

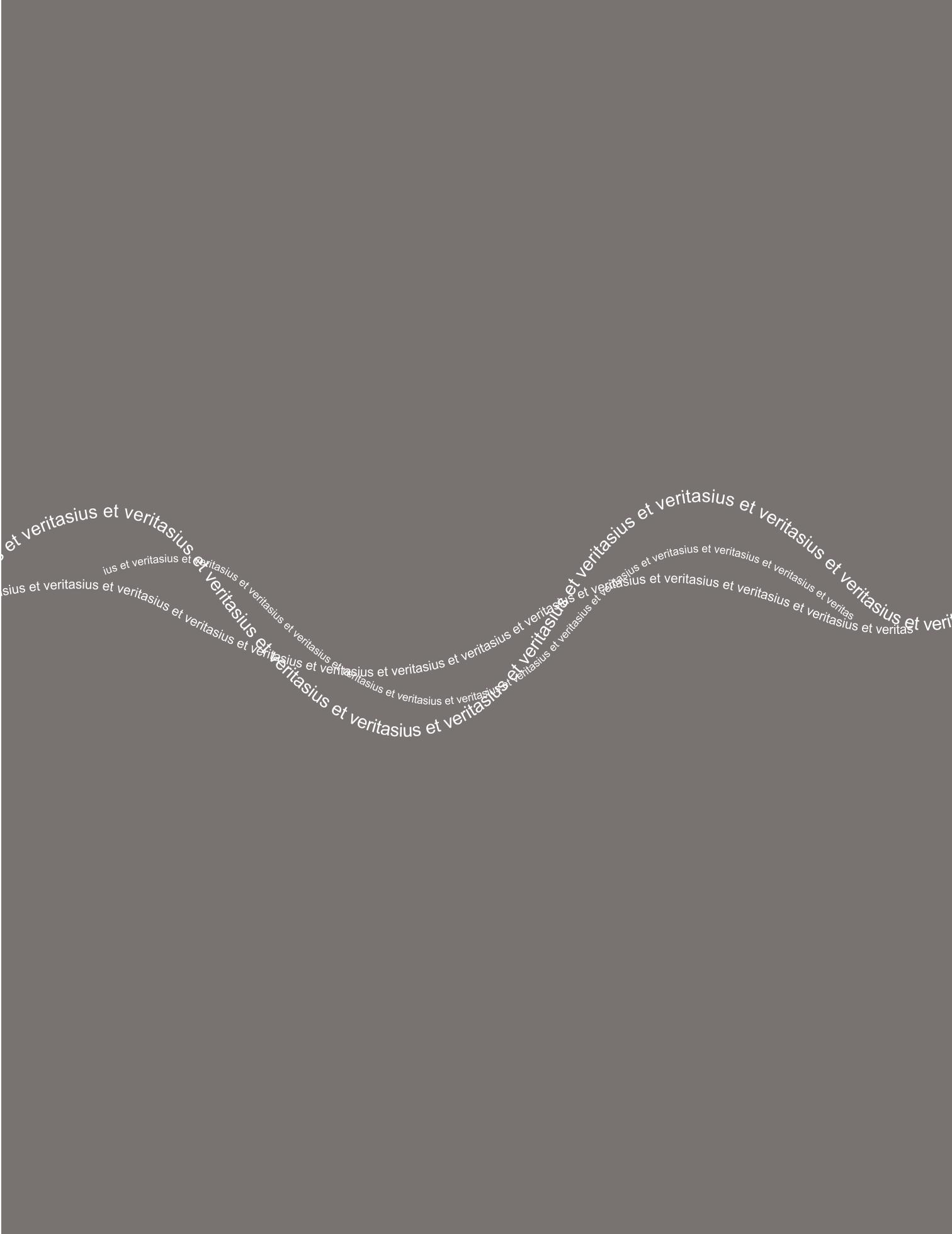
IUS ET VERITAS

DERECHO PROCESAL: ENFOQUES CONTEMPORÁNEOS



68

EDICIÓN SESENTA Y OCHO



Prohibida su reproducción total o parcial sin autorización de la Asociación IUS ET VERITAS.

IUS ET VERITAS





Créditos

Copyright© 2010 por la Asociación IUS ET VERITAS
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 99-4255
Carátula hecha por Zugey Vasquez Vidaurre.
Diagramación realizada por Lluly Palomino Vergara

La Revista se terminó de diagramar en agosto de 2024.

La presente edición de IUS ET VERITAS es una Revista arbitrada, gestionada y editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. De esta forma, el Equipo Editorial de IUS ET VERITAS publica artículos de investigación jurídica, los cuales son sometidos a un procedimiento de revisión por pares a doble ciego.

IUS ET VERITAS es una revista miembro del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Estudiantiles (COLAPEJ).

La Revista IUS ET VERITAS está oficialmente indexada en el Catálogo de LATINDEX 1.0 y 2.0. Nuestros altos estándares de calidad son ahora reconocidos y acreditados en el Sistema Regional de Información para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en Dialnet, portal de la Universidad de La Rioja, uno de los mayores portales bibliográficos de difusión de literatura científica a nivel internacional.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en CLASE - Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades, base de datos de la Universidad Nacional Autónoma de México.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en VLEX, portal jurídico en español con ediciones en Argentina, Ecuador, España, Chile, Perú y Venezuela. Brinda información en más de 130 países en todas las áreas del Derecho.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra agregada en EBSCO, base de datos publicada por la empresa Ebsco Information Services.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en (REDIB) Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, la cual es una plataforma de agregación de contenidos científicos y académicos en formato electrónico producidos en el ámbito iberoamericano.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra agregada en el catálogo (ALICIA) Acceso Libre a Información Científica para la Innovación del Concytec.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra adherida a la Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanidades (LatinREV) de FLASCO Argentina.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en SCOPUS, constituyéndose como la primera Revista gestionada por estudiantes de Derecho del Perú en indexarse a la base de datos de la editorial Elsevier.

Oficina de IUS ET VERITAS ubicada en Av. Universitaria 1801, San Miguel, Lima.
Segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Teléfono: 626-2000 anexo 5392 // Telefax: 626-2464
Correo electrónico: publicaciones@iusetveritas.com
Dirección electrónica: <http://iusetveritas.com>

Los interesados en colaborar con IUS ET VERITAS mediante sugerencias, comentarios o con la remisión de artículos pueden enviar un correo electrónico a publicaciones@iusetveritas.com

La Asociación IUS ET VERITAS y el Equipo Editorial de la Revista no se solidarizan necesariamente con las opiniones vertidas por los autores.



ius et veritas
 ius et veritas ius et veritas ius et veritas ius et veritas ius et veritas
 ius et veritas ius et veritas ius et veritas ius et veritas ius et veritas
 ius et veritas ius et veritas ius et veritas ius et veritas ius et veritas
 ius et veritas ius et veritas ius et veritas ius et veritas ius et veritas

*“Si puedes soñarlo, puedes hacerlo”
 - Walt Disney*

Equipo editorial

Editora General

Luciana Brenda Chávez Gálvez, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
luciana.chavezg@pucp.edu.pe

Equipo Editorial

Ana Murhiel Díaz Aguilar, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
murhiel.diaz@pucp.edu.pe
Daniela Scotto Sheen, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
dscottos@pucp.edu.pe
Emely Solange Del Aguila Mardini, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
emely.delaguila@pucp.edu.pe
Gabriela Rubí Díaz Quintana, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
diaz.gabriela@pucp.edu.pe
Rosario del Pilar Carhuallanqui Ayarza, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
rosario.carhuallanqui@pucp.edu.pe

Coordinador General

Giovanni Priori Posada, Estudio Miranda & Amado (Lima, Perú)
gpriori@mafirma.com.pe

Comité Editorial

María del Carmen Boldó Rosa, Universitat Jaume I (Castellón de la Plana, España)
boldo@uji.es
Enrique Varsi Rospigliosi, Universidad de Lima (Lima, Perú)
evarsi@ulima.edu.pe
Eugenia Silvia Ariano Deho, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
eariano@pucp.edu.pe
Milay Burgos Matamoros, Universidad Nacional Autónoma de México (Ciudad de México, México)
mburgosm@derecho.unam.mx
Mônia Clarissa Hennig, Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, Brasil)
moniah@unisc.br
Guillermo Boza Pró, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
boza.g@pucp.edu.pe
Jaime Pintos Santiago, Universidad a Distancia de Madrid (Madrid, España)
jaime.pintos@udima.es
José Ugaz Sánchez-Moreno, Benites, Vargas y Ugaz Abogados (Lima, Perú)
jugaz@bvu.pe

Comité Científico

Roberto Romboli, Università di Pisa (Toscana, Italia)
roberto.romboli@unipi.it
Francesco Parisi, University of Minnesota (Minnesota, Estados Unidos)
parisi@umn.edu
Kathrin Nitschmann, Hochschule Trier (Trier, Alemania)
k.nitschmann@umwelt-campus.de
Richard Epstein, University of Chicago (Illinois, Estados Unidos)
repstein@uchicago.edu
Jorge Agudo González, Universidad Autónoma de Madrid (Madrid, España)
jorge.agudo@uam.es
Miluska Orbegoso Silva, Universidad de la América Puebla (Puebla, México)
miluska.orbegoso@udlap.mx
William Kovacic, George Washington University (Washington, Estados Unidos)
wkovacic@law.gwu.edu
Giovanni Priori Posada, Estudio Miranda & Amado (Lima, Perú)
gpriori@mafirma.com.pe
Marianella Ledesma, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
mledesma@pucp.edu.pe

Índice

Artículos

Sección Principal

Algunas dificultades y riesgos derivados de la aplicación de las nuevas tecnologías en el proceso judicial colombiano

Some difficulties and risks derived from the application of new technologies in the colombian judicial process

Juan Carlos Guayacán Ortiz 12

El control de los sesgos cognitivos en el contexto jurídico procesal: medidas preventivas y correctivas y deberes de responsabilidad epistémica

The control of cognitive bias in the procedural legal context: preventive and corrective measures and obligation of epistemic responsibility

José Francisco Bustamante Requena 27

Justiça Distributiva e os Tribunais Virtuais de Richard Susskind no Sistema Judiciário brasileiro: uma análise do Programa Justiça 4.0

Distributive Justice and Richard Susskind's Online Courts in the Brazilian Judicial System: an analysis of the Justice 4.0 Program

Sthéfano Bruno Santos Divino 41

El proceso de reparación colectiva de las grandes catástrofes

Collective litigation for redressing major disasters

Edilson Vitorelli 55

Prueba Informática: El problema de su fiabilidad

Computer Evidence: The Problem of its Reliability

Luis Alfaro Valverde 66

El juez activo del código de procesos cubano en el estreno de la tutela judicial efectiva constitucional

The active judge of the cuban procedural code in the debut of the constitutional effective judicial protection

Juan Mendoza Diaz 80

El paradigma constitucional del proceso civil. Bases teóricas.

The constitutional paradigm of civil procedure. Theoretical bases.

Christian Delgado Suárez 91

Justicia Híbrida: La tecnología disruptiva al servicio del proceso

Hybrid Justice: Disruptive technology at the service of the process

Fernando Martín Diz 113

La valoración judicial de la prueba producida anticipadamente en el derecho brasileño

Judicial valuation of anticipatory proof in Brazilian law

Camilo Zufelato, Fernando Antônio Oliveira y Victor Dantas de Maio Martinez 130

Legitimación en la ejecución, título ejecutivo y escisión societaria: una crítica a la "teoría de la afirmación"

Standing to Sue, Enforceable Title and Corporate Spin-Off: A Critique to the "Assertion Theory"

Gabriella Valenzuela y Renzo Cavani 143

No todo es cautelar: hacia una tipificación de figuras distintas en perspectiva comparada

Not everything is precautionary: towards a typification of different figures in comparative perspective

Gabriel Valentin 156

Sección General

Evidências científicas sobre a participação de mulheres no setor brasileiro de óleo e gás (O&G): políticas, práticas e ações recomendadas

Scientific evidence on women's participation in the brazilian oil and gas (O&G) sector: recommended policies, practices and actions

Leilane Serratine Grubba 175

Causalidad e imputación en la responsabilidad civil médica por infracción al deber de información en intervenciones médicas riesgosas

Causation and attribution in medical liability for breach of the duty to inform in risky medical interventions

Daniel Ugarte Mostajo

189

La ilegalidad no formulada: Vivencias de estudiantes de derecho en su contacto con el mundo profesional

Unformulated illegality: Law students' experiences in their contact with the professional world

Fernando Del Mastro Puccio y Cindy Quispe Valencia

225

El fragmentado reconocimiento de la terminación unilateral en los contratos de consumo en el Derecho de Consumo chileno

The fragmented recognition of unilateral termination in consumer contracts in Chilean Consumer Law

Erika Isler Soto

209

Consejo Directivo:

Directora Ejecutiva:
Directora de Publicaciones:
Director de Cursos:
Directora de Eventos:
Directora de Financiamiento:
Directora de Gestión Institucional:
Directora de Imagen Institucional:
Directora de Investigación Académica:
Director de IUS 360:
Director de Podcast y Multimedia:
Directora de Recursos Humanos:
Directora de Desarrollo Social - SIEMBRA:

Brenda Sofía Elizabeth Guevara Martínez
Luciana Brenda Chávez Gálvez
Yahaira Sthefanny Melannie Mendoza Taboada
Dayra Vásquez Sánchez
María Fernanda Quilcate Ramírez
Luis Ángel Toralva Valverde
Hania Cárdenas Peña
Alejandro Gael Del Carpio Briceño
Leine Nicel Meza Lazo
Adriana Milagros Palomino Revilla
Abigail Condori Acevedo
Vania Isabel Mendoza Castillo

Publicaciones

Daniela Scotto Sheen
Ana Murhiel Díaz Aguilar
Gabriela Rubí Díaz Quintana

Rosario del Pilar Carhuallanqui Ayarza
Emely Solange Del Águila Mardini

Cursos

Perla Solange Bullón Flores
Valeria Antuanett Caruajulca Paredes
Sandra Daisy Benites Briones

Julio Esteban Azabache Llacctas
Angelina Flor Melgarejo Capillo

Eventos

Camila Shigueto Herrera
Harleth Selene Fiestas Mamani
Marina Jesús Cristina Carrión Mejía

Enma Pierina Retuerto Carrillo
José Eduardo Rubio Paredes

Financiamiento

Diego Armando Mollinedo Barreto
Silvana del Carmen Cubas Pereyra

Nikol Kimberly Collana Maquin
Joaquín Rodrigo Villar Montoya

Gestión Institucional

Ronald Augusto Atahui Cervantes

Mariel Mansilla Peláez

Imagen Institucional

Ashely Nahir Valverde Gutiérrez
Fernando Gabriel Espejo Ramos
Thayra Coralí Luna Marroquín
Fiorella Dayana Bedoya Fernández

Christian Aarón Monteagudo Reyes
Alessia Camila Lino Saldaña
María Fernanda Quinto Veliz
Andrea Ximena Ybarra Ortiz

Investigación Académica

Kiara Gabriela Nieva Manrique
Yuvys Andrea Martínez Calle
Andrea Alexandra Herrera Enciso

Giuliana Fernández Cabrera
Valeria Vanessa Mercedes Dávalos Ludeña

IUS 360

Francesca Joana Escobedo Chuiso
Daniela Jimena Beisaga Aldazabal
Ana Paola Esquivel Arias

Marilyn Esmeralda Ramírez Soplin
Carmen Elena Puma Valle
Fabricio Eduardo Huamán Huamán

Podcast y Multimedia

Adelí Anthonella Ríos Calla
Christ Ximena Quispe Aquino

Angélica Giuliana Callirgos Santos
Kyara Gianella Ulloa Núñez

Recursos Humanos

Lucía Carolina Castillo Urquieta
Dayanne Antonella Estrada Matos

Claudia Alexandra Medina Celis
Diana Luz Mora Torres

Siembra

Vera Camila Delgado Díaz
Lidia Mariana Gabriela Ruiz Vasquez
Andrea Alexandra Dávila Carrasco
Roma Marcela Ortiz de Orue Riquelme

Gabriela Aleksandra Segovia Zavaleta
Sofía Elizabeth Romero Cornejo
Daniel Alejandro Hernández Lévano



Algunas dificultades y riesgos derivados de la aplicación de las nuevas tecnologías en el proceso judicial colombiano^(*)

Some difficulties and risks derived from the application of new technologies in the colombian judicial process

Juan Carlos Guayacán Ortiz^(**)

Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia)

Resumen: La aplicación de las nuevas tecnologías en el proceso judicial es una práctica que se hizo más común después de la pandemia del año 2020. Este artículo analiza 3 de las principales vicisitudes que la utilización de estas tecnologías ha generado en los procesos judiciales colombianos: en cuanto la remisión de memoriales mediante mensaje de datos, en lo relativo a los denominados traslados automáticos, y sobre las vicisitudes que se vienen presentando en las audiencias virtuales o digitales.

Palabras Clave: Audiencias virtuales - Mensaje de datos - Traslados automáticos - Derecho Procesal - Colombia

Abstract: The application of new technologies in the judicial process is a practice that became more common after the 2020 pandemic. This article analyzes 3 of the main vicissitudes that the use of these technologies has generated in Colombian judicial processes: as the sending of memorials through data messages, in relation to the so-called automatic notice of service, and about the vicissitudes that are occurring in virtual or digital hearings.

Keywords: Virtual hearings - Data messages - Automatic notifications - Notice of service - Proof of service - Procedural Law - Colombia

^(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 17 de abril de 2024 y su publicación fue aprobada el 25 de mayo de 2024.

^(**) Abogado egresado y especialista en Derecho Procesal Civil por la Universidad Externado de Colombia. Magíster y doctor en Derecho de la Universidad de Roma Tor Vergata. Profesor Emérito de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: juan.guayacan@uexternado.edu.co.



1. Introducción

Las nuevas tecnologías y el cambio climático constituyen, quizá, las temáticas de mayor protagonismo en el mundo jurídico actual. Este artículo se enfoca en las nuevas tecnologías y sus implicancias en el proceso judicial de Colombia. Pese a que el universo bibliográfico sobre el argumento general de las implicaciones de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el proceso judicial, es ya amplio, basta dar una mirada rápida a lo que se ha escrito sobre el tema a nivel Iberoamericano en los últimos 5 años y, sin pretender ser exhaustivo, se encuentra abundante literatura jurídica sobre este fenómeno⁽¹⁾.

Son dos las aristas más visibles en que se divide la temática del proceso y las nuevas tecnologías: una que podríamos llamar, al igual que Pérez-Luño, la informática de gestión; y otra, la informática jurídica de decisión (inteligencia artificial). Igualmente, no se puede desconocer que podría haber otras aristas, como la denominada informática meramente documental. A esta última, quizás, estamos más acostumbrados, dado que las bases de datos de legislación y jurisprudencia han estado con nosotros por casi medio siglo. En esta misma línea de pensamiento, ya se advierten ciertas categorías dogmáticas que están empezando a hacer carrera, tales como la informática jurídica procesal, el derecho procesal informático y la automatización de las decisiones judiciales (Pérez-Luño, 2017).

En este escrito, me propongo examinar apenas una de las tres aristas fundamentales descritas, esto es, la informática jurídica de gestión⁽²⁾, para lo cual comentaré la manera como la ley procesal colombiana reguló el tema de forma apresurada, provisional y urgente, cuando en el año 2020 se presentó la pandemia del COVID 19, legislación que luego, con pequeñas variaciones, se convirtió en legislación permanente en 2022.

Aunque son varias y evidentes las ventajas de la aplicación de las nuevas tecnologías se citan entre ellas, por ejemplo, la eficiencia, la transparencia, la facilidad en el acceso a la información y la trazabilidad de los casos (Celsa, 2023). Pese a ello, y sin desconocer estas virtudes, en este artículo el tema se abordará desde la perspectiva de las dificultades que las disposiciones que las implementaron han tenido en la vida judicial del país. A partir de estas se harán al final algunas reflexiones teóricas, sobre los efectos que pueden tener respecto de algunas categorías dogmáticas fundamentales, en particular respecto del debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia.

La aplicación masiva de las nuevas tecnologías y del proceso venía insinuándose en la legislación colombiana desde antes de la Pandemia del COVID 19. En efecto, el Código General del Proceso, expedido en 2012, ya establecía la posibilidad de adelantar audiencias mediante la utilización de las nuevas tecnologías de la información, y también de notificar mediante mensajes de datos, solo que esa posibilidad estaba condicionada a que los juzgados tuvieran los recursos necesarios para poder adelantar estas actuaciones procesales por medios telemáticos.

En el periodo transcurrido entre 2012 y 2020, al menos en el proceso civil, no se hizo masiva la utilización de las audiencias virtuales, por carencia de recursos⁽³⁾ y sobre

- (1) Sin pretender ser exhaustivo, para mayor información, véase: Pérez-Luño, E. (2017). El procedimiento de Habeas Data: El derecho procesal ante las nuevas tecnologías. Dykinson; Fenoll, J. (2018). Inteligencia Artificial y Proceso Judicial. Marcial Pons. Castellano, P. (2021). Justicia cautelar e inteligencia artificial: La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales (1ª ed.). J.M Bosch; Sistac, J. (2021). El ciberabogado: El abogado frente a la inteligencia artificial. En J.C. Henao & D. Castaño (Eds.), *Disrupción y Tecnología: Transformación digital y sociedad* (Tomo III). Universidad Externado de Colombia; Aguilera; P. F. (2021). El arbitraje y la tecnología: una reflexión a partir del arbitraje legal nacional. En J.C. Henao & D. Castaño (Eds.), *Disrupción y Tecnología: Transformación digital y sociedad* (Tomo III). Universidad Externado de Colombia y Ramírez; D. (Coord.). (2020). *Justicia Digital, Un análisis internacional en época de crisis*. Editorial Justicia y Proceso.
- (2) Aunque sería interesante presentar algunas consideraciones sobre la aplicación de la inteligencia artificial, prescindo de ella, pues intento hacer unas reflexiones que tengan que ver con realidades normativas. La IA, aunque se vislumbra como un tema de mucha actualidad en el futuro inmediato, en el momento en que se escriben estas líneas daría más para una discurso especulativo, ya que, masivamente, al menos en Colombia, no se ha utilizado este tipo de inteligencia para la toma de decisiones. De otra parte, el organismo que está más adelante en la regulación normativa de este tipo de inteligencia es la Unión Europea, y apenas se está preparando el documento correspondiente.
- (3) Parece que el fenómeno no fue exclusivo del caso colombiano, algo parecido se relata en el ordenamiento jurídico alemán, aunque quizá en el caso alemán no sea por falta de recursos. Según afirma Norbet Lösing, quien informa que en Alemania la posibilidad de lo que él denomina audiencias digitales no son una novedad, pues, aunque el Código Procesal Civil Alemán, en el artículo 128 de 2001 las posibilitó "esto todavía no es una práctica común" (Lösing, 2020, pp. 2-37).



las notificaciones por vía telemática, tampoco fueron habituales en el periodo aludido porque, como estaba condicionada a que las partes admitieran que su correo electrónico fuera el lugar donde recibirían notificaciones, estas no optaron por esta alternativa⁽⁴⁾. Solo las entidades públicas y las sociedades comerciales estuvieron en este periodo obligadas a tener una casilla de correo electrónico para notificaciones judiciales.

Con la intempestiva emergencia que generó la pandemia iniciada en marzo de 2020, y después de 2 meses de suspensión absoluta del servicio de administración de justicia, de manera rápida el Gobierno Colombiano expidió el Decreto 806 de 2020, con una vigencia de 2 años, en el que se dispuso que su objeto era implementar las nuevas tecnologías de la información en las actuaciones judiciales⁽⁵⁾; y esa implementación se tradujo en que a partir de ese momento, todos los escritos producidos por los despachos judiciales y por las partes se realizarían mediante mensajes de datos; y en que las audiencias se adelantarían utilizando tales nuevas tecnologías, por lo cual serían virtuales, o telefónicas, de ser necesario; es decir, frente a la emergencia, se previó incluso la posibilidad de acudir telefónicamente a las audiencias⁽⁶⁾.

De otra parte, las notificaciones, tanto las que por ley debían hacerse de manera personal, (equivalente a la notificación por cédula del Código Procesal Civil Peruano), que en nuestro caso son menos que las previstas en el artículo 157 del Código Procesal civil del Perú; como las que se hacían por otra forma de notificación que la legislación colombiana denomina “notificación por estado”, que consistían en una publicación diaria de una lista de los procesos en los que se están notificando providencias, hecha en la sede de la secretaría del juzgado; a estas dos formas de notificación se le hicieron cambios. Respecto de las primeras, las personales, se estableció que también se podría llevar a cabo mediante el envío de la providencia mediante correo electrónico. Y en relación con las notificaciones por estado se determinó que estas deberían hacerse, ya no de manera optativa, como lo determinaba el Código General del Proceso desde 2012; sino obligatoria, mediante estado virtuales con inserción de la

providencia objeto de notificación, es decir, que dichos listados ya no estarían fijados físicamente en el despacho del cada juzgado, sino que debía garantizarse el acceso telemático a los usuarios.

En esa misma legislación transitoria, se ordenó que en todas las actuaciones se debían utilizar los medios digitales, imperativo que fue morigerado en la legislación de 2022 (Ley 2213), que se expidió de manera permanente, pues en esta última se dispuso que tales medios digitales se podrían utilizar, siempre y cuando las partes dispusieran de estos de forma idónea. Por ello, en esta última legislación se prescribió que la población rural, los grupos étnicos, y la población discapacitada, podrán acudir directamente al despacho de los juzgados y allí se les debe garantizar atención presencial dentro de los horarios de atención al público.

De las múltiples circunstancias que han generado conflictos en la implementación de estas tecnologías, este documento se ocupará de 3 de ellas. i) Las dificultades que se han presentado sobre actos procesales que las partes deben realizar de manera preclusiva, esto es, dentro de un preciso término, so pena de que, si se hace fuera de este, el acto procesal sea considerado inexistente; ii) Las vicisitudes que han ocurrido con los denominados traslados automáticos, es decir, la forma como se cuenta el tiempo que tiene una de las partes para pronunciarse sobre actos procesales realizados por la otra parte, o emitidos por otros sujetos procesales; y iii) los problemas de que da cuenta la jurisprudencia sobre las audiencias virtuales o digitales.

- (4) Al parecer un recorrido distinto tuvo el fenómeno el Perú, pues después de que, en 2001, se había dicho que todas las notificaciones se realizaban por cédula; en 2014, se dijo que todas debían realizarse por vía electrónica implementadas conforme a lo establecido en la Ley 30229 de 2014 el texto único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Otro tanto ocurre en Uruguay, según informa
- (5) Ramos (2022), de manera gráfica denomina la pandemia como el acelerador de la transformación digital del proceso judicial. Para más información sobre el artículo, véase, <https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2021/10/8.-SJ24.-Ramos-Serrano.pdf>.
- (6) Para consultar la normatividad producida por el Consejo Superior de la Judicatura en desarrollo de lo establecido por esta legislación, véase, Bustamante, M. & Marin, J. (2020). Justicia Digital y Proceso Electrónico en Colombia. En D. Ramírez (Coord.), Justicia Digital, Un análisis internacional en época de crisis (pp. 419-459). Editorial Justicia y Proceso. https://dc0e8a03-433d-45cf-851070d902d7b410.filesusr.com/ugd/0e0037_ae7d7addb1c34f598cef65b91b4975dc.pdf?index=true.



2. Dificultades de los actos procesales preclusivos de parte mediante las nuevas tecnologías

2.1. Los riesgos de las fallas en las nuevas tecnologías, ¿quién los asume?

Con ocasión de la reglamentación expedida post pandemia, se empezaron a utilizar masivamente estas nuevas tecnologías de la información en el envío de memoriales mediante mensaje de datos. Y esta utilización masiva puso de presente algunas vicisitudes que se pueden presentar, pese a que en abstracto la utilización de estos adelantos tecnológicos solo reportaría eficiencia y dinamismo en el proceso judicial.

Con la desmaterialización de los documentos remitidos por las partes a los juzgados, se ha presentado una dificultad, y es que, en ocasiones, las tecnologías fallan, y las personas, pese a cumplir con el cometido de enviar sus actos procesales escritos, memoriales es el nombre que les da la legislación colombiana, en ocasiones se encuentran con que la casilla de correo electrónico del juzgado correspondiente no recibe, porque presenta fallas en la recepción de tales mensajes de datos. Frente a estos problemas la jurisprudencia ha sido oscilante.

En efecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, se ocupó de estos casos, al resolver acciones de tutela que se interponen por violación al debido proceso. En las sentencias 8584 de 2020 y la sentencia 340 de 2021 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Colombia, se sostuvo que en el proceso de envío se pueden presentar fallas técnicas, que hagan creer que el mensaje fue enviado, y sin embargo el mismo no haya sido recibido por el despacho destinatario. En estos casos, dispuso el alto tribunal, que se debe indagar si la falla técnica estaba bajo el control del ciudadano, y si no es así, se impone una mirada reflexiva del juez para evitar consecuencias adversas al remitente.

Este criterio fue reiterado en la sentencia 2257 del 2 de marzo de 2022; la Corte Suprema de Justicia de Colombia señaló que, ante la declaratoria de no contestada la demanda en tiempo, con base en una certificación de la mesa de ayuda del Consejo Superior, en la que se hizo constar que en el correo electrónico del juzgado no se había recibido memorial alguno dentro del término establecido, pese a que el ciudadano presentó una constancia de una empresa certificadora, que daba cuenta de acuse de recibo por parte de correo electrónico de ese despacho judicial. La Corte amparó el derecho fundamental al debido proceso porque consideró que el tribunal que había conocido en primera instancia del amparo había exigido una tarifa legal inexistente, al negar el amparo a la parte, son pretexto que esta no había reenviado el correo con sus anexos.

Sin embargo, en abierta contradicción con las decisiones que se acaban de comentar, en decisión del 29 de septiembre de 2022 de la sentencia STC 12927, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que cuando una de las partes envía un memorial al juzgado, para lo cual cuenta con un término preclusivo, no basta acreditar el envío, sino que debe acreditarse el acuse de recibo.

La providencia aludida se ocupó de resolver una acción de tutela (recurso de amparo colombiano), contra un auto proferido por la Superintendencia de Industria y Comercio en desarrollo de funciones jurisdiccionales, en el que se había declarado desierto el recurso de apelación, pese a que el recurrente acreditó que había enviado la sustentación de la alzada un día antes del vencimiento del término correspondiente. Sin embargo, el tribunal argumentó que existía prueba de que ese mensaje de datos solo había llegado al juzgado 8 días después, cuando ya había vencido el término para sustentar, y que obraba la prueba del acuse de recibo que el mismo servidor de la entidad pública en funciones jurisdiccionales, le había expedido sobre la fecha de llegada del mensaje de datos a su casilla de correo electrónico.

Aunque la sentencia de tutela de primera instancia amparó el derecho, bajo los argumentos de que se había probado el envío en tiempo, y que no era procedente declarar desierto el recurso, pues el mismo había sido sustentado en primera instancia. Con este fallo el tribunal que conoció del amparo en primera instancia, seguía el lineamiento dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias previamente comentadas.

No obstante, en esta última sentencia de septiembre de 2022, la misma Corte indica que, el acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura, un acto administrativo que se ocupó de regular los actos de comunicación de los juzgados hacia los usuarios, en el que se dispuso que estos se entenderían recibidos cuando el servidor del emisor, esto es, del juzgado, expidiera el acuse de recibo. Así, la Corte aplica analógicamente esta normatividad, prevista para la comunicación de actos emitidos por los jueces a los



usuarios, respecto de los actos procesales escritos que estos, los usuarios, envían mediante mensajes de datos al juzgado.

La pregunta válida para hacerse es: ¿Si la rama judicial cuenta con un servidor que a ella misma le expide el acuse de recibo de los actos de comunicación que ella envía, por qué ese mismo servidor, cuando opera como destinatario de los actos procesales ejecutados por las partes, no expide dicho acuse de recibo para el emisor, esto es, para el usuario del servicio de administración de justicia? De esta manera, este puede tener certeza de su recibo por parte del destinatario.

Eso de una parte, de la otra, surge el interrogante: ¿quién debe correr con los riesgos de que el portal de correo de un juzgado no le reciba oportunamente el acto procesal que mediante mensaje de datos ha enviado una de las partes? La respuesta parecería obvia, si es la rama judicial la que tiene dificultades técnicas, y a un memorial que el litigante envía por correo electrónico oportunamente, la casilla de correo electrónico del juzgado apenas le da acceso días después, y el acto procesal está sujeto a un término preclusivo, ese riesgo no debería correrlo el usuario; o mejor, las consecuencias de la no recepción oportuna no se le deben trasladar al usuario de la administración de justicia.

Mutatis mutandis, es como si en el pasado se le hubiera negado a una parte el recurso de casación so pretexto que el día que se vencía el término el despacho no tuvo atención al público, en esa hipótesis es claro que el término se suspendía y vencía el primer día que se reanudara el servicio.

Lo que ocurrió en el caso que dio lugar al fallo de tutela comentado, es del mismo tenor. Cuando la plataforma de un correo electrónico no recibe mensajes, la situación se asemeja a la del despacho que no atiende público, por lo cual se deben entender suspendidos los términos. Cuando el correo llegue, si la parte demuestra que el envío fue oportuno, tal como lo determinó el tribunal que en primera instancia que amparó el derecho fundamental en el caso que se comenta, habría dos alternativas: la primera, tenerlo por presentado en el día del envío; la segunda, asumir que los días en que no hubo recepción no corrieron términos, y como el mensaje llega el primer día que la plataforma vuelve a funcionar correctamente, si el día que se envió era el del vencimiento del término, el día en que se reanuda la recepción de mensajes constituiría el último del término concedido por la ley.

Pese a lo anterior, más recientemente la misma Corte Suprema, mediante sentencia 3406-2023, parece haber retomado su primera posición, en un caso en que la Superintendencia de sociedades, entidad que, en cumplimiento de funciones jurisdiccionales, había desestimado una objeción realizada a una graduación de créditos, so pretexto que no había registro en su casilla de correo electrónico de que el memorial contentivo de la objeción hubiese sido recibido de manera oportuna. En este evento la Corte determinó que como

le usuario solo tiene bajo su control el envío del mensaje de texto correspondiente, pero que no lo tiene sobre su recepción, por ello se precisó que la no presencia del memorial enviado en la casilla de correo electrónico del juzgado, en este caso de la entidad administrativa con funciones jurisdiccionales, no puede ser el único criterio para determinar si el memorial fue o no expedido en tiempo, sino que debe considerar la prueba del envío y constatar las dificultades técnicas que se hayan podido presentar para su recepción, de suerte que, de acuerdo con las particularidades de cada caso, la prueba del envío en día y hora hábil sería suficiente para tenerlo por presentado oportunamente.

Esta última providencia comentada, da cuenta que en el estado actual no se le puede exigir al usuario de administración de justicia la prueba de la recepción. Tal vez sea hora que los estados adquieran software que expidan el acuse de recibo a los litigantes, de los envíos que estos hacen al juzgado; y que, ante las eventuales fallas de estos sistemas tecnológicos de información y comunicación, si las mismas resultan probadas, el riesgo de un mal funcionamiento de estas no pese sobre el justiciable, pues si así fuese no se estaría garantizando una tutela judicial efectiva.

2.2. Horario de recepción de memoriales enviados mediante mensaje de datos

Este es un aspecto del proceso que, con ocasión de legislación expedida en el país ha tenido recientes regulaciones. Antes de que la parálisis del servicio justicia se presentara como consecuencia de la pandemia, el artículo 109.3 del Código General del Proceso establecía que los memoriales enviados por correo electrónico se entenderían oportunamente presentados si eran recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término. Circunstancia que no dio lugar a debates, pues, mientras la remisión de mensaje de datos fue apenas facultativa su utilización fue escasa.

No obstante, con la expedición del Decreto 806 de 2020, esta forma de enviar memoriales devino, durante un tiempo la única forma de aportarlos, e incluso luego de la crisis sanitaria, constituye la forma mayoritaria de remitir memoriales a los juzgados y tribunales



del país. Debido a la aplicación masiva de esta forma de enviar memoriales, comenzaron a presentarse dificultades, por cuanto en ocasiones, frente a un término que se vencía a la hora del cierre del juzgado, a las 4 de la tarde de un día, el acto procesal se enviaba vía correo electrónica, faltando escasos minutos para que llegara esa hora, pero su arribo a la casilla electrónica de juzgado destinatario, ocurría minutos después de las 4 pm.

Frente a una situación como la descrita, la Corte Suprema de Justicia en decisión de 14 de octubre de 2021, que resolvió una acción de tutela (recurso de amparo) determinó que había exceso ritual manifiesto al rechazar un recurso de apelación que llegó a las 4 y un minuto, esto es un minuto después del cierre del despacho (STC 13728). Pese a que se advierte en la decisión de este alto tribunal, la intención de privilegiar el derecho sustancial sobre las normas de rito, surge la pregunta: ¿Cuántos minutos justificarían determinar un exceso ritual manifiesto y a partir de cuántos minutos sería tolerable que los jueces hicieran cumplir la normas procesales?

Pero el asunto se torna más complejo si se tiene en cuenta que en el Acuerdo 2306 de 2004, el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, dispuso en algunos despachos dos tipos de horarios: horario laboral y horario de atención al público. En esas condiciones se presentó un recurso el día que se vencía el término para interponerlo, fuera del horario de atención al público, pero dentro del horario laboral, frente a lo cual el Juzgado respectivo lo declaró desierto por extemporáneo, decisión frente a la cual se interpuso un amparo, que fue resuelto también por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. En esta oportunidad el alto Tribunal, en el expediente 522/2021, protegió el derecho fundamental al debido proceso, para lo cual estudió los acuerdos elaborados por el Consejo Superior de la Judicatura, sobre la entrega de memoriales, y allí advirtió que el límite es el horario laboral⁽⁷⁾.

Sin embargo, el reglamento del Centro de Arbitraje de la cámara de comercio de Bogotá establece en su artículo 2.13, sobre el uso de las tecnologías dos aspectos: a) que las comunicaciones o actuaciones se podrán realizar durante las 24 horas del día, y b) que las comunicaciones recibidas antes de la media noche se entenderán surtidas, regla que también opera en otros centros arbitrales del país⁽⁸⁾.

La existencia de estas nuevas tecnologías y su aplicación al proceso judicial, quizás hacen oportuno que los países se indaguen sobre la conveniencia de modificar las reglas de

recibir memoriales, en el sentido en que lo hacen, por ejemplo, el centro de arbitraje de Bogotá.

En efecto, en Colombia la primera vez que se reglamentaron los plazos y términos, se hizo mediante el código civil de 1887, en cuyo título preliminar, artículo 67, se dispuso que todos los plazos legales terminan a la media noche del plazo; posteriormente, al crearse las leyes procesales, se determinó que debían entregarse durante el horario laboral del correspondiente despacho, regla que se mantuvo incluso para los memoriales enviados mediante mensaje de datos. Art. 109 del Código General del Proceso.

Lo que justifica que no se haya dado el plazo hasta la hora 24 del respectivo día en que vence un término procesal, es el costo que implicaba tener abiertos los despachos judiciales las 24 horas; pero hoy, que la forma habitual de la radicación de memoriales son el mensaje de datos, parece más eficiente ampliar nuevamente esos términos hasta la media noche del correspondiente día, pues al Estado no le implica ninguna erogación dejar la casilla electrónica de los juzgados abierta para la recepción de tales memoriales, durante los días hábiles; y con la ampliación del plazo, sin duda, se garantiza un acceso más efectivo a la administración de justicia.

Algún sector de la doctrina advierte que se debe ser cauto con la aplicación de estas tecnologías, en la medida en que no toda la población tiene acceso a las mismas, y mientras ello sea así, se podrían vulnerar garantías procesales fundamentales de individuos que no tienen un acceso a internet, o simplemente que no manejan las nuevas tecnologías (Rojas, 2022). Esta consideración resulta atendible para los procesos en que la legislación permite litigar en causa propia sin el apoderamiento de un abogado, que son excepcionales. Pero en todos los eventos

(7) Para mayor información, véase, PCSJA20-11632 (2020, 30 septiembre) Consejo Superior de la Judicatura; PCSJA20-2011671 (2020, 6 noviembre de 2020) Consejo Superior de la Judicatura; PCSJA20-11680 (2020, 27 de noviembre); PCSJA21-11840 (2021, 24 de enero de 2021) Consejo Superior de la Judicatura.

(8) Así lo informa Ruiz, P. (2021). El arbitraje y la tecnología: una reflexión a partir del arbitraje legal nacional en Disrupción y Tecnología Transformación digital y sociedad. En J.C. Henao & D. Castaño (Eds.), Derecho, innovación y tecnología: fundamentos para una lex informática. Disrupción tecnológica, transformación y sociedad (Tomo III, pp. 965-996). Universidad Externado de Colombia. <https://www-bibliotecaebook-com.basesbiblioteca.uexternado.edu.co/reader/350900>



en que los intereses de la parte estén representados por un apoderado judicial a este profesional le es perfectamente exigible que cuente con los medios técnicos necesarios para ejercer su profesión y con el conocimiento de estos para utilizarlos de manera idónea. Sin embargo, podría mantenerse la excepción, incluso para los abogados, en territorios alejados de los grandes centros urbanos.

3. Los traslados electrónicos y el traslado automático

La implementación apresurada de las nuevas tecnologías en el proceso, que con ocasión de la pandemia tuvo que hacer el Estado Colombiano para evitar la parálisis de la Administración de Justicia, primero mediante el Decreto 806 de 2020 y luego con la Ley 2213 de 2022, ha generado diversas dificultades.

Uno de los problemas que se presenta es el de los traslados de actos procesales ejecutados por alguna de las partes, a la otra parte. Estos traslados por mandato del parágrafo del artículo 9 de la ley 2213 de 2022, ya no deben realizarse por secretaría, si la parte que ejecutó el acto remitió copia del mensaje de datos a la contraparte, como es su obligación, según lo establecido por la misma Ley. Esta disposición legal ha llevado algunos a pensar que se trata de una nueva modalidad de traslado, que podría llamarse traslado por envío, o traslado automático⁽⁹⁾. En este evento, dice el citado parágrafo que no será necesario el traslado por secretaría; en su lugar, prescribe la norma, que este se entenderá realizado dos días después del envío respectivo, pero advierte enseguida la disposición, que el término correspondiente solo empezará a correr cuando se expida acuse de recibo o se pueda constatar por otro medio el acceso del destinatario al mensaje.

El contenido de esa norma genera la necesidad de precisar tres cuestiones: ¿qué se entiende por acuse de recibo? ¿cuáles pueden ser esos otros medios para acreditar el acceso del destinatario al mensaje? y, ¿en qué momento se debe acreditar el acuse de recibo o esos otros medios de prueba? A propósito del primer aspecto, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia STC 16733, precisó que el acuse de recibo no implica acuse de lectura del mensaje de texto, pues de ello ser así, la realización de las notificaciones de los traslados quedaría dependiendo de la voluntad del destinatario; por ello indica el alto tribunal que el acuse de recibo, como su nombre lo indica, se trata de una constancia de que fue recibido por el receptor de correo del destinatario. Lo que ocurre es que, ha dicho la misma jurisprudencia, los servidores de correo comerciales que utilizan los ciudadanos no ofrecen herramientas que puedan garantizar de manera eficiente que el destinatario recibió un mensaje de texto en su bandeja de entrada.

En cuanto al segundo aspecto, esto es, cuando no hay acuse de recibo, como es lo más habitual, cuáles son esos otros medios que permiten tener por acreditado que el destinatario tuvo acceso al mensaje de datos, la misma jurisprudencia determinó que no hay una tarifa legal sino libertad probatoria, por lo tanto, son diversos y variados los medios, desde la captura de pantalla del mensaje de datos, hasta la confirmación visual que ofrecen plataformas como WhatsApp⁽¹⁰⁾.

- (9) Es tal vez oportuno advertir al lector peruano, que en el caso colombiano algunos traslados no requieren auto ni resolución que los ordene, ocurre así por ejemplo con el recurso de reposición. Interpuesto este recurso, mediante un trámite secretarial, consistente en la fijación de una lista en una cartelera en la sede del juzgado, se le ponía de presente la otra parte el contenido de este, y a partir del día siguiente a la fijación, empezaba a correr el término de traslado. Con el advenimiento de las nuevas tecnologías, el Decreto 806 determinó que no sería necesario el traslado, sino que este se contaría a partir del día siguiente del envío del recurso, que como todo acto procesal se debe remitir al juzgado, que es el principal destinatario, pero también simultáneamente y por el mismo medio a la contraparte. Pues bien, con esta práctica se eliminó el listado en la secretaría del juzgado, incluso de su publicación electrónica, pues la ley dispuso que el traslado debería contarse, dos días después del del envío que por correo electrónico hacía el recurrente a la otra parte; sin embargo en la legislación de 2022 se dispuso que el término de traslado propiamente dicho solo empezaría a correr dos días después del envío; o cuando se tuviese acuse de recibo, o la certeza por cualquier otro medio de que el interesado había tenido conocimiento.
- (10) Sobre el particular la Corte Suprema, en la Sentencia STC 16733 del 14 de diciembre de 2022, ha mencionado: "Ahora, sobre la forma de acreditar el acuse de recibo -que no es otra cosa que la constatación de que la misiva llegó a su destino- amerita reiterar que el legislador no impuso tarifa demostrativa alguna, de suerte que, como se dijo, existe libertad probatoria, bien sea en el trámite de nulidad o por fuera de él. En ese sentido, tal circunstancia puede verificarse -entre otros medios de prueba- a través:
- Del acuse de recibo voluntario y expreso del demandado,
 - Del acuse de recibo que puede generar automáticamente el canal digital escogido mediante sus "sistemas de confirmación del recibo", como puede ocurrir con las herramientas de configuración ofrecidas por algunos correos electrónicos, o con la opción de "exportar chat" que ofrece WhatsApp, o inclusive, con la respectiva captura de pantalla que reproduzca los dos "tik" relativos al envío y recepción del mensaje,



A propósito del momento en el que se debe acreditar el acuse de recibo o entregar esos otros medios de prueba que den cuenta del acceso del destinatario al mensaje, aunque de la literalidad de la norma parecería desprenderse que mientras la prueba de estos no aparezca en el expediente el término de traslado no debería empezar a correr; pese a ello, la Corte Suprema también dio claridad y afirmó que el escenario donde tal prueba se debe acreditar es dentro del trámite de nulidad que proponga el afectado con la irregularidad del traslado por no haber tenido acceso al mensaje de datos, circunstancia prevista expresamente como causal de nulidad por la misma ley 2213 de 2022. Así las cosas, ante la confusa redacción de la norma, la Corte dispuso que el conteo del término de traslado empieza también vencidos los dos días del envío, y solo si la parte a la que se le corría traslado, solicita oportunamente la nulidad porque no pudo tener acceso al mensaje de datos, allí operará toda la actividad probatoria, tanto del sujeto que envió el mensaje de datos, que propenderá por demostrar que el destinatario si tuvo acceso a este; como de quien dice no haberlo recibido, que buscara evidenciar que tal acceso no fue posible.

Para mayor claridad venga un ejemplo. Piénsese que la parte demandada en un proceso interpone recurso de reposición contra un auto, y para el efecto envía el contenido de su recurso mediante un mensaje de datos, remitido simultáneamente a la dirección de correo electrónico del juzgado y al correo electrónico indicado por la parte demandante en la demanda para recibir comunicaciones⁽¹¹⁾. Frente este evento asumamos dos hipótesis, la primera y más habitual, que quien interpone el recurso (iniciador o emisor del mensaje) no tiene contratado el servicio de acuse de recibo que le certifique que el mensaje ya está en la casilla del correo de los destinatarios.

En este evento opera la presunción establecida por la norma, en el sentido que, el traslado se entenderá surtido dos días después del envío, pero en términos de la ley 2213, el traslado solo empezaría a correr, a partir del momento en que por cualquier medio se pueda conocer el acceso del destinatario. Sin embargo, como acabamos de decir, la Corte estableció que el término se cuenta a partir del vencimiento de los dos días del envío; y solo si el destinatario del mensaje de datos que contiene el acto procesal objeto de traslado alega que no lo ha recibido, dentro del trámite de nulidad previsto para

el efecto, la parte interesada podría entregar el acuse de recibo, o con libertad de medios probatorios, acreditar que el destinatario tuvo acceso al mensaje, interpretación que en últimas implica que la Corte dejó sin efecto esa parte de la disposición que establece que el conteo del término solo comienza con el acuse o con otro medio que acredite acceso; pues no habrá que esperar a que llegué prueba de ese otro medio que acredite la recepción, sino que el conteo del término comenzará indefectiblemente al vencimiento de los dos días de envío.

La segunda hipótesis, la menos habitual, es que quien interpuso el recurso, tenga el servicio de acuse de recibo. Y en este evento la norma también ha resultado problemática, porque este acuse de recibo, cuando el emisor tiene contratado ese servicio, es expedido casi que de manera simultáneamente con el envío, y entonces ha surgido la duda, de si para que empiece a correr el traslado es necesario dejar vencer los dos días a partir del envío.

Parecería que quienes diseñaron la norma pensaban que el acuse de recibo sería expedido, indefectiblemente, en una fecha posterior a los dos días del envío; pero en los pocos casos en que los particulares tienen contratado este servicio, el acuse de recibo se expide casi de manera simultánea. La legislación desconoce la forma como funciona la expedición de tal documento que, como se sabe, si no existe rechazo por parte de la plataforma de correo del destinatario, es emitido por el correo del iniciador o remitente, minutos después de su remisión. Eso hace que, en estos casos envío y acuse de recibo coincidan en la fecha.

Cuando la fecha del envío y el acuse de recibo coinciden, el parámetro que trae la ley para empezar a contabilizar el término

c) De la certificación emitida por empresas de servicio postal autorizadas y,

d) De los documentos aportados por el demandante con el fin de acreditar el cumplimiento de las exigencias relativas a la idoneidad del canal digital elegido.

(11) A la luz del artículo 363 del Código Procesal Civil del Perú, el problema no se presenta, porque según esta norma, cuando se interpone el recurso de reposición, es el juez quien tiene la discrecionalidad si lo decide de plano, o si corre traslado del recurso, y en este último evento lo hará mediante auto; en Colombia, en cambio, ineludiblemente se debe correr traslado de todo recurso de reposición interpuesto, y antes de la implementación de las nuevas tecnologías ese traslado se hacía por secretaría. Pero la nueva legislación estableció que como de todo memorial entregado, entre ellos los recursos, se debe enviar mensaje de datos a la contraparte, el traslado secretarial no era necesario.



de traslado (acuse de recibo) ocurre antes de que el traslado mismo se entienda realizado. Y esta circunstancia ha generado la siguiente duda: ¿en eventos como el descrito, el término de traslado empieza a contarse al día siguiente de esa fecha, que es de envío y de acuse de recibo a la vez? so pretexto de que ya se tiene certeza de haber sido recibido. O, por el contrario, ¿deberá esperarse a que transcurran los dos días siguientes al envío, previstos por la norma citada?

Para resolver la cuestión surgen dos posibilidades. Analizarla desde el punto de vista pragmático, y desde esa perspectiva se podría decir que, si el legislador condicionó el comienzo de la contabilización del término de traslado al acuse de recibo, es este documento el que determina el momento a partir del cual empieza a contarse, o a correr el término de traslado, de tal manera que si este acuse de recibo coincide con el envío no sería necesario esperar el transcurso de los dos días después del envío previstos en la norma.

Sin embargo, una interpretación desde la perspectiva de la institución del traslado, y desde la óptica de la estructura lógica de la norma, así como de la garantía a la parte que se beneficia con el traslado llevaría a otra conclusión. En efecto, se debe recordar que, desde antaño, el traslado es un acto procesal complejo, aún en el evento de traslado por secretaría, como el que estamos comentando, o incluso si se entendiera que esta es una nueva modalidad de traslado por envío, también en esa hipótesis la institución conserva la misma estructura compleja. Ello porque requiere que primero se entienda surtido o realizado el traslado, y solo a partir de este primer momento el término subsiguiente puede empezar a correr.

El legislador al estructurar el parágrafo del artículo 9, determinó claramente ese primer momento, al disponer que el traslado se entendería realizado dos días después del envío. Por lo tanto, atenta contra la lógica formal, entender que un término de traslado pueda empezar a correr, si el traslado mismo no se ha surtido o realizado, así ya haya acuse de recibo.

De otra parte, no debe olvidarse que la inclusión del parágrafo del artículo 9 de la ley 2213 de 2022, obedeció a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-420, que moduló los efectos del artículo 9 del Decreto 806 de 2020, en el que se había dispuesto que los traslados se surtirían dos días después del envío, término que el Gobierno justificó como una garantía para que el sujeto beneficiario del traslado pudiese consultar la bandeja de entrada de su correo.

Frente esta disposición el tribunal constitucional avaló ese término de los dos días; pero, modulando los efectos de la norma, cambió el momento a partir de cual se debían contar esos dos días, al determinar que estos no empezarían a contabilizarse desde el envío como originalmente lo previó el Gobierno en el aludido Decreto, sino desde el acuse de recibo, o desde el momento en que se tuviera constancia que el destinatario tuvo acceso al mensaje de datos.

Se deriva de lo anterior, que quizá los más técnico que ha debido hacer el legislador que aprobó la ley 2213 de 2022, es seguir esa línea interpretativa, y disponer que los traslados se surtirían dos días después del acuse de recibo; pero prefirió seguir contando los dos días después del envío como parámetro para tener por surtido el traslado. No obstante, quien diseñó la aludida ley, creyó que atendería lo dispuesto por la Corte Constitucional, estableciendo que el término de traslado no correría sino hasta tener la constancia de acuse de recibo o prueba del acceso del destinatario. Disposición que no traería ningún inconveniente si el acuse de recibo siempre fuese posterior a los dos días del envío, pero, hemos visto, ese acuse de recibo en algunos casos es coetáneo al envío.

Ante esta realidad, se debe hacer prevalecer la garantía de los dos días, que estableció el Gobierno desde 2020, que la Corte avaló en el mismo año, y que el legislador volvió a instaurar en 2022. En consecuencia, aún en el evento en que se tenga acuse de recibo simultáneo con el envío, el término que se deriva de dicho traslado deberá empezar a correr vencidos los dos días que la norma prevé para que tal traslado se entienda surtido. Primero porque desde la lógica formal no puede correr un término de traslado, sin que el traslado se haya realizado; segundo, porque la Corte Constitucional consideró ajustado al derecho de defensa esos dos días que el legislador desde 2020 dio para que la persona destinataria del acto procesal consulte la bandeja de entrada de su correo.

Y el asunto no es exclusivo de los actos de parte, de los cuales se debe correr traslado; también tiene trascendencia, respecto de traslados que se empiezan a correr a partir de la notificación de un auto. En efecto, en reciente decisión del Tribunal Superior de Bogotá, al resolver el recurso de apelación contra un auto que había rechazado la contestación de la demanda, por cuanto el demandado al hacer la contabilización del término que tenía para contestarla, aplicando la presunción establecida en la norma que se comenta, contó con los dos días dispuestos en la misma, es decir, empezó a contar el término que tenía para descorrer el traslado



de la demanda a partir de vencidos los dos días del envío que le hizo el juzgado.

En este caso el emisor, que no era una de las partes como en el ejemplo anterior, sino el juzgado, que sí cuenta con el servicio de que su servidor de correo le confirme la llegada del mensaje a la bandeja de entrada del destinatario casi de manera simultánea con el envío, contó el término desde el acuse de recibo del correo mediante el cual se le remitía el auto admisorio de la demanda al demandado, es decir, desde la fecha de envío. El juzgado rechazó la contestación por extemporánea, providencia que fue apelada. Frente a esta situación, el Tribunal que conoció de la apelación, dijo que ciertamente la ley no había sido clara en la redacción del artículo, luego de lo cual determinó:

La norma actual exige, entonces, tener claro que la primera parte es una presunción de enteramiento que tiene como presupuesto el "envío del mensaje", mientras que la segunda es una regla de cómputo de términos cuyo detonante es el acuse de recibo o, en general, el acceso del destinatario a la providencia remitida. Por tanto, cuando el iniciador acusa recibo del mensaje es innecesario acudir a la presunción porque, es medular, el receptor ya fue notificado. Y no es posible sostener que, en esta última hipótesis, el término para contestar la demanda sólo puede computarse tras el vencimiento del plazo de dos días al que se refiere la presunción, porque tal suerte de entendimiento entremezcla -indebidamente- dos reglas completamente diferenciadas, amén de contradecir el mandato del legislador conforme al cual el plazo para ejercer el derecho desputa cuando hay -de alguna manera acuse de recibo (Tribunal Superior de Colombia, Sala de Decisión Civil, Auto del 6 de diciembre de 2023).

Esta interpretación hecha por el tribunal contiene un sofisma, y es que olvida que esa norma determina también cuándo se entiende surtido el traslado, no solo la presunción de la fecha de enteramiento. Además, desde la perspectiva del acceso efectivo a la administración de justicia, ante la reconocida falta de claridad del legislador al redactar la norma, la interpretación que se hace en la decisión parcialmente transcrita traslada las consecuencias negativas de tal falta de claridad al usuario de la administración de justicia, lo que, de suyo, hace que, desde la perspectiva de esta garantía procesal fundamental, no sea una interpretación tributaria de la misma.

Como corolario de todo lo anterior, se debería entender que, aunque lo más acorde con lo decidido por la Corte Constitucional habría sido que se dijera que el traslado se entendiera realizado dos días después del acuse de recibo y no del simple envío; ya que así no lo hizo el legislador, una interpretación que en aplicación de un pragmatismo extremo entendiera que cuando coinciden envío y acuse no es necesario esperar los dos días, atenta contra la lógica formal de la

disposición que claramente determina en qué momento se entiende surtido el traslado, esto es, dos días después del envío; y lo que más importa, violaría la garantía de los dos días que fue establecida por el legislador y que, además, fue avalada por la Corte Constitucional.

El único evento en que el término empezaría a contarse a partir del día siguiente al acuse de recibo, es en el caso en que este sea posterior a los dos días que se establecieron para tener por realizado el traslado, pues allí sí tiene lógica que al día siguiente del acuse empiece a contarse, comoquiera que los dos días previstos por la ley para que entienda surtido el traslado ya habrían vencido.

Todo lo anterior muestra que la adaptación de estas nuevas tecnologías, cuya utilización en teoría resulta inobjetable y solo hacen prever mejoramiento en la eficiencia del proceso judicial; pese a ello, su adaptación a la práctica tradicional de ciertos trámites evidencia dificultades, pues, en su dinamismo podría resultar afectado el derecho de defensa y con este el debido proceso.

