres subprincipios (idoneidad, necesidad y ponderación), que permite poner de relieve la proporcionalidad entre los principios en conflicto a los efectos de saber si una norma es legítima, o sea, constitucional” (Sapag, 2008).

De acuerdo a lo señalado en páginas precedentes, se debe decir que el juez requiere de la lógica formal y de la retórica dialéctica para fundar sus decisiones. Su trabajo jurisdiccional se mueve dentro de dos contextos, el de descubrimiento y el de justificación de las providencias, especialmente, cuando se está ad portas de la que cierra el sistema con vocación de cosa juzgada. En un primer momento, el director del debate debe realizar un estudio histórico de cómo llegar a la decisión y, en una segunda etapa, debe aportar las razones que lo impulsan a estimar o no las pretensiones del demandante.

En la actualidad, y a partir de la consagración explícita del principio de proporcionalidad por el Tribunal Alemán, su aplicación se ha extendido a casi todas

las esferas jurídicas en los diferentes ordenamientos occidentales, especialmente en el área del derecho constitucional. En algunas Constituciones europeas y americanas ha encontrado consagración expresa, y en las que no, la jurisprudencia ha hecho uso de él como un principio inherente al valor sumo y universalísimo de la justicia, en tanto, como lo señala Prieto Sanchís (2000), es la prueba que debe superar toda medida restrictiva de un derecho fundamental. Por ello, independientemente de que su reconocimiento sea expreso o tácito, su uso va a depender de que la restricción que se haga del derecho o principio que esté en juego sea útil, necesaria y equilibrada, y de que la decisión adoptada sea la menos dañina posible, y todo en aras de servir como un instrumento de control eficaz respecto de las decisiones discrecionales del juez. Siendo, así las cosas, el fundamento del principio tratado no es más que la exclusión de la arbitrariedad y del exceso, proscripciones inherentes al Estado constitucional moderno, que evitan a toda costa que las decisiones jurídicas se tomen exclusivamente sobre la base de la voluntad de quien las adopta, al albur de su estado de ánimo o de su mera ideología y, por tanto, sin motivación que las sustente.

La providencia resultante de su utilización, podrá restringir un derecho fundamental solo en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito de acuerdo con la prohibición de exceso. Así que según Sánchez Gil, (2008), es un criterio que sirve para determinar si la intervención es legítima o no, convirtiéndose en un proceso metodológico argumentativo en la interpretación de los principios afectados en un caso concreto, para determinar, *a través de la formulación de una regla a favor de alguno de ellos*, el significado preciso de las disposiciones constitucionales que los contienen. Los criterios de interpretación consagrados por el legislador civil, esto es, el método sistemático, lógico, histórico, gramatical, son insuficientes para establecer la relación de los derechos fundamentales y sus límites, habida cuenta de la estructura abstracta y genérica de las disposiciones constitucionales. Entonces, la proporcionalidad de los medios, como también se le llama a este principio, determina con precisión los lindes de los derechos en un determinado conflicto con características fácticas específicas, puesto que la colisión no se da *in abstracto* sino entre las pretensiones de sus titulares en casos concretos y cuya solución está mediada por la incidencia casuística de circunstancias concurrentes en su ejercicio. En otros términos, las expectativas de conducta amparadas en un derecho fundamental, a veces solo pueden hacerse efectivas a costa de otras expectativas de conducta objeto de protección constitucional, porque la técnica de la *proporción* “considera que tales conflictos existen y que el aludido solapamiento de expectativas de conducta sólo puede resolverse sopesando unas y otras, indagando qué valor o interés último persiguen y dando valor preferente en el caso concreto a aquella expectativa que persiga el valor o interés más cualificado o importante” (Villaverde, 2008).

El principio de proporcionalidad se explica, si se entiende previamente la lógica del régimen constitucional de los derechos fundamentales, la cual tiene su raíz en el principio de libertad. En la consciencia de que aquellos pertenecen *in natura* a la condición humana, pero que, aun así, precisan de restricciones que eviten la anarquía o el resquebrajamiento del orden público. La necesidad de que el ejercicio de los derechos de su titular sea compatible y concomitante con el ejercicio de los derechos de los otros, es lo que justifica la existencia del Estado social de derecho. Pero ese control precisa, a su vez, de limitantes tanto formales como materiales a los poderes del Estado para operar sobre las prerrogativas básicas, esto es lo que se llama por la doctrina constitucional, "*límites de los límites*" (Carbonell, 2008). La norma jurídica y la jurisdicción son los límites formales, y el principio de proporcionalidad, el principal límite sustancial si el juez no respeta las reglas de estas restricciones, entonces las medidas adoptadas para solucionar las tensiones entre principios contrapuestos estarán viciadas de inconstitucionalidad.

Se ha insistido en la dogmática jurídica que los derechos fundamentales tienen un contenido axiológico de orden constitucional, y, por tanto, como lo indica Frondizi (2004), son elementos que derivan de un procedimiento complejo que permite atribuirles un valor para establecer su preferencia respecto de otro, y en ese procedimiento intervienen factores objetivos, subjetivos o circunstanciales. Para este autor, la valoración es una relación entre las cualidades reales de un objeto sobre el que recae, la aprehensión del sujeto que la realiza y el ambiente físico donde se gesta. Lo cual no significa que la decisión valorativa que se proyecta sobre los bienes jurídicos de raigambre constitucional sea arbitraria, porque la decisión debe erigirse sobre la base de la racionalidad, eliminando, de esta forma, cualquier jerarquía apriorística de valores jurídicos.

De lo anterior se colige, como lo sostiene Alexy cuando estructura su teoría de los derechos fundamentales (2008), que estos tienen dos contenidos, uno *prima facie* y otro, definitivo, en la medida en que deben ser interpretados de manera amplia, como principios que ordenan que su objeto se realice en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que juegan en sentido contrario. Y es que, según Zagrebelsky (2002, pp. 109 y ss.), los principios están dotados de una formulación tan amplia que los hace aplicables a innumerables supuestos concretos, y por ello son relevantes en cualquier situación. Esto es lo que se conoce como el mandato de optimización, que no es otra cosa que la posibilidad de que tales derechos se cumplan en diferentes grados, dependiendo, eso sí, de las circunstancias normativas y fácticas de cada situación específica. De manera general, los principios pesan lo mismo, pero es en el caso concreto llevado a instancias del juez, donde prima la aplicación de uno sobre el otro, en el evento, claro, de que entren en oposición entre sí.



Ese carácter axiológico de los principios, hace posible que doctrinariamente se hayan estructurado dos posturas para solucionar la colisión de estas normas de optimización, como las denomina Robert Alexy. La primera, hace referencia a la jerarquización de los derechos, haciendo, para tal fin, una clasificación de los mismos a partir de la generación a la que pertenecen; y otra, basada en el llamado test de proporcionalidad o *balancing test*, que busca, sobre la base de la igualdad de su valor, el principio que tiene más peso en cada realidad judicializada. A pesar de que muchos autores tratan de establecer diferencias irreconciliables entre los dos modelos, lo cierto es que ambos se complementan. Y es que la exigencia de proporcionalidad supone establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto, por lo tanto, se trata de una jerarquía móvil que no implica la declaración de invalidez de uno de los derechos constitucionales en conflicto, sino la preservación de ambos, aunque frente a cada situación sea preciso reconocer la preeminencia de uno u otro. Como lo señala el profesor Prieto Sanchís, en la búsqueda del derecho de mayor peso, es inexorable establecer una relación de proporcionalidad que implique instituir un orden de preferencia *ad hoc* entre los valores que en el caso *subjudice* se encuentran en pugna, habida cuenta de que:

La Constitución carece del carácter cerrado y concluyente que suelen tener las leyes; es verdad que dice muchas cosas, que sus preceptos se proyectan sobre amplísimas áreas de relación jurídica, pero no es menos cierto que habla con muchas voces. La Constitución sustantiva o principalista suministra razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias, y esto vale tanto para el legislador como para el juez. Ambos vienen llamados a conjugar esas razones para alcanzar un punto óptimo de recíproca satisfacción o, cuando menos, para evitar que ninguna de ellas quede anulada o definitivamente postergada; y ello por el sencillo motivo de que todas son razones constitucionales. Si no me equivoco, este es el sentido del llamado juicio de ponderación constitucional, que el propio Tribunal ha ido perfilando como la herramienta fundamental para interpretar las cláusulas materiales de la Constitución y singularmente los derechos. No se trata, pues, de establecer jerarquías abstractas entre principios o derechos, ni de la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro; la ponderación desemboca más bien en una jerarquía donde, a la vista de las circunstancias concurrentes, se concede mayor peso o importancia a una de esas razones. En suma, cabe decir que la ponderación se configura como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso. (Prieto Sanchís, 2013).

Si bien Robert Alexy (1988), sostiene que es posible en virtud del principio de proporcionalidad y de haber resuelto con él un conflicto entre derechos fundamentales, formular una *ley de colisión* que valga para todas las tensiones de principios equivalentes cuyo tenor literal sea: "las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio prevalente" y por tanto, esta-

blecer relaciones de prioridad relevantes para la decisión de casos nuevos, no es posible construir un orden de prelación que establezca una única decisión correcta, pues pueden surgir circunstancias distintas en la colisión de los mismos principios a futuro.

## **Aplicación del test de proporcionalidad a partir del análisis de un caso concreto: Sentencia T-362 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett**

### **Planteamiento del problema**

El señor Luis Antonio Gómez Vásquez fue condenado el 27 de enero de 1999 a un año de prisión y a una multa equivalente a un día de salario mínimo legal, como responsable del delito de inasistencia alimentaria. Posteriormente le fue otorgado el beneficio de la condena de ejecución condicional, sometiéndose a entre varias obligaciones, a pagar los perjuicios producidos a sus hijas por el incumplimiento de la prestación alimentaria. Ante el incumplimiento de las obligaciones, el juzgado Primero Penal Municipal de El Espinal, mediante auto del 20 de septiembre de 2000, revocó el subrogado y dispuso la captura, la cual se hizo efectiva el 27 de octubre. Después de solicitar en dos oportunidades la libertad ante el por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué y habiéndosele negado su reclamo, el señor Gómez presenta acción de tutela contra tal instancia judicial a fin de que se le protejan los derechos a la libertad personal, al trabajo, a la vida familiar y al debido proceso. El accionante aduce que la violación de los derechos se genera habida cuenta de que las dos menores a las cuales debe alimentos no son sus hijas. Y así lo ha reconocido la madre de las menores ante la Jurisdicción de Familia, cuando adujo que por lo menos una de sus hijas no fue procreada con el señor Gómez Vásquez; y en cuanto a la segunda de las hijas existen dudas sobre la paternidad, pues en el expediente aparecen pruebas que podrían demostrar que el accionante tampoco es su padre.

En primera instancia, el Juzgado Tercero Penal Municipal de El Espinal, mediante fallo del 22 de diciembre de 2000, negó la tutela solicitada, por considerar que el accionante pretendía desconocer lo dispuesto en una sentencia ejecutoriada mediante la cual se le impuso al accionante una pena de un año de prisión y multa equivalente a un día de salario mínimo legal. Además, según el criterio del *ad-quo*, el señor Gómez no interpuso oportunamente recurso judicial alguno contra la decisión del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, lo cual hace improcedente el recurso de amparo toda vez que este no puede usarse para suplir la negligencia de los

sujetos procesales en ejercer durante la cuerda procesal los recursos ordinarios contra las providencias jurisdiccionales.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de El Espinal fungió en el caso de marras como juez de segunda instancia, y mediante sentencia del 8 de febrero de 2001 revocó la decisión y concedió el amparo como mecanismo transitorio. Para el *ad-quem*, las pruebas aparecidas con posterioridad a la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de El Espinal, mediante la cual fue condenado el accionante, tales como el resultado de los estudios de paternidad y la declaración juramentada rendida por la madre de las menores en el proceso de impugnación de la paternidad, permiten al señor Gómez Vásquez ejercer la acción de revisión contra la decisión judicial que le impuso la pena mencionada. Por tal razón, el Juzgado Segundo Penal del Circuito concedió la tutela como mecanismo transitorio y estableció que el accionante debería, dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del fallo, “iniciar la Acción Judicial con la cual pretenda dejar sin piso jurídico la sentencia que por Inasistencia alimentaria lo tiene privado de la libertad”. Como consecuencia de su decisión, ordenó la libertad inmediata del demandante.

## **Método**

Se realizó el análisis jurisprudencial, desde la población objeto de estudio, las sentencias del Tribunal Superior de Medellín durante los años 2011 y 2012. Para identificar dicha población, se procedió a la revisión de sentencias proferidas durante dicho periodo, de esa revisión se identificaron 866 sentencias que cumplían con el criterio previamente definido (sentencias que tutelaran derechos fundamentales y que además se presentara colisión entre ellos). La definición de la muestra se realizó mediante muestreo probabilístico, el tamaño fue de 67 sentencias, con un nivel de confianza de 95% y un margen de error máximo de 5%. Para la selección se enumeraron las sentencias y con la ayuda de Excel se generaron 67 números aleatorios entre 1 y 866. Asimismo, se procedió a la selección aleatoria de sentencias proferidas por la Corte Constitucional, con el fin de verificar el uso del test de proporcionalidad, como herramienta a utilizar por el operador jurídico, en el caso de colisión de derechos fundamentales, para hacer viable arribar a sentencias correctas, las que no serían posibles a través del proceso deductivo o silogístico.

## **Análisis del caso a partir del test de proporcionalidad**

Una decisión judicial es correcta, se dijo en páginas precedentes, cuando al evaluar la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos

fundamentales, permite el disfrute de esos derechos dentro de las posibilidades que otorgan las justificaciones en que se funda la medida que pretende su restricción. En ese orden de ideas, se debe establecer para el efecto, si la providencia de tutela del Juzgado Tercero Penal Municipal de El Espinal en este caso, evalúa una medida que contenga una real o aparente buena justificación de los derechos fundamentales reclamados por el accionante, en especial el del debido proceso. En otras palabras, si la decisión del juez negando la libertad no es excesiva al hacer prevalecer el principio de legalidad y seguridad jurídica sobre el principio del debido proceso y de la libertad. Para ello se utilizará el test de proporcionalidad, como una “meta-herramienta que permita valorar la evaluación realizada por el juez a la hora de ponderar distintos intereses constitucionales que entran en conflicto” (Vidal Fueyo, 2009).

Es pues el test de proporcionalidad un instrumento que desata la colisión de intereses, en tanto permite a través de un razonamiento de comparación determinar si una medida restrictiva está justificada respecto del fin perseguido. De ahí que se lleve a cabo un juicio escalonado de eficacia, de eficiencia y de precedencia que permita arribar a la conclusión de que el dispositivo jurisdiccional permite el ejercicio de los derechos fundamentales sin privar indebidamente al titular de algún grado de ejercicio de otros valores de raigambre constitucional.

En este orden de ideas, y en un primer momento, hay que preguntarse si la providencia aludida fue proferida para obtener una finalidad legítima, esto es, si esta no está prohibida por el ordenamiento jurídico. Obviamente, la decisión se dictó a fin de asegurar dos principios del derecho procesal que se derivan del macroprincipio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, esto es, el principio de legalidad y el de seguridad jurídica o previsibilidad de la que están dotadas las sentencias jurisdiccionales. Así que cuando el juez decide negar la libertad bajo el entendido de que ya hay una providencia de un juez penal que ha hecho tránsito a cosa juzgada, está defendiendo un interés de supremacía constitucional consagrado en el inciso 4 del artículo 29 superior, y un interés indirectamente constitucional regulado en el artículo 21 de la ley 906 de 2004. Sin embargo, no basta que la finalidad propendida por la providencia del juez Tercero Penal Municipal de El Espinal sea legítima, sino que hay que averiguar si es útil o adecuada para promover el objetivo de asegurar la firmeza de las decisiones jurisdiccionales a fin de reivindicar la seguridad jurídica del sistema. Aquí entonces, hay que confirmar si el dispositivo interpartes *sub-examine* está dotado de idoneidad instrumental en tanto favorece la consecución de los principios constitucionales antes referidos, de ahí que solo haya que determinar si hay coherencia entre los medios utilizados y los fines pretendidos, estableciendo que estos últimos sí pueden ser alcanzados por el medio que restringe los derechos. Para el caso en cuestión, la medida (que es la sentencia del 22 de diciembre

de 2000) supera el examen de idoneidad técnica, debido a que por medio de una sentencia de tutela es posible favorecer el respeto del principio del *non bis in ídem* consagrado en la Constitución Política en aras de favorecer la certeza del derecho, existiendo, así, una conexión lógica con la finalidad deseada.

Superado el juicio de eficacia, se debe proceder a realizar un juicio de eficiencia respecto de la medida analizada, teniendo en cuenta, ante la existencia de otras alternativas de protección de los derechos fundamentales en colisión, si existe una medida igualmente eficaz para favorecer el fin perseguido. Es posible que las consecuencias sobre los derechos fundamentales autoricen considerar pequeñas y medianas afectaciones al debido proceso, y por ello en el caso de marras, ha de decirse que el juez de tutela pudo haber dictado una sentencia, a partir del material probatorio recaudado dentro de la cuerda procesal, que protegiera el proceso justo desde su perspectiva material atendiendo a la finalidad de la jurisdicción en los términos de una tutela jurisdiccional efectiva, ordenando la libertad del accionante, si hubiese estimado que -a pesar de existir una sentencia ejecutoriada dictada por el juez de la causa en el proceso de conocimiento- contaba con información sobreviniente relevante (que las menores no eran hijas del accionante y por tanto no existía la obligación alimentaria por parte de este) cuyo desconocimiento le impidió al juez penal dictar una providencia basado en la igualdad procesal de los sujetos intervinientes y en el respeto al derecho de defensa del imputado ajustado a la realidad de los hechos. En ambos casos, el juez de tutela estaría respetando el debido proceso pero desde ópticas distintas, pues de un lado, y en el primero de los eventos, protegería -como lo hizo- la legalidad de las formas y la seguridad jurídica haciendo respetar la cosa juzgada formal, y con la segunda medida hipotética, propendería por el respeto de la verdad por correspondencia derivada de una prueba sobreviniente que no pudo ser tenida en cuenta el juzgador de la causa por haber sido inducido a error por uno de los sujetos procesales.

A esta altura del análisis se puede sostener que los intereses constitucionales favorecidos y perjudicados por la medida evaluada son, de un lado, la legalidad de las formas y la seguridad jurídica que genera la cosa juzgada, y de otro, la justicia material a partir de la verdad de los hechos como basamento de la tutela judicial efectiva. Y es por ello que se debe hacer acopio del tercer subprincipio del examen de proporcionalidad, el criterio de precedencia condicionada o ponderación. Por tanto, hay que mirar si los beneficios que reporta la medida adoptada por el operador jurídico son mayores que los perjuicios que genera para los derechos fundamentales en pugna. En el caso que nos ocupa hay que decir que la decisión adoptada por el juez de tutela es más lesiva de los derechos fundamentales del actor que la medida alternativa, toda vez que, so pretexto de respetar la cosa juzgada, presupuesto necesario del debido proceso legal, se desconoce el objeto mismo del derecho jurisdiccional que es

obtener una decisión justa, legítima y eficiente que se fundamente en lo que realmente ocurrió dentro de la realidad sustancial, a fin de dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 228 de la Carta Política cuando señala que el derecho procesal debe coadyuvar al respeto del derecho sustancial, lo cual no es otra cosa que llegar a la verdad material como *conditio sine qua non* de la función de administrar justicia. De ahí, que de acuerdo con las condiciones del caso concreto, el derecho fundamental a la seguridad jurídica desde la óptica de la cosa juzgada debe ceder frente al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva basada en la verdad de los hechos, porque el silencio (que las menores no eran hijas del imputado) le permitió a la señora Oviedo Tique valerse de los instrumentos represivos del Estado para perseguir sus propios intereses y, a la vez, negar al demandante el derecho a la información necesaria para favorecer a una defensa legítima dentro del el proceso penal.

## Conclusiones

Como colofón del anterior análisis, se puede afirmar que la proporcionalidad se erige hoy en un principio general del derecho implícitamente positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano, y, en esa medida, en una herramienta con una doble función, de un lado, sirve de control a la arbitrariedad del poder judicial en la toma de decisiones y de otro, se estatuye como una vía de participación del juez en la creación de derecho, porque comporta la atribución de crear una regla aplicable al caso en conflicto, que a través de un proceso diferente a la subsunción, pondera las circunstancias fácticas y normativas, y a renglón seguido, determina que pesó más en cada caso llevado a su conocimiento.

En esa actividad hermenéutica, el juez debe hacer uso de tres reglas de enjuiciamiento, que en su orden son: **la adecuación**, la medida enjuiciada ha de ser idónea en relación con el objetivo perseguido. Esto es, para comprobar la utilidad de una medida restrictiva, primero hay que verificar si es apta para la consecución del resultado buscado. Es un análisis, entonces, de la relación medio-fin, que pretende averiguar si la limitación a imponer no resultará injustificada para llegar a las consecuencias deseadas. La utilidad, por tanto, se refiere a que, haciendo un análisis de la medida, se concluya que facilitará de cualquier forma la realización del fin inmediato que se persigue, consiguiendo, con ello, la satisfacción de un determinado principio constitucional. Es decir, no hay que buscar, a toda costa, las medidas más idóneas para alcanzar el fin, sino excluir con la asunción de las medidas adoptadas aquellas que, a todas luces, sean ineficaces. Como lo sostiene el profesor Bernal Pulido, son exigencias de este subprincipio *la legitimidad constitucional del fin y la adecuación de la medida examinada*. Será legítima la medida, si persigue la protección de un derecho fundamental, y será idónea, si tiene una relación fáctica con el fin que se propone, "es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho fundamental o de otro bien jurídico". (Bernal Pulido, 2011, p. 1).

**La necesidad**, apunta a establecer si la intervención del poder público es indispensable para proteger uno de los derechos en pugna, por no existir un instrumento alterno y más moderado en su ejercicio. No solo se debe comprobar si la acción del juzgador es legítima por el fin perseguido, sino que debe comprobarse de igual manera, que no haya otra medida más templada que tienda al mismo propósito. De entre todos los medios posibles, el juez debe optar por el que cause menor restricción a los derechos de los afectados y por el que, en dichas condiciones, de manera menos gravosa satisfaga los mismos objetivos que los medios que con él se compararon. Es un juicio que gravita, de suyo, en el concepto de onerosidad. Para llevar a cabo esta tarea, el juez debe hacer una doble comprobación. Primero, que la medida escogida es la menos perjudicial para el derecho afectado entre las diferentes opciones, también aptas para alcanzar el fin valorado como legítimo. Y, en segundo lugar, que, o no existe la posibilidad de escoger entre varias opciones, o que pudiendo hacerlo, las demás afectan el derecho fundamental conflictuado en una escala mayor.

Y **la ponderación**. Aquí debe hacerse una comprobación del equilibrio entre las ventajas y perjuicios que se causan por la limitación de un derecho para garantizar la protección de otro. Las ventajas y los daños derivados de la restricción del derecho a fin de proteger otro, deben ser superiores a los perjuicios causados sobre los demás bienes en conflicto. Como lo señala Alexy, lo que se busca es establecer cuál de los intereses de igual jerarquía, tiene mayor peso en el caso concreto, y así compensar los sacrificios que la intervención tiene para el titular del derecho fundamental, con las ventajas que se obtienen a través de dicha restricción. Es pues, una ponderación de intensidades o grados entre valores constitucionales.

Si lo que en últimas se persigue es propender por la máxima extensión del alcance de los derechos fundamentales y su mínima restricción, el principio analizado se destruye sobre la base de otro que sustenta toda la dogmática del neoconstitucionalismo actual: **el principio pro homine**, y que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

## Referencias

Alexy, R. (1981). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, (5).

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Asís Roig, R. (1987). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Asís Roig, R. (1995). *Jueces y normas: la decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons.
- Atienza, M. (1987). Para una razonable definición de lo "razonable". *Doxa*, (4), 189-200.
- Atienza, M. (2010). A vueltas con la ponderación. *La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, 15.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Avilés, M. E. (2004). *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid: Marcial Pons.
- Bascuñán, A. S. (1997). *Tratado de Derecho constitucional*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2008). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2011). Diccionario Iberoamericano de derechos Humanos. Recuperado de: [http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos\\_pub/index/0/X](http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/index/0/X)
- Bustamante Rúa, M. (2009). *Principios del derecho procesal. Derecho procesal contemporáneo*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín.
- Calvinho, G. (2012). *El proceso con derechos humanos. Método de debate y garantía frente al poder*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Carbonell, M. (2008). En M. Carbonell (editor). *El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional*. Santiago de Chile: Librotecnia.
- Carnelutti, F. (1989). *Cómo nace el derecho*. Bogotá: Temis.
- Cianciardo, J. (2003). Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción. *Boletín mexicano de derecho comparado*.
- Clérico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.



- Díaz García, L. (2011). La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. *Revista de Derecho de la Universidad Pontificia Católica de Valparaíso*, XXXVI, 167-206.
- Fernández Nieto, J. (2008). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho común europeo*. Madrid: Dykinson
- Fernández, T. R. (1998). De la arbitrariedad del legislador una crítica de la jurisprudencia constitucional. Madrid: Civitas.
- Fronzizi, R. (2004). ¿Qué son los valores? Introducción a la axiología. México: Fondo de cultura económica.
- Fuller, L. & Kenneth. I. (1978). The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard law Review*, 92 (2).
- González Beilfuss, M. (2006). *Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional Español*. Madrid: Aranzadi.
- González, J. I. (1988). *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*. Sevilla: Instituto García Oviedo.
- Guastini, R. (1999). Principios de derecho y discrecionalidad judicial. *Jueces para la democracia*, (34).
- Guastini, R. (2005). *La constitucionalización del ordenamiento jurídico*. El caso italiano. Madrid: Trotta.
- Lorenzetti, R. (2011). *Fundamentos del derecho y razonamiento judicial*. Bogotá: Ibáñez.
- Moreso, J. (2005). *Conflictos entre principios constitucionales*. Madrid: Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2000). Tribunal Constitucional y positivismo jurídico. *Doxa*, (23).
- Prieto Sanchís, L. (2010). El juicio de ponderación constitucional. En M. Carbonell (editor). *El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional*. Santiago de Chile: Librotecnia.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Trotta.
- Pulido, C. (2011). Diccionario Iberoamericano de derechos Humanos. Recuperado de: [http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos\\_pub/index/0/](http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/index/0/)
- Ruiz, R. y De la Torre, L. (2011). Algunas aplicaciones e implicaciones del prin-

cipio de proporcionalidad. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (14), 27-44.

Sánchez Gil, R. (2008). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. En

M. Carbonell (editor). *El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional*. Santiago de Chile: Librotecnia.

Sánchez, R. (2010). El principio en la jurisprudencia mexicana. En M. Carbonell (editor). *El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional*. Santiago de Chile: Librotecnia.

Sapag, M. A. (2008). *El principio de proporcionalidad y razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado*. Bogotá: Dikaion.

Tamayo, J. (2011). *La decisión judicial (Vol. 1)*. Bogotá: Diké.

Taruffo, M. (1975). *La motivación de la sentencia civil*. Padua: Cedam.

Uturralde, V. (1991). Sobre el silogismo judicial. *Anuario de filosofía del derecho*, (VIII).

Valencia Restrepo, H. (1997). *Nomoárquica, principialística jurídica o de los principios generales del derecho*. Bogotá: Temis.

Vidal Fueyo, C. (2005). El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. *Anuario de derecho constitucional Latinoamericano*.

Villaverde, I. (2008). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. En M. Carbonell (editor). *El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional*. Santiago de Chile: Librotecnia.

Zagreblesky, G. (2002). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

# **Bases para la resignificación de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos**

***Adriana Patricia Arboleda López<sup>1</sup>***

***Luis Fernando Garcés Giraldo<sup>2</sup>***

***J. Eduardo Murillo Bocanegra<sup>3</sup>***

***Astelio Silvera Sarmiento<sup>4</sup>***

***Jovany Sepúlveda Aguirre<sup>5</sup>***

***Dany Esteban Gallego Quiceno<sup>6</sup>***

---

<sup>1</sup> Posdoctora en Ciencias de la Educación con Enfoque en Complejidad e Investigación Transdisciplinaria de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla, Colombia (2017). Doctora en Derecho Procesal Contemporáneo (2013). Magíster en Derecho Procesal (2009), Especialista en Derecho Administrativo (2000). Abogada Conciliadora (1998- 2012) de la Universidad de Medellín. Directora del Centro de Conciliación Lasallista Juan Rafael Cárdenas Gutiérrez. Docente investigadora asociada. Directora del Grupo de Investigación en derecho GRIDE clasificado por Colciencias en categoría A. Miembro de la Red de Derecho Procesal y de la Red de Consultorios Jurídicos y Centros de Conciliación de Antioquia. Correspondencia: adarboleda@lasallista.edu.co.

<sup>2</sup> Doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia, Investigador Senior, Clasificado por Colciencias, Vicerrector de Investigación en la Corporación Universitaria Lasallista de Caldas, Antioquia, Colombia. Correspondencia: lugarces@lasallista.edu.co.

<sup>3</sup>PhD. Business Administration. University of Missouri USA. Master of Arts, Cultural Anthropology. University of Missouri USA. Rector of Corporación Universitaria Lasallista. Correspondencia: rector@lasallista.edu.co.

<sup>4</sup>Doctor en Ciencias de la Educación, Universidad Simón Bolívar. Magíster en Educación Universidad del Atlántico-SUE Caribe. Vicerrector Nacional de Investigaciones de la Corporación Universitaria Americana. Investigador asociado. Docente de Maestría en Educación y Especialización en Pedagogía de las Ciencias Universidad Simón Bolívar. Correspondencia: asilvera@coruniamericana.edu.co

<sup>5</sup>Magister de Gestión de la Innovación Tecnológica, Cooperación y Desarrollo Regional del Instituto Tecnológico Metropolitano. Vicerrector de Investigación de la Corporación Universitaria Americana - sede Medellín. E-Mail: vicerrectorinvmed@coruniamericana.edu.co

<sup>6</sup> Licenciado en Matemáticas y Física. Máster en Investigación en Ciencias Experimentales y Matemáticas. Magíster en Educación y doctorando en Ciencias de la Educación, profesor de la Facultad de Educación de la Universidad de Antioquia. E-mail: danygallego@yahoo.com

“Educar para comprender las matemáticas o cualquier disciplina es una cosa,  
educar para la comprensión humana es otra;  
ahí se encuentra justamente la misión espiritual de la educación:  
enseñar la comprensión entre las personas  
como condición y garantía de la solidaridad intelectual y moral de la humanidad”  
Morín (2002)

## Resumen

Diferentes enfoques frente a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos como formas civilizadas de abordar los conflictos nos llevan a su resignificación, atendiendo las necesidades de la sociedad en la búsqueda de soluciones rápidas a sus desavenencias. Hoy se habla con mayor fuerza de los diferentes Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, planteando desde la academia y la investigación la necesidad de promover su investigación, difusión y conocimiento como herramientas socio jurídicas que fomenten la cultura del diálogo y la paz.

**Palabras clave:** mecanismos, conflictos, emociones, ética, conciliación.

## Bases for the resignification of the mechanisms conflict solution alternatives

### Abstract

Different approaches to the Alternative Mechanisms of Conflict Resolution as civilized ways of approaching conflicts lead us to their resignification, attending to the needs of society in the search for quick solutions to their disagreements. Today, the different mechanisms of conflict resolution are being talked about with greater force, and from academia and research the need to promote their research, diffusion and knowledge as socio-legal tools that promote the culture of dialogue and peace.

**Key words:** mechanisms, conflicts, emotions, ethics, conciliation.

## **Bases para ressignificação mecanismos solução de controvérsias alternativa**

### **Resumo**

Diferentes abordagens para a Resolução Alternativa de Litígios Mecanismos como formas civilizadas de lidar com conflitos levar a sua redefinição, atendendo às necessidades da sociedade na busca de soluções rápidas para suas diferenças. Hoje falamos mais fortemente do diferente Conflito resolução alternativa de litígios, levantando da academia e pesquisar a necessidade de promover a sua pesquisa, divulgação e conhecimento como instrumentos legais parceiros que promovem a cultura do diálogo e da paz.

**Palavras chave:** mecanismos, os conflitos, as emoções, a ética, a reconciliação.

## Introducción

Siendo la justicia uno de los fines esenciales del Estado consagrado en el preámbulo y en el artículo 2 de la Carta Política de 1991, y los abogados los profesionales llamados a administrar justicia, se requiere replantear la formación tradicional y pleitómana de esta disciplina teniendo en cuenta que los conflictos se pueden dirimir, bien por la justicia ordinaria a través del aparato judicial, bien a través del diálogo y la concertación por medio de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC). Por ello el Estado colombiano, a través de su Ministerio de Justicia y Derecho -Dirección de Métodos Alternativos, ha creado su política pública en conciliación extrajudicial y judicial. Es así como los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos se han ido convirtiendo poco a poco en la forma más rápida de solucionar los problemas relacionados con la Ley. Quizá el resultado más elocuente de la política estatal de promoción de la solución alternativa de conflictos se exprese en la significativa ampliación del número de Centros de Conciliación en el país, se ha pasado de tener 141 centros en el 2002 a contar con 367 centros activos y autorizados en el año 2017, con casi 16000 conciliadores capacitados e inscritos. Según los datos informados por el Ministro de Justicia y de Derecho.

## Los conflictos

Los conflictos son “inherente a la coexistencia social” (Márquez, 2013, p. 27), la convivencia con otros genera la existencia de conflictos. El término conflicto es definido como: “combate, lucha, pelea, enfrentamiento armado, apuro, situación desgraciada y de difícil salida, problema, cuestión o materia de discusión” por la Real Academia Española. En términos psicológicos el conflicto se define como “la coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos emocionales” (Faber y Mazlish, 2005, pp. 126-127). Sin embargo, el término debería ser entendido como la existencia de una contraposición de posturas, donde las partes se enfrentan con puntos de vista contrapuestos. Los conflictos pueden ser una oportunidad, postura respaldada por autores como Pérez y Pérez (2011) quienes exploran las posibilidades pedagógicas del conflicto, esto es, el conflicto como oportunidad de crecimiento. La Constitución Política de 1991 (base normativa del ordenamiento jurídico colombiano) a través de diversos derechos allí consagrados, expresan el principio de la autonomía de la voluntad como: la personalidad jurídica (artículo 14); el libre desarrollo de la personalidad (artículo 16); el derecho a la propiedad privada (artículo 58) y la libertad de asociación (artículo 38); así como en el Código Civil y el Código de Comercio que impulsan la libre conformación de relaciones jurídicas cubiertas por deberes legales y lineamientos básicos de conformación.

El postulado de la autonomía de la voluntad se cimienta en la permisión de que las partes establezcan por sí mismos las reglas por las cuales van a ir encaminando o direccionando sus relaciones tanto civiles como familiares y comerciales, fundamentada en la posibilidad de que las partes puedan de igual manera que crean sus relaciones solucionar los conflictos que se suscitan.

Diferentes enfoques que se presentan en la aplicación de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Si es posible restaurar la paz social sin necesidad de poner en marcha la pesada maquinaria jurisdiccional, (Martín, 2011, p. 16), es como mínimo de interés público el evitar el derroche de los recursos públicos escasos para llegar a una solución procesal que tal vez sea incompleta y por ello insatisfactoria, que con facilidad podría ser cualitativamente mejorada por otros cauces menos formales, y sobre todo más flexibles y amigables. Quizás no sea descabellado empezar a pensar, desde la teoría favorable a la expansión de las sucesivas generaciones de derechos humanos, en un germen de derecho fundamental a la tutela extrajudicial efectiva precisamente como complemento privado eficiente para la protección de los derechos e intereses legítimos, con todas las implicaciones y cuestiones teóricas que esto puede llevar (Martín, 2011, p. 16).

Efectivamente, se comparte la idea de que estos mecanismos de resolución de disputas deben ser más complementarios que alternativos, sin que se rebaje en lo mínimo la importancia que tienen en la práctica. Como formas extrajudiciales y complementarias de la administración de justicia teniéndose que tener claridad frente al manejo del conflicto el cual se convierte en litigio, poniéndolas en relación con la función preventiva del derecho, tantas veces fallida y por tanto necesitada de reforzamiento por lo que se propone desde el derecho la estrategia pedagógica de formación desde la básica primaria en el tema de mediación escolar, la cual se va a reflejar en una sociedad con mayor tendencia al diálogo.

En boca de casi todos, expertos juristas y ciudadanos, se encuentra la crítica o autocrítica por la lentitud, carestía y distancia (en formas y fondo) de la justicia respecto del ciudadano. Se percibe a la justicia como una institución agotada, cansada, renqueante de múltiples e interminables achaques. Aun así la justicia, en el sentido de resolución de conflictos en vía jurisdiccional, es un enfermo con salud de hierro y recurrimos a ella para resolver conflictos, litigios, disputas, problemas y, paradójicamente, al tiempo que renegamos de ella la consideramos imprescindible. ¿O ya no tanto? Este interrogante viene planteado puesto que de un tiempo a esta parte, a la justicia le han salido "competidores". En los últimos años se ha reactivado la búsqueda de otras vías, de otras formas, de otras posibilidades de solucionar conflictos y litigios y con ello de otras alternativas para hacer, también, justicia (Martín, 2011, p. 21)

Se comparte los postulados de Beloso Martín (2006) en el sentido de que “el hecho de que los ciudadanos acudan normalmente a los tribunales para solventar sus disputas puede obedecer a diferentes motivos” en los que se encuentran entre otros, la ausencia de cultura de diálogo, el acuerdo y la transacción, ausencia de experiencia en solución de conflictos por vía autocompositiva. De igual forma el profesor Fernando Martín comparte estos postulados antes descritos y adiciona que existe una tendencia de los ciudadanos a que sus conflictos se resuelvan mediante la intervención de los poderes públicos, debido entre otros a la complejidad creciente de la vida social y de las relaciones personales; el excesivo intervencionismo del Estado en la vida de los ciudadanos y, en paralelo, el creciente protagonismo social, político, jurídico y económico del poder judicial; o la utilización perversa del proceso como venganza social. De hecho las vías complementarias en Colombia tienen un claro alcance constitucional establecido en el artículo 116 de la Carta Magna.

## **La conciliación entendida como complemento a la jurisdicción**

La conciliación, la mediación, la negociación y el arbitraje, como lo expresan los profesores Lorenzo Bujosa Vadell y Fernando Martín Diz de la Universidad de Salamanca son instrumentos de resolución de conflictos complementarios y no alternativos a la jurisdicción. De ahí que en Colombia se tenga la Ley 640 de 2001 y en España la Ley 5 de 2012, como complemento necesario de la jurisdicción y no como alternativa de la misma en asuntos de familia, comercial y civil. Siguiendo a Taruffo, la conexión entre estas realidades conceptuales radicalmente distintas vendría de la combinación entre la mediación y la jurisdicción previendo la posibilidad de que el juez, cuando lo considere oportuno, derive a las partes a un conciliador (*court-annexed mediation*). Si llegan a un acuerdo el proceso terminaría, pero en caso de que no llegasen al mismo el juez volvería a conocer el asunto objeto de litigio. De este modo la mediación se entendería como un medio de resolución de conflictos auxiliar y complementario a la jurisdicción. El recurso a la mediación no dependería de la voluntad de las partes, sino de la decisión del juez sobre la oportunidad de resolver el asunto a través de esta vía. La voluntad de las partes se circunscribiría así al ámbito de aceptación o rechazo de la posibilidad de acordar y al acuerdo que pudiera alcanzarse, y no supondría ir más allá de aquello que legítimamente pueden disponer, porque todo intento de imposición de la mediación como alternativa a la jurisdicción está abocado al fracaso desde el punto de vista del respeto a la exclusividad de la potestad jurisdiccional señalada en el artículo 117.3. CE.

A criterio de los investigadores, los MASC en Latinoamérica fueron concebidos como estrategia de fortalecimiento del marco institucional de los Estados y se



les ha dado el rango de figura constitucional, pues en muchos países encuentra su soporte en la norma fundamental, como en el caso de Colombia establecidos en el artículo 116 de la Carta Magna: posicionando la mediación, la conciliación y el arbitraje como formas transitorias para administrar justicia, complementarias al aparato judicial para solucionar las controversias jurídicas, incluso en Colombia se determinó puntualmente que los conciliadores y árbitros administran justicia transitoriamente, por parte de los particulares que buscan ante todo la convivencia pacífica, la paz y la reconstrucción social.

Por ello se habla de Mecanismos Alternativos de Solución en diferentes áreas del derecho: civil, comercial y familia, además en temas interdisciplinarios ya que con lleva el estudio de las emociones, la interdisciplinariedad y un fuerte componente ético. Se habla de conciliación en propiedad intelectual, en la guarda y custodia de menores, complementaria de la rama judicial con aprobación del acuerdo establecido en el artículo 154 del Código Civil, donde prima el interés del menor reconociendo que en el tema de custodia exclusiva o compartida concertada permite mayor facilidad para la expresión de amor por parte de los menores, donde no se violenta sus sentimientos al limitarlos en las horas o tiempos en que pueda compartir con sus progenitores, reconociendo en este tema la importancia del acompañamiento psicológico.