4. Las audiencias virtuales

Las audiencias virtuales han generado riesgos, algunas patologías y, además, su implementación sugiere que quizá deban repensarse algunas normas que regulan la prueba del interrogatorio tanto de partes como de terceros. En un comienzo se indagó si en audiencias virtuales de recepción de testimonios la regla de la inmediatez tenía cabal cumplimiento, frente a lo cual la doctrina colombiana concluyó que sí, pues tanto en la audiencia presencial como en la virtual o digital el centro de atención del juez es el mismo: la declaración del testigo⁽¹²⁾.

Sin embargo, superada esta primera duda, subsisten algunos riesgos, entre ellos, que no toda la población dispone de los medios tecnológicos que les permiten concurrir de manera idónea a las audiencias virtuales o

(12) Para mayor información sobre la prueba de testimonio en los entornos de la justicia digital, véase "Justicia Digital: Una mirada internacional en época de crisis", de Diana Ramírez (2020).



digitales, con lo cual no se estaría garantizando un efectivo acceso a la justicia. De otra parte, entre las patologías que comienza a vislumbrarse, es que si el juez no tiene la dirección de tales audiencias con rigor, propician una informalidad nociva para el proceso, o si el juez mismo no permite o no exige que las cámaras deban estar abiertas para garantizar el contacto visual entre todos los sujetos procesales podría derivarse hacia una justicia sin rostro que atenta contra la dignidad de los justiciables; las normas que controlan las formalidades del testimonio algunas de ellas quizá no puedan tener aplicación plena en desarrollo de las audiencias digitales o virtuales. Veamos cada uno de estos aspectos.

4.1. El riesgo de la no disponibilidad de los medios tecnológicos

Desde el año 2020 no se han generado mayores traumatismos en la mayoría de los casos, pues un buen porcentaje de la población cuenta con una casilla de correo electrónico, un computador y sabe el manejo de estos y de las plataformas que permiten conectarse a las audiencias virtuales, y por supuesto que los abogados también⁽¹³⁾. Sin embargo, se observa que hay un sector de la población que aún no tiene cuenta de correos electrónicos, no dispone de un computador, o teniéndolo, no sabe gestionarlo adecuadamente, circunstancias que dificultan o impiden el ingreso a las audiencias. De suerte que la carencia de tales instrumentos podría vulnerar el derecho al debido proceso de estas personas.

Aunque desde el 2011 la ONU⁽¹⁴⁾ estableció el acceso al internet como un derecho humano, este acceso es, al mismo tiempo, un derecho de progresivo cumplimiento, por lo cual, el simple establecimiento de tal derecho en normas de carácter internacional, no garantizan de suyo su cabal cumplimiento respecto de la totalidad de la población en todos los países, pues la cobertura depende del desarrollo económico y tecnológico de cada uno de estos⁽¹⁵⁾.

La ley colombiana no utiliza la expresión audiencias virtuales o audiencias digitales, simplemente se refiere a que para las audiencias que se adelantan con la utilización de medios digitales, siempre que las partes y el juzgado dispongan de los mismos de manera idónea. En el Decreto 806 de 2020, se había establecido de manera imperativa que las autoridades judiciales y las partes dentro de los procesos, debían utilizar las tecnologías de la información y la comunicación en la gestión de los procesos, lo cual se justificaba dentro de la emergencia del aislamiento social; pero una vez superada la misma, la nueva legislación, la permanente, esto es, el Decreto 2213 de 2022, cambió el imperativo “deberán” por la expresión “podrán”, que denota facultad y no obligación, ello pensando en la población que no tiene acceso a tales tecnologías⁽¹⁶⁾.

4.2. El riesgo de la informalidad o de la falta de contacto visual entre sujetos procesales (Justicia sin rostro)

En desarrollo de las audiencias virtuales, se han presentado otras dificultades, por ejemplo, realizada la audiencia mediante medios digitales, pero en la cual se advierte algún tipo de irregularidad, se ha anulado la audiencia porque las irregularidades afectaban el debido proceso. Ocurrió así en una audiencia dentro de un proceso penal, en la que el abogado defensor atendió la diligencia, mientras se transportaba en su vehículo; además, en la misma audiencia

(13) El Consejo Superior de la judicatura, reveló en su “Boletín Estadístico”, que entre 16 de marzo y 31 de diciembre de 2020, se realizaron en todo el territorio colombiano 856 mil 756 audiencias virtuales, disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1513685/14670509/Boletin+2020.pdf/8b74c8c5-ac0a-4500-88f5-152eb65b7497>; y el 8 de marzo de 2024.

Asimismo, el diario “El Tiempo”, informó que durante el año 2023 se realizaron 862.378 audiencias virtuales, lo que indica que diariamente se celebran un promedio de 2300 audiencias en formato digital, disponible en: <https://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/en-colombia-se-celebran-en-promedio-2-300-audiencias-virtuales-al-dia-3322931>

(14) El informe del relator constituía una declaración de la ONU, en cuanto a que el acceso a la red constituía un derecho humano, sobre el particular, véase “El acceso a internet como derecho fundamental: perspectivas internacionales” de Ángel Carmelo Prince Torres (2011).

(15) Para más información sobre este tópico, véase “El acceso a internet como derecho humano” de Camilo Díaz Sanabria (2021) y “Derecho y tecnología: Reflexiones y Desafíos” de Ulises Canosa Suárez.

(16) Sobre el particular se ha dicho: “La experiencia social y la racionalidad ponen en evidencia que la persona que ha empujado avanzadas tecnologías de la información y cuenta con los recursos para seguir haciendo uso de ellas, no suele renunciar a la comodidad y a las ventajas que ofrecen, para retornar al uso de herramientas obsoletas. Quien se abstiene de utilizar herramientas tecnológicas es el individuo que jamás las ha empleado o que carece de los recursos o de la destreza necesario para utilizarlas” (Rojas, 2022, p. 61). Parece ser una consideración constante en algunos países de América Latina, pues desde la perspectiva Peruana, se sostiene: “voceros oficiales del poder judicial describen en conferencias las innovaciones tecnológicas introducidas, olvidando mencionar que aquellas no son extendidas, ni son de acceso para toda la población. La población históricamente postergada, sigue siéndolo con estas políticas” (Priori, 2021, p. 681).



el juez que la dirigía la adelantó sin tener la cámara abierta, de suerte que no permitía a las partes y a los demás sujetos procesales tener contacto visual con quien los estaba juzgando.

Frente a una irregularidad como la reseñada, el juez que conoció de la apelación de fallo que se profirió en la sentencia aludida, declaró la nulidad de todo lo actuado dentro de la audiencia, para lo cual consideró.

Una profesional (...) que asiste a las audiencias sin ninguna responsabilidad profesional, hasta el punto de que lo hace desde su vehículo, por medio de un teléfono celular y sin la batería suficiente; una abogada que actúa de esta forma, afirma la sala, es la negación del derecho a la defensa técnica como contenido esencial del derecho fundamental a la defensa.

Y sobre el desarrollo de las audiencias sin cámara abierta, determinó:

La afectación del derecho a un juicio justo inherente a esta mala práctica es evidente: el acusado tiene el derecho a que el juez comparezca al juicio, a que ejerza su rol de director del proceso, así sea por medios virtuales; a que, a más de estar presente, aunque sea de esta forma, esté concentrado en él, en su trámite; a que no esté abocado a otros asuntos o diligencias que convoquen su atención de manera prioritaria, hasta el punto de impedirle encender la cámara; a que, como una manifestación del principio de publicidad que rige el proceso penal en los sistemas democráticos, en lugar de mantenerse en la sombra, pueda ser visto y oído por las partes e intervinientes, por el público que concurre a la audiencia y por la sociedad en general, que es, en últimas, ante quien legitima sus actos (Tribunal Superior de Colombia, Sala de Decisión Penal, Auto de 16 de agosto de 2022).

Una situación como la descrita evidencia que los medios virtuales, que en teoría tornan más eficiente el desarrollo de los procesos y en general de la administración de justicia, porque da la oportunidad a los abogados, a las partes y también al juez, de cumplir su labor sin desplazarse físicamente a la sede del juzgado, comodidad que permite que cada uno de ellos sea más eficiente en sus quehaceres, pues cada uno de ellos deja de perder tiempo en los desplazamientos; sin embargo, las mismas comportan riesgos como los que se evidencian el caso comentado.

La existencia de estos medios digitales no puede convertirse en el acicate para propender por una informalidad en el ámbito del proceso que desnaturaliza la solemnidad que debe revestir

siempre la función de administrar justicia. Algún sector de los abogados o las mismas partes, han malentendido que la posibilidad de atender diligencias virtuales o digitales, los habilita para adelantar esta actividad, que es formal y reglada, sin un mínimo de requisitos que aseguren la idoneidad del mecanismo y también la majestad de la justicia⁽¹⁷⁾. Si un abogado decide atender una diligencia mientras conduce o es pasajero de un vehículo, no está demostrando respeto por la actividad que él adelanta y menos por la que adelanta el juez o sus colegas que actúan como apoderados judiciales de otros sujetos procesales.

Si bien algunos advierten que “las fronteras que separan la identidad física o material de la digital o virtual se difuminan a medida que crece la convergencia tecnológica” (Castellano, 2021, p. 72), no puede llegarse al extremo, al menos en el futuro inmediato, de que un proceso judicial pueda ser atendido con un avatar o con la fotografía de un perfil, como si la implementación de las nuevas tecnologías en los procesos judiciales hubiese convertido a la administración de justicia, en una nueva red social.

De otra parte, si el juez no permite que los sujetos procesales tengan contacto visual, con él, y entre ellos, parecería estarse implementando una justicia sin rostro, y sobre esto la providencia judicial comentada evoca al filósofo Michell Foucault, que ponía de presente los riesgos de una vigilancia invisible.

4.3. El impacto de la audiencia virtual sobre el testimonio como medio de prueba

La ley 2213 de 2022, que dispuso como legislación permanente la utilización de las nuevas tecnologías de información y comunicación advierte ese riesgo, así se

(17) Quizás por ello el Consejo Superior hubo de expedir el pasado 27 de mayo de 2024, un acuerdo en el que regula el protocolo de audiencias judiciales, en el cual se encuentran disposiciones, que ciertamente desde algún punto de vista pueden generar hilaridad; pero que dadas las circunstancias que ha mostrado la práctica judicial desde que las audiencias digitales son la regla general y no la excepción, son necesarias para que la informalidad no socave la dignidad de la justicia, pues también en las formas está la dignidad de esta noble función. Por ejemplo, en el artículo 5 del aludido acuerdo se estableció como deberes de los magistrados y demás intervinientes en audiencia, entre otros, apagar o mantener en silencio cualquier dispositivo de comunicación electrónico que se ingrese a la audiencia: mantener la cámara encendida, cuando la participación sea virtual; usar un atuendo que honre la solemnidad y respeto a la formalidad de la audiencia; mantener el espacio donde se desarrolle la audiencia libre de interferencias; y abstenerse de atender o participar simultáneamente en otras audiencias o diligencias, o realizar actividades distintas a las propias de la respectiva sesión. (Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo PCSJA24-1218527, 27 mayo de 2024).



vislumbra en el artículo 7 de esa Ley, cuando establece la posibilidad de que el juez, cuando se trate de audiencia de pruebas, siempre que las circunstancias de seguridad, inmediatez y fidelidad excepcionalmente lo requieran, de oficio o por solicitud de parte, mediante decisión motivada podrá citar a la práctica presencial de la prueba.

Puede ocurrir que, aunque las partes concurren con la forma y el decoro debido a la audiencia, y se cuente con la cámara que garantice el contacto visual entre todos los sujetos procesales, se presenten situaciones que inmediatamente alerten al juez para que aplique lo establecido por el artículo 7 de la Ley 2213 de 2022, es decir, disponer la práctica de pruebas de manera presencial. No son infrecuentes los casos, por ejemplo, en que interrogando a un testigo cada vez que se le formula una pregunta, su conexión a internet falla y solo minutos después vuelve a conectarse a la audiencia, para ofrecer su respuesta.

En circunstancias como la descrita, el juez encuentra en este artículo 7 un mecanismo idóneo para poner fin a estas irregularidades que, sin lugar a duda, pese a que teórica eficiencia de los medios electrónicos, en caso como este se torna ineficiente la utilización de las nuevas tecnologías.

Ya desde 2020, en el ámbito doctrinal colombiano se examinaba si la recepción de testimonios cumplía con la regla de la intermediación, en las audiencias realizadas por medio de la tecnología, y allí se advertía de la posibilidad de la intermediación, siempre y cuando el testigo estuviere “frente al juez, y con las partes, mediando una pantalla de computador, pero con cámaras que permiten interactuar con su experiencia (Ramírez, 2020).

Más recientemente se indica que en las audiencias virtuales o digitales, las normas previstas para proteger al testigo y su memoria, o para controlar su declaración, como la que le impide escuchar las declaraciones de otros testigos, tienen algunos inconvenientes. En el escenario de virtualidad no puede garantizarse que los testigos no escuchen las declaraciones de otros, pues, aunque las plataformas tienen las denominadas salas de espera, no se tiene la certeza de que los testigos físicamente estén en un mismo lugar. Lo anterior pone de presente la necesidad de examinar o de levantar esta prohibición y renovar el concepto de preparación de testigo⁽¹⁸⁾.

En cuanto concierne al control que el juez ejerce sobre habilidad o inhabilidad del testigo para rendir su declaración, que en el caso colombiano debe advertirse en el momento de la audiencia, cuando esta se realizaba en forma presencial ese control se hacía al comenzar la audiencia, pues la posibilidad

de que el testigo consumiera sustancias alucinógenas o estupefacientes que alteraran su ánimo, mientras se desarrollaba la misma era nula. Durante la audiencia digital, en cambio, el testigo podría ingerir cualquier sustancia, y entonces este control, tal como lo prevé el artículo 210 del Código General del Proceso, se mantiene durante toda la audiencia, control que no solo hace el juez, sino que también lo realiza los otros sujetos procesales a través de la tacha (Naizir, 2023).

Estas vicisitudes que se presentan con los interrogatorios de las partes y de terceros, quizás sean otro elemento en la ya advertida crisis de este medio probatorio, uno de cuyos máximos exponentes en el ámbito iberoamericano es Jordi Nieva. Nieva, menciona que es necesario un cambio en la regulación legal de este medio de prueba o establecer que su admisión sea excepcional (2020, pp. 157-171).

5. Conclusiones

Lo discurrido hasta este punto permite presentar, a modo de reflexiones conclusivas lo siguiente:

El impacto de las nuevas tecnologías en el proceso ha sido positivo porque facilita el acceso a la administración de Justicia, y dinamiza el proceso, con los correspondientes ahorros de recursos; al Estado en desgaste de sus funcionarios, a los abogados y las partes en tiempos de desplazamientos y en la facilidad en la consecución de la información; además, el camino que se ha empezado a recorrer hacia los expedientes digitales constituirá a futuro un ahorro en papel, con las implicaciones positivas en el medio ambiente.

Pese a esos beneficios, el dinamismo que imprimen estas nuevas tecnologías comporta consigo ciertos riesgos de vulneración al debido proceso. Mientras la cobertura al internet no sea total, siempre existe la posibilidad de que haya procesos que deban

(18) De hecho, sobre el particular, el reciente protocolo de audiencias virtuales expedido por el Consejo Superior de la judicatura, sobre el particular se limita a prescribir que: “Para la práctica del testimonio, el juez o magistrado informará el orden, restricciones y autorizaciones para el ingreso o permanencia de los declarantes” (Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo PCSJA24-1218527, 27 mayo de 2024).



llevarse sin la ayuda de estas tecnologías. Sobre los actos que tienen como destinatarios a las partes, si éstas no tienen la posibilidad de utilizar de manera idónea tales tecnologías.

En relación con este aspecto se tienden a polarizar las opiniones entre quienes, con razón, ven en las nuevas tecnologías una herramienta que hará evolucionar, sin duda, la administración de justicia; y quienes, también con razón, advierten que se debe atemperar el entusiasmo que toda novedad comporta. Una vía media entra estas dos posiciones creo que la ha encontrado la legislación colombiana al disponer que esas tecnologías se utilizaran, si las autoridades, los sujetos procesales y los profesionales del derecho tienen un acceso a ellas en condiciones idóneas, idoneidad que no solo se refiere a la disposición del elemento técnico, si no a que puedan operarlas adecuadamente.

Y en este punto creo que el condicionamiento de la utilización de estas nuevas tecnologías a que las autoridades judiciales, los sujetos procesales y los profesionales del derecho dispongan de ellos, debería limitarse a los sujetos procesales (partes, testigos). El número de audiencias que se está haciendo en el país en formato digital da cuenta de que esas autoridades ya cuenta de manera idónea con esos recursos; en cuanto a los profesionales del derecho, como los denomina la ley 2213 de 2022, resulta difícil imaginar que un abogado carezca de un computador y una conexión a internet, de suerte que la limitación se debe mantener únicamente respecto de los sujetos procesales, y no solo respecto de individuos en territorios de vulnerables o de escasa conectividad, en la misma ciudad personas que por su nivel educativo o su edad, no están en condiciones de utilizarlas.

Pero obsérvese que esto operaría únicamente para audiencias de conciliación, y audiencia de recepción de interrogatorios de parte o de terceros, que son oportunidades donde debe intervenir directamente la parte; o en todas las actuaciones, solo en los escasos procesos en que no se requiere derecho de postulación y las partes están autorizadas para actuar directamente en defensa de sus intereses; en los demás actúa el abogado, y a este, su nivel educativo y el desarrollo actual de las tecnologías si permiten exigirle la disponibilidad de estos medios tecnológicos, y la solvencia en su manejo.

También es oportuno recordar que el acceso efectivo a la administración de justicia es uno de los pilares del modelo de Estado Social y Democrático de derecho⁽¹⁹⁾, y que la filosofía advierte los peligros que se ciernen sobre la democracia en la era de la información, a buena cuenta de lo que se denomina la racionalidad digital, que niega la acción comunicativa, la que, de suyo, implica el contacto y la escucha entre los seres

humanos (Han, 2022). Trasladando este pensamiento de la filosofía al ámbito del proceso judicial, no puede pensarse que la digitalización de los actos procesales, y la aplicación de estas técnicas de la información revisten ahora al proceso judicial de una nueva dinámica, carente del dialogo auténtico entre los sujetos inmersos en él; pues, de no advertirlo, se corre el riesgo que el proceso se convierta en un universo impersonal de formas superfluas y carentes de reflexión, y en cuanto tales, nugatorias de una verdadera comunicación humana, lo que ocurriría si se toleran patologías como las aquí advertidas, en la práctica de declaraciones de parte o de terceros en audiencias digitales.

Referencias Bibliográficas

- Bustamante, M. (2020). Justicia digital y proceso electrónico en Colombia. En D. Ramírez (Coord.), *Justicia Digital, Un análisis internacional en época de crisis* (pp. 419-459). Editorial Justicia y Proceso.
- Byung-Chul, H. (2022). *Infocracy, Digitalization and the crisis of Democracy*. Cambridge.
- Canosa, U. (2021). *Derecho y tecnología: reflexiones* [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca]. Repositorio institucional de la Universidad de Salamanca. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=307968>
- Castellano, P. (2021). *Justicia cautelar e inteligencia artificial: La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales* (1.ª ed.). J.M Bosch. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1tqcxbh>
- Celsa, R. J. (2023). *La Digitalización de la Justicia en Colombia: Avances, Desafíos, y Perspectivas Futuras* [Tesis de maestría, Universidad Libre Colombia]. Repositorio de la Universidad Libre. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/25870>
- Díaz, C. (2021). *El acceso a internet como derecho humano*. Universidad Externado de Colombia. <https://derechos-humanos-y-empresas.uexternado.edu.co/2021/04/20/el-acceso-a-internet-como-derecho-humano/>
- Expediente 522/2021 (2021, 30 de noviembre). Tribunal Superior de Bucaramanga.
- Expediente (2022, 16 agosto). Tribunal Superior de Bogotá, Sala Decisión Penal.

(19) Sentencia T-799 (2011, 21 de octubre). Corte Constitucional de Colombia.



Naizir, J.C. (2021). El ciberabogado: El abogado frente a la Inteligencia Artificial. En J.C. Henao & D. Castaño (Eds.), *Disrupción tecnológica, transformación digital y sociedad* (Tomo III). Universidad Externado de Colombia.

Naizir, J. C. (2023). Impacto tecnológico en el derecho procesal: subsanación de la demanda, prueba testimonial y Sentencia C-134 de 2023. *Universitas Juridica*, 72. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj72.itdp>

Nieva, J. (2018). *Inteligencia Artificial y Proceso Judicial*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Nieva, J. (2020). La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia). *Revista Ius et Praxis*, 26(3), 157-171. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000300157>

Nobert, L. (2020). Justicia digital y *legaltech*, en Alemania. En D. Ramírez (Coord.), *Justicia Digital, Un análisis internacional en época de crisis* (pp. 2-37). Editorial Justicia y Proceso.

Pereira, S. (2020). La justicia digital en construcción en Uruguay. En D. Ramírez (Coord.), *Justicia Digital, Un análisis internacional en época de crisis* (pp. 688-719). Editorial Justicia y Proceso.

Pérez-Luño, E. (2017). *El procedimiento de Habeas Data: El derecho procesal ante las nuevas tecnologías*. Dykinson.

Priori, G. (2020). Introducción a la Justicia Civil Digital en el Perú. En D. Ramírez (Coord.), *Justicia Digital, Un análisis internacional en época de crisis* (pp. 670-687). Editorial Justicia y Proceso.

Prince, A. (2020). El acceso a Internet como derecho fundamental: perspectivas internacionales. *Revista Justicia & Derecho*, 3(1), 1–19. <https://doi.org/10.32457/rjyd.v3i1.456>.

Proceso verbal de Luz Mila Sánchez Silvestre y otros contra Mundial de Seguros S.A. y otros (2023, 6 de diciembre). Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil.

Ramírez, D. (2020). La prueba de testimonio en los entornos de la justicia digital. En D. Ramírez (Coord.), *Justicia Digital, Un análisis internacional en época de crisis* (314-359). Editorial Justicia y Proceso.

Ramos, A. (2022). La digitalización de la Justicia en Colombia: en busca del tiempo perdido. *Revista Sistemas Judiciales*, 20(24), 80-89.

ROJAS, M. (2022). *Novedades de la Ley 2213 de 2022, Retos y fortaleza de la virtualidad*. Temis.

Sentencia T-799 (2011, 21 de octubre). Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia 8584 (2020, 11 de septiembre). Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Civil.

Sentencia C-420 (2020, 24 de septiembre). Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia 13728 (2021, 14 de octubre). Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación civil.

Sentencia 2257 (2022, 2 de marzo). Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Civil.

Sentencia 12927 (2022, 29 de septiembre). Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Sentencia 16733 (2022, 14 de diciembre). Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación civil.

Sentencia 340 (2023, 11 de abril). Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Civil.

Sentencia 3406 (2023, 11 de abril). Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Civil. 



El control de los sesgos cognitivos en el contexto jurídico procesal: medidas preventivas y correctivas y deberes de responsabilidad epistémica^(*)

The control of cognitive bias in the procedural legal context: preventive and corrective measures and obligation of epistemic responsibility

José Francisco Bustamante Requena^(**)

Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión. (Lima, Perú)

Resumen: El presente trabajo pretende reflexionar críticamente la problemática relación entre los sesgos cognitivos y el contexto jurídico procesal, del mismo modo la necesidad de adoptar medidas para evitar sus graves repercusiones sobre las decisiones judiciales. Para ese propósito, se enfoca en la generalidad de los estudios e intentos de superación previos, los que principalmente se orientan a la identificación de posibles acciones que se deberían adoptar caso por caso, siendo en muchos casos discutida su razonabilidad y sobre todo su relevancia en la tarea de mitigación o reducción de sesgos cognitivos.

Para superar estos obstáculos se toman en consideración dos aspectos: los procedimientos y prácticas de los procesos judiciales y la preservación de la garantía y deber de imparcialidad y cómo el diseño de los procesos judiciales y su dinámica —no siempre orientados a maximizar la imparcialidad— permiten la obtención de decisiones compatibles con dicha garantía.

Finalmente, se esboza un esquema de intervención que agrupa, por un lado, el análisis de las normas y reglas jurídicas (y su incidencia) en la modificación y corrección de algunos procedimientos y prácticas jurídicas y, de otro, se complementa por un conjunto estructurado de deberes de responsabilidad epistémica.

Palabras Clave: Heurística - Sesgo - Hipótesis - Estándar - Desprejuiciar - Responsabilidad epistémica

Abstract: This work aims to critically reflect on the problematic relationship between cognitive biases and the procedural legal context, as well as the need to adopt measures to avoid their serious repercussions on judicial decisions. For this purpose, focuses on generality of the studies on the part of previous attempts at improvement are found to be problematic, which are mainly oriented towards the identification of possible actions that should be adopted on a case-by-case basis, in many cases their reasonableness and, above all, being discussed. Its relevance in the task of mitigating or reducing cognitive biases.

To overcome these obstacles, two aspects are taken into consideration: the procedures and practices of judicial processes and the preservation of the guarantee and duty of impartiality and how the design of the processes and their dynamics —not

^(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 12 de marzo de 2024 y su publicación fue aprobada el 04 de mayo de 2024.
^(**) Abogado por la Universidad José Faustino Sánchez Carrión. Maestría en Razonamiento Probatorio por la Universidad de Girona y Degli Studi di Génova y en Ciencias Penales por la Universidad Privada de San Martín de Porres. Docente universitario en la Universidad de Girona y Degli Studi di Génova. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1266-3955>. Correo electrónico: jb3605184@gmail.com.



always oriented to maximizing impartiality—allow the obtaining decisions compatible with said guarantee.

Finally, an intervention scheme is outlined that brings together, on the one hand, the analysis of legal norms and rules (and their impact) on the modification and correction of some legal procedures and practices and, on the other, is complemented by a structured set of duties of epistemic responsibility.

Keywords: Heuristic - Bias - Hipótesis - Standar - Debiasing - Epistemic responsibility

1. Introducción

Conocemos que muchas de las decisiones que se toman no siempre son síntesis de una reflexión propia de una persona que posee amplia información, calcula y pondera posibles escenarios y dispone de tiempo adecuado para decidir, ya los hallazgos y la numerosa evidencia sobre la toma de decisiones exigen entender que en esa diversidad de escenarios se halla implícita la posibilidad de juicios o decisiones subóptimas o inapropiadas. Desde allí, no tardaremos mucho para asociarlos con la falta de objetividad y desequilibrio en el trato hacia algo o alguien y en ocasiones como juicios sesgados.

Desde la perspectiva jurídica, particularmente, conocemos que estamos frente a fenómenos ubicuos u omnipresentes⁽¹⁾ y difícilmente demostrables, creciendo las posibilidades de su aparición en situaciones complejas y difíciles. Incluso, se cree que en contextos probabilísticos o inciertos, cuando se intenta predecir cómo tuvo lugar un hecho o evento, los jueces utilizan sus recursos cognitivos para imaginar, conjeturar o simular escenarios hipotéticos o alternativos, ese entorno de ambigüedad de los procesos judiciales, y especialmente de los casos, fomenta la aparición de sesgos.

En todas esas situaciones existe suficiente entidad para afectar derechos y garantías y generar injusticia. Si se pone énfasis, sobre todo, en la garantía de imparcialidad, la amenaza a esta no solo proviene de condicionamientos o situaciones de tipo objetivo —con las que se considera que decae la condición de imparcial—, sino también por la presencia de subjetividad ineliminable en el juez, que condiciona y desborda el sentido de la decisión. Es evidente que la función de aminorar en el mayor grado posible la subjetividad de las

decisiones judiciales (De Asís, 2017) quedaría completamente bloqueada en presencia de estos componentes psicológicos.

De acuerdo con estas primeras aproximaciones resulta razonable preocuparse por la reducción de estos componentes psicológicos. Aunque, claro está, tal preocupación no ha logrado traducirse en un efectivo compromiso de control del proceso de toma de decisiones jurídicas. Es más, existe la sensación de que cuando ligeramente se articulan algunas propuestas en este ámbito los resultados todavía son poco claros (Zenker, 2021). La causa principal del problema, parece encontrarse en el descuido de un análisis focalizado de los propósitos y compromisos especiales de los distintos procedimientos jurídico-procesales en conexión con la mayor posibilidad de impedir decisiones sesgadas y parciales. Generalmente, los distintos procedimientos aspiran a objetivos que no siempre son compatibles con la garantía de imparcialidad.

Por esa razón, estamos dispuestos a pensar que solo tomándose en cuenta esta premisa puede cobrar mayor sentido y, especialmente, mayor orden la búsqueda a respuestas cómo minimizar el sesgo y así a la aproximación a las innumerables estrategias o propuestas de prevención o mitigación que constantemente se proponen en este contexto.

En ese sentido, son varios aspectos los que deben ser sometidos a mayores precisiones: En primer lugar, las repercusiones de esos componentes psicológicos en relación con la regulación de las diferentes prácticas jurídico-procesales como medio para restringir su presencia. En segundo lugar, si se asume que el sistema jurídico posee la capacidad de responder y prepararse eficazmente ante esas perturbaciones y efectos perniciosos

(1) En un plano más amplio, también las diversas disciplinas forenses relacionadas con el análisis de marcas de herramientas, de fibras y pelos, salpicaduras de sangre, etc., además de presentar inconvenientes y problemas de estandarización, confiabilidad, precisión y error, tienen un espacio para los potenciales sesgos (Kassin *et al*, 2013). Sobre otros autores que también exponen ese impacto, véase "Cognitive bias research in forensic Science: A systematic review", de Glinda Cooper & Vanessa Meterko (2019); "Human factors in forensic science: psychological causes of bias and error", de Jeff Kukucka & Itiel Dror (2022) y "Reducing the impact of cognitive bias in decision making: Practical actions for forensic Science practitioners", de Kimberly Kunkler y Tiffany Roy (2023).



que producen los sesgos cognitivos, de qué forma sus distintas piezas y mecanismos pueden destinarse hacia esa finalidad.

De acuerdo con todo lo indicado, para esclarecer cada una de estas cuestiones, propongo en la Sección 2 examinar brevemente las bases teóricas de las reglas heurísticas y de los sesgos cognitivos, recogiendo los distintos aportes de la Psicología Conductual, principalmente, aquello que permita exponer de forma clara este ámbito de la problemática. En la Sección 3 destacaré la incidencia de estos componentes psicológicos en relación con los diversos procedimientos y prácticas de los procesos judiciales y finalmente en la Sección 4 se esbozan algunas pautas o lineamientos para una adecuada intervención sobre esos procedimientos y prácticas desde dos niveles: momento en que se toman las decisiones y modificación de su diseño y dinámica. En este último nivel se evalúa desde una perspectiva estrictamente jurídica cómo las normas y reglas jurídicas pueden venir a servir de instrumento para la corrección de un procedimiento o práctica capaz de generar decisiones sesgadas o imparciales, cuestión en la que rara vez se repara. Un esquema como el presente merece complementarse con el recurso a los deberes de responsabilidad epistémica, cuya guía permita examinar las decisiones.

2. Toma de decisiones, reglas heurísticas y sesgos

El estudio de la toma de las decisiones exhibe un panorama complejo de un proceso en el que interviene una amplia variedad de factores o condiciones (por ejemplo, condiciones de certeza, de probabilidad o de incertidumbre) que acompañan al acopio de información, la evaluación de alternativas y opciones y finalmente la toma de decisión. Desde una perspectiva psicológica ese proceso exigirá diferentes mecanismos cognitivos para superar tanto la complejidad como la diversidad de alternativas disponibles. Sin embargo, este escenario podría conducir a que las personas se comporten de manera poco apropiada, ya sea evaluando incorrectamente las probabilidades, probando ineficientemente hipótesis, proyectando opiniones o pareceres sobre los demás y permitiendo que las preconcepciones se filtren en el razonamiento deductivo al procesar información (Stanovich, 1999).

Todo ello, sin duda, comprometerá en mayor o menor medida la calidad del juicio humano, sin embargo, si retrocedemos un poco, cuando las personas intentan decidir sobre todo en entornos o situaciones inciertas y difíciles, en las que incluso se debe examinar y sopesar numerosas opciones, con frecuencia acuden a un conjunto de recursos y herramientas de diversa naturaleza, dentro de esa diversidad utilizan *reglas heurísticas*.

Este concepto de heurística ha recibido extenso desarrollo. Concretamente, es a raíz de los estudios de Polya con su libro *How to solved it* (1945) que el concepto se difunde y

adopta el carácter de método para resolver problemas basado en la búsqueda por medio de la experiencia. Los desarrollos y estudios posteriores resaltan como sus características: i) tener como base un conocimiento incompleto, la experiencia, conjeturas y la intuición, que permite distinguirlas claramente de los métodos analíticos propiamente dichos (Gigerenzer & Brighthon, 2009), ii) No garantizar soluciones óptimas porque sus resultados solo tendrían relevancia momentánea, transitoria y provisional (Fonseca, 2016; 2019), por tanto no existiría seguridad o certeza sobre los mismos (Gigerenzer & Gaissmaier, 2011; Cortada, 2008).

Cabe indicar, que si bien la utilización de estas reglas o herramientas está asociada con la inexistencia de un método para alcanzar una solución óptima, la mala formulación o definición de un problema o la imprecisión del criterio que define lo óptimo, dichas reglas aún pueden ser provechosas cuando el método garantiza una solución óptima y el problema está bien formulado (Hjeij & Vilks, 2023). Ello, porque otra de las características de las reglas heurísticas es la simplificación de la información y reducción del empleo de tiempo y esfuerzo, aspectos que suelen ser pasados por alto en los procesos de resolución de problemas.

En general, las reglas heurísticas destacan como procedimientos de prueba y error, desde allí existe consenso en establecer una relación de causa-efecto con los sesgos, siendo estos producto del desvío en la utilización de dichas reglas heurísticas. Dicha idea se remonta a los estudios de Kahneman y Tversky acerca de las interacciones entre una mente intuitiva y autónoma (Sistema 1) y otra racional y deliberada (Sistema 2) (Kahneman, 2017). Aunque, no debe perderse vista que para un sector de la literatura psicológica tal conclusión sería equivocada, porque, básicamente, enfrentó lo racional con lo psicológico, reservando para lo primero la función de brindar respuestas basadas en reglas provenientes de la lógica, la probabilidad o la estadística, mientras que para lo segundo un rol secundario o subsidiario, es decir, cuando las cosas no iban bien, debiendo para ello utilizarse reglas heurísticas.



Tal distinción aun cuando reconocía las ventajas de las heurísticas, terminó por enfatizar de manera exagerada sus desventajas como fuente de sesgos, difundiendo la idea de que las personas se equivocaban o eran poco inteligentes (Gigerenzer, 2008; Gigerenzer & Brighthon, 2009; Gilovich & Griffin, 2002). A raíz de ello, la creencia de que las heurísticas producían segundos mejores resultados, siendo conveniente la optimización, solo eran utilizadas en contextos rutinarios y de poca importancia y que las personas con mayor capacidad cognitiva utilizaban mecanismos de ponderación compleja e integración de información y no reglas heurísticas (Gigerenzer, 2008). Dicho debate, sin duda de importancia, todavía persiste, no obstante, me parece adecuado continuar bajo la perspectiva ampliamente aceptada como es el Programa de Heurísticos y Sesgos de Kahneman y Tversky.

De otro lado, los sesgos han sido estudiados ampliamente, sobre ellos existe base empírica cuyos hallazgos señalan al razonamiento intuitivo, a veces emocional, como uno de los responsables (Guthrie *et al*, 2007). Con mayor precisión, se cree que serían resultado de errores automáticos y deliberados del sistema 1 y 2, ciertamente, la idea no es reciente pero ha servido como punto de partida para aproximaciones diversas como fuentes de error.

Ahora bien, intentando definir este concepto, podemos indicar que la literatura psicológica destacan múltiples definiciones de sesgo⁽²⁾. Concretamente, se alude a la desviación sistemática de un objetivo determinado, en una misma dirección y que podemos identificar en juicios individuales. En un sentido ordinario con este se hace referencia a la tendencia, inclinación o predisposición en favor de algo o alguien y que aparece en distintos ámbitos de la experiencia humana, por ejemplo, cuando predecimos, evaluamos o estimamos una situación determinada. Sin embargo, estos fenómenos no siempre exhiben ese carácter intencionado, sino que en muchas ocasiones son producto de procesos implícitos, involuntarios o inconscientes (Nordel, 2022).

Tanto en uno y otro caso la toma de decisión resulta subóptima e indeseada y sus resultados perjudiciales. Así, se trataría de uno los componentes del error en la toma de decisiones conjuntamente con el denominado *ruido*.

Tales fenómenos pueden diferenciarse utilizando el ejemplo el tiro al blanco, en el sesgo los tiros habrían dado sobre un objetivo no esperado, mientras que en el ruido existiría una dispersión aleatoria del objetivo (Kahneman *et al*, 2021). En este último caso, se observa cómo el evaluador o evaluadores emiten juicios completamente diferentes y variables sobre el

desempeño de las personas o sobre alguna circunstancia, pese a que se trataría de la misma situación (Kahneman *et al*, 2021). Es importante subrayar que para establecer la presencia de sesgo bastaría evaluar solo un juicio individual, cuestión que si bien es posible en las decisiones ruidosas resultaría sumamente complicado.

Finalmente, algunos componentes de los sesgos son discutidos, por ejemplo, si debe reconocerse solamente la participación de un componente cognitivo o además de uno emocional, en qué consisten esos criterios de validez que establecen cuándo esos componentes psicológicos desvían los juicios o decisiones y aumentan la probabilidad de error (Novo *et al*, 2003; Arce *et al*, 2005), así como el propio significado de error.

Esos conocidos problemas, tal vez, son un inconveniente cuando se intenta trasladar estas construcciones al ámbito jurídico, porque ese sinnúmero de ambigüedades podría retrasar la adopción de una actitud decidida sobre la mejora de las distintas prácticas que llevan a cabo las personas, por un ejercicio de dilucidación sencillamente terminológico. Sin embargo, debe tenerse presente que esa labor es competencia de la Psicología, no es con propiedad una labor que forme parte de los compromisos del Derecho, en esa línea una discusión respecto de la mayor precisión posible de los componentes de los sesgos carecería de todo sentido para este trabajo.

2.1. Algunos sesgos psicológicos

Sin ánimo de desarrollar exhaustivamente estos fenómenos psicológicos, podemos indicar que, por ejemplo, es amplia la incidencia del denominado *sesgo de confirmación* o la tendencia a buscar, interpretar o recordar información de manera tal que confirme o apoye las opiniones, creencias o hipótesis del sujeto. Pese a que no es muy claro qué debe entenderse por confirmación o, más precisamente, bajo qué condiciones se confirma una hipótesis

(2) Pohl (2004) alude a ilusiones cognitivas clasificándolas en: ilusiones de pensamiento, de memoria y de juicio en cuyas categorías encontramos los distintos sesgos estudiados por la literatura psicológica. Asimismo, para una distinción de los diferentes sentidos del término, véase "What does it mean to be biased: motivated Reasoning and rationality" de Ulrike Hahn & Adam Harris (2014).



(Oswald & Grosjean, 2004), es posible remarcar que en los procedimientos confirmatorios parecería existir un excesivo nivel de confianza en una hipótesis o creencia, incluso, cuando es manifiesta la existencia de prueba contradictoria que demostraría su falsedad las personas persisten en mantenerlas haciendo caso omiso a las pruebas. Las razones para aferrarse a hipótesis o creencias son múltiples: evitar exponerse a pruebas que pueden refutar las creencias, recibirlas y negarse a creerlas, distorsionar la interpretación de las pruebas, recordar solo aquellos elementos que coinciden con las creencias, el deseo de proteger la autoestima e inventar explicaciones de los hechos (Sutherland, 2015).

En el plano jurídico los dominios de este sesgo se han expuesto ampliamente en la práctica jurídica (Kassin, *et al.*, 2013; Kahneman *et al.*, 2021). Generalmente, este suele adoptar la forma de una búsqueda selectiva de la evidencia o información a favor de la hipótesis que se pretende hacer prevalecer, a partir de ella la consecuencia será adecuada y alinear aquella información favorable a esa conclusión.

Otro aspecto recurrente tiene que ver con el desinterés en la refutación de la hipótesis o cuando no se buscan pruebas que la contradigan. Llevado esto al ámbito de los procesos judiciales se observa que la elección de una hipótesis, además de proceder luego de la evaluación de las pruebas, debe avanzar un paso más con acciones dirigidas a refutarla, hecho que no pocas veces sucede; por el contrario, al sujeto le basta con obtener cierto grado de confianza a favor de una hipótesis.

Finalmente, también es posible una *interpretación sesgada* de la información, especialmente, cuando el sujeto se enfrenta a información ambigua, en esos casos la tendencia puede suponer otorgarle a la información el *beneficio de la duda*, valorándola como más cercana y favorable a sus creencias (Klayman, 1995) e, incluso, ensayando cualquier interpretación alternativa para mantener, reforzar o favorecer la hipótesis o creencia.

Otro de los fenómenos es el *sesgo retrospectivo*, aquella tendencia o inclinación a ver los hechos como más predecibles o altamente probables, a partir del conocimiento del resultado o desenlace (Harley *et al.*, 2004; Roese y Vohs, 2012; Sutherland, 2015). Es innegable que desde una posición final es altamente probable que el sujeto proyecte un nuevo conocimiento sobre el pasado, no siendo consciente, ni capaz, de reconocer la influencia que ese nuevo conocimiento ha ejercido sobre su juicio en la evaluación de lo acontecido (Muñoz, 2011; 2011a). En otras palabras, se modifica el recuerdo u opinión previa y se le «acomoda», suponiendo que siempre se supo o que tendría sentido pensar que el evento sucedería de esa forma (Kahneman, 2017). Es evidente que aquí subyace la sensación o sentimiento de que se entiende en qué consistió el pasado, existe una sobrevaloración de la capacidad de predicción,

que termina impidiendo conocer o saber más (mejor) sobre él (Fischhoff, 2002; 2003).

De esta forma, ya no se preguntaría por las posibilidades reales con las que una persona contó para gestionar o evitar la producción de un resultado y se terminaría, de hecho, juzgando su acción como más probable y por ende como más responsable (Rachlinski, 1998). Destaca aquí la doble naturaleza de este sesgo, por un lado, el análisis de la información disponible y, de otro, el agrado al creer que predecimos los resultados con exactitud, siendo este claramente un elemento emocional (Teichman, 2014).

En la práctica del proceso judicial, aun con ciertos matices, el influjo del sesgo retrospectivo cobra notoriedad porque casi siempre se evalúan los hechos desde una posición final (alguien murió, se cayó un puente, se produjo un incendio, etc.), de esta forma si el juez fija su atención sobre el resultado final, las posibilidades de explicaciones alternativas de los hechos se reducen. En lo que respecta a las pruebas del caso, es evidente que estas podrán pasar por un análisis poco profundo y a veces alcance a aparecer una especie de “reconstrucción a favor”.

Por último, sin duda, son de notable importancia en la aparición y reforzamiento de los efectos del sesgo retrospectivo el exceso de confianza y la experiencia. El exceso de confianza aparece casi siempre como una sobreestimación del valor de los juicios personales y posee las mismas causas que la persistencia en las creencias a pesar de pruebas contrarias (Sutherland, 2015). En el caso de la experiencia, evidentemente esta ofrece mayores beneficios que costos, no obstante, se observa que, en ocasiones, los expertos insertan su experiencia y la familiaridad con la tarea en el análisis de la información, lo que les permite obtener conclusiones más allá de la misma. Es más, se piensa que un aumento de experiencia podría impedir que las personas emitan juicios sin que dependan de las ventajas que esta ofrece (Knoll & Arkes, 2016).

Especial consideración también merecen el sesgo de resultado y el fenómeno de anclaje. Acerca del sesgo de resultado, en



un estudio fundamental como el de Baron y Hershey (1988) se exhibe cómo al evaluar una decisión las personas toman en cuenta de manera inapropiada la información sobre el resultado (éxito o fracaso) para establecer la calidad de la decisión. Posteriormente se han ofrecido explicaciones adicionales del fenómeno, partiendo de los tipos de resultados, la percepción sobre la responsabilidad del que tomó la decisión y la percepción sobre cómo decidiría un tercero (Aiyer *et al*, 2023).

Desde una perspectiva jurídica, es evidente la importancia del fenómeno porque muchos procesos se deciden de acuerdo con los resultados producidos en los que se evalúa el desempeño y el cumplimiento de un deber (casos de responsabilidad civil y penal). Sucede que en la evaluación de eventos pasados, frecuentemente se utiliza información distinta a la que el sujeto tuvo en el momento del evento, pero además, y he aquí la diferencia sustancial con el sesgo retrospectivo, se trata de responder cuánto influye el resultado en la forma cómo se evalúa la calidad de la decisión o desempeño del sujeto (si fue buena o mala), mientras que en el sesgo retrospectivo existe un ajuste *ex post* sobre la probabilidad del evento (Teichman, 2014).

Finalmente, el *anclaje* es un fenómeno cuya aparición está asociada con la estimación de valores numéricos sirviendo para ese propósito la utilización del primer valor destacado o sobresaliente que aparece, el cual servirá de parámetro para esa tarea. Este se ha explicado a partir de diferentes modelos (Bystranowski *et al*, 2021) y ampliamente en procesos civiles.

Pues bien, en el ámbito de los procesos judiciales las fuentes de información numérica son incontables, (por ejemplo, el monto del petitorio en las demandas de indemnización por daños, el rango estimado de un perito, etc.) e, igualmente, es probable la dependencia a ellas, con efectos más o menos extensos según su grado de relevancia. Cabe precisar, que el ancla no solo funcionaría en ausencia de tope para los valores numéricos, también es posible cuando existen topes legalmente vinculantes (Bystranowski *et al*, 2021).

También existen hallazgos de anclaje relacionados con la primera información recibida o descubierta sobre el caso (por ejemplo, cuando existe conocimiento previo de que un procesado ha realizado una confesión) la cual puede influir o afectar el resto de elecciones o decisiones posteriores del caso independientemente de su verdadero valor (Kunkler y Roy, 2023).

3. Interés y relevancia de los sesgos en el ámbito del proceso judicial

3.1 ¿Se adapta el derecho a los sesgos?

Solemos estar tentados a asumir que dada la existencia de sesgos y prácticas inapropiadas en el contexto jurídico-

procesal existe la necesidad de su corrección, sin embargo, esas posibilidades podrían ser mínimas, esto porque el Derecho como todo sistema que procura, en general, evitar errores puede ya haberse anticipado de múltiples maneras a su aparición. Desde la perspectiva de la intervención del Derecho sobre algunos potenciales sesgos cognitivos, Rachlinski (2000) argumenta que los efectos perniciosos que producen los sesgos psicológicos en muchas ocasiones podrían haber hallado respuesta a través de los múltiples procedimientos de compensación que utilizan los tribunales, aunque en otras circunstancias esos efectos habrían sido ignorados, tal vez, por la falta de presión y en otros casos falta de incentivos para mejorar sus prácticas.

Particularmente, es clara la dialéctica entre adaptación e ignorancia con distintas y claras consecuencias. En el caso de la adaptación, pensamos en los siguientes ejemplos:

- a) La supresión de pruebas que guardan relación con las medidas correctivas adoptadas por el posible responsable con posterioridad al evento, ello porque de no hacerse estas podrían incrementar la posibilidad de ver la conducta como indicio de culpabilidad,
- b) La improcedencia de demandas cuando existe solamente una prueba con la que se pretende probar un mal resultado,
- c) La misma lógica es aplicable, en el caso de los efectos perniciosos de la representatividad —creencia en que los eventos y las características de una categoría son altamente coincidentes o similares—, así sostiene Rachlinski (2000) cuando indica que estos podrían evitarse mediante un correcto uso de las reglas del contrainterrogatorio. Si utilizamos como ejemplo el hallazgo de fibras de alfombra en el lugar de los hechos y estas coinciden con las fibras encontradas en la casa de un procesado, esta sería una prueba contundente para establecer su eventual responsabilidad. La defensa podría incidir en la alta probabilidad de que otras fibras de cualquier tipo de alfombra también sean coincidentes. En este tipo



de casos, la conciencia sobre estos efectos ha conducido a que los tribunales ejerzan un control más minucioso de otros factores que podrían afectar aspectos centrales de la evidencia, como su calidad y fiabilidad (cadena de custodia, técnicas y métodos utilizados, etc.)

Concretamente, en todos estos casos y otros tantos más, esa adaptación, aunque no se produce por medio de reglas y procedimientos legales expresos, sino básicamente como parte de las facultades o prerrogativas de los jueces del derecho anglosajón, no le resta valor a la idea de que a través de herramientas jurídicas sería posible modificar el funcionamiento de diversas prácticas jurídicas poco apropiadas.

En el ámbito del derecho continental, esa posible adaptación, al parecer, se habría logrado de manera indirecta a través de la incorporación de normas y reglas jurídicas (Zenker *et al*, 2018) en el proceso penal, por ejemplo, con la división de funciones de investigación y juzgamiento, los mecanismos de revisión y reexamen de las decisiones jurídicas, la existencia de normas relacionadas con la preservación de la imparcialidad del juez, etc.

3.2 ¿Sesgos justificables e injustificables?

Una mirada al funcionamiento de las normas jurídicas otorga una buena oportunidad para un análisis más profundo de la relevancia de determinados comportamientos o prácticas jurídicas en relación con la posibilidad de sesgo. Sin embargo, ese análisis está rodeado de cierta confusión porque en un contexto como el jurídico —que recoge los hallazgos y desarrollos provenientes de la psicología conductual— no se repara en una utilización responsable del concepto de sesgo. Es habitual pasar de lo descriptivo (qué hacen las personas)⁽³⁾ a lo normativo (cómo deberían actuar), permaneciendo bajo una metodología o estrategia de trabajo esencialmente psicológica o económica. Además, se olvida que la psicología conductual tiene, básicamente, una función descriptiva, pero no estaría en condiciones de expresar cómo se debería actuar (Persad, 2014). De esta forma, se necesitaría para inferir o deducir cómo deben actuar las personas, además de una definición clara de sesgo, una decisión a favor de algún punto de vista.

El argumento anterior le sirve a Persad (2014) para sostener que diversas situaciones que en ámbitos o contextos extrajurídicos se señalan son inapropiadas o reprobables, en un contexto jurídico requerirían una decisión previa que establezca la plausibilidad de los intereses que deben prevalecer y así determine la relevancia o no del comportamiento (y justifique la propuesta de modificación de las normas jurídicas por ejemplo). Cumplida esa tarea aparecerán comportamientos justificables y no justificables

que merecerán, según el caso, mayor o menor atención. Dicho autor utiliza como ejemplo las relaciones de familia y el tratamiento de la información para favorecer nuestras creencias, comportamientos que en un ámbito extrajurídico se rechazan sin más, en un contexto jurídico-procesal necesitaríamos algunos criterios o puntos de vista que determinen su relevancia o tolerancia. Ese contraste puede explicarse con mayor detalle.

En un escenario extra-jurídico, tratándose de las relaciones familiares, se sabe que una persona está más dispuesta a no dañar o a favorecer a aquellos a quienes conoce o con quienes mantiene una relación estrecha, por sobre aquellas personas que son extrañas. Bajo el punto de vista de que no se debe favorecer a alguien (criterio de referencia) estaríamos ante un sesgo, pero, si observamos ese comportamiento desde la perspectiva de las relaciones familiares y de amistad (criterio de referencia), no sería tan obvio que se trate de un comportamiento rechazable. En cuanto al crédito y peso que le otorgamos a nuestras opiniones o creencias (criterio de referencia) sería en principio una posición razonable, como también lo sería la condescendencia hacia los argumentos o juicios de los expertos (criterio de referencia) que, generalmente, son catalogados como sesgos (sesgo de confirmación y sesgo de deferencia hacia los expertos respectivamente).

De otro lado, estaríamos ante comportamientos completamente injustificables, por no existir punto de vista que posibiliten su defensa, convirtiendo, por tanto, en arbitrario cualquier procedimiento, algunos ejemplos son la visión de túnel, el sesgo discriminatorio, etc (Persad, 2014).

Desde luego, la labor de determinación del comportamiento como justificable o no justificable debe surgir de un estudio a profundidad de los intereses y demás cuestiones relacionadas con los tipos de procedimientos o prácticas de los procesos judiciales, esto porque si tomamos como

(3) Usualmente asociamos al concepto de sesgo con el de error y de esta forma “establecemos” lo apropiado o no del comportamiento, no obstante, este último en la psicología conductual, además de significar algo distinto de perjuicio o falla, desprovisto de connotaciones negativas, supone solamente la desviación de la decisión o de un comportamiento de un estándar que serviría para evaluarlo (Persad, 2014).



referencia los dos ejemplos propuestos como comportamientos justificables, desde la perspectiva del juez difícilmente esos comportamientos podrían estar permitidos o tolerados.

4. La tarea del contexto jurídico-procesal

La secuencia continua de procedimientos y prácticas de los procesos judiciales es susceptible de sesgos, estos fenómenos —pese a su difícil demostración— pueden explicarse en función de algunos tipos de decisiones, para cuya determinación es útil una mirada tanto a los motivos como al contenido de la decisión (legalidad de la decisión). Así, a partir de la corrección tanto del contenido de la decisión como de los motivos estaríamos en condiciones de afirmar, por ejemplo, que la decisión es imparcial y libre de sesgo. Si utilizamos la perspectiva de un observador privilegiado, difícilmente, este aduciría falta de imparcialidad u objetividad, posiblemente, existan otro tipo de críticas a la decisión, pero se trataría de críticas externas que estarían al margen de razones jurídicas.

No obstante, cobran mayor importancia para este análisis las consecuencias que se deben extraer de los siguientes supuestos:

- a) Cuando el motivo es incorrecto y el contenido de la decisión correcto,
- b) Cuando el motivo es correcto y la decisión es incorrecta y
- c) Cuando los motivos como el contenido de la decisión son incorrectos.

En el primer supuesto, estaríamos ante una decisión sesgada y por tanto parcial (aunque legal), mientras que en el segundo supuesto la decisión no es sesgada, no se decide por motivos equivocados, existe un error o una mala apreciación, hay imparcialidad (aunque equivocada)⁽⁴⁾. El tercer supuesto, quizás, se trata del ejemplo más claro de decisión sesgada y también parcial.

Ahora, conforme con la dinámica de las decisiones que se toman en los procesos judiciales⁽⁵⁾ tendremos las siguientes posibilidades de sesgos:

- a) Decisión intermedia (existe sesgo como causa) y decisión final (existe sesgo en el resultado),
- b) Decisión intermedia (existe sesgo como causa) y decisión final (no existe sesgo como resultado)

- c) Decisión intermedia (no existe sesgo como causa) y decisión final (existe sesgo en el resultado)
- d) Decisión intermedia (no existe sesgo como causa) y decisión final (no existe sesgo en el resultado)

Utilizando el esquema anterior, incluso, podemos comprender mejor aquellas situaciones en las que se hace uso de poderes discrecionales en el proceso. A primera vista, al tratarse de decisiones de esas características la evaluación del resultado de una decisión resultaría sumamente compleja y, por ende, si las decisiones son o no sesgadas. No obstante, tal afirmación no es del todo precisa porque, al menos, para la mayoría de procedimientos (valoración de la retractación de la víctima, de la prueba testimonial o pericial) existen criterios o parámetros interpretativos que guían la forma de desarrollo de los mismos⁽⁶⁾.

En cierto modo, la evaluación de la decisión depende de la forma de apreciación de esos criterios o parámetros y no haberlos tomado en cuenta o no haberlos utilizado apropiadamente, en principio, podría ser indicador de error, equivocación o incompetencia; sin embargo, a más criterios son dejados de lado o interpretados inadecuadamente se incrementará la posibilidad de señalar al resultado de la decisión como producto de un abuso de discrecionalidad y respondido a un sesgo.

Más allá de la precisión anterior, la preocupación debe estar sobre la posibilidad de parcialidad. Para ello, sin duda, son diversos puntos los que habría que examinar, pero podemos empezar por examinar el complejo conjunto de “reglas de decisión” de los procesos judiciales (Dripps, 2011) que son las que regulan diferentes procedimientos judiciales (por ejemplo, cómo se debe ofrecer y admitir material probatorio, cómo se debe actuar y valorar, etc.), y de algún modo

(4) Para un análisis mayor de estas relaciones y sus implicancias, véase “Imparcialidad y aplicación de la ley”, de Josep Aguiló (2009).
(5) Por ejemplo, en la problemática de los sesgos implícitos y su control en las decisiones judiciales, véase “Acerca de la relevancia de las investigaciones sobre sesgos implícitos para el control de la decisión judicial”, de Federico Arena (2021). El cual distingue entre sesgo como causa y sesgo como resultado.
(6) Incluso, podría discutirse la conveniencia de la utilización de criterios extrajurídicos. Sin embargo, esta cuestión excede el marco de este trabajo.



reducen esa posibilidad de sesgo; no obstante, es innegable que su énfasis suele responder a distintos valores y objetivos. En esa línea, con el ejemplo de Wittlin (2015) puedo exponer mejor lo anterior:

Creando K que su agresor F llevaba un arma, porque según él vio que hizo un ademán de sacarla de uno de sus bolsillos, lo abatió y mató, posteriormente se demuestra que F no llevaba arma alguna, una prueba da cuenta de la no posesión del arma de parte de F (por ejemplo, el testigo X). De acuerdo con el ejemplo, la prueba testimonial serviría, por un lado, para obtener mayor precisión en el análisis de algunas circunstancias del hecho, determinaría que F estaba desarmado y, finalmente, permitiría evaluar de mejor forma otras pruebas (por ejemplo, dispararía las dudas sobre la información aportada por otro testigo, permitiendo contrastar sus capacidades de percepción, memoria, sinceridad). Sin embargo, no puede ocultarse que esa prueba retrospectiva podría conducir al juez a relajar la evaluación del contexto real en que K se defendió.

Similar conclusión podríamos extender para el caso de las pruebas relacionadas con las medidas que adopta un procesado con posterioridad al suceso o evento que será o está siendo discutido en un proceso judicial (por ejemplo, se instalan equipos y mecanismos de seguridad), su supresión podría evitar que se exacerbe un sesgo retrospectivo, sin embargo, es obvio que con ello reduciríamos el conjunto de información útil para decidir el caso.