Sin embargo la aplicación de los diferentes Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos presenta algunos inconvenientes, entre ellos podríamos enunciar: su desconocimiento por parte de la sociedad en general, la poca destinación presupuestal por parte del Estado colombiano, la falta de cultura de diálogo, el poco respeto por el otro, la necesidad de conocer y comprender las emociones de las personas en conflicto.

Según los investigadores, cuando en Colombia se impone la conciliación como requisito de procedibilidad por medio de la ley para acceder al aparato judicial, presenta una confusión la cual entendemos así: se propone el requisito para promover la conciliación, pero a la vez se pone como requisito a un derecho que de suyo ya se tiene, que es poder acceder a la justicia ordinaria, es decir que no es necesario tal obligatoriedad para que un ciudadano tenga derecho de acudir al aparato judicial, tal como se realiza en países desarrollados como España donde la conciliación o mediación no se realiza como requisito para poder demandar, además si se tiene en cuenta que la conciliación se basa en la autonomía de la voluntad, esta desaparece cuando el Estado pone una obligación o deber de asistir a una conciliación como un requisito para poder demandar, por cuanto no hay libertad para decidir si el propietario del litigio quiere o no decidirse por instaurar directamente el pleito o si desea arreglar sus desavenencias de forma rápida mediante el diálogo, son dos cosas totalmente diferentes.

## **Mediación, conciliación y arbitraje *on-line***

La virtualidad y el uso de las TIC se hacen presentes en diferentes disciplinas. Ni el Derecho, ni los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos son ajenos a ello. Parece que hay más ventajas que inconvenientes en la aplicación de la conciliación, la mediación y el arbitraje virtual, ya que avizora un gran potencial y se hace necesario su influencia en muchos casos actuales, como por ejemplo para facilitar la cercanía para personas con condición diferente o discapacitadas, o que se encuentren fuera del país o del territorio donde se vaya a realizar la conciliación.

Según Federico Bueno de Mata, cuando las partes no pueden reunirse cara a cara por la distancia, o por el costo relativo de la disputa, van a poder conducir un sistema razonable y lógico para terminar con la disputa mediante la virtualidad, por lo que resulta de modo primordial adaptar los procedimientos que se aplican en los diferentes Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos a los medios electrónicos pues constituyen un terreno particularmente fértil para la resolución de conflictos en el entorno cibernauta, en los que se demuestra la rapidez, la flexibilidad y la economía características de los MASC.

La sociedad avanza rápidamente y, por ende, el desarrollo de los medios de comunicación, las inventivas científicas y los usos de las tecnologías; la virtualidad promueve una revolución en todos los ámbitos, incluyendo los jurídicos cuyos procesos estén inmersos en la era de la información virtual, la tecnología y su respectivo intercambio, lo cual produce desarrollos normativos para regular estos actos. Esto permitiría que la conciliación esté a la vanguardia como figura jurídicas alternativa y complementaria a la justicia tradicional en la solución de conflictos cuya estructura y regulación tienen un rango constitucional.

Para ello el Ministerio de Justicia y del Derecho, quien ejerce las funciones de control, inspección y vigilancia a los centros de conciliación y arbitraje, en el Decreto 1829 de 2013, en el artículo 2, definió el arbitraje virtual como “una modalidad de arbitraje, en la que el procedimiento es administrado con apoyo en un sistema de información, aplicativo o plataforma y los actos procesales y las comunicaciones de las partes se surten a través del mismo”. El cual busca potenciar el uso de este mecanismo y flexibilizar su aplicación por medios electrónicos en todas las actuaciones, cuya implementación no requiere de autorización previa para hacer uso de esta herramienta.

Los acuerdos realizados por las partes cuando se hace uso de la virtualidad, alcanzan el fin último que es la justicia, por ejemplo cuando se realicen audiencias de conciliación o se realice una audiencia de pruebas en un proceso arbitral de forma virtual, lo que el sistema jurídico busca es un acercamiento

cara a cara entre los sujetos intervinientes en este, situación que puede volverse más efectiva con la implementación de la virtualidad.

La implementación de nuevas tecnologías genera ciertos factores favorables como por ejemplo: acortar distancias bien sean físicas o espaciales que podrán facilitar la construcción de un acuerdo o la culminación de un conflicto, incluyendo a personas con discapacidades de desplazamiento, enfermas, imposibilidad de tiempo para desplazarse, ubicadas por fuera de la municipalidad del solicitante, actos que quedan por fuera de la esfera de protección de la Ley 640 de 2001. Sin embargo, el componente ético del conciliador es fundamental a la hora de implementar el sistema, dado que la implementación de una Ley no puede desconocer los principios de confidencialidad en la conciliación, solicitando autorización por escrito a las partes que inciden en el conflicto en la grabación de las audiencias reconociendo la autonomía de la voluntad de las partes en conflicto.

La utilización de los medios electrónicos en todas las actuaciones está contemplado en la Ley 1563 de 2012, en el artículo 23, donde se puede evidenciar la inmediatez que generan las notificaciones electrónicas por considerarse recibida el día de envío de esta, la norma hace salvedad que si la comunicación es la notificación del auto admisorio de la demanda, se considera realizada el día en que se reciba en la dirección electrónica del destinatario. Siendo este uno de los principales problemas que se presenta a la hora de intentar conciliar, la notificación de las partes.

Además, de la facilidad que permite la figura de la conciliación virtual, en cuanto a la remisión de los documentos y comunicaciones, aclara el Ministerio de Justicia y Derecho en el mencionado decreto que la presentación de memoriales, las notificaciones, los traslados, y en general todas las comunicaciones intercambiadas entre las partes y el tercero neutral, en el curso de las actuaciones del arbitraje virtual, serán transmitidas por medios electrónicos a través de los sistemas de información. Este sistema se implementará de igual manera en la conciliación.

## **El perfil ético del conciliador**

La ética y la moral siempre han guardado una relación, incluso algunos autores al hacer una conceptualización lo usan indistintamente. Son muchas las acepciones de la palabra ética, sin embargo comprender su significado no es tan simple como definirlo. El vocablo ética según Soto (2010, 14) viene del latín *ethica* que significa "morada, lugar habitual, habitación, residencia, patria, cuadra, establo, guarida, lugar donde los astros aparecen o salen, hábito, costumbre, uso, carácter, sentimiento, manera de ser, pensar o sentir, índole, temperamento, moralidad, moral"; siendo entonces la ética la posición que

ocupa o la espacialidad donde se sitúa el hombre en el mundo. Es entonces, lo que crea la humanización del hombre, que lo separa de la naturaleza de otros seres vivos, es tener la "cultura" de comprender o al menos intentar entender su lugar en el mundo, es por ello que la ética puede ser entendida como "el cuidado y el perfeccionamiento de las aptitudes humanas del hombre para que habite el mundo no como un conjunto de cosas sino como morada existencial de la vida en su constante hacerse nunca hecho" Soto (2010, p. 16).

Aristóteles en su *Ética a Nicómaco* hace referencia a la virtud como "un hábito electivo que consiste en un término medio relativo a nosotros, regulado por la recta razón en la forma en la que lo regularía un hombre verdaderamente prudente" (como se cita en Garcés y Giraldo, 2014), por ello como lo dice Garcés (2014, p. 52): "se puede afirmar entonces que la virtud del hombre es el modo de ser por el cual el hombre se hace bueno y realiza bien lo que le corresponde hacer en lo individual, en su entorno inmediato y en la sociedad de la que forma parte; esto es el modo mediante el que realiza bien sus funciones propias".

Es por lo anterior que Castillo (2011) expone que "se puede afirmar que la ética fundamenta, autocompone y regula la conciliación extrajudicial".

La ética fundamenta la conciliación porque permite la "construcción de una cultura de paz" Castillo (2011) al evitar someter a las partes a un proceso judicial, donde un tercero (el juez), adopta una decisión teniendo en cuenta las pruebas aportadas al proceso, que deben ser analizadas mediante la sana crítica para determinar cuál derecho debe ser protegido y cuál no para determinar la parte vencedora y la parte vencida en juicio para pasar a la imposición de costas a la parte que sea vencida, es decir, en un proceso judicial hay una parte que pierde y una parte que gana; a diferencia de la conciliación donde se somete un conflicto a la teoría del gana y gana, es allí donde el conciliador debe velar por una buena práctica del mecanismo, en razón del poder dado por la Constitución a un tercero de la administración de justicia de manera transitoria.

En el entendido que el proceso de formación es continuo, el conciliador deberá pulir cada día su perfil profesional, puesto que las normas creadas por el legislador y el contexto en el que se aplican no es estático, sino por el contrario es dinámico, al abogado conciliador le corresponde en su actuar permear otras esferas en la que se relaciona continuamente, en el que deberá emplear desde su formación académica y personal una disposición a la ética para que sus actuaciones estén revestidas de Justicia, Prudencia y Sabiduría.

El conciliador es quien prepara el terreno en donde se sitúan las partes, quienes tienen una contraposición de intereses e intenta llegar al diálogo, es por ello que la ética en los conciliadores es insoslayable. Se hace necesario que la conciliación se convierta en mecanismo que convoque fines éticos.

En la actualidad el conciliador deberá propender por desarrollar habilidades que revisten de cierta especialidad, por ejemplo deberá tener una mentalidad preparada, abierta y responsable, además de formar destrezas para manejar todo tipo de problemas, como también la capacidad para disminuir su intensidad de manera que lo lleven a conocer cuál es el origen del conflicto. El conciliador deberá trabajar para crear un ambiente confiable y que las partes inicien acercamientos en busca de propuestas de arreglos válidas y eficaces sin llegar a generar perjuicios o tomar posición a favor o en contra de alguno de los solicitantes.

Por otro lado, se ha regulado condiciones legales, en las que el conciliador tiene que conocer y aplicar en todo momento cuando se encuentre a puertas de recibir un conflicto jurídico para gestionar sus posibles soluciones. El conciliador desde el inicio debe reconocer que no esté inmerso en inhabilidades, impedimentos o recusaciones, esto es que no puede tener relación contractual o extracontractual anterior o actual con ninguna de las partes ni tener un interés en el proceso, que lo lleven a sesgar su trabajo, lo cual quiere decir que la calidad de conciliador requiere de una total independencia jurídica, moral y personal frente a las partes. De ahí surge lo que la doctrina ha llamado neutralidad e imparcialidad, sustanciales en todo proceso conciliatorio (Gil, 2011, p. 92).

El componente ético en los conciliadores se puede evidenciar en la principialística expuesta en el Decreto 1829 del Ministerio de Justicia y del Derecho (2013, p. 60), siendo esta la entidad estatal que se encarga de regular lo relacionado a la conciliación y el conciliador, este organismo busca que los conciliadores cumplan con principios generales que apunten a que el diálogo de conflictos sea abierto y flexible para que las negociaciones y acercamientos entre las partes sean efectivas y sus acuerdos sean prósperos. Estos principios de tratan a continuación.

La autonomía de la voluntad de las partes en la conciliación se materializa en la facultad de definir el lugar en donde se llevará a cabo la conciliación, elegir el operador, aceptar o no las propuestas de arreglo en la conciliación. A la conciliación las partes podrán concurrir con o sin apoderado, según su voluntad. Por otro lado las actuaciones de los conciliadores y de los centros de conciliación se caracterizan por el mínimo de formalismo, sin perjuicio de las obligaciones del conciliador frente a la verificación de la legalidad del acuerdo conciliatorio, este es el principio del informalismo, así mismo el principio de la celeridad se ocupa de que los operadores de la conciliación y las partes lleven a cabo el proceso conciliatorio sin dilaciones.

Para la prestación del servicio de conciliación extrajudicial en derecho se debe garantizar que los conciliadores estén capacitados en MASC, en los términos que establezca para el efecto el Ministerio Justicia y del Derecho.

Los centros de conciliación deben garantizar que los conciliadores inscritos en sus listas sean especializados y se actualicen constantemente, como principio de idoneidad. A la par de la gratuidad de la justicia, la conciliación es gratuita ante los funcionarios públicos facultados para conciliar y en los centros de conciliación de los consultorios jurídicos de las universidades.

Uno de los principios más importantes para la conciliación es la confidencialidad a la par del principio de la buena fe, el primero se refiere al sentido que en los que participen en ella deberán mantener la debida reserva, y las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso judicial subsiguiente cuando este tenga lugar, en todo momento el conciliador y las partes obrarán con lealtad y sinceridad y ajustados a una conciencia recta.

En todo momento, el conciliador deberá dar a las partes un tratamiento equitativo y deberá mantener una posición imparcial frente a ellos (principio de imparcialidad). De igual manera, los conciliadores deben asegurar su neutralidad frente a las circunstancias del caso. Tomando en consideración a los demás, ya que en toda controversia hay tres opiniones o puntos de vista: el otro, el tuyo y el correcto (Restrepo, s.f., p. 25).

### La ética como prevención del daño antijurídico en la aplicación de los MASC por los funcionarios públicos

El daño antijurídico es aquel daño que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, pues no existe o no se debe presentar ninguna causal que justifique la producción del mismo por parte de la administración, razón por la cual deviene en una lesión patrimonial injusta. Así las cosas, en la aplicación de los diferentes mecanismos alternativos también se debe evitar el daño antijurídico, el cual puede presentarse en diferentes casos, como audiencias de conciliación mal redactadas o con contenidos poco precisos -por ejemplo en el caso de las cuotas alimentarias donde no se establezca la claridad de la forma de pago de las mismas y por ende no se pueda emplear el acta de conciliación como título ejecutivo porque la obligación plasmada no se encuentre clara, expresa y exigible-. En ocasiones se encuentran diferentes funcionarios públicos y empleados judiciales que prácticamente obligan a conciliar a las partes en conflicto desconociendo la autonomía de la voluntad y la importancia de la convicción de lo pactado, ya que es a lo que pueden responsabilizarse y libremente cumplirán. Se recuerda la importancia de promover la conciliación lo que consecuentemente genera descongestión de los despachos judiciales y administrativos debido a que el litigio se termina de forma anticipada recalcando que lo que se quiere es que las personas hagan uso de su libre albedrío y de forma madura y con control emocional decidan acordar o no sus desavenencias.

## Reflexión frente a los principios que debería tener un código de ética para los conciliadores en derecho

El abogado colombiano cuenta con su código deontológico establecido en el Decreto 196 de 1971, el cual se encuentra vigente en todo lo que tiene que ver con la conducta ética y transparente en el ejercicio de su profesión. Sin embargo, la Ley 1123 de 2007 precisó y reguló todo lo referente a las investigaciones y procesos disciplinarios aplicables a las conductas irregulares de los abogados a cargo del Consejo Superior de la Judicatura a través de los Concejos Seccionales de la Judicatura. Uno de los vacíos trascendentales que se presentan en la conciliación es la ausencia de un modelo de conducta regulador de unos principios básicos de buenas prácticas que deban ser aplicables por los conciliadores en derecho. Teniendo en cuenta que en Colombia no existe un texto o código que regule la conducta de los conciliadores en derecho y que la única referencia que existe es la que se establece en el artículo 28 de la Ley 1123 de 2007 en la cual se determina como incumplimiento a los deberes profesionales de los abogados no agotar los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, se promueve la necesidad de profundizar en este tema.

Por tanto, se propone crear un documento o código de ética para los conciliadores en derecho, basados especialmente en la virtud de la prudencia de Aristóteles (Arboleda, 2014). Es importante tener en cuenta que si bien las normas legales vigentes no profundizan en los principios que deben regir la conciliación extrajudicial en derecho realizada por los conciliadores en derecho, el Ministerio Justicia considera que todas las actuaciones de los conciliadores y de los Centros de Conciliación deben fundarse en los siguientes postulados mínimos.

- **Principio de autonomía de la voluntad de las partes.** Todas las decisiones que se asuman en el proceso conciliatorio dependen directamente de las partes involucradas en el conflicto. Los interesados gozan de la facultad de definir el lugar en donde se llevará a cabo la conciliación, elegir el operador, y aceptar o no las propuestas de arreglo en la conciliación. A la conciliación las partes podrán concurrir con o sin apoderado, según su voluntad.
- **Principio de informalidad.** Las actuaciones de los conciliadores y centros de conciliación se caracterizarán por el mínimo formalismo, sin perjuicio de las obligaciones del conciliador frente a la verificación de la legalidad del acuerdo conciliatorio.
- **Principio de celeridad.** En virtud del principio de celeridad, las actuaciones de los operadores de la conciliación y de las partes deben llevarse a cabo sin dilaciones.

- **Principio de idoneidad.** Para la prestación del servicio de conciliación extrajudicial en derecho, se debe garantizar que los conciliadores estén capacitados en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, en los términos que establezca para el efecto el Ministerio Justicia y del Derecho. Los Centros de Conciliación deben garantizar que los conciliadores inscritos en sus listas sean especializados y se actualicen constantemente.
- **Principio de gratuidad.** Los trámites de conciliación que se celebren ante funcionarios públicos facultados para conciliar, ante los centros de conciliación de consultorios jurídicos de las facultades de Derecho, ante centros de conciliación de las entidades públicas, y ante los conciliadores en equidad son gratuitos.
- **Principio de Confidencialidad.** Salvo en materia de lo contencioso-administrativo en la que impera el principio de publicidad, la conciliación tiene carácter confidencial; los que en ella participen deberán mantener la debida reserva y las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso judicial subsiguiente cuando este tenga lugar. Con todo, si durante la audiencia de conciliación se ventila la comisión de un delito, los conciliadores tienen el deber de denunciar este hecho ante las autoridades públicas competentes.
- **Principio de Imparcialidad y Neutralidad.** En todo momento, el conciliador deberá dar a las partes un tratamiento equitativo y deberá mantener una posición imparcial frente a las partes. De igual manera, los conciliadores deben asegurar su neutralidad frente a las circunstancias del caso.
- **Principio de Participación.** La conciliación debe generar espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función de administrar justicia y evitar la conflictivización de la sociedad.
- **Principio de la no territorialidad.** La competencia por el factor territorial no aplica frente a la conciliación. Con todo, en tratándose de asuntos contencioso administrativos, la conciliación deberá intentarse ante el Agente del Ministerio Público que actúe ante el juez competente para conocer de la controversia.
- **Principio de flexibilidad.** Los operadores de la conciliación deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la posibilidad de adaptar el proceso a las circunstancias de cada caso y a los deseos de las partes. En todo caso, sin transgredir el ordenamiento jurídico.
- **Principio de la Buena Fe.** En todo momento el conciliador y las partes obrarán con lealtad y sinceridad, y ajustados a una conciencia recta.



Estos principios que propone el Ministerio en su Sistema de Conciliación son de vital importancia para ser aplicados por los conciliadores extrajudiciales en derecho; en particular, en el actuar de las conciliaciones del futuro, que serán las que se realicen en línea y/o a través de medios electrónicos, que empiezan a presentarse en nuestro medio, para facilitar y agilizar el trámite conciliatorio.

## Conclusiones

Con la implementación de la conciliación como actividad jurisdiccional a partir de la puesta en marcha de la Constitución de 1991, se dio un paso gigantesco al quitársele al Estado la competencia exclusiva en la resolución de los conflictos y generarse formas alternativas de acceso a la justicia como lo manda el mismo ordenamiento superior.

Esa autorización constitucional de la conciliación como actividad jurisdiccional, repercutió y lo continúa haciendo desde el punto de vista legal, en el desarrollo de esa actividad a través de innumerables leyes en todos los ámbitos de la vida jurídica de los individuos, ya sea de manera voluntaria o como requisito de procedibilidad para acudir a la justicia ordinaria o contenciosa administrativa.

Igualmente ha existido todo un desarrollo jurisprudencial a través del control abstracto y subjetivo de la Corte Constitucional, ha realizado de la conciliación especialmente en aquellos asuntos susceptibles de ser conciliados lo que ha llevado a sacar algunos preceptos del ordenamiento jurídico y a ratificar otros.

Ese desarrollo legal y Constitucional de la conciliación no fue debidamente planificado y estructurado a las necesidades y circunstancia de una sociedad especialmente conflictiva como la nuestra, sino, que fue importada de otras legislaciones con culturas totalmente diferentes, conllevando esa situación a que su implementación y puesta en marcha no tenga el resultado que merece dicha herramienta jurídica.

Se hace necesario que la conciliación en la práctica cumpla la filosofía con la que es creada, es decir, que las partes involucradas en un conflicto de manera autónoma y voluntaria acudan al proceso conciliatorio a resolverlo, pero que este procedimiento no se constituya en una barrera o una condición para acceder a la justicia como sucede en nuestro sistema jurídico.

Se hace especialmente importante que se desarrolle toda una cultura conciliatoria por parte del Estado, generando conciencia en la ciudadanía de los ventajas que representa tanto desde la oportunidad en la solución de los conflictos, como desde la economía, resolver un conflicto a través de un proceso

conciliatorio, para lo cual, es de suma importancia hacer de él un trámite confiable y seguro, a los ojos de ciudadano común.

Los conflictos familiares se tornan especialmente importantes por la trascendencia que tienen en la estructura de la sociedad, lo que hace que se tengan que implementar nuevas formas de conciliación a través de grupos de conciliadores interdisciplinarios que permitan el acompañamiento de los conflictos durante el trámite de los mismos y más allá de la resolución de los mismos, por las consecuencias que se puedan generar al interior de los mismos.

## Referencias

- Aguilar, C. (2016). *Clasificación de las normas*. Recuperado de: <https://prezi.com/kuvk9pzt9bn-/clasificacion-de-normas/>.
- Aranda B, J y Salgado, E. (2005). La formación de valores en el ser humano. *Innovación Educativa*, 5 (28), 33-43.
- Arboleda, A. (2014). La conciliación. Una mirada desde la bioética y la virtud de la prudencia. *Revista Lasallista de Investigación*, 11(1), 192-202
- Aristóteles. (1998). *Metafísica*. Madrid: Editorial Gredos.
- Aristóteles. (2010a). *Ética a Nicómaco*. Madrid: Editorial Gredos.
- Aristóteles. (2011b). *Magna Moralia*. Madrid: Editorial Gredos.
- Aubenque, P. (1999). *La prudencia en Aristóteles*. Barcelona: Crítica.
- Belloso, M. (2006). *Sistemas de resolución de conflictos: formas heterocompositivas y autocompositiva*. Valladolid: Indipress.
- Castillo, C. (2011). *La ética de la conciliación*. Recuperado de: <http://conciliandoalperu.blogspot.com.co/2011/10/la-etica-de-la-conciliacion.html><http://conciliandoalperu.blogspot.com.co/2011/10/la-etica-de-la-conciliacion.html>
- Congreso de la República. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: El Congreso
- Congreso de la República. (2001). Ley 640 del 5 de enero por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial 44303 de 24 de enero*.
- Congreso de la República. (2012). Ley 1563 de 12 de julio por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial 48489 de 12 de julio*.

- Faber, A. y Mazlish, E. (2005). *Cómo hablar para que los niños escuchen. Y cómo escuchar para que los niños hablen*. Recuperado de: [http://www.amabizia.asociacionespamplona.es/files/23-7405-document/como\\_hablar\\_para\\_que\\_los\\_ninos\\_escuchen.pdf?go=3d7fa7fcaa-728fb822ea953b7ad8fe572754e9e6e912430575ee53cb3e9860bfa5b-4dc1a85c8a18a0abb7149132897ce8d58c8d349655ee7](http://www.amabizia.asociacionespamplona.es/files/23-7405-document/como_hablar_para_que_los_ninos_escuchen.pdf?go=3d7fa7fcaa-728fb822ea953b7ad8fe572754e9e6e912430575ee53cb3e9860bfa5b-4dc1a85c8a18a0abb7149132897ce8d58c8d349655ee7)
- Garcés Giraldo, L. & Giraldo Zuluaga, C. (2014). Virtudes éticas en Aristóteles: razón de los deseos y sus acciones para lograrlas. *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, 41, 70-78. Recuperado de: <http://revistavirtual.ucn.edu.co/index.php/RevistaUCN/article/view/466/988>
- Garcés, L. (2013). La virtud: la recta razón en el profesional que experimenta con animales. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*. 13 (24).
- Garcés, L. (2014). *Bioética para la experimentación con animales a partir de la ética de Aristóteles. Una reflexión filosófica para el cuidado de lo otro*. Tesis de Doctorado en Filosofía. Universidad Pontificia Bolivariana.
- Gil, J. (2011). *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. Bogotá: Temis.
- Márquez, C. (2013). *La mediación proceso y derecho*. España: Marcial Pons.
- Martín Díz, F. (2011). *La mediación en materia de familia y derecho penal. Estudios y análisis*. Santiago de Compostela: Andavira.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2013). Decreto 1829 de 27 de agosto por el cual se reglamentan algunas disposiciones de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012". *Diario Oficial 48895 de 27 de agosto*.
- Morín, E. (2002). *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. Francia: Santillana.
- Pérez, G. y Pérez, M. (2011). Aprender a convivir. El conflicto como oportunidad de crecimiento. *Revista Española de Pedagogía*, 1253. Recuperado de: [www.redalyc.org/pdf/2010/201022652016.pdf](http://www.redalyc.org/pdf/2010/201022652016.pdf)
- Presidencia de la República de Colombia. (1971). Decreto 410 del 21 de marzo por el cual se expide el Código de Comercio. *Diario Oficial 33339 de junio 16*.
- Restrepo, A. (s.f.). *Ética y valores 4 para el servicio a la comunidad. Los diez mandamientos de las relaciones humanas*. Bogotá: Instituto Misionero Hijos de San Pablo.

- Restrepo, A. (s.f.). *Ética y valores 5 para un humanismo en las relaciones. Comunicación o información*. Bogotá: Instituto Misionero Hijas de San Pablo.
- Soto, G. (2010). *Ética una mirada múltiple. El cuidado de sí y sus implicaciones éticas*. Itagüí: Editorial Artes y Letras.
- Taruffo, M. 2009. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Autor-Editor.
- Zamora, J. (2001). *Sophía y Phrónesis en Aristóteles: Etica a Nicómaco VI, 7, 1141<sup>a</sup>8-1141<sup>b</sup>22*. *Taula, quaderns de pensament*. 35 (36), 37-51.

# Algunas reflexiones sobre la independencia de los peritos judiciales

Joan Picó i Junoy<sup>1</sup>

“Un síntoma del problema que se avecina en el *civil law* es la creciente preocupación respecto de la función del perito designado por el tribunal. A menudo los jueces son incapaces de entender sus misteriosos informes. Se está extendiendo el miedo de que encubiertamente los tribunales están delegando su poder de decisión a un extraño sin legitimidad política. ¿Se está convirtiendo el servidor aparente del juez en su amo oculto?

Damaska, Mirjan: *El derecho probatorio a la deriva*, traducción de Joan Picó i Junoy, Marcial Pons.

Madrid, 2015, p. 151

## Resumen

Mucho se ha escrito sobre la independencia de los jueces, y es lógico por cuanto detentan uno de los pilares esenciales de todo Estado democrático y de derecho. Sin embargo, los peritos judiciales no han merecido la misma suerte. En este trabajo, tras una breve aproximación a la diferencia entre independencia e imparcialidad judicial, nos centraremos en responder a la pregunta de si los peritos judiciales deben estar protegidos por la misma garantía de independencia de los jueces. Solo tras contestar afirmativamente a dicho interrogante, estaremos en condiciones de examinar si los parámetros o criterios que sirven para caracterizar la independencia de los jueces son los mismos que para los peritos.

**Palabras clave:** peritos judiciales, independencia judicial, independencia pericial, imparcialidad judicial.

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Pompeu Fabra. Presidente de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio.

## Some reflections on the independence of judicial experts

### Abstract

Much has been written about the independence of judges, and it is logical because they hold one of the essential pillars of every democratic state and law. However, the judicial experts have not deserved the same fate. In this work, after a brief approach to the difference between independence and judicial impartiality, we will focus on answering the question of whether judicial experts should be protected by the same guarantee of independence of judges. Only after answering affirmatively to this question, we will be able to examine if the parameters or criteria that serve to characterize the independence of the judges are the same as for the experts.

**Key words:** judicial experts, judicial independence, expert independence, judicial impartiality.

## Algumas reflexões sobre a independência dos peritos judiciais

### Resumo

Muito tem sido escrito sobre a independência dos juízes, e faz sentido porque eles detêm um dos pilares essenciais de qualquer Estado democrático e de Direito. No entanto, especialistas legais não têm merecido o mesmo destino. Neste artigo, após uma breve referência à diferença entre a independência judicial e imparcialidade, vamos nos concentrar em responder à questão de saber se os peritos judiciais devem ser protegidos pela mesma garantia de independência dos juízes. Somente após essa pergunta respondida afirmativamente, poderemos examinar se os parâmetros ou critérios utilizados para caracterizar a independência dos juízes são os mesmos que para os especialistas.

**Palavras chave:** juristas, independência judicial, independência especialista, imparcialidade judicial.

## La independencia e imparcialidad judicial

Una de las notas características de la verdadera función jurisdiccional es que está realizada por jueces independientes e imparciales, y así lo reconocen los preceptos que recogen las garantías procesales de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos: artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

La independencia judicial suele definirse como la garantía procesal dirigida a permitir la plena libertad de actuación del juez frente a las posibles injerencias del resto de poderes del Estado (tanto los legalmente establecidos –esto es, el poder ejecutivo y el legislativo– como los fácticos –a saber, los *mass media*, las instituciones financieras, entre otros) así como de los provenientes del propio poder judicial, debiéndose de someter tan solo al sistema normativo. Guarnieri (1981), en la misma línea de Ibáñez y Movilla (1986) y de Berzosa (1989), entiende que la independencia judicial supone la “posibilidad de decidir los casos particulares según conciencia y siguiendo, al menos en línea de máxima, las indicaciones que proporciona el sistema normativo” (pp. 117-118). Para sistematizar las diversas manifestaciones de esta garantía procesal resulta ineludible partir del propio concepto de independencia. Según el Diccionario de la Lengua Española es independiente el “que no tiene dependencia”, siendo la dependencia “la subordinación a un poder mayor”; depender significa “estar subordinado a una autoridad o jurisdicción”, y es dependiente el “que depende, el que sirve a otro o es subordinado de una autoridad”. Delimitado así este concepto, y en atención a las fuentes de donde pueden partir la subordinación capaz de subyugar la debida independencia judicial, podemos distinguir dos manifestaciones o aspectos de la misma:

- La externa, que protege a los jueces frente a las intromisiones provenientes del exterior del poder judicial, esto es, el poder legislativo, del poder ejecutivo así como de los denominados “poderes fácticos o fuerzas sociales”;
- La interna, que ampara a los jueces frente a las perturbaciones o intentos de dependencia de los demás órganos jurisdiccionales y sus propios órganos de gobierno.

En esta línea, Guarnieri (1993) Ortino (*L'indipendenza del giudice secondo la giurisprudenza costituzionale*), en la obra coordinada por Pizzorusso (1974) y Díez-Picazo (1991). Utilizando una nomenclatura similar Silva Melero (1955) y Martorell Zulueta (s.f.), relacionan el concepto de «independencia externa» a “la posición de la Magistratura frente a los poderes políticos o fuerzas

sociales” incluyendo “a los demás órganos jurisdiccionales”; y el de «independencia interna» a “la posición del Juez frente a las partes”.

Sin embargo, en la doctrina encontramos otras clasificaciones respecto de las manifestaciones de la independencia judicial. Así, hay autores que distinguen entre independencia judicial «orgánica» y «funcional», para destacar en la primera la independencia del poder judicial, como órgano que integra a todos los jueces y magistrados, frente a los otros poderes del Estado, y en la segunda la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional como Almagro Nosete (1988) y Berzosa Francos.

Por otra parte, Montero Aroca (1978) y Gimeno Sendra (1981) al analizar la independencia judicial, distinguen las siguientes garantías que tienden a protegerla: garantías frente a los otros poderes del Estado, garantías frente a la sociedad y a las propias partes; y garantías a los superiores y los órganos de gobierno de la magistratura.

De igual modo, cierta doctrina distingue entre los aspectos objetivo y subjetivo de la independencia. Para Prieto-Castro y Ferrándiz (1986):

Los jueces y magistrados poseen independencia objetiva cuando sólo quedan sometidos a la Ley y no a ninguna influencia del exterior. Garantía de esta misma independencia objetiva es la negación a los superiores jerárquicos de cualquier facultad de inmiscuirse en la función propiamente jurisdiccional que el juez o magistrado subordinados ejerzan en el caso concreto, excepto cuando conozcan del mismo asunto por virtud de los recursos [...] La independencia subjetiva queda garantizada mediante la limitación de las facultades de los órganos de gobierno para alterar el estatuto de los Jueces en cuanto a ingreso y ascensos, pero muy especialmente durante el tiempo de ejercicio, lo cual constituye la inamovilidad; y mediante el otorgamiento de un medio moral, la abstención, y de otro jurídico, la recusación.

Finalmente, González Granda (1993) distingue tres vertientes del principio de independencia judicial: institucional (o estructural) del poder judicial frente a los otros poderes públicos; la organizativa, del conjunto organizado que forman los jueces y magistrados, que tratan de separar a estos de la influencia de otros poderes; y la orgánica o funcional del titular del órgano judicial, que a su vez tiene dos aspectos: uno externo, frente a las injerencias de otros poderes del Estado ya en el ejercicio de la función jurisdiccional en un proceso concreto; y otro interno, frente a injerencias del interior de la propia organización judicial, y frente a los órganos de gobierno autónomo de la magistratura.

Por su parte, la imparcialidad judicial suele definirse como la garantía procesal que pretende asegurar que el juez se encuentre en la mejor situación psicológica y anímica para emitir un juicio objetivo sobre el caso concreto ante él planteado. Como advirtiera hace más de medio siglo Goldschmidt (1950), la imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones



subjetivas del juez. Por ello, las leyes, en un intento de preservar en todo momento dicha imparcialidad, prevén distintos supuestos en los que debido a la estrecha vinculación del juez con un asunto concreto (bien con las partes o bien con el objeto litigioso), puede ponerse en entredicho su debida objetividad de enjuiciamiento. En cualquier caso -y ello es algo que no se puede obviar- el “mito” de la absoluta neutralidad de quienes ejercen la función jurisdiccional debe relativizarse. El juez, como cualquier otra persona, posee una determinada escala de valores adquirida por muy diversas vías (su origen y posición social, formación, cultura, etc.) que inexorablemente incide en sus resoluciones judiciales.

Nos encontramos aquí con lo que Serra Domínguez (1969) denomina “juicios críticos o de valor” que, junto a los “históricos” y los “lógicos”, configuran todo “juicio jurisdiccional”. Más recientemente, Taruffo (1997) pone de relieve cómo los juicios subjetivos de valor del juez siempre se encuentran implícitos en todas las sentencias. De igual forma, Ferrajoli (1995) destaca que la interpretación de la norma no es una actividad solamente reconocitiva, aunque en ocasiones así se haya querido, sino que siempre es fruto de una elección práctica respecto de hipótesis interpretativas de carácter alternativo<sup>2</sup>.

La jurisprudencia también ha reconocido la innegable existencia de estos juicios de valor. Así, por ejemplo, la STS de 23 de abril de 1992, f.j. 4º (Ar. 6783) destaca que “tanto los Jueces como las partes del proceso se enfrentan al mismo con determinadas actitudes y conceptos previos, que provienen de su educación y de su particular orientación. Pero, precisamente por ello, el esfuerzo de las ciencias jurídicas se dirige directamente a objetivar los juicios de los Tribunales y neutralizar a la vez, tales influencias individuales. Consecuentemente, mientras los juicios del Tribunal aparezcan como jurídicamente fundados de manera sostenible, no cabe pensar que éste haya abandonado las formas objetivas que corresponden a un Tribunal imparcial”.

Partiendo de esta realidad, la ley pretende garantizar el máximo de objetividad del juez en el enjuiciamiento de las cuestiones litigiosas, instaurando mecanismos dirigidos tanto al propio juez (abstención) como a las partes (recusación) para cuestionar la posible falta de la citada objetividad. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), interpretando el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, reiteradamente, define la imparcialidad como la “ausencia de prejuicios o parcialidades” necesaria para lograr “la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática” (parágrafo 30 de la sentencia del caso Piersack, de 1 de octubre de 1982). Partiendo de este concepto de imparcialidad, el TEDH suele distinguir un doble alcance de la misma:

---

<sup>2</sup> Con carácter general, para el estudio de la incidencia de la subjetividad en el razonamiento judicial, vid. Prieto Sánchez, L.: *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993 (y la amplia bibliografía por él citada).

- Uno subjetivo, que se refiere a la convicción personal de un juez determinado respecto al caso concreto y a las partes, imparcialidad que debe ser presumida salvo que se demuestre lo contrario;
- y otro objetivo, que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso, presumiéndose la falta de imparcialidad si no concurren las citadas garantías<sup>3</sup>.

Como podemos comprobar, los conceptos de independencia e imparcialidad tienen un alcance y contenidos distintos, por lo que, como hemos indicado, ambas garantías están reconocidas de manera separada en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. Por ello resulta censurable alguna resolución del TC español que considera a la independencia judicial como fundamento de la imparcialidad judicial, como, por ejemplo, su Sentencia 136/1992, de 13 de octubre, en cuyo fundamento jurídico (f.j.) segundo indica: “para garantizar la independencia judicial surge en la esfera del proceso la abstención y recusación, con el fin de evitar la privación en los órganos jurisdiccionales de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad o de neutralidad”<sup>4</sup>. En nuestra opinión, este planteamiento de la cuestión resulta incorrecto por cuanto, como indicamos en su momento, la independencia judicial se refiere a la necesidad de evitar todo tipo de subordinación de los miembros del poder judicial al resto de los poderes del Estado, o toda perturbación que pueda venir de los otros órganos jurisdiccionales y sus propios órganos de gobierno. Por ello, entendemos que no debe confundirse la imparcialidad judicial con la independencia del juez, ya que éste puede ser independiente y sin embargo no ser imparcial, y viceversa<sup>5</sup>. Como hemos tenido ocasión de analizar, la independencia despliega su eficacia en un momento previo al ejercicio de la función jurisdiccional, mientras que la imparcialidad tiene lugar en el momento procesal, esto es, durante el desarrollo de la citada función.

Igualmente críticos son Álvarez-Linera (1982), Chiavario (1984), De Marino (1988), Penski (1984), Requejo (1989), Ruíz E. (1984) y Ruíz J. (1986). Sin embargo, encontramos autores que partiendo de otras sistematizaciones de las manifestaciones de la independencia judicial, llegan a considerar a la imparcialidad judicial como parte integrante de la independencia de los jueces frente a las partes<sup>6</sup>. En este breve estudio, vamos a analizar si el concepto de independencia

<sup>3</sup> Esta distinción ha sido recogida por el Tribunal Constitucional (TC) español en múltiples resoluciones. Así, entre otras muchas, vid. la reciente STC 133/2014, de 22 de julio.

<sup>4</sup> Se refieren también a la independencia judicial las SSTC 44/1985, de 22 de marzo (f.j. 4º); y la 47/1983, de 31 de mayo (f.j. 2º).

<sup>5</sup> De igual modo, vid. Requejo Pagés, J.L.: *Jurisdicción e Independencia judicial*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, págs. 161 y ss; y Trevisson Lupacchini, *Tiziana: La ricasazione del giudice nel processo penale*, Giuffré, Milano, 1996, pág. 62.

<sup>6</sup> Cfr. Almagro -en AAVV-: ob. cit., T.I, vol. I, pág. 104; Gimeno: ob. cit., pág. 57; González-Cuéllar (1989), Liebman (1979), Martorell: ob. cit., págs. 188-189; Pedraz, E. (1984) y Prieto-Castro: Dere-

judicial es trasladable al ámbito del perito judicial, esto es, si es posible hablar de una “independencia pericial”, por lo que no examinaremos el también polémico tema de la imparcialidad del perito.

## ¿Es posible trasladar el concepto de la independencia del juez a la del perito judicial?

La independencia judicial, como hemos indicado, supone la garantía procesal dirigida a permitir la plena libertad de actuación del juez frente a las posibles injerencias del resto de poderes del Estado así como de los provenientes del propio Poder Judicial, debiéndose de someter tan solo al sistema normativo. Frente a este planteamiento debemos preguntarnos: ¿es posible trasladar el concepto de la independencia judicial al de los peritos judiciales?<sup>7</sup>

Para responder a este interrogante, y atendiendo al ordenamiento jurídico español, debemos partir de las siguientes tres ideas básicas:

- La independencia, como garantía procesal, tan solo se prevé en los instrumentos internacionales de derechos humanos con referencia a los jueces y no a los peritos.
- Los peritos no son jueces y no aparecen en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) ni como “cuerpo de funcionarios al servicio de la administración de justicia” (artículos 470 a 540 LOPJ) ni como “personas que cooperan con la administración de justicia” (artículos 541 a 557 LOPJ).
- Los peritos deben actuar en el proceso con plena imparcialidad, motivo por el cual se prevé expresamente la recusación como mecanismo de protección frente a la posible parcialidad del perito judicialmente designado –artículo 343.1.I LEC- (y si se trata de un perito de parte, y al mismo objeto, se prevé la figura de la tacha del perito –artículo 343.1.II LEC-).