En estos ejemplos es clara la contraposición de diferentes valores e intereses en juego y aunque información de este tipo normalmente se admite y valora en los procesos judiciales, uno debería preguntar si cabe encauzar este tipo de procedimientos, nuevamente, intentando evitar una posible decisión sesgada.

4.1. Los posibles desarrollos de las formas de intervención

Diversas herramientas pueden acercarnos a la obtención de mejores decisiones, ya los avances provenientes de la Inteligencia Artificial (algoritmos de aprendizaje automático) prometen considerable éxito; no obstante, si no se descuida el juicio humano y, desde luego, la incidencia de los sesgos como una de las fuentes de desacierto y equivocación, el objetivo por reducirlos o mitigarlos (*debiasing*)⁽⁷⁾ cobra especial relevancia. Dicha tarea en la literatura psicológica exhibe un desarrollo denso y amplio que se ha convertido casi en una disciplina autónoma.

En el contexto jurídico los estudios en el abordaje de los sesgos se topan con distintos inconvenientes (múltiples prácticas y procedimientos jurídicos existentes, el carácter multifacético de los fenómenos psicológicos existentes, etc.), a ello se suma la poca claridad de sus hallazgos y conclusiones. Por ello es que, tal vez, se presente como legítima la incredulidad respecto de la incidencia positiva de las innumerables medidas pensadas como posibles.

Aunque, no podemos negar la existencia de importantes trabajos cuyo énfasis son las diferentes etapas de los procesos judiciales que en cada una de ellas someten a revisión distintas situaciones y proponen recomendaciones y acciones específicas (Curley *et al*, 2022; Kunkler & Roy, 2023), en adelante, estimo por conveniente seguir un camino diferente que ponga acento en las propias particularidades del contexto jurídico, contemplado la eficacia caso por caso de las normas y reglas jurídicas para impedir decisiones sesgadas y con ello esbozar una jerarquía en la intervención de algunos procedimientos y prácticas jurídicas.

Según lo anterior, una de las formas de intervención de las decisiones —para que tengan determinado contenido— debe tomar como punto de partida el **momento en que estas aparecen**. Así, necesitamos mirar tanto al momento previo a la toma de decisión (modificando su desarrollo) como al momento posterior (cuando ya se produjo)⁽⁸⁾. Adicionalmente, es útil la perspectiva del observador de la decisión que intentaría superar las limitaciones en la tarea de supresión de los sesgos cognitivos (Kahneman *et al*, 2021). Lo anterior, debe complementarse tomando en cuenta dos aspectos relacionados con las posibilidades de **modificación del diseño y dinámica del contexto jurídico**, especialmente, de

(7) El término alude al conjunto de técnicas y herramientas dirigidas a desprejuiciar, desesgar o reducir el sesgo de una decisión determinada.

(8) La modificación del entorno, el ajuste de los diferentes ámbitos de la decisión (incentivos o impulsos) y la educación de las personas formarían parte del primer grupo, las correcciones o supervisiones específicas del segundo, para mayor información, véase Kahneman *et al*. (2021).



las diferentes prácticas y procedimientos de los procesos judiciales:

4.1.1. Modificación del entorno

En esta parte merece énfasis una cuestión que guarda relación con el funcionamiento del sistema jurídico. Como se sabe, este permanentemente está construyendo procedimientos, descripciones y creando contextos, para que se lleven a cabo determinadas elecciones, según sus múltiples propósitos (Sunstein, 2012), tales estructuras en cierta medida afectan, moldean o construyen las preferencias y valores de las personas, tanto en un contexto extrajudicial (relaciones de intercambio cotidiano) como en uno esencialmente jurídico (organización de las diferentes etapas de los procesos judiciales).

Desde el contexto del proceso el diseño de los distintos procedimientos podría haber reducido en buena medida la posibilidad de decisiones sesgadas; sin embargo, la mayor parte de procedimientos no han sido estructurados con el objetivo de eliminar de posible parcialidad, sino procurando alcanzar otros objetivos. A lo anterior, cabe añadir que aun si se reconoce la eficacia de las normas y procedimientos en la reducción de sesgos psicológicos, esta sería relativizada en muchos casos por la presencia de algunos condicionantes por ejemplo la carga de trabajo, forma de organización de la información compleja y distribución de tareas, etc.

En esta parte, resultan de suma importancia las propuestas de Sunstein y Thaler (2008), quienes aluden a los incentivos o “empujones” para modificar la arquitectura de las decisiones, el entorno e influenciar a las personas a hacer algo, en este caso, decidir de mejor manera. Concretamente, desde el funcionamiento de las normas y reglas jurídicas algunas pueden ser modificadas a fin de lograr mayor impacto y ser complementadas, de ser necesario, mediante *protocolos estandarizados o guías prácticas de actuación*, similares a las utilizadas en otras disciplinas como en la práctica médica. Desde luego, allí donde no se hayan implementado porque diversos procedimientos ya se regulan y ordenan a través de esta clase de guías o protocolos estandarizados (Páez, 2021).

La solución anterior es similar a la pensada para el caso de diversas técnicas forenses como el análisis de restos óseos, señales balísticas, identificación de huellas dactilares, etc., en las que si bien el índice de error es mínimo, existen algunas prácticas, durante su desarrollo, poco rigurosas y por lo tanto susceptibles de sesgos. Muestra de esta realidad está el informe PCAST (*President's Council of Advisors on Science and Technology*). En ese sentido, aparecen numerosas propuestas, así en el caso de pruebas dactiloscópicas tendríamos el registro y documentación del juicio e interpretación sobre las pruebas antes de tener acceso a la información contextual del caso, secuenciación y documentación de la información y cuando es otro experto quien tiene la oportunidad de verificar la

identificación efectuada por otro, ese experto no deberá recibir información sobre la primera conclusión (Kahneman *et al*, 2008).

Es oportuno agregar, que si bien estas propuestas siguen dependiendo del juicio, percepción e interpretación humana, el argumento a favor de ellas es que permiten reducir ostensiblemente la presencia de sesgo y por tanto el error. Ahora bien, en relación con las restricciones, casi anulación, que pueden suponer estas propuestas para la libertad de criterio o evaluación de los hechos o del material probatorio, se trata de un hecho con el que el Derecho debe convivir, sobre todo si se piensa en los beneficios como es la reducción de los sesgos psicológicos. Es más, si se analiza con mayor detenimiento este aspecto, no solo las guías de actuación y protocolos estandarizados y otra clase de propuesta de esta naturaleza restringen esa libertad, también la jurisprudencia y los numerosos criterios judiciales vinculantes, que en muchas oportunidades establecen pautas y procedimientos que deben seguir los operadores de justicia durante el desarrollo del proceso lo hacen.

4.1.2. Deberes de responsabilidad epistémica

Con la noción de deber de responsabilidad epistémica estamos pensando en las estrategias o metodologías generales de reducción o mitigación de sesgos, frecuentemente analizadas por otras disciplinas (Larrick, 2004; Croskerry *et al*, 2013) y que funcionan como una especie de pautas de comportamiento. Es innegable que estos deberes se ponen en práctica a lo largo del avance y desarrollo de los procesos judiciales, especialmente, cuando el escenario es de amplia discrecionalidad (como sucede con la valoración de la prueba). No obstante, desde la perspectiva de la intervención tendrán una función complementaria, allí donde no sea posible utilizar mecanismos más directos para diseñar o rediseñar (regulación, modificación o corrección a través de normas y reglas) algún procedimiento o práctica jurídica.

Finalmente, debemos añadir que aun tratándose de deberes de responsabilidad epistémica y ante la multiplicidad de



“mandatos” para encauzar la conducta de quienes toman decisiones, debe utilizarse una guía metodológica o las denominadas *listas de verificación (checklist)* como la propuesta por Kahneman, *et al* (2011), adaptando su contenido a los fines de las distintas prácticas del proceso judicial y utilizándolas una vez culminado el proceso de toma de decisión.

Tabla 1
Análisis de las normas y reglas jurídicas y los deberes de responsabilidad epistémica

5. Conclusiones

Sea que en el proceso judicial se persiga resolver una situación problemática o comunicar un proceso deliberativo, el punto culminante serán decisiones jurídicas susceptibles de potenciales sesgos cognitivos. Aunque con frecuencia las reglas y

Sesgos verificables	Preguntas	Estrategias
Sesgo egoísta	¿Existen razones para sospechar de errores motivados por intereses egoístas?	Revisar la información y propuesta en búsqueda de exceso de optimismo.
Heurística de afecto	¿Está enamorado de su propuesta?	Aplicar rigurosamente todos los controles de la lista de verificación.
Pensamiento de grupo	¿Existen opiniones disidentes o diferentes? ¿Fueron examinadas adecuadamente?	Solicitar opiniones disidentes si fuera necesario.
Sesgo de prominencia	¿Podría la evaluación estar influenciada por un suceso análogo llamativo o memorable?	Analizar la similitud de manera rigurosa.
Sesgo de confirmación	¿Existen alternativas creíbles?	Requerir opciones adicionales
Sesgo de disponibilidad	¿Puede obtener más o mejor información ahora?	Utilizar listas de verificación de los datos necesarios para cada tipo de decisión.
Sesgo de anclaje	¿De dónde provienen las cifras? ¿Son números o cantidades sin fundamento? ¿Existe motivación para utilizar un ancla? ¿Se está extrapolando la historia?	Reexaminar las cifras a través de otros modelos y efectuar nuevos análisis.
Efecto halo	¿Se asume que una interpretación o conclusión que tuvo éxito en un momento o área tendrá el mismo éxito en otra?	Eliminar las inferencias falsas y buscar ejemplos comparables adicionales.
Falacia del costo hundido y efecto de dotación	¿Se está demasiado apegado a una historia de decisiones pasadas?	Considerar el tema como un caso nuevo que no se conociera.
Exceso de confianza, falacia de planificación, sesgos optimistas.	¿Existe demasiado optimismo en el caso?	Analizar el caso desde una perspectiva externa.
Negligencia en casos extremos	¿Es el peor de los casos lo suficientemente malo?	Imaginar el peor escenario y desarrollar la historia desde las posibles causas.
Aversión a las pérdidas	¿Se estaría siendo demasiado conservador o cauteloso si decidiera en determinado sentido?	Reexaminar los incentivos para la toma de decisión.

Esquema propio



procedimientos existentes, directa o indirectamente, minimizan la presencia de estos componentes psicológicos, este ámbito ha sido descuidado impidiendo evaluar ampliamente la eficacia de las mismas para impedir la parcialidad de las decisiones y así maximizar su calidad.

Reconocer la presencia de efectos perniciosos de los sesgos a lo largo de los procesos judiciales exige adoptar medidas para su reducción. En este trabajo se va más allá de las recomendaciones y enumeración de medidas que aparecen reiteradamente en el abordaje de los sesgos cognitivos, por un esquema o modelo de intervención que pone énfasis: por un lado, en el momento en que se toma una decisión y de otro sobre la modificación de la dinámica del contexto jurídico (procedimientos y prácticas jurídicas) apelando a las normas y reglas jurídicas en primer término y a los deberes de responsabilidad epistémica allí cuando no resulte posible una intervención más directa.

En virtud de estas consideraciones y dependiendo del camino que se transite, la búsqueda de soluciones o estrategias para la reducción de los sesgos cognitivos, merece seguir siendo evaluada y perfeccionada, siguiendo un orden de prelación, cuyo punto de partida sea la anticipación a esos efectos perniciosos. Con esas medidas, ciertamente, no se garantiza la desaparición completa de estos componentes psicológicos, pero sí, sin duda, su reducción.

Referencias Bibliográficas

Aguiló, J. (2009). Imparcialidad y aplicación de la ley. En C. Gómez Martínez (Direct.), *La imparcialidad judicial* (pp. 139-166). Consejo General del Poder Judicial.

Aiyer, S. et al (2023). Outcome affect evaluations of decision quality: replication and extensions of Baron and Hershey's (1988) Outcome bias experiment 1. *International Review of Social Psychology*, 36(1), 12. <https://doi.org/10.5334/irsp.751>

Arce, R., Novo, M. & Seijo, D. (2005). Metaenunciados y formación de juicios en las decisiones judiciales. En R. Arce; F. Fariña & M. Novo (Eds.), *Psicología Jurídica* (pp. 223-230). Los Editores.

Arena, F. (2021). Acerca de la relevancia de las investigaciones sobre sesgos implícitos para el control de la decisión judicial. En F. Arena; P. Luque y D. Moreno Cruz, (Eds.), *Razonamiento Jurídico y Ciencias Cognitivas* (pp. 160-186). Universidad Externado de Colombia.

Bystranowski, P. et al. (2021). Anchoring effect in legal decision making: A meta-analysis. *Law and Human Behavior*, 45(1), 1-23. <https://doi.org/10.1037/lhb0000438>

Cortada De Kohan, N. & Macbeth, G. (2006). Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones. *Revista de Psicología*, 2(3), 54-69. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/6131>

Cortada De Kohan, N. (2008). Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones. *International Journal of Psychological Research*, (1), 68-73. <https://doi.org/10.21500/20112084.968>

Croskerry, P.; Singhal, G. & Mamede S. (2013). Cognitive debiasing 2: impediments to and strategies for change. *BMJ Qual Saf*, 22(2), 65-72. <https://doi.org/10.1136/bmjqs-2012-001713>

Curley, L., Munro, J. & Dror, I. (2022). Cognitive and human factors in legal layperson decision making. Sources of bias in juror decision making. *Medicine, Science and the Law*, 62(3), 206-215. <https://doi.org/10.1177/00258024221080655>

Cooper, G. & Meterko, V. (2019). Cognitive bias research in forensic Science: A systematic review. *Forensic Science International*, 297, 35-46. <https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2019.01.016>

De Asís Roig, R. (2017). Sobre la ética judicial. Reflexiones al hilo de los "Principios de ética judicial" del Consejo General del Poder Judicial". En: M. Vaquer, A.M. Moreno & A. Descalzo (Eds.), *Estudios en Homenaje a Luciano Parejo* (pp. 455-466). Tirant lo Blanch.

Dripps, D. (2011). The substance-procedure relationship in criminal. En A. Duff & S. Green (Eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law* (pp. 409-432). Oxford University Press.

Fischhoff, B. (2002). Heuristics and biases in application. En Th. Gilovich, D. Kahneman, y D. Griffin (Eds.), *Heuristics and biases* (pp. 730-748). *The Psychology of Intuitive Judgment*, Cambridge University Press.

Fischhoff, B. (2003). Hindsight ≠ foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty. *BMJ Quality and Safety*, 12(4), 204-312. <https://doi.org/10.1136/qhc.12.4.304>

Fonseca, A. (2016). El debate sobre las heurísticas. Una disputa sobre los criterios de buen razonamiento entre la tradición de heurística y sesgo y la racionalidad. *Revista Valenciana Estudios de Filosofía y Letras*, (17), 87-118. <https://doi.org/10.15174/rv.v0i17.178>

Fonseca, A. (2019). *Cognición humana, razonamiento y racionalidad. Los retos de la investigación empírica a la visión estándar de la racionalidad*. Colección Pública Filosófica, Universidad de Guanajuato y Bonilla Editores.

Gigerenzer, G. (2008). Why heuristics work. *Perspective on Psychological Science*, 3(1), 20-29. <https://doi.org/10.1111/j.1745-6916.2008.00058.x>

Gigerenzer, G. & Brighthon, H. (2009). Homo Heuristicus: Why biased minds make better inferences. *Topics in Cognitive Science*, 1(1), 107-143. <https://doi.org/10.1111/j.1756-8765.2008.01006.x>

Gigerenzer, G. & Gaissmaier, W. (2011). Heuristics decision making. *Anual Review*



- of *Psychology*, 62(1), 451-482. <https://doi.org/10.1146/annurev-psych-120709-145346>
- Gilovich, T. & Griffin, D. (2002). Heuristics and biases: Then and now. En T. Gilovich, D. Kahneman & D. Griffin (Eds.), *Heuristics and biases. The Psychology of Intuitive Judgment*, (pp. 1-18). Cambridge University Press.
- Guthrie, C.; Wistrich, A. y Rachlinski, J. (2007). Blinking on the bench: how judges decide cases. *Cornell Law Review*, 93(1). <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol93/iss1/9>
- Hahn, U. & Harris, A. (2014). What does it mean to be biased: motivated Reasoning and rationality. *Psychology of learning and motivation*, 61, 41-102. <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-800283-4.00002-2>
- Harley, E.; Carlsen, K. & Loftus, G. (2004). The "saw-it-all-along" effect: demonstrations of visual hindsight bias". *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory and Cognition*, 30(5), 960-968. <https://psycnet.apa.org/doi/10.1037/0278-7393.30.5.960>
- Hjeij, M. & Vilks, A. (2023). A brief history of heuristics: How did Research on heuristics evolve? *Humanit Soc Sci Commun*, 10(64). <https://doi.org/10.1057/s41599-023-01542-z>
- Kahneman, D.; Lovallo, D. & Sibony, O. (2011). Before you make that big decision. *Harvard Business Review*, 89(5), 50-60.
- Kahneman, D.; Sibony, O. & Sunstein, C. (2021). *Ruido. Una falla en el juicio humano*. (J. Chamorro, Trad.) Debate.
- Kahneman, D. (2017). *Pensar rápido, pensar despacio*. (J. Chamorro, Trad.) Debolsillo.
- Kassin, S., Drorb, I. & Kukucka, J. (2013). The forensic confirmation bias: problems, perspectives and proposed solutions. *Journal of Applied Research*, 2(1), 42-52. <https://psycnet.apa.org/doi/10.1016/j.jarmac.2013.01.001>
- Klayman, J. (1995). Varieties of confirmation bias. *Psychology of learning and motivation*, 32, 385-418. [https://doi.org/10.1016/S0079-7421\(08\)60315-1](https://doi.org/10.1016/S0079-7421(08)60315-1)
- Knoll, M. & Arkes, H. (2016). The effects of expertise on the hindsight bias. *Journal of Behavioral Decision Making*, 30(2), 389-399. <https://doi.org/10.1002/bdm.1950>
- Kunkler K. & Roy, T. (2023). Reducing the impact of cognitive bias in decision making: Practical actions for forensic Science practitioners. *Forensic Science International: Synergy*, 7. <https://doi.org/10.1016/j.fs SYN.2023.100341>
- Kukucka, J. & Dror, I. (2022). Human factors in forensic science: psychological causes of bias and error. En D. De Matteo & K.C Scherr (Eds.), *The Oxford Handbook of Psychological and Law*, (pp. 621-642). Oxford University Press.
- Larrick, R. (2004). Debiasing. En D.J Koehler & N. Harvey (Eds.). *Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making* (pp.316-337). Blackwell Publishing.
- Muñoz, A. (2011). La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *Revista para el análisis del Derecho. InDret*, (2).
- Muñoz, A. (2011a). Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica. *Revista para el análisis del Derecho. InDret*, (4).
- Nordell, J. (2022). *El fin del sesgo. Cómo podemos cambiar nuestra mente*. Ediciones Urano.
- Novo, M.; Arce R. & Seijo D. (2003). Delimitación conceptual: Sesgo vs. Error. En M. Novo & R. Arce (Eds.), *Jueces: Formación de juicios y sentencias* (pp. 67-89). Grupo Editorial Universitario.
- Oswald, M. & Grosjean S. (2004). Confirmation bias, en Rudiger Pohl (Direct.), *Cognitive illusions. A handbook on fallacies and bases in thinking, judgement and memory* (pp. 79-96). Psychology press.
- Páez, A. (2021). Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales. En F. Arena; P. Luque & D. Moreno (Eds.), *Razonamiento Jurídico y Ciencias Cognitivas* (pp. 187-222). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Persad, G. (2014). When, and how, should cognitive bias matter to Law? *Law and inequality: A Journal of Theory and Practice*, 32, 101-138. <https://ssrn.com/abstract=2260394>
- Pohl, R. (2004). *Cognitive illusions. A handbook on fallacies and bases in thinking, judgement and memory*. Psychology press.
- President's Council of Advisors on Science and Technology [PCAST]. (2016). Forensic Science in Criminal Courts. Ensuring Scientific Validity of Feature-Comparison Methods.
- Rachlinski, J. (1998). A positive psychological theory of judging in hindsight. *Cornell law faculty publications*, 65(2). <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/801>
- Rachlinski, J. (2000). Heuristics and biases in the court: Ignorance or adaptation?. *Cornell Law Faculty Publications*, 79(1). <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/810>
- Roese N. & Vohs, K. (2012). Hindsight Bias. *Perspectives on Psychological Science*, 7(5), 411-426. <https://doi.org/10.1177/1745691612454303>
- Stanovich, K. (1999). *Who is rational? Studies of individual differences in Reasoning*. Lawrence Erlbaum Associates Publishers. Psychology Press.
- Sunstein, C. (2012). *Análisis conductual del derecho. Themis*, (62), 53-64. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9013>
- Sunstein, C. & Thaler, R. (2008). *Un pequeño empujón*. (B. Urrutia, Trad.). Taurus.
- Sutherland, S. (2015). *Irracionalidad: El enemigo interior*. (C. Gonzales, Trad.). Alianza Editorial.
- Teichman, D. (2014). The hindsight bias and the law in hindsight. En E. Zamir, & D. Teichman (Eds.). *The Oxford handbook of behavioral economics and the law* (pp. 354-374). Oxford University Press.



Wittlin, M. (2016). Hindsight evidence. *Columbia Law Review*, 116(5). <https://ssrn.com/abstract=2646169>

Zenker F. (2021). Des-biasing legal factfinders. En C. Dahlman, A. Stein & G. Tuzet (Eds.), *Philosophical Foundations of evidence law* (pp. 345-410). Oxford Academic.

Zenker F. et al. (2018). Reasons pro et contra as a debiasing technique in legal contexts. *Psychological Reports*, 121(3), 511-526. <https://doi.org/10.1177/0033294117729807>. 



Justiça Distributiva e os Tribunais Virtuais de Richard Susskind no Sistema Judiciário brasileiro: uma análise do Programa Justiça 4.0^(*)

Distributive Justice and Richard Susskind's Online Courts in the Brazilian Judicial System: an analysis of the Justice 4.0 Program

Sthéfano Bruno Santos Divino^()**

Universidade Federal de Lavras (Lavras, Brazil)

Resumo: O Tribunal Virtual de Richard Susskind deixou de ser apenas um conceito para ser uma política de implementação e desenvolvimento do judiciário ao lado da tecnologia. Sua aplicação no sistema jurídico brasileiro foi proposta, aplicada, aprimorada e constantemente aperfeiçoada pelo Conselho Nacional de Justiça. Objetiva-se compreender o conceito jurídico estruturante de Tribunal Virtual, criado por Richard Susskind, para identificar suas premissas, fundamentos e pretensões. Posteriormente, demonstra-se como o Tribunal Virtual de Susskind tem sido aplicado no sistema jurídico brasileiro por meio do Programa Justiça 4.0. Por fim, analisa-se brevemente as políticas em curso para verificar sua compatibilidade com o devido processo legal. Dessa forma, o problema de pesquisa que norteia este artigo e os objetivos propostos podem ser expressos pelo seguinte questionamento: o Programa Justiça 4.0 tem atendido aos fundamentos e aos preceitos fundamentais dos Tribunais Virtuais de Richard Susskind, bem como à Justiça Distributiva? Conclui-se que apesar dos avanços tecnológico e jurídico existentes, o Programa Justiça 4.0 ainda é precário quanto à acessibilidade, a transparência e a proporcionalidade da justiça. O método utilizado é o de pesquisa integrada somado à técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Conselho Nacional de Justiça - Devido processo legal - Justiça - Judiciário - Richard Susskind - Tribunais virtuais

Abstract: Richard Susskind's Online Court is no longer just an ideal, but a policy for implementing and developing the judiciary alongside technology. Its application in the Brazilian legal system has been proposed, applied, improved, and constantly refined by the National Council of Justice. The aim is to understand the structuring legal concept of the Virtual Court, created by Richard Susskind, to identify its premises, foundations, and pretensions. It then shows how Susskind's Virtual Court has been applied in the Brazilian legal system through the Justice 4.0 program. Finally, the current policies are briefly analyzed to verify their compatibility with due process of law. Thus, the research problem that guides this article and the proposed objectives can be expressed by the following question: has the Justice 4.0 Program complied with the foundations and fundamental precepts of Richard Susskind's Virtual Courts, as well the Distributive

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 26 de enero de 2024 y su publicación fue aprobada el 17 de abril de 2024.

(**) Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Lavras. Professor Adjunto de Direito Civil do Curso de Direito da Universidade Federal de Lavras. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9037-0405>. E-mail: sthefanoadv@hotmail.com



Justice? The conclusion is that despite technological and legal advances, the Justice 4.0 Program is still precarious in terms of accessibility, transparency, and proportionality of justice. The method used is integrated research combined with bibliographical research.

Keywords: National Council of Justice - Due process - Justice - Judiciary - Richard Susskind - Online courts

1. Introdução

O uso da tecnologia no Direito tem se acentuado consideravelmente nos últimos anos. Como resultado, tem-se a revisão e a reformulação de clássicos preceitos jurídicos mediante insurgência de novas técnicas que podem trazer maior complexidade à sociedade. No campo do Direito Processual, seja ele penal ou Civil, a tecnologia tem sido utilizada como mecanismo e forma de otimização de atos processuais⁽¹⁾. No Brasil, esse percurso tecnológico teve seu marco inicial em 2006 com a criação do Processo Judicial Eletrônico. Desde então, muito se criou e aprimorou, especialmente com o crescente desenvolvimento das técnicas envolvendo entes inteligentes artificialmente.

A Inteligência Artificial⁽²⁾ e suas incontáveis possibilidades aparecem como uma via de mão dupla para o Direito: de um lado a IA pode elevar os índices de acesso à justiça mediante aprimoramento dos serviços já existentes; e de outro a otimização desafia os clássicos preceitos, direitos e princípios processuais constitucionais e infraconstitucionais, especialmente a ampla defesa, o contraditório e paridade de armas.

Neste trabalho, o *background* da abordagem é como as tecnologias de IA têm afetado direta e incisivamente o Direito (especialmente o Direito Processual Civil) e como são utilizadas como mecanismos de aperfeiçoamento da tutela jurídica. Em primeiro lugar, Vale e Pereira (2023) entendem que a tecnologia deve estar a serviço da humanidade em qualquer área de aplicação. No mais, deve-se efetivar o letramento digital mediante políticas e diretrizes públicas claras e objetivas. Quanto ao Direito, deve-se garantir sua autonomia frente aos benefícios que a IA pode trazer. Para tanto, foca-se na explicabilidade, na transparência e na conotação processual.

Assim, deve-se ter considerável cautela com a base de dados utilizada como padrão para qualquer projeto que envolva IA a fim de evitar enviesamentos.

Embora essas sejam considerações mais genéricas, Vale e Pereira (2023) elencam possíveis alterações e modificações da e pela tecnologia nos clássicos princípios processuais civis, dos quais:

- a) Isonomia: Os autores entendem que a cooperação e a paridade de armas não poderão ser exercidas entre as partes, vez que aquele que é detentor de maior capital poderá ter maior número de dados e, estatisticamente, conhecer as probabilidades de procedência e improcedência de uma demanda a partir da argumentação traçada (Vale & Pereira, 2023).
- b) Contraditório tecnológico: esse pressupõe informação, participação e influência. O contraditório digital é exercido quando as partes conhecem e tomam ciência do uso de ferramentas de IA durante o julgamento. Trata-se de forma a exercer a explicabilidade e permitir que o jurisdicionado ataque os pontos determinantes da decisão proferida. Trata-se de direito constitucional e recomendação extraída da portaria n. 271/2020 do CNJ (art. 13) (Vale & Pereira, 2023).
- c) Acesso à Justiça: verifica-se que o acesso à Justiça não está mais condicionado ao fornecimento dos serviços pelo judiciário. A constatação de Vale e Pereira é evidenciada a partir de plataformas destinadas às soluções de conflitos digitais (*Online Dispute Resolution - ODR*). No Brasil, essas plataformas já têm sua considerável aplicação, tal como o Consumidor.gov, cujo índice de

(1) "Centrais de atendimento virtual com atendentes automatizados, veículos autônomos, fornecimento de produtos e de serviços conforme padrões do consumidor e verificação da probabilidade do risco de atividade e da tomada de decisão em processos automatizados estão entre as atividades que envolvem o uso de Inteligência Artificial nos âmbitos computacionais, jurídicos e econômicos na contemporaneidade" (Divino & Magalhães, 2020, p. 73)

(2) "We define AI as the study of agents that receive percepts from the environment and perform actions" (Russell & Norvig, 2010, p. VIII). Tradução livre: "Nós definimos IA como o estudo dos agentes que recebem informações do ambiente e performam ações". "Especificamente, dentro del campo de la propiedad intelectual, nos referiremos al rol que juegan las marcas en el metaverso y en los denominados Non-fungibles tokens (NFTs), considerando -particularmente- los desafíos y oportunidades que se presentan ante esta nueva realidad virtual" (Alvarado Bayo & Supo Calderón, 2022, p. 115).



resolução e satisfação é de mais de 80%. Trata-se de mudança paradigmática em que os processos não ficam condicionados ao judiciário e os litígios podem ser dirimidos de eficaz e satisfatoriamente pelos interessados e pelos envolvidos (Vale & Pereira, 2023).

- d) Publicidade algorítmica: exige-se que as partes tenham o Direito de compreender como se chegou a determinado resultado mediante publicação da decisão e do processo decisório. Contudo, não basta sua respectiva publicação. Deve-se ter transparência e explicabilidade algorítmica. Neste último caso, os autores não defendem a mera divulgação do algoritmo, mas formas compreensíveis para que o jurisdicionado entenda todo o processo do início ao fim e possa exercer seu contraditório (Vale & Pereira, 2023).

Perceba-se que o principal questionamento dos autores acerca do uso e incrementação de sistemas tecnológicos pelo judiciário e no sistema processual reside na explicabilidade da tomada de decisões. A partir dessas considerações e justificativas, questionamentos fundamentais exsurtem: o que é Justiça? O que é uma Corte? Quais suas finalidades? A abordagem proposta para responder aos questionamentos será realizada a partir de um referencial teórico: Richard Susskind. Susskind foi o autor responsável por cunhar o termo *Online Courts* ou, em português, Tribunais Virtuais. Trata-se de uma concepção original e simbiótica entre tecnologia e Direito. Em um primeiro contato, pode-se pensar que se trata de uma definição meramente de transposição: do físico para o virtual; da sala de audiências para o *Google meet*; dos autos físicos para o Processo Judicial Eletrônico. Contudo, demonstra-se que tanto o ideal e sua concepção quanto a sua implementação são consideravelmente superiores a essa transposição.

Acredita-se que a compreensão do conceito jurídico e estruturante de *Online Courts* trazido por Susskind afete diretamente o paradigma jurídico-tecnológico contemporâneo, pois mudanças são realizadas constantemente pelo Conselho Nacional de Justiça brasileiro a partir do Programa Justiça 4.0, o qual tem como base seus ideais. Portanto, Susskind é a base teórica e metodológica do Conselho Nacional de Justiça Brasileiro quando da implementação e desenvolvimento do Programa Justiça 4.0⁽³⁾ Dessa forma, apresenta-se o problema de pesquisa deste trabalho: o Programa Justiça 4.0 tem atendido os fundamentos e preceitos fundamentais dos Tribunais Virtuais de Richard Susskind, bem como à

Justiça Distributiva? Para responder ao problema proposto, objetiva-se compreender o conceito jurídico estruturante de Tribunal Virtual, criado por Richard Susskind, para identificar suas premissas, fundamentos e pretensões. Posteriormente, demonstra-se como o Tribunal Virtual de Susskind tem sido aplicado no sistema jurídico brasileiro por meio do programa Justiça 4.0. Por fim, analisa-se brevemente as políticas em curso no Programa Justiça 4.0 para verificar sua compatibilidade com as funções da Justiça, especialmente a Justiça Distributiva.

Como resultado, verifica-se que apesar dos avanços tecnológico e jurídico existentes, o Programa Justiça 4.0 ainda é precário quanto à distributividade da justiça. Perceba-se que os resultados trazidos ou as reflexões realizadas possivelmente estarão defasados em razão do avanço tecnológico. Porém, entende-se que as contribuições em grande parte podem ser utilizadas como mecanismo *basilar* para evitar futuros equívocos.

2. Richard Susskind e os Tribunais Virtuais: o acesso à justiça como ponto de partida

Os tribunais sempre ocuparam (e vão ocupar) uma imprescindível e indelegável tarefa ao funcionamento da atividade judiciária e da justiça. Trata-se, inclusive, de uma das fontes do próprio Direito. Contudo, perceba-se que existem 2 elementos funcionais: (i) atividade judiciária que conduz ao (ii) acesso à justiça. O primeiro existe em função do segundo. Assim, como devemos entender o acesso à justiça? Primeiramente, por meio do Relatório Global *Justice for All*, elaborado em 2019 pela Center on International Cooperation (2019), estima-se que 1.5 bilhões de pessoas têm problemas com a

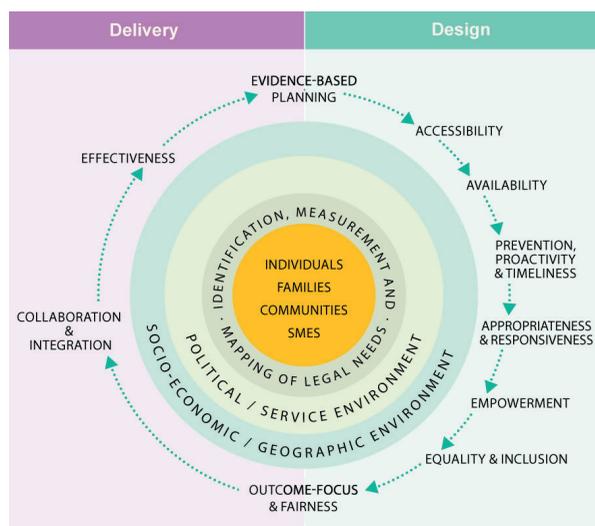
(3) Essa conclusão pode ser alcançada por duas premissas. A primeira é a que o próprio Conselho Nacional de Justiça reconheceu expressamente a influência, impacto e adequação dos ideias de Richard Susskind no Programa Justiça 100% Digital. *In verbis*: "As medidas adotadas ao longo do ano pelos tribunais e pelo CNJ ratificaram o pensamento de Richard Susskind, de que o local onde se situa a sede é de quase nenhuma importância, pois o fim almejado não está materialmente inserido em prédios determinados, mas no resultado do trabalho de seus membros" (Conselho Nacional de Justiça, 2021). A segunda premissa de caráter hipotético deste autor e que sustenta essa correlação entre Susskind e o CNJ é a de que o modelo que estrutura o Programa Justiça 4.0 tem em sua essência as mesmas propostas de Susskind: a digitalização da justiça; a justiça como um serviço e não como um local; bem como a concretização de seu acesso em diferentes vias, modalidades e serviços.



Justiça considerados sem solução⁽⁴⁾. No mesmo sentido, cerca de 5.1 bilhões de pessoas (cerca de dois terços da população mundial) não têm acesso à justiça⁽⁵⁾. Por que esses índices são consideravelmente baixos? Esse questionamento está diretamente ligado à concepção de acesso à Justiça. Não se trata de um simples acesso ao poder judiciário. Há também a necessidade de se criar formas de: prevenção; proatividade; otimização temporal (em respeito à duração razoável do processo); responsividade do poder judiciário; empoderamento dos usuários; igualdade e inclusão; otimização dos resultados; colaboração e integração no tribunal e entre os tribunais; e a garantia de eficácia, ou seja, a satisfação da população.

Perceba-se que são alterações e metas de conho social, econômico, geográfico e político que interferem diretamente no conceito de acesso à Justiça, pois esse é multifacetado e não se limita ao clássico ajuizamento de um procedimento judicial. A representação gráfica dessa abordagem pode ser vista na imagem abaixo:

Figura 1
Criteria for people-centred justice services



Nota. De "Figura 1", por OECD, 2023, <https://search.oecd.org/governance/global-roundtables-access-to-justice/oecd-criteria-for-people-centred-design-and-delivery-of-legal-and-justice-services.pdf>

Susskind (2019, p. 30) utiliza esses dados para elaborar um programa com a proposta de modificar todo o sistema judiciário em prol desses indicadores. Duas mudanças precisam ser realizadas: uma de cunho evolutivo e de implementação de novas técnicas que geram eficiência e segurança para as partes e para o próprio Estado a partir de novos fundos que subsidiariam essas mudanças; e uma de cunho radical, que requer que o atual sistema precisa ser remodelado ao invés de simplesmente atualizado em razão da constante modificação tecnológica. Assim, as tecnologias poderão trazer transformação frente à simples automação dos processos convencionais. Essa é a proposta de uma *Online Court*: transformação e não apenas automação.

A proposta tem seu grau de inovação e propõe alterar substancialmente a concepção de justiça como conhecemos atualmente. Existem práticas e mecanismos que devem ser implementados que podem não satisfazer parte resistente às tecnologias de inovação. Susskind observa essa resistência e indica três vieses dessa resistência: o *status quo bias*; a *rejeição irracional*; e a *miopia tecnológica*. O primeiro viés representa uma tendência de resistir às mudanças e de comodismo ao que somos e estamos atualmente. O segundo refere-se a uma crítica sem um fundamento pessoal ou contato direto com a tecnologia. Trata-se de argumentação oposta à argumentação *ad hominem*. Centra-se, portanto, na alegação de algo nunca experienciado. Por fim, o terceiro viés é a falta de habilidade em prever e antecipar o que os sistemas tecnológicos poderão ser capazes de fazer em alguns anos e quais dessas modificações são inevitáveis.

Especialmente este último viés afeta constante e diretamente a comunidade

- (4) "1.5 billion people have justice problems they cannot resolve. People in this group are victims of unreported violence or crime. Or they have a civil or administrative justice problem they cannot resolve, such as a dispute over land or the denial of a public service. Almost 60 percent of justice problems are currently unresolved" (Center on International Cooperation, 2019, p. 18).
Tradução livre: "1,5 bilhão de pessoas têm problemas de justiça que não conseguem resolver. As pessoas desse grupo são vítimas de violência ou crime não relatados. Ou têm um problema de justiça civil ou administrativa que não conseguem resolver, como uma disputa por terras ou a negação de um serviço público. Quase 60% dos problemas de justiça não são resolvidos atualmente".
- (5) "In total, 5.1 billion people – two-thirds of the world's population – lack meaningful access to justice. While people in all countries are affected, the burden of this injustice is not randomly distributed among people" (Center on International Cooperation, 2019).
Tradução livre: "No total, 5,1 bilhões de pessoas - dois terços da população mundial - não têm acesso significativo à justiça. Embora pessoas de todos os países sejam afetadas, o ônus dessa injustiça não é distribuído aleatoriamente entre as pessoas".



jurídica, vez que exsurge o seguinte questionamento: Advogados Serão Substituídos por Robôs? (Roberto, 2021), (IstoÉ, 2023). De certa forma, determinadas tarefas podem ser substituídas por sistemas de inteligência artificial com objetivo de automatizar e tornar eficiente os resultados. Contudo, não se deve ter uma visão distópica e consideravelmente fictícia sobre a extinção da profissão. Ela será remodelada para trazer maior eficácia aos jurisdicionados com certeza, mas esse medo latente não pode ser utilizado como forma de ignorar a tecnologia existente que poderá ser implementada em prol da população⁽⁶⁾.

A mesma argumentação é válida para os tribunais. Não podem as cortes preservarem um sistema e práticas tradicionais pelo seu bel prazer sem atender sua principal função: efetivar o acesso à Justiça. Quando os jurisdicionados levam seus problemas ao judiciário eles pretendem algo simples: a solução. Essa pode ser complexa, mas deve ser fornecida pelo sistema. A forma na qual ela pode ser dada pode ser mediante utilização de processos e de procedimentos que otimizem essa solução e reduzam os custos dessa tarefa.

Essa é a pretensão dos Tribunais Virtuais: permitir que o acesso à justiça seja simples, fácil e integralizado para o jurisdicionado. Mas como essa premissa pode ser implementada?

3. A definição de Tribunais Virtuais por Susskind

Perceba-se que a pretensão de Susskind (2019, p. 56) é atingir o acesso à Justiça de uma forma eficaz e eficiente. Para tanto, o uso de aparatos tecnológicos pode auxiliar os tribunais na consecução deste objetivo. Ocorre que a maior parte dos cidadãos nunca esteve efetivamente em uma sala de audiências. Entretanto, em sua mente, pode muito bem ter uma visão moderadamente clara e frequentemente bastante romântica do aspecto e da sensação desse local, pois baseada em grande parte na televisão e no cinema. A concepção comum que pode predominar é a de uma sala de teto alto, à

moda antiga, revestida de painéis de madeira escura e dominada por um banco elevado onde se senta o juiz, numa cadeira estofada talvez em um couro macio e luxuriante cor de vinho. A parede por detrás do juiz adornada com um grande brasão, que denota sabe-se lá o quê. À volta da sala, livros de direito empilhados em estantes robustas. Neste grande teatro, os atores principais são os advogados e os juízes (Susskind, 2019, p. 56). Assim, tem-se a visão de um Tribunal como um *local para estar*.

Ocorre que o Tribunal de Susskind vai além. Trata-se de um serviço à população⁽⁷⁾ Um serviço que é fornecido para garantia e cumprimento do acesso à Justiça. Esse serviço pode ser fornecido tanto física quanto virtualmente. É neste cenário que Susskind propõe o conceito de *Online Courts*. Tal disposição é fracionada em dois elementos. O primeiro é centrado no julgamento online (*Online Judging*). Neste caso não é a simples transposição de uma audiência virtual em que o juiz a conduz de forma síncrona e mediante participação das partes. Não há audiência. O *Online Judging* de Susskind pode muito bem ser representado pelos julgamentos em sessões virtuais dos tribunais em segunda instância. Trata-se exclusivamente de um *procedimento assíncrono*⁽⁸⁾.

Já o segundo elemento é mais social-generalista e refere-se à *extensão do tribunal* (*The Extended Court*). Essa extensão é representada pelos serviços que vão daqueles tradicionalmente previstos no julgamento de um processo. Em outros termos, pode incluir ferramentas que auxiliam os usuários a entenderem seus direitos, deveres, suas

(6) "It is no comfort that machines cannot replicate the work of advocates and deliver a soaring closing argument in the courtroom. The irreplaceability of the work of oral advocates becomes an irrelevance. Most of the systems that replace us will not work like us" (Susskind, 2019, p. 51).

Tradução livre: "Não é reconfortante o fato de as máquinas não poderem replicar o trabalho dos advogados e apresentar uma argumentação final de alto nível na sala do tribunal. A insubstituibilidade do trabalho dos advogados orais torna-se irrelevante. A maioria dos sistemas que nos substituem não funcionará como nós".

(7) A arquitetura de acesso à Justiça proposta por Susskind (2019) é fracionada pelo autor em quatro níveis. O primeiro se refere à promoção do acesso de forma saudável. O segundo refere às tratativas compositivas às litigiosas. O terceiro se refere à contenção dos litígios em vias de agravá-lo. E o quarto nível representa a precípua função conhecida como composição dos litígios.

(8) "In the language of technologists, the communication in physical courtrooms and virtual hearings is synchronous whereas online judging involves asynchronous forms of interaction". (Susskind, 2019, p. 60).

Tradução livre: "Na linguagem tecnológica, a comunicação em salas de audiências físicas e audiências virtuais é síncrona, enquanto o julgamento online envolve formas assíncronas de interação".



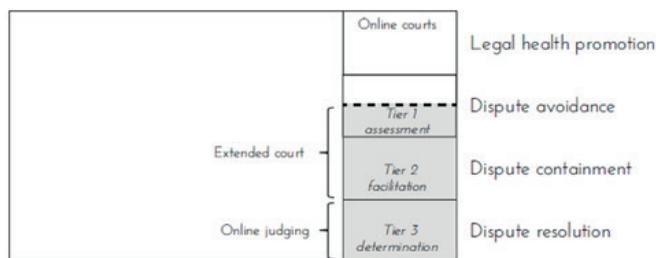
opções de uso e exercício, bem como assistência às partes processuais, que pode ser desde a formulação de argumentos à aconselhamentos e acordos extrajudiciais (Susskind, 2019).

Dessa forma, os Tribunais Online (*Online Courts*) de Susskind é um serviço fornecido à população (e não exclusivamente aos jurisdicionados) cuja finalidade é a garantia do acesso à Justiça. Esse serviço pode ser fornecido de duas formas: uma exclusivamente processual e uma por meio dos serviços concedidos à população que não estão diretamente ligados ao judiciário e a um processo.

Com essa pretensão, o acesso à Justiça que, na visão de Susskind (2019, p. 66-69), abarca a resolução de conflitos, a contenção de litígios, a prevenção de lide e a promoção do bem-estar legal poderá ser satisfeito e implementado. Trata-se de um conjunto de preceitos que permeiam: a Justiça substantiva (*substantive justice*), a partir do proferimento de decisões consideradas justas (*fair decisions*) e transparentes (*open justice* – transparente); o devido processo legal (*procedural justice*); a Justiça distributiva (*distributive justice*) que comporta o acesso a todos (*accessible to all*) de forma proporcional (*proportionate justice*) e sustentável (*Sustainable justice*); e a sua executividade amparada no estado (*enforceable justice backed by the state*).

Embora todos esses preceitos estejam intrínsecos nos ideais de Susskind, o preceito preponderante é a Justiça distributiva sustentável com foco no acesso do interessado ao menor custo. No mais, os tribunais online de Susskind abarcam atividades que vão para além do julgamento, conforme evidenciado. Quanto mais próximo de uma solução extrajudicial, mais célere tende a ser o acesso à justiça.

Figura 2:
Online Courts conforme Susskind



Nota. De "Figura 2", por R, Susskind, 2019, <https://academic.oup.com/book/41081>

Todo esse panorama tem sua aplicabilidade tanto no sistema jurídico internacional (Inglaterra, país de origem de Susskind) quanto no sistema jurídico brasileiro. A partir desse momento visualizaremos como essa aplicação é realizada ou planejada a partir do programa Justiça 4.0, elaborado pelo CNJ.

4. O Programa Justiça 4.0 e a transformação dos Tribunais (Virtuais) no Brasil

O Programa Justiça 4.0 tem como pretensão tornar o sistema judiciário brasileiro mais próximo da sociedade a partir da disponibilização de novas tecnologias e ferramentas de inteligência artificial. Pretende-se também impulsionar a transformação digital do Judiciário com a finalidade de prestação de serviços mais rápidos, eficazes e acessíveis.

A promoção dessas soluções digitais que automatizam as atividades dos tribunais pode otimizar o trabalho de todos os envolvidos (magistrados, servidores e advogados). Dessa forma, tende-se a efetivar maior produtividade, celeridade, governança e transparência dos processos (Conselho Nacional de Justiça. 2023).

O programa engloba uma gama de atividades, das quais:

- A Plataforma Digital do Poder Judiciário, instituída pela Resolução CNJ n. 335 de 2020, com a pretensão de incentivar o desenvolvimento colaborativo entre os tribunais e modernizar a plataforma do Processo Judicial Eletrônico para transformá-la em um sistema multisserviço.
- A Plataforma Sinapses, instituída pela Resolução n. 332 de 2020, responsável pelo armazenamento, treinamento, controle de versionamento, distribuição e auditoria dos modelos de IA, bem como estabelecer parâmetros para sua implementação e funcionamento.
- A Plataforma Codex, desenvolvida pelo Tribunal de Justiça de Rondônia em parceria com o CNJ, a qual consolida base de dados processuais provendo conteúdo textual de documentos e dados estruturados.
- O Balcão Virtual do CNJ, canal no qual o interessado tem direito ao atendimento realizado pela Secretaria do Tribunal para obter informações acerca do ajuizamento de procedimentos, bem como sobre o funcionamento do judiciário. Trata-se



também de ferramenta que permite o acesso remoto direto e imediato dos usuários aos serviços da Justiça e às Secretarias das Varas em todo o país.

e) Os Núcleos de Justiça 4.0, que permitem o funcionamento totalmente remoto e digital, permitindo maior agilidade e efetividade à Justiça, pois busca a solução para litígios de caráter específico sem exigir que a pessoa seja obrigada a se deslocar até um fórum para comparecer a uma audiência. Neste caso, todos os processos tramitam pelo Juízo 100% Digital, no qual as videoconferências e outros atos são realizados com auxílio da tecnologia e dispensam a presença física das partes e representantes, pois toda a movimentação processual ocorre pela internet. Dessa forma, os processos são distribuídos para cada Núcleo conforme sua competência em razão da matéria. Julga-se as ações vindas de qualquer local do território sobre o qual o tribunal tiver jurisdição, vez que os juízes e juízas atuam de forma remota.

f) O Juízo 100% Digital, representado pela possibilidade de o interessado utilizar-se da tecnologia para acesso à Justiça sem comparecimento físico aos fóruns, pois todos os atos processuais são praticados exclusivamente por meio eletrônico e remoto.

Essas são as principais atividades propostas pelo CNJ e em execução pelos Tribunais brasileiros. Todas elas com a pretensão de concretizar a idealização de cortes virtuais e efetivar o auxílio à justiça das partes interessadas. Além dessas atividades, há também outras ações e propostas do CNJ em resoluções cujo conteúdo também é parte da transformação tecnológica do processo e do acesso à Justiça. Destacam-se:

Tabela 1
Resoluções normativas do CNJ que compõem o Programa Justiça 4.0

Resolução CNJ n.	Descrição
331	Cria a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário – DataJud
332	Estabelece diretrizes de Ética, governança e transparência para o uso de IA no poder judiciário
334	Estabelece diretrizes para Proteção de Dados
335	Governança e gestão do Processo Judicial Eletrônico – P e criação da Plataforma Digital de Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ
345 e 378	Cria e regulamenta o Juízo 100% Digital
354	Cria e regulamenta as comunicações eletrônicas, cumprimentos digitais, audiências telepresenciais ou por videoconferência
358	Regulamenta o Sistema informatizado de <i>Online Dispute Resolutions</i> – ODR
369	Estabelece diretrizes sobre Segurança Cibernética
372	Cria e regulamenta a plataforma de atendimento por videoconferência Balcão Virtual
383	Cria e regulamenta o Sistema de Inteligência de Segurança Institucional do Judiciário
385 e 398	Cria e regulamenta os Núcleos de Justiça 4.0
390	Estabelece regras para criação de novas soluções de tecnologia
395	Institui a Política de Gestão da Inovação do Poder Judiciário
408	Estabelece regras para tutela dos documentos digitais
420	Estabelece normas para digitalização de acervo processual remanescente
423	Estabelece diretrizes para atualizações no concurso público da magistratura
Portaria n. 242	instituiu o Comitê de Segurança Cibernética do Judiciário

Fonte: Elaboração própria



Perceba-se que muito já foi proposto e realizado objetivando a transformação da Justiça Digital. A partir dessas resoluções, traz-se análises e reflexões sobre a compatibilidade dos ideais de Susskind em cada uma das concepções de Justiça tradicionalmente difundidas: Justiça Substantiva; Justiça Procedimental; Transparência; Justiça Distributiva; Proporcionalidade; Executividade; e Justiça Sustentável.

5. O maior desafio aos Tribunais Virtuais: a Justiça Distributiva

A proposta de uma Justiça Distributiva foi realizada inicial e primorosamente por Aristóteles (2001, p. 91-111), no Livro V da *Ética a Nicômaco*. Para ele, deve existir:

mais de uma espécie de justiça, sendo que [u]m das espécies de justiça em sentido estrito [...] é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou das coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade”. Portanto, seria ideal a existência de “distribuições de honra, de riquezas ou de outras vantagens que são repartidas entre os membros de uma comunidade política” (Aristóteles, 2001, pp. 31-32). O termo “distribuição” refere-se à igualdade e essa é o meio-termo entre o mais e o menos, caracterizando-se como *justo* (Amorim, 2011).

Assim:

Se as pessoas são iguais, as partes serão iguais, e se as pessoas são desiguais, as partes serão desiguais; o justo consiste em tratar desigualmente fatores desiguais. O *ισότης* a se realizar é um *ισότης* proporcional: o justo sendo o que é proporcionalmente igual (*τὸ χατ' ἀναλογίαν ἴσον*), e o injusto o que é contrário à proporção (*τὸ παρὰ τὸ ἀνάλογον*) (Tricot, 1963).

O preceito basilar aristotélico pauta-se na relação de igualdade entre as coisas e entre as pessoas envolvidas na distribuição. Portanto, as pessoas iguais recebem partes iguais na distribuição, enquanto pessoas desiguais devem receber partes desiguais (Amorim, 2011). Essas mesmas concepções foram desenvolvidas na contemporaneidade por Rawls (1971) em *A Theory of Justice*. As questões suscitadas pelo autor perpassam por uma ordem política, econômica e jurídica sobre o espaço de avaliação normativo destinado à satisfação da justiça enquanto equidade. Neste modelo, Rawls (1971) entende que um “arranjo institucional tal como descrito acima seria suficiente para dispersar a propriedade sobre os meios de produção e recursos naturais e para garantir um mínimo social adequado para todos os cidadãos” (Vita, 1999, p. 45)⁽⁹⁾

Um dos maiores desafios de a Justiça *ser distributiva* está no fato de o *serviço* é considerado *universal e singular*, mas

os titulares e destinatários são considerados *únicos e individuais*. Em outros termos, pessoas podem titular diferentes direitos e deveres na ordem jurídica em razão de sua capacidade de direito. Cada pessoa possui uma capacidade de direito individualizada conforme atribuição ou vedação legal relativa à sua titularidade (Teixeira de Freitas, 1952). Explica-se. A condição de *sujeito de direito* na ordem normativa expressa a aptidão para titular direitos e deveres. Contudo, o preenchimento desse invólucro se dá pela definição dos direitos que são atribuídos pela *personalidade de cada um desses sujeitos*. Em outros termos, uma pessoa cuja personalidade seja jurídica não possui os mesmos direitos se comparada a uma pessoa cuja personalidade seja física. No mais, mesmo dentro da categoria *pessoa física*, distintos sujeitos de direitos titulam mais ou menos direitos conforme sua situação subjetiva no ordenamento jurídico. Basta analisar os direitos existentes exclusivamente para idosos, pessoas com deficiência, mulheres, trabalhadores de determinadas categorias etc. (Santos Divino, 2021). Essa distinção não é realizada com intuito discriminatório, mas como forma distributiva de realização da igualdade e da equidade entre distintos sujeitos de direito.

Essa análise é realizada objetivando evidenciar que a pretensão de Susskind acerca do Tribunal Virtual é a de que o serviço fornecido não seja unicamente disponível para todos os sujeitos de direito que o buscam, mas que existam mecanismos aptos a concretizar esse acesso. Há uma substancial diferença entre as duas situações. Na primeira apenas a existência de um serviço prestado pelo poder judiciário já bastaria para afirmar que ele estaria sendo prestado para toda a população. Porém, na segunda situação, tem-se que esse serviço prestado deve apresentar formas e mecanismos de chegar até quem necessita e criar situações que permitam que essas pessoas tenham o devido acesso e a resposta no tempo, forma e qualidade adequada⁽¹⁰⁾.

(9) Ideais semelhantes são percebidos em Piaget (1994) e James Meade (1993). Piaget, J. (1980).

(10) “Distributive justice requires that court service is accessible and intelligible to all; that access to legal and court services is a benefit that is evenly spread across society; that rights and duties are equably allocated; that the powerful and rich are subject to the same law as the less well-off and less powerful; and that the service is affordable by all regardless of their means”. (Susskind, 2019, p. 81).



É neste cenário que se deve retornar ao problema de pesquisa inicialmente proposto: o Programa Justiça 4.0 tem atendido os fundamentos e preceitos fundamentais dos Tribunais Virtuais de Richard Susskind, bem como à Justiça Distributiva? Para responder ao questionamento, parte-se para análise de alguns ensaios publicados e que ressaltam pesquisas empíricas sobre a temática.

O primeiro ensaio é intitulado *Acesso à Justiça e Transformação Digital: um Estudo sobre o Programa Justiça 4.0 e Seu Impacto na Prestação Jurisdicional*, de Rampim e Igreja (2022). As autoras (centraram na análise de opinião acerca dos magistrados que utilizam o Balcão Virtual. O questionário foi aplicado na modalidade online para 1.859 magistrados e magistradas de todo o país.

Ele foi disponibilizado pela AMB às suas associadas e aos seus associados, por meio de formulário on-line formulado na plataforma da Microsoft. Ele contou com questões fechadas (tanto no formato de múltipla escolha quanto de seleção de respostas, conforme o caso) e abertas, para viabilizar a livre expressão das pessoas participantes (Rampim & Igreja, 2022, p. 133).

Após a leitura do trabalho, ressalta-se que a percepção da magistratura para o uso da ferramenta é positiva. Contudo, há percalços em seu uso, dentre os principais ressaltam: a falta de acesso à internet pelas partes; a falta de qualidade de internet; falta de equipamento necessário ao acesso; falta de informação sobre a existência do serviço; e a falta de interação entre as partes, especialmente entre as testemunhas e o magistrado⁽¹¹⁾.

Contudo, “indagadas e indagados sobre sua experiência com o Balcão Virtual, 85,38% (1.308 pessoas) dos respondentes (servidores) compartilharam a percepção de que esse formato pode substituir a maior parte dos atendimentos presenciais” (Rampim & Igreja, 2022, p. 141).

A pesquisa realizada pelas autoras demonstra um elevado grau de seriedade e compatibilidade com a adoção do Programa Justiça 4.0 nos tribunais. Frisa-se: nos tribunais. A percepção do funcionamento do programa, especialmente com enfoque no Balcão Virtual, é de aproximadamente 1800 magistrados e magistradas, pessoas essas já em contato constante com a tecnologia e com o sistema processual digital, desde 2006.

Perceba-se que neste caso a excelente pesquisa demonstra um grave resultado monoclar do Programa Justiça 4.0. Há um enfoque na capacitação de sujeitos pré-capacitados para lidar com o sistema. Em outros termos, capacita-se quem já possui prévia aptidão para ser capacitado. Sujeitos que possuem um *background* suficiente para lidar com as armadilhas tecnológicas. Deixa-se deixar claro que não se critica o processo como um todo. O que se critica é a redução deste processo aos servidores dos tribunais *que prestam a Justiça enquanto serviço*. Assim, o desenvolvimento da aptidão para fornecimento do acesso à Justiça parece ser constante, mas apenas unilateral. Não há iniciativas previamente delimitadas para que a população e os usuários do serviço sejam informacionalmente letrados e saibam como usufruir dos serviços.

Dada a atual conjuntura, questiona-se a capacidade de o leitor localizar a informação, selecioná-la, acessá-la, organizá-la, utilizá-la e, conseqüentemente, gerar conhecimentos (Gasque, 2010). Assim, o Letramento informacional⁽¹²⁾ é a “competência imbricada no processo de busca e uso eficiente, seguro e produtivo de dados, identificando sua relevância em determinado escopo” (Santos, et al., 2020, p. 2). Portanto, a capacitação deve ser bilateral: tanto pelo poder judiciário aos funcionários e servidores que prestam o serviço, bem como pelo poder executivo ou mesmo pelo judiciário, à população mediante políticas educacionais destinadas à compreensão e funcionamento da *Justiça*, especialmente a Justiça Digital.

Em vias de lidar com essa situação problemática, tem-se resultados extraídos

Tradução livre: “A justiça distributiva exige que o serviço do tribunal seja acessível e compreensível para todos; que o acesso aos serviços jurídicos e judiciais seja um benefício distribuído uniformemente por toda a sociedade; que os direitos e deveres sejam alocados de forma equitativa; que os poderosos e ricos estejam sujeitos à mesma lei que os menos favorecidos e menos poderosos; e que o serviço seja acessível a todos, independentemente de seus recursos”.

(11) “(...) falta de equipamentos/infraestrutura adequados aos usuários do si de justiça (conforme externado por 1.116 respondentes), a falta de ferramentas tecnológicas pelos usuários do sistema de justiça (1.304) e a falta de informação à população sobre os possíveis usos da rede digital para acessar à justiça (1.309)” (Rampim & Igreja, 2022, p. 141).

(12) “*Information literacy is the set of integrated abilities encompassing the reflective discovery of information, the understanding of how information is produced and valued, and the use of information in creating new knowledge and participating ethically in communities of learning*” (Association of College And Research Library, 2015).

Tradução livre: “O letramento informacional é o conjunto de habilidades integradas que abrangem a descoberta reflexiva da informação, a compreensão de como a informação é produzida e valorizada e o uso da informação na criação de novos conhecimentos e na participação ética em comunidades de aprendizagem”.



do segundo ensaio intitulado *Projeto Simplificar 5.0: Legal Design e Inteligência Artificial Ampliando o Acesso à Justiça*, elaborado por Protásio, Faria e Peixoto (2022). O Projeto Simplificar tem o condão de utilizar práticas de Legal Design⁽¹³⁾ e Visual Law⁽¹⁴⁾ para aprimorar o entendimento do jurisdicionado acerca das decisões proferidas. Esse projeto vem sendo executado na 2ª Vara de Família e Sucessões de Anápolis e no 2º Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania e com fundamento na Resolução n. 347/2020 do CNJ (Protásio, Faria & Peixoto, 2022, p. 265). O foco do projeto centra-se na explicabilidade das decisões. A sentença é transformada em um documento ilustrativo de linguagem simples, amigável e acessível, com frases curtas e palavras-chave, cujos elementos visuais são utilizados para facilitar a transmissão da informação jurídica. As partes, especialmente autor e réu, recebem o documento por um aplicativo de mensagem após a publicação formal da sentença. Os autores frisam que o resumo não substitui a publicação do ato decisório, nem mesmo sua intimação, mas apenas proporciona uma síntese acessível dos comandos contidos no ato judicial (Protásio, Faria & Peixoto, 2022, p. 268).

O projeto chamou atenção pelos resultados alcançados em seus quatro primeiros meses de vigência (junho a setembro de 2021), tendo registrado taxa de recorribilidade nula em uma amostra de 100 (cem) processos. Não houve recurso em nenhuma demanda para a qual foi enviado o resumo ilustrado, tampouco protocolo de cumprimento de sentenças ou execuções. Alcançou-se preclusão máxima com o trânsito em julgado de todos os feitos. Já nos cinco meses anteriores ao Projeto Simplificar (janeiro a maio de 2021), observa-se um índice de recorribilidade geral de 12,05% referente às sentenças homologatórias (classe escolhida na primeira etapa) (Protásio, Faria & Peixoto, 2022, p. 280).

Inicialmente todo documento era realizado manualmente pela magistrada responsável pelo projeto. Contudo, técnicas de Inteligência Artificial estão sendo implementadas como forma de automatização do procedimento. O desenvolvimento e o aprimoramento da ferramenta também têm sido exponenciais e possibilitam sua compreensão de forma inteligível e em linguagem mais objetiva, simples e acessível o teor dos atos decisórios. Mas, ainda sim, limita-se exclusivamente à prestação jurisdicional processual. Esse não é o único serviço que deve ser fornecido por um Tribunal. É apenas parte. Porém, não podemos descartar todo o processo e visualizá-lo com olhos soberbos. Devemos reconhecer que dia a dia e passo a

passo estamos caminhando para uma Justiça Distributiva mais próxima do ideal pretendido por Susskind. Mas, embora as tecnologias sejam novas, devemos reconhecer que tais problemas são antigos.

Em respeito à fidedignidade metodológica, demonstra-se por meio de outros ensaios que demonstram a mesma falha na implementação do Programa Justiça 4.0 no sistema jurídico brasileiro. Albuquerque e Ribas (2022) demonstram que na implementação da Política de Tratamento de Conflitos no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul foram detectadas necessidades de tratar com cautela as demandas reprimidas daqueles que não têm condições materiais ou capacidade técnica para operarem a tecnologia na busca de uma solução para o seu conflito.

Bonat, Assis e Rocha (2022) observaram que a suspensão de atendimento presencial pela Defensoria Pública do Estado de Goiás durante o período de pandemia impactou no acesso à Justiça, pois o atendimento virtual ainda não se apresenta como eficaz para a parcela mais vulnerabilizada da sociedade que se encontra excluída digitalmente.

O problema em si é sistêmico e institucional. Não parece ser algo localizado. Em consulta nos 2 (dois) relatórios realizados pelo Conselho Nacional de Justiça nos anos de 2022 (sob a presidência do Ministro Luiz Fux) e de 2023 (sob a presidência da Ministra Rosa Weber), buscou-se no sumário o item “Formação e Capacitação”. Em ambos os relatórios, o item “Formação e Capacitação” era restrito aos juízes e servidores do Poder Judiciário. Na tabela abaixo pode-se visualizar as práticas, políticas e iniciativas internas adotadas em prol do Programa Justiça 4.0.

(13) “O legal design ou design jurídico objetiva a criação de uma solução jurídica. É uma área do conhecimento que une o Direito ao design, propondo-se a aprimorar a experiência do Direito, com uma agenda voltada à inovação nos serviços jurídicos, métodos práticos, ágeis e centrados no usuário objetivando tornar o sistema jurídico mais claro, eficiente, utilizável e amigável”. (Protásio, Faria & Peixoto, 2022, p. 269).

(14) “Já o visual law, que, em uma tradução livre, significa direito visual, é uma subárea do legal design e consiste em “uma nova forma de argumentação jurídica que combina elementos visuais e textuais para contextualizar o caso em petições e simplificar contratos, tornando os documentos simples, interativos e fáceis de ler” (Protásio, Faria & Peixoto, 2022, p. 269).



Tabela 2

Políticas adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça para aprimoramento do Programa Justiça 4.0

Critério formativo	Gestão 2022	Gestão 2023	Acesso ⁽¹⁵⁾
Elaborar e adaptar conteúdos que possam auxiliar no desenvolvimento profissional dos membros do Judiciário	X	X	Aberto e Restrito
Disponibilizar ferramentas e metodologias para a gestão do conhecimento	X	X	Aberto e Restrito
Fortalecer a cultura organizacional.	X	X	Restrito
Disponibilizar materiais na modalidade de educação permanente e continuada das melhores práticas no âmbito das ações de formação.	X	X	Aberto e Restrito
Cursos de Ciência de Dados Aplicada ao Poder Judiciário (Acesso livre no YouTube)	X	X	Aberto
Programa de Formação para Integração e Desenvolvimento da PDPJ-Br	X	X	Aberto
Cursos Java, Angular e Testes Automatizados	X	X	Restrito
Python para Análise de Dados		X	Restrito
Excel para Análise de Dados		X	Restrito
R para Análise de Dados		X	Restrito
Machine Learning, com 34 matriculados		X	Restrito
Mineração de Texto		X	Restrito

Fonte: elaboração própria.

A título exemplificativo, 998 profissionais de tribunais e conselhos foram matriculados nas capacitações do Módulo 1 do Curso de Ciência de Dados. Desses, 530 cursistas concluíram as capacitações e foram certificados. Dos concluintes, 93,46% são servidores do Judiciário (Conselho Nacional de Justiça, 2022). No Módulo 2 deste mesmo curso, 429 profissionais de tribunais e conselhos brasileiros foram matriculados, sendo que 304 cursistas concluíram as capacitações e foram certificados. Por fim, 513 profissionais de tribunais e conselhos brasileiros foram matriculados no Módulo 3, mas sem dados relativos aos concluintes.

O número é consideravelmente baixo, vez que de acordo com o Censo Nacional do Poder Judiciário (Conselho Nacional de Justiça, 2022), ao todo são aproximadamente 272.430 servidores, distribuídos por 94 instituições. Em termos estatísticos, no módulo inicial tem-se 0,366% dos servidores matriculados e 0,194% concluintes. A estatística demonstra que há uma necessidade premente de um treinamento mais acentuado ou de incentivos para que os servidores sejam devidamente capacitados e consigam lidar com os novos

processos, procedimentos e tecnologias atreladas ao Direito Processual Digital.

Porém, se visto sob a ótica do cidadão enquanto usuário da prestação de serviços jurisdicionais enquanto mecanismo de efetivar a Justiça a pressuposição pode ser mais tormentosa, vez que se com todo o processo formativo no interior dos tribunais os dados são residuais, fora a ausência de políticas públicas que incentivam e implementam o letramento informacional são quase inexistentes ou meramente principiológicas, tal como a Política Nacional de Educação Digital.

Não há como ignorar esse cenário, especialmente se se pensa em um contexto mais restrito, onde a justiça distributiva já tem dificuldade de atender aos sujeitos de direito com distintas esferas jurídicas subjetivas.

(15) Legenda: Aberto – disponível para o público; Restrito – disponível apenas para servidores.



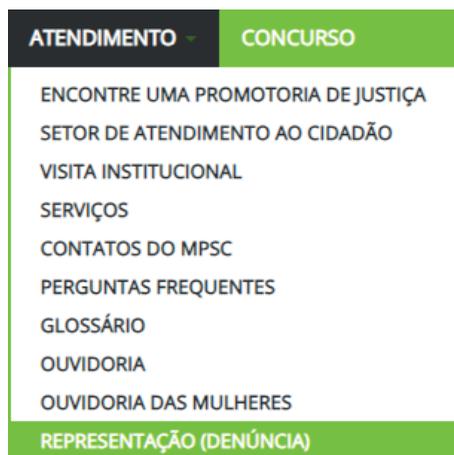
Neste caso, tem-se a referência às pessoas com deficiência. Detalha-se.

Siqueira et al. (2023) evidenciam esse contexto sob a ótica estrutural e institucional do Ministério Público, órgão esse com função direcionada à tutela dos vulneráveis no sistema jurídico brasileiro. Os autores ressaltaram que no site do Ministério Público da Bahia havia um *Captcha* para que uma pessoa com deficiência visual o solucionasse. Ocorre que o *Captcha* não trazia nenhum tipo de som para auxiliar o sujeito que pretendesse ajuizar uma reclamação perante o órgão ministerial.

No mais, Siqueira et al. demonstram que para uma pessoa com deficiência visual pleitear uma denúncia no site do Ministério Público de Santa Catarina ele deveria selecionar uma caixa de opções para, posteriormente, clicar no campo “Denúncia”.

Figura 3

Menu sem acessibilidade - MPSC



Nota. De “Figura 3”, por MPSC, 2024, <https://www.mpsc.mp.br/>

Por fim, os autores demonstram que nos MPAC, MPAL, MPMS ou MPSC alguns campos estão marcados com “*” (asterisco). Esse asterisco tem como significado a *obrigatoriedade de prestar uma informação*. Contudo, em momento algum foi identificado pelos responsáveis qualquer tipo de instrução prévia acerca dessa informação. Pressupõe-se o seu conhecimento e inteligibilidade. Portanto, sujeitos de direito que não conhecem o termo e não possuem o letramento informacional adequado provavelmente não conseguiram prosseguir com o atendimento em razão dessa falha.

Perceba-se que todas as ideias e práticas trazidas atendem minimamente a concepção de Justiça Distributiva e o ideal de um Tribunal Virtual de Susskind⁽¹⁶⁾. As cortes brasileiras, em sua versão online, apresentam consideráveis avanços desde a proposta do Programa Justiça 4.0. Contudo, os avanços são aparente e majoritariamente unilaterais e minoritariamente pessoais (ainda que unilateral). Há ainda um longo percurso acerca de sua completa satisfação. Inclusive, Susskind questiona se existirá um momento que consagre essa satisfação, pois no ramo tecnológico a busca por melhorias é o que norteia o desenvolvimento, aprimoramento e as próprias atividades inventivas. Contudo, a Justiça Distributiva somente será alcançada quando o foco se virar para o sujeito de direito titular da prestação jurisdicional e da *justiça enquanto serviço*.

6. Conclusões

O problema de pesquisa que norteou o presente artigo foi: o Programa Justiça 4.0 tem atendido os fundamentos e preceitos fundamentais dos Tribunais Virtuais de Richard Susskind, bem como à Justiça Distributiva? Durante a escrita, delimitou-se alguns termos operacionais, com fundamento em Susskind. Para o autor, o Tribunal Virtual (Online Court) é uma *prestação de serviços*. Essa prestação engloba não apenas a atividade jurisdicional, mas também mecanismos de atendimento e de prevenção à litigiosidade. A visão de Justiça de Susskind é, portanto, mais ampla que a tradicionalmente difundida em seu aspecto objetivo, relativo ao simples acesso, bem como ao aspecto subjetivo, relativo ao fornecimento da justiça de forma eficaz, mas com enfoque no procedimento enquanto ato litigioso.

A concepção de *Online Court* permeia algumas noções basilares de Justiça, dentre elas a Justiça Distributiva. Trata-se também de uma revisão modelada do pressuposto aristotélico ou rawlsiano que não se limita à distribuição de recursos, mas pela criação de formas e estruturas institucionais capazes de

(16) Chocobar Reyes (2022) reforça a concepção da equidade digital enquanto requisito intrínseco às Políticas de Transformação Digital



reconhecer as diferentes condições subjetivas de cada sujeito de direito e incluí-los na prestação dos serviços da corte.

A partir dessas concepções, o trabalho objetivou verificar se o Programa Justiça 4.0 se amolda e atende a essas pretensões. A justificativa pela qual se deu o problema é a de que o próprio programa tem como fundamento os ideais de Susskind. Durante a pesquisa realizada, verificou-se que a intensa produção informacional, tecnológica e científica tem sido realizada de forma seletiva. A gestão do conhecimento e a capacidade de compreensão e aplicação das ferramentas tem sido concentrada ordinariamente nos tribunais.

O resultado poderia parecer positivo. Porém, demonstra-se que há uma capacitação de sujeitos já pré-capacitados, cujo letramento informacional complementar não seria um desafio muito grande. Mas, mesmo neste cenário, o número de servidores é consideravelmente reduzido. Não há uma aliança de interesses na instituição capaz de forçar os envolvidos a realizar os cursos e colaborar com a implementação de novas práticas processuais digitais. No mesmo sentido, prende-se os recursos a esses indivíduos e centra-se a informação em um local cujo resultado não possui expressividade perante a sociedade. E, para agravar a situação, essa sequer recebe estímulos pelo executivo ou pelo judiciário para, mediante políticas educacionais com impacto suficiente para proceder ao letramento informacional.

Diante de todas as circunstâncias evidenciadas e das situações trazidas, verifica-se que o Programa Justiça 4.0 tem atendido *minimamente* os fundamentos e preceitos fundamentais dos Tribunais Virtuais de Richard Susskind, bem como à Justiça Distributiva. Ainda há um longo percurso para atendimento do propósito inicial estipulado. A vida da educação e instrução da população parece ser a mais adequada para a redução dessa problemática. Porém, exige-se esforços conjuntos entre as instituições estatais, especialmente o executivo e o judiciário, para que haja a disponibilidade de materiais suficientes a permitir a participação do sujeito de direito em busca de sua tutela jurídica.

Referências bibliográficas

- Alvarado Bayo, M., & Supo Calderón, D. (2022). Metaverso y Non-Fungible Tokens (NFTs): Retos y Oportunidades desde la perspectiva del derecho de marcas. *IUS ET VERITAS*, (64), 115-134. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202201.006>
- Amorim, A. (2011). A Justiça em Aristóteles—Estudo sobre o caráter particular da justiça aristotélica. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, 4(1).
- Aristóteles. (2001). *Ética a Nicômaco* (4.ª ed.). (M. da Gama Kury, Trad.). Editora Universidade de Brasília.
- Association of College, Research Libraries & American Library Association. (2000). *Information literacy competency standards for*

higher education. American Library Association.

Bonat, D., Assis, G., & Da Silva Rocha, M. (2022). Acesso à Justiça, Grupos Vulneráveis e Exclusão Digital: uma Análise Crítica do Atendimento da Defensoria Pública do Estado de Goiás Durante a Pandemia da Covid-19. *Direito Público*, 19(102).

Center on International Cooperation (2019). *Justice For All: The report of the task force on Justice*. https://docs.wixstatic.com/ugd/90b3d6_746fc8e4f9404abe994928d3fe85c9e.pdf

Chocobar Reyes, M. (2022). Política Nacional de Transformación Digital: Aspectos centrales para la equidad digital. *IUS ET VERITAS*, (65), 41-56. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202202.003>

Conselho Nacional de Justiça. (2021). *Juízo 100% Digital: Court as a service, not as a place*. <https://www.cnj.jus.br/juizo-100-digital-court-as-a-service-not-as-a-place/>.

Conselho Nacional de Justiça. (2022). *Censo do Poder Judiciário*. <https://www.cnj.jus.br/censo-do-poder-judiciario/>

Conselho Nacional de Justiça. (2023) *Justicia 4.0*. <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/>

Divino, S. & Magalhães, R. A. (2020). Inteligência artificial e direito empresarial: Mecanismos de governança digital para implementação e confiabilidade. *Economic Analysis of Law Review*, 11(3), 72-89.

Gasque, K. & Tescarolo, R. (2010). Desafios para implementar o letramento informacional na educação básica. *Educação em Revista*, 26(01), 41-56.

Gutiérrez de Oliveira Albuquerque, G., & Ribas, L. (2022). Implementación de la Política de Manejo de Conflictos en el Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso do Sul bajo el Sesgo de Acceso a la Justicia Digital y las Innovaciones Tecnológicas. *Derecho Público*, 19(102). <https://doi.org/10.11117/rdp.v19i102.6315>

Istoé Dinheiro. (2023). *Advogados serão substituídos por “robôs”, diz empresa de inteligência artificial*. Istoé Dinheiro. <https://istoedinheiro.com.br/advogados-serao-substituidos-por-robos-diz-empresa-de-inteligencia-artificial/>.

Meade, J. E. (1993). *Liberty, equality and efficiency: Apologia pro agathotopia mea*. Springer.

Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD. (2023). *OECD criteria for people-centred justice services*. <https://search.oecd.org/governance/global-roundtables-access-to-justice/oecd-criteria-for-people-centred-design-and-delivery-of-legal-and-justice-services.pdf>



- Piaget, J. (1994). *O juízo moral na criança*. Grupo Editorial Summus.
- Protásio, A., de Faria, C. & Peixoto, F. (2022). Projeto Simplificar 5.0: Legal Design e Inteligência Artificial Ampliando o Acesso à Justiça. *Direito Público*, 19(102).
- Rampim, T., & Igreja, R. L. (2022). Acesso à Justiça e Transformação Digital: um Estudo sobre o Programa Justiça 4.0 e Seu Impacto na Prestação Jurisdicional. *Direito Público*, 19(102).
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Harvard University Press.
- Roberto, W. (19 de Febrero de 2021). Advogados serão substituídos por robôs?. *Juristas*. <https://juristas.com.br/artigos/advogados-serao-substituidos-por-robos/>
- Russell, S. & Norvig, P. (2010). *Artificial intelligence: a modern approach*. Pearson Education.
- Santos, A. et al (2020). Letramento informacional, Covid-19 e infodemia. *Liinc em Revista*, 16(2), 5214-5214.
- Santos Divino, S. B. (2020). Procedural Theory of the Subject of Law and Non-human Animals: Criteria for recognition of legal subjectivity from the perspective of critical theory. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 10, 182-196.
- Siqueira, S. et al. (2023). Who watches the watchers? Accessibility of the public prosecutor's office websites in Brazil and implications for e-government accessibility surveillance policies. *Electronic Government - An International Journal*, 19(1), 72-94.
- Susskind, R. (2019). *Online courts and the future of justice*. Oxford University Press.
- Teixeira de Freitas, A. (1952). *Código Civil: Esboço* (Vol. 3). Ministério da Justiça e Negócios Interiores - Serviço de Documentação
- Aubenque, P. (1963). [Review of *La Politique, nouvelle traduction avec introduction, notes et index*, (« *Bibliothèque des textes philosophiques* ».), by J. Tricot & Aristote]. *Les Études Philosophiques*, 18(2), 208–208. <http://www.jstor.org/stable/20844292>
- Vale, L. & Pereira, J. (2023). *Teoria Geral do Processo Tecnológico*. Revista dos Tribunais.
- Vita, Á. (1999). Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 14, 41-59. <https://doi.org/10.1590/S0102-69091999000100003>



El proceso de reparación colectiva de las grandes catástrofes^(*)

Collective litigation for redressing major disasters

Edilson Vitorelli^()**

Universidad Federal de Paraná (Curitiba, Brasil)

Resumen: Este trabajo analiza el caso de la catástrofe de Brumadinho, ocurrida en Brasil en 2019 y que causó la muerte de 272 personas, además de graves daños ambientales. El sistema de procesos colectivos en Brasil, compuesto en su mayoría por instituciones públicas, respondió con un rápido llenado de acciones colectivas que se resolvieron en un período de dos años, mediante tres acuerdos colectivos. Este artículo analiza, a partir de investigación bibliográfica y datos primarios, los elementos del modelo procesal colectivo brasileño que contribuyeron al éxito del caso y cómo podrían servir de inspiración para otros países.

Palabras clave: Catástrofe medioambiental - Litigios colectivos - Mecanismo de reparación.

Abstract: This paper analyzes the case of the Brumadinho disaster, occurred in Brazil in 2019, which caused the death of 272 people, in addition to serious environmental damage. The Brazilian collective process system, formed predominantly by public institutions, responds with the prompt prosecution of collective actions, which resulted, in a period of two years, in three collective agreements. This article analyzes, through bibliographical research and primary data, the elements of the Brazilian collective litigation model that contributed to the success of the case and how they could serve as inspiration for other countries.

Key-words: Environmental disaster - Collective litigation - Reparation scheme.

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 27 de febrero de 2024 y su publicación fue aprobada el 20 de mayo de 2024.

(**) Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Federal de Paraná (Curitiba, Brasil). Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Minas Gerais (Brasil). Correo: edilsonvitorelli@gmail.com.



1. Introducción

No hay contexto en el que resulte tan difícil impartir una justicia equitativa como el de las catástrofes técnicas. Las víctimas se ven afectadas de muchas maneras y tienen necesidades diferentes que deben ser satisfechas por las instituciones que actúan en las actividades de reparación, incluido el poder judicial (Farber & Faure, 2010).

Hemos denominado a este tipo de situación litigio colectivo irradiado (Vitorelli, 2016) y hemos señalado que este contexto es propenso a conflictos intraclase que afectan a la rapidez y eficacia de la reparación. Si el resarcimiento ha de obtenerse mediante un proceso colectivo, estas circunstancias pueden incrementar los costes y privar de sus derechos a las víctimas más vulnerables. La justicia tiende a ser lenta, desigual e injusta.

Este trabajo presenta las iniciativas de reparación en el caso Brumadinho, uno de los mayores desastres ambientales de todos los tiempos en todo el mundo, ocurrido en Brasil, en 2019. Un viernes cualquiera, a la hora del almuerzo, una presa de residuos mineros reventó y liberó una ola de decenas de toneladas de lodo. En segundos, murieron 272 personas (entre ellas dos niños no nacidos) y muchas otras fueron desplazadas. Se contaminó el suministro de agua y se destruyó todo el ecosistema. Se diagnosticaron varios otros tipos de daños, desde graves efectos económicos hasta familias que perdieron casi todo lo que tenían, incluidos muchos parientes.

Contra todo pronóstico, en un periodo de dos años se firmaron tres grandes acuerdos y se indemnizó a más de 200.000 personas. Además, los gobiernos locales y estatales recibieron importantes sumas para invertir en la mejora de los servicios públicos de la región.

En este trabajo se señalan los factores que han contribuido a este éxito y, más concretamente, el modelo de proceso colectivo que lo ha hecho posible. Cabe señalar que este modelo difiere considerablemente de las acciones colectivas estadounidenses y también de las iniciativas que se están impulsando actualmente en Europa. Por estas razones, la experiencia brasileña puede tener algo que añadir a los estudios globales sobre litigios colectivos y reparación⁽¹⁾.

El método utilizado en esta investigación es la prospección bibliográfica, junto con datos primarios obtenidos del caso

examinado. La hipótesis que se investiga es la posibilidad de que la experiencia brasileña pueda transponerse a los sistemas procesales de otros países.

2. Modelos de proceso colectivo y catástrofes

La ocurrencia de una catástrofe medioambiental como la de Brumadinho pone en tela de juicio la capacidad del sistema judicial para proporcionar una reparación adecuada a las víctimas, así como al medio ambiente, considerado como un bien colectivo. En este contexto, reparación adecuada significa que las medidas reparadoras deben ser (i) compatibles con el daño experimentado; (ii) capaces de llevarse a cabo en un corto periodo de tiempo; y (iii) con los menores costes de transacción posibles, tanto para las partes como para la sociedad.

Partiendo de estas tres premisas, es fácil percibir que un modelo de procesos individuales será insuficiente para satisfacer las necesidades de los diferentes subgrupos de víctimas. En primer lugar, las reparaciones individuales requieren la contratación de abogados y la tramitación de miles de casos, lo que implica altos costes de transacción para las víctimas y para la sociedad⁽²⁾. Concretamente en el caso brasileño, gran parte de los costes procesales son absorbidos por el presupuesto público, las tasas procesales son bajas e implican la recaudación de sólo aproximadamente 1/8 del coste total del Poder Judicial, por lo que la sociedad, ya perjudicada por la catástrofe, se verá nuevamente perjudicada por el coste de su reparación⁽³⁾.

En segundo lugar, las reparaciones individuales tienden a ser desiguales entre las víctimas, que serán juzgadas por distintos jueces y estarán representadas por abogados

(1) La información general sobre el sistema jurídico brasileño, que puede ser útil para una mejor comprensión de los antecedentes del caso, está disponible en inglés en "A Supreme Court Made in Brazil: How the Justice System is Reshaping the Law and Politics in the West's Second-Largest Democracy" de Edilson Vitorelli (2022).

(2) Véase, en general, "New trends in financing civil litigation in Europe: A legal, empirical, and economic analysis" de Mark Tuil & Louis Visscher (2011).

(3) El Poder Judicial brasileño publica informes estadísticos muy detallados e informativos; los cuales, se encuentran disponibles en www.cnj.jus.br



de distinta dedicación y habilidad. Habrá litigantes “afortunados” que recibirán grandes sumas, y otros “desafortunados”, que tendrán derecho a poco o nada (Bone, 1993, pp. 561-663). Además, el desequilibrio entre las posiciones procesales de la víctima, aislada y ansiosa de recibir algo, y la entidad causante del daño, bien asesorada, bien financiada y con una visión general del conflicto, implica el riesgo de que el perjudicado, al tratar individualmente, se vea abocado a aceptar acuerdos desventajosos⁽⁵⁾.

En este escenario, las ventajas de recurrir a técnicas procesales colectivas son evidentes. Se reducen los costes procesales totales e individuales, aumenta la fuerza negociadora del grupo y se proporciona una reparación con criterios coherentes para todos. El proceso colectivo es, por tanto, más que una opción, una necesidad en los escenarios de catástrofe.

El problema reside en definir qué modelo de proceso colectivo. En Estados Unidos, la Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil adoptó la opción de estimular económicamente al agente que actúa en nombre del grupo. En línea con el pensamiento económico de Mancur Olson (1965), el modelo norteamericano busca alinear el interés del agente con el beneficio para el grupo, recompensando al abogado que asume los riesgos y costes del proceso si el resultado es ventajoso para las víctimas.

Este modelo tiene ventajas e inconvenientes. El incentivo económico induce al abogado a litigar enérgicamente el caso, maximizando el beneficio para el grupo como forma de aumentar su propia ganancia⁽⁶⁾. Esta alineación de intereses, que instrumentaliza la ganancia privada para el bien público (Hensler, 2000, p. 123), ahorra a las partes tener que interponer demandas individuales, lidiar con las exigencias de su gestión y, sobre todo, con los riesgos de derrota. Desde la perspectiva de la sociedad, la reparación se obtiene sin necesidad de invertir en una estructura reguladora para la prevención de actos ilegales. El efecto disuasorio se obtiene imponiendo el riesgo de enjuiciamiento y futura condena (Rosenberg, 1987, pp. 561-596).

Por otra parte, la literatura especializada señala que los problemas de este modelo no son insignificantes. Un modelo de acción colectiva privada afloja el control que la parte ejerce sobre el abogado, convirtiendo a éste en un “abogado

general privado” con capacidad para tomar decisiones clave que influirán en el resultado de la demanda⁽⁶⁾. Especialmente en un contexto en el que la mayoría de los casos terminan en acuerdo, el riesgo de que se produzcan “tratos de favor” que aumenten los beneficios del abogado en detrimento de las víctimas no es desdeñable y se ha comprobado empíricamente en más de un caso. El control judicial, con requisitos de representación adecuada y procedimientos de ratificación de los acuerdos, se señaló no sólo como insuficiente, sino también como raramente ejercido.

Por otra parte, el modelo europeo hace hincapié en la acción reguladora. Los organismos públicos, actuando en calidad de defensores del pueblo, ejercen la supervisión de determinados segmentos del mercado y definen normas, imponen conductas, investigan infracciones y determinan medidas correctoras. En un estudio empírico, Hodges & Voet (2018), sostienen que la estrategia reguladora es más eficaz que el proceso, ya que produce mejores resultados, en menos tiempo y con menores costes de transacción.

Sin embargo, aunque los reguladores pueden desempeñar un papel importante en la prevención de catástrofes exigiendo medidas de seguridad, es poco probable que puedan ofrecer una reparación a gran escala en el contexto de lesiones que son significativas desde la perspectiva del individuo. El ámbito de la investigación de Hodges & Voet, centrada en las lesiones leves de los consumidores, es distinto del contexto analizado aquí.

Esta observación apunta a la necesidad de hacer hincapié en una circunstancia que no siempre queda suficientemente clara en la bibliografía: la elección de un modelo

(5) Véase “Mass torts in a world of settlement” Richard Nagareda (2007), “A profile of settlement” de John Barkai, Elizabeth Kent & Pamela Martin (2006, pp. 34-39) y “Against settlement” en “Discussions in Dispute Resolution” de Owen Fiss (2021, pp. 347-350).

(6) Véase “The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action” de John Coffee (1987, pp.877-937) y “Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall, and Future” de John Coffee (2015).

(8) Para mayor información, véase: “Class Actions: The Class as Party and Client” de David Shapiro (1998, pp. 913–962); “Fairness to the Absent Members of a Defendant Class: A Proposed Revision of Rule 23”, de Elizabeth Barker Brandt (1990, pp. 909-948); “Accountability and Competition in Securities Class Actions: Why Exit Works Better Than Voice”, de John Coffee Jr (2008, pp. 407-444); “Class actions and client-centered decisionmaking”, de Lawrence M. Grosberg (1989, pp. 709-788); “Class action conflicts”, de Samuel Issacharoff (1997, pp. 805-833) y “Abuse in Plaintiff Class Action Settlements: The Need for a Guardian During Pretrial Settlement Negotiations”, de Sylvia R. Lazos (1985, pp. 308-332).



de proceso colectivo depende del perfil del conflicto que se pretende resolver. Los conflictos colectivos con diferentes características pueden requerir diferentes métodos de reparación y una solución de “talla única” probablemente no sea la respuesta.

3. La teoría de los conflictos colectivos: una propuesta

En 2015, expuse la idea de que la regulación de los sistemas procesales colectivos debe hacerse no considerando la naturaleza del derecho lesionado, derechos de los consumidores, medio ambiente, etc., sino contemplando el perfil del litigio que se deriva de la lesión⁽⁹⁾

Brevemente, la propuesta presentada sugería que existen tres tipos de disputas colectivas, que requieren diferentes técnicas reparadoras. Llamé “disputas (o litigios) globales” a aquellas que afectan a la sociedad en general, pero que tienen repercusiones mínimas sobre los derechos de los individuos que la componen. Presentan un bajo nivel de conflictividad dentro del grupo, dado el escaso interés que tienen los individuos en buscar soluciones al problema colectivo. Se trata, en otras palabras, de una disputa que sólo es relevante cuando se contempla colectivamente, pero que es irrelevante desde la perspectiva de cada individuo.

En oposición a este primer concepto está el de “disputas locales”, que es cuando la disputa, aunque colectiva, afecta a personas determinadas, en una intensidad significativa, capaz de alterar aspectos relevantes de sus vidas. Estas personas, sin embargo, comparten algún tipo de vínculo de solidaridad social, que las hace pertenecer a una comunidad diferente de otros segmentos sociales. Es el caso de la lesión grave de los derechos de grupos indígenas, minorías étnicas, empleados de una determinada empresa, etc.

Por último, el tercer tipo se denomina “disputas irradiadas”. Esta categoría representa la situación en la que el perjuicio es relevante para la sociedad implicada, de forma colectiva, pero afecta, de forma diversa y variada, a los distintos subgrupos que intervienen en el caso, y entre ellos no existe una perspectiva social común, ningún vínculo de solidaridad. Las catástrofes medioambientales entran en esta categoría. Cuando estudiamos el caso de Brumadinho, el de la BP en Estados Unidos o el de la fuga de contaminantes en Bophal, vemos que hay diferentes esferas de impacto, con subgrupos perjudicados de forma más o menos grave, dependiendo de cómo se vean afectados. En el caso de Brumadinho, como se ha descrito anteriormente, los impactos van desde víctimas

mortales y sus familias hasta impactos psicológicos, pérdidas catastróficas de propiedades, impactos en grupos indígenas y tribales, y pérdidas económicas difíciles de medir, tanto para los gobiernos como para las empresas privadas. Hay, por tanto, subgrupos más y menos afectados.

En una disputa global, la preocupación del proceso de reparación debe centrarse únicamente en el aspecto colectivo del caso. Aunque las reparaciones a víctimas concretas de escasa cuantía pueden ser deseables, es contraproducente que el sistema se centre en tales medidas. Lo más probable es que los costes de la reparación individual superen los beneficios (Rhode, 1991). El verdadero valor social en estos casos es evitar que las ganancias mal habidas se sumen al patrimonio de quienes causaron el daño, y preservar valores que la sociedad aprecia colectivamente, como la sana competencia en el mercado.

En cambio, en los litigios locales, la atención se divide entre la reparación colectiva y la individual. No se puede sacrificar al bienestar colectivo a alguien que ha sufrido una pérdida importante en su vida. En este caso, el sistema procesal debe garantizar que las víctimas tengan, en persona o a través de sus representantes apropiados, oportunidades procesales significativas para presentar sus pruebas y obtener reparación por sus pérdidas personales. La prevención de futuros delitos y la perspectiva colectiva son, en comparación, menos importantes que proporcionar una respuesta adecuada a los impactos causados a las víctimas (Burch, 2009). Sin embargo, por las razones ya mencionadas, es importante que la reparación individual no requiera demandas individuales, sino que se lleve a cabo mediante técnicas procesales colectivas.

Por último, en un litigio irradiado, el problema consiste en elaborar estrategias para que los subgrupos más afectados reciban prioridad en las medidas de reparación. Por obvia que parezca esta afirmación,

(9) Véase una explicación abreviada de la teoría en inglés en “Collective Due Process of Law: Reconciling Representation and Participation” de Edilson Vitorelli (2017, pp. 345-391.).



empíricamente es más difícil de lo que parece. A menudo ocurre que los grupos menos afectados están muy movilizados y, por tanto, reciben más atención que los grupos más afectados con un menor grado de organización política o social (Pitkin, 1984). Por ejemplo, en el caso de la catástrofe de Mariana, otro caso relacionado con el derrumbe de una presa minera, ocurrido tres años antes que el de Brumadinho, las familias de las víctimas desplazadas por el lodo aún no habían sido realojadas en nuevas viviendas, siete años después del evento. Mientras tanto, ya se habían gastado varios miles de millones de dólares en reparaciones para las personas que vieron interrumpido el suministro de agua potable durante unos días o que sufrieron pérdidas económicas menores. Decir que en las disputas irradiadas se debe dar prioridad a quienes sufrieron mayores daños sólo es obvio desde el punto de vista del discurso, no de los resultados que se ven en la práctica (Yeazell, 1977; Margulies, 1999).

En resumen, no basta determinar que los perjuicios colectivos deben tratarse mediante un proceso colectivo. Es posible categorizar distintos tipos de conflictos colectivos, cada uno de los cuales requiere técnicas procesales específicas.

4. Calibrar los litigios colectivos en función de las características del caso: el modelo brasileño de proceso colectivo en caso de catástrofe

Si se aceptan las consideraciones anteriores, la conclusión es que no existe un modelo de reparación colectiva que pueda ser asumido por un sistema y que sea adecuado para todas las situaciones. El modelo de reparación a través de agencias administrativas, adoptado en varios países europeos, tiene un buen potencial para la solución de litigios globales, en los que el interés en la reparación de los individuos es menos prominente que el interés en la perspectiva colectiva del caso. El modelo norteamericano de la Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil funciona mal en este escenario, al exigir una serie de garantías procesales, como la notificación a los miembros del grupo, las audiencias de aprobación del acuerdo y la oportunidad de ejercer un *opt-out*, que son innecesarias y ya han sido diagnosticadas como carentes de sentido por los propios autores norteamericanos. Además, la gran dispersión del grupo y el escaso interés de cada individuo hacen que tengan poco o ningún interés en controlar el trabajo del abogado.

Por otra parte, la experiencia europea es potencialmente menos adecuada para los litigios locales, en los que las

circunstancias del perjuicio experimentado por cada individuo son significativas, aunque pertenezca a un grupo de perjudicados. En este caso, el modelo de acciones colectivas funciona mejor, porque proporciona mayor relevancia a la situación del miembro del grupo. Los requisitos de identidad razonable de intereses entre el representante y los demás perjudicados, las posibilidades de notificación y de exclusión voluntaria, la participación personal en algunos actos del pleito, así como la mayor articulación social entre los miembros del grupo permiten que éstos puedan controlar potencialmente con mayor eficacia la labor del abogado. Estas condiciones están ausentes cuando el grupo está disperso, como en el caso de los litigios globales.

Sin embargo, el contexto que más interesa aquí es el de los conflictos irradiados. Estos casos enredan las dos perspectivas anteriores, mezclando situaciones de personas altamente lesionadas que ocupan posiciones centrales en el conflicto con las de otros subgrupos cuyas lesiones son menos significativas. En estos casos, es probable que tanto el modelo de acción colectiva como el modelo normativo, tomados singularmente, resulten inadecuados.

En particular, en los litigios irradiados por catástrofes, los reguladores tenderán a centrarse en la reparación del medio ambiente y otros valores colectivos, ya que es poco probable que puedan realizar indagaciones complejas sobre las repercusiones del suceso en subgrupos específicos de víctimas que, por ejemplo, se han visto privadas de sus hogares, han perdido sus fuentes de ingresos, etc.⁽¹⁰⁾. Por otro lado, las demandas colectivas tenderán a centrarse únicamente en asuntos que sean económicamente rentables para los abogados, es decir, demandas que tengan un potencial significativo de retorno financiero. Esto significa que las demandas meritorias pueden no ser resueltas ni por la regulación ni por el mercado.

Debido a esta posible zona de insensibilidad entre los modelos norteamericano y europeo,

(10) El caso de la marea negra de BP, en Estados Unidos, también ilustra esta cuestión. Véase "The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation" de Samuel Issacharoff y Theodore Rave (2014, pp. 397-431) y "Prometheus Unbound: The Gulf Coast Claims Facility as a Means for Resolving Mass Tort Claims - A Fund Too Far" de Linda Mullenix (2011, pp. 819-916).



el modelo brasileño de litigio colectivo merece ser considerado. Brasil estableció, a partir de 1985, un sistema de litigio colectivo en el que instituciones públicas independientes y asociaciones civiles pueden litigar colectivamente en defensa de los derechos de la sociedad. La solución brasileña se basa en dos premisas: la pluralidad de agentes y la motivación derivada del cumplimiento de sus fines institucionales, no del lucro.

En cuanto al primer aspecto, el principal demandante del sistema brasileño de litigios colectivos, durante los últimos treinta años, ha sido el Ministerio Público. Aunque, en la mayoría de los países, la institución es la encargada de conducir los procesos penales, la Constitución brasileña de 1988 le encomendó también los procesos colectivos. Además, la Constitución dotó al Ministerio Público de independencia administrativa y financiera, de modo que la institución disponga de recursos para llevar a cabo los procesos colectivos de los que se encarga. Además, sus miembros también son independientes entre sí, del mismo modo que los jueces, lo que significa que existe una amplia libertad creativa y de actuación para los miembros de la carrera.

Desde un punto de vista cuantitativo, el rol del Ministerio Fiscal es importante en el acceso a la justicia de la sociedad. Teniendo en cuenta sólo los dos actos principales de los procesos colectivos, que son el enjuiciamiento de la demanda y la transacción, sólo los datos de 2019 suman 23.903 asuntos nuevos y 15.600 transacciones⁽¹¹⁾. Un sistema procesal que produce, en un solo año, más de 38.000 actos relevantes en favor de la comunidad, sin que las víctimas de los distintos hechos dañosos tengan que actuar, es sin duda un sistema exitoso desde el punto de vista cuantitativo.

Además del Ministerio Público, que cuenta con aproximadamente 13.000 miembros activos, la legislación brasileña también permite que las demandas colectivas sean iniciadas por la oficina del defensor público, cuyos miembros también son independientes, y por otros organismos públicos, como las agencias reguladoras. Aunque éstos lo hagan en menor medida, ya sea por falta de estructura (en el caso de la defensoría pública) o de independencia (en el caso de las agencias), esta disposición amplía las posibilidades de que se presenten casos relevantes.

Por último, el sistema también permite que las demandas sean iniciadas por asociaciones privadas. Las asociaciones no reciben incentivos económicos directos del proceso, pero se espera de ellas que actúen como medio para cumplir sus fines institucionales. Aunque las demandas colectivas interpuestas por asociaciones son bastante infrecuentes, hay

casos relevantes que se han presentado por iniciativa de estas entidades privadas.

Esta multiplicidad de acceso a la demanda colectiva aumenta las posibilidades de que, en caso de catástrofe, los distintos subgrupos puedan estar representados judicialmente. Además, permite que subgrupos con intereses distintos o antagónicos encuentren representantes diferentes, permitiendo que sus perspectivas también formen parte del pleito. Todo ello sin que el grupo tenga que pagar ningún coste, ni antes ni después de la finalización del pleito, en forma de porcentajes de las ganancias obtenidas.

Así, es posible concluir que el sistema jurídico brasileño proporciona a la sociedad un mecanismo adecuado para la reparación de los daños colectivos. Tanto desde el aspecto cuantitativo como desde el de la calidad de la actuación de los litigantes, el sistema jurídico ha sido capaz de permitir el acceso a la justicia para muchos casos, sin coste para las víctimas y con un potencial considerable de actuación cualificada, dada la competencia entre varios posibles demandantes. Desde este punto de vista cualitativo, cabe destacar también que los miembros del Ministerio Público y de la Defensoría Pública son seleccionados mediante concursos públicos y remunerados con estándares razonablemente altos en el contexto nacional. Así pues, estas carreras atraen a profesionales suficientemente cualificados para tratar casos complejos.

5. El caso Brumadinho: las demandas⁽¹²⁾

Horas después del colapso de la presa de Brumadinho, aún durante la búsqueda de cuerpos y supervivientes, comenzaron las demandas judiciales. El siniestro ocurrió un viernes y durante el fin de semana el Ministerio Público solicitó y obtuvo medidas cautelares para bloquear aproximadamente 1.000 millones de dólares de la empresa

(11) Disponible en <https://cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/mp-um-retrato-2020>.

(12) La información sobre el caso está disponible en portugués en <https://www.mg.gov.br/pro-brumadinho>. La mayor parte del contenido de este tema se ha obtenido directamente de las demandas que componen el caso.



minera Vale, como garantía para el pago de daños y perjuicios.

En las semanas siguientes, el Ministerio Fiscal, junto con la Defensoría del Pueblo, interpuso acciones colectivas para reparar el ambiente y los daños personales derivados del desastre.

La estrategia utilizada se refería a tres frentes diferentes de procesos: el primero, relativo a las familias de las víctimas mortales que eran empleados de la empresa - la mayoría- y que, por tanto, estaban protegidas por las normas del Derecho laboral. El segundo, a las familias de las víctimas no empleadas y de las personas que sufrieron lesiones muy graves, pero no mortales, como que sus casas quedaran sepultadas por el lodo. El tercer frente se refería a las medidas de reparación de los daños colectivos socioeconómicos y socioambientales en general.

Desde el punto de vista procesal, estas tres vertientes del litigio eran muy complejas. Por un lado, era necesario atender la demanda social de soluciones rápidas, más aún teniendo en cuenta que se trataba de la segunda catástrofe medioambiental minera en tres años en el mismo estado del país. Además, las personas que habían perdido sus medios de vida necesitaban urgentemente algún tipo de compensación provisional. Por otro lado, el número de víctimas y la dificultad de elaborar diagnósticos fiables sobre el caso, dada la necesidad de producir informes técnicos y otra información detallada sobre cada subgrupo afectado, sugerían la perspectiva de un litigio largo y difícil antes de que pudiera lograrse alguna reparación.

Afortunadamente, la empresa demandada, Vale, tampoco tenía interés en retrasar las indemnizaciones. Además de la importante cantidad de efectivo congelada por las medidas cautelares, la crisis de imagen derivada de una nueva catástrofe - sólo tres años después del caso Mariana - con tantas víctimas mortales, provocó una reducción del precio de las acciones y el descontento de los inversores. Vale también estaba siendo demandada por inversores estadounidenses. En los meses siguientes a la catástrofe, las investigaciones penales revelaron que empleados de Vale presuntamente presionaron a la empresa alemana Tuv Süd para que emitiera informes de estabilidad falsos para la presa. Estas condiciones dieron a las entidades que actuaban en nombre de la sociedad una baza negociadora que indicaba la posibilidad de negociaciones justas para un acuerdo.

Al mismo tiempo, el juez del pleito principal adoptó dos decisiones importantes, ambas de las cuales mejoraron la ventaja a favor de las instituciones públicas. En la primera, reconoció la responsabilidad de Vale de reparar todos los daños. Aunque la especificación de los daños seguía pendiente, y de hecho era el mayor reto, el efecto simbólico de esta sentencia era importante para la comunidad. Además, el juez decidió que todos los residentes de la ciudad de Brumadinho,

así como todos los que vivieran a menos de un kilómetro del río Paraopeba contaminado, tendrían derecho a recibir un importe mensual como ayuda de emergencia. Ese importe también era importante para evitar que la gente aceptara acuerdos individuales desventajosos para cubrir sus necesidades económicas inmediatas.

Otra perspectiva importante en el desarrollo inicial del caso fue la formación de una coalición institucional entre las entidades legitimadas para presentar las demandas colectivas. En lugar de competir entre sí por el protagonismo del caso, el Ministerio Público Federal, la Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado de Minas Gerais se aliaron y empezaron a presentar peticiones conjuntas en las demandas. Los miembros de cada institución empezaron a reunirse con frecuencia y crearon grupos de mensajería instantánea para mejorar la comunicación entre ellos.

El escenario estaba preparado para el siguiente paso: la negociación de los convenios colectivos.

6. Los dos primeros asentamientos: el grupo de trabajadores y el de no trabajadores más afectados

Las negociaciones para el acuerdo con las familias de los trabajadores fallecidos fueron las primeras en iniciarse y estuvieron dirigidas por la Fiscalía Laboral. Una de las dificultades de esta negociación fue que, dado que las personas tendrían una cantidad importante que percibir, se vieron acosadas por los abogados para que presentaran demandas individuales en lugar de esperar al convenio colectivo. La Fiscalía Laboral creó varias iniciativas de diálogo para concienciar a la gente de que tendrían más posibilidades de obtener buenos resultados si esperaban a las negociaciones colectivas.

El acuerdo se firmó menos de un año después de la catástrofe. Garantizaba indemnizaciones para todos los familiares de los fallecidos, así como pensiones vitalicias para los dependientes, seguro médico y otras prestaciones. Para los parámetros de



indemnización de la legislación brasileña - que son mucho más bajos que en Estados Unidos - el acuerdo era bastante satisfactorio.

La segunda iniciativa de acuerdo fue para las personas que sufrieron daños materiales muy elevados, aquellos sobre los que la riada de lodo hizo añicos. Este acuerdo adoptó una lógica ya utilizada en otros casos, de establecer tablas de indemnización parametrizadas, creando tablas de valores para los bienes que se perdieron y facilitando la prueba de la propiedad⁽¹³⁾. Los valores de esta tabla también eran muy superiores a lo que normalmente se practica en la legislación brasileña. El Poder Judicial ofreció un servicio de mediación para facilitar la firma de los acuerdos individuales y aproximadamente 500 familias los aceptaron.

Como puede verse, estos dos primeros acuerdos se centraban en los derechos de los particulares y adoptaban una dinámica de inclusión voluntaria: las personas que no estaban satisfechas o no podían acogerse a los acuerdos seguían conservando su derecho a litigar individualmente. Desde el punto de vista de Vale, estos acuerdos eran ventajosos porque, aunque pagaban cantidades más elevadas, permitían a la empresa obtener la aprobación de la gestión de las personas más afectadas, reduciendo la sensación de injusticia en la comunidad y, con ella, la presión sobre la empresa.

Hubo, sin embargo, algunos contratiempos: este segundo acuerdo fue celebrado sólo por la defensoría pública, sin conocimiento ni acuerdo del Ministerio Público y de las demás instituciones que estaban juntas en la coalición institucional a favor de la comunidad. Esto hizo tambalear la confianza entre las instituciones que conformaban la coalición, requiriendo un trabajo considerable de mediación de conflictos para evitar una ruptura entre los involucrados. Este incidente demostró que las coaliciones institucionales son bastante frágiles cuando cada uno está legitimado para actuar por su cuenta y, por lo tanto, los lazos personales de confianza entre los agentes públicos implicados pueden significar más que los compromisos formales. También es importante mencionar que este acuerdo, por muy interesante que sea, es muy limitado en cuanto al número de familias que pueden optar a él, debido a los límites geográficos establecidos. Por lo tanto, este acuerdo acabó teniendo un alcance reducido.

A pesar de estas limitaciones, estos dos acuerdos consiguieron indemnizar a un contingente considerable de personas, entre las más afectadas. Este procedimiento es compatible con la estrategia de litigio recomendada para los litigios irradiados, descrita anteriormente, ya que da prioridad a

los subgrupos más gravemente perjudicados. La reparación, en este caso, fue rápida y económicamente significativa.

7. El acuerdo global

Una vez abordados los problemas de los subgrupos más afectados, la coalición institucional se centró en la reparación global de los daños colectivos. La preocupación, en este punto, se centró en los daños socioambientales y socioeconómicos experimentados por la colectividad en su conjunto, sin tener en cuenta los daños personales. Como muestra la literatura, las catástrofes ambientales de gran escala, además de causar daños ambientales, sacuden las estructuras económicas de la región en la que ocurren, causando pérdidas para las empresas y las familias. Estos daños son difíciles de cuantificar y probar en un pleito individual, por lo que la coalición institucional optó por abordar esta cuestión con reparaciones que debían dirigirse a la colectividad en su conjunto, sin una necesaria evaluación de los daños experimentados por cada individuo.

Las negociaciones duraron un año y estuvieron a punto de romperse varias veces. Como predice la teoría de los litigios colectivos, se había instalado un alto grado de conflicto entre los distintos subgrupos. Varios de ellos rechazaron de plano la posibilidad de llegar a un acuerdo, argumentando que el caso debía llevarse a juicio. Otros querían influir en el diseño del acuerdo. A lo largo de las negociaciones, las instituciones públicas organizaron reuniones virtuales y actos públicos en línea -la mayoría de las negociaciones tuvieron lugar durante la pandemia de COVID-19- para escuchar e informar a la población.

Al final, el acuerdo global se concluyó poco después del segundo aniversario de la catástrofe. Garantizaba, entre otras reparaciones:

(13) Véase, entre otros, "Dispute System Design: La Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas", de Francis McGovern (2009, pp. 171-194); "The September 11th victim compensation fund: an effective administrative response to national tragedy", de Robert Ackerman (2005, pp. 135-229) y "Victim compensation fund: a circumscribed response or an auspicious model?", de Robert Rabin (2003, pp. 796-803).



- a) 1.500 millones de dólares para garantizar la continuidad de los pagos de ayuda de emergencia durante otros 4 años, hasta que la economía de la región se recupere;
- b) 1.000 millones de dólares para financiar proyectos de interés público, a elegir por las comunidades afectadas, en forma de presupuesto participativo. Esto incluye aproximadamente 250 millones de dólares para proyectos de crédito y microcrédito destinados a impulsar la economía local. Estas cantidades lo convierten en el mayor proyecto de microcréditos y el mayor proyecto de presupuesto participativo del mundo;
- c) 1.000 millones de dólares para mejorar los servicios públicos en la región;
- d) 3.000 millones de dólares de indemnización al gobierno estatal, que se invertirán en mejoras de los servicios públicos en todo el estado;
- e) 1.000 millones de dólares para inversiones en mejoras medioambientales en la región, como compensación por daños medioambientales irreparables;
- f) 2.500 millones de dólares para la recuperación de daños medioambientales reparables, con la garantía de que esta cantidad se incrementará en caso necesario.

Así, el acuerdo alcanza un valor aproximado de 10.000 millones de dólares, lo que lo convierte en el mayor acuerdo colectivo de toda América Latina y el cuarto mayor del mundo. Para la parte demandada, el acuerdo garantizó el descargo de todos los daños ambientales y económicos colectivos, de modo que Vale, a partir del acuerdo, sólo podría ser demandada por daños individuales, no colectivos.

El gobierno del estado, los ministerios públicos federal y estatal y la defensoría pública, instituciones que firmaron el acuerdo, crearon un comité de seguimiento para garantizar su ejecución. Este comité comenzó a reunirse semanalmente, entre ellos y con Vale, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones. El acuerdo establece que todas las decisiones del comité deben ser el resultado de deliberaciones mayoritarias (tres de los cuatro miembros), pero en un año todas fueron unánimes. Este fue el resultado de la confianza generada durante las negociaciones, no sólo entre las instituciones públicas, sino también con los representantes de la empresa. Un año después del acuerdo, se habían resuelto muchas dificultades y aún quedaban muchas por resolver. Sin embargo, en varias actividades se han producido avances importantes.

En segundo lugar, las instituciones que firmaron el acuerdo siguieron celebrando reuniones, presenciales y en línea, con la

comunidad para recabar sus opiniones sobre el acuerdo. En tercer lugar, se desarrolló una aplicación para teléfonos móviles que permitía realizar votaciones para que las comunidades pudieran elegir sus prioridades a la hora de invertir el dinero. Durante el primer año se celebró una gran votación en la que se eligieron las prioridades para la primera oleada de mejoras de los servicios públicos. Un año y medio después del acuerdo, ya se estaban realizando muchas mejoras en la región.

8. Observaciones finales

El caso Brumadinho está lejos de haber terminado. La lectura de las espeluznantes descripciones de cómo la ola de lodo, que se desplazaba a más de 100 kilómetros por hora, destrozó los cuerpos de las víctimas y el ecosistema, demuestra lo necesario que es invertir en nuevos modelos de prevención de catástrofes, ESG y cualificación de las estructuras públicas de supervisión. Los dirigentes de las empresas están siendo procesados por asesinato, pero no se espera que el caso concluya pronto. El Ministerio Público Federal ha iniciado una demanda estructural con el objetivo de recalificar los organismos y políticas federales de fiscalización de la actividad minera. Se llegó a un acuerdo estructural, en el que el gobierno federal aceptó adoptar las medidas estructurales solicitadas por el Ministerio Público en los próximos años⁽¹⁶⁾. Los casos de Mariana y Brumadinho son impresionantes no sólo por la magnitud del desastre medioambiental y humano, sino también porque son síntomas de un modelo de negocio insostenible.

Se espera que el acuerdo global del caso Brumadinho tarde al menos diez años en cumplir todos sus propósitos, y varias de sus disposiciones son difíciles de aplicar. También hay incertidumbre sobre los

(14) Sobre este tema, véase "Processo Coletivo e Direito à Participação", de Edilson Vitorelli & José Ourismar Barros (2022).

(15) Este autor incluyó que en aquel momento, yo estaba a favor de normas más estrictas para la ayuda financiera, con el fin de permitir que se pagara durante un período más largo, sólo a las personas más vulnerables y pobres. La reunión del grupo, sin embargo, favoreció unas normas de inclusión más laxas, lo que llevó a estimar que el dinero es suficiente para pagar a estos beneficiarios hasta 2025.

(16) Sobre el litigio estructural en Brasil, véase "Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática", de Edilson Vitorelli (2024).



derechos individuales de las víctimas que no están cubiertas por los acuerdos alcanzados hasta ahora. Las instituciones públicas presentaron, en 2022, una nueva demanda con el objetivo de crear una tabla integral de daños que permita el pago de indemnizaciones utilizando valores estandarizados para cada subgrupo de personas, pero a finales de 2022 no había resultados.

A pesar de todas estas dificultades, los resultados del caso son muy impresionantes. En un sistema procesal sobrecargado y normalmente lento, fue posible asegurar, en sólo dos años, un conjunto de acuerdos que, juntos, forman un sistema de reparaciones de varios niveles. Este sistema proporcionó indemnizaciones en cantidades superiores a las normas nacionales para los subgrupos de víctimas más afectados, y garantizó la compensación de todos los daños colectivos, socioambientales y socioeconómicos. No se trata de un logro menor.