La primera conclusión que se extrae de estas tres ideas del régimen jurídico del perito es que debe actuar con plena imparcialidad (frente a las partes y respecto al objeto litigioso) pero no aparece una referencia expresa a su independencia, y por ello, en los estudios actuales sobre el estatuto jurídico del perito no se menciona la independencia pericial. Así, a modo de ejemplo, me remito al completo estudio de Abel (2014, p. 51 y ss.) e incluso en algunos de ellos se confunden los conceptos de independencia del perito con el de su imparcialidad: así, por ejemplo, nos remitimos al estudio de Fioux (2011, pp. 20-21).

---

cho de Tribunales, ob. cit., págs. 270-271.

<sup>7</sup> Por perito judicial consideramos cualquier profesional que participa en el proceso jurisdiccional aportando un dictamen pericial, por lo que se incluye aquí tanto al perito de parte como al judicialmente designado.

¿Significa ello que no es exigible dicha independencia en los peritos? Creo que la respuesta debe ser negativa, esto es, sí es exigible la plena independencia del perito. Si por independencia hemos entendido la garantía procesal dirigida a permitir la plena libertad de actuación del juez frente a las posibles injerencias de cualquier poder del Estado, debiéndose de someter tan solo al sistema normativo, la independencia pericial debería conceptuarse como la garantía dirigida a permitir la plena libertad de actuación del perito frente a cualquier tipo de ingerencia externa, debiéndose someter tan solo a su conocimiento científico, técnico o especializado de la materia sobre la que se le pide su dictamen.

En nuestra opinión, esta garantía se encuentra implícita en la necesidad legal de exigir que el perito actuará con objetividad: así, la primera norma que regula la prueba pericial, a saber, el artículo 335 LEC establece que el perito, al emitir su dictamen, “deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliese su deber como perito”. En consecuencia, como indicamos en otro estudio, el perito solo debe estar sometido a la *lex artis* de la profesión que ejerce (Pico i Junoi, 2001).

El único deber del perito de someterse a su *lex artis* es lo que garantiza su debida independencia, de igual modo que el único deber del juez de someterse al imperio de la ley es lo que también le garantiza su debida independencia. Por este motivo, los códigos deontológicos de los peritos judiciales sí hacen referencia a la independencia de los peritos poniéndolo en relación con plena objetividad en su actividad sometiéndose sólo a la *lex artis* de su ámbito de conocimiento: así, por ejemplo, los *Principios deontológicos y de buenas prácticas de los peritos de la Asociación Catalana de Peritos Judiciales y Forenses colaboradores con la Administración de Justicia* (2017) establecen:

1. Independencia y libertad. Los asociados desarrollarán su función con plena libertad y autonomía, sin admitirse influencias externas. 2. Lealtad e integridad. Los asociados realizarán su actividad con rectitud, diligencia, honestidad, respeto a la legalidad, y tendrán lealtad con las partes implicadas y los Tribunales de Justicia, y tendrán en consideración el marco de incompatibilidades legalmente establecido [...]. 4. Profesionalidad, objetividad, imparcialidad y veracidad. Los asociados actuarán siempre buscando la verdad y basándose en sus propios conocimientos específicos<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> De igual modo, en el ámbito europeo, las referencias a la independencia del perito son constantes, como sucede con las reglas 1.6, 3.18, 3.23, 3.25, 4.5, 5.5, 7.6, 7.11, 7.12, 7.20, 7.21, y 7.23 de la “Guía de buenas prácticas de la pericia judicial civil en la Unión Europea” elaborada por la *European Expertise & Expert Institute* a l’octubre de 2015 (cuya versión en castellano se encuentran en el anexo final de este trabajo).

Además, implícitamente, el deber de independencia del perito se deriva de la necesaria independencia judicial: si esta última exige su pleno sometimiento a la ley y, para ello, precisa el pleno conocimiento de los hechos que debe enjuiciar, en la medida en que ese conocimiento tenga un carácter científico, técnico o especializado necesitará del auxilio pericial, por lo que la falta de independencia del perito, indirectamente, se trasladará en la debida independencia del juez. En este orden de ideas, Vigneau (2015) destaca que el perito, en su calidad de auxiliar del juez, está sujeto a la misma obligación de independencia del juez del artículo 6.1 CEDH. Por todo ello, debemos intentar alcanzar siempre la independencia pericial, cuestión ésta que pasamos a exponer respecto a los mecanismos necesarios para protegerla.

## **Condiciones necesarias para la verdadera independencia de los peritos judiciales**

Si la independencia judicial o pericial se caracteriza por la protección frente a cualquier tipo de injerencia externa en la actividad del juez o perito, respectivamente, y, además, a la única sumisión del juez a la ley y del perito a sus precisos conocimientos especializados, podremos encontrar dos condiciones mínimas necesarias para alcanzar una verdadera independencia de los peritos judiciales.

### **El perito no debe estar subordinado a nadie, sino solo a sus propios conocimientos especializados**

El perito debe actuar en su función profesional atendiendo solo a sus conocimientos especializados, por lo que nadie puede interferir en su enjuiciamiento científico o técnico sobre la materia objeto de dictamen: ni el juez ni las partes pueden darle instrucciones sobre cómo debe realizarlo desde la perspectiva de su metodología, forma de estudiar la cuestión problemática, pruebas o ensayos a efectuar, entre otros aspectos que inciden directamente en su resultado final (a lo sumo, pueden solicitarle que, en la medida de lo posible, intente ser más preciso o claro en la exposición del dictamen y/o conclusiones, entre otras cuestiones más formales que de fondo del dictamen).

Dado que la actividad del perito se desarrolla dentro de un proceso, el único límite a su actividad debe venir por el ámbito fáctico sobre el cual se le requiere la elaboración de su dictamen, por lo que no puede extralimitarse en el alcance de su contenido<sup>9</sup>. Debido a la vigencia de los principios dispositivo

<sup>9</sup> En este sentido se pronuncia expresamente la sentencia del Tribunal Supremo español (STS) 785/2010, de 25 de noviembre.

y de aportación de parte, la función del perito vendrá limitada por los hechos objeto del litigio, razón por la cual a través de su dictamen no pueden introducirse hechos (o documentos) esenciales diferentes de los que conforman dicho objeto de debate procesal. Pero, en todo caso, la formación y expresión de la opinión especializada del perito debe ser libre dentro del objeto de su dictamen que, como hemos indicado, viene determinado por las partes y/o el juez. Cuestión distinta plantea la capacidad de valoración crítica del dictamen pericial por parte del juez, pues es bien conocida la inexactitud del brocardo *iudex peritus peritorum*, como acertadamente denuncian Ansanelli y De Miranda (2011) “¿Es realmente el juez el *peritus peritorum*? (Propuesta de reformulación del brocardo y análisis del alcance efectivo de la valoración judicial de la prueba pericial)”. Para una aproximación a los múltiples problemas que genera la transmisión de conocimientos científicos y su aprehensión judicial en los distintos sistemas jurídicos, véase Taruffo (2008) y (2005) y Dondi (2005) y (2001).

Pero la posibilidad de injerencia en la independencia pericial puede venir además por otras vías más sutiles como, por ejemplo, el control sobre los ingresos económicos del perito. Y aquí se plantea el grave problema de la independencia pericial de los peritos que trabajan para empresas de seguros, grandes entidades financieras, o cualquier otro tipo de institución para la que el perito desarrolla su actividad profesional. En este caso, la posibilidad de verse perjudicado económicamente si no responde a las expectativas de dichas empresas o instituciones puede incidir en su libertad de valoración de los hechos científicos o técnicos sobre los que se le requiere su dictamen. Aquí nos encontramos, por ejemplo, con el problema de los dictámenes periciales que realizan los inspectores financieros tributarios (funcionarios de Estado) en los procesos penales en los que se persiguen delitos contra la Hacienda Pública (estafas, malversación de caudales públicos, etc.) y actúa como parte acusadora particular el Estado. En este caso, el Tribunal Supremo español ha tenido ocasión de destacar la independencia de dichas inspectores financieros mediante tres argumentos que deben someterse a crítica:

- a) Destacando que no se pone en entredicho su imparcialidad, y así por ejemplo la STS, Sala 2ª de lo Penal, 1368/1999, de 5 de octubre, afirma: Su independencia está por encima de toda sospecha y si la parte recurrente hubiera estimado que carecían de esta cualidad y eran parciales, debió recusarlos en el momento procesal oportuno y al no hacerlo así admite su imparcialidad e integridad”. Como es fácil de advertir, este tipo de razonamiento supone confundir los conceptos de independencia e imparcialidad;
- b) Afirmando que son válidos en la medida en que se permita la contradicción del dictamen del perito (inspector) público del Estado, y así por ejemplo, la citada sentencia sigue indicando: “Son peritos y como

tales actuaron en virtud de la orden judicial que los designa y no solo limitaron su actuación a emitir el correspondiente informe, sino que se sometieron al debate contradictorio del juicio oral". Sin embargo, la contradicción del dictamen no puede servir, bajo ningún concepto, para convalidar el que haya sido realizado por un perito carente de independencia. Al igual que sería impensable que se justificase la existencia de jueces sin independencia bajo la excusa de permitir a las partes someter sus diferencias a debate crítico con el juez, la imprescindible condición de independencia del perito no puede depender de la contradicción o no de su dictamen escrito. La independencia se tiene o no se tiene y, en este último caso, no cabe posibilidad alguna de subsanación.

- c) Y sosteniendo, en la sentencia de referencia, que si prosperase la tesis contraria, de impedir el dictamen pericial del inspector público, en todos los casos en que se personase el abogado del Estado para defender los intereses de las Administraciones Públicas no se podrían utilizar peritos pertenecientes a organismos oficiales, lo que le causaría indefensión y, por ello, esta solución no es admisible ni tiene encaje en nuestro sistema procesal. Ya en la misma línea la STS, Sala 2ª de lo Penal, 776/2001, de 8 de mayo afirmó: "Ya es reiterada la doctrina de esta Sala que defiende la imparcialidad de los Inspectores fiscales que actúan como peritos judiciales, señalando que la vinculación funcional con el Estado que ejercita el *ius puniendi* o con la Hacienda Pública perjudicada por el delito no constituye interés directo ni indirecto en la causa, con independencia de la posibilidad de impugnar el resultado de su informe mediante peritos contradictorios". Creo que una forma de solucionar el problema planteado sería no dando la condición de perito a dicho inspector público del Estado -como, por otro lado, ha insinuado alguna resolución del TS<sup>10</sup> y ha apuntado cierta doctrina- y defender el carácter documental de los escritos preparados por los inspectores financieros tributarios y aportados al proceso por la abogacía del Estado<sup>11</sup>.

La independencia del perito le viene dada por la plena libertad en la redacción de su dictamen (dentro del margen de intervención que la hayan marcado las partes y/o el juez), por lo que es libre de emplear el método de trabajo que estime mejor o más ajustado al objeto a peritar, de formular su informe como juzgue más correcto y de dar el sentido a sus conclusiones solo obedeciendo a su leal saber y entender, sin perjuicio de atender a las aclaraciones,

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, la STS 13/2006, de 20 de enero, destaca "La Sala ya ha señalado que los funcionarios de la Agencia Tributaria no pueden ser considerados peritos [...]. La constatación de los hechos basados en una comprobación de circunstancias fácticas [...] no requieren, en principio, especiales conocimientos científicos o artísticos en el sentido del art. 456 LECrim. y por tal razón es erróneo considerar a los funcionarios de la Agencia Tributaria como peritos".

<sup>11</sup> Cfr. Díaz López, J.A.: *La naturaleza de los informes de Hacienda en el proceso penal*, en <https://mail.google.com/mail/u/o/≠inbox/15add47374992caa> [fecha de consulta: 5 de junio de 2017].

observaciones o preguntas que las partes y/o el juez pueden hacerle en función de lo previsto en el artículo 347 LEC. En este sentido, Vigneau (2005) y Stagnara (2005) se refieren a esta independencia como “independencia técnica”.

Y para garantizar plenamente la independencia pericial, entendida como sometimiento único a sus conocimientos especializados, debería exigirse al perito una continua formación. Es a través de su profesionalización como mejor se protege la independencia del perito. Otra cuestión es cómo debe realizarse, acreditarse y homologarse esta formación permanente del perito, que ahora solo dejo planteada por excederse de los límites de estas reflexiones. En definitiva, a través de la capacitación continuada del perito se asegura que podrá actuar independientemente pues, de lo contrario, si depende del conocimiento de otras personas es claro que pierde su independencia de criterio para pasar a someterse a la opinión o conocimientos de un tercero. Stagnara (2005) se refiere a esta independencia como “independencia intelectual”.

Finalmente, no podemos confundir la independencia del perito con el obvio cobro de sus honorarios, pues no deja de desarrollar una actividad profesional. Por ello, la remuneración de su servicio no es por sí mismo un motivo de dependencia. Solo cuando dicha remuneración se aparte de los “precios de mercado” podrá empezar a ponerse en duda la debida independencia pericial: mientras ello no sea así, la remuneración del perito es una necesidad de su propia actividad profesional, por lo que no merece un prejuicio negativo respecto de su independencia. En este orden de ideas nos remitimos al estudio de Stagnara (2005, p. 32) quien se refiere a esta independencia como “independencia financiera”.

## **Deben preverse mecanismos eficaces para que el perito pueda denunciar cualquier posible ataque a su independencia**

De nada sirve prever la necesaria independencia pericial si no se articulan instrumentos legales dirigidos a garantizarla. Y en este punto pueden articularse diversos niveles de protección de la independencia pericial:

- Previsión de un estatuto jurídico del perito que, de manera precisa y concreta, establezca las condiciones de actuación independiente del perito. Solo preestableciendo sus derechos y deberes, incluyendo el régimen de incompatibilidades, inhabilitaciones, prohibiciones, inamovilidades, entre otras. (como así se prevé, por ejemplo, con los jueces) se está en plenas condiciones de control su efectivo cumplimiento. Es imprescindible regular todas las situaciones personales y profesionales susceptibles de afectar la independencia pericial, y especialmente cuando el perito judicial presta servicios o asesoramien-



to privado a compañías de seguros, reaseguros, entidades financieras o crediticias, etc., que luego se ven inmersas como parte en el concreto litigio en el que pretende intervenir dicho perito.

- Establecimiento de instituciones públicas o privadas con potestad de denunciar la posible vulneración de la debida independencia pericial. Si estamos ante peritos de parte, existen válidas asociaciones o institutos profesionales que, debidamente acreditados u homologados por el Estado, podrían velar por dicha independencia de sus afiliados frente a cualquier denuncia de vulneración de la independencia pericial<sup>12</sup>. Y con referencia a los peritos judicialmente designados, si son funcionarios públicos podrían aprovecharse instituciones que hoy en día les representen y ya existan para canalizar dichas denunciar; y si son profesionales libres podrían acudir a las citadas asociaciones e instituciones privadas.
- Fijación de un régimen sancionador frente a las intromisiones indebidas a la independencia pericial, y aquí se incardinan tanto las “sanciones” procesales (desde simples advertencias del juez dirigidas a cualquier interviniente en el proceso que intenta interferir en la independencia pericial hasta multas) como el establecimiento de tipos penales específicos.

## Reflexión final

La independencia pericial, a pesar de no estar expresamente recogida en los textos legales –no así en los códigos deontológicos de todas las asociaciones e institutos profesionales que los agrupan– es una exigencia de la debida efectividad de la tutela judicial. La independencia del juez comporta su pleno sometimiento a la ley y, para ello, requiere un conocimiento preciso de los hechos que debe enjuiciar. En la medida en que ese conocimiento tenga un carácter científico, técnico o especializado precisará del auxilio pericial. En consecuencia, la falta de independencia del perito, indirectamente, incidirá sobre la independencia del juez, que podrá estar actuando, aún sin saberlo, bajo la presión o intervención espuria de poderes externos. Y aquí nos vienen las certeras palabras de Damaska quien al concluir su estudio sobre “el derecho probatorio a la deriva” destaca que “un síntoma del problema que se avecina es la creciente preocupación respecto de la función del perito designado por el tribunal continental. Incluso los jueces, a menudo, son incapaces

---

<sup>12</sup> No es incompatible con la independencia pericial formar parte de dichas asociaciones o institutos profesionales que puedan tener por objeto administrar o gestionar las actividades comunes a cualquier tipo de perito, sino todo lo contrario. Al igual que sucede con el Consejo General del Poder Judicial respecto de los jueces, pueden erigirse como un instrumento válido para denunciar la posible ingerencia a la independencia pericial de cualquiera de sus afiliados.

de entender sus misteriosos informes. Se está extendiendo el miedo de que encubiertamente los tribunales están delegando su poder de decisión a un extraño sin legitimidad política. ¿Se está convirtiendo el servidor aparente del juez en su amo oculto?” (Damaska, 2015, p.151). Si ello es así, es claro que el control sobre la actividad del perito, esto es, su pérdida de independencia, comportará, en última instancia, un ataque a la necesaria independencia judicial.

## **Anexos**

Para la debida documentación de este trabajo, se ha creído conveniente aportar tres recientes documentos que se refieren a la independencia del perito desde una triple perspectiva: la técnica -de los propios de los peritos-, la política -de la Comisión Europea-, y la judicial -del Corte de Casación francesa”.

### **“Guía de buenas prácticas de la pericia judicial civil en la Unión Europea” de l’*European Expertise & Expert Institute* aprobadas en aprobada en octubre de 2015 (Unión Europea, 2015)**

“1.6 Los peritos pueden ser tanto personas físicas como personas jurídicas (laboratorios públicos o privados, universidades, etcétera, denominados en lo sucesivo como Prestadores de Servicios Periciales) siempre a condición, en este último supuesto, de que al menos una persona física ostente la condición de perito judicial en la correspondiente persona jurídica y que ésta garantice personalmente la independencia del perito firmante del dictamen.

3.18 En virtud de este juramento, el perito se comprometería a poner sus competencias al servicio de la Justicia con probidad, objetividad, lealtad, independencia e imparcialidad así como a respetar las recomendaciones de la presente Guía de buenas prácticas.

3.23 El perito, por su parte, únicamente podrá aceptar el encargo después de haber facilitado toda información que permita descartar, o identificar, un conflicto de intereses y, con carácter general, después de haber confirmado que su designación no provoca en él ningún tipo de conflicto de intereses. A este respecto, debe aportar de manera espontánea una declaración de independencia y advertir, en su caso, de cualquier vínculo que pudiera haber tenido, o que pudiera tener, con una o varias de las partes en litigio y que pudiera arrojar algún tipo de duda sobre su imparcialidad. En caso de que durante las operaciones de la pericia surgie-

ra algún conflicto de intereses, especialmente cuando se amplíen estas operaciones a una parte distinta de las presentes en el momento de la designación, deberá notificarlo al juez o a la parte que lo hubiera designado al objeto de que puedan bien cesarle o bien autorizar la continuación de las operaciones una vez obtenida la conformidad de todas las partes afectadas.

3.25 En todo caso, las partes deben poder solicitar en todo momento la recusación del perito por falta de independencia, por defecto de imparcialidad o por cualquier otro de los motivos previstos en el Derecho del país del procedimiento, así como por falta de competencia en el ámbito cuyo conocimiento resulte necesario para la correcta información del juez.

4.5 La independencia del perito no excluye el control judicial del desarrollo del procedimiento, al objeto de garantizar la rapidez y eficacia del mismo.

5.5 El informe debe incluir obligatoriamente las siguientes informaciones:

I-INTRODUCCIÓN: [...]

f) declaración de independencia y de imparcialidad.

7.6 Las normas deontológicas del perito europeo deben versar sobre los grandes principios sobre los que se asientan la legitimidad y la autoridad del perito, a saber, competencia, probidad, objetividad, lealtad, independencia e imparcialidad.

7.11 La Guía de buenas prácticas del perito europeo exige al perito que formule una declaración sobre sus posibles vínculos con las partes que fueran susceptibles de arrojar algún tipo de duda sobre su independencia y su objetividad.

7.12 En ausencia de adhesión al Código Deontológico y a la Guía de buenas prácticas, y más concretamente en relación con la declaración de independencia a que antes se ha hecho referencia, no resultaría admisible el dictamen del perito.

7.20 El sistema de control de calidad debería prever un mecanismo de financiación que garantizara la independencia de los organismos creados para su implantación.

7.21 Los peritos judiciales deberían estar certificados y los Prestadores de Servicios Periciales judiciales deberían estar acreditados por uno o varios organismos judiciales o administrativos, incluso privados, financiados y estructurados en unas condiciones que no permitan dudar de la independencia de los mismos.

7.23 Cada Estado miembro de la Unión Europea deberá constituir o designar uno o varios organismos judiciales, administrativos o privados, que respondan a los criterios de independencia anteriormente señalados , y que serían los encargados de gestionar la transparencia, la admisión, la formación y la calidad tanto de los peritos judiciales como de la pericia judicial”.

## **B) “LÍNEAS DIRECTRICES SOBRE EL PAPEL DE LOS PERITOS NOMBRADOS POR UN TRIBUNAL EN LOS ESTADOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE EUROPA” DE LA COMISIÓN EUROPEA PARA LA EFICACIA DE LA JUSTICIA –CEPEJ-, APROBADAS EL 12 DE DICIEMBRE DE 2014**

[...]

### *5. Obligaciones del perito*

#### *5.1. Obligaciones personales [...]*

##### *5.1.2. Independencia e imparcialidad*

El perito debe ser independiente no solo a título personal sino también respecto al objeto a peritar y de los intereses de las partes. Los principios generales de la independencia y la imparcialidad deben ser plenamente respetados. Con este fin, el perito debe cumplir con los principios y normas de actuación profesional.

83. Se enumeran a continuación:

- El perito debe cumplir su misión de conformidad con las normas vigentes sobre la científica, tecnología y saber experimental, y con la diligencia esperada de un experto de renombre. Debe actuar con toda diligencia y explicar los resultados de su dictamen de manera comprensible.
- En el ejercicio de sus funciones y la realización del dictamen, el perito siempre debe tener cuidado de no prejuzgar. Durante la preparación y fijación de su criterio, debe demostrar una estricta neutralidad y responder a las preguntas de manera objetiva y sin prejuicios (imparcialidad).
- El perito nombrado en un proceso judicial no puede celebrar acuerdos que puedan comprometer su imparcialidad ni subordinar su remuneración o pago al resultado de su actuación. Tiene prohibido aceptar prestaciones distintas de sus honorarios y reembolso de sus gastos.

- El perito debe declarar al inicio del proceso judicial que no tiene interés común con cualquiera de las partes y que no aceptará bajo ninguna circunstancia instrucciones que puedan comportarle un conflicto real o potencial de intereses. El perito no puede aceptar un encargo profesional que ponga o pueda ponerle en una posición de conflicto de intereses. A pesar de ello, se le puede encargar un dictamen en los casos en que el juez o las personas afectadas estén plenamente informadas de la situación del perito y expresamente estén de acuerdo en su actuación. Si el conflicto de intereses surge después del comienzo de su dictamen, el perito debe informar inmediatamente a todas las partes interesadas y, si es necesario, deberá retirarse del proceso.

- El perito debe advertir de todas las circunstancias que puedan poner en entredicho su independencia e imparcialidad en el contexto de la función que se le asigne como, por ejemplo, si se encuentra en situación de concurso o está sujeto a un proceso penal”.

## **C) “RECOMENDACIONES DE BUENAS PRÁCTICAS JURISDICCIONALES DE LA CORTE DE CASACIÓN FRANCESA SOBRE PERICIAS JUDICIALES CIVILES” APROBADAS EL 15 Y 16 DE NOVIEMBRE 2007**

### **Reunión de Magistrados**

#### **“La pericial judicial civil”**

[...]

#### **6. Pregunta: ¿Cómo apreciar la independencia del perito?**

El perito prestará el siguiente juramento: “Juro ayudar a la justicia y hacer mi informe y dar mis opiniones de acuerdo a mi honor y a mi conciencia.” El perito está cada vez más sujeto a las obligaciones derivadas del artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Europea.

#### **Pregunta 6 °-1: ¿Hay que pedirle que haga una declaración de independencia?**

#### **Pregunta 6 °-2: Si es así, ¿cómo?**

Los magistrados observan que esta práctica está cada vez más generalizada.

Por ejemplo, con respecto a los órganos de la Unión Europea, y en el campo de la medicina, la AFSSAPS tiene que reclamar información de los riesgos de conflicto de intereses de sus expertos, exigiéndoles “una declaración de interés indicando sus vínculos directos o indirectos con las empresas”.

También la Autoridad de Mercados Financieros (AMF), que modificó el reglamento adoptado en virtud del Código de Comercio y el Código Monetario y Financiero, requiere independencia a sus peritos nombrados durante la declaración formal de las ofertas; y la mayoría de las organizaciones privadas internacionales practican sistemáticamente esta exigencia a sus expertos (por ejemplo, el Centro de Litigios de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de Ginebra).

Por último, el Reglamento de Peritaje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que entró en vigor el 1 de enero de 2003, establece que “antes de cualquier propuesta, el perito deberá firmar una declaración de independencia y divulgar por escrito al Centro hechos o circunstancias susceptibles de poner en peligro su independencia en la mente de la persona que hace la solicitud de propuesta. El Centro comunicará esta información por escrito a esa persona dándole un plazo para que pueda formular sus observaciones”.

Esta práctica también se utiliza en el arbitraje.

En el ámbito judicial, ya algunos expertos están sujetos a una declaración antes de su nombramiento. ¿Debe, sin embargo, transmitirse este requisito a todos los peritos civiles?

La declaración de independencia del perito podría parecer inútil ya que parece duplicar su toma de posesión al respecto. Sin embargo, además de la obligación general de la independencia de los peritos contenida en el juramento que habrá efectuado, es necesario verificar caso por caso, según su conocimiento, pues ningún perito puede parecer que menoscaba su independencia.

Es una buena práctica pedirle al perito que suscriba una declaración de independencia y que la envíe al Registro con la notificación de su designación. El perito le indicará si renuncia a la función que se le propone o si acepta. Si se acepta, declarará simplemente que es independiente; o si es independiente pero, en aras de la transparencia, desea poner en conocimiento del juez y las partes aquellos elementos de información que crea que puede menoscabar su independencia.

### **Pregunta 6°-3: ¿Es la lealtad de las relaciones entre juez y el perito lo que apoya la independencia del perito?**

El término “contradicción” parece más apropiado que el de “la lealtad”. La necesidad de contradicción y transparencia, en particular en el vis-à-vis con las partes, debe garantizarse.

Es una buena práctica que el juez debe asegurar.

### **Pregunta 6°-4: ¿Cuál es el lugar respectivo de los juristas y peritos de las partes?**

Esta recomendación considera que los técnicos que ayudan a las partes, calificados “de peritos” tienen su intervención en el proceso. Ellos deben ser llamados en temas de su competencia exclusiva para ilustrar a las partes y a sus abogados. No pueden representarse entre ellos, en el marco de un juicio justo, y suelen tener una posición débil respecto al perito judicial, que debe saber conducir el juez mucha cautela.

Debe reconocerse aquí una experiencia médica específica en la que dicha relación suele desarrollarse en un ambiente agradable, querida por el legislador (Ley de 5 de julio de 1985 relativa a los accidentes de tráfico). Los médicos de parte en materia de “Seguro de Salud” otorgan indemnizaciones muy dispares a las víctimas respecto a los peritos judiciales.

Pero el contenido del informe del médico perito judicial suele tener mucha más información objetiva y responde más directamente a las preguntas específicas formuladas por el juez, lo que le lleva a destacar su “independencia” con referencia al que está vinculado a alguna de las partes. Se es consciente de que los peritos que participan por las compañías de seguros han sido, por algunos tribunales de apelación, eliminados de las listas de peritos. Aquí se está a favor de la inclusión controlada en dichas listas.

Es una buena práctica que el juez preste especial atención a los ensayos en los que las partes no están asistidos por sus técnicos con especial atención al respeto del principio de contradicción.

## **Referencias**

Almagro, N. (1988). *Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Álvarez-Linera, C. (1982), Notas sobre la independencia del Poder Judicial. *La Ley*, 793

- Ansanelli, V. (2011). *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*. Milano: Giuffrè.
- Berzosa, M. (1989). *Poder Judicial. Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona: Seix.
- Chiavario, M. (1984). *Processo e garanzie della persona*. Milano: Giuffrè.
- Damaska, M. (2015). *El derecho probatorio a la deriva*. Madrid: Marcial Pons.
- De Marino, R. (1988). La independencia de los Tribunales, garantía de su función. *Revista de Derecho Procesal*, (2), 431-458.
- De Miranda, C. (2012). *Derecho Probatorio Contemporáneo. Prueba científica y técnicas forenses*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín.
- Diez-Picazo, L. (1991). *Régimen constitucional del Poder Judicial*. Madrid: Civitas.
- Dondi, A. (2001). Problemi di utilizzazione delle conoscenze esperte come "expert witness testimony" nel diritto statunitense. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- Dondi, A. (2005) *Utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile. Alcune ipotesi di carattere generale, en Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*. Milano: Giuffrè.
- Ferrajoli, L. (1995). *Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Fioux, J. (2011). Indépendance, impartialité et conflit d'intérêts chez l'expert. *Experts*, (98), 20-21.
- Gimeno, J. (1981) *Fundamentos del derecho procesal*, Madrid: Civitas.
- Goldschmidt, W. (1950). La imparcialidad como principio básico del proceso. *Revista de Derecho Procesal*. 1950. p.187.
- Gonzalez, A. (1989). El Poder Judicial en la Constitución. *La Ley*, (4).
- González, P. (1993). *Independencia del juez y control de su actividad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Guarnieri, C. (1981). *L'indipendenza della magistratura*. Padova: CEDAM.
- Guarnieri, C. (1993). *Magistratura e politica en Italia. Pesi senza contrappesi*. Bologna: Mulino.
- Ibañez, A. y Movilla, C. (1986). *El Poder Judicial*. Madrid: Tecnos.
- l'Associacio Catalana de Perits Judicials i Forenses (S.F). Principis deontològics i de bones pràctiques dels perits de l'Associacio Catalana de Perits



- Judicials i Forenses col·laboradors de l'Administració de Justícia. Recuperado de: [http://www.perits.org/codigo\\_deontologico.php](http://www.perits.org/codigo_deontologico.php)
- Liebman, E. (1979). Garanzie internazionali dell'«equo» processo civile. *Rivista di diritto processuale*. Padova, v. 34, n. 1, p. 329-333, 1979.
- Lluch, X. (2014). El estatuto jurídico del perito, en la obra colectiva. En X. Lluch (coordinador) *Tratado Pericial Judicial*. Madrid: La ley
- Montero, R. (1978). *Introducción al derecho procesal*. Madrid: Tecnos.
- Pedraz, E. (1984) Reflexiones sobre el «Poder Judicial» y el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. *Documentación Jurídica*,
- Penski, B. (1984). El Juez en la República Federal Alemana: una descripción de la posición, función, independencia e imparcialidad judiciales. *Documentación Jurídica*. En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 28. N° 3, pp. 509 – 535 (2001). Sección Estudios.
- Pico i Junoi J. (2001). *La prueba pericial en el proceso civil español*. Barcelona: J.Bosch.
- Pizzorusso, A. (1974). *L'ordinamento giudiziario*. Bologna: Mulino.
- Prieto-Castro, F. (1986). *Derecho de Tribunales*. Pamplona: Aranzadi.
- Requejo, J. (1989). *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ruiz, J. (1986). El juez protagonista: imparcialidad e independencia. En: *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. N° 4. 1986. Pp. 988 -995.
- Ruiz, E. (1984). La Constitución, la independencia de los jueces y magistrados y el acceso a la carrera judicial. *La Ley*,
- Serra, M. (1969). *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ariel.
- Silva, M. (1955) Las garantías de la independencia judicial. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. (198),
- Stagnara, M. (2005). L'expert d'assurance est-il indépendant? *Experts*, (68).
- Taruffo M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (1997). Idee per una teoria della decisione giusta. *Riv. trim. dir. e proc. Civ*, 2.
- Taruffo, M. (2005) Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, (28).

Unión Europea. (2015). Guía de buenas prácticas de la pericia judicial civil en la Unión Europea. Recuperado de: [http://www.experts-institute.eu/IMG/pdf/2016\\_04\\_16\\_guia\\_de\\_buenas\\_practicas\\_de\\_la\\_pericia\\_judicial\\_civil\\_en\\_la\\_union\\_europea.pdf](http://www.experts-institute.eu/IMG/pdf/2016_04_16_guia_de_buenas_practicas_de_la_pericia_judicial_civil_en_la_union_europea.pdf)

Vigneau, V. (2015) L'indépendance de l'expert vis-à-vis du juge. *Experts*, (120).

Zuleta, M. (1990). Breves notas acerca de la independencia del Poder Judicial. *Poder Judicial*, (11), 187-188.

# El proceso de nulidad matrimonial antes y después de la reforma procesal de 2015 del Papa Francisco

*Darío Alejandro Rojas Araque<sup>1</sup>*

## Resumen

El proceso de nulidad matrimonial siempre ha comportado una connotación de ser tradicionalmente largo en el tiempo, dispendioso y sumamente oneroso, consciente de ello el día 15 de agosto de 2015, el Papa Francisco, máximo jerarca de la Iglesia Católica, emitió un documento en forma *motu proprio* intitulado *Mitis Iudex Dominus Iesus*, este tipo de manifestaciones son de suyo autónomas en el representante legal del orbe católico como su participación en la *tria munera* que le inviste como máximo juez, legislador y administrador los fieles de su iglesia y además, su persona jurídica internacional llamada la Santa Sede, de esta manera en este artículo se mostrará el proceso en un parangón dentro de sus dos posibilidades últimas, la vía ordinaria y la vía más breve, como respuesta a la necesidad de recortar no solo el tiempo del proceso, sino sus costos económicos para cada fiel que desea terminar judicialmente su matrimonio por las causales del CIC, y también no en pocas ocasiones, volverse a casar por la ritualidad propia canónica.

**Palabras clave:** ley canónica, proceso de nulidad matrimonial, Estado laico.

---

<sup>1</sup> Abogado civil de la Universidad de Antioquia, Doctor y Magister en Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá Colombia, Exdefensor del vínculo del tribunal eclesiástico regional de Medellín Colombia, docente de tiempo completo de la Institución Universitaria de Envigado, Colombia. Conferencista en derecho de familia y derecho canónico. [www.darioalejandrorojasaraque.com](http://www.darioalejandrorojasaraque.com)

## **The process of marriage annulment before and after the procedural reform of Pope Francis of 2015**

### **Abstract**

The process of marriage annulment has always had a connotation of being traditionally long in time, expensive and extremely costly, aware of it on August 15, 2015, Pope Francis, the highest leader of the Catholic Church, issued a document in form *Motu proprio* entitled *Mitis Iudex Dominus Iesus*, this type of manifestations are of their own autonomous in the legal representative of the Catholic Orb as their participation in the *tria munera* that invests to him like maximum Judge. Legislator and administrator of the faithful of his church and also his international juridical person called the Holy See, in this way this article will show the process in a paragon within its two last possibilities, the ordinary way and the shortest route, as Answer to the need to cut not only the time of the process, but its economic costs for each faithful who wishes to end their marriage judicially for the causes of the CIC, and also not on a few occasions, to remarry for canonical own ritual.

**Key words:** canonic law, nullity marriage process, freedom state.

## **O processo de nulidade matrimonial antes e depois da reforma processual do Papa Francisco 2015**

### **Resumo**

O processo de anulação do casamento sempre trouxe consigo uma conotação de ser tradicionalmente muito tempo, consumindo e extremamente caro, ciente deste em 15 de agosto, 2015, Papa Francisco, o mais alto hierarca da Igreja Católica emitiu um documento no formato *mitis iudex motu proprio* intitulado *Dominus Iesus*, tais demonstrações são eles próprios autônoma no representante legal do mundo católico como sua participação no *tria munera* que investe um juiz máximo. Legislador e administrador os fiéis de sua igreja e também a sua pessoa jurídica internacional chamado a Santa Sé, por isso neste artigo o processo vai mostrar um modelo em suas últimas duas possibilidades, a forma ordinária e a rota mais curta, como resposta à necessidade de reduzir não só o tempo de processo, mas seus custos econômicos para cada fiel que querem acabar legalmente seu casamento em razão do CIC, e não raramente, o novo casamento por ritualidad própria canônica.

**Palavras – chave:** direito canônico, processo de anulação do casamento, estado secular.

## Introducción

Los tiempos de la posmodernidad obligan a que la administración de justicia sea pronta y eficiente y de esa necesidad sentida de la población católica mundial no se escapa la Iglesia Católica que desde 1.331 aproximadamente se encargó de la definición judicial de la nulidad de los matrimonios, de los bautizados en el catolicismo romano, de manera que inicialmente fue la única instancia en dicho foro y luego pasó a ser segunda y ulterior instancia debido a que en ella, se definían los recursos que como se verá luego, tienen lugar, pero con una cosa juzgada relativa, por lo que puede haber más de dos instancias.

Durante unos 800 años esto es, del siglo XII a lo que se lleva del XXI, el proceso siempre ha sido contencioso es decir, se requiere demandar y que cada quien argumente en contra del otro sus motivos para buscar la declaratoria de nulidad vincular, en las siguientes líneas se mostrará el esquema de cada proceso, a saber, el contencioso ordinario tradicional y el más breve nuevo.

### ***Iter Procesalis* del proceso ordinario tradicional**

Como primer elemento se estudia el fuero competente para que se conozca de la demanda de nulidad matrimonial una vez se ha tenido noticia de la presencia de una causal, tipificada por el código y todo el procedimiento señalado en la instrucción *Dignitas Connubii* del 2002, la cual actualizó el derecho procesal canónico para hacerlo más expedito y con mayores garantías de ley.

El proceso de nulidad matrimonial tiene no solamente una naturaleza procesal de justicia, sino también una motivación pastoral, esto es la posibilidad de actuar como un remedio a la situación del estado de libertad de las personas, en tanto quieren volver a ser solteras, ya que han fracasado en su proyecto de vida y optan por una libertad sin reservas para vivir su civilidad sin el estar atados a un pasado que desean olvidar, con las consecuencias en la psiquis del católico bautizado que lo hace sentirse libre y en paz no solo consigo, sino con Dios y la sociedad que le rodea. El otro aspecto de quienes acuden a los tribunales eclesiósticos, son quienes desean volver a casarse por el mismo rito religioso, ya que han encontrado otra pareja y con ella pueden de verdad construir la familia al estilo que la Iglesia Católica recomienda, en donde debe haber unidad, sacramentalidad, indisolubilidad y amor dedicado al bien de los cónyuges, como la manera de ver en el otro el rostro de la divinidad en la que creen.

El proceso de nulidad matrimonial comporta la necesidad de resolver los problemas ya no de tipo civil, que en muchos casos ya las personas han ventilado gracias al divorcio vincular, sino a los asuntos de tipo espiritual en tanto que aun divorciados no se sienten libres y desean que las ataduras

morales también sean rotas, por el fuero que tiene la competencia, como lo es el proceso que juzga de fuero interno y externo, la justicia de la iglesia (Pinto, 1994, pp. 103-104).

De esta manera el proceso se iza como una solución pastoral más que jurídica y de justicia terrenal, es un remedio a la angustia de los fieles bautizados alrededor del orbe católico. Las partes en contención (Satta, 1958, pp. 691 y ss.), son los contrayentes del matrimonio que luego de haberse casado, su vida de familia y la conyugalidad que los unía ya no es sostenible y esto en un mundo lleno de opiniones diversas sobre diferentes tópicos como lo son la libertad que a veces es un caballito de batalla, para quienes se casan en cuanto a que quieren ser igual de libres como cuando estaban solteros, olvidando que el nuevo estado de vida y estado civil obliga por ejemplo a no tener multiplicidad de compañeros sexuales y relacionales, debido a que el matrimonio es único y esto implica que si A se casa con B, cualquier C que aparezca en esa relación, es un intruso y violenta la vida conyugal que se ha formado y que cuando ya no se puede sostener, son ellos los fieles, quienes acuden para que su caso sea resuelto en justicia y saber quién es el cónyuge culpable de la ruptura y así ponderar su proyecto de vida hacia el futuro con otra persona o, al menos, libre de la anterior.

Estas partes se denominan actor cuando se es el demandante y convento en el caso del demandado, el fuero competente lo tiene el tribunal al cual pertenece la parroquia en la que se han casado, por ejemplo si se casaron en el Bogotá, el tribunal competente será el perteneciente al arzobispado de la ciudad, por ser sede del obispo principal del país, en ese lugar quien obre como actor, buscará la interposición de una demanda (De la Oliva y Fernández, 1990, p. 381) en la cual pide el ministerio de la ley para que con base en unos hechos históricamente demostrables, se declare que su matrimonio es nulo o nunca existió por medio de sentencia ejecutoriada en un proceso contencioso de doble instancia, en el caso colombiano hay unas 52 diócesis y 13 arquidiócesis que obran como sede de tribunales tanto de primera instancia como de segunda pero con la claridad de que la segunda es opcional (VV.AA., 1994, p. 187).

En ese lugar se demanda y esta puede tener la suerte de ser aceptada o rechazada (Cuervo, 1981, p. 308) en caso de que no cumpla con los requisitos legales tal como sucede en el foro civil cuando el despacho devuelve el libelo para que lo corrijan o para que lo vuelvan a presentar en caso de rechazo, luego con la demanda en firme, el tribunal nombra el turno de jueces que han de conocer tal asunto de la siguiente manera, un juez ponente (Stankiewicz, 1987, p. 556) y dos adjuntos, más el defensor del vínculo que funge como garante del proceso y ministerio público eclesiástico, una vez se tiene el tribunal colegiado debidamente conformado y este es aceptado por la parte demandante, ya que puede verse en causales de recusación alguno de sus miem-

bros, se procede a declarar la duda de derecho, que es la causal o causales que serán acusadas para la nulidad que se pretende declarar.