Todos estos resultados fueron posibles gracias a la aplicación de un modelo de reparación colectiva poco habitual, basado en la actuación coordinada de instituciones públicas a las que la legislación nacional garantiza independencia y recursos financieros para llevar a cabo los pleitos y los acuerdos. De este modo, ninguna de las víctimas tuvo que pagar cantidad alguna en concepto de costas procesales y honorarios, lo que habría ocurrido en una acción colectiva según el modelo norteamericano. Los riesgos de conflictos de intereses y captura, que suelen señalarse como problemas en el trabajo de los organismos públicos, también se redujeron, debido a las numerosas salvaguardias para la independencia de los agentes públicos implicados.

Así, el caso Brumadinho demuestra, en primer lugar, que la creación de un sistema de acciones colectivas es necesaria para la reparación adecuada de los desastres medioambientales. Todas las victorias significativas obtenidas en el caso se produjeron en demandas colectivas, no en litigios individuales. En segundo lugar, el caso demuestra que un modelo de litigio colectivo basado en instituciones públicas independientes, debidamente financiadas y estructuradas puede ser una alternativa a la dicotomía entre las acciones colectivas norteamericanas y el modelo regulador europeo. La configuración del modelo brasileño permite minimizar los riesgos de captura, los conflictos de intereses y evitar que las víctimas tengan que pagar por la reparación de sus daños, ya que los costes procesales no se deducen de la indemnización, sino que derivan del cumplimiento de la tarea inherente a las funciones propias de las instituciones.

Cuando se considera que las principales víctimas de las catástrofes ambientales suelen ser las personas más pobres y vulnerables, parece razonable que la sociedad opte por aplicar recursos financieros en la estructuración de instituciones destinadas a procurar su reparación. Más que eso, el perfil

de la reparación requerida en el contexto de desastres, que involucra tanto daños ambientales como lesiones individuales, exige una configuración procesal que pueda multiplicar su enfoque para abarcar la naturaleza irradiada de la disputa. El modelo brasileño parece haber sido, al menos en este caso, capaz de garantizar estos propósitos y es poco probable que un modelo puramente privado o puramente regulador hubiera obtenido mejores resultados.

En este contexto, parece interesante considerar, desde el punto de vista de otros países latinoamericanos, cuyos sistemas procesales colectivos aún no han alcanzado la misma madurez que el de Brasil, los elementos que pueden extraerse de esta exitosa experiencia. El caso Brumadinho muestra que el litigio colectivo, basado en instituciones públicas independientes, como el Ministerio Público, podría ser un factor de incremento del Estado de Derecho en la región. También podría aumentar la posibilidad de implementar concretamente una agenda ESG en empresas de diversos sectores económicos en los que la realidad predominante sigue siendo la privatización del beneficio y la socialización del riesgo. Por último, podría contribuir a garantizar que las catástrofes medioambientales y humanas no se conviertan en catástrofes jurisdiccionales como resultado de procesos largos e ineficaces que no proporcionan a las víctimas una reparación adecuada.

Referencias bibliográficas

- Ackerman, R. (2005). The September 11th victim compensation fund: an effective administrative response to national tragedy. *Harvard Negotiation Law Review*, 10, 135–229.
- Barkai, J., Kent, E. & Martin, P. (2006). A profile of settlement. *Court Law Review*, 42, 34-39.
- Bone, R. (1993). Statistical Adjudication: Rights, Justice and Utility in a World of Process Scarcity. *Vanderbilt Law Review*, 46, 561-663.
- Brandt, E. (1990). Fairness to the Absent Members of a Defendant Class: A Proposed Revision of Rule 23. *Brigham Young University Law Review*, 1990(3), 909-948.
- Burch, E. (2009). Litigating groups. *Alabama Law Review*, 61(1), 1-59.



- Farber, D. & Faure, M. (2010). *Disaster Law*. Edward Elgar Publishing.
- Fiss, O. (2021). Against settlement. En J. Bouma, A. Kupfer & S. Rudolph (Eds.), *Discussions in Dispute Resolution* (pp. 347-350). Oxford University Press New York.
- Grosberg, L. (1989). Class actions and client-centered decisionmaking. *Syracuse Law Review*, 40, 709-788.
- Hensler, D. (2000). *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. RAND.
- Hodges, C. & Voet, S. (2018). *Delivering collective redress: new technologies*. Hart Publishing.
- Issacharoff, S. (1997). Class action conflicts. *Class Action Conflicts. U. C. Davis Law Review*, 30, 805-833.
- Issacharoff, S. & Rave, D. (2014). The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation. *Louisiana Law Review*, 74, 397-431.
- Coffee, J. (1987). The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action. *University of Chicago Law Review*, 54, 877-937.
- Coffee, J. (2008). Accountability and Competition in Securities Class Actions: Why Exit Works Better Than Voice. *Cardozo Law Review*, 30(2), 407-444.
- Coffee, J. (2015). *Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall, and Future*. Harvard University Press.
- Lazos, S. (1985). Abuse in plaintiff class action settlements: The need for a guardian during pretrial settlement negotiations. *Michigan Law Review*, 84(2), 308. <https://doi.org/10.2307/1289067>
- Macey, J. & Miller, G. (1991). The plaintiffs' attorney's role in class action and derivative litigation: Economic analysis and recommendations for reform. *The University of Chicago Law Review*. *University of Chicago. Law School*, 58(1), 1. <https://doi.org/10.2307/1599901>
- Margulies, P. (1999). The new class action jurisprudence and public interest law. *New York University Review of Law and Social Change*, XXV.
- McGovern, F. (2009). Dispute system design: The United Nations compensation commission. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1495855>
- Mullenix, L. (2011). The Gulf Coast Claims Facility as a Means for Resolving Mass Tort Claims - A Fund Too Far. *Louisiana Law Review*, 71, 819-916.
- Nagareda, R. (2007). *Mass torts in a world of settlement*. University of Chicago Press.
- Olson, M. (1965). *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Harvard University Press.
- Pitkin, H. (2023). *The concept of representation*. University of California Press.
- Rabin, R. (2003). The September 11 victim compensation fund: A circumscribed response or an auspicious model. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.447960>
- Rhode, D. (1982). Class conflicts in class actions. *Stanford Law Review*, 34(6), 1183. <https://doi.org/10.2307/1228362>
- Rosenberg, D. (1987). Class Actions for Mass Torts: Doing Individual Justice by Collective Means. *Indiana Law Journal*, 62, 561-596.
- Shapiro, D. (1998). Class Actions: The Class as Party and Client. *Notre Dame Law Review*, 73(2), 913-962.
- Sturm, S. (1991). A Normative Theory of Public Law Remedies. *Georgetown Law Journal*, 79(5).
- Tuil, M. & Visscher, L. (2011). *New trends in financing civil litigation in Europe*. Edward Elgar Publishing.
- Vitorelli, E. (2016). *O Devido Processo Legal Coletivo*.
- Vitorelli, E., Hess, B. & Isidro, M. (2017). Collective Due Process of Law: Reconciling Representation and Participation. In L. Cadiet, B. Hess & M. Requejo Isidro (Org.), *Approaches to Procedural Law: the Pluralism of Methods* (pp. 345-391). Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845285122-343>
- Vitorelli, E. (2022). *A Supreme Court Made in Brazil: How the Justice System is Reshaping Law and Politics in West's Second-Largest Democracy*. Opera Ensino.
- Vitorelli, E. & Barros, J. (2022). *Processo Coletivo e Direito à Participação*. Juspodivm.
- Vitorelli, E. (2024). *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática* (5.ed). Juspodivm.
- Yeazell, S. (1977). Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. *UCLA Law Review*, 25, 244-260. 



Prueba informática: el problema de su fiabilidad^(*)(**)

Computer Evidence: The Problem of its Reliability

Luis Alfaro Valverde^(***)

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: Los datos contenidos en dispositivos informáticos y tecnológicos, cada vez más, son utilizados como elementos de prueba en los procesos judiciales, siendo determinantes en las decisiones finales de los jueces. Se trata de la denominada prueba informática. A menudo estas suelen ser valoradas acríticamente como una mera prueba documental, sin que se considere, entre otras cosas, su naturaleza vulnerable y compleja. Entre los distintos problemas que existen sobre esta prueba, este estudio se centra específicamente en aquellos relacionados con su fiabilidad. Se examinan, en primer orden, los aspectos relacionados a la naturaleza de la prueba informática, así como su valoración racional. Luego, se revisa la cuestión central de su fiabilidad, relacionado con el riesgo de su manipulación y su repercusión en la misma. Por último, se analizan algunos instrumentos que permitan gestionar adecuadamente su fiabilidad, como es la pericia, la firma electrónica y la intermediación del notario en la certificación de la evidencia digital.

Palabras Clave: Prueba informática - Fiabilidad - Riesgo de manipulación - Derecho Procesal - Perú

Abstract: The data contained in computer and technological devices are increasingly used as evidence in judicial processes, being decisive in the final decisions of judges. This is the so-called computer test. These are often valued uncritically as mere documentary evidence, without considering, among other things, their vulnerable and complex nature. Among the different problems that exist about this test, this study focuses specifically on those related to its reliability. Firstly, the aspects related to the nature of the computer test are examined, as well as its rational assessment. Then, the central question of its reliability is reviewed, related to the risk of its manipulation and its impact on it. Finally, some instruments are analyzed that allow their reliability to be adequately managed, such as expertise, the electronic signature and the intermediation of the notary in the certification of digital evidence.

Keywords: Computer evidence - Reliability - Risk of manipulation - Procedural law - Peru

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 24 de marzo de 2024 y su publicación fue aprobada el 22 de junio de 2024.

(**) La presente investigación contó con el apoyo financiero del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(***) Abogado por la Universidad Privada San Pedro. Máster por la Universidad Complutense de Madrid. Doctorando en el Programa de Doctorat en Dret, Economia i Empresa de la Universidad de Girona. Profesor ordinario del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima (Perú). Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Procesal Crítico y Constitución (GIDEPROC). Código ORCID: 0000-0001-8433-4099. Correo electrónico: lalfarov@pucc.edu.pe



1. Introducción

Desde la década de los 90, la tecnología ha irrumpido en la sociedad al punto de considerarse indispensable en todos los ámbitos (disrupción digital), incluso en lo jurídico, esta última, a consideración de algunos, es lo que fundamenta el denominado Derecho informático⁽¹⁾. El uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) e Informática en el ámbito de la función judicial no es ajeno a este fenómeno social, principalmente, en el contexto de la pandemia por la COVID 19.

Por un lado, con la finalidad de garantizar la prestación del servicio de justicia, muchos Estados regularon y aplicaron nuevas disposiciones para el ejercicio de la función jurisdiccional. Es así como se dispuso el teletrabajo para los magistrados, servidores y auxiliares jurisdiccionales, también, se permitió la realización de audiencias virtuales mediante aplicativos como *Google Meet* o *Zoom* en reemplazo de las audiencias presenciales; además, se creó nuevas plataformas digitales para la presentación de escritos judiciales, entre otras medidas⁽²⁾. Todo ello representó un aceleramiento mayor en el uso de las TIC en el ámbito judicial.

Por otro lado, en cuanto a la relación de las tecnologías con el Derecho probatorio, las TIC como medios para corroborar las afirmaciones sobre los hechos en juicio han incursionado con lentitud, a pesar de que hoy en día es usual utilizar los datos almacenados en soportes electrónicos (tales como SMS, *e-mail*, *WhatsApp*, *Facebook Messenger* o *Telegram*). Llama la atención que, cuando estas pruebas informáticas⁽³⁾ son presentadas al proceso, su análisis y valoración no siempre es el esperado. Quizá esto se deba, entre otras razones, a cierto recelo sobre la veracidad de la información digital, mostrando con esto cierto sesgo de sobreconfianza (*overconfidence bias*), respecto de sus habilidades fundadas por la experiencia judicial en el manejo del proceso y su decisión final.

Existe la preocupación de contar con herramientas idóneas para verificar la autenticidad de la evidencia digital, puesto que, en atención a su naturaleza, el contenido de la

prueba informática es muy vulnerable y, por lo tanto, menos confiable que las pruebas tradicionalmente empleadas. Por ejemplo, en el proceso civil, laboral o penal, se ha vuelto una práctica cotidiana que las partes capturas de pantallas (*screenshots*) sobre conversaciones entre los propios sujetos procesales o estos con terceros mediante redes sociales como *WhatsApp*, *Messenger*, *Telegram*, *Instagram*, por mencionar las más conocidas. Sin embargo, el temor surge cuando se aporten quiere determinar la validez de tales pruebas. Es decir, en el caso en concreto, para otorgar fiabilidad a dichas conversaciones, se necesita verificar, previamente, que su contenido sea verdadero, siendo una condición necesaria para que el juez pueda tomarlo en cuenta en el momento de la resolución de la controversia.

De ahí que, es oportuno preguntarse, si acaso esta nueva forma de probar supone una alteración en la comprensión y sentido actual del fenómeno probatorio. De hecho, el mayor desafío de este medio de prueba es cómo determinar su validez, ya que en la doctrina existe un gran debate sobre si se debe o no recurrir a una pericia, cuán útil sería el uso de la firma electrónica o quizá la intervención de un notario que acredite la veracidad de la evidencia digital, preliminarmente, a su presentación en soporte físico. Todas estas acciones son consideradas como posibilidades para una mejor comprensión de la prueba informática. De igual manera, se pone en cuestión que, si para diseñar un procedimiento probatorio adecuado es necesario determinar, por lo menos, ¿cómo obtener una prueba informática?, ¿cómo

- (1) "La idea de un Derecho informático tiene como punto de referencia el pensamiento de Norbert Wiener en su obra *The human use of human beings: cybernetics and society*" (Téllez, 2003, p. 23). También se afirma que esta disciplina jurídica, aplicado a la ciencia procesal, ha dado inicio al Derecho Procesal Informático, definida, según Vicente (2016) como "un conjunto de actos provenientes del Estado que regulan las pruebas digitales que aportan las partes y terceros ajenos a juicio, a fin de demostrar los hechos controvertidos en él mismo" (p. 611).
- (2) De acuerdo con Arellano et al. (2020), todas estas iniciativas realizadas por las autoridades competentes conllevaron a una reforma a gran escala del sistema de justicia, especialmente, en los diversos estados latinoamericanos, en donde se mostraba cierto rezago sobre el uso de las tecnologías en el sistema judicial en comparación a otros como Estados Unidos o los países europeos.
- (3) En general, las palabras "electrónica" e "informática" se utilizan de manera análoga para referirse a los soportes tecnológicos presentados como pruebas en el proceso. Pero, se sabe que no todo lo electrónico es necesariamente informático o a la inversa, dado que no todo instrumento electrónico busca el procesamiento de información. En la actualidad, son cada vez más las tecnologías llamadas emergentes que no utilizan la electrónica, sobre todo en lo que respecta en la conservación de la información. Por estas razones, no existen objeciones fuertes sobre el uso de expresiones "prueba electrónica" o "prueba informática" o "prueba digital". No obstante, para los fines del presente estudio se utilizará preferentemente los términos "prueba informática".



introducirla al proceso?, vale decir, si acaso su aportación al proceso deba ser diferente a la utilizada por la prueba tradicional, y, por último, ¿cómo debe ser valorada por el juez?

Son varias las cuestiones que se realizan a esta prueba; sin embargo, este estudio únicamente interesa analizar y discutir las principales dificultades que existe con relación a su fiabilidad. Esto debido a las particularidades (naturaleza) de la información y datos cognitivos que contiene esta prueba⁽⁴⁾. Para ello, se iniciará con un breve análisis de los aspectos más relevantes de la prueba en la era digital: fuente, medio y hecho digital; concepto y naturaleza de la prueba informática; y valoración racional de la evidencia digital. Seguidamente, se revisará el problema de su fiabilidad, relacionado con el riesgo de manipulación de la evidencia digital y su repercusión en la misma. Finalmente, se reflexionará sobre algunos instrumentos para gestionar la fiabilidad de la prueba informática, como es la pericia, la firma electrónica y la intermediación del notario en la certificación de la evidencia digital.

2. La prueba en la era digital

El estudio del fenómeno probatorio es quizá uno de los temas que más ha sido afectado con tal intervención tecnológica, en especial las relaciones derivadas de la actividad probatoria con el internet⁽⁵⁾. Estos medios digitales son utilizados como pruebas judiciales con las que se puede determinar, verbigracia: la marca; el modelo; el número de serie del USB conectado a una computadora; a qué hora y qué información copió; y cuándo desconectó el dispositivo electrónico⁽⁶⁾. Esta vinculación entre las TIC y el fenómeno probatorio hace necesario repensar el entendimiento de cuestiones básicas de la prueba a la luz de los cambios que exigen las especificidades del nuevo contexto de la era digital. Por esto, a continuación, se analizarán algunos aspectos (fuente, medio, hecho digital, concepto, y una breve experiencia comparada) de la complejidad de la prueba informática como un nuevo tipo de prueba.

2.1. Prueba informática: trinomio probatorio digital

Una cuestión previa al estudio de la prueba informática es la discusión sobre la posible variación en la típica diferencia teórica de las categorías fuentes de prueba, medios de prueba y hechos en el contexto digital⁽⁷⁾: *trinomio probatorio digital*. La confusión en sus significados es causante de problemas en la doctrina y en no pocos casos en la práctica judicial. Una distinción que más ha influenciado en la doctrina procesal es la planteada por Sentís Melendo (1979), quien afirma que, por un lado, las fuentes de prueba son aquellos elementos que existen en la realidad mientras que, por otro lado, los medios de prueba están conformados por la actividad para ingresarlos en el proceso (p. 141-142). De esto se desprende que estas categorías se encontrarían en dos dimensiones distintas. Así, mientras que la fuente de prueba se ubica en un contexto anterior y externo al proceso (extrajudicial), en cambio, los medios de prueba corresponden a un escenario procesal (judicial)⁽⁸⁾.

Siguiendo esta explicación, vemos que la fuente se diferencia del medio de prueba por su ubicación extraprocesal y está compuesta por datos empíricos o elementos de la realidad con información fáctica que se suscitan de manera extraña al proceso. Por ejemplo, con respecto a la prueba documental, la fuente estaría compuesta por la información contenida en el objeto definido como “documento” o, en relación a la prueba testimonial, es el testimonio mismo que constituye la fuente de prueba. En cambio,

- (4) Si bien se analizarán diversos problemas en torno a la prueba informática en el proceso judicial, no se tiene como objetivo hacer un estudio minucioso y detallado de cada uno de ellos, solo se hace mención de los escenarios en donde interviene también el problema de la fiabilidad.
- (5) Es conocido que la expresión “prueba” es polisémica, bien se la puede concebir como actividad (regulada por el procedimiento probatorio en el que se establece la manera como debe producirse la prueba al interior del proceso); medio (elementos que emplea el juzgador para determinar los hechos del caso) y resultado (la conclusión en la que el juez resuelve que hipótesis de los hechos pueden darse por verificadas). Comparten estos sentidos de prueba: Ferrer, 2005, p. 27-29; Taruffo, 2002, p. 448-450; Gascón, 2010, p. 77-78 y Ubertis, 2017, p. 73 -74.
- (6) Bueno De Mata (2014) explica que una dificultad que presenta la investigación y sanción de los ciberdelitos es que la mayoría de casos judiciales de este tipo tienen como único elemento probatorio a la prueba informática p. 140-141.
- (7) Frecuentemente los sistemas procesales ponen mayor énfasis en los “medios de prueba”, sin embargo, la doctrina procesal ha manifestado también la necesidad de distinguir “medio de prueba” y “fuente de prueba”. Los teóricos que han estudiado tal distinción, entre otros, son: Bentham, 1825, p. 19-39; Carnelutti, 1955, en la doctrina clásica; Arazi, 1998, p. 123-126; Devis Echandía, 2002, p. 532-533; Falcón, 2003, p. 615-635; Montero Aroca, 2005, p. 133-137; Taruffo, 2002, p. 439-448, en la doctrina más reciente.
- (8) Distinción que también ha seguido Montero Aroca (2005) al referirse a la fuente de prueba como lo que ya existe en la realidad y como medio de prueba la forma como se aporta al proceso (p. 133-137).



en el contexto digital, la fuente de la prueba se centra en toda la información o datos digitales⁽⁹⁾ contenida o transmitida por los nuevos instrumentos o medios electrónicos desarrollados por las tecnologías de la información (así como: celulares, *smartphones*, computadoras, *tablets*, dispositivos USB, *CD-ROM*, reproductores de MP3 o MP4), que ofrecen una forma distinta de registrar la información. Ello a su vez representa un incremento de fuentes de prueba electrónica en donde puede encontrarse información de diversa naturaleza; por ejemplo, registro de acciones como los *logs*, bases de datos o comunicaciones digitales como los *e-mails* y SMS, mensajería instantánea (*WhatsApp*), redes sociales como *Facebook*, entre otros.

En lo que concierne a medio de prueba, Taruffo (2010) menciona que es cualquier elemento usado para determinar la verdad de los hechos. Aunque, intentando ser preciso, en el proceso, los hechos ingresan como enunciados (o conjunto de enunciados) que describen las situaciones que se dieron en el pasado y que son importantes para la solución de la controversia (p. 16). Consecuentemente, como refiere Gascón (2010), son los enunciados que versan sobre los hechos el objeto de la prueba y no los hechos mismos, ya que una vez ocurridos no se pueden probar sino constatar (p. 76)⁽¹⁰⁾. Con todo, la referencia a medio de prueba o "*evidence*"⁽¹¹⁾ lo ubica en la realidad del proceso judicial y da cuenta de la forma o manera como las fuentes de prueba son ingresados al contexto jurisdiccional. Así, cuando se habla de la prueba documental, el medio consiste en la manera por la que es incorporado al proceso, por ejemplo, adjuntando físicamente por sí se trate de un documento impreso.

En el contexto informático, se hace mención a medio de prueba como la forma mediante la cual dicha información de naturaleza digital ingresa en el proceso judicial. La multiplicidad de fuentes probatorias, antes mencionadas, deben ingresar al proceso a través de alguno de los instrumentos de prueba legalmente previstos. Para Delgado (2017), esto abre la posibilidad de ingresar las fuentes de pruebas informáticas, sea usando las formas tradicionales como documento, prueba pericial e incluso mediante la prueba testifical o declaración

de parte mediante las declaraciones o el testimonio del sujeto o individuo que ha tenido contacto con el aparato electrónico (párr. 5-6). Con relación a lo afirmado, aquello pone en discusión la naturaleza jurídica de la prueba informática y su descripción como un mero documento electrónico, cuestión que será materia de análisis en la siguiente sección sobre su naturaleza jurídica.

Luego, tanto fuente como medio de prueba son, en rigor, elementos empíricos que permiten el conocimiento de los hechos como resultado del contacto de las personas, a través de sus sentidos, con los acontecimientos. Hechos que suceden en la realidad y tienen relevancia jurídica. Según Meneses (2008), un ejemplo es el caso de la celebración de un acto jurídico en un tiempo pasado, que no puede ser registrado por la experiencia sensorial presente, el cual requiere de signos retenidos en el presente para constatar su realización en la realidad (p. 54-56). A su turno, la prueba informática también permite constatar hechos digitales, con la cualidad de que esta prueba determinará la veracidad de las afirmaciones sobre los hechos digitales. Hecho que puede ser definido como un suceso o acontecimiento de un entorno virtual⁽¹²⁾. No cabe duda de que en el mundo digital sobrevienen muchos hechos importantes para el derecho, no obstante, tal como refieren Oliva y Valero (2016), "solo habrán hechos jurídicas digitales cuando exista una voluntad humana consciente y libre, y no en actos automáticos que realizan los ordenadores ajenos al conocimiento de su usuario" (p. 29).

Con todo, se observa que las categorías probatorias analizadas (fuente, medio y hecho) parecen no haber sufrido mucha

-
- (9) El Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia define datos informáticos como "toda representación de hechos, información o conceptos expresados de cualquier forma que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para que un sistema informático ejecute una función" (Council Of Europe, 2001, p. 4).
- (10) Asimismo, Ubertis (2017) sostiene que es inexacto y distorsionado hablar de "prueba de la verdad de los hechos", pues con ello se olvida que no existen "hechos verdaderos" o "hechos falsos", pues un hecho "es" o "no es", solamente su enunciación puede ser "verdadera" o "falsa". Siendo correcto hablar de "prueba de la verdad de la afirmación de existencia de un hecho" (p. 21).
- (11) Conviene mencionar que, en la literatura inglesa para referirse a medio de prueba, en la mayoría de los casos, se utiliza la expresión *evidence*, la cual es entendida como aquello destinado a demostrar, o refutar, la existencia de algún u otro hecho afirmado por alguna persona. Véase "Rethinking Evidence. Exploratory Essays" de Twinig, 2006, p. 193.
- (12) Según Delgado (2016), el entorno virtual, inferido con base en la STS 342/2013, 17 de abril de 2013, es entendido como "aquel conjunto de informaciones en formato digital que una persona genera con su actividad mediante dispositivos electrónicos, de manera consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella" (p. 363).



alteración cuando se contrasta con las particularidades de la prueba informática, entendida como un elemento de la realidad sensible que, al igual que la prueba clásica, registra una serie de hechos del mundo a través de impulsos eléctricos que almacena y/o transmite información. En buena cuenta, la prueba informática lo que hace es ampliar el catálogo de datos empíricos que transitan en la realidad. Lo que no se puede negar es que los datos e información contenidos en este tipo de pruebas son de más difícil percepción por las personas. De esta forma, se exige el apoyo de dispositivos y programas informáticos adecuados para la lectura de la información; lo que provoca, entre otras cosas, problemas relacionados con la confiabilidad epistémica en los juzgadores, que es la principal preocupación de este estudio.

2.2. Concepto y naturaleza jurídica: ¿más que un documento electrónico?

Formas de comunicación totalmente desconocidas para el Derecho se han presentado en el ámbito probatorio como consecuencia del entorno digital. No obstante, con referencia a estos, los operadores jurídicos están incursionando en una menor medida de la que deberían; pero a todo esto ¿qué debemos entender por prueba informática? Los ordenamientos normativos en general no se han comprometido en establecer algún concepto legal, por ello los teóricos vienen proporcionando distintas nociones doctrinales. Pese a que la idea de prueba informática no es muy antigua, existen múltiples propuestas e intentos por definirla, aunque lo cierto es que pocas veces se emplean de manera estable y rigurosa. Pero subsiste la necesidad de comprender esta nueva forma de prueba mediante conceptos que al menos puedan ser aceptables, que, sin pretender terminar la cuestión, contribuya a los que trabajan con esta prueba en proporcionar algo de luz frente a un tema complejo y a veces ambiguo. Con este propósito, no sería pertinente plantear un concepto abstracto más de la prueba informática.

En cambio, puede resultar más útil aproximarse a la cuestión de manera descriptiva que trate de identificar los principales caracteres que normalmente se atribuyen a la prueba informática. De este modo, se pueden considerar los siguientes elementos: (i) toda clase de información o datos; (ii) producida, conservada o transmitida por dispositivos electrónicos o medio digital; y (iii) puede tener efectos para corroborar hechos digitales en la indagación de todo tipo de proceso. Estos caracteres no pretenden ser exhaustivos, pero

pueden ser válidos para identificar al menos algunos de los aspectos particulares que se pueden desprender de los diversos conceptos encontrados en la doctrina⁽¹³⁾.

A pesar de esta descripción, parece que la complejidad del problema no permite identificar con claridad qué se entiende por prueba informática, sobre todo cuando se intenta comparar o vincular con las características de las pruebas tradicionales y en especial con la prueba documental. Como respuesta a esta preocupación sobre su “naturaleza jurídica”, se han planteado diversas tesis o teorías que explican tal relación o si acaso su distinción. Y es que analizar el concepto y la naturaleza de la prueba informática es útil para poder distinguirlo de los documentos electrónicos, que es la forma más usual en que se presenta en la práctica judicial. Sin embargo, no es el único motivo, sino también para permitir distinguirla de otras categorías procesales. Se debe aclarar que la noción descrita no tiene pretensión de ser estipulativa, sino descriptiva. Solo da cuenta de una idea general a partir de la identificación de ciertas características.

Así se tiene que una tesis señala que la prueba documental y la informática son de naturaleza equiparable (teoría analógica). Se afirma que las nuevas pruebas han superado el concepto estricto del documento como “escrito soporte papel” para alcanzar la noción de representación para cualquier tipo de soporte; es decir, tal como lo explica Pinto y Pujol (2017), estamos simplemente ante una actualización de los medios clásicos de prueba (p. 131). Comparte este parecer Téllez (2009), quien argumenta que muchos de los medios enunciados pueden interrelacionarse con las computadoras; pese a ello, en última instancia, la prueba documental tiene un vínculo más estrecho en cuanto a que el fundamento legal pueda constar como

(13) Para mayor información, véase Abel Lluch, 2012, p. 104-106; Sanchís, 2012, p. 713-903; Delgado, 2013, p. 1; Bueno De Mata, 2014, p. 103-104, entre otros.

(14) Por ejemplo, para Pinto y Pujol (2017), en el proceso civil español se aplican las mismas reglas para la aportación (artículos. 265 a 27 LEC) y el deber de exhibición documental (328 y ss LEC), aunque, se distingue respecto del valor probatorio, dado que la prueba electrónica se valora conforme a las reglas de la sana crítica mientras la prueba documental pública y privada cuya autenticidad no se ha impugnado se ajusta a un sistema de valoración tasada (artículos. 319 y 326 LEC) (p. 131). Véase. Abel Lluch, 2011, p. 109-110.



documento (p. 288). Conforme a esta perspectiva, algunos ordenamientos aplican de modo semejante el régimen legal de la prueba documental a la informática, como la de aportación o exhibición de documentos, aunque tienen diferentes tratamientos respecto de las reglas de valoración probatoria⁽¹⁴⁾. Si bien todo hecho digital puede ingresar al proceso a través de la documental, no es impedimento para acreditar su existencia mediante una prueba pericial o testimonial, esto si tenemos en cuenta que responden al mismo objetivo: la adecuada determinación de los hechos en el proceso.

Al contrario, teniendo en cuenta la teoría autónoma, hay quienes afirman que estos nuevos medios de prueba tienen características propias e independientes de las pruebas tradicionales, las cuales no se pueden encuadrar en el conjunto de pruebas documentales. Diferencia que se proyecta en el distinto tratamiento que hacen algunos ordenamientos legales⁽¹⁵⁾. Sin embargo, conviene tener presente que el concepto de prueba informática es más amplio que el de documento⁽¹⁶⁾. En efecto, según Pinto y Pujol (2017), no es posible entenderlas como categorías equivalentes, entre otras causas, por las diferentes exigencias prácticas de reproducción de los datos del aparato electrónico que deberán ser examinados por un tribunal (p. 130-1031).

También existe la teoría de la equivalencia funcional, en virtud de la cual, de acuerdo con Pinto y Pujol (2017), la prueba informática y el documento (en soporte papel) pueden tener identidad en cuanto a sus efectos jurídicos (p. 131). La idea general es que la tecnología desempeña las mismas funciones que una determinada categoría, por lo que debe ser posible alcanzar similar consecuencia jurídica. Se pone mayor énfasis en la función que cumple la prueba informática y no tanto en el medio que se utilice para ingresar al proceso. A diferencia de la *teoría analógica*, no se trata de algún cambio del sentido del documento tradicional sino el modo en que este se constituye, cuyo objetivo es acreditar un hecho electrónico afirmado por los justiciables. Por estos motivos, para determinar la noción y la naturaleza jurídica de la prueba informática, sería aconsejable la aproximación y el fortalecimiento de la relación entre ingeniería informática y derecho.

Sin pretender profundizar en el análisis sobre la naturaleza jurídica de esta prueba, basta considerar que la teoría de la equivalencia funcional es la que explica mejor su relación con la prueba documental. El ofrecimiento de estas pruebas no tradicionales en el proceso tiene las mismas consecuencias jurídicas que los otros medios de prueba popularmente conocidos y utilizados (documento, pericia o testimonio). Lo que se busca, mediante la aportación de todos estos medios probatorios, incluyendo la novedosa evidencia informática, no es más que la acreditación o corroboración de los hechos objeto de la decisión judicial.

Más allá de la diferencia o similitud entre la prueba informática y documental, lo curioso es que, en el proceso judicial, a menudo las pruebas informáticas suelen presentarse como simples documentos impresos⁽¹⁷⁾. Entonces, ¿cómo se puede hacer valer una prueba informática si, al fin y al cabo, es común que se presenten bajo una forma distinta a su naturaleza? Además, cabe recalcar que, según Carrasco (2016), "la impresión de una imagen, un correo o mensajes enviados por *Facebook Messenger*, para su aportación en el proceso, suponen la omisión de importantes datos de los que puede depender su valoración final" (p. 44). En otras palabras, se debe precisar que lo que se presenta es una simple representación de un medio digital, introducido en el proceso con la finalidad que el juez sepa de qué se trata⁽¹⁸⁾. En ninguna circunstancia, la presentación de este documento impreso debe ser considerada como la prueba informática en sí misma.

2.3. Hacia una valoración racional de la prueba informática

A diferencia de lo que ocurría antes, en

(16) Para Sepúlveda (2008), erróneamente, un sector de la doctrina hace referencia a la prueba electrónica utilizando el concepto de documento electrónico, ya sea para afirmar en qué consiste, qué características tiene o simplemente para mencionar ejemplos de aquel, sin embargo, no significan lo mismo (p. 9).

(17) Taruffo (2008) sostiene que cada vez con más frecuencia las transacciones se estipulan y documentan por medio de ordenadores, y los registros informáticos y las copias impresas se suelen usar como prueba. Para el autor, la cuestión no parece ser problemática en algunos casos cuando, por ejemplo, se usa un ordenador simplemente como procesador de textos, en lugar de la máquina de escribir o cuando una copia impresa se usa como un texto que está firmado personalmente por las partes, el resultado final es un documento común y corriente que puede ser presentado como cualquier otro tipo de prueba escrita (p. 85-86).

(18) Por ejemplo, cuando una persona compra un automóvil, existen agencias que otorgan dos tipos de facturas: una por email y otra impresa. En un primer momento se puede interpretar que tengo dos tipos de facturas válidas, cuando la correcta es la factura digital. Ahí se demuestra que existe una falta de conocimientos cuando se piensa que el papel es el original ya que esta no es más que una representación gráfica del email.



la actualidad, de manera progresiva, se viene dando real importancia a la necesidad de una valoración de tipo racional de las pruebas sobre los hechos aportados al proceso. Según Ferrer (2007a), este tipo de valoración puede dividirse en dos elementos diferentes; en primer lugar, se pide que los instrumentos probatorios admitidos y actuados sean tomados en cuenta con el fin de justificar el fallo que se tome; y, en segundo lugar, se requiere que la valoración que recaiga sobre las pruebas, se adecue a las reglas de la racionalidad (p. 56-57). Aplicada al tema materia de análisis, el juzgador de los hechos debería otorgar valor probatorio a la evidencia informática con base al raciocinio, según las reglas de la lógica, la experiencia general y los conocimientos científicos.

Pese a que no es posible desarrollar aquí los diversos aspectos sobre la valoración racional de la prueba, es necesario referirnos, por lo menos, a aquellos aspectos que conectan con la confiabilidad epistémica de la prueba. Ante lo dicho, a pesar de que en muchos ordenamientos no existe una regulación muy clara sobre el procedimiento probatorio específico, la regla general debería ser su valoración racional. Sobre el particular Oliva (2016) refiere que:

La prueba informática no es totalmente diferente a la prueba tradicional, ya que ambas pueden probar la ocurrencia de hechos físicos y electrónicos, por lo tanto, le serán aplicables muchas de las reglas procesales generales sobre actividad probatoria y resultado probatorio establecidos en la legislación (p. 58).

Sin embargo, durante la valoración, deberá tenerse en cuenta algunas particularidades en atención a los conocimientos científicos y tecnológicos por lo que se encuentra inmerso la prueba informática.

En el momento en que el juzgador lleva a cabo la valoración de este tipo de pruebas, de acuerdo con las reglas de la valoración racional, se deberá tener presente, sobre todo, dos particularidades: la autenticidad del origen y la integridad del contenido⁽¹⁹⁾. Para Delgado (2017), si existen incertidumbres sobre la autenticidad y/o integridad de los datos, será muy probable que el juez cuestione la fuerza o eficacia de la prueba informática (párr. 20-24). Por su parte, Ferrer (2022) señala que “la valoración individual de la prueba tiene por objeto determinar el grado de fiabilidad que tenga cada una de las

pruebas aportadas al proceso” (p. 399). En otras palabras, el uso de este tipo de prueba para corroborar las alegaciones de las partes y, con ello, la solución del litigio por parte del juez, que, si bien dependerá de la valoración en conjunto de todos los medios de pruebas aportados, a este conjunto se incluirá la prueba informática, siempre y cuando se determine, previamente, tanto la autenticidad como la integridad de su contenido.

3. Sobre la fiabilidad de la prueba informática

3.1. Fiabilidad epistémica de la prueba

La fiabilidad, de acuerdo con el uso común, es la cualidad de confiable. Es decir, hace alusión a un sujeto o cosa digna de confianza o de lo que se puede uno confiar (Diccionario de la Real Academia Española, 2021). Ahora, el término “confianza” es una locución adjetiva dicho de una persona o, también, de una cosa que tiene las cualidades recomendadas para la finalidad a la que se destina (Diccionario de la Real Academia Española, 2021). De manera sucinta, se puede decir que la fiabilidad es la cualidad que posee un sujeto o cosa de poder confiar de sí misma para la finalidad a la que está predestinada. Sin embargo, profundizando un poco más en el sentido de la fiabilidad (*reliability*), es necesario tener en cuenta que existen diversas líneas de posiciones y teorías que estudian este fenómeno. Así, desde un análisis epistemológico, Becker señala que el fiabilismo (*reliabilism*) comprende varias teorías que buscan explicar el conocimiento o la justificación mediante una verdad propia del proceso, a través del cual un sujeto constituye una verdadera creencia⁽²⁰⁾. Luego, Goldman

(19) La verificación por parte del juez de que las pruebas informáticas introducidas al proceso cumplen con los requisitos de autenticidad del origen e integridad del contenido se debe llevar a cabo previo ejercicio del contradictorio de la parte contraria a la que presenta dicha prueba. Es decir, la verificación del cumplimiento de los requisitos mencionados es una tarea en la que coparticipan tanto las partes como el juez, ya que, quien lo presenta deberá acreditar que el contenido de dichas pruebas es verídico, y si no, será la parte contraria quien, en su oportunidad, las impugnará, siendo el juez el que, al tener toda la información completa, deberá verificar si efectivamente el contenido es auténtico e íntegro. Así también, es necesario aclarar que esto no supone una afirmación de que es una cuestión en todo el sistema de valoración de la prueba, sino especialmente cuando se trata de un problema de prueba informática, en donde se deja un amplio margen al juzgador de determinar si confía o no de esta información y en su arbitrariedad, lo cual es contrario al sistema de valoración racional de la prueba.

(20) En efecto, en The Internet Encyclopedia of Philosophy (s/n) se refiere que “Reliabilism encompasses a broad range of epistemological theories that try to explain knowledge or justification in terms of the truth-conduciveness of the process by which an agent forms a true belief”.



y Beddor (2021) refieren que, bajo este enfoque del fiabilismo, para que exista un relato adecuado, previamente, se debe indicar la confiabilidad del proceso responsable de la creencia. Dicho de otra forma, que el conocimiento necesita alguna forma de confiabilidad, pudiéndose entender de dos maneras: bien, en un sentido de frecuencia (que pertenece a lo que sucede en el mundo real) o en un sentido de propensión (que pertenece al mundo real como a otros mundos posibles).

Si bien no es el propósito de esta investigación explorar en los confines del fiabilismo y de sus teorías, es importante aprovechar estas ideas en torno a aquel tema para relacionarlo, y aplicarlo, a la comprensión de la prueba en general y la de tipo informática en particular. En este sentido, Zagzebski (2009) nos dice que, desde el ámbito de la epistemología, en muchas ocasiones, la confianza se da en los casos en donde nos falta algo que, en otras circunstancias, hubiéramos querido tener, como una prueba o un tipo de fuente de justificaciones (p. 39)⁽²¹⁾. A su vez, Vázquez (2017) refiere que la confiabilidad es normativa, dicho de otro modo, que está tolerado (en términos de justificación) confiar en quien parece ser confiable, llegando a representar la acción de “confiar” un aspecto cognitivo y otro motivacional (p. 178). De esa manera, por un lado, el aspecto cognitivo de la confiabilidad de los medios probatorios depende de que el juzgador cuente con toda la información necesaria sobre la clase de instrumento probatorio ofrecido en el proceso, con la finalidad de otorgarle validez a su contenido; por otro lado, el aspecto motivacional hace alusión a la necesidad de las partes que aportaron sus medios de prueba de tomar en consideración ese interés institucional de los órganos jurisdiccionales concerniente a la búsqueda de la verdad.

Por lo tanto, la confiabilidad epistémica de la prueba informática está relacionada con el grado de conocimiento judicial de que su contenido sea válido. Por ejemplo, que no exista manipulaciones de por medio, o que las partes lo hayan introducido al proceso con la intención de establecer la verdad sobre las afirmaciones de los hechos o sucesos controvertidos. Este aspecto, es de gran importancia si se pretende hablar de una adecuada valoración, pues no se puede desconocer el riesgo de que exista un exceso de confianza epistémica o por el contrario una posición extremadamente escéptica (no cognitiva) del juzgador. Este específico problema probatorio será abordado en la siguiente parte del estudio.

3.2. *Statu quo*: el riesgo de manipulación y su repercusión en la fiabilidad de la prueba informática

La interacción social por medio de soportes informáticos, como el uso de aplicaciones de mensajería instantánea contenidos

en celulares, tablets, laptops o computadoras, genera datos electrónicos que pueden ser útiles para la corroboración de los hechos en el proceso. Esto convierte a las pruebas informáticas en instrumentos novedosos e innovadores. Sin embargo, la posibilidad de crear, modificar o eliminar dichos datos, pone al descubierto el riesgo de su manipulación, repercutiendo en la fiabilidad de la misma.

Tal como señalan Pérez-Tome y Sánchez (2016), “existen muchos procesos en los cuales estas pruebas han sido rechazadas, debido a que los contenidos no han sido reconocidos por el acusado ni se han practicado sobre aquella prueba pericial informática que acredite su autenticidad y envío” (p. 286). Asimismo, según el Estudio Europeo sobre la Admisibilidad de la Prueba Electrónica en la Corte, se percibe la creación de la prueba informática como una dificultad, a causa del desconocimiento sobre los procedimientos de manejo de datos y la interpretación de la ley respecto a este medio probatorio (Fredesvinda Insa, 2007, p. 286). Por otra parte, para De parada (2016), el temor a la prueba informática se centra en su alto grado de volatilidad propio de su naturaleza, terminando por valorar únicamente los medios probatorios tradicionales (p. 345).

A pesar que la prueba informática puede resultar relevante para la resolución de un caso concreto, su alto grado de volatilidad (que los datos contenidos en dichos soportes son temporales, por la facilidad de su manipulación) podría impedir el otorgamiento de un correcto valor probatorio. Es verdad que esta prueba se diferencia de las pruebas tradicionales, por ser intangible y volátil al encontrarse en formato electrónico, pudiendo ser modificada, lo que, para De Prada (2016), representa una dificultad al momento de diferenciar los originales de las copias, de este modo, será sustancial corroborar que la prueba ofrecida es la original, esto, mediante garantías y protocolos procesales con la intención de impedir que sea impugnada por

(21) En una investigación multidisciplinaria, las referencias a autores de confiabilidad epistémica resultan ser pertinentes para el esclarecimiento de este tema, ya que, hablar de confiabilidad epistémica requiere y exige que la fundamentación teórica esté relacionada con bibliografía de epistemología.



una supuesta inexactitud o falsedad (p. 345). La posibilidad de hacer uso de la información contenida en soportes electrónicos como medios probatorios debe ir de la mano con la garantía de que dichos instrumentos no hayan sido adulterados⁽²²⁾.

Si bien pueden existir diversos problemas sobre la fiabilidad de la prueba informática, eso no quiere decir que los jueces tengan una amplia discrecionalidad en sentido estricto de elegir indiscriminadamente en qué pruebas confiar y en cuáles no. Conviene tener presente que, conforme a una adecuada valoración racional de los medios probatorios, se deben analizar de manera individual cada uno de los medios de prueba. Aunque, en la prueba informática la información tiene una naturaleza volátil y son susceptibles de manipulación, eso no quiere decir que *a priori* se le debe restar fiabilidad. A través del uso de técnicas, procedimientos o la intervención de expertos se puede mejorar la autenticidad de los datos digitales y de este modo el juez puede otorgarle el valor probatorio que corresponda.

En la línea de lo sostenido, Alcaino (2014), afirma que la fiabilidad puede ser entendida como un estándar con el que se controla la calidad de las evidencias que son empleadas en el proceso judicial. En otras palabras, esto puede incentivar a las partes a presentar solo aquellas pruebas que cumplan con estándares mínimos de elaboración o producción. Esto garantiza que las probabilidades de errores se vean razonablemente disminuidas, aunque, al final, será el juez quien tendrá que valorar si dicho medio probatorio, en base a su apreciación racional, resulta creíble o no. Siendo así, en el caso de la prueba informática, los jueces deben ser conscientes de la trascendencia de estos nuevos medios probatorios y apoyarse en ellas para la resolución de las controversias. Además, deben verificar en la etapa de actuación, a través del debate probatorio en contradictorio, que estas pruebas introducidas al proceso se encuentren exentas de riesgos de manipulación; para que, posteriormente, se le pueda otorgar el valor que corresponda. Todas estas medidas, no parecen ser suficientes para mejorar el grado de fiabilidad de este tipo de pruebas en un proceso judicial.

3.3. ¿Cómo mejorar la fiabilidad de la prueba informática?

La prueba informática es un fenómeno reciente que presenta aspectos controvertidos, los cuales, algunos hasta el momento, no tienen una solución⁽²³⁾. Uno de los principales problemas

gira en torno a la fiabilidad del contenido de los soportes electrónicos, pues, tal como señala Vázquez (2015), no controlar la validez y fiabilidad de los medios probatorios, podría acarrear el ingreso de información deficiente o datos incorrectos al proceso, lo que podría conllevar, a su vez, en graves errores judiciales (p. 14-15). Siendo esto así, resulta evidente que, en atención a la naturaleza especial, se debe tomar medidas para el procedimiento probatorio y que tengan como propósito garantizar que su contenido es válido y, por ende, fiable.

Por ejemplo, es una práctica habitual incorporar pruebas informáticas mediante su impresión en papel, lo que, evidentemente, pone en cuestionamiento su fiabilidad, siendo crucial que se presenten con la aplicación de algún instrumento que garantice la veracidad de su contenido. Es ahí donde el uso de ciertas herramientas para mejorar la fiabilidad en esta prueba será determinante si lo que se busca es establecer la verdad de las afirmaciones sobre los hechos, ya que, tal como señala Vázquez (2015), la fiabilidad probatoria se encuentra ligada a la científicidad de la prueba (p. 87); es decir, una prueba será fiable, siempre y cuando, a través de alguna herramienta o técnica dotada de científicidad, se ha determinado que su contenido es verídico o, mejor dicho, que se encuentra exento de modificaciones.

Por este motivo, en la doctrina especializada, se debate sobre el modo más adecuado para solucionar estos inconvenientes y mejorar su fiabilidad. Entre las principales herramientas, se propone el uso de la pericia informática, la aplicación de la firma electrónica, incluso, la intervención de un notario que verifique el contenido de estos tipos de pruebas. A continuación, estas serán materia de estudio.

(22) Tal como afirman Mason & Seng (2017) "Electronic evidence must also be authenticated, as for any other form of evidence. The authentication evidence for electronic evidence is even more critical, and can occasionally be challenging. (...) But if parties and investigative authorities choose to use the fruits of technology, they must also accept the need to prove the authenticity and integrity of the evidence produced by technology, even though the cost of such proof might be considered to be high. This is particularly the case where authentication evidence will shed light on the latent assumptions and hidden errors inherent in electronic evidence, which could affect the accuracy of the electronic evidence itself" (p. 48).

(23) Si bien el fenómeno jurídico en general de la confiabilidad de la prueba informática en particular se da en el contexto judicial y, por tanto, jurídico, esto no excluye la posibilidad de utilizar herramientas bibliográficas de otras áreas de conocimiento (por ejemplo, el campo de la filosofía,) que puedan hasta cierto punto ser útiles y necesarias para explicar mejor el fenómeno jurídico.



3.3.1. La pericia informática: justificación y riesgo de manipulación

Las pruebas que contienen información digital presentadas en una controversia judicial, como se ha afirmado anteriormente, pueden estar expuestas a manipulación⁽²⁴⁾, dificultad de escucha o visualización. Antes de ahondar más en el tema, primero se considera pertinente señalar que el estilo crítico que se aplica al demostrar las dificultades de la prueba informática que trae consigo el problema de fiabilidad, no busca incrementar las complicaciones, sino solo evidenciar que el estado de cosas no es pacífico y se merece ser consciente de ello, con el objetivo de mejorar. No se niega la trascendencia de la prueba informática para acreditar las afirmaciones sobre los hechos, por el contrario, resaltamos su importancia en la era actual, solo que se debe advertir de ciertas situaciones, respecto de las cuales se deberá ser cautos para garantizar su correcta actuación y valoración.

En efecto, según Oliva y Valero (2016), la prueba informática se representa mediante soportes electrónicos creados por las TIC, razón por la cual tiene de un carácter efímero y manipulable de mayor amplitud que el de las otras pruebas (p. 58). La variable de la evidencia es uno de los aspectos problemáticos de la prueba informática, pues parece no ser complicado manipular el contenido del material electrónico. Taruffo (2008) refiere que aun cuando esta clase de pruebas se impriman, los documentos resultantes no serán “escritos” en el sentido tradicional, por lo que el riesgo de falsificación, errores e incorrecto uso o abuso se da de forma especialmente frecuente y relevante, siendo su alcance, en alguna medida todavía desconocido (p. 86).

Una de las maneras para enfrentar estas dificultades probatorias, que requieren de información y conocimiento especializado, es utilizando la denominada pericia informática. Existe la necesidad de que dichas pruebas sean corroboradas por un informe pericial correspondiente, sólo así el juzgador podrá aceptar o no dicho medio de prueba. Por ello, tal como afirman Abel Lluch y Picó i Junoy (2009), la pericia supone la realización de un conjunto de actividades desplegadas por el experto (p. 25). En este caso, el especialista en Informática y en el uso de las TIC. Su labor inicia con la cadena de custodia

de las pruebas informáticas, procedimiento general conformado por las subetapas de localización, fijación, recolección, embalaje y traslado al laboratorio correspondiente para su análisis, y culmina en el dictamen pericial, informe en el que se plasma la actividad del perito, compuesto por el estudio y descripción del objeto, la relación y explicación de las operaciones técnicas, y las conclusiones.

Mediante la pericia informática se puede tener una mejora del grado de fiabilidad de las pruebas informáticas, entre otros aspectos, porque es el resultado de un minucioso análisis forense digital ejecutado por el experto⁽²⁵⁾. Por ejemplo, los usuarios de *WhatsApp* o *Facebook Messenger* pueden eliminar un determinado mensaje y luego sacar una captura de pantalla, alterando el contexto de la conversación y ocultando partes que podrían ser concluyentes⁽²⁶⁾. En estos casos, para Oliva y Valero (2016), el perito informático debe intervenir lo más rápido posible, puesto que existe el temor o peligro de que ciertos elementos puedan desaparecer al ser eliminados por su autor original (p. 105). Y es que, cualquier tipo de evidencia informática debe ser analizada con mucha reserva y preocupación ante la gran facilidad de que haya sido manipulada por terceros, que puede darse tanto en la inserción de contenido falso o en la eliminación de una parte relevante del mismo, aparentando hechos que nunca ocurrieron y que puede tener una injerencia negativa en la resolución de las controversias judiciales.

3.3.2. Firma electrónica: una alternativa a la pericia informática

Otra de las salidas a las que menudo se acude, es el uso de la firma electrónica. De manera general, se puede decir que es una

(24) Es importante resaltar que, según Pulgar (2016), en la legislación procesal peruana (Código Procesal Civil, Código Procesal Penal, Ley Procesal del Trabajo, entre otros) no se han recogido reglas específicas para el tratamiento de la prueba informática que permitan a los jueces y abogados una actuación más célere y adecuada a los fines que esta exige (párr.10).

(25) Wilson et al (2021) afirman que “electronic evidence in particular needs to be validated if it is to have any probative value. Digital evidence professional will typically need to copy the contents from a number of disks or storage devices. To prove that the electronic evidence has not been altered from its source copy, it is necessary to put in place checks and balances to prove that the duplicate evidence is identical to its source” (p. 444).

(26) Por otra parte, ¿existen aplicaciones que pueden generar chats de *WhatsApp* falsos? La respuesta a esta interrogante es sí. En *Google Play Store* existen aplicaciones gratuitas como “*Whatsfake*” o “*Fake Chat Conversations*”, las cuales son utilizadas para crear conversaciones falsas de aquella aplicación. Si bien, su propósito principal es usarlo para bromear entre los amigos, haciéndoles creer sobre la veracidad del contenido, no obstante, cuando se presentan dolosamente en un proceso judicial, el propósito ya no es el mismo.



herramienta tecnológica que garantiza la autoría e integridad de los documentos electrónicos. Siendo más precisos, es un mecanismo criptográfico que garantiza la integridad, autenticidad, confidencialidad e identidad de una persona con respecto a estos documentos, mediante el cual otorga su consentimiento. Cuando la prueba contiene una firma electrónica, ésta garantiza su integridad, produciendo los mismos efectos que las leyes procesales le otorgan a la prueba documental. Este instrumento surge debido a la incertidumbre que generaba la firma manuscrita en los documentos físico papel: ¿cómo verificar si la firma manuscrita es válida y, por ende, el documento no fue manipulado? De ahí que este tipo de firma es equivalente e incluso superior a la rúbrica tradicional⁽²⁷⁾, ya que utiliza procesos más complejos de seguridad y verificación. Esta se posiciona como el tipo de firma más segura y moderna en los últimos tiempos, pues reduce el riesgo de alteración de la información contenida en los soportes informáticos.

Sobre el procedimiento de creación de una firma electrónica, resulta ser una explicación amplia. Falcón (2009), lo describe a través de una serie de pasos; en primer orden, se debe solicitar a una autoridad de certificación los servicios para la firma de un documento electrónico generado a través de alguna aplicación; en segundo lugar, se crean dos claves: una pública y otra privada, esta última, por su naturaleza, debe ser mantenida en incógnito, ya que es la que permite firmar los documentos, así pues, mientras que la clave privada se almacena en el ordenador del usuario y es convocada por aquel cada vez que seleccione la opción “firmar”, la otra es de conocimiento público para que el receptor del correo firmado pueda descifrarlo; en tercer lugar, cuando el emisor se dispone a firmar digitalmente el documento utiliza un software, el cual emplea un algoritmo llamado *hash*⁽²⁸⁾ sobre el documento a firmar, obteniendo un extracto del texto de longitud fija llamado *digesto*; por último, cuando es recibido el mensaje, se calcula nuevamente el extracto *hash*, comparándose con el bloque de caracteres obtenidos anteriormente, de esa manera, si coinciden debidamente, se considera que el documento es auténtico, dicho de otro modo, que no ha sufrido manipulación desde que fue enviado por el emisor (p. 427-428).

La firma electrónica proporciona una mayor seguridad jurídica de la información y datos digitales que pueden contener ciertos documentos informáticos. Este alto grado de fiabilidad que proyecta se debe a que: (i) será posible identificar a la

persona que emitió el documento, otorgándole seguridad jurídica; (ii) es una tecnología más segura que la firma manuscrita, por lo que suplantar una identidad resulta mucho más compleja; y (iii) otorga validez jurídica a los documentos electrónicos, al igual como una firma manuscrita, según su equivalencia funcional.

Por lo tanto, este instrumento cuenta con altos estándares de seguridad, lo que hace posible reconocer una mejor fiabilidad a dichos documentos electrónicos. No obstante, para garantizar la autenticidad de una prueba electrónica sin firma, se debe practicar un dictamen pericial, que se puede realizar ante el cuestionamiento de la autenticidad o integridad de la prueba o bien como dictamen autónomo. La exposición del informe pericial, el planteo de preguntas por las partes y/o juez, así como las explicaciones del perito serán importantes para que posteriormente sea valorada racionalmente dicha prueba.

3.3.3. ¿El notario puede certificar la prueba informática?

En la tarea por encontrar alternativas viables que mejoren la fiabilidad de las pruebas informáticas, se ha pensado en la posibilidad de la intervención del notario, pero ¿será pertinente su participación en estos tipos de casos? Para desarrollar esta interrogante, sería necesario iniciar por esclarecer ¿cuál es la función de un notario público? En general, se sabe que el notario tiene la competencia de otorgar fe pública y seguridad jurídica a determinados hechos y actos realizados ante él, siendo su intervención muy requerida e indispensable. No obstante, la incertidumbre se presenta cuando se quiere determinar si un notario, dentro de su competencia, puede certificar una prueba de naturaleza electrónica. Con relación a esto, surge otra incógnita: ¿es factible una relación entre el notario y las evidencias digitales?

(27) En los documentos-papel se requiere una firma para identificar al autor del contenido descrito en ellas, estableciéndose procedimientos especiales para “controlar” dicho aspecto. Es por ello que, respecto a los archivos informáticos, según Taruffo (200), se ha dado una solución ante la dificultad de poder firmarlos, reconociendo que la firma electrónica, creada según métodos tecnológicos y jurídicos determinantes, es similar a la firma manuscrita (p. 89).

(28) “Algoritmo matemático con el cual se puede calcular un valor resumen que permite calcular un valor resumen de los datos a ser firmados digitalmente. El resultado es un valor que identifica inequívocamente al documento” (Edelman, 2014, p. 81).



Hoy en día, hay quienes conciben erróneamente que, para acreditar ciertos tipos de prueba informática, por ejemplo, conversaciones por medio de aplicaciones de mensajería instantánea o fotos subidas a redes sociales, únicamente se necesita imprimirlas y llevarlas a certificar con un notario público. A lo mucho, el notario lo que puede hacer es dar fe de los hechos que observa en determinado dispositivo informático. Es decir, puede verificar si cierta información que aprecia en la pantalla coincide con el contenido del documento impreso, pero no podrá determinar, por la falta de conocimientos técnicos, con exactitud si aquella información fue sometida a modificaciones o cambios respecto del primer hecho digital original.

Por lo cual, ¿se puede afirmar que es incorrecto acreditar el valor probatorio de la prueba informática a través de un notario público? Según Llopis (2016), existe la posibilidad que los notarios aporten una prueba electrónica revestida de fe pública, si es que los notarios como los profesionales técnicos (peritos informáticos) confían en aplicaciones y programas, interpretando correctamente los datos que contiene la prueba electrónica (p.19)⁽²⁹⁾. En otros términos, el notario podrá asegurar la fiabilidad de la prueba digital, siempre que reciba una capacitación sobre la materia⁽³⁰⁾.

En síntesis, la certificación del notario de alguna prueba informática únicamente podría dar fe de su apreciación extrínseca del objeto⁽³¹⁾, pero no asegura cabalmente su veracidad intrínseca, siendo contraproducente para garantizar su fiabilidad. Sin los conocimientos necesarios, un notario no podrá determinar la validez de este tipo de pruebas. Por el contrario, la persona capacitada para certificar lo que se quiere probar en el proceso es, indudablemente, el experto en la materia, en este caso, el perito informático.

4. Conclusiones

Cada vez más se siguen presentando pruebas informáticas al proceso judicial. A menudo, estas son admitidas, practicadas y valoradas por los jueces sin la ayuda de ningún experto o la aplicación de herramientas tecnológicas que permita garantizar mejor su adecuado análisis. La incertidumbre sobre la autenticidad o falsedad de que su contenido, provoca

que a veces sean rechazadas liminarmente o llegado el momento, simplemente sean dejadas de lado en la motivación de la decisión sobre los hechos.

En este estudio se ha puesto de relieve que uno de los aspectos problemáticos de este tipo de pruebas gira en torno a los inconvenientes relativos a la determinación de su fiabilidad. En efecto, debido a su naturaleza especial y alta volatilidad, existe el peligro latente que puedan ser objeto de manipulación, en el sentido de que se puedan modificar o suprimir una parte o el íntegro de su contenido.

La complejidad y vulnerabilidad de estas pruebas no parecen ser razones suficientes para minimizar su importancia o prescindir de su aporte en el acervo de elementos de juicio disponibles en el proceso. Conforme a una valoración racional de la prueba informática, su apreciación individual y conjunta con los demás medios de prueba resultan importantes para la determinación correcta de los hechos que permita justificar externamente una decisión judicial.

Es recomendable que los jueces cuenten con el apoyo de expertos en tal conocimiento especializado (peritos informáticos) o instrumentos idóneos que ayuden a gestionar mejor su grado de fiabilidad. Las pruebas informáticas que posean firmas electrónicas garantizan mejor la seguridad de los datos o información digital que contienen ciertos dispositivos informáticos. En cambio, la certificación otorgada por un notario *per se* es insuficiente para asegurar la autenticidad de su contenido, salvo que tengan la formación tecnológica especializada necesaria para desempeñar esta labor.

(29) De acuerdo con Llopis (2016), si el notario emplea medios informáticos seguros, que estén bajo su control y de su confianza, está en una situación equiparable a cualquier otra empresa generadora de pruebas digitales en cuanto a su admisibilidad, al menos como prueba documental siendo al menos discutible que lo pueda ser como pericial; y, luego, si lo que necesita el Juez es confianza en quien obtiene la prueba, es indudable que el Notario la genera y mucha (p. 24).

(30) Postura contradictoria acerca de la eficacia del notariado electrónico en Canut (2016, p.152-157).

(31) Cabe señalar que, en el Perú, además de la participación del notario en la certificación de las pruebas informáticas, dicha labor también puede ser realizada por los fedatarios juramentados con especialidad en informática, de acuerdo con el Decreto Legislativo 681- Dictan normas que regulan el uso de tecnologías avanzadas en materia de archivo de documentos e información tanto respecto a la elaborado en forma convencional cuanto la producida por procedimiento informáticos en computadoras, cuya certificación –de acuerdo con el artículo 2 de dicho texto normativo– genera efectos legales y mérito probatorio.



Referencias bibliográficas

- Abel, X. (2011). La prueba electrónica, en Abel, X. & Picó I Junoy, J. (Direc.), *Serie estudios prácticos sobre los medios de prueba, Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho ESADE* (pp. 15-230). Bosch Editor.
- Abel, X. & Picó I Junoy, J. (2009). *La prueba pericial*. Barcelona: Bosch Editor.
- Alcaíno Arellano, E. (2014). La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados. *Política criminal*, 9(8), 564-613.
- Arazi, R. (1998). *La prueba en el proceso civil*. Ediciones La Rocca.
- Arellano, J. et al (2020). *Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID-19. Medidas generales adoptadas y el uso de TICs en procesos judiciales*. CEJA.JSCA. <https://scm.oas.org/pdfs/2020/CP42372TCEJACOVID19.pdf>
- Asencio, J. & Fernández, M. (Coord.) (2017). *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*. Tirant lo Blanch.
- Bentham, J. (1825). *Tratado de las pruebas*. Bossange.
- Bueno De Mata, F. (2014). *Prueba electrónica y proceso 2*. 0. Tirant Lo Blanch.
- Bueno De Mata, F. (2017). *La prueba electrónica desde una perspectiva internacional*. Tirant Lo Blanch.
- Canut, P. (2016). Validez y eficacia procesal de la prueba electrónica. En Oliva León, R. y Valero, S. (Coord.) *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal* (pp. 152-157). Juristas con Futuro.
- Carnelutti, F. (1955). *La prueba civil*. Arayú.
- Carrasco, S. (2016). La alegalidad o limbo legal de la prueba electrónica, en Oliva, R. y Valero, S. (Coord.) *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal* (pp. 40-49). Juristas con Futuro.
- Consejo Consultivo De Jueces Europeos (2011). *Informe 14. Justicia y Tecnologías de Información (TI)*. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Relaciones-internacionales/Relaciones-internacionales-institucionales/Europa/Consejo-Consultivo-de-Jueces-Europeos/>
- Convenio n°185 [Council Of Europe]. Convenio sobre la ciberdelincuencia. 23 de noviembre de 2001. https://www.oas.org/juridico/english/cyb_pry_convenio.pdf.
- Cruz, H. (2013). Algunos apuntes en torno a la prueba electrónica, a propósito del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo. *Monitor estratégico*, (3), 74-81.
- Delgado, J. (2013). La prueba electrónica en el proceso penal. *Diario La Ley* (8167).
- Delgado, J. (2016). *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. Wolters Kluwer.
- Delgado, J. (2016). La valoración de la prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración. En J. Delgado (Ed.), *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. Wolters Kluwer.
- De Prada, M. (2016). La prueba digital: una realidad en el proceso civil. En M. Jimeno & J. Pérez (Coord.), *Nuevos Horizontes del Derecho Procesal: libro homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva* (pp. 341-357). Bosch Editor.
- Devis, H. (2002). Teoría general de la prueba judicial. Temis.
- Edelman, H. (2014). La firma electrónica. En C. Galindo (Coord.), *Seguridad de la información* (pp. 75-88). Universidad San Carlos de Guatemala.
- Fairén, V. (1992). Teoría general del derecho procesal. UNAM.
- Falcón, E. (2003). *Tratado de la prueba*. Astrea.
- Ferrer, J. (2007). La valoración racional de la prueba. Colección Filosofía del Derecho. Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2022). La decisión probatoria. En J. Ferrer (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio* (pp. 397-45). Suprema Corte de Justicia de la Nación
- Fredesvinda, I. (2007). The Admissibility of Electronic Evidence in Court (A.E.E.C.): Fighting against High-Tech Crime-Results of a European Study. *Journal of Digital Forensic Practice*, 1(4), 285-289. <https://doi.org/10.1080/15567280701418049>
- Gascón, M. (2010). Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba. Marcial Pons.
- Goldman, A. (1991). Epistemic Paternalism: Communication Control in Law and Society. *Journal of Philosophy*, 88(3), 113-131. <https://doi.org/10.2307/2026984>
- Goldman, A. & Beddor, B. (2021). Reliabilist Epistemology. En E. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/reliabilism>
- Gosálvez, P. (06 de julio de 2014). WhatsApp, dudoso testigo de cargo. EL PAÍS. https://elpais.com/sociedad/2014/06/27/actualidad/1403886630_918603.html
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2018). Estadísticas de las Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. <https://n9.cl/mri7s>.
- Llopis, J. (2016). Prueba electrónica y notariado. En R. Oliva, S. Valero & A. Dolado (Coord.), *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal* (pp. 40-49). Juristas con Futuro.
- Mason, S. & Seng, D. (Eds.) (2017). *Electronic Evidence*. University of London Press.
- Meneses, C. (2008). Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Ius et Praxis*, (2), pp. 43-86.
- Montero, J. (2005). *La prueba en el proceso civil*, (4ª ed.). Thomson - Civitas.
- Oliva, R. & Valero, S. (Coord.) (2016). *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*. Juristas con futuro.



- Oliva, R. (2016). La prueba electrónica envenenada. En R. Oliva, S. Valero & A. Dolado (Coord.), *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal* (pp. 50-68). Juristas con Futuro.
- Pérez-Tome, S. & Sánchez, M. (2016). Cifrado de WhatsApp y aportación de prueba. En R. Oliva, S. Valero & A. Dolado (Coord.), *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal* (pp. 50-68). Juristas con Futuro.
- Pinto, F. & Pujol, P. (2017). *La prueba en la era digital*. Marcial Pons.
- Pulgar, A. (2016). Alcances generales de la prueba electrónica. *Enfoque Derecho*. <https://www.enfoquederecho.com/2016/11/16/alcances-generales-de-la-prueba-electronica/>
- Real Academia Española. (s.f.). Confiabilidad. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 18 de junio de 2023, de <https://dle.rae.es/confiabilidad?m=form>
- Real Academia Española. (s.f.). Confiante. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 18 de junio de 2023, de <https://dle.rae.es/confiante?m=form>
- Real Academia Española. (s.f.). Confianza. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 18 de junio de 2023, de <https://dle.rae.es/confianza?m=form>
- Sentís, S. (1979). *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*. Ejea.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Trotta.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Marcial Pons.
- Téllez, J. (2008). *Derecho Informático*. Editorial McGraw Hill.
- The Internet Encyclopedia of Philosophy. (s.f.). Reliabilism. Recuperado en 19 de junio de 2023, en <https://iep.utm.edu/reliabilism/>
- Twining, W. (2006). *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. Cambridge University Press.
- Ubertis, G. (2017). *Elementos de epistemología del proceso judicial*. Trotta.
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons.
- Vázquez, C. (2017). El perito de confianza de los jueces. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 9(18), 170-200.
- Vicente, A. (2016). La prueba digital en la automatización de los procesos jurisdiccionales, en Gómez, C. y Briseño, M. (Coord.), *Nuevos paradigmas del derecho procesal* (pp. 609-624). UNAM.
- Wiener, N. (1950). *The human use of human beings. Cybernetics and society*. Houghton Mifflin.
- Wilson, N. et al. (2021). Proof: the technical collection and examination of electronic evidence en Mason, S y Seng, D. (Eds.), *Electronic Evidence and Electronic Signatures* (1-50). University of London Press. <https://doi.org/10.14296/2108.9781911507246>
- Zagsebski, L. (2009). Confianza epistémica y conflicto epistémico. *Diánoia*, (62), 27-45.



El juez activo del código de procesos cubano en el estreno de la tutela judicial efectiva constitucional^(*)

The active judge of the Cuban procedural code in the debut of the constitutional effective judicial protection

Juan Mendoza Díaz^()**

Universidad de La Habana (La Habana, Cuba)

Resumen: El trabajo analiza el escenario que se genera en Cuba a partir de 2019, momento en que se aprueba una nueva Constitución que abroga la vigente desde 1976. El nuevo texto magno regula, por primera vez, la tutela judicial efectiva y el debido proceso dentro del capítulo dedicado a las Garantías de los Derechos y le encomienda al legislador ordinario que dicte nuevas normas de desarrollo en los diferentes ámbitos procesales, encargadas de regular el catálogo de los nuevos derechos reconocidos en la Constitución. Derivado del mandato constitucional se dicta la Ley No. 141/2021, de 28 de octubre, "Código de Procesos", que regula la tramitación de los asuntos civiles, de familia, mercantiles y del trabajo y la seguridad social. El nuevo Código, que rompe con la sistemática normativa de la ley precedente, introduce un catálogo de facultades ordenatorias e instructorias, que atribuye a un modelo de juez "activo", cuyos poderes se despliegan por todo el nuevo texto normativo y abarcan todas las actuaciones procesales. El presente trabajo pretende identificar y analizar el amplio catálogo de facultades que la nueva ley confiere al juez cubano, como herramientas para garantizar el cabal cumplimiento de la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

Palabras claves: Tutela judicial efectiva - Debido proceso - Facultades ordenatorias - Facultades instructorias - Pruebas de oficio - Derecho Procesal - Cuba

Abstract: The work develops the scenario that is generated in Cuba from 2019, when a new Constitution is approved, which abrogates the one in force since 1976. The new text regulates, for the first time, the effective judicial protection and due process within the chapter dedicated to the Guarantees of Rights and orders the ordinary legislator to dictate new rules of development in the different procedural areas, in charge of regulating the catalog of the new rights recognized in the Constitution. Derived from the constitutional mandate, Law No. 141, of October 28, 2021, "Procedural Code", was enacted to regulate the processing of civil, family, commercial, labor and social security matters. The new Code, which breaks with the regulatory system of the preceding law, introduces a broad catalog of ordering and investigative powers, which are attributed to a model of judge described as "active", whose powers are deployed throughout the new regulatory text and cover all procedural actions.

Keywords: Effective judicial protection - Due process - Ordering powers - Investigative powers - Ex officio evidence - Procedural Law - Cuba

^(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 15 de abril de 2024 y su publicación fue aprobada el 11 de julio de 2024.

^(**) Doctor en Derecho por la Universidad de la Habana (La Habana, Cuba). Máster en Derecho Público por la Universidad de Valencia. Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de La Habana. Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Director de la Revista Cubana de Derecho. Árbitro de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4534-905X>. Correo electrónico: rafaelmendoza2004@gmail.com



1. Introducción

En clave de Derecho comparado, la realidad jurídica cubana resulta muy peculiar dentro del escenario latinoamericano. La razón es simple y pasa por dos factores esenciales. El primero data de los orígenes porque Cuba y Puerto Rico constituyen los únicos países donde rige plenamente la legislación española de finales del Siglo XIX, resultado de esa colosal obra legislativa denominada la “Codificación”. Esto posibilita que, a diferencia del resto de las naciones del Continente, el Derecho proveniente de Europa no sea un mero referente de inspiración para el legislador patrio, sino que encuentre íntegra aplicación y vigencia hasta bien avanzada la segunda mitad del Siglo XX.

El segundo elemento es más peculiar y está asociado a la filiación del Derecho cubano, a partir de la década de los años 60, a la doctrina generada en la Unión Soviética y los países de su entorno ideológico, dentro del denominado Derecho Socialista (David, 1969), el cual es un escenario caracterizado por una puja que pretende introducir instituciones provenientes de esa tendencia ideológica normativa, en un sistema jurídico adherido a sus orígenes hispanos. Algo se ha escrito sobre las particulares de esa conflagración, pero no vienen al caso referirnos a ello en el presente trabajo⁽¹⁾.

Durante mucho tiempo, esta extrañez ha marcado la diferencia legislativa con la del resto de las naciones del Continente. Esto se acrecienta con el aislamiento de nuestro país del sistema interamericano en torno a la Organización de Estados Americanos (OEA), lo que mantiene a la isla antillana fuera de los controles de convencionalidad que genera el mecanismo jurisdiccional de la Corte Interamericana. Todos estos particulares provocan que muchos colegas vean al panorama normativo cubano como a “los vecinos raros” de su entorno geográfico.

La realidad es que, con independencia de las particularidades propias del sistema político socialista en evidente contraste con el resto de los países del área, el Derecho cubano mantiene muchos puntos de similitud con el de los países del hemisferio y, de hecho, en varias materias específicas, como las del Proceso Penal, el Derecho familiar o la Criminología. Cuba disfrutó de una legislación mucho más avanzada que la mayoría de las naciones americanas. Respecto al “proceso civil”, término que utilizaremos para referirnos tanto al proceso civil propiamente dicho, como al familiar y el mercantil, en Cuba prevaleció el modelo de enjuiciamiento español decimonónico de 1881 hasta la promulgación de la Constitución de 2019.

Si bien la doctrina patria se mantuvo atenta a la influencia del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en los

paulatinos procesos de reformas ocurridos en varios países del entorno inspirados en el referido texto paradigmático, la normativa se mantuvo enhiesta a su legado histórico, caracterizado por los patrones del vetusto modelo canónico medieval de naturaleza escrita, preclusiva y pausada.

A la altura del año 2007, y ante una cierta pereza legislativa, el Tribunal Supremo de Cuba comenzó una labor de “interpretación creativa” de la normativa procesal vigente en aras de introducir en la práctica judicial algunos espacios propiciatorios del debate oral mediante audiencias. Estos actos eran ausentes en la letra de la Ley ritaria de 1977 (Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, LPCAL) y en la normativa posterior que adicionó el proceso económico en 2006, con el consiguiente cambio de denominación a Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE).

A esa realidad de contraste entre ley y práctica judicial se le denominó, en clave jocosa, “Las Aventuras de Alicia en el país de las maravillas”. La parábola de la niña que penetra por un agujero y se encuentra con un mundo irreal y desconocido se homologa con lo que sucede en la praxis forense en que, a partir de la “interpretación creativa” de un artículo de la LPCALE (artículo 40), los tribunales organizaron un modelo de enjuiciamiento diferente del legislado; pero inspirado en las pautas trazadas por el Código Procesal Modelo. Esta realidad paralela entre el modelo legalmente establecido, escriturado y preclusivo, y una práctica judicial, oral y concentrada, prevalece en el país hasta la promulgación del Código de Procesos en 2021.

Pertrechado del método teórico-jurídico, del exegético-analítico y jurídico comparado, el trabajo pretende identificar y analizar el amplio catálogo de herramientas procesales concedidas por el legislador a los jueces cubanos con el propósito de garantizar el cabal cumplimiento de la tutela judicial efectiva y el debido proceso, consagrados en la Constitución de 2019.

(1) Al respecto, véase “Teoría del Estado y del Derecho”, de Fernández Bulté, J. (2005).



2. Gestación y nacimiento del nuevo paradigma de enjuiciamiento cubano

La labor de interpretación creativa del Tribunal Supremo generó una práctica positiva y encomiable, a la que se le denominó “El proceso civil y familiar cubano, una creación judicial”. Esta fue la labor que fertilizó el camino para la reforma acontecida en 2021, a consecuencia del mandato constitucional⁽²⁾.

La promulgación de la Ley 141/2021 “Código de Procesos”, de 28 de octubre de 2021, estuvo precedida de un trabajo investigativo de Derecho comparado, encaminado a evaluar las experiencias legislativas de varios países de nuestra familia jurídica, que han sido analizadas por la doctrina científica (Pereira et al, 2011), y algunas instituciones propias del sistema anglosajón y el francés, particularmente el estadounidense, relativas a la ejecución y la efectividad que en estos países tienen figuras como el *contempt of court* y las *astreintes*. Así, el proceso de elaboración del anteproyecto de Código se facilitó con la existencia de la referida investigación que, por encomienda del Tribunal Supremo, se acometió a partir de 2016, por jueces y profesores de Derecho, quienes elaboraron las Bases para una Reforma del Proceso Civil cubano (Díaz Tenreiro et al, 2019).

El gran reto de la reforma cubana estriba en la encomienda asumida por el legislador de elaborar un texto único capaz de permitir la “cohabitación” del enjuiciamiento de los asuntos civiles, familiares, mercantiles, y del trabajo y la seguridad social. La convivencia de materias de tan disímil naturaleza caracteriza la estructura de la nueva ley que dedica una primera parte muy extensa (quinientos diecinueve artículos) a desarrollar los principios generales rectores de todo el ordenamiento y establece pautas específicas en algunas materias con régimen especial por los derechos a tutelar, como los asuntos familiares y los del trabajo; también se ubica la regulación de la generalidad de las instituciones procesales, a saber, régimen cautelar, pruebas, medios de impugnación, resoluciones judiciales y ejecución, entre otros.

El tratamiento de toda la “infraestructura procesal” en esa primera parte del Código posibilita que el segundo segmento (ciento treinta y seis artículos) se dedique al tratamiento procedimental, bajo el paradigma de dos únicos modelos generales de conocimiento -ordinario y sumario-, por el que toman cauce la generalidad de las pretensiones en todas las materias, con la excepción de solo cuatro tipos específicos: el Sucesorio, la Jurisdicción Voluntaria, el Ejecutivo de títulos de crédito, y la Asistencia y Control judicial al Arbitraje. La nueva técnica del Código contrasta con el modelo precedente que regulaba también al ordinario y sumario como procesos

generales de conocimiento, pero luego articulaba una larga lista de tipos procesales especiales, acorde con las diferentes materias (Díaz Tenreiro & Alfaro Guillén, 2022).

Entre las aspiraciones del legislador está propiciar que la introducción del proceso por audiencias, concentrado en un número limitado de tipologías, convierta a la oralidad en una verdadera herramienta de modernidad y eficacia en la impartición de justicia, con sustento en las experiencias que la doctrina científica aporta sobre los procesos de reforma en otros países (Priori Posada, 2010).

3. De lege ferenda a lege data: ¡Bienvenida la tutela judicial efectiva!

El derecho a la tutela judicial efectiva está ausente en la Constitución de 1976, y no se incluyó en las reformas posteriormente realizadas a la carta magna en 1992 y 2002. Pevio a la promulgación de la Constitución de 2019, las referencias a la tutela judicial se enmarcan en los estudios teóricos, bajo la influencia primigenia de los procesalistas italianos y su “derecho de tutela”. Pero, esencialmente, a partir del impacto de la doctrina española tras su configuración como un derecho subjetivo autónomo de naturaleza constitucional en el texto de 1978, y el torrente jurisprudencial sobreviniente que le otorga a esta institución todo el contenido y andamiaje conceptual que actualmente le acompaña (Pérez Gutiérrez & Hierro Sánchez, 2020).

La tutela judicial efectiva se manifiesta, en los países de nuestra cultura jurídica, como un derecho fundamental de compleja configuración doctrinal que, a partir de una escueta formulación constitucional, cobra contenido teórico progresivo a partir de los pronunciamientos jurisprudenciales, tanto ordinarios como constitucionales. Si bien en sus inicios se cataloga como la “constitucionalización de la acción” (De la Oliva Santos, 1980), actualmente la integran una multiplicidad de aspectos delimitadores de su contenido esencial, entre los que se

(2) Al respecto, véase Ley 141/2021, “Código de Procesos”, en Gaceta Oficial No. 138 Ordinaria de 7 de diciembre de 2021.



incluyen las siguientes las garantías siguientes: “derecho de acceso a la justicia”, “derecho a obtener una resolución sobre el fondo”, “derecho a obtener una resolución motivada”, “prohibición de la indefensión”, “derecho a invariabilidad de la cosa juzgada”, “derecho a la ejecución de lo juzgado”, “derecho a los recursos” y “derecho a la asistencia jurídica” (Gómez Colomer, 2021).

La primera reflexión de la doctrina patria sobre la tutela judicial efectiva, con anclaje en el nuevo texto magno de 2019, se realiza en la obra colectiva *Garantía de los Derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*. Sus autores llaman la atención sobre la anfibia de la doctrina que tiende a confundirse con “acceso a la justicia” y “debido proceso”. Consideran que está integrado por tres elementos esenciales, a saber, el acceso a la justicia, la realización del proceso con todas las garantías o debido proceso y la ejecución de las resoluciones judiciales (Pérez Gutiérrez & Hierro Sánchez, 2020).

Esta consideración de la incipiente doctrina nacional tiene fundamento en el contenido del debido proceso constitucional cubano, descrito como un catálogo de derechos-garantías contenidos en el artículo 94: “la igualdad procesal”, “el derecho a la asistencia jurídica”, “el derecho a la prueba”, “el derecho a los recursos”, “el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”, entre otras. De ahí que la sola inclusión del término “debido proceso” como uno de los elementos del tríptico integrador de la tutela plena de contenido la formulación sintética de la definición ofrecida por los profesores de La Habana.

El Código de Procesos consagra la tutela judicial (artículo 2) y lo describe, de forma sintética, como el derecho irrestricto de acudir a los tribunales, definido por algunos como “derecho a la jurisdicción” (Del Real Alcalá, 2020), que abarca tanto la promoción de los asuntos, como la posibilidad de oponerse contradictoriamente a las reclamaciones. La tutela abarca, igualmente, la necesidad de obtener un pronunciamiento judicial sobre el fondo de lo pretendido, así como lograr la ejecución de lo decidido.

Como elemento peculiar del tratamiento del tema en la norma cubana está la incorporación, en el propio artículo 2, de la conciliación y la mediación, como instituciones consustanciales a la solución judicial de los asuntos y que transversaliza toda la norma; de tal suerte que pueden utilizarse como una ruta de salida de la litigación a lo largo de todo el tracto procesal de los asuntos, incluida la fase de ejecución.

Llegado este momento, y en apretada síntesis, es menester referirnos a un aspecto que puede parecer tangencial; pero que está asociado al tratamiento integral concedido por el legislador cubano al debido proceso, como uno de los elementos

conformadores de la tutela judicial efectiva. Nos referimos a los mecanismos de amparo de los derechos constitucionales.

El legislador cubano no quiso constituir una jurisdicción constitucional independiente y se limitó a establecer una rama especializada dentro del propio sistema judicial ordinario, para conocer y resolver las reclamaciones relativas a la violación de los derechos constitucionales, acompañado de una ley que regula el proceso específico en esta materia⁽³⁾.

La doctrina cubana se siente inconforme con el tratamiento que ofrece la Constitución y la ley ordinaria al proceso de protección de los derechos constitucionales. La crítica es aún más acentuada en lo concerniente a la imposibilidad de reclamar, en sede de jurisdicción constitucional, las decisiones de los órganos judiciales ordinarios. El proceso de amparo se nos presenta entonces como una especie de jurisdicción “residual”, si se tiene en cuenta que solo se puede acudir a ella ante la ausencia de un cauce procesal específico en las leyes procesales ordinarias (Prieto Valdés, 2022).

Teniendo en cuenta la limitación anterior es que el legislador del Código de Procesos (similar posición en la Ley del Proceso Penal) amplía los tradicionales motivos de Casación (artículo 432.1), e incluso de Revisión (artículo 442.1, e), y empodera a los tribunales en ambos escenarios jurisdiccionales para conocer de violaciones de las garantías del debido proceso. Es decir, los magistrados del control casacional tienen potestades para enmendar las decisiones de los tribunales inferiores cuando se producen violaciones del debido proceso constitucional.

En similar situación se encuentran los magistrados del Tribunal Supremo que conocen del Proceso de Revisión, a quienes se amplía sustancialmente su facultad revisora, con una mirada constitucional. Ambos medios de impugnación se alejan de su naturaleza extraordinaria y selectiva, para dar cabida a las violaciones del debido proceso y la tutela judicial como causales propiciatorias del control.

(3) Al respecto, véase Ley 153/2022, “Del Proceso de Amparo de los Derechos Constitucionales”, en Gaceta Oficial No. 74, Ordinaria de 15 de julio de 2022.



4. El nuevo juez que demanda el Código de Procesos

Las reflexiones sobre las facultades de los jueces en el proceso civil es un tema de vieja data en la doctrina cubana. Ya en 1946, una de las figuras más prominentes de la judicatura nacional, el magistrado Fernando Álvarez Tabío, reflexiona sobre el papel del juez civil y demanda una posición menos contemplativa en su misión de impartir justicia (Álvarez Tabío, 1946). Resulta menester aclarar que el “activismo judicial” que motiva las reflexiones del excelso magistrado es ajeno a la polémica surgida después sobre el tema, que provoca el etiquetamiento dicotómico de corte ideológico entre un Derecho Procesal “garantista” y otro “autoritario” (Montero Aroca et al., 2006). El activismo demandado por Álvarez Tabío es en función de otorgar mayores facultades al juzgador, que le permitan conducir una litis generada a partir de intereses personales contrapuestos, sobre la que se erige -como dirimente- un poder público; concepción que se corresponde con la clásica definición del “juez director” (Alcalá-Zamora & Castillo, 1992).

Pero no es hasta las reformas de 1974 y 1977 que, bajo la influencia del Derecho Soviético, se diseña un modelo de juez con amplias facultades procesales e incluso materiales. Así, la derogada LPCALE incluye, bajo el rubro “De las facultades de los tribunales” -artículos 38 al 45- un catálogo de potestades que permanecieron intocables hasta que comienza la labor “pretoriana” del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo en 2007; tema al que la doctrina cubana le ha dedicado bastante tiempo (Mendoza Díaz & Hierro Sánchez, 2018)

El Código de Procesos nos devela, como formulación general contenida en el artículo 7, a un “juez activo” que debe modular su dinamismo en correspondencia con la materia en que desempeña su jurisdicción, pues se debe recordar que esta norma procesal está diseñada para cuatro áreas, de las cuales el civil y mercantil tienen similitud en cuanto a la primacía del principio dispositivo, mientras que en los asuntos familiares y del trabajo subyacen normas materiales de naturaleza no dispositivas.

Sin parar mientes en las admoniciones de Atienza sobre los múltiples alcances del término “activismo judicial” (Atienza, 2018), el Código de Procesos lo utiliza para definir un tipo de juzgador al que la ley le concede diversas “facultades ordenatorias”, de las que puede hacer uso con cierta autonomía en la conducción de la litis. El activismo comprende también “facultades instructorias”, concretadas en un régimen probatorio que le permite incorporar medios de prueba, matizado por unos límites que la propia ley establece, en correspondencia con la materia sobre la que versa la litis. Por último, le otorga una facultad no exenta de polémica, que le permite extravasar los límites materiales del controvertido, previo sometimiento del tema al principio de contradicción para evitar la indefensión.

4.1. Las facultades ordenatorias del juez

A modo ilustrativo y para una mejor comprensión de su tratamiento normativo, nos referiremos a continuación a la regulación que el Código confiere a algunas de estas “facultades ordenatorias”.

El artículo 9, dedicado a formular el principio de igualdad de las partes, le concede un catálogo de pautas indicativas para “modular” dicho principio, en aras de lograr un adecuado equilibrio procesal entre partes materialmente desiguales. El juez debe identificar en qué tipo de asuntos deviene imprescindible utilizar estas herramientas para garantizar la armonización práctica de la igualdad; así, el artículo en comento le sugiere algunos supuestos, de forma indicativa, como el de los procesos en que se ventilen derechos relativos a las personas menores de edad o de las personas en situaciones de vulnerabilidad.

De forma particular, en los conflictos del trabajo, el Código incorpora el “principio de protección o de desigualdad compensatoria”, amparado en que los conflictos que se suceden en las relaciones de trabajo, dada la singularidad del sustrato material en que se amparan las pretensiones, exigen un peculiar modo de articular la tutela judicial efectiva de los derechos. Pues la protección judicial en este ámbito trasciende el mero interés de partes, al estar marcado el conflicto por los derechos y valores fundamentales relativos al trabajo (Rodríguez-Pinero & Bravo-Ferrer, 2002; Masciotra, 2015).

En la misma línea de lograr la igualdad efectiva de las partes, el Código desarrolla -artículo 58-, una institución identificada en nuestro medio como un mecanismo judicial de creación de normas procesales *ad hoc*. Tiene lugar cuando en la tramitación de una *litis* el juez se enfrenta a situaciones inesperadas, en las que se evidencia una indefensión o desigualdad susceptible de causar perjuicio irreparable a una de las partes, y no existe en la ley un procedimiento específico para encauzar la solución. En esta encrucijada, el juez adopta, mutuo propio, las medidas o cautelas que sean necesarias para restablecer la equidad procesal. El cometido creativo de la decisión del juez en



estos casos no es sustancial sobre el derecho que se litiga, sino de naturaleza procesal, con el único propósito de evitar que determinadas circunstancias concurrentes al caso, para las cuales el Código no ofrece una solución específica, puedan desembocar en un fallo injusto, derivado de una situación de indefensión.

Continuando con el tema de la tutela judicial efectiva asociada al principio de igualdad, el Código otorga a los jueces, en sede cautelar, facultades para adoptar decisiones anticipadas sobre el fondo del asunto, a reserva de lo que se disponga posteriormente en la sentencia (artículo 241). La adopción de este tipo de decisión urgente y apriorística se asocia a un eventual daño irreparable para los derechos e intereses que el Código acota para las personas en situación de vulnerabilidad, por razón de su edad, sexo, género, identidad sexual, violencia, territorio u otras. Se trata de decisiones que trasvasan lo estrictamente cautelar y se convierten en una forma de tutela anticipada, pero que pende de una decisión final. La dependencia de lo adoptado con urgencia, de que sea ratificado posteriormente por la sentencia, es lo que le diferencia de las “tutelas urgentes o sumarias”, en las que la decisión adoptada es definitiva, por lo que requieren de tipos procesales específicos ubicados fuera del régimen cautelar (Arazi, 1998).

Otra peculiar facultad de los jueces en el campo de los conflictos que vinculan a personas en situación de vulnerabilidad es la de convertir en definitiva una decisión que se origina como cautelar, en la que no se presentó oposición y se vence el plazo de ley sin la interposición de demanda (artículo 238). Se trata de otra variante de tutela anticipada inserta dentro del régimen cautelar, pero que, a diferencia del supuesto anterior, puede asimilarse a las medidas autosatisfactivas desarrolladas por la doctrina y la judicatura argentina (Peyrano et al., 2014).

En este paneo exploratorio de las “facultades ordenatorias” del juez en sede cautelar, se debe mencionar la potestad de disponer medidas precautorias de oficio en aquellos casos que a su criterio lo ameriten (artículo 240). Se trata de otorgarle al juzgador autonomía para decretar medios de coerción generalmente adoptados por iniciativa de parte, pero que el legislador colocó en sus manos para que los utilice cuando aprecie que peligran el éxito de su sentencia, aunque las partes no lo hayan solicitado; postura que se corresponde con las posiciones que propugnan un mayor compromiso de los jueces con el régimen cautelar, como medio de garantizar la tutela judicial efectiva (Ortells Ramos, 2003).

Otro tipo de potestad jurisdiccional demostrativa del referido activismo del juez del Código de Procesos es la referida a la posibilidad de reducir los plazos en aquellos asuntos referidos a conflictos familiares, del trabajo, violencia de género o cualquier otro que, a su parecer, requieran de una tutela urgente (artículo 580). En estos supuestos, el juzgador no necesita que las partes

se lo soliciten y basta la mera percepción de que el caso lo requiera para justificar la decisión.

El propio artículo 580 contiene otra importante facultad de ordenación que la práctica cubana denomina “mutación procesal”, pues en su virtud el juez puede, en una litis recién iniciada, cambiar el tipo procesal preestablecido en el Código por otro de mayor o menor *cognitio judicial*. Los presupuestos de esta decisión descansan en las características del caso, en virtud de su nivel de complejidad y el interés protegido. De tal suerte que un asunto iniciado mediante un proceso sumario puede mutar en ordinario o viceversa. Por tratarse de una institución de nueva incorporación en la práctica cubana, aun no tiene un uso que posibilite valorarlo. Sin embargo, por su cometido, debe darse con más frecuencia en la dirección de convertir un proceso sumario en ordinario y no en sentido contrario.

Para valorar el alcance de la reducción de plazos procesales y de la mutación, hay que tener en cuenta la topografía procesal del ordinario y del sumario, diferenciados por la existencia, en el primero, de un mayor plazo para contestar la demanda y la existencia de dos audiencias, una preliminar y otra de pruebas y conclusiones; mientras que el sumario dispone de una única audiencia. Pero resulta que la audiencia preliminar del proceso ordinario es potestativa de los jueces, por lo que dentro de sus facultades de ordenación está la de convocarla o prescindir de ella y concentrar en una única audiencia todo el cometido procesal de ambas.

Ya se trate de una o dos audiencias, el juez tiene el cometido de promover la conciliación intraprocesal o derivar a la mediación, importantes decisiones que puede adoptar en correspondencia con la naturaleza de la litis que se le presenta (artículo 538). Convertir ambas formas de solución del conflicto en herramientas útiles para la actividad judicial es tarea que está en manos del tribunal, de tal suerte que si prevalece una postura estática del juzgador no hará ningún esfuerzo por utilizarlas en el escenario de las audiencias, pero si asume la posición “activa” que le indica el artículo 7 del Código de Procesos, puede



encontrar soluciones más rápidas y consensuadas en estas herramientas, en aras de lograr parámetros más eficaces de tutela judicial efectiva.

Otra muestra de la amplitud de las facultades ordenatorias son las “conminaciones económicas y personales” reguladas dentro de la ejecución forzosa de las resoluciones judiciales, que se erigen como herramientas imperativas encaminadas a garantizar que las decisiones cautelares y las sentencias de condena alcancen un cumplimiento efectivo, preferentemente *in natura*.

Precisamente, en el diagnóstico de los problemas que aquejaban al proceso civil cubano precedente y que justificaron la necesidad de una reforma, se identificó a la ejecución de las decisiones judiciales. La dificultad no estaba solo en los incumplimientos de las sentencias, sino incluía también la ineficacia de las diligencias de aseguramiento previas a la promoción de un proceso, o las medidas cautelares. La ausencia de mecanismos efectivos de coerción provocaba una total impotencia de los tribunales para lograr que sus decisiones se cumplieran y con ello un quebranto al logro de una tutela judicial efectiva.

El Código de Procesos empodera al juez para que logre el cumplimiento efectivo de sus decisiones, mediante las conminaciones. Así, ante la presencia de una posición contumaz del condenado, el juez puede, incluso de oficio, disponer una conminación económica, consistente en el pago por el obligado de una determinada cantidad de dinero por cada día de demora en el cumplimiento de la condena. También puede aumentar el monto de la cantidad fijada, con un claro propósito persuasivo que constriña al deudor al cumplimiento efectivo de lo ordenado en la resolución judicial (artículo 470).

Son particularmente efectivas, sobre todo en el cumplimiento de las decisiones de hacer o de no hacer, así como en la ocupación de bienes, la realización de inventarios previos, el aseguramiento probatorio cautelar, entre otros, las denominadas “conminaciones personales”.

Una de las conminaciones personales es la de arresto y traslado del obligado al tribunal y se utiliza en aquellos casos en que la persona se niega al cumplimiento de lo ordenado por el juez o entorpece su realización (artículo 471.2). El juez que dispone el traslado puede, mediante métodos persuasivos, lograr que se cumpla voluntariamente su resolución, y ante una postura contumaz del obligado, derivar la atención del asunto al orden penal, por un delito de Desobediencia (artículo 175 del Código Penal).

Otra modalidad de conminación personal es la entrada forzosa al inmueble o vivienda del obligado. Antes de la promulgación del Código eran ineficaces las diligencias previas que requerían el ingreso a un inmueble, encaminadas a realizar inventarios de bienes, asegurar medios de

pruebas, o la inspección para identificar defectos constructivos, así como cumplir las sentencias que implicaran la entrega de un bien o cualquier otra condena cuya realización implicara el ingreso a un domicilio. La negativa del morador o la simple ausencia suya el día fijado por el tribunal para ejecutar la decisión, provocaban el fracaso de la diligencia.

En el nuevo escenario procesal, el juzgador tiene facultades para proceder a la entrada forzosa a un inmueble, siempre que la persona obligada haya sido debidamente notificada de la realización del acto judicial y se niegue o se ausente del lugar (artículo 471.3). Las fuerzas del orden público están obligadas a colaborar con los tribunales para garantizar la realización forzosa de las referidas acciones en caso de oposición.

El catálogo de facultades concedidas a los jueces en sede de ejecución de sus decisiones, las que puede disponer incluso de oficio (artículo 469), constituyen herramientas que propician cerrar el círculo de efectividad de la tutela judicial, al comprender no solo el acceso a los tribunales, sino también el logro del cumplimiento de sus disposiciones.

Aunque relacionado con el régimen probatorio, tema generalmente asociado con las facultades instructorias, el Código introduce una modalidad que la doctrina denomina “pruebas dinámicas” al posibilitar que el juez, de oficio, atribuya la carga de la prueba de determinado hecho a la parte que se encuentre en una posición más favorable para acceder a ella. Es una facultad de ordenamiento porque el juez con su decisión no incorpora pruebas de oficio, sino que altera la regla clásica de la carga de la prueba y traslada la responsabilidad del actor al demandado. Sobre esta institución existe un amplio desarrollo doctrinal (Peyrano & Lépori White, 2008); pero no necesariamente legislativo, por lo que su incorporación en el Código cubano es un *rara avis* que amplía sustancialmente las facultades de ordenación de los jueces.

Dentro de esta apretada síntesis identificativa de las facultades ordenatorias del juez que le permiten actuar autónomamente ante determinados escenarios y bajo ciertos presupuestos, se encuentra la facultad de



control casacional de oficio (439.4). Hablamos del caso de un Recurso de Casación en tramitación, donde el magistrado detecte un quebrantamiento de las garantías esenciales del debido proceso, o una errada aplicación de la norma sustantiva, que no han sido señalados por el reclamante en su recurso, lo que no impide que el tribunal declare de oficio el recurso y devuelva las actuaciones al tribunal de instancia para que dicte una nueva sentencia ajustada a derecho, en caso de la infracción de ley, o anule las actuaciones hasta el momento en que se produjo el quebranto de la formalidad procesal.

4.2. Facultades instructorias del juez

Las facultades instructorias, a diferencia de las ordenatorias, están sujetas a enconadas polémicas doctrinales con sustento en la vigencia del principio dispositivo que pone límites al poder decisorio del juez, sujeto a la plataforma fáctica y petitoria de las partes. En concreto, las facultades instructorias están relacionadas con la potestad judicial de incorporar pruebas de oficio, en aras de lograr una mayor certeza sobre los hechos objeto del debate, así como la posibilidad de trasvasar el marco petitorio impuesto por las partes.

Aunque no podemos detenernos en este momento en el difiendo doctrinal que gravita sobre las facultades instructorias de los jueces, baste solo mencionar que una doctrina con la que simpatizamos considera que dichas facultades no son una mera atribución relacionada con el arbitrio del juzgador, sino que constituyen una exigencia constitucional para dictar un pronunciamiento judicial ajustado a derecho (Masciotra, 2015). Tesitura en la que se coloca el Código de Procesos de 2021, al dispensar potestades probatorias que debe utilizar el juez en correspondencia con los fines teleológicos del tipo de asunto en que participa.

Lo que subyace en la postura de otorgar al juez poderes extras para incorporar medios de prueba, es el debatido concepto de la búsqueda de la verdad en el proceso; categoría recogida en la derogada Ley procesal como un objetivo de la “prueba para mejor proveer”, disponible de oficio. Según la norma abrogada, el tribunal podía incorporar las diligencias de prueba “que considerara indispensables” para llegar al cabal conocimiento de la “verdad”, con el límite de “las cuestiones planteadas” (artículo 248).

El modelo precedente discurría entre un juez con poderes ilimitados para probar y lograr el conocimiento de “la verdad”, pero reducido a las cuestiones planteadas, o sea, restringido por las reglas del principio dispositivo. Dicho de otra forma, era obtener la “verdad” sobre las “afirmaciones” que hacen las partes de los “hechos” que ocurren en la vida real.

El nuevo Código elimina el término “verdad” del cometido de la prueba, y no porque prescindiera de ella, a tenor de la consabida formulación del profesor Montero, quien postula la “renuncia a la verdad en el proceso civil” (Montero Aroca, 2001). El legislador del Código quiso sustraerse del debate teórico

sobre la posibilidad de lograr la verdad en el proceso y, en su lugar, le diseña al juez varios caminos a seguir en correspondencia con los tipos procesales en que desempeña su actuación cognoscitiva. Si bien la nueva ley no menciona el término “verdad” como cometido de la prueba, las herramientas probatorias que coloca en manos del juez, sobre todo en los procesos de tutela reforzada (familia y trabajo), evidencian la intencionalidad de lograr un esclarecimiento más allá de un umbral mínimo de complacencia judicial (Mendoza Díaz, 2021).

Un cabal análisis del tratamiento concedido por el Código requiere distinguir entre “hechos”, “hechos controvertidos”, “certeza”, “esclarecimiento” y “convicción”. La delimitación previa del alcance de estos términos permite definir las facultades oficiosas en sede probatoria.

El enunciado primigenio está contenido en el artículo 292.2, al establecer la facultad del tribunal para disponer, en cualquier estado del proceso, la práctica de las pruebas que considere necesarias para el “esclarecimiento” de los “hechos controvertidos”. Se trata de una formulación general aplicable a las cuatro modalidades procesales contenidas en el Código, pero que parece diseñada para los asuntos de naturaleza disponible, que son los conflictos civiles y mercantiles. De ahí el alcance indagatorio que se le traza al juez, quien se limita al “esclarecimiento”, consustancial con la “certeza”, formulada como regla transversal para todo el ordenamiento en el artículo 7. Así, el esclarecimiento tiene como barrera epistemológica los “hechos controvertidos”, impuesta por el principio dispositivo, propio de los litigios en estas materias.

El apartado 3 del artículo en comento da un giro copernicano a la capacidad probatoria del juzgador y le empodera particularmente para disponer de oficio las “pruebas necesarias” para “formar convicción” sobre los “hechos”, en los conflictos familiares y los del trabajo. En el primero de ellos prevalece el interés superior de las personas menores de edad, mientras que los conflictos del trabajo y la seguridad social están signados por el desbalance entre empleadores y empleados,



matizados por el “principio de protección o de desigualdad compensatoria”, ya comentado.

Se puede apreciar el énfasis del legislador cuando expande la capacidad probatoria en función de permitirle al juez el acopio de todos los medios de prueba requeridos, no limitados a los “hechos controvertidos”, como en el apartado anterior, sino a “los hechos”, en clara alusión a la posibilidad de extender su ámbito epistemológico a todo el entramado fáctico que provoca la litis y que puedan influir en su decisión. El estándar cognoscitivo que prevalece no es limitativo, como en el supuesto anterior, pues su cometido no es lograr “certeza”, sino “convicción”, en clara alusión a una intensidad mayor en sus facultades instructorias.

Para que, en los procesos de tutela reforzada, referidos en el párrafo anterior, el tribunal pueda cumplir su cometido cognoscitivo, el procedimiento probatorio debe diseñarse como un escenario de construcción de la verdad, donde el juzgador refuerza su iniciativa probatoria, que, sin sustituir el papel de las partes, le posibilite arribar a conclusiones lo más cercanas posible a la realidad de los hechos. Es evidente que el legislador evitó utilizar el controvertido término “verdad” para describir su cometido epistémico y utilizó “convicción”; sin embargo, no lo acotó solo a las “afirmaciones”, sino que lo dejó abierto, para con ello abarcar a los acontecimientos de la realidad (Mendoza Díaz, 2021).

La última referencia a las facultades instructorias está regulada en el artículo 62, relativa al ámbito de la congruencia. Se trata de un atributo que “exorbita” las reglas del principio dispositivo y posibilita que el juez extienda su decisión sobre aspectos que no fueron originalmente formulados por las partes. Es conocido que el Código cobija cuatro tipos procesales diferentes, pero el artículo en comento no circunscribe esta facultad a determinados asuntos, sino que se formula como una potestad general con lógica impronta de utilización limitada en los procesos civiles y mercantiles.

La norma establece presupuestos para justificar esta actuación *extra petita*, en el entendido de que los aspectos incorporados estén íntimamente ligados con el asunto principal de litis, o resulten una consecuencia de ellos. Otro requisito es que sean sometidos a la contradicción; de tal suerte, el tribunal debe informar a las partes sobre su propósito de ampliar el marco decisorio. A ello se refiere el art. 547, cuando regula la Audiencia de práctica de pruebas y conclusiones; momento en el cual el tribunal debe develar, terminada la práctica, su intención de ampliar su decisión sobre el petitorio.

La norma en análisis no es suficientemente clara en cuanto al alcance de la decisión que el juez pretende adoptar, pues se refiere a “aspectos” no contenidos en las “cuestiones”

oportunamente propuestas. En tal sentido no especifica si se refiere a aquellos hechos concomitantes con los que constituyen la plataforma fáctica de la demanda y la contestación, o incluye también la facultad de modificar las pretensiones contenidas en los escritos polémicos.

Ante la ausencia de una jurisprudencia que aclare estos conceptos, la lógica y la racionalidad apuntan a que se refiere a cuestiones fácticas, de indudable influencia en el alcance de la determinación; pero sin que implique una mutación de las pretensiones de las partes. Puede ser el caso, hipotéticamente, de un “Proceso sumario sobre el ejercicio de la capacidad jurídica y la provisión de apoyos y salvaguardias”, de recién incorporación en el Código, en que el promovente solicita la designación de un “apoyo” a favor de una determinada persona y el tribunal, a partir de las diligencias practicadas considera que lo más conveniente para la persona en situación de discapacidad es la designación de un “apoyo intenso con facultades de representación” y se le provean determinados ajustes razonables, todo ello de conformidad con el Código las Familias⁽⁴⁾ y la nueva regulación que modifica lo establecido por el Código Civil en lo relativo al “Ejercicio de la capacidad jurídica civil”. Es cierto que se ha producido un cambio en cuanto a lo solicitado, pero se trata de algo íntimamente vinculado a la pretensión originalmente formulada.

Sobre el excesivo culto que tradicionalmente se hace de la congruencia entre lo pedido y la sentencia, reflexiona el profesor Marinoni sobre la necesidad de conceder un mayor poder al juez para lograr la efectividad en la tutela de los derechos, y reclama la necesidad de mitigar el rigor de la congruencia para que el juez pueda responder de mejor forma a las nuevas situaciones que impone el derecho sustancial, sobre la base de la proporcionalidad, como regla hermenéutica adecuada para el control del poder del juez frente al caso concreto (Marinoni, 2007).

(4) Al respecto, véase Ley 156/2022, Código de las Familias, aprobada el 22 de julio de 2022, y ratificada por plebiscito el 25 de septiembre de 2022, en Gaceta Oficial No. 99, Extraordinaria de 27 de septiembre de 2022.



En el análisis de las facultades instructorias recibimos con beneplácito la admonición que al respecto hace la doctrina argentina de que los poderes del juez deben ejercerse con una cuidadosa aplicación del principio de contradicción, la posibilidad de proveer pruebas suficientes sobre los cambios que se introducen y la posibilidad de impugnar la decisión adoptada, porque el respeto a tales principios impide cualquier connotación arbitraria en la actuación del juzgador (Masciotra, 2015).

Con asiento en la nueva ley rituarial, resulta atinada la reflexión que nos ofrece quien fuera durante varios años Presidente de la Abogacía cubana, en el sentido de que el juez, por más que la norma lo conmine a ser inquisitivo y proactivo, en su actuación práctica diaria ajusta su proceder a la objetividad de cada caso; de tal suerte, las incitaciones legislativas y doctrinales al activismo judicial no modifican de inmediato el manejo que de la conflictividad humana tienen incorporado los jueces, conforme a las líneas históricas de su desempeño. Considera el también profesor de La Habana que la vida marcará la ruta en la aplicación práctica del Código y, de seguro, “se creará un punto de inteligencia media que nos dirá, no tanto cuál es el grado medio de activismo deseable, sino cuál es el nivel de activismo posible” (Mantecón Ramos, 2022).

5. Conclusiones

El análisis realizado en el presente trabajo nos permite afirmar que el Código de Procesos tiene el innegable mérito de haber introducido un amplio catálogo de facultades, algunas de ordenación y otras instructorias, que perfilan al juez cubano como un importante actor en el proceso de la impartición de justicia, en cumplimiento de las garantías consagradas en la Constitución.

El derecho a la tutela judicial efectiva es de reciente incorporación en el panorama legislativo cubano, en tanto se asienta en la Constitución de 2019 y se amplía con la normativa especial que le sigue, de ahí que su desarrollo en sede procesal sea incipiente; razón por la cual resulta imposible evaluar aún, desde una perspectiva jurisprudencial, la recepción de esta institución en el panorama tribunalicio nacional.

El poco tiempo transcurrido desde la promulgación de la nueva ley procesal no nos permite arribar a conclusiones de resultado, solo un diagnóstico preliminar del panorama existente bajo el imperio del nuevo texto, con algunas aportaciones interpretativas del articulado que pueden contribuir a una mejor utilización por los jueces en su desempeño diario.

Albergamos la esperanza de que la judicatura cubana sepa utilizar con racionalidad las herramientas de que dispone en aras de lograr una tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos.

Referencias bibliográficas

Alcalá-Zamora, N. (1992). Liberalismo y autoritarismo en el proceso. En N. Alcalá-Zamora (Eds.), *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)* (1.ª ed., Tomo II, pp. 245-290). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Álvarez, F. (1946). El juez activo en el proceso civil. En Anuario de la Asociación Nacional de Funcionarios del Poder Judicial (Coord.), *Curso de Conferencias sobre Derecho Procesal* (pp. 71-91). Editorial Lex.

Arazi, R. (1998). La tutela anticipada en el Derecho argentino. *Sistema Argentino de Información Jurídica*. http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca980062-arazi-tutela_anticipada_en_derecho.htm?bsrc-ci

Atiienza, M. (2018). Siete tesis sobre el activismo judicial. *Grand Place: Pensamiento y Cultura*, (10), 39-47. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8253008>

David, R. (1969). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Editorial Aguilar.

De la Oliva, A. (1980). *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional a la persona ante la administración de justicia: derechos básicos*. Editorial JM Bosch.

Del Real, J. (2020). El derecho a la tutela judicial efectiva. Teoría General. En F. Lledó Yagüe; I. F. Benítez Ortúzar & J. Mendoza Díaz (Eds.), *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano* (pp. 21-38). Dykinson, S.L. <https://doi.org/10.2307/j.ctv103x9wq.5>

Díaz Tenreiro, C et al. (2019). Una mirada a la Reforma de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico: postulados esenciales. En J. Mendoza & J. Manso (Eds.), *Los retos del debido proceso ante los nuevos paradigmas del Derecho Procesal* (pp. 98-124). Ediciones ONBC.

Díaz, C. & Alfaro, A. (2022). El calado de la Reforma Procesal en el ámbito civil. *Revista Cubana de Derecho*, 2(1), 165-188. <https://revista.unjc.cu/index.php/derecho/article/view/113>

Fernández, J. (2005). *Teoría del Estado y del Derecho*. Editorial Félix Varela.

Gómez, J. (2021). El derecho de la persona a acceder ante un tribunal. En S. Barona & J.L. Gómez (Coords.), *Introducción al Derecho Procesal. Derecho Procesal I* (pp. 203-220). Tirant lo Blanch.

Mantecón, A. (2022). Notas para una primera aproximación a la prueba en el Código de Procesos. *Revista Cubana de Derecho*, 2(1), 265-



292. <https://revista.unjc.cu/index.php/derecho/article/view/116>

Marinoni, L. G. (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Palestra.

Masciotra, M. (2015). Los poderes-deberes del juez en el proceso civil. *Revista Primera Instancia*, 2(4), 100-123. <https://www.primerainstancia.com.mx/revista/revistanum4/>

Mendoza, J. (2021). Carga de prueba, estándares probatorios y prueba de oficio en el nuevo modelo procesal cubano. En M. Bustamante Rúa et al (Coords.), *Homenaje a Michele Taruffo un jurista del futuro: el legado de Taruffo para Latinoamérica* (pp. 345-367). Institución Universitaria de Envigado.

Mendoza, J. & Hierro, L. (2018). La reforma del proceso civil cubano: una labor judicial. En E. Oteiza (Coord.), *Sendas de la Reforma de la Justicia a principios del Siglo XXI* (pp. 227-254). Marcial Pons.

Montero, J. et al. (2006). *Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Tirant lo Blanch.

Montero, J. (2001). *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tirant lo Blanch.

Ortells, M. (2003). La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia de la Ley de

Enjuiciamiento Civil de 2000. *Estudios de Derecho Judicial: La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, (44), 591-690.

Pereira, S. et al. (2011). *Modernización de la justicia civil*. Universidad de Montevideo.

Pérez, I. & Hierro, L. A. (2020). La tutela judicial efectiva en el ámbito constitucional cubano. En F. Lledó Yagüe, I. F. Benítez Ortúzar & J. Mendoza Díaz (Eds.), *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano* (pp. 39-62). Dykinson, S.L. <https://doi.org/10.2307/j.ctv103x9wq.6>

Pérez, I. & Hierro, L. (2020). Por una plena protección judicial y constitucional. *Revista de la Universidad de La Habana*, (289), 187-206. <http://revistas.uh.cu/revuh/article/view/2450>

Peyrano, J. et al. (2014). *Medidas autosatisfativas* (2ª ed., Tomo I). Rubinzal-Culzoni.

Peyrano, J. & Lépori, I. (2008). *Cargas probatorias dinámicas*. Rubinzal-Culzoni.

Prieto, A. (2022). Novedad en Cuba: Proceso especial para la defensa de los derechos constitucionales. *Revista Cubana de Derecho*, 2(2), 82-102. <https://orcid.org/0000-0001-9484-4340>

Priori, G. (2010). Del fracaso del proceso por audiencias a la necesidad de regular una auténtica oralidad en el proceso civil peruano. *THEMIS*, (58), 123-143. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9123>

Rodríguez-Piñero, M. (2002). Los principios informadores del proceso del trabajo. En *Derecho Procesal del Trabajo* (pp. 73-80). Dalis. 



El paradigma constitucional del proceso civil. Bases teóricas^(*)

The constitutional paradigm of civil procedure. Theoretical bases

Christian Delgado Suárez^(**)

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

“Alice: Would you tell me, please, which way I ought to go from here?

Cheshire Cat: That depends a good deal on where you want to get to.

Alice: I don't much care where.

Cheshire Cat: Then it doesn't much matter which way you go.

Alice: ... So long as I get anywhere

Cheshire Cat: Oh! You're sure to do that, if only you walk long enough.”

Lewis Carroll^(***)

Resumen: El presente ensayo ofrece una base teórica posible y verificable para afirmar lo que se denomina como el cuarto paradigma procesal, correspondiente a la perspectiva constitucional del proceso civil o a la constitucionalización del proceso civil, como superación de sus anteriores etapas clásica e instrumentalista. Para ello, a través del método interdisciplinario, la investigación se vale del derecho constitucional, de la interpretación jurídica y del derecho procesal para remodelar las bases teóricas del proceso civil y otorgarle un valor constitucionalizado a través del reconocimiento de los derechos fundamentales procesales como normas de directa aplicación conteniendo mandatos de optimización. Si de constitucionalizar el proceso civil se trata, el ensayo, entonces, no solo busca el tránsito seguro por el recuento de las así llamadas garantías procesales. Por el contrario, el método funcional o de utilidad aplicado al mismo impone que el aporte pase por reconocerle al juez del Estado Constitucional el deber de tutela judicial incluso de los mismos derechos procesales fundamentales frente al defecto o ausencia de reglas que debiesen implementar y densificar el principio de tutela jurisdiccional efectiva. Con esto se permitirá deconstruir y reconstruir conceptos como el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de acción, retirándoles el *slogan* de meras garantías que permiten el acceso a la jurisdicción, para endosarles el carácter de mandatos de optimización directamente ejecutados por los jueces. Se trata, entonces, de la tutela del proceso, en el proceso, por parte del juez.

Palabras clave: Tutela jurisdiccional efectiva - Derecho de acción - Eficacia directa - Derechos fundamentales - Paradigma constitucional del proceso - Derecho Procesal Civil - Perú

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 03 de abril de 2024 y su publicación fue aprobada el 07 de junio de 2024.

(**) Abogado por la Universidad de Lima (Lima, Perú). Máster en Derecho Procesal Civil por la Universidad Federal do Paraná. Máster en “Global Rule of Law and Constitutional Democracy” por la Università de Génova. Profesor en las maestrías de Derecho Procesal y Política Jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Italiana de Estudiosos del Proceso Civil. Correo electrónico: cdelgados@pucp.edu.pe. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5629-8609>.

(***) Carrol, Lewis (1993). *Alice in Wonderland*. Wordsworth Editions, (pp. 89-90).



Abstract: This essay offers a feasible and verifiable theoretical basis for affirming what is called the fourth procedural paradigm, corresponding to the constitutional perspective of the civil procedure or the constitutionalization of it, as an overcoming of its previous classical and instrumentalist stages. To this end, through the interdisciplinary method, the research uses constitutional law, legal interpretation and procedural law to reshape the theoretical bases of the civil process and give it a constitutionalized value through the recognition of fundamental procedural rights as directly applicable norms containing optimization mandates. If it is a question of constitutionalizing the civil procedure, the essay, then, does not only seek the safe passage through the account of the so-called procedural guarantees. On the contrary, the functional or utility method applied to the same imposes that the contribution is to recognize the judge of the Constitutional State the duty of judicial protection even of the same fundamental procedural rights in the face of the defect or absence of rules that should implement and densify the principle of effective jurisdictional protection. This will make it possible to deconstruct and reconstruct concepts such as the fundamental right to effective judicial protection and the right of action, removing from them the slogan of mere guarantees that allow access to jurisdiction, to give them the character of optimization mandates directly executed by judges. It is, then, about the protection of the procedure, within the procedure, by the judge.

Keywords: Effective jurisdictional protection - Right of action - Direct effectiveness - Fundamental rights - Constitutional paradigm of the process - Civil Procedure - Peru

1. Introducción

No sería exagerado ni desubicado traer a colación el famoso diálogo entre *Alicia y el gato de Cheshire* para el ámbito del derecho y específicamente a los dominios del derecho procesal civil.

La vaguedad de este camino y el volátil destino al que aspiramos llegar, colocan al operador jurídico preocupado

con el proceso civil en un panorama como el retratado en ese diálogo de Lewis Carroll en la célebre obra *Alicia en el país de las maravillas*, es decir, en un pleno desconocimiento del camino que debemos tomar actualmente al momento de ver qué se esconde más allá del proceso civil clásicamente concebido, teorizado y legislado.

Si es que es verdad que el devenir histórico del proceso civil nos presentó tres etapas metodológicas o microparadigmas⁽¹⁾, actualmente es una exigencia que el procesalista reflexione y practique un *reality check* con el objetivo de descubrir los caminos que el proceso irá a recorrer en adelante sea en ámbitos doctrinarios, legislativos o jurisprudenciales. Nos referimos a un sincero cuestionamiento de dónde estamos y a dónde iremos⁽²⁾.

En lo que respecta al desarrollo de nuestra ciencia procesal, hemos sido testigos de las tres revoluciones científicas las que, sin duda alguna, impactaron en la forma de entender y construir el proceso civil. La lucha por la paternidad de la definición de estos tres momentos nos condujo a entenderlos como 'la evolución histórica del proceso, las etapas metodológicas del proceso' o como proponemos comprenderlos como los 'microparadigmas procesales', siguiendo la célebre teoría epistemológica de las revoluciones científicas de Tomas Kuhn⁽³⁾.

En efecto, cualquier estudioso u operador jurídico interesado en el proceso civil advertirá que estos tres microparadigmas se

(1) Sobre los cambios paradigmáticos en las ciencias exactas e inclusive como modelo a ser adoptado en las ciencias sociales, véase "La estructura de las revoluciones científicas", de Thomas Samuel Kuhn (2006, p. 149).

(2) Para un retrato de la situación actual y el futuro desarrollo del derecho y del proceso, véase "Globalización, derecho y proceso", de Juan Federico Monroy Gálvez (2009, p.193).

(3) Entendiendo por paradigma una respuesta o realización científica que, durante un lapso, se revela como modelo para la solución de los problemas que esta ciencia enfrenta. Así, Tomas Kuhn alude a la cualidad de mutable de un 'paradigma' en el sentido de ser un modelo que trae una respuesta para un cierto problema durante un periodo de tiempo determinable. Si el proceso civil fue visitado por estos tres momentos metodológicos ya referidos, sincretismo, cientificismo e instrumentalismo, el hecho de haber trascendido el primero al segundo y éste al tercero, nos permite inferir que estos modelos – o soluciones razonables y científicas – evolucionan y mutan. Es esclarecedor el dictado de Kuhn al indicar que 'el surgimiento de teorías nuevas se ve usualmente precedido por un periodo de profunda inseguridad profesional debido a que exige una destrucción a gran escala de un paradigma anterior. Véase "La estructura de las revoluciones científicas", de Thomas Samuel Kuhn (2006, p. 152). Entendidas estas etapas del proceso como microparadigmas – con el objetivo de atomizar el término 'paradigma –, parece reveladora la idea de al ser métodos superados y a superarse, poder entenderlos como microparadigmas que continúan en constante evolución, antagonismo y re-invencción. De ahí que teorizamos la inauguración de este cuarto microparadigma, la perspectiva constitucional del proceso, emergiéndose como nuevo método o razón para entender el proceso civil. Este fundamento es tratado en "Efetividade processual e tutela preventiva dos direitos", de Christian Delgado (2013).



manifestaron de la siguiente forma⁽⁴⁾: i) en el sincretismo; ii) en la perspectiva científica del proceso o clasicismo procesal y; iii) en el instrumentalismo. Dentro de estos tres microparadigmas, el paradigma filosófico racionalista e iluminista de cuño pre y post-revolucionario fue el factor determinante que esbozó y decidió por nosotros el camino a seguir, así como el objetivo del proceso civil. Tal modelo teórico tuvo una ideología totalizadora y garante del *status quo* de los últimos siglos, puesto que no le bastó apenas definir el destino del proceso civil, sino, también, del derecho como unidad. Tal marca profunda – y, duradera – se refleja hoy como obstáculo del cual varios sistemas e inclusive doctrinas aún no consiguieron superar.

Entretanto, Mauro Cappelletti, timonel del movimiento mundial por el acceso a la justicia, llamó la atención de la comunidad jurídica para el hecho de que el proceso civil debería adecuarse y adaptarse de forma estrecha a la naturaleza particular de su objeto y finalidad, esto es, la propia naturaleza del derecho substancial y la finalidad de tutela de los institutos de este derecho material (1974, p. 5). Ahora bien, continuar pensando el proceso como mero rito y alabar el procedimiento por el procedimiento sin prestar atención a las necesidades sociales, retrataría al proceso como una ciencia que fagocita la pretensión de tutela del justiciable para adorar, cual paganos, una herramienta como si esta fuese a la vez el fin, negándose, así, la tutela jurisdiccional de los derechos.

A raíz de la nueva teorización realizada en Europa, específicamente en Italia, se aceptó como un intento de respuesta a las nuevas necesidades sociales, la interdependencia del derecho procesal con el derecho material. Es de tal forma que, por medio del instrumentalismo ofrecido al proceso, este obtuvo la ideología y técnicas con las que la post-modernidad, pregonada por Grossi⁽⁵⁾, influyó al proceso civil. Es un hecho a todas luces evidente que, durante los años de maduración del proceso civil, fuimos obligados a continuar estudiándolo como una ciencia exacta para, posteriormente, entender el instrumentalismo procesal y rescatar lo mejor

de estos dos movimientos. No obstante, el derecho procesal civil evolucionó para auto-atribuirse aspectos renovados y no contentarse simplemente con la tutela del derecho material sin mirar a la Constitución. Es por ello que en magníficas palabras de Calmon de Passos (2012), ni Cappelletti, Denti o Proto Pisani idealizaron estas soluciones instrumentalistas con miras a perpetuarlas (p. 68).

Con esas coordenadas trazadas⁽⁶⁾, fue necesario inaugurar un cuarto 'microparadigma'. La perspectiva constitucional del proceso se erigió como derivación del así llamado neoconstitucionalismo y de la necesidad de aplicar y entender el proceso civil bajo la óptica de la fuerza normativa de la Constitución y la eficacia de los derechos fundamentales procesales. De tal forma, ahora el proceso civil obtendría esta legitimidad para constituirse en una herramienta de protección de los valores incrustados en la Constitución y como instrumento protector y de concreción de los derechos fundamentales mediante la función jurisdiccional.

Esta investigación gira en torno al problema consistente en el estancamiento teórico y normativo respecto de la constitucionalización del proceso civil. Esta situación que ha venido ganando fuerza de forma paulatina ha dejado a su paso una serie de interrogantes para quien pretenda iniciar una investigación al respecto, tales como: ¿cómo explicar la actual relación entre proceso y Constitución? ¿es la Constitución para fines de la concretización del derecho a la tutela judicial efectiva una

Previamente, se aludió en sede nacional que un cambio paradigmático en el derecho lo constituye el ingreso al Estado Constitucional del Derecho, véase “¿Rechazando la justicia? El derecho de acceso a la justicia y el rechazo liminar de la demanda”, de Giovanni Priori Posada & Eugenia Ariano Deho (2009).

Precísese que la adecuación o terminología de *microparadigma* procesal alude al cambio de modelo o perspectiva frente a la crisis que el procesalismo clásico o científico sufrió al no dar respuesta a las exigencias sociales frente a los nuevos derechos, exigiendo nuevos roles de la jurisdicción. Esto se constata y afirma, nuevamente, en “Efetividade processual e tutela preventiva dos direitos” de Christian Delgado (2013).

Para mayor información sobre el argumento o modelo de microparadigma procesal, véase “La constitucionalización en el derecho procesal” de Giovanni, Priori (2018).

- (4) Para mayor información, véase “Perfis da tutela inibitória coletiva”, de Sérgio Cruz Arenhart (2003, p. 23) y “Colaboración en el proceso civil”, de Daniel Francisco Mitidiero (2009, p. 31).
- (5) Quien, en su *prolusione* en la Universidad de Ferrara, titulada *il novecento giuridico*, afirmó que el jurista post-moderno no debe mirar sólo a la relación Estado-individuo, sino, prestar atención a la relación Estado-sociedad. Pues es la sociedad que es ordenada por el derecho y que tiene en el juez al primer operador de la auto reglamentación social. Véase en “Introduzione al novecento giuridico”, de Grossi Paolo (2012) y en “Mitologie giuridiche della modernità”, de Grossi Paolo (2007).
- (6) La circularidad entre el derecho procesal y el derecho material y el advenimiento de las teorías de la interpretación en el quehacer judicial.



norma directamente aplicable por la judicatura? ¿qué rol o papel tiene el juez del estado contemporáneo al enfrentarse a las ausencias o defectos normativos de orden procesal?

En lo que atañe al enfoque teórico que sustenta la propia idea de reconocer o reivindicar un paradigma a nivel procesal, este radica en la perspectiva o punto de vista conducto a lo largo de la presente investigación, conducente a afirmar que existe una nueva relación metodológica entre el derecho constitucional y el derecho procesal. Perspectiva que se encuentra instrumentalizada por la necesidad de que el juez del estado de derecho deba integrar el ordenamiento jurídico procesal frente a la ausencia o deficiencia normativa con miras a tutelar un defecto o ausencia en la legislación procesal. Esto solo puede ser llevarse a cabo a través de la explicación del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional y la interpretación de este por parte de la jurisdicción.

A su vez, el presente trabajo tiene por objetivo introducir el estudio del proceso bajo el lente de la Constitución con el propósito de entenderlo como herramienta para la tutela de los derechos fundamentales bien como de los derechos subjetivos desplegados infraconstitucionalmente.

Asimismo, se busca rebatir o dejar de lado cualquier teoría que indique que la Constitución es un mero documento y que, por tanto, posee dispositivos normativos despojados de directa aplicación para, a partir de ello, entender que las disposiciones constitucionales que contienen derechos fundamentales tienen presunción de aplicación directa al poder público, incumbiéndolo con la tutela normativa de estos derechos. En síntesis, visitaremos la relación entre Proceso y Constitución pretendiendo ofrecer otro contenido que vaya más allá de la simple exposición o elenco de garantías procesales, pues consideramos que esta relación se caracteriza, principalmente, por permitir la concreción de los derechos fundamentales materiales y procesales⁽⁷⁾.

En paralelo, esta investigación no solo aplica un método analítico o teórico, en la medida que propone reivindicar ciertos elementos para la construcción de un nuevo modelo teórico procesal. A nivel práctico, dota de argumentos

a la jurisdicción con miras a aplicar de forma integradora y directa el principio – derecho tutela jurisdiccional efectiva ante una ausencia o insuficiencia normativa y concretizar así este derecho fundamental, exigiendo del juez un papel de creación de una técnica adecuada al caso concreto, ante alguna patología normativa.

2. Una relectura sobre la clásica relación entre proceso y constitución

El estudio contemporáneo del derecho procesal civil se ha preocupado de forma permanente por extender un puente de comunicación entre el Proceso y la Constitución. Esto, inclusive, en nuestra región latinoamericana tuvo como estudioso pionero a Couture, quien propugnaba con suficiente anticipación a sus pares europeos la necesaria relación entre el derecho procesal y el derecho constitucional⁽⁸⁾. Como ya es notorio, ninguna rama del derecho puede vivir al margen de la fuerza normativa de la Constitución si es que pretende tener un efecto práctico en el mundo de los hechos. En efecto, vale recordar que la constitucionalización del proceso civil fue puesta en evidencia en los años setenta con las enseñanzas de Cappelletti, Trocker y Denti; quienes entendieron que el microparadigma procesal ‘cientificista’ había alcanzado su zénit, incentivando que esta ciencia fuese deconstruida sólo para ser nuevamente edificada a la luz del derecho material y de la Ley Fundamental. Estas teorías nos ofrecieron propuestas para considerar al proceso como instrumento preocupado con

(7) El presente estudio no lidia o cuestiona la incorrección teórica del término *neoconstitucionalismo*. El fenómeno [o corriente iusfilosófica] denominada neoconstitucionalismo se encuentra, actualmente, en serio cuestionamiento y permanente revisión de sus postulados teóricos considerando que existen variantes de esta corriente.

(8) Muestra de esta labor es el acuñamiento del término derecho constitucional procesal presente en sus Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina, y profundizado en su ya clásica publicación sobre Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Véase “Estudios de Derecho Procesal en Honor Hugo Alsina” de Eduardo Couture (1946, pp. 158-173). Esto, sin dejar de lado evidentemente los aportes de Héctor Fix-Zamudio, quien en su tesis de licenciatura ya afirmaba la importancia de esta relación, al evidenciar la existencia “de una disciplina instrumental que se ocupa del estudio de las normas que sirven de medio para la realización de las disposiciones contenidas en los preceptos constitucionales, cuando estos son desconocidos, violados o existe incertidumbre sobre su significado, siendo esta materia una de las ramas más jóvenes de la ciencia del derecho procesal y, por lo tanto, no ha sido objeto de una doctrina sistemática que defina su verdadera naturaleza y establezca sus límites dentro del inmenso campo del derecho” (Fix-Zamudi, 1955, p. 57).



la realización del derecho material. Esta perspectiva, a ser desarrollada más adelante, ha sido puesto en gran destaque por la procesalística brasilera, inclusive introduciendo una teoría procesal de la Constitución⁽⁹⁾ o una teoría circular del proceso y constitución (Zanetti, 2021, p. 45).

El movimiento del instrumentalismo procesal, iniciado por los maestros italianos de los años setenta, vino acompañado por la necesidad de constitucionalizar el proceso civil, esto es, de tornarlo accesible y revestido de ciertas garantías que impidiesen una intromisión o injerencia del Estado o *que suprimiesen, inclusive, la tutela normativa del Estado frente a derechos fundamentales procesales*. Tal fenómeno, que a nuestro ver constituye elemento genético del proceso civil contemporáneo, se caracterizó por presentar dos dimensiones (Didier Jurnior, 2011, pp. 28-29).

En torno a la primera, existe una incorporación a los textos constitucionales de dispositivos normativos procesales como derechos de participación y de procedimiento con función netamente 'prestacional' por parte del Estado. De la misma forma, diversos países contrajeron obligaciones por medio de instrumentos bilaterales o multilaterales a través de los cuales reafirmaron el respeto al debido proceso inspirándose en la *carta magna libertatum* anglosajona como génesis del *due process of law*. Sirven como ejemplos de tal contexto la Convención Europea de Derechos del Hombre y también el Pacto de San José de Costa Rica. Resáltese, además, que tal constitucionalización del proceso elevó ciertos derechos a un nivel de intangibilidad y prohibición de retroceso para los derechos – en este caso, procesales – que ahora pasarían a gozar del adjetivo 'fundamental'.

Nótese que, en esta primera etapa de constitucionalización del proceso civil, se pretendió revestirlo con garantías constitucionales que asegurasen al ciudadano el cuidado de estos derechos participativos dentro del proceso. La segunda dimensión de este proceso constitucionalizador nos invita a entender los dispositivos normativos procesales

como dispositivos que concretizarán las disposiciones constitucionales con el objetivo de encontrar alguna eficacia en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Se trata de reflexionar sobre la tutela normativa que el legislador ofrece al derecho a la tutela jurisdiccional para ramificar o desagregar este derecho fundamental.

En este punto, es posible afirmar que la primera fase de constitucionalización del proceso fue una fase matizada por el tono *garantista* que el texto normativo atribuía a los derechos procesales. Sin embargo, como toda garantía, su función medular tenía que ver con la protección del ciudadano ante el Estado, imposibilitándolo de interferir en la esfera privada del ciudadano⁽¹⁰⁾. Mejor dicho; se vivió la constitucionalización de derechos procesales para implementar una defensa frente al Estado y a los posibles desvíos de poder, bien al acceder a la justicia, como también una vez instalado el proceso⁽¹¹⁾. El término garantía, por ende, reconducía a la *seguridad* que daba el Estado de éste mismo no interferir en la vida del ciudadano.

En lo que atañe a la segunda fase de constitucionalización del proceso - o del que denominamos cuarto microparadigma procesal 'perspectiva constitucional del proceso' – se trata de un tema que viene siendo investigado y desarrollado hace poco. Realmente, no engañamos al decir que el constitucionalismo, recientemente, se ha interesado por el estudio del proceso teniendo como pacífica que la relación entre el Proceso y Constitución no se agota en la afirmación

(9) Para mayor información, véase "Teoria processual da Constituição", de Willis Santiago Guerra Filho y Henrique Garbellini Carnio (2017).

(10) Relativo a este punto, Canotilho afirma que, "rigurosamente, las clásicas garantías son también derechos, aunque muchas veces se resalte en ellas un carácter instrumental de protección de los derechos. Las garantías se traducían sea en el derecho de los ciudadanos a exigir de los poderes públicos la protección de sus derechos o sea en el reconocimiento de medios procesales adecuados a esa finalidad (derecho de acceso a los tribunales para la defensa de los derechos, principios del *nullum crime sine lege* y *nulla poena sine crime*, derecho de *habeas corpus*, principio del *non bis in idem*)" (2003, pp. 273-274).

(11) Para mayor información, véase Pico Joan y Picó Junoy (1997, p. 17). En verdad, la premisa medular del libro citado parte de la idea de que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, establecido en el art. 24 de la Constitución Española, es una garantía mínima que impide que el Estado violente este derecho. Sin embargo, el autor español fracasa al dejar de referirse o tratar de alguna eficacia normativa de esta mal llamada garantía y lamentablemente anuncia que esta violación a dicha garantía se configura por el abuso del legislador o del juez, pero no dice nada al respecto de la ausencia de regla infraconstitucional que viabilice o efectúe esta tutela jurisdiccional prestada al derecho material. De tal suerte, para quien todavía cree que la tutela jurisdiccional es una garantía y no un derecho que exija una prestación del Estado, será lícito decir que esta garantía aparece cuando se comete una violación al derecho, sirviendo, por ende, como simple oposición al Estado.



de que el proceso debe contar con las garantías mínimas que son abrazadas por las diversas Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial⁽¹²⁾. En verdad, profundizar una teorización *ad infinitum* sobre las garantías procesales sería repetir lo que ya se dijo líneas arriba sobre las garantías constitucionales del proceso como restricciones del Estado de cara al justiciable. Las garantías procesales, de tal forma, todavía no eran consideradas como derechos fundamentales procesales, puesto que la garantía, a diferencia del término derecho fundamental, implica siempre la seguridad de un *no hacer* por parte del Estado.

En la experiencia comparada brasilera, para Sarmiento, esta actual preocupación sobre la eficacia normativa de la Constitución, luego de la promulgación de la Constitución Federal de 1988, actualmente se presenta como una obviedad. En efecto, tal descubrimiento fue revolucionario en una época en la que nuestra cultura jurídica hegemónica no trataba a la Constitución como norma, sino, como un depósito de promesas grandilocuentes cuya efectividad dependía, casi siempre, de la buena voluntad del legislador y de los gobernantes de turno. Para el constitucionalismo de la efectividad, la incidencia directa de la Constitución sobre la realidad social, independientemente de cualquier mediación legislativa, contribuiría para extraer del papel las proclamaciones generosas de los derechos contenidos en la Carta Brasilera de 1988, promoviendo justicia, igualdad y libertad⁽¹³⁾.

Pues bien, sabemos que luego de proclamada la Constitución de la República Federal del Brasil de 1988 y al amparo del art. 5 inciso I de dicho Texto Fundamental, los posteriores estudios de derecho procesal y la ya famosa relación entre Proceso y Constitución aún se mantenían reticentes a observar la eficacia inmediata y vinculación directa de todos los derechos fundamentales, sean materiales o

procesales⁽¹⁴⁾. En sede nacional ello sucedió, inclusive, luego de la promulgación de la Constitución Política del Perú de 1993.

Nuestra incitación es la siguiente: actualmente, no contribuye más – y, al contrario, torna difuso el escenario – considerar a los derechos fundamentales procesales tan sólo como meras *abstenciones* de hacer por parte del Estado – garantías –. Acompañamos el entender de Lima Guerra en el sentido de indicar que el uso de terminologías como “garantías” o “principios” puede tener el inconveniente de preservar aquella concepción de las normas constitucionales, sobre todo aquellas relativas a derechos fundamentales, impidiendo el reconocimiento de la plena fuerza positiva de tales dispositivos constitucionales, en suma, prohibiendo su aplicación inmediata. De tal suerte, se revela necesario substituir esas expresiones por la terminología “derechos fundamentales procesales”; con la finalidad de adaptar ese nuevo marco teórico-dogmático que constituye el *hard core* del constitucionalismo contemporáneo, o sea, la inclusión efectiva de una teoría de los derechos fundamentales⁽¹⁵⁾ de cuño prestacional y no sólo de abstención.

Finalmente, por no parecernos apropiada la equiparación de derechos fundamentales a meras garantías⁽¹⁶⁾, es que proponemos la unificación de terminologías en “derechos fundamentales” para extraer de ellos su total

(12) Vallespín Perez afirma que “con la promulgación de la Constitución de España de 1978, el derecho procesal español se incorporó al movimiento de la ‘constitucionalización’ de ciertos derechos y principios procesales, tomados como derechos fundamentales de los ciudadanos. Tal constitucionalización es una de las notas relevantes que caracterizan el derecho procesal europeo a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial y consiste en la especial protección que es concedida a esos derechos fundamentales no únicamente en el plano procesal, sino, también, en el plano constitucional” (2008, p. 85).

(13) Asimismo, Sarmiento (2007), señala que básicamente, la idea para por advertir con Fioravanti, que el estudio de las constituciones contemporáneas, esto es, durante los novecientos, “concibe la constitución misma, y al mismo tiempo, no sólo como norma fundamental de garantía, sino también como *norma directiva fundamental* a la que deben conformarse sus acciones, en nombre de los valores constitucionales, todos los sujetos políticamente activos, públicos y privados” (pp. 31 -32). Para mayor información sobre el tema, véase “Los derechos fundamentales”, de Maurizio Fioravanti (2009, p. 128).

(14) Es por ello por lo que en la conocida obra de la terna de procesalistas autores de la Teoría Geral do Processo, ya por su vigésima octava edición al año 2012, todavía no se haya reformulado esta nueva relación entre Proceso y Constitución; relación la cual, creemos, debe pasar por el estudio de la eficacia normativa de la Constitución y del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Esta toma de consciencia de este nuevo valor es lo que marcará el ingreso en la perspectiva constitucional del proceso, dejando momentáneamente de lado el inerte estudio de las meras *garantías* procesales.

(15) Véase “Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil”, de Marcelo Guerra (2003, p. 100). Tal referencia nos sirve para apuntar la necesidad de cambiar de terminología e ingresar de garantías a derechos fundamentales dado que no comulgamos con el entender del profesor en mención al referirse a la inexistente fuerza normativa de los principios, cuando en verdad, estos sí la poseen.

(16) Con semejante intento pretendemos superar cualquier pretensión de mera observancia de los derechos fundamentales procesales, específicamente el de tutela jurisdiccional, como simples formas de oposición – o *defensa* – ante el Estado.



capacidad aplicativa y reconocer la fuerza normativa de la Constitución en una nueva relación metodológica y teórica de lo que fue conocido – hasta ahora – como la relación ‘clásica’ entre Proceso y Constitución.

3. Transición hacia la perspectiva constitucional del proceso

Superada aquella condensación metodológica y sistémica de los principios constitucionales del proceso, llamado también derecho constitucional procesal, cabe reflexionar sobre el tránsito de la mera tutela constitucional del proceso revestida de garantías de abstención al tema de la aplicabilidad y concreción del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

A efectos de evitar visitar lugares comunes – como lo sería tratar sobre las garantías procesales en especie – preferimos tejer consideraciones sobre lo que debe entenderse por “perspectiva constitucional del proceso”⁽¹⁷⁾ y cuál es el impacto que tienen los derechos fundamentales en el espectro material o procedimental dentro del proceso civil. Se pretende, de tal forma, no recaer en la inercia y repetición que involucraría un discurso sobre las garantías procesales, pues esto significaría, a todas luces, tratar de una relación *estática* entre Proceso y la Constitución. Nuestra finalidad es la de dinamizar esta relación ya mencionada tratando algo que ni la doctrina y legislación supieron reconocer, sea por factores históricos o ideológicos. Nos referimos a la eficacia del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

3.1. La constitucionalización del proceso civil

No podemos pasar por alto el pensamiento constitucional contemporáneo y la manera cómo este se ha irradiado en el proceso civil para introducir el tema de la perspectiva constitucional del proceso.

Siendo el derecho un fenómeno social, se hace previsible que el derecho procesal también crezca y mude al ritmo de las transformaciones de la sociedad y del derecho en general. Se ha teorizado que, aunque las antiguas y viejas concepciones procesales hayan ayudado a la ciencia de Chiovenda a revestirla de autonomía y científicidad, estas nociones, vale afirmar, nos llevaron – y, todavía nos llevan – a un entendimiento responsable del fenómeno procesal mediante la explicación de sus institutos y técnicas, por lo tanto, no pretendemos rechazar de plano la conquista que el proceso civil experimentó a inicios del siglo XX. Ahora bien, gracias al hecho de que el proceso civil trascendió el microparadigma del instrumentalismo y siendo que la ciencia jurídica ha transitado hacia la constitucionalización del proceso, no podemos dejar de visitar críticamente los principales matices de esta evolución,

puesto que ello nos ofrecerá contenido y forma para la perspectiva constitucional del proceso.

El Estado Legislativo pasó a ser un Estado Constitucional en vista de que se aceptó la disolución de la ley genérica y abstracta. Así, en el Estado Legislativo dominado por la ideología iusfilosófica positivista, era común afirmar que la ley se sobreponía a la Constitución, tornando a la Ley Fundamental, de tal modo, en un documento de disposiciones programáticas y de organización del aparato estatal. Dado que el Estado Legislativo se había forjado después de la Revolución Francesa, era finalidad del constituyente francés plasmar en la Constitución y demás leyes aquella ideología sintetizada en el lema *égalité, liberté y fraternité*. Este nuevo matiz de la ley tenía el poder de homogenizar a todos los ciudadanos producto de la derrota del *ancien régime*, el cual trajo consigo una forma de gobierno en el que existían groseros tratos diferenciados entre la nobleza, los señores feudales y los vasallos. Con la Revolución Francesa, la burguesía emergente luchó y consiguió implantar en la Constitución y en las demás leyes la idea de igualdad formal de los hombres.

Esta circunstancia impactó negativamente en la función de la jurisdicción, toda vez que al ser ahora el juez la *bouche de la loi*, estaba impedido de ejercer cualquier práctica hermenéutica de las leyes de forma que considerase las desigualdades o particularidades de los sujetos, sus necesidades y también los derechos diferenciados. El proceso civil se tornó, de tal suerte, en un aparato de injusticia al aplicar la ley abstracta e igual para todos, sin la mínima actividad intelectual del juez. Esto se presenta como marca inconfundible del positivismo clásico que impregnó la ideología y metodología jurídica del Estado Legislativo. La tutela jurisdiccional se reducía, únicamente, al control de la *contravention expresse au texte de la loi*.

Frente a este contexto y con el transcurrir del tiempo, así como con la aparición

(17) En lugar del controvertido y equivocadamente teórico término *neoprocesalismo*.



de nuevas exigencias sociales, el Estado trascendió su propia característica legalista o netamente parlamentaria para entender que existían otras fuentes de creación del derecho además de aquella fuente primaria llamada ley. Con el fenómeno del pluralismo jurídico, lo que implicaba una nueva variedad de derechos, así como intereses legítimos y necesidades propias de sujetos diferentes, la ley no podría ser más considerada como elemento de homogeneización social (Bittencourt, 1996, pp. 17-18). Ahora, se exigen normas que contemplen las peculiaridades de cada grupo social y étnico además de normas que permitan una flexibilidad interpretativa para la adecuación de las disposiciones normativas del plano procesal y material.

No cabe duda, por tal motivo, que el rol fundamental de la hermenéutica y la filosofía jurídicas impacta en todo el acontecer jurídico, sobre todo en el entendimiento de la apertura semántica de los textos normativos Montesano no se equivoca, así, al afirmar que la ley escrita es tan sólo un esquema lingüístico y formal, útil para el intérprete con miras a investigar y enunciar su contenido, pero insuficiente para crear y recrear la compleja realidad mutable del derecho (1985, p. 74).

3.2. Elementos conformadores de la perspectiva constitucional del proceso

Considerando la mutación del Estado Legislativo en Estado Constitucional y, siendo que, en verdad, un modelo estatal determina directamente el modelo procesal que será introducido en el aparato estatal, es necesario reconocer los principales valores que inspiran la perspectiva constitucional del proceso⁽¹⁸⁾.

Dígase, en principio, que existe un reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución. Tal valor obligará a que el sistema jurídico sea impactado por los efectos normativos de la Constitución como disposición con eficacia inmediata y, bajo ciertas circunstancias, independiente de cualquier *interventio legislatoris*. Subráyese, no obstante, que ese valor supera la simple afirmación de la existencia de ‘garantías procesales’ amparadas en la Carta Magna, para ahora ser comprendidas como derechos fundamentales con eficacia directa a los órganos públicos y sin la necesidad cotidiana de densificación normativa infraconstitucional en algunos casos – puesto que la ausencia legislativa no debe comprometer el trabajo del Poder Judicial –. Como parece obvio, con el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, se encierra la idea de que ella no es tan sólo un grupo de normas

organizacionales contenidas en un catálogo de buenas intenciones.

Paralelamente, se desarrolla una teoría de los principios, considerados como especies de disposiciones normativas que gozan de aplicación inmediata y, por derivación, de eficacia normativa. Recordemos que la primigenia [y ya superada] función atribuida a la fuerza normativa de los principios la encontramos en la función de integración de las disposiciones infraconstitucionales despojando así a la ley de la falsa supremacía de anteponerse al propio Texto Mayor.

La actual priorización de los principios constitucionales o infraconstitucionales sobre la ley genérica permite identificar que es la ley la que exige ser vista bajo el lente de la Constitución; esto es, la ley debe tener como primer referente de su validez a la Constitución. Veamos la evolución: i) se comprueba la eficacia jurídica de los principios mediante la materialización de su primigenia finalidad, cual es la integración del sistema jurídico en caso de vacío o antinomia⁽¹⁹⁾, pero, sobre todo; ii) se ‘descubre’ la utilización de estos como efectivas disposiciones normativas directamente aplicables y potencialmente optimizadas. Creemos que esta segunda función prevalece hoy en día sobre la estática función integradora originariamente atribuida a los principios.

Como tercer elemento característico de la constitucionalización del proceso, se descubre la nueva función del juez como agente de producción jurídica, permitiéndole, de tal manera, disponer de la hermenéutica jurídica a efectos de pre-comprender y dar sentido a los textos normativos a fin de producir una norma jurídica a ser utilizada en el caso concreto. Esa función del juez lo revela como protagonista del proceso creativo del derecho y no más como mero altoparlante de lo predeterminado por la ley genérica y abstracta (Didier Junior, 2012, p. 63).

(18) Sobre los modelos estatales y su influencia en el diseño de una estructura procesal de un Estado, véase “The faces of justice and the State authority” de Mirjan Damaska (1986).

(19) No obstante, debemos advertir que tal función encargada a los principios – de suplir vacíos o antinomias – no puede ser considerada como la única o la más importante, dejando de lado su aplicación para otras situaciones en las que no necesariamente se verifique una antinomia. Pensar así, sería atribuir una residualidad injustificada a la especie normativa llamada ‘principios’ (Monroy Gálvez, 1996, p. 80).



Ahora bien, si el juez puede realizar una actividad intelectual por la cual interpretará el texto normativo con la intención de tutelar los derechos llevados al proceso, es imperativo afirmar, así, que la ley no es más aquella entidad inerte e incapaz de ser interpretada o de ser atribuida con algún otro significado diverso de la voluntad del legislador, en el marco de una teoría interpretativista *formal*. Basta identificar que el juez, al trabajar con el texto normativo, retirando de ella una norma jurídica que tutele el caso concreto, superará ampliamente la técnica del positivismo clásico presente en la función jurisdiccional, limitada a una aplicación casi gramatical de las disposiciones normativas o al mero acomodamiento de premisas mayores y menores que implicaría la interpretación de reglas o textos legales casuísticos o altamente reglamentados.

Es mediante la creación jurisprudencial del derecho que se le entregará al juez el poder de realizar transformaciones en la estructura estatal e inclusive se le reconocerá el poder de recrear el derecho con el objetivo de impedir un sistema jurídico contaminado con ideologías que puedan afectar negativamente al modelo estatal. Al respecto, Wiethölter (1975) es claro al advertir de forma reveladora, que para evitar un Estado contaminado con un fascismo capitalista burgués o con un socialismo *stalinista*, el derecho también es acto de creación y adicionamos que tal creación no necesariamente deberá partir de la fuente primaria del derecho que el *civil law* siempre preponderó sobre otras – la ley, sino, también, del propio poder creador del juez que, como su homólogo del *common law*, inclusive tiene el poder de crear efectivamente el derecho mediante la jurisdicción de la *equity*, cuando así fuese invocada⁽²⁰⁾.

Si se habla de relación entre principios y reglas, así como su diferenciación, el siguiente elemento inmanente al constitucionalismo actual lo constituye la técnica interpretativa utilizada para poder extraer la eficacia de estas especies de disposiciones normativas, nos referimos a la teoría interpretativa escéptica o no formalista.

Si el derecho, antes de ser tal, es un microsistema que proviene del lenguaje, es lógico que las técnicas a ser utilizadas para expresar toda su significación provendrán de la propia teoría lingüística y de la hermenéutica filosófica (Zaccaria, 2004, p. 67). Ya decía Wittgenstein que “el lenguaje es un laberinto de caminos. Viniendo de un lado, conoces el camino; viniendo de otro lado, pero hacia el mismo punto, ya no conoces el camino” (1977, p. 322), lo cual nos hace ver que, “transdisciplinariamente”, el derecho bebe de la fuente del lenguaje, la semántica y, notoriamente, de sus técnicas de comprensión, argumentación e interpretación.

En el constitucionalismo contemporáneo, los principios ganan preponderancia en lugar de reglas, llegando, a veces, de forma exagerada, a erigir verdaderos ‘castillos normativos’ netamente principiológicos y no reguladores o casuísticos. Ciertamente que esta vertiente tiende a la preponderancia de los principios y su forma de interpretarlos, sea a través de la ponderación o, incluso, da la pre-comprensión, *pero bajo ningún aspecto puede pervertirse esta ideología al punto de restar importancia a la especie normativa ‘reglas’*. De cualquier forma, lo que se pretende hacer patente es que, una vez reconocida la tutela jurisdiccional como derecho fundamental, será necesario interpretarlo, sea ponderándolo luego de pre-comprenderlo con miras a poder optimizarlo. Esta metodología interpretativa de los principios es una marca genética del neoconstitucionalismo (Ávila, 2009, p. 7).

Por otro lado, el constitucionalismo moderno trajo al campo del proceso civil la consagración de la eficacia de los derechos fundamentales. He aquí donde reside la trascendencia del ‘microparadigma instrumentalista’ al ‘microparadigma constitucionalista’. Puede afirmarse que la mera contemplación de los derechos fundamentales, inicialmente vistos sólo como meras garantías contra el Estado, se despojaron de los ropajes de simples textos normativos programáticos para tomar forma de textos normativos de aplicación directa y, ahora, no para impedir un *hacer* por parte del Estado – carácter garantista –.

Por el contrario, la naturaleza prestacional del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, de la mano con el derecho fundamental de acción, permitirá al titular del derecho fundamental – y potencial parte en un proceso – exigir del legislador una tutela normativa que posibilite concretizar la tutela jurisdiccional efectiva a través del otorgamiento de disposiciones normativas que instituyan técnicas procesales y procedimientos conformes al derecho material. Así y, desde que el legislador omite

(20) Sobre la jurisdicción de la equity en el Common Law, véase “L’injunction nella common law e l’inibitoria nel diritto italiano” de Aldo Frignani (1974, p. 29). Asimismo, véase “La justicia civil en los Estados Unidos” de Michele Taruffo, Geoffrey Hazard y Fernando Gascón (2006, p. 30-31).



la tutela normativa a los derechos fundamentales materiales o procesales, cabrá al juez responder a esta falta mediante la tutela jurisdiccional sea por medio del poder de adecuación del procedimiento o bien por la utilización de cláusulas procesales abiertas que le otorguen una latitud de poder creativo de alguna técnica o procedimiento no tutelado normativamente por el parlamentario.

Cabe recordar que la ausencia de iniciativa legislativa del Parlamento en instituir una protección normativa – sea material o procesal – para los derechos fundamentales y derechos subjetivos en su totalidad, no puede ser ignorada por el juez, siendo él deudor de una tutela jurisdiccional del derecho fundamental carente de tutela normativa que, en principio, le pertenece al legislador. La cuestión es delicada, al punto de poder acercarnos a un desconocimiento de la separación de poderes. Sin embargo, si el juez optimiza el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el cual es un derecho que requiere de un despliegue normativo, entonces, no hay motivo para comprometer la labor de tutela del juez si es que la labor del legislador falló o es inexistente al concretizar legislativamente este derecho fundamental procesal. Si ello fuese así, no existiría en el plano jurídico la figura de *inconstitucionalidad por omisión legislativa* del Estado.

En verdad, con la toma de consciencia de la perspectiva constitucional del proceso, lo que se pretende es atribuir al juez cierta responsabilidad en el exacto momento en el que se sitúe al frente de un derecho que no haya sido anteriormente protegido por una tutela normativa propia del deber del parlamento. Es el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y su directa aplicabilidad los que obligarán al juez a prestar una tutela jurisdiccional del derecho material confiado al proceso, sea a través de una técnica adecuada o procedimientos adecuados a las particularidades del caso concreto.

Recapitulando, este nuevo microparadigma procesal se nutre de los elementos que caracterizan al neoconstitucionalismo. Dígase, adicionalmente, que esta nueva concepción procesal requiere la superación del simple instrumentalismo procesal, pues como fue diagnosticado, esta interdisciplinariedad entre el derecho material y el proceso no estaría completa si nouviésemos en consideración la eficacia directa de los derechos fundamentales procesales. De nada serviría

concientizar a la doctrina y jurisprudencia sobre la adecuación del proceso al derecho material sin reflexionar previamente sobre el fundamento de esta ideología, la cual es pensar la tutela jurisdiccional efectiva como respuesta al derecho de acción, por el cual no solamente se pretende la resolución del conflicto, sino, por el contrario, la disposición de una técnica adecuada y efectiva para atender el derecho material⁽²¹⁾.

Expuestos tales fundamentos, parece recomendable dejar de lado cualquier teoría que intente limitar la función del juez a las palabras del legislador y, consecuentemente, lo impida de modular el texto normativo⁽²²⁾. Queda claro que al pensar en ‘perspectiva constitucional del proceso’ no pretendemos privar al proceso civil del instrumentalismo. Todo lo contrario, ampliando la premisa anterior, la trascendencia o superación se apoya en el hecho de que, teniendo en vista que el instrumentalismo corresponde todavía a un Estado Legalista, el juez difícilmente podría utilizar los elementos del neoconstitucionalismo, puesto que tales elementos no revestían importancia para este modelo estatal clásico. No se olvide que como directa consecuencia de la constitucionalización del proceso civil, el juez será un agente de poder no necesariamente preocupado, exclusiva y excluyentemente, con la realización del derecho material, pero, sobre todo, colmará o perfeccionará el propio sistema, el propio instrumento, valiéndose de la fuerza normativa de los derechos constitucionales procesales sobre su persona y sobre el proceso⁽²³⁾, bien como de su capacidad argumentativa para poder dar contenido a los principios jurídicos.

(21) Sobre la relación entre derecho y proceso como fundamento para la efectividad de la tutela jurisdiccional, véase “Tutela específica e tutela per equivalente”, de Illaria Pagni (2004, p. 54).

(22) En ese tenor, Marinoni (2012, p. 71), afirma que todavía en el *Civil Law* no existe empeño en dar un nuevo significado a la función judicial. Debe entenderse, por lo tanto, que en el Estado Constitucional el juez no puede ser visto como siervo del legislador.

(23) Para mayor información, véase “Neocostituzionalismo e positivismo giuridico”, de Sussana Pozzolo (2001). Aunque existan voces y teorías que desmerezcan al neoconstitucionalismo como verdadera corriente doctrinaria y como superación del positivismo, tales teorías no serán tomadas en consideración dado que permanecen como intento de reducir valor ideológico y metodológico al neoconstitucionalismo. Para el estudio de esta corriente alternativa, sobre la imposibilidad del neoconstitucionalismo, véase “Reflexiones críticas sobre el neoconstitucionalismo”, de Jordi Ferrer Beltrán (2012).



4. Del deber de tutela a los derechos fundamentales a la teoría de la tutela jurisdiccional de los derechos

La preocupación por la tutela de los derechos llevó al Estado a encargarle a la jurisdicción la realización de la tutela de estos derechos por medio de una sentencia que repudiese las cosas, situaciones y derechos vulnerados o amenazados al momento inmediatamente anterior a su perpetración, tal como lo quiso la tutela normativa que reconoció o definió el derecho material o al establecer una forma de protección material.

La derivación natural de esto fue la ruptura de la neutralidad imperante en el proceso civil; neutralidad que ciertamente impedía al juez comprender el derecho fundamental y el derecho material desarrollado legislativamente y simplemente reproducir la dicción del parlamento, sin mirar a las particularidades de los sujetos, sus derechos y menos preocuparse si el procedimiento pudiera ser idóneo a la tutela de estos derechos.

Pues bien, el juez es considerado contemporáneamente, junto con el proceso, como agente y elemento imprescindibles para la tutela de los derechos en sede jurisdiccional. Esto proviene de la imposición al Estado de un deber de tutela de los derechos fundamentales que se presenta insustituible para dar efectividad a los derechos fundamentales materiales y procesales. No obstante, si la efectividad fue definida como el suceder de los hechos o también como la ocurrencia histórica de aquello deseado por el sujeto, parece obvio que quien podrá realmente materializar esta protección será el juez. Esto se dará a través de una tutela jurisdiccional efectiva, imbricada a un procedimiento y técnicas adecuadas que permitirá materializar estos derechos en el mundo de los hechos. Le asiste la razón a Di Majo cuando anuncia que la exigencia de tutela puede estar considerada implícitamente en el propio principio de la efectividad que caracteriza un determinado ordenamiento. El civilista romano afirma también que el ordenamiento jurídico se revela efectivo cuando encuentra concreta correspondencia con la realidad económico-social, esto es, con el mundo del ser. Con tal aseveración, se verifica que el ordenamiento jurídico es objetivo porque es adjetivado con efectividad⁽²⁴⁾, con realización y operatividad.

Antes de analizar el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, no podemos evitar subrayar lo que debe ser entendido cada vez que se hace mención a la tutela de los derechos o formas de protección de los derechos que el Estado reserva para las situaciones jurídicas activas o de ventaja. Estas formas de protección, vale decir, permanecen

ligadas al deber de prestación de *algo* por parte del Estado. Es prudente, por ende, no asumir ni sustentar que la tutela del Estado puede derivar de la función de defensa propia de los derechos fundamentales de libertad dado que, en este caso, nada se exigiría del Estado, tan sólo un no hacer o un no interferir en la vida privada. No obstante, si los derechos fundamentales prestacionales, sociales, o inclusive los de defensa exigen un hacer del Estado, es procedente bifurcar esta protección en una triple tutela del Estado.

Existe una tutela normativa que permite resguardar el derecho por medio de una prestación normativa debida por el Estado a través de producción legislativa. Ese desarrollo legal permitiría instituir y definir el ordenamiento jurídico o reconocer las variadas situaciones jurídicas activas y pasivas – derechos y deberes. No obstante, y, en verdad, esta tutela normativa del derecho no otorga más nada que conductas prohibitivas o imperativas partiendo del fundamento de que ciertas conductas deben ser evitadas o exigidas para salvaguardar la integridad de los derechos fundamentales, caso contrario, entraríamos en lo que Proto (2010) llama de crisis de cooperación, como producto del incumplimiento de normas de conducta social (p. 32).

Entonces, si se tiene que por medio de la legislación infraconstitucional se reglamenta el propio ejercicio de los derechos fundamentales, tal definición de reglas de conducta sociales permite que el derecho fundamental sea tutelado normativamente. En efecto, sabemos que el Estado, principalmente, tiene el deber organizacional de proteger los derechos fundamentales mediante la dación de normas de derecho a las cuales atribuimos tres funciones: i) admitir y reconocer situaciones jurídicas – derechos – activas o pasivas – deberes – derivadas de normas constitucionales que definen derechos fundamentales o de derechos fundamentales no catalogados en la Constitución; ii) imponer o dictar normas de derecho material impositivas de conductas

(24) Irti, Natalino. Op. cit., p. 11.



que sirvan a las relaciones sociales a efectos de tutelar el derecho fundamental y, finalmente, iii) emitir leyes que prohíban determinadas conductas para proteger la integridad de estos derechos fundamentales.

Si la multifuncionalidad de los derechos fundamentales trae en su núcleo la exigencia de una prestación normativa, entonces podemos hablar de que se trata de un derecho subjetivo a una prestación en sentido amplio. Sintetizando; la creación de textos normativos que tutelan derechos fundamentales corresponde a la consecuencia producida por la específica *función prestacional* del Estado para realizar acciones positivas normativas. Pues bien, si la jurisdicción es la llamada para proteger o tutelar los derechos, sean fundamentales o no, debemos mudar de óptica y no creer en la simple atribución de derechos vía tutela normativa. Marinoni advierte que, en verdad, la tutela de los derechos no consiste, única y exclusivamente en la tarea encomendada al proceso para atender a los derechos, pues esta es una cuestión que se coloca, en un primer momento, en el ámbito del derecho material. Apoyado nuevamente en la lección de Di Majo, Marinoni (2013), advierte que en el plano del derecho material, debe centrarse la atención en la adopción de una postura dogmática que traslada la atención de las normas atributivas de derechos a la esfera de las tutelas, local en el que se encuentran las formas de tutela o protección que los derechos reclaman cuando son violados o expuestos a la violación (pp. 243-244).

He aquí el fundamento para comenzar a analizar la tutela de los derechos. Estando las formas de tutela garantizadas por el derecho material, no debemos confundir esta *forma de tutela* con los derechos subjetivos *per se*. El individuo puede tener derecho a la intimidad, siendo un derecho reconocido por la Constitución y reforzado o concretizado infraconstitucionalmente por la legislación civil, pero eso no equivale a decir que la tutela se agota en la proclamación de sus derechos. Las formas de tutela o protección material están preocupadas con la necesidad de que este derecho, a partir de sus particularidades, reciba un remedio para resarcir su lesión o evitar una amenaza que implique la perturbación de este. Así, si la Constitución califica los derechos como inviolables, entonces es natural afirmar que no se reconoció simplemente un derecho – a la intimidad - sino, también, se afirmó la forma de tutela que debe ser prestada, esto es, una tutela inhibitoria con vistas a impedir la verificación de cualquier acto ilícito que perturbe la inviolabilidad de este derecho. Aprender y repetir que las normas de derecho material únicamente atribuyen derechos y más nada, comporta un manifiesto olvido de la forma de tutela material y de una tutela jurisdiccional que consiga proteger este derecho. A todo esto, la tarea del derecho material no estaría completa y menos finalizada si tan sólo se limitase a la enunciación de un derecho y olvidara una

forma de tutela material, sea inhibitoria, de remoción del ilícito o resarcitoria cuando se verificó el daño.

Téngase en claro, junto con Marinoni, que el sujeto sólo es titular de un derecho o de una posición jurídicamente protegida cuando ese derecho dispusiere de una forma de tutela que sea adecuada a la necesidad de protección que esta posición exija (2013, p. 245). El giro copernicano se da en la medida en que el doctrinador, legislador y juez, entiendan que más que hablar de mera atribución de derechos, para que estos realmente sean derechos y puedan ser ejercidos, se exige la afirmación de la existencia de posiciones jurídicas protegidas a través de un procedimiento dispuesto para una resolución civilizada.

Resúmase: la tutela normativa atribuida al Estado por intermedio del legislador – derivada de una *status activus* inherente al individuo – debe contemplar dos caras de una misma moneda: primero, la definición de un derecho y segundo, la tutela en caso de vulneración o exposición al peligro dado que, en caso existiese derecho sin forma de tutela, enfrentaríamos una carencia de la propia efectividad de este derecho por no poder ser tutelable o *actuable* en vía jurisdiccional. El derecho no sería realizable y, siendo el derecho un fin y medio al mismo tiempo sin forma de protección, nunca conseguiría su finalidad, esto es, su práctica.

Nótese que la teoría de la tutela de los derechos no puede ser confundida con la delicada cuestión de la efectividad del proceso. Debemos partir de la existencia real y amparada por el dispositivo normativo de que existe una tutela material, hecho que sería un antecedente al tema de la efectividad del proceso sobre tal derecho a ser tutelado jurisdiccionalmente. Si el proceso civil debe estructurarse con las formas de tutelas ofrecidas por los dispositivos de derecho material, entonces debe existir una relación de compatibilidad entre las técnicas procesales con las formas de tutela que requerirán una tutela, ahora jurisdiccional, siempre teniendo en consideración que si es que en realidad es motivo para activar el aparato judicial en



la búsqueda de la tutela de los derechos, es porque hemos advertido e identificado una forma de tutela que el legislador, en su deber de legislar, atribuyó⁽²⁵⁾.

Cuando el Estado actúa con miras a fiscalizar y verificar el cumplimiento de ciertas normas, a través de su poder de policía, practica una tutela *fáctica* o *administrativa* . En el pleno ejercicio de sus atribuciones y poderes es obvio que el Estado debe, además de verificar el cumplimiento de las normas, realizar actividades materiales a efectos de sancionar a los que no alinean su conducta a los dispositivos normativos. Así, el administrador público al investigar, detectar, fiscalizar y sancionar, prestar verdadera tutela a los derechos fundamentales.

Si el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que posibilita la protección procesal de los derechos fundamentales y del derecho material, es notorio afirmar que el Estado está incumbido con el deber de emitir disposiciones que garanticen y definan formas de tutelas jurisdiccionales, procedimientos y técnicas que posibiliten prestar resguardo civilizado a estos derechos y no por mano propia. Recuérdese que los derechos fundamentales son, de cierta forma, dependientes de procedimientos que se destinen a tutelarlos y, adicionamos, con la finalidad de extraer aquella eficacia social o efectividad pregonada en la clasificación de los niveles de eficacia. Ahora, la relación existente entre derechos fundamentales y su especificación mediante la tutela jurisdiccional efectiva, como derecho fundamental, la encontramos en la afirmación de que siendo este derecho a una tutela jurídica un *status activus processualis* , importa, desde luego, una prestación estatal de dación de soportes normativos que modelen procedimientos. Los propios derechos fundamentales no sólo exigen un simple procedimiento para ser satisfechos exigen que el procedimiento sea modelado o diseñado de acuerdo con las particularidades y formas de tutela que el legislador instituyó para el derecho material o fundamental.

4.1. La eficacia jurídica – aplicabilidad – del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva

La eficacia directa es un tema que tiene que ver con la aplicabilidad de los derechos fundamentales sobre el poder estatal, calificándose de inmediata o, también, de tener la capacidad de prescindir de cualquier mediación legislativa para producir sus efectos en el mundo de los hechos, efectos estos que impactan en las relaciones individuo-Estado.

La eficacia entre particulares – la también llamada eficacia horizontal o *Drittwirkung* – es la aplicabilidad y oposición de derechos fundamentales en las relaciones de derecho privado, en las que los polos tanto pasivo como activo – titularidad del derecho y deber de cumplir el derecho fundamental – son protagonizados por particulares, por individuos pertenecientes al ámbito privado, sin aparición alguna del Estado.

Aferrados argumentos por parte de la doctrina se elaboraron al responder si estos efectos entre privados necesariamente deben experimentar una intermediación legislativa, es decir, si es que deben ser regulados infraconstitucionalmente con el objetivo de propagar los efectos en estas relaciones entre privados. En principio, se necesitaría de intermediación legislativa, puesto que la vaguedad de estas normas definidoras de derechos fundamentales puede, en interpretación jurisdiccional, interferir en la esfera privada del sujeto que se verá en el polo pasivo de la relación. En verdad, cuanto mayor sea la casuística o densidad normativa, más refinada o detalladas serán las conductas a ser impuestas por el derecho fundamental en la relación entre privados. Si la eficacia horizontal debe estar acompañada por una mediación legislativa, debemos indagar cuál sería el panorama en el caso en el que el legislador omitiese tutelar normativamente los derechos fundamentales reservados para las relaciones entre particulares.

Siendo así, cuando el legislador no cumple con su deber de tutela normativa, se configura una omisión de legislación y a la vez niega existencia a una estructura normativa que pueda viabilizar su eficacia ante terceros. En ese sentido, sería una broma de mal gusto comunicar a los particulares titulares de derechos fundamentales que la eficacia de sus derechos fundamentales debe esperar hasta el momento en que el legislador haga

(25) Véase "Forme e tecniche di tutela", de Adolfo Di Majo (1989), aunque sea genérico el fundamento del profesor romano, es necesario enfatizar que el momento de la tutela, en este caso, jurisdiccional, siempre será un *posterius* al momento del establecimiento del derecho subjetivo. No obstante, si quisiéramos refinar del dictado del privatista italiano citado, debemos advertir que él no hace mención sobre 'formas de tutela', permitiendo inferir que esta tutela estaría satisfecha con la institución o declaración de un derecho subjetivo. Por el contrario, si utilizamos la terminología 'forma de tutela material', entenderemos que, con la institución de un derecho fundamental o subjetivo, viene aparejada la determinación de una forma de protección a este derecho (p. 24).



su labor. De tal suerte, no regular los derechos fundamentales para permitir su eficacia ante terceros y, peor todavía, pensar en no aplicarlos directamente, significaría suspender cualquier eficacia de estos derechos, impidiéndolos de ser aplicados directamente⁽²⁶⁾. Para eso, sería preferible informar a los ciudadanos que sus derechos fundamentales dependen de la existencia de una ley. Como tal escenario supondría una afrenta a la fuerza normativa de la Constitución, se necesitará que el juez ofreciese una aplicación directa de tales derechos fundamentales no concretizados por el legislador. En verdad, debemos recordar, nuevamente, que muchas veces esta aplicabilidad dependerá únicamente del juez en caso de inexistencia de mediación legislativa. Con la directa aplicabilidad de estos derechos por parte del juez, se permitirá materializar los derechos fundamentales, dado que esta eficacia social o efectividad puede ser llevada a cabo por quien tutela los derechos fundamentales.

Delante de esta falta del deber de prestar tutela normativa a los derechos fundamentales, el juez no puede depender del trabajo legislativo – o su ausencia – y menos quedar comprometido por la inercia del legislador. Partiendo de una concepción del juez como agente que detenta poder y no más como mero burócrata que administra justicia dentro de un aparato jerarquizado, sumado al hecho de él ser deudor de una tutela de los derechos fundamentales, se desprende de ello la exigencia al juez de ser quien aplique directamente los derechos fundamentales a las relaciones privadas. Ahora bien, el problema reside en lo que fue identificado líneas arriba. La aplicación inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones privadas por intermedio del juez puede acarrear una invasión a la esfera de libertad del sujeto que soportará los efectos de la aplicación directa. Luego, el juez, en este escenario deberá ponderar entre derechos fundamentales y al mismo tiempo evitar que la aplicación directa no constituya situación de violencia para el otro sujeto. Todo esto en lo que respecta a la aplicabilidad de los derechos fundamentales materiales.

Una vez aceptada la aplicación directa de los derechos fundamentales por medio de la actividad judicial, entenderemos que es el juez quien ‘mediará’ los efectos del derecho fundamental material aplicado y omitido de desarrollo por parte del legislador.

Hablar en términos de *derecho fundamental prestacional* trae consigo el deber de identificarlo con un derecho subjetivo

a recibir algo del Estado. Este *recibir algo* se bifurca en una tutela normativa, una fáctica y una jurisdiccional. En caso no exista tutela normativa o fáctica, el juez tendrá el deber de dar protección a esos derechos fundamentales no protegidos por el legislador. Resáltese que, muy por encima del discurso ahora presentado, la falta de legislación por cuenta del parlamento denota una ‘inconstitucionalidad por omisión’. Como advierte Canaris, el juez al aplicar los derechos fundamentales tiene el deber de controlar la insuficiencia de tutela, pero nunca el exceso, pues como no existe norma o ley que haya desplegado los efectos de la norma constitucional definidora de derechos fundamentales, todavía queda reservada al legislador una futura intervención para diseñar el contenido y los límites de este derecho fundamental. Como todavía no existe mediación legislativa y el juez es el llamado a aplicar este derecho fundamental directamente – esto es, aplicar el dispositivo normativo constitucional – él debe verificar si existe, primero, alguna protección. Si es que advierte la inexistencia de dicha protección, el derecho fundamental debe ser tutelado por su función de prohibición de insuficiencia, pero no de exceso⁽²⁷⁾.

¿Cómo tutelar un derecho fundamental no desarrollado legalmente alegando un exceso? Respondemos a tal cuestionamiento con el apoyo de Canaris, para quien la función de imperativo de tutela de los derechos fundamentales, en principio, carece de mediación legislativa. Esta función no queda, por tal motivo, sustraída a las disposiciones del legislador ordinario. Así, al tutelar normativamente el derecho fundamental, el legislador puede moverse entre el terreno de la prohibición de insuficiencia o del exceso. Reiteramos; esto constituye tarea del legislador en el exacto momento de tutelar normativamente el derecho fundamental. En lo que concierne a la intervención

(26) Anota Böckenförde menciona sobre la vinculación de los derechos fundamentales que estos “rigen hoy en la práctica como principios supremos del ordenamiento jurídico en su conjunto, no sólo en relación del individuo con el poder público (...) y afectan también por ello a la relación recíproca de los actores jurídicos particulares” (1993, p. 95).

(27) Para mayor información, véase “Direitos fundamentais e direito privado”, de Claus Wilhelm Canaris (2009, p. 138). Asimismo, véase Ação Rescisória n. 5992631836 del Tribunal de Justicia de Rio Grande Do Sul (26/04/2000). También, “Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional” de Carlos Alberto Álvaro De Oliveira (2008, p. 71).



jurisdiccional, afirmamos que al juez le está reservada esta tutela del derecho sólo a través del control de prohibición de insuficiencia – derecho fundamental regulado de forma insuficiente o inexistente – pero no controlar o tutelar el derecho por exceso.

En contrapartida, esta *praxis* cambia cuando se intenta explicar la aplicabilidad del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

Como el Estado está preocupado con la efectiva tutela de los derechos y siendo que la impartición de justicia es monopolio del Estado, permanece pacífico que la eficacia o aplicación de este derecho fundamental imponga una conducta positiva al juez y al legislador. En ese tenor, no existe eficacia horizontal de este derecho fundamental procesal puesto que, como fue visto, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional vincula al juez y al legislador. Resáltese, no obstante, que si los derechos fundamentales materiales exigen una tutela del juez, el deber de potencializar estos derechos también reside en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; idea que nos llevará a razonar que el juez, tutelando este derecho fundamental procesal, puede modular un procedimiento o instituir técnica adecuada, inclusive cuando tal técnica inviabilice la prestación jurisdiccional o cuando por omisión del legislador, esta técnica no haya sido instituida en norma procesal alguna. Todo esto por respeto a la adecuación exigida entre el instrumento – proceso – y el objeto de su cuidado – derecho material.

Hasta aquí, podemos concluir que los derechos fundamentales, sin distinguir entre los de cuño material o procesal, son considerados como derechos constitutivos y con amplia concretización legal. Evidentemente; si la necesidad de tutela jurisdiccional es comprendida como la protección que el juez presta a los derechos fundamentales de los individuos, es correcto pensar que el juez y el legislador deben velar, cada uno de ellos, por la tutela y deber que les toca realizar, esto es, una tutela jurisdiccional y una tutela normativa, sea normando y actuando técnicas procesales y procedimientos. Sólo podrá ser dada una efectiva tutela a los derechos fundamentales con una actuación jurisdiccional y repertorio normativo desarrollando este derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (Guilherme, 2013, p. 231).

5. El derecho de acción como manifestación de la una tutela jurisdiccional adecuada

Es conocida entre los estudiosos del proceso civil la antigua teorización del derecho de acción como mero derecho a la obtención de una sentencia que genera una respuesta frente a un conflicto de intereses suscitado entre dos sujetos o, también, como un derecho dado a los justiciables para esclarecer alguna incertidumbre jurídica por medio de un proveimiento declaratorio.

Esta definición encuentra eco en la doctrina peruana por Monroy Gálvez (2004, p. 225) y en la moderna brasilera de las décadas de los años setenta y ochenta, plasmada, *a posteriori*, en varios manuales y cursos de derecho procesal. El hilo conductor de la doctrina italiana [y por influencia a la doctrina brasilera y peruana] se encuentra en la idea de que el derecho de acción es un derecho o poder de exigir un proveimiento jurisdiccional final o, específicamente, en el proceso de conocimiento, como el poder de exigir una sentencia que juzgue el mérito de la causa o aún, considerarlo como derecho a la sentencia de mérito.

De la misma forma, puede ser encontrada una definición estrictamente procesal y autónoma del derecho acción. Dinamarco, Grinover & Cintra (2009, pp. 307-308), resaltan que la acción es el derecho al ejercicio de la actividad jurisdiccional (o el poder de exigir ese ejercicio). Mediante el ejercicio de la acción se provoca a la jurisdicción que, a su vez, se ejerce por medio de aquel complejo de actos que es el proceso⁽²⁸⁾. Prosiguen los profesores indicando que constituye una

(28) No obstante, no debe confundirse el derecho de acción con la acción, pues el primero es una situación jurídica que exige del Estado una reglamentación que permita exigir un procedimiento adecuado y técnicas que respeten el derecho material. Al paso que la simple acción es un acto jurídico que implica la exigencia de tutela viabilizada por medio de la demanda. Hecha esa distinción, por el tono de las doctrinas citadas, sean peruanas o brasileras, es evidente que se trata del derecho de acción puesto que intentan teorizarlo como derecho de contenido fundamental, autónomo y abstracto, independiente del derecho material. Esta teoría, como se sabe, llevó al proceso a una neutralidad. Véase Didier Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. p. 200.



conquista definitiva de la ciencia procesal el reconocimiento de la autonomía del derecho de acción, la cual se emancipa por completo del derecho subjetivo material (Dinamarca, Grinover & Cintra, 2009, pp. 265).

Esa visión del derecho de acción, como es evidente, impidió al juez, al legislador y al doctrinador a comprender que la autonomía procesal obtenida por la teoría de los padres fundadores del proceso italiano y alemán acabó tornándola en una figura neutra e indiferente en relación al derecho material. Como vemos, esa aventura de erradicar el proceso de las influencias del derecho material le costó muy caro a la procesalística que venía renaciendo en los años setenta bajo la influencia de la teoría circular del derecho y proceso.

Apréciase que el formante doctrinario o legislativo casi nada habla de la acción de derecho material. A propósito, en varios países que aún dan abrigo a una teoría general del proceso *desde y para el proceso*, hablar en términos de acción material, pretensión material o relación jurídica material es un empeño sin mayor valor, dado que el procesalista científicista entendió que sólo resta acudir al aparato judicial para requerir una solución a los conflictos, a través de una acción procesal comprendiendo una pretensión procesal.

En este modelo eran inexistentes los ánimos de poder conciliar el derecho procesal con el derecho material, sin que eso importara reincidir en el sincretismo que concibió a la acción procesal como mera extensión o reacción de la acción material. Ese divorcio entre ambas categorías que desembocó en la teoría abstracta de la acción impuso una forma negativa de pensar el proceso bajo el prisma del derecho material. De tal forma, con ello se configuraba una herejía fundamentar que la acción procesal debería reflejar la acción material y su resultado práctico real si la autotutela estuviese permitida.

Pues bien, si el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, desde una perspectiva constitucional, es una expresión de los derechos esenciales del individuo, se entiende así que la tutela jurisdiccional comienza a tomar forma una vez que es exigida por medio del derecho de acción. Evidentemente, si el Estado, al detentar la jurisdicción está incumbido con el reconocimiento de la eficacia y practicidad del derecho a la tutela jurisdiccional, la perspectiva material de la acción es esencial para la realización de las finalidades de la jurisdicción (Dinamarca, 2009, p. 255). A partir de ahí deben ser apartadas o, cuando menos, mitigadas, las propuestas maniqueas actuales que intenten expurgar de contenido e importancia la acción de derecho material. Debemos cuidar de no caer en el equívoco de que el derecho de acción como un derecho a las formas de tutela jurisdiccional adecuada no comprende el hablar de acciones típicas.

5.1. El derecho fundamental de acción como derecho a una técnica adecuada al derecho sustancial

Pionero en el escenario latinoamericano en la visión del derecho de acción como derecho a una técnica adecuada al derecho material es Marinoni, quien defiende la consideración del derecho de acción como reflejo en el ámbito subjetivo de la actividad jurisdiccional del Estado, o como el deber de tutela jurisdiccional del Estado-juez. Súmese a ello que al ser el principio de inapartabilidad de la jurisdicción un principio que exige del Estado a no impedir o inviabilizar la tutela de los derechos, el Estado está en el deber de prestar tutelas a las más variadas situaciones e hipótesis de conflicto. Para ello prestar tal tutela al ciudadano, el Estado jamás podría excusar su incumplimiento por la inexistencia o insuficiencia de dispositivos normativos materiales o procesales.

En este sentido, si el Estado detenta el monopolio de impartición de justicia, asumió el deber y compromiso de tornar realidad las relaciones sociales y sus consecuencias previstas en las disposiciones normativas. Esa coincidencia entre la acción material – exigencia de un bien o de un hacer o no hacer en la esfera pre-procesal – con la acción procesal, debe ser visto como el derecho a la pre-ordenación de técnicas y procedimientos idóneos para tutelar el derecho material.

La inexistencia de la técnica adecuada o procedimiento idóneo a las particularidades del derecho material ahora pretendido significaría que al Estado no le importó la tutela de los derechos habiendo retirado de las manos del ciudadano la acción directa, para asumir la impartición de justicia. Reténgase el siguiente argumento: la ley del más fuerte imperante en los inicios de la humanidad pasó por el filtro de la civilización y con la entrega de este poder de regular la vida en sociedad, se vio la necesidad de que los Estados pudiesen ofrecer a cambio alguna forma estructurada para la solución de los conflictos y la manutención de la civilidad. En verdad, no es difícil creer que, con el elenco de derechos fundamentales procesales, lo mínimo que se esperaba era la coincidencia o reflejo entre lo que la violencia podría producir



en un sistema de justicia para-estatal con el producto elaborado por el Estado-juez, detentor de jurisdicción.

Para mantener la paz social y, abonamos, para otorgar una tutela adecuada a los derechos y situaciones subjetivas, no basta proclamar la exclusividad de la jurisdicción, pues la justa paz de la comunidad es únicamente posible en la medida en la que el Estado sea capaz de crear instrumentos adecuados y eficaces para satisfacer las pretensiones que se formulan ante el propio Estado. Por ello, González (1984, p. 23) señala que, si las ansias de justicia que el ciudadano lleva en su fuero más íntimo no encuentran satisfacción, por las vías pacíficas dadas por el Estado, este clamor de justicia desbordará la expectativa que el propio Estado pensó cumplir. Siendo así, habría un vacío de contenido en la afirmación de que el derecho de acción se eleva a nivel constitucional si antes de ello no fuere plenamente asegurado la disposición y uso de técnicas, instrumentos y medios procesales adecuados como denota el pensamiento del jurista español⁽²⁹⁾.

Para entender con propiedad el derecho fundamental de acción, este debe pasar por el filtro de la multifuncionalidad de los derechos fundamentales. Se afirmó líneas arriba que el derecho de acción confiere a su titular el exigir una garantía o defensa de derechos de libertad amenazados por el Estado⁽³⁰⁾. La herramienta utilizada como defensa de los derechos de libertad configuraría las diversas acciones constitucionales dispuestas para tutelar derechos fundamentales. Mientras eso sucede, el derecho de acción también puede satisfacer derechos de protección bien como servir de canal para el derecho a la participación en la reivindicación de los derechos fundamentales por medio de los diferentes procedimientos civiles. Esta multifuncionalidad, obviamente, reviste de fundamentalidad al derecho de acción.

Pero ¿cómo obtener una tutela jurisdiccional por medio del derecho de acción? Esa cuestión se amolda en el hecho de que el derecho de acción no es más un derecho para ser proyectado a las relaciones de los particulares, y sí para comprometer también el actuar del Estado con el objetivo de saber proceder para viabilizar la efectividad de esta protección reclamada por

el ciudadano. Por donde se prefiera ver, el derecho de acción, al constituirse como un derecho con función prestacional por parte del Estado, busca establecer una relación *Estado-prestador, ciudadano-justiciable*. Al contrario, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional se vincula únicamente al Estado, básicamente al legislador y al juez y no incide *directamente* sobre las relaciones entre privados. Esos efectos del derecho fundamental inciden de forma refleja o lateral, mediatizando los derechos fundamentales. El contraste se revela más fácil de explicar al recordar que un derecho fundamental de cuño material incide sobre el Estado para que este, mediante su triple protección – fáctica, legislativa o judicial – se comprometa con la protección de estos derechos para las relaciones entre particulares.

El derecho de acción como derecho fundamental debe reconocer al derecho de acceso a la justicia no como perenne garantía contra alguna injerencia estatal, sino como derecho a pedir o requerir algo del Estado. Está claro que el derecho de acción, al ser manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, exige una prestación del Estado destinada a tutelar un derecho material. Por cierto, si es solicitada esta tutela por medio del derecho de acción, la respuesta del Estado para el ciudadano titular de esta situación jurídica es el ofrecimiento *de normas que posibiliten el uso de técnicas adecuadas al derecho material junto con procedimientos flexibles y, antes de ello, otorgando poder y responsabilidad al juez para poder modificar y/o modular un procedimiento o técnica procurando la efectividad a ser prestada* (Trocker, 1974, pp. 700-701)⁽³¹⁾.

(29) Para mayor información sobre el tema, véase también “Novas linhas do processo civil” de, Luiz Guilherme Marinoni (1996, pp. 114-115).

(30) Para un entendimiento de los derechos procesales fundamentales como garantías constitucionales, lo cual refuerza la idea de una antigua relación entre proceso y Constitución como meros derechos de defensa, véase “Las garantías constitucionales del proceso” de Joan Picó i Junoy (p. 17).

(31) Para mayor información, véase “Curso de processo civil”, de Luiz Guilherme Marinoni y Sérgio Cruz Arenhart (2011, p. 32). Asimismo, desmitificando el equívoco de únicamente pensar en tutelas diferenciadas y en la aparición de innumerables instrumentos, Marinoni y Arenhart (2011), alega que gracias a que la técnica procesal responde a las diferentes situaciones sustanciales, es imposible dejar al legislador intuir e instituir tantos procedimientos diferenciados existan a la par de cuantas sean las necesidades de derecho material carentes de tutela. En ese ámbito, cualquier intento de infundir el pánico doctrinario indicando que la diversificación de los procedimientos constituye una plaga, fácilmente se rebate tal afirmación con la técnica procesal adecuada, capaz de modificar o alterar el procedimiento ya pre-configurado para atender a un nuevo derecho material (p. 40). Del mismo modo, subraya que “la acción es ejercida y, por ende, se desarrolla como objetivo para permitir el juzgamiento de mérito (pedido) y en el caso de reconocimiento del derecho material todavía se mantiene presente para exigir que los medios ejecutivos de la sentencia estimatoria propicien la



Basado en la procesalística peruana es posible afirmar que la acción procesal debe impedir que exista algún margen diferencial, llamada así a la “disparidad entre la satisfacción procesal respecto de la satisfacción que el demandante tiene derecho a conseguir por sus propios medios en caso la jurisdicción no estuviese comprometida con la tutela de los derechos del ciudadano” (Monroy Palacios, xxxx, p. 298). Este margen diferencial *material* – que no debe existir en la búsqueda de una tutela específica – debe ser evitado siempre y cuando sean otorgadas a las partes las normas definidoras de técnicas procesales, tales como medidas de ejecución directa o indirecta⁽³²⁾, diversidad o tipos de sentencias, técnicas probatorias, impugnatorias, etc. y en general cualquier técnica necesaria para alcanzar la tutela adecuada, sea específica, rescicatoria, de cumplimiento o de remoción del ilícito.

Regresando al tema de la técnica procesal adecuada como elemento fundamental del derecho de acción, es necesario definir a la técnica como un elemento indisoluble del proceso. Vale recordar que a entender de Bedaque (2010, p. 35), el uso de la técnica no debe ser pervertida al extremo de propiciar un formalismo excesivo. Resulta ilógico considerar al proceso como una entidad abstracta, neutra que alcanzará su finalidad por sí sola, sin ser accionada por alguien. Es necesaria la disposición de mecanismos que como relojería suiza permitan que el proceso funcione y concrete sus finalidades.

La técnica procesal es un elemento *no* teleológico del proceso, pues posibilita al juez y a las partes que ejecuten una relación dialéctica para desarrollar el proceso hasta la producción de la tutela jurisdiccional del derecho material. En la visión de Marinoni (2007, p. 258), técnica pueden ser los procedimientos, sentencias y medios ejecutivos, premisa que identifica la técnica como medio y no como finalidad. Preocupado por especificar lo que debe ser entendido por técnica procesal, Álvaro de Oliveira (2008, p. 153), asevera que no es posible confundir la propia tutela jurisdiccional con las técnicas utilizadas para mejorar dicha tutela. Acompañando tal fundamento, parece adecuado no otorgar a la técnica procesal un *thelos*, pues la tornaría en un elemento de culto a ser glorificado dentro del proceso, olvidando que sirve de medio para la realización de la tutela.

Considerando todo lo que ha sido desarrollado y re-edificando la relación umbilical entre tutela jurisdiccional efectiva y la técnica procesal para tornar efectivo y real el derecho material, no es convincente tampoco equiparar el derecho de acción al mero derecho formal de obtener una resolución a un conflicto suscitado entre un par de sujetos. Si el derecho a la tutela jurisdiccional es ejercido por medio

del derecho de acción, entonces esta viene a constituirse como derecho a una tutela adecuada mediante el proceso justo (Sarlet, Marinoni & Mitidiero, 2012).

Adoptando cierta responsabilidad al momento de tratar sobre el derecho de acción bajo el enfoque constitucional propio de una teoría jurídica contemporánea, no basta declarar derecho, siendo más importante que previamente se instituyan medios y procedimientos adecuados y equitativos, sin los cuales el derecho perdería su propio significado en términos de actuabilidad, como bien resaltan Sarlet, Marinoni & Mitidiero (2012). Esa exigencia del derecho de acción sobre el juez es señalada en el más reciente trabajo sobre medidas coercitivas en Italia, en el que Trapuzzano (2012, p. 225), advierte que tal exigencia indujo al legislador a intervenir por medio de una reglamentación de carácter general para salvaguardar las situaciones jurídicas subjetivas que antes fueron privadas de un sistema adecuado de tutela. Prueba de ello es la introducción del art. 614°, *bis*, en el *Codice di Procedura Civile* italiano en el año 2009, inaugurando así, en el derecho italiano, una regla general de medidas coercitivas.

Al lado de ello, la estructuración técnica del derecho de acción y lo que este ofrece a su titular debe respetar las *nuances* del derecho material que, ciertamente, debe influir en el resultado del proceso. Como fue advertido, si el derecho de acción nos faculta a exigir tutela efectiva del Estado por medio de la acción procesal, nada mejor para el legislador que basarse en el principio de adecuación – *principio di adeguatezza* – al ser un elemento guía para el otorgamiento de tutela jurisdiccional. Taruffo (1988, p. 77), ha defendido que la conexión entre una situación sustancial que exige tutela y técnicas de actuación ejecutiva viene a colocarse en la base del principio de adecuación, mediante el cual cada derecho debe encontrar actuación en el instrumento ejecutivo más idóneo y eficaz en función de la específica necesidad del caso concreto.

(32) La importancia dada a las medidas coercitivas como forma que integralmente satisface el derecho es advertida por Montesano (2001, p. 11), al punto de generalizar en el ordenamiento italiano el uso de las *astreintes* del procesalismo francés.



5.2. El papel del juez frente a la ausencia normativa del derecho de acción

Por silencio o inercia legislativa queremos identificar una patología en el deber de legislar del Estado-legislador. En este panorama, el concepto de omisión o inercia legislativa debe ser considerado no sólo como un simple *no hacer*, sino que, además, en las palabras de Canotilho (2003, p. 1033), debe ser entendido como un acto negativo ante la obligación constitucional de legislar. En vista de la falta de consciencia o sensibilidad del legislador para reglamentar algún derecho, se pasó a aceptar la amplia discrecionalidad para actuar legislativamente en los casos en los que este considerara necesario.

Percíbese que esta densificación legislativa inicialmente encargada al legislador a veces se presenta innecesaria dado que altera dramáticamente el sentido de la propia norma, razón por la cual afirmamos que esta reglamentación o actividad legislativa podría haber sido evitada en los inicios de la era constitucional moderna para evitar futuras promulgaciones que violentasen el sentido constitucional *original*.

Sin embargo, en el actual paradigma por el que transitamos, cualquier hipótesis de silencio legislativo no debe ser considerada como un hecho negativo, puesto que, en verdad, la propia estructura del texto normativo constitucional puede llevarnos a razonar que esta disposición constitucional sea tan casuística que dispense una posterior reglamentación. En verdad, ese deber de definir normas constitucionales al mínimo detalle constituye un deber de tutela del constituyente⁽³³⁾.

Si el derecho fundamental de acción es una situación jurídica de ventaja – *status activus processualis* – que habilita a los ciudadanos a reclamar legítimamente una tutela jurisdiccional efectiva, ello implica considerar dos escenarios: el primero, homologar el derecho de acción como derecho subjetivo a algo – normas, técnicas y procedimientos – y en segundo lugar, a otorgar al legislador el deber de reglamentar este derecho de acción por medio de reglas, normas y leyes que viabilicen tal realización de tutela. En caso no existiese alguna regla procesal, se viviría en medio de un caso a nivel judicial en donde el juez modelaría el proceso únicamente teniendo a la vista una única o pocas normas constitucionales que definirían las estructuras y formas del proceso, vagamente.

Las mismas preocupaciones se encuentran en los debates que fueron realizados en la Unión Europea con ocasión de la

institución de normas procesales destinadas a la efectividad del derecho material. Valiosa es la lección de Biavati (2002, p. 753), en el sentido de indicar que los procedimientos no deben complicar el ejercicio de los derechos, revelando ello que el elemento guía de la institución de reglas que contengan técnicas o procedimientos es la efectividad de la tutela.

El derecho de acción exigirá del juez una postura activa siempre que no exista una tutela normativa a este derecho, la cual debió ser dada por el legislador. Lo mismo sucederá cuando alguna disposición normativa se oponga o contrarie el núcleo constitucional básico de la tutela jurisdiccional. De tal forma, no debemos escatimar en reproducir el pensamiento nuclear de este capítulo. Si el juez llegará a la conclusión de que el legislador negó protección normativa al derecho fundamental, deberá determinar la medida que realmente haga efectivo tal derecho tutelado. Al dar un remedio atípico al derecho material o procesal carente de reglamentación, es lógico que se encuentra en el proceso otro derecho fundamental inherente a las partes del proceso, y por eso debe ponderar o realizar el *balancing* de los derechos fundamentales y argumentar de forma racional la elección de la medida a ser aplicada en el momento de utilizar o dar un remedio atípico al derecho de acción.

Si el Estado emite normas prohibiendo conductas contrarias, por derivación, debe definir normas de reglas procedimentales instituyentes de técnicas capaces de permitir la actuación oportuna y adecuada de la tutela jurisdiccional. Esas normas procesales destinadas a la tutela jurisdiccional de los derechos derivan de la exigencia del derecho de acción sobre el legislador, obligándolo a remediar la ausencia legislativa o suprimiendo la ineficiencia de las mismas. Luego de retratada la noción de que el derecho de acción es revestido de un carácter

(33) Para mayor información, véase “Direito constitucional e teoria da constituição”, de José Joaquim Canotilho (2003, p. 1034). También, “O controle de inconstitucionalidade por omissão e a teoria dos precedentes obrigatórios”, de Elton Baiocco (2012, p. 397). En lecciones de Canotilho, también existiría omisión legislativa cuando la Constitución consagra normas caracterizadas por poseer baja densidad normativa para tornarse ejecutables o actuables por sí mismas. Sin embargo, considérese que esta situación no puede ser más rechazada y gana autonomía cuando el constituyente no haya querido otorgar una aplicabilidad inmediata. Este hecho define automáticamente la eficacia retenida de las normas constitucionales que por su propia naturaleza imposibilita hablar de omisión legislativa (Canotilho, 2003, p. 87).



fundamental, al ser un derecho fundamental procesal, este puede ser considerado como de suma importancia pues se torna imprescindible para tutelar y tornar efectivo el resto de derechos fundamentales y subjetivos.

En síntesis, el derecho fundamental de acción, de la misma forma que la tutela jurisdiccional incide sobre el juez, bien como obliga a este la supresión de cualquier situación que dificulte o impida que el justiciable no cuente con técnicas y reglas procesales. En lo que atañe a la existencia de normas que dificulten el acceso a la justicia o normas insuficientes para permitir la efectividad y pleno ejercicio del derecho de acción⁽³⁴⁾, el juez, por medio de su función y de una apropiada interpretación y concreción, deberá suprimir esa inconstitucionalidad que, Canotilho (2003, p. 1034) designa como omisión por falta de actualización o perfeccionamiento de normas. Basado en enseñanzas de Badura⁽³⁵⁾, el procesalista portugués antes mencionado, alude que tal omisión se define no por la inexistencia de normas, sino por la inexistencia de normas no adecuadas, adaptadas o perfeccionadas en relación a la Constitución. Cuando la falta de estas mejorías o actualizaciones perjudicasen al ejercicio de tales derechos⁽³⁶⁾ es lógico que el juez debe dejar de ser neutro y actuar para identificar esa omisión y suprimirla adecuadamente para el caso concreto.

De tal suerte, si el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho de acción, como derecho derivado, no poseen un desarrollo legislativo debido, a entender de Picardi (2009, p. 17), será un motivo más que suficiente para afirmar que la inacción del legislador representa otra de las principales causas que justifican la producción jurídica del órgano jurisdiccional. Poderes que, desde luego, al imponer al juez un deber de tutela, deberán ser prestados de forma efectiva a pesar de la inexistencia de una disposición que pueda ser suprimida por la actividad judicial, tal cual analizamos. Sobre la legitimidad en la creación jurisprudencial del derecho o en la revisión del control de constitucionalidad, así como en la actividad judicial de producir una técnica adecuada o variar un procedimiento para cuidar del derecho tutelado, existe una legitimidad argumentativa como fue retratada a lo largo de este capítulo. El jurista italiano destaca que la apertura o fluencia de los textos legislativos también otorgan un margen para su adaptación a

situaciones diversas o para la concretización de derechos fundamentales⁽³⁷⁾.

6. Conclusiones

Se ha buscado afirmar que la evolución de las sociedades, los derechos reclamados y la manera cómo debe responder la jurisdicción a través de la prestación de la tutela jurisdiccional efectiva, han llevado a la deconstrucción del modelo procesal clásico para dar paso a un cuarto modelo o microparadigma teórico, consistente en el modelo o perspectiva constitucional del proceso.

Consecuentemente, la relación existente entre la Constitución y el proceso civil no debe limitarse al recuento del catálogo de garantías procesales, puesto que el estudio de cada garantía en especie continúa siendo un análisis estático frente a lo que se plantea, que es un modelo interpretativo en el que la jurisdicción complementa el ordenamiento jurídico mediante la aplicación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Se concluye, además, que, un principal elemento conformador de dicho modelo y perspectiva es el repensar la labor del juez frente a la interpretación constitucional de dichos derechos fundamentales procesales, así como la redefinición del contenido mínimo esencial de la tutela jurisdiccional efectiva. Esto proviene de la propia naturaleza prestacional del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, que exige una triple tutela; ejecutiva, legislativa y jurisdiccional.

Se ha demostrado que, el derecho de acción como situación jurídica de ventaja que activa el requerimiento de tutela judicial

(34) Para mayor información, véase "Garanzie costituzionali del processo civile", de Vincenzo Vioriti (1973, p. 34)

(35) Véase "Direito constitucional e teoria da constituição" de José Joaquim Canotilho (2003, p. 1035)

(36) Imagínese una disposición normativa que permita la duración excesiva del procedimiento o que no establezca una técnica procesal adecuada para determinada tutela del derecho.

(37) Es así que se concluye que, si los derechos fundamentales procesales deben ser tutelados normativamente, es pacífico indicar que tal objetivo será alcanzado mediante la reglamentación abierta de tales derechos fundamentales, esto es, mediante disposiciones abiertas o generales. El propio Picardi (2009, p.18), alude que "no es menos relevante la constatación de que el tejido legislativo presenta márgenes de apertura. Con el objetivo de que la disposición sea adaptable a situaciones concretas o mantenerlas actuales, aunque pase el tiempo, el legislador es llevado a adoptar técnicas legislativas elásticas, flexibles y difusas. Es un conjunto de técnicas legislativas a través de las cuales termina delegándose al juez opciones que el legislador no puede o quiere operar".



no solo debe agotarse en la petición de tutela a través de la presentación de la demanda. En realidad, el derecho de acción, para que sea bien utilizado por el justiciable, debe ser un derecho que exija la predisposición de técnicas y procedimientos adecuados. De ello se concluye que, ante la insuficiencia o ausencia normativa de técnicas procesales, se vulnera el derecho de acción, puesto que poca utilidad tendría el ejercer un derecho de provocación de la actividad judicial sin contar con las más idóneas o adecuadas técnicas para desarrollar tal derecho a lo largo del procedimiento.

Desde una perspectiva constitucional de la jurisdicción, se arriba a la conclusión de que el juez ostenta un deber de tutela del propio ordenamiento procesal cuando este es insuficiente o ausente. Por ello, se reivindica en el trabajo la labor que tiene el juez de colmar dichos espacios a través de la creación de una norma para el caso concreto que pueda neutralizar dicha inconstitucionalidad por omisión. Ciertamente, el *input* metodológico para ello es entender la aplicación directa e inmediata del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, puesto que al fungir no solo como derecho constitucional, sino como principio de la labor jurisdiccional, la jurisdicción tiene un deber de complementar y componer el propio ordenamiento procesal, bajo el peligro de incurrir en el pretexto de que la inexistencia de disposición normativa procesal alguna acarrearía la inexistencia de un derecho procesal de cualquiera de las partes.

Es por ello que, conclusivamente, el papel que juega la naturaleza del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental prestacional, de organización y procedimiento, repercute positivamente en la labor de la jurisdicción, cuando a través de la densificación normativa de este derecho fundamental – principio, códigos adjetivos incurran en defecto o ausencia de disponer técnicas y procedimientos dirigidos, justamente, a materializar la tutela judicial efectiva.

Estas redefiniciones no son más que puntos iniciales de una bitácora mayor, comprendiendo en la perspectiva constitucional del proceso la propia creación de normas al caso concreto ante la eventual ausencia o insuficiencia normativa procesal. Es decir, la labor creacionista e interpretativa del juez debe sobreponerse a la irresponsabilidad legislativa consistente en la ausencia o insuficiencia de normas esperadas para la tutela de un caso concreto. Por ende, la jurisdicción no solo debe ser una labor de derechos (legislados) sino, de remedios atípicos al caso concreto, incluso cuando la norma procesal falte, sea insuficiente o defectuosa.

7. Referencias bibliográficas

Álvaro, C. (2008). *Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional*. (J.J. Monroy palacios, Trad.). Editorial Communitas.

Arenhart, S. (2003). *Perfis da tutela inibitória coletiva*. Revista dos Tribunais.

Ávila, H. (2009). "Neoconstitucionalismo": Entre a ciência do direito e o direito da ciência. En C. De Souza et al. (Orgs.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988* (pp. 187-202). Lumen Juris.

Baiocco, E. (2012). O controle da inconstitucionalidade por omissão e a teoria dos precedentes obrigatórios. En L.G. Marinoni (Coord.). *A força dos precedentes* (2.ª ed.). Editora JusPodivm.

Bedaque, J. (2010). Efectividad del proceso y técnica procesal (J.J. Monroy Palacios & C. Delgado Suárez, Trad.). Editorial Communitas.

Biavati, P. (2002). I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 56(3), 751-775.

Böckenförde, E. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Nomos Verlagsgesellschaft.

Canaris, C. (2009). Direitos fundamentais e direito privado. Almedina.

Canotilho, J. (2003). Direito constitucional e teoria da Constituição (7.ª ed.). Almedina.

Cappelletti, M. (1974). *Proceso, Ideologías, Sociedad*. (S. Sentís Melendo, Trad.). Editorial EJE.

Couture, E. (1946). *Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina*. De Palma.

Damaska, M. (1986). *The faces of justice and the State authority*. Yale University Press.

Delgado, C. (2013). *Efetividade processual e tutela preventiva dos direitos* [Tesis de maestría, Universidade Federal do Paraná]. Repositório Digital Institucional da UFPR.

Di Majo, A. (1989). Forme e tecniche di tutela. // *Foro Italiano*, 112, 132-145. <http://www.jstor.org/stable/23185140>

Didier Jr., F. (2011). *Curso de direito processual civil* (12.ª ed., Vol. 1). Editora JusPodivm.

Didier Jr., F. (2012). *A teoria geral do processo, essa, desconhecida* (2.ª ed.). Juspodivm Editora.

Dinamarco, C., Grinover, A. & Cintra, A. (2009). *Teoria geral do processo* (23.ª ed.). Malheiros.

Dinamarco, C. (2009a). La instrumentalidad del processo (J.J. Monroy Palacios, Trad.). Palestra Editores.

Dinamarco, C. (2009b). *Instituições de direito processual civil* (6.ª ed., Vol. 1). Malheiros.

Ferrer, J. (5 de mayo de 2012). *Reflexiones críticas sobre el neoconstitucionalismo* [Segunda sesión



- de conferencia]. Jornadas sobre Seguridad Jurídica, Girona, España. <http://diobma.udg.edu/handle/10256.1/2560>
- Fioravanti, M. (2009). *Los derechos fundamentales*. Trotta.
- Fix-zamudio, H. (1955). *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructura procesal del amparo*. Libería Porrúa.
- Frignani, A. (1974). *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Editore Giuffrè.
- González, J. (1984). *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Editorial Civitas.
- Grossi, P. (2007). *Mitologie giuridiche della modernità* (3.ª ed.). Giuffrè.
- Grossi, P. (2012). *Introduzione al novecento giuridico*. Manuali Laterza.
- Guerra, W. & Carnio, H. (2017). Teoria processual da Constituição. En C. Fernandes, A. De Azevedo & A. Luiz (Coord.), *Tomo Direito Administrativo e Constitucional*. Pontificia Universidade Católica de São Paulo.
- Guerra, M. (2003). *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. RT.
- Kuhn, T. (2006). *La estructura de las revoluciones científicas*. (C. Solís, Trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Marinoni, L. (1996). *Novas linhas do processo civil* (2.ª ed.). Malheiros.
- Marinoni, L. & Arenhart, S. (2011). *Curso de Processo Civil. Processo de conhecimento* (2.ª ed. Vol. 5). RT.
- Marinoni, L. (2012). *Precedentes obrigatórios* (2.ª ed.). RT.
- Marinoni, L. (2007). *Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo* (Vol. 1). Editorial Revista dos Tribunais.
- Marinoni, L. (2009). *Colaboração en el proceso civil*. (J.J Monroy Palacios, Trad.). Librería Communitas.
- Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso civil* (Tomo I). Editorial Temis.
- Monroy Gálvez, J. (2004). *La formación del proceso civil* (2.ª ed.). Palestra Editores.
- Monroy Gálvez, J. (2009). Globalización, Derecho y Proceso. *Revista de Estudos Constitucionais*, 1(2), 21-36.
- Montesano, L. (1985). *La tutela giurisdizionale dei diritti*. UTET.
- Montesano, L. (2001). Attuazione delle sanzioni e delle cautele control gli obbligati a fare e non fare. En A. Dott (Coord.), *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice. Atti del XXII Convegno Nazionale*. Giuffrè Editore.
- Pagni, I. (2004). *Tutela specifica e tutela per equivalente*. Giuffrè.
- Calmon de Passos, J. (2012). *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista trafega na contramão*. Editora JusPodivm.
- Picardi, N. (2009). *La jurisdicción en el alba del tercer milenio*. (J.J Monroy Palacios, Trad.). Librería Communitas.
- Picó I Junoy, J. (1997). *Las garantías constitucionales del proceso*. J.M. Bosch Editor.
- Pozzolo, S. (2001). *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Giappichelli.
- Proto, A. (2010). *Lezioni di diritto processuale civile*. (5.ª ed.). Jovene Editore.
- Sarlet, I., Marinoni, L. & Mitidiero, D. (2012). *Curso de direito constitucional*. RT.
- Sarmiento, D. (2007). O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. En M. Novelino. (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. JusPodium.
- Taruffo, M. (1988). Attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici. *Rivista trimestrale di diritto procedura civile*, 1, 142-178.
- Taruffo, M. & Hazard, G. (2006). *La justicia civil en los Estados Unidos*. (F. Gascón Inchausti, Trad.). Thomson Reuters Aranzadi.
- Trapuzzano, C. (2012). *Le misure coercitive indirette*. CEDAM.
- Trocker, N. (1974). *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Giuffrè.
- Vallespín, D. (2008). Los nuevos retos del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva en el proceso civil. En *Derecho procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas* (p.85). Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
- Wiethölter, R. (1975). *Le formule magiche della scienza giuridica*. Laterza.
- Wittgenstein, L. (1977). *Tratado Lógico-Filosófico*. (M. S. Lourenço, Trad.). Fundação Calouste Gulbenkian.
- Zaccaria, G. (2004). *Razón jurídica e interpretación*. Civitas. 



Justicia Híbrida: La tecnología disruptiva al servicio del proceso^(*)

Hybrid Justice: Disruptive technology at the service of the process

Fernando Martín Diz^()**

Universidad de Salamanca (Salamanca, España)

Resumen: El cambio de modelo de justicia es una realidad. Ese cambio viene totalmente determinado por la irrupción de las nuevas tecnologías de carácter disruptivo y, principalmente, por la posible integración de soluciones de inteligencia artificial en el proceso judicial en funciones de asistencia al órgano jurisdiccional. Estamos, probablemente, ante una nueva justicia: la justicia híbrida. Una justicia procesal en la que desde la innegociable supervisión por humano (juez) las aplicaciones tecnológicas van a tener cada vez más protagonismo en la actividad procesal, con las exigencias de legalidad y respeto a los derechos fundamentales como ejes que habilitan su utilización con todas las garantías.

Palabras clave: Justicia - Inteligencia artificial - Justicia híbrida - Derecho Procesal - España

Abstract: The change in the justice model is a reality. This change is totally determined by the emergence of new disruptive technologies and, mainly, by the possible integration of artificial intelligence solutions in the judicial process in functions of assistance to the judiciary. We are probably facing a new justice: hybrid justice. A procedural justice in which, from the non-negotiable supervision by a human (judge), technological applications will have an increasing role in the procedural activity, with the demands of legality and respect for fundamental rights as axes that enable their use with all the guarantees.

Keywords: Justice - Artificial intelligence - Hybrid Justice - Procedural Law - Spain

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 27 de marzo de 2024 y su publicación fue aprobada el 7 de junio de 2024

(**) Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Salamanca. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9288-8240>. Correo electrónico: fmdez@usal.es



1. Humanidad y Tecnología: La realidad del siglo XXI

Seres humanos y tecnología: los componentes esenciales de sociedad del siglo XXI, cada vez menos heredera del humanismo arraigado durante siglos y más disruptiva hacia el futuro inmediato desde el desarrollo e implantación de la digitalización en su máxima expresión. Prácticamente nada escapa ya de los tentáculos tecnológicos, de la digitalización, la datificación (Van Dijck, 2014) y la algoritmización, que todo lo abarcan, y transforman. No se entienda que es una transformación negativa, pero sí en cierto modo, como expresa García Cantero (2019), se configura como “esa religión atea que no venera ni a dioses ni a hombres, solo a los datos. Una ficción colectiva en torno a una inteligencia suprema, esta vez artificial, capaz de predecir enfermedades y catástrofes, el nirvana de los algoritmos”. También, se anuncia su aterrizaje y asentamiento, en el ámbito del Derecho y, particularmente, de la justicia.

La inteligencia artificial, en la definición más reciente de que disponemos, y además con carácter normativo puesto que es la ofrecida en el artículo 3 del reciente Reglamento de la Unión Europea por el que se establecen normas armonizadas sobre la inteligencia artificial (Ley sobre Inteligencia Artificial), cuya aprobación definitiva por el Parlamento Europeo ha tenido lugar el 13 marzo de 2024, es:

Un sistema basado en máquinas diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras su despliegue y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de la entrada que recibe, cómo generar salidas tales como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales.

¿Supone un progreso real y efectivo o desde el punto de vista del humanismo, en sentido estricto, es un retroceso?, dado el riesgo de que un futuro digital pueda perpetuar errores y prejuicios del pasado (Veliz, 2019), no en vano una inteligencia artificial sostiene su funcionamiento sobre una cierta paradoja propia de su naturaleza y diseño como es la de predecir o anticipar actuaciones o soluciones de futuro, respecto a cuestiones de presente, pero utilizando datos del pasado. Datos muy sensibles, en el caso de la justicia y que pueden sostenerse sobre antecedentes jurisdiccionales de casos similares, pero que no contemplan las peculiaridades propias de cada asunto y de la situación actual. Así, por ejemplo, el hecho de haber sido condenado en el pasado, o de haberse resuelto casos con identidad de razón determinando una condena, como situación objetiva y real, no puede ni debe condicionar el pronóstico que evacúe una inteligencia artificial, y con ello una eventual decisión jurisdiccional apoyada en la misma, por cuanto es absolutamente lesiva y contraria al derecho fundamental a la presunción de inocencia.

El derecho afecta a la vida de las personas, y la inteligencia artificial está llamada a hacerlo también en las próximas décadas. La confluencia de una y otra realidad va a modificar, indudablemente, derechos, libertades, obligaciones y, particularmente en nuestro caso, consecuencias procesales. Pero queremos resaltar desde los albores del presente trabajo que la aplicación de soluciones tecnológicas y digitales en el ámbito del proceso judicial no puede hacer decaer la visión humana y humanista del mismo. La imparcialidad del juez no se ve comprometida por la valoración de las transgresiones de derechos que debe valorar, incluso cuando son producto de una situación lesiva o injusta, pero que le lleva a la reflexión de la solución más adecuada sin apartarse, evidentemente, de la ley. La función jurisdiccional no es tan automática como lo es el tratamiento de un asunto por una inteligencia artificial, implica interpretaciones y adaptaciones de la norma en sentido teleológico para las cuales, posiblemente, una máquina nunca va a estar preparada por mi perfecta que pueda parecerlo, por muchos datos de que disponga y por un potente entramado algorítmico que se aplique. Impartir justicia no es una cuestión matemática ni de ingeniería, es una cuestión humana, tan antigua como la propia existencia, y tan irremplazable como el razonamiento de las personas. Ayudarse para ello de la tecnología más moderna y accesible es inteligente, pero no a cambio de una sustitución y reemplazo.

La garantía de seguridad jurídica que requiere la implementación de las nuevas soluciones digitales en el ámbito jurídico y jurisdiccional ha de venir sustentada sobre una regulación legal sólida, hoy en día prácticamente inexistente, y un empleo ético de las herramientas tecnológicas. De no ser así, ni será admisible ni será aceptable implementar nuevas tecnologías disruptivas en la Administración de Justicia y en el marco de los procesos judiciales. Todo el conglomerado de derechos humanos y fundamentales que se ven afectados y concernidos por las nuevas tecnologías, junto al bloque de derechos y garantías procesales fundamentales que están reconocidos en



la práctica totalidad de las Constituciones de los Estados democráticos modernos, requieren inexcusablemente de un marco legal de soporte que respalde un avance tan considerable como supone la integración de la inteligencia artificial en funciones asistenciales de la función jurisdiccional. Y todo ello sin olvidar que debe ser aceptado racionalmente por la ciudadanía (Morales Moreno, 2021), quien, al fin y a la postre, es la destinataria de los resultados de la actividad jurisdiccional y de la hipotética aplicación de herramientas algorítmicas en su consecución.

2. El principio de supervisión humana y su despliegue en el ámbito jurisdiccional

¿Y dónde quedará entonces el factor humano? integrante y constituyente indisoluble a la sociedad desde tiempos pretéritos. Ante este poder omnímodo de la tecnología y del tratamiento de datos, maquínico, y presuntamente infalible, el factor humano debe resistir en pie, debe ser la cortapisa de la discriminación algorítmica, de los sesgos, de la posible opacidad y debe ejercitarse uno de los grandes, y asentados dogmas, en que se basa la incorporación de la inteligencia artificial a los distintos ámbitos sociales, como es el principio de “control bajo humano” (*human in command*) establecido en las Directrices éticas para una inteligencia artificial fiable del Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre inteligencia artificial de la Unión Europea (2018, p. 19).

La autonomía humana ha de conservarse intacta y su toma de decisiones, básica en el ámbito de la justicia, debe respetarse, por lo que la implementación de elementos de inteligencia artificial en el ámbito judicial debe hacerse bajo su condición de elemento asistencial, facilitador, pero nunca sustitutivo ni decisorio *per se*. Ha de ser un recurso más a disposición de los órganos jurisdiccionales, apoyando la actividad jurisdiccional, desde el máximo respeto a los derechos fundamentales, pero siempre bajo supervisión humana. Como desarrollaremos en los siguientes epígrafes, un modelo de justicia híbrido, en el cual el juzgador puede tomar decisiones autónomas, apoyado cuando sea preciso en los resultados de sistemas de inteligencia artificial, puede ser un modelo de interacción asumible y satisfactorio, apoyando a tomar mejores y más documentadas decisiones, pero sin llegar al extremo de someter al justiciable a un proceso o decisiones jurisdiccionales basado exclusivamente en soluciones automatizadas de inteligencia artificial.

La supervisión humana garantiza que la utilización de sistemas de inteligencia artificial y de soluciones digitales automatizadas están al servicio de las personas, respetan sus

derechos fundamentales, la dignidad y la autonomía personal y que, cuando proceda, se objetará u obviará su empleo si ello acarrea la vulneración de garantías o la discriminación injustificada y no proporcional. Sólo, por tanto, será admisible recurrir a herramientas algorítmicas en el ecosistema procesal cuando estén diseñadas de forma que sean adecuadamente entendibles, accesibles, controladas y supervisadas por humanos. En el concreto entorno procesal, la jurisdiccionalidad se erige, entonces, como presupuesto imperativo, avalando la concurrencia del principio básico de supervisión humana en el empleo de la inteligencia artificial. Y más, aún, cuando la inteligencia artificial en su aplicación a situaciones jurisdiccionales está considerada como sistema de alto riesgo, tal y como la ha clasificado el flamante Reglamento de la Unión Europea por el que se establecen normas armonizadas sobre la inteligencia artificial (Ley sobre Inteligencia Artificial) de acuerdo a la afectación que su utilización tiene en los derechos humanos, en los derechos fundamentales y en la propia estructura del Estado de Derecho por la calidad y pertinencia de los conjuntos de datos que son utilizados y su protección personal.

El artículo 6.2 del citado Reglamento remite a una enumeración pormenorizada, que consta en el Anexo II, dentro de la cual aparecen, en su apartado 5, los sistemas de inteligencia artificial catalogados de alto riesgo que puedan ser destinados a la actividad jurisdiccional (y policial), y siempre dentro de las previsiones legales que contemple a tal efecto la legislación nacional o comunitaria europea aplicable, vinculados a situaciones como:

- a) Evaluación del riesgo de que una persona física sea víctima de infracciones penales.
- b) Evaluación de la fiabilidad de las pruebas en el curso de una investigación o el enjuiciamiento de delitos.
- c) Evaluación del riesgo de una persona física de delinquir o reincidir no basados únicamente en la elaboración de perfiles de personas físicas a que se refiere⁽¹⁾ el artículo 3.4 de la Directiva (UE) 2016/680

(1) Dicho precepto, vinculado a la normativa comunitaria relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento



o para evaluar rasgos y características de personalidad o comportamientos delictivos anteriores de personas físicas o grupos.

- d) Elaboración de perfiles de personas físicas en el curso de la detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales a que se refiere el artículo 3, apartado 4, de la Directiva (UE) 2016/680 en el curso de la detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales.

Evitar la opacidad de estos sistemas, y con ello facilitar y asegurar la supervisión por humano -en nuestro caso el titular del órgano jurisdiccional- implica establecer una serie de obligaciones de transparencia en su puesta en servicio y utilización. Como el propio Reglamento comunitario sobre Inteligencia Artificial de marzo de 2024 prevé en su considerando 47, estos sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo deben diseñarse de manera que los implantadores puedan entender cómo funcionan, evaluar su funcionalidad y comprender sus puntos fuertes y limitaciones, además de ir acompañados de la información adecuada en forma de instrucciones de uso (características, capacidad y limitaciones del funcionamiento del sistema).

Queda por tanto en manos de órgano jurisdiccional asimilar la asistencia que la herramienta le puede conferir a su actividad jurisdiccional y ponderar los posibles riesgos que para los derechos fundamentales pueda generar el rendimiento del sistema. La transparencia, por tanto y en estos términos, posibilita que el órgano jurisdiccional esté en condiciones de elegir correctamente la aplicación de inteligencia artificial, emplearla adecuadamente dentro de los usos previstos y excluidos y sin menoscabar en ningún caso los derechos procesales fundamentales que puedan verse afectados.

La hoja de ruta más actual que podemos seguir nos la marca, por tanto, el texto del Reglamento de la Unión Europea por el que se establecen normas armonizadas sobre la inteligencia artificial (Ley sobre Inteligencia Artificial) de 2024, cuyo artículo 14 aborda de forma expresa el principio básico de supervisión humana en el empleo de herramientas de inteligencia artificial. Determina que los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo, como son los propios diseñados y encauzados para ser aplicables en el ámbito de la justicia, se diseñarán y desarrollarán de tal manera, incluso con herramientas de interfaz hombre-máquina, que puedan ser supervisados eficazmente por personas físicas durante el periodo en que el sistema esté en uso. ¿En qué consistirá, al menos, esa supervisión humana, y, en nuestro caso, el control

jurisdiccional? Al menos, entendemos, en prevenir o reducir al mínimo posible cualquier aplicación no legal -bien por inexistencia de previsión legal o por aplicación de la herramienta excediendo las disposiciones normativas que habilitan su utilización- o lesiva a los derechos fundamentales de soluciones de inteligencia artificial en actuaciones procesales, cuya validez y eficacia final ha de asumir el propio órgano jurisdiccional mediante la resolución correspondiente en la cual integrará el resultado derivado del uso del sistema inteligente.

Esta supervisión jurisdiccional de una herramienta, por ejemplo, de valoración del riesgo de una víctima o de reincidencia de un encausado, conlleva que el juez o jueza, de acuerdo a la exigencia de transparencia y sus consecuencias expuestas anteriormente, recurra al sistema de inteligencia artificial de acuerdo con la finalidad prevista para el mismo -y no para otra diferente, siguiendo el ejemplo anterior, una herramienta diseñada para evaluar el riesgo de reincidencia no sería apta para valorar una prueba testifical- y en las condiciones de uso debido razonablemente previsibles -de las cuales es consciente por una formación e información previa. Introduce el precitado artículo un principio de proporcionalidad en la aplicación de la supervisión, dimensionando ésta en relación con los riesgos, nivel de autonomía y contexto de uso del sistema de inteligencia artificial, para lo cual ofrece, además, una serie de referencias que garanticen dicha circunstancia:

- Medidas identificadas por el proveedor y que sean adecuadas para ser aplicadas por el usuario.
- Comprensión de las capacidades y limitaciones del sistema con vistas a detectar y abordar anomalías, disfunciones y rendimientos inesperados, particularmente importante en el caso en que el juez detecte un posible sesgo

de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, conceptúa la actividad de «elaboración de perfiles» como toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física.



o discriminación en la ratificación o algoritmización de la herramienta y con ello disfunciones en los posibles resultados.

Se advierte expresamente también de la toma de conciencia por el usuario de la “tendencia a confiar automáticamente o en exceso en los resultados producidos por un sistema de inteligencia artificial de alto riesgo”, el conocido como sesgo de automatización, efecto frecuente en los casos en que una herramienta de estas características se utiliza para proporcionar información o recomendaciones para las decisiones que deben tomar las personas físicas. Es el supuesto que fue abordado en España por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2020, como consecuencia de la aplicación de los resultados ofrecidos por el sometimiento de un asunto de violencia de género y cálculo de posible riesgo de la víctima respecto del agresor a la herramienta VIOGEN, advirtiendo que “la responsabilidad de la decisión en la aplicación de VIOGEN no puede depositarse exclusivamente en la inteligencia artificial, sino que debe haber una valoración personal y humana, no una aplicación directa y automática del resultado”, por cuanto en el caso de autos el resultado emitido por la herramienta fue prácticamente aplicado sin valoración ni supervisión por los responsables (humanos). Es un aviso a navegantes que no puede pasar desapercibido y que judicialmente va a requerir, en consonancia con el principio estructural de utilización de soluciones de inteligencia artificial, que el juez o jueza haga suyo el resultado derivado de la herramienta algorítmica, debiendo además motivar en su resolución en sentido en el cual ha valorado y utilizado dicho resultado, sin caer en el error, no admisible, de una aplicación automática, no motivada e instintiva.

Además, el principio de supervisión humana en la aplicación de herramientas de inteligencia artificial otorga la capacidad, al juez en nuestro caso, de decidir cuándo, y cuándo no, utilizar y recurrir a las mismas, ante situaciones concretas en que emplear sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo, como es en el caso de la justicia, aconsejen ignorar, anular o invertir de otro modo los resultados. Esta previsión es acorde con lo dispuesto en el artículo 29 del Reglamento de la Unión Europea por el que se establecen normas armonizadas sobre la inteligencia artificial (Ley sobre Inteligencia Artificial) de 2024, ya que establece la obligación de los responsables de despliegue de sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo de adoptar las medidas técnicas y organizativas adecuadas para garantizar que utilizarán dichos sistemas de conformidad con las instrucciones de uso, por tanto bajo estricta supervisión y control humano, velando por que las personas físicas asignadas para garantizar la supervisión (en nuestro caso el juez cuando recurra a su empleo en actuaciones procesales) tenga la competencia, formación y autoridad necesarias, así como el apoyo (técnico y personal) necesario.

Por tanto, debe ser el juez o jueza, en primera persona, quien acuerde el empleo de la solución de inteligencia artificial, desde la base de una previsión legal que lo contemple, y debe ser quien motive su utilización, la active, supervise y aplique los resultados a la actuación procesal a que se anuda la implementación de una herramienta tecnológica de estas características, y siempre, desde la autonomía y libertad de valorar sus resultados de forma personal y singular al asunto, evitando aplicaciones automáticas y no ponderadas por el titular del órgano jurisdiccional.

3. ¿Qué es justicia híbrida?

La combinación entre factor humano, indispensable e insustituible en el ámbito del proceso judicial, y factor tecnológico, encarnado fundamentalmente por la irrupción y disrupción que la inteligencia artificial depara, supone que podemos estar encaminando nuestros pasos de futuro hacia una justicia híbrida, es decir, el resultado, como “producto”, de elementos de muy distinta naturaleza que se conjugan en nuestro caso en la generación de una justicia de nueva dimensión tecnológica, cuando hasta ahora era una justicia estrictamente humana, y en la cual el peso tecnológico, vía implementación de herramientas de inteligencia artificial que puedan asistir al juez, va a determinar un cambio de modelo, sin que en ningún caso, subrayamos nuevamente, se conciba ni permita que pueda sustituir o reemplazar el factor humano.

No podemos, ni debemos, asimilar el nivel de aplicación de la inteligencia artificial en otros campos y ramas de la vida o de la ciencia a su incorporación en la Justicia. Probablemente hay situaciones vitales y sociales en las cuales la inteligencia artificial puede sustituir y reemplazar decisiones o actuaciones humanas por cuanto se manejan como elementos fundamentales de las mismas cálculos probabilísticos u operaciones mecánicas y repetitivas. No es el caso de la Justicia, donde la mera estadística, las probabilidades o la reiteración de hechos similares no es la fórmula adecuada, ni admisible. Cada asunto, cada litigio, cada



situación jurídica con derechos y obligaciones en liza, con consecuencias respecto a comportamientos ilícitos o con la mera exigencia de determinar hechos probados para aplicar la norma, es absolutamente singular y requiere, en la actividad jurisdiccional, de un cierto ejercicio de creación del Derecho -mediante la fijación de hechos y la aplicación e interpretación de las normas concurrentes- en cada concreto asunto.

La indisociable correlación en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado entre hechos y consecuencias jurídicas implica un razonamiento y una capacidad de apreciación de situaciones y normas que difícilmente encaja con el perfil de la inteligencia artificial, que, por definición y naturaleza, se basa en pura estadística predictiva. De unos datos previos -el pasado-, con unos criterios preestablecidos -algoritmos- ha de ofrecer una solución de futuro a un problema (jurídico) de presente, sí que además se le exija, al menos *a priori*, que garantice absoluta certeza, acierto y justicia.

Incluso, cuando se plantea la dificultad, cotidiana en el ejercicio de la función jurisdiccional, de interpretar las normas