Esa duda de derecho es la subsunción de los hechos en la causal de nulidad como un proceso de adecuación típica como lo haría un juez penal con un comportamiento delictivo, esto es convertir los hechos históricos al lenguaje jurídico canónico para así poder establecer la instancia procesal y que todo salga bien en pro de los intereses de las partes y su particular petición. Una vez se determina la causal de nulidad<sup>2</sup>, se notifica al convento para saber si desea intervenir en la instancia judicial, por medio del permanente llamado a participar del proceso y aportar su versión de los hechos que el actor puso en su contra y a su cargo, es de ordinario que los demandados en un amplio número no tengan interés de contestar la demanda ya que no tienen deseo de participar, o no quieren asumir su responsabilidad con la justicia en los casos por ejemplo, en donde hay graves eventos de parafilias sexuales o maltratos o drogadicción o alcoholismo crónico, en donde se ve la verdadera miseria humana dentro del mismo departamento y en medio de la familia como víctima y espectadores, cuando eso sucede, el convento no desea participar, se deja constancia de ello y se declara ausente no sin antes haberle notificado de la instancia y que su declaratoria de ausencia es indicio grave en su contra, cuando el convento contesta hay casos donde la suerte de los contendientes se invierte, el demandante termina demandado o el demandado termina demandante en una verdadera reconversión procesal en donde quien acusa no prueba y quien contesta o se defiende prueba todo a su favor.

Luego por medio de decreto judicial se abre a pruebas (De Diego, 199, 5. 43) el proceso y se da la práctica de todos los medios probatorios de que dispone por ejemplo el derecho civil y de familia del Estado, que son reconocidos por el código canónico, vale decir, la confesión de parte, la declaración de parte, el testimonio, los documentos y el reconocimiento judicial, si el caso lo requiere. Una vez se recogen todas las pruebas pedidas unas y aportadas las otras, el juez las examina y les otorga el valor probatorio a cada una y desestima las que no sean conducentes, pertinentes o legales.

Cuando se tienen las pruebas suficientes y no hay ya forma de pedir nada más o ya se da la certeza moral y jurídica del caso (Grochoewsky, 1997), se pasa el expediente al defensor del vínculo quien, lo examina y se pronuncia por medio de su concepto previo a la sentencia, en ese concepto el defensor puede dar su parecer acerca de los hechos y las pruebas donde por ejemplo pida nuevas pruebas o ampliación de las existentes para enriquecer el debate, e incluso puede pedir el cambio de la duda, es decir de la causal o causales que pretenden probar la nulidad o inexistencia del matrimonio, o si es del caso apelar la sentencia de primera instancia para que brille la verdad en el caso.

---

<sup>2</sup> Instrucción Dignitas Connubi, (2002) editrice Vaticana, Roma, p. 40.

Luego el tribunal dicta la sentencia de la mano del juez ponente y se somete a votación ya que son tres jueces quienes conocen de la misma, para garantizar que haya mayoría de votos, cuando ya se publica, las partes y el defensor del vínculo podrán si desean, proponer recurso de apelación ante el tribunal superior, para que este infirme o confirme la decisión, caso en el cual si la apelación se sustenta y cabe a lugar, pasa a una tercera instancia que sería el tribunal apostólico de la Rota romana que despacha desde la Santa Sede en el Vaticano, cabe aclarar que por ser causas de interés personal, el principio de cosa juzgada es relativo, porque si a una persona por ejemplo no se le anula un matrimonio por las causales invocadas inicialmente, puede acudir a otras diferentes siempre que tenga el fundamento histórico y de derecho que requiere para demandar, lo anterior brinda más garantías en justicia y pastoral a los fieles que buscan retornar al estado de libertad personal que tenían antes.

La presencia de la tercera instancia se sustenta además por la necesidad de una doble sentencia canónica en diferentes grados de jurisdicción y competencia, es decir, que el fallo que se registra ante los jueces de familia del Estado o ante quien haga sus veces, y ante la autoridad eclesiástica, es aquel que ha tenido dos manifestaciones en cuanto al Sí consta la nulidad del matrimonio *subjudice*.

Una vez, ya queda la sentencia en firme y no le cabe nada contra su contenido, se pasa a la jurisdicción de familia para su homologación, como sucede en el caso colombiano, donde el juez estatal, recibe el fallo y declara que lo encuentra conforme a derecho, otorgándole plenos efectos en cuanto a los asuntos civiles que debe regular, como la sociedad conyugal que quedaría disuelta en caso de que los cónyuges no hayan hecho la separación de bienes conyugales, también se pronuncia sobre la calidad de los hijos que se entenderán legítimos ya que fueron habidos dentro del matrimonio y no deben acarrear las consecuencias de la declaración de nulidad del matrimonio de sus padres.

En el foro civil y religioso, se cancelan los registros civiles de matrimonio y las partidas de matrimonio, como efecto inmediato para poder probar la nueva libertad personal de cada fiel, y adicionalmente se anota esa situación en el registro civil de nacimiento y en la partida eclesiástica de bautismo que tiene la misma finalidad, y es de servir de historial personal para el individuo.

Ya con estos documentos en regla nuevamente, los antes contrayentes, podrán optar por la soltería o por casarse nuevamente sea por lo civil ante juez o notario, sea ante la iglesia católica, según su voluntad. Cabe anotar que lo que tiene que ver con los tribunales que conocen de las causas de nulidad de matrimonio en cuanto a los títulos de competencia son los siguientes:

El artículo 10 § 1 de la Instrucción *Dignitas Connubii* se expresa en estos términos:



**Artículo 10 – § 1.** Para las causas de nulidad de matrimonio no reservadas a la Sede Apostólica o a ella avocadas, son competentes en primera instancia:

**1.º** el tribunal del lugar en que se celebró el matrimonio;

**2.º** el tribunal del lugar en que el demandado tiene su domicilio o cuasidomicilio;

**3.º** el tribunal del lugar en que tiene su domicilio la parte actora, con tal de que ambas partes residan en el territorio de la misma Conferencia Episcopal o dé su consentimiento el vicario judicial del domicilio de la parte demandada, el cual, antes de darlo, preguntará a ésta si desea alegar alguna excepción.

**4.º** el tribunal del lugar en que de hecho se han de recoger la mayor parte de las pruebas, con tal de que lo consienta el Vicario judicial de la parte demandada, el cual, antes de concederlo, preguntará a ésta si desea alegar alguna excepción (cf. can. 1673).

Esta situación se explica de la siguiente forma: se llama vicario judicial al sacerdote que es nombrado por el ordinario de lugar, esto es el arzobispo u obispo que cuente con sede de tribunal ya que no todos los obispados tienen su fallador propio, en esto interviene por ejemplo como en el caso colombiano la conferencia episcopal, quien crea nuevos tribunales según el número de habitantes y las necesidades del servicio, como cuando el Estado crea nuevos despachos judiciales, entonces cada obispo que modere y dirija un tribunal, tiene una persona que hace sus veces con potestad vicaria, es decir que actúa en su nombre y representación, ese sacerdote es quien nombra los jueces y los turnos para el reparto de las causas de nulidad matrimonial, hablando de los otros sujetos que intervienen en el *iter procesal* en la curia, hablaremos de los notarios eclesiásticos, los cuales son quienes practican las pruebas ordenadas por el juez u aportadas por las partes, ellos reciben los testimonios

y llevan a cabo todos los interrogatorios de la causa, sin olvidar de la elaboración de los exhortos judiciales cuando los testigos o las partes se encuentran fuera de la jurisdicción del tribunal de origen.

Los defensores del vínculo son laicos graduados en derecho canónico o sacerdotes con título mínimo de licenciatura jurídica canónica, ellos son los garantes del proceso en toda la instancia y dan su concepto previo a sentencia, los abogados litigantes o postulantes, son personas que no solo ostentan su licencia jurídica sino canónica impartida por una universidad pontificia, ellos son inscritos en cada tribunal y son quienes ya sea como externos pagados por los mismos clientes partes en el proceso actúan, defendiendo sus intereses, ellos llegan hasta representar causas gratuitamente, como en el caso colombiano cuando se otorga por parte del vicario judicial principal, el patrocinio gratuito que equivale a llevar una causa gratis por cada cinco contratadas de manera onerosa, para los fieles que no tienen la capacidad económica para sufragar los gastos de su causa, o sean como patronos estables, esto es los abogados pagados por el tribunal, quienes son los defensores de la causa de oficio como en el derecho estatal, cuando en su proceso se necesita de un facultativo para adelantar el caso.

Donde no hay tribunales por cada sede episcopal, se puede crear la figura de los tribunales regionales, estos también son llamados interdiocesanos, y por último los tribunales apostólicos como lo son la rota romana, la cual lleva su nombre por la forma redonda de su mesa en la que se hace la plenaria y el tribunal apostólico de la signatura apostólica que tiene competencia residual de la de la rota, es decir decide asuntos que la rota no conoce.

Cuando una causa se va hasta la tercera instancia en un turno judicial en la rota, ya el abogado de la causa pierde su competencia para conocer de la defensa del caso, para ellos se debe acudir a los conocidos abogados rotales, que son los que llevan a cabo un estudio adicional a su doctorado canónico, de tres años en jurisprudencia rotal y en lengua latina, que es el idioma en el que se escribe las decisiones de esa alta corte como diríamos en el derecho estatal. Una singularidad del derecho canónico es que los graduados en él, sea como licenciados o doctores, tienen competencia universal porque el derecho canónico es uno solo, lo único que lo diferencia es la lengua de cada país, por lo que un canonista, tiene competencia universal para ejercer, a no ser que lo haga en el tribunal de la rota donde requiere llevar su estudio adicional ya mencionado.

En el siglo XXI es todavía un tabú hablar de estos temas, ya que el imaginario popular cree que el vínculo católico no se puede anular o declarar inexistente, o creen que por su profunda creencia religiosa, piensan que se es más cristiano mientras más se sufra en un matrimonio fracasado, o no faltan quienes creen que es una justicia impagable por los ciudadanos de a pie, cosa que no

es cierta, ya que las conferencias episcopales cuentan con criterios para fijar las costas judiciales en lo que se conoce como salarios mínimos legales mensuales, lo que en el caso colombiano sería en dólares una escala entre 1500 y 5000 por causa según la capacidad económica de los fieles, aclarando que esta cifra incluye el abogado postulante.

Lo cierto es que ya la Iglesia como sociedad visible ha relajado la ley en cuanto a que las parejas que han fracasado, tienen derecho a otra oportunidad y a restablecer su vida y ser felices en los brazos de las personas que realmente quieren y ante la fe que profesan. En el tribunal al cual pertenezco por ejemplo el año pasado 2016, se anularon cerca de 510 matrimonios y de esos, un porcentaje aproximado del 40% son para segundas nupcias, esto se explica en la nueva pastoralidad de la iglesia con el fin de que los fieles sean más felices y no carguen eternamente una situación de angustia y de desconsuelo.

De hecho el Concilio Vaticano II hizo énfasis en la necesidad de acercar más el hombre a la ley y en contraposición complementaria, la ley más al hombre, para darle aplicación el precepto evangélico de no ser esclavo de la ley. Ahora, esta situación de anular matrimonios, le ha generado a la Iglesia fuertes críticas en el sentido de que con esa forma de asegurarse el control de la vida del fiel, no permite la inviolabilidad ni la inmunidad que el mismo código de derecho canónico predica, lo cual es falso, ya que la Iglesia como manifestación divina en la sociedad visible del mundo, permite que cada fiel haga su tratado de vida y si fracasa, lo que hace es proporcionarle la solución a su problema con el resultado de ser un remedio de salvación y de paz jurídica.

Retomando el hecho de que las causales son de diferente naturaleza (CIC, cánones 1083-1104), esto es hay causales objetivas como lo son los impedimentos que no permiten que el acto jurídico nazca a la vida legal, como los vicios del consentimiento y las incapacidades que ya atraviesan a la voluntad de la persona como quiera que es ella misma, la cual se expresa y consciente obligándose con el otro a ser en derecho y en espíritu. En las causas que son de incapacidad en las cuales el fiel padece de alguno de los trastornos de personalidad regulados por el DSM – I o lo que es lo mismo el manual de diagnóstico y tratamiento de las enfermedades mentales de la Asociación de Psiquiatría de los Estados Unidos, si esa afección es determinada por el perito experto en psicología y psiquiatría, se categoriza como grave, opera como medida de protección eclesial y social, el veto (CIC, canon 1864) como mecanismo de prevención de que una persona gravemente aquejada de anomalías psiquiátricas, siga poniendo en peligro proyectos de vida de sus potenciales compañeros y futuros cónyuges, el veto es de naturaleza administrativa, no es una sanción judicial, lo que sucede es que en la Iglesia lo que hay es la concentración de poderes, el obispo diocesano, puede delegar la potestad legislativa, judicial y la administrativa en sus vicarios, es decir en las personas que hacen sus veces en lo de administrar el pueblo de Dios se trata, para

nuestro caso particular, el vicario judicial recibe dos potestades delegadas del superior jerárquico, una es la judicial en el sentido de dirigir el tribunal eclesiástico y otra la de imponer como medida de prevención como se dijo antes, el veto y de levantarlo ya que es de carácter temporal y cuando una persona impedida para casarse nuevamente, se rehabilita, esto es prueba su habilidad para actuar jurídicamente y obligarse conyugalmente, por medio de los dictámenes periciales de los auxiliares de la justicia canónica, pues se le devuelve la posibilidad de ejercer el *ius connubii* o derecho a casarse válidamente, debido a que es capaz y sus actos válidos. Este tema reviste mucha importancia ya que en el imaginario popular se cree que la curia veta perpetuamente, lo cual es falso ya que quien pruebe lo contrario, esto es la habilidad legal, puede casarse de nuevo, otra cosa es que el fiel no lo busque su declaración de hábil, y desee seguir soltero una vez se le ha anulado su matrimonio o que opte por el vínculo civil, asunto que la Iglesia respeta aunque no comparte pero como tal debe no intervenir ya que el mismo código de derecho canónico dice que en la escogencia del estado de vida los seres humanos son inviolables.

Las etapas de un proceso de nulidad matrimonial son las que a continuación se presentan.

## Fase introductoria

Esta consiste en la entrevista de orientación que hace el tribunal al interesado ante uno de sus asesores, quienes pueden ser clérigos o laicos preparados como licenciados en derecho canónico o doctores, en ello se analiza la historia personal de los cónyuges y en ella se absuelve un cuestionario extenso y extendido, en donde constan las cuatro grandes partes de la vida de cada pareja a saber: antecedentes familiares de cada uno de los cónyuges, donde se narra el origen familiar, la composición de la misma, los patrones de convivencia y disciplina interna, los asuntos económicos y las relaciones de poder y el manejo afectivo en el cual, por ejemplo se determina cual es información previa de lo que es el matrimonio que tiene una persona debido a lo que sus padres le han heredado y como un ejemplo de vida de amor y progreso interno y externo o si ha sido justamente todo lo contrario, en ambos casos, es determinante ver cómo el ser humano repite lo que recibe desde la casa, si recibe cariño y respeto eso devuelve y si lo que tuvo fue maltrato y maledicencia, eso dará. Hay que aclarar que no es en todos los casos, cada regla general tiene una excepción pero en su gran mayoría así lo dicen las reglas de la experiencia en asuntos matrimoniales y afectivos.

Dentro de esta fase introductoria, se da elaboración de la demanda una vez queda claro que hay fundamento histórico y de derecho para pedir el ministerio del juez y que por medio de su poder judicial, pueda resolver el caso.

La presentación de la demanda cuenta con todas las formalidades como un libelo en el foro civil, debe llevar un encabezamiento protocolario, la determinación del juez, unos hechos, unas pretensiones, unos fundamentos jurídicos, las pruebas aportadas, un contradictorio, unas notificaciones y unas firmas de los litigantes, con ello se asegura que se dé el principio de contención en tanto que las partes en conflicto matrimonial deben atender a unos requisitos para ser oídos en juicio, por ejemplo no se debe aceptar una demanda sin la correspondiente dirección de las partes o sin la indicación de los fundamentos de derecho para demandar.

Luego se da la revisión de la demanda por parte del señor vicario judicial, quien se puede pronunciar sobre la suerte de la misma, es decir, un rechazo de plano o una aceptación del libelo, en canónico no existe lo que en civil que es que cuando una demanda no cumple con la totalidad de las formalidades requeridas, se devuelve otorgando cinco días para cumplir con lo pedido por el juez para su aceptación, por lo que todos los rechazos con de plano.

## **Fase instructora**

Una vez pasa la demanda, el vicario judicial presidente del tribunal, somete a reparto la causa en su expediente que contiene todos los documentos aportados inicialmente por las partes tales como partidas de matrimonio y bautismo y los demás que se alleguen para probar la nulidad alegada, una vez se reparte a alguna de las salas del tribunal, en el caso del foro canónico en el que trabaja el autor de este escrito, se trata de siete salas que se reparten el trabajo del año judicial, al estilo de los tribunales de distrito judicial del Estado, quien recibe el caso en la sala, es el vicario adjunto quien es un sacerdote igual que el presidente y mínimo licenciados o doctores en el área. Una vez conocida la demanda por el juez o vicario adjunto, este procede a nombrar el turno de la causa, ese nombre lo lleva así porque de todos los jueces sean sacerdotes o laicos preparados, funcionan como los magistrados de los tribunales estatales, conformados por tres personas, donde uno es el ponente de la sentencia por sorteo y los otros dos son los votantes que darán su voto por el sí o el no, en estos casos corrientes de la nulidad matrimonial se nombran tres para que en la votación haya mayoría pero en casos donde no se puede votar 2 a 1, se puede recusar el juez y si aun así no hay quórum para votar y dejar fallada la causa, se debe nombrar un tribunal de cinco jueces, esto en la práctica es muy escaso pero en cualquier momento puede llegar a suceder, debido a que la ley es predictiva.

Adicionalmente, se nombra dentro del turno al defensor del vínculo, quien funge como agente del ministerio público, o como es en México, el procurador, se explica como el garante del debido proceso y del derecho a la defensa de

las partes que tiene como función esencial, este funcionario puede ser laico o sacerdote licenciado o doctor en canónico, a él se le notifican todos los decretos del proceso y se le comunica todo lo que pase con el expediente, para que revise, proponga pruebas nuevas o ampliaciones de las decretadas y aportadas, lo mismo que rinda su concepto previo a la sentencia y una vez fallada la causa, si encuentra alguna posibilidad de impugnar la decisión puede apelar, en cualquier grado del tribunal o instancia es la misma constitución y actuación de todos los funcionarios, esto aplica desde los tribunales diocesanos, hasta la misma rota romana en El Vaticano.

Luego de la constitución del tribunal, el actor o demandante debe manifestarse para saber si lo acepta o recusa alguno de sus miembros, para así evitar conflictos de intereses o algo similar. El tribunal, por medio de decreto de trámite fija la duda de derecho o el *dubium*, lo que es, manifestar la causal o causales por las que se va a declarar la nulidad del caso, así, se cita a la parte demandante previa elaboración del cuestionario por el defensor del vínculo donde este hace hincapié de los hechos relevantes de la demanda, luego de hacer la adecuación típica de los hechos con el código y dar su visto bueno o pedir que lo cambien o lo amplíen, ya que puede perfectamente, probarse varias hipótesis o causales en un mismo proceso.

Se procede igual con el convento, nombre que recibe el demandado, previa citación y notificación de la demanda, el convento tiene varias opciones: puede no contestar en el término que le da el código, puede allanarse, puede contestar y hacerse activa parte hasta sentencia y la segunda instancia o tercera si se va a Roma, en la mayoría de los casos, los conventos acuden a defender su tesis de los motivos de la causal y a falsear la postura del actor. Una vez se recibe la contestación de la demanda, o no habiendo recibido nada en el término que señala el código de 15 días, se abre el proceso a pruebas por medio de decreto, en derecho canónico no se llaman autos sino decretos y serán de trámite o de sustanciación.

Dentro del proceso en cualquier etapa antes de sentencia, se puede presentar inactividad procesal imputable a las partes en juicio, esto se sanciona con la declaratoria de la figura de la perención, que es el archivo de la causa cuando no se da impulso por un tiempo igual a seis meses, por lo que cuando la parte interesada aparezca a pretender su caso, tendrá que pedir el desarchivo y costear su reapertura, asumiendo el tiempo perdido y haciendo que su proceso se ponga en orden de aparición sin prelación alguna, lo que violenta la duración ideal de un proceso de nulidad según el mismo código que es de 12 meses en primera instancia y de 6 en segunda como máximo plazo, pero muchas veces son las partes quienes retrasan ese cronograma.

También pasa con frecuencia relativa, que las partes conventas sean renuentes a comparecer al proceso, por lo que el juez no debe esperar indefinidamente

que esta se haga presente, eso sería un desgaste enorme como sucede en los tribunales estatales donde pasan lustros enteros y un proceso sin salir, la Iglesia está obligada por el código a realizar unas publicaciones o edictos emplazatorios en la prensa por tres oportunidades para que se le dé publicidad y en la secretaría del tribunal fijar el documento para que el público pueda conocerlo.

Si definitivamente no comparece, se declara parte ausente y el proceso se sigue como en el caso de los procesos civiles cuando se nombra un curador que representa los intereses del demandado y al cual se le notifican los actos procesales para no violar el debido proceso ni el derecho de defensa, hasta que se acaba la causa, ahora se da en la práctica de los tribunales de la iglesia que antes de la sentencia en cualquier momento aparezca la persona y aun ahí se le da a conocer el caso para que aporte y se defienda pero luego de sentencia no hay posibilidad de ello, salvo uno hechos nuevos graves que comprometan la validez de la causa y la sentencia.

Retomando el acápite de las pruebas, en esta clase de procesos no hay límite, es decir, son las mismas que se encuentran en los códigos procesales del Estado, donde se hayan por ejemplo: la declaración de parte, todo tipo de documentos escritos, fotográficos, quirografarios, filmográficos, de audio, de correo electrónico, pero siempre y cuando no se violente innecesariamente la intimidad y el buen nombre de la persona, así como en civil que se pueden tachar pruebas por ejemplo de relaciones sexuales explícitas por atentar contra esos bienes jurídicos protegidos.

La confesión igualmente opera en este caso ya que la parte es libre de reconocer su actuar y su responsabilidad en el proceso, aunque como siempre se anota, que no tiene obligación de autoincriminarse, los testimonios operan y son muy importantes ya que las más veces hay cosas que no constan en documentos y solo la versión de otro puede corroborar o falsear lo que se diga, el dictamen pericial es determinante cuando en las causas se requiere de una ciencia auxiliar como la psicología o psiquiatría para probar la gravedad de los problemas de comportamiento y demás.

Hay otra prueba que trae el código pero en realidad ya ha caído en desuso, es el caso del acceso y reconocimiento judicial del lugar de los hechos como una inspección ocular de la causal en tanto el cómo y dónde se dieron los hechos, pero ya no se ordena su práctica ni se tiene en cuenta.

Cabe ampliar que en los testimonios, hoy en día los medios masivos de información en tiempo real y las redes sociales y toda la tecnología está siendo usada en las curias para resolver todo tipo de eventualidades, para evitar que las personas se tengan que desplazar de un país a otro, hoy basta que se conecten ordenadores y cámaras y las pruebas de llevan a cabo a miles de kilómetros y de husos horarios diferentes.

Una vez se practican todas las pruebas, el juez concluye la causa y cierra el debate probatorio, para evaluar y darle el valor a cada una, y si es del caso desestimar las que no sean ni conducentes ni pertinentes, cuando esto ocurre, las partes y sus apoderados, pueden conocer todo el expediente para preparar sus alegatos de conclusión, usando la técnica de retomar lo dicho en la sentencia y tamizarlo con las pruebas para pronunciarse preferentemente sobre hechos probados y verdades procesales.

## **Fase discusoria**

Esta comienza cuando se presentan los alegatos de conclusión por parte de los litigantes y con ellos se le dan al juez elementos para proyectar su sentencia en busca de la certeza moral y jurídica de la existencia de la nulidad o validez del vínculo, obviamente la certeza jurídica se da, con los hechos que se prueban durante todo el caso, pero la certeza moral va más allá de las actas de la causa, ésta la dan las reglas de la experiencia y la sensación de convicción que queda en la psiquis y el corazón del juez una vez emite su sentencia o decreto definitivo, esta certeza es la posibilidad de que no quepa duda alguna razonable de decisión contraria.

Luego, se pasa el expediente al señor defensor del vínculo, para que haga su concepto por medio de las observaciones generales y finales, en ellas la agencia del ministerio público eclesiástico, presenta al juez todo su parecer de la causa y se pronuncia sobre lo que hay y lo que falta para una decisión sólida como una catedral, en esas mismas pesquisas el defensor puede pedir la adición de la fórmula de la duda de derecho o causal, por si resulta probada más de una pero que no se imputó a la fórmula. Una vez entregado ese concepto, el expediente vuelve a la sala, para que el vicario adjunto o juez ponente de turno, proyecte la sentencia con todos los requisitos de una decisión definitiva, con narración de hechos y jurisprudencia en la cual se basa, una vez la termina, se da traslado a los conjueces para que den por escrito su voto y se sume la mayoría, para declarar procesalmente la nulidad y proceder después a las declaraciones con referencia a los efectos civiles del matrimonio y a las calidades de los hijos habidos en el mismo.

Seguidamente, se da la notificación de la decisión, para que las partes conozcan el contenido y apelen si así lo tienen a bien, si así lo hacen, la decisión con todo el expediente se va para el tribunal de segunda instancia y así sucesivamente hasta la tercera en Roma, pero si no se ha apelado, la sentencia queda en firme y ejecutoriada para que ya se opere el fenómeno de la cosa juzgada, que como ya se dijo es relativa cuando recae sobre el estado de las personas, por lo que siempre se puede volver a demandar en caso de una declaratoria no de nulidad, sino de validez del vínculo.



Una vez se surte la sentencia en doble instancia o ulterior, se debe dar traslado, en el caso colombiano, a los jueces de familia del circuito para que ellos lleven a cabo el trámite de homologación de la sentencia eclesiástica, y así, darle plenos efectos a la decisión, esta figura, consiste en que el juez estatal declara que la sentencia la encuentra conforme a derecho y que declara la cesación de efectos civiles de ese matrimonio y que la prole conserva la calidad de legítima, además ordena la cancelación del registro civil de matrimonio y su correspondiente anotación en el registro de nacimiento, para que en el caso de unas segundas nupcias, la persona pueda oponer a la sociedad y el Estado la libertad personal que ostenta.

## **Fase ejecutoria**

Puede parecer un poco ilógico que no se haya incluido en esta etapa los últimos párrafos del tema anterior, pero lo que se busca es que el lector de estos apuntes elementales, no confunda la ejecución de la sentencia en lo civil y en lo canónico. En este caso de la ejecución canónica de la sentencia, hay que mencionar que esta etapa es bien interesante y parecida a lo que se hace en el derecho estatal, el código menciona que la sentencia se ejecutoria y se debe anular la partida de matrimonio y hacer la anotación de la nulidad en la partida de bautismo en la parroquia donde reposa la fe del nacimiento, para que se demuestre ser libre, si en la causa se declaró veto administrativo, como ya se vio, este se levanta para que el fiel pase a segundas nupcias, ya con eso lo que la gente hace es preparar nuevamente la fiesta y la celebración de las nuevas bodas para felicidad de quien se casa por primera vez e ilusión de aquel que reincide en la misma conducta dos o más veces.

## **Esquema del proceso de nulidad en su modalidad más breve fruto de la Reforma de 2015, hecha por el Papa Francisco**

Antes de explicar los pasos del proceso nuevo llamado más breve, se procede a contextualizar la reforma procesal y su génesis. El papa Francisco, lleno de inquietudes con el nuevo cargo y con deseos de darle un *Aggiornamento* o actualización a la manera de llevar a cabo los procesos en cuestión, gracias al sínodo extraordinario a guisa de reunión precodificadora (Francisco, 2015, 1-7), votaron un esquema de trámite con múltiples cambios que llevarían a la aplicación de justicia de manera pronta y eficaz con su consabida reducción de costas en el foro.

## **Principales novedades de la reforma contenida en el *motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus* de agosto de 2015**

- a) Una sola sentencia ejecutiva que declara la nulidad, esta es de suyo un gran avance, ya que en los procesos ordinarios tradicionales, cuando se fallaba de primera instancia, se requería un tribunal que confirmara o infirmara la sentencia, que en el caso colombiano era el hoy extinto tribunal único de apelaciones para Colombia, ya hoy el proceso tiene una sola sentencia y que solamente llevará apelación en caso de que alguno de los contendientes desee formular el recurso, no como antes que fuera cual fuera la decisión habían una especie de consulta automática o no en pocos casos una verdadera apelación, sin olvidar la apelación *Per Saltum* a la Rota Romana, en donde sin pasar por la instancia superior nacional, se puede llevar a conocimiento del *ad quem* romano sin el vernáculo (Francisco, 2015, p. 8) .
- b) El nombramiento del juez único para el proceso más breve, en este caso corresponde al ordinario de lugar, esto es el obispo diocesano, asumir la responsabilidad personal de fallar el caso particular como garantía de seriedad en el proceso y permite que ejerza su potestad judicial, cuando se cumplen los requisitos para este nuevo procedimiento para la declaración de la nulidad (Francisco, 2015, p. 8).
- c) Proceso corto en el tiempo en comparación al ordinario común donde se busca que el mismo dure como máximo seis meses calendario, en contraste al tradicional que era de 18 meses o más (Francisco, 2015, p. 9).
- d) Apelación a la sede metropolitana, en el pasado, había que acudir al tribunal nacional de apelaciones en el caso colombiano y ahora ya al haber sido suprimido ese despacho, se apela a tribunal de la sede metropolitana es decir, al arzobispo más cercano a la diócesis que conoce del caso, y si es una sede metropolitana la que es apelada, se pasará al obispo más veterano en cuanto a su ordenación (Francisco, 2015, p. 9).
- e) Principio de gratuidad de las costas, este es un polémico tema ya que siempre a la justicia canónica se le ha tildado, no pocas veces y con razón de ser muy onerosa y que a ella solo acceden unos pocos, lo que se busca con esta reforma es que se masifique por parte del pueblo creyente y bautizado su acceso a los estrados judiciales en pro de su resolución del estado de libertad para generar bienestar tanto moral como físico, pero esa gratuidad del trámite de todos mo-

dos implica un asunto sensible para el público que no desea pagar por nada, empero debe costear voluntariamente un dinero que va con destino a que se pague el trabajo de quienes laboran en el despacho (Francisco, 2015, p. 10).

## **Etapas del proceso más breve en de nulidad matrimonial ante el obispo diocesano**

### **Fuero competente**

Las causas matrimoniales corresponden al juez eclesiástico por derecho propio, de los asuntos meramente civiles, conoce el magistrado del tribunal del Estado o el juez de familia del circuito donde haya tenido la pareja el último domicilio (CIC, canon 1671.1 modificado por el *Motu Proprio Mitis iudex Dominus Iesus* del 2015). Las causas no reservadas a la sede apostólica se tramitarán en:

- a) El lugar donde fue celebrado el matrimonio, esto es el tribunal diocesano o arquidiocesano al cual pertenece la parroquia donde se recibió el consentimiento, en el caso de Colombia antes de esta reforma había nueve tribunales de primera instancia que funcionaban como regionales o interdiocesanos para los 32 departamentos del país y uno de apelaciones, ahora con la reorganización de la justicia canónica en cabeza de cada obispo diocesano y metropolitano, se debe abrir un tribunal nuevo en cada sede episcopal, esto ha sido criticado por amplios sectores de la misma judicatura canónica ya que implica una mayor inversión en el andamiaje de oficinas y personal calificado de muy difícil consecución, ya que son muy pocos quienes estudian derecho canónico y aún menos quienes lo ejercen.

En la actualidad se estima que como consecuencia de la reforma se pasó a 65 tribunales eclesiásticos sin contar los que se puedan crear en los vicariatos apostólicos, en comparación de los anteriores nueve que fungían como regionales o interdiocesanos para administrar justicia como grupo colegiado con la guía de un arzobispo metropolitano o de sede principal de provincia eclesiástica, como acontece en la justicia estatal con las sedes de distrito judicial y sus circuitos (CIC, canon 1672).

- b) El tribunal en el cual las partes tengan su domicilio o cuasidomicilio sin tener en cuenta el lugar de la celebración, esto tiene su explicación en que puede perfectamente pasar que las partes ya estén separadas y que su residencia sea diferente, en este caso no es necesario ir a

un lugar que no sea el suyo y demandar en donde vivan, esto conlleva la necesidad de que se hagan despachos comisorios a los tribunales donde se encuentre la otra parte y los testigos, como forma de celeridad y de economía procesal.

- c) La sede del tribunal en el cual se vayan a recolectar la mayor parte de las pruebas.
- d) El ordinario de lugar, deberá crear su propio tribunal dotado de todos los elementos materiales y de personal suficientes para cumplir su función de juez y de garante de la justicia.
- e) Las causas de nulidad de matrimonio serán falladas por un colegio de tres jueces en los cuales puede haber laicos que funjan como jueces, los cuales deberán acreditar su titulación en derecho canónico y su experiencia y probidad para el cargo (CIC, canon 1673.3).
- f) Por excepción, cuando el obispo no posee el personal suficiente puede nombrar asesores de un juez único que sean reconocidos por su vida cristiana íntegra, expertos en ciencias jurídicas y que sean aprobados por el ordinario.

## **Derecho a impugnar el matrimonio**

Pueden impugnar el matrimonio, en primer lugar, los cónyuges que tienen el derecho propio a pedir que se les resuelva su situación de libertad personal, cuantas veces sea que se casen por la misma iglesia, como en el foro civil con el matrimonio del código civil.

En segundo lugar, puede impugnar el señor promotor de justicia cuando haya peligro del buen nombre de los cónyuges y no se pueda convalidar el mismo, en este caso el promotor canónico es un investigador a guisa de fiscal que apoya causas que tienen que ver con la reputación de los contrayentes y hay peligro de injuria contra ellos (CIC, canon 1674. 1, 2, 3). Es de comentar que se puede anular el matrimonio de una pareja que ya haya fallecido, pero solamente cuando sea la solución de una controversia que tenga incidencia en el foro civil, por ejemplo cuando hay contención por una cuantiosa herencia y se debe acudir a esta investigación para aclarar y coadyuvar con la jurisdicción de familia del Estado. Igualmente cuando un litigante muere en medio del proceso la instancia se suspende y se espera a que sea retomada por un heredero o sucesor, como lo prescribe el canon 1518.

## Requisitos del proceso más breve ante el obispo diocesano

Para que una nulidad sea llevada por el procedimiento abreviado nuevo, se deben tener en cuenta dos requisitos:

- Cuando la causa sea interpuesta por ambos cónyuges en un común acuerdo o sea impetrada la demanda por uno solo y el otro luego en la notificación y oportunidad de contestación, se allane y manifieste que colaborará con las pruebas y todo el proceso. Este punto es toda una innovación en la manera como tradicionalmente se llevó a cabo la estructura del proceso, que siempre era contencioso, ahora se permite que haya común acuerdo entre los litigantes contrayentes, en este caso, el Papa ha sido objeto de innumerables críticas de sectores conservadores tanto de clérigos como de laicos que ponen el grito en el cielo, ya que argumentan que lo que su santidad permitió fue herir de muerte la sacramentalidad e indisolubilidad del matrimonio, convirtiendo su terminación en un simple trámite de divorcio “notarial”, abriendo la puerta de par en par para salir del yugo vincular, que durante toda la historia del cristianismo romano estuvo bien asegurada para que no se salieran los casados de su estado perpetuo. Los defensores de la reforma del Papa, dicen que es un avance el hecho de facilitarle a los fieles bautizados la resolución de sus problemas y que esto por demás acerca los fieles a la justicia y a su remedio pastoral que les da su libertad nuevamente conseguida o su ulterior matrimonio canónico con su nueva pareja.
- Cuando la causa tenga unas circunstancias de hecho y derecho muy claras que no haga necesaria una investigación muy profunda y la instrucción del proceso sea aportada por las partes y sus testigos sean concordes con los hechos narrados en la demanda conjunta, lo cual es el camino más expedito para la sentencia, y vale decir que es casi como “legalizar” el previo común acuerdo entre las partes, tal como lo hacen los casados por lo civil en las notarías de fe pública (CIC, canon 1683).

## Etapas del proceso más breve

**Introducción del libelo demandatorio:** se interpone ante la presidencia del tribunal y debe contener los mismos elementos de la demanda ordinaria según el canon 1504 a saber:

- Especificar ante qué juez se introduce la causa, qué se pide y contra quién
- Indicar en qué derecho se funda el actor y, al menos de modo general, en qué hechos y pruebas se apoya para demostrar lo que afirma;

-Estar firmado por el actor o por su procurador, con indicación del día, mes y año, así como también del lugar donde habitan o dijieran tener la residencia a efectos de recibir documentos;

-Indicar el domicilio o cuasidomicilio del demandado. (CIC; canon 1504).

De manera más específica debe contener; los hechos de manera breve pero integral sin sacrificar profundidad, indicar las pruebas que serán aportadas y recogidas inmediatamente por el juez, anexar los documentos que sirvan de prueba a la demanda y sus hechos.

**Determinación de la fórmula de la duda:** esta etapa es la especificación de la causal que se va a invocar y sobre la cual van a orbitar todas las pruebas, una vez recibida la demanda se debe pasar al tribunal para formular la causal en el término de 30 días, luego el instructor deberá recoger las pruebas, de ser posible en una sola sesión dentro el término de 15 días luego de la duda (CIC; canon 1685 y 1686).

**Observaciones del defensor del vínculo y sentencia:** una vez recogidas las pruebas y cerrada la oportunidad de presentarlas, se pasa el expediente al defensor del vínculo quien dará su concepto en favor de la nulidad, tal como lo hace un procurador judicial antes de sentencia, una vez adelantado ese trámite, el juez, en este caso el obispo, con certeza moral y jurídica dicta sentencia de plano, que como es un proceso de mutuo acuerdo no habría ningún recurso interpuesto, de haber litispendencia entre las partes, el expediente se pasa nuevamente al vicario judicial que lo tramitará por juicio ordinario, acabando su brevedad en tiempo y diligencias.

## Conclusión general

La implementación de esta reforma en el derecho procesal canónico es sin duda un avance, pero se valorará completamente con el pasar del tiempo, para ver la reacción de los bautizados casados con deseos de anular su unión y de, no en bajo porcentaje, volverse a casar por el mismo rito, dada la tradición católica del Estado colombiano que pese a ser laico es en su interior católico social, en este sentido es de observar las dos reacciones a esta gran puerta que se abre, al incluir el común acuerdo y el allanamiento en los procesos que siempre fueron de carácter contencioso, por un lado la celeridad en los trámites que velarán por realizar la justicia que de bienestar a los casados y por otro lado, la posible afrenta a los intereses de los sectores conservadores de la Iglesia por herir de muerte la sacramentalidad y la perpetuidad del matrimonio desarrollada en todos los documentos de la Iglesia por más de dos mil años. Juzguen ustedes.....

## Referencias

- Arroba, M. (1993). *Diritto processale canonico*. Roma: Lumen Dei.
- Cuervo, L. (1981). Algunas innovaciones en el derecho procesal del código reformado, *Universitas Canonica*, 1.
- De La Oliva, A. y Fernández, M. (1990). *Derecho procesal civil*. Madrid.
- De Diego Lora, C. (1991). Nuevas consideraciones sobre la ejecución civil de la nulidad del matrimonio canónico y de la dispensa pontificia del matrimonio rato y no consumado. *Ius Canonicum*, XCI, 533-566.
- Fracisco, Papa. (2015). *Mitis Iudex Dominus Iesus*. Recuperado de: [https://w2.vatican.va/content/francesco/es/motu\\_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio\\_20150815\\_mitis-iudex-dominus-iesus.html](https://w2.vatican.va/content/francesco/es/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20150815_mitis-iudex-dominus-iesus.html)
- Grocholewsky, Z. (1997). La certezza morale nella pronuncia del giudice. *Periodica de re canonica*, 87, 81-104.
- Pontificio Consejo para los Textos Legislativos. (2005). Instrucción Dignitas connubii. Recuperado de: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/intrptxt/documents/rc\\_pc\\_intrptxt\\_doc\\_20050125\\_dignitas-connubii\\_sp.htm](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/intrptxt/documents/rc_pc_intrptxt_doc_20050125_dignitas-connubii_sp.htm)
- Satta, S. (1958). *Il concetto di parte*. Milano: Padova.
- Stankiewicz, A. (1987). *I doveri del giudice nel processo matrimoniale canonico*. Apollinaris.
- VV.AA. (1994). *Il proceso matrimoniale canonico*. Città del Vaticano.

Se terminó de imprimir en



PBX: 411 21 20  
Cra. 80 N.º 44B-287 / Medellín  
info@extrategiapublicidad.com  
www.extrategiapublicidad.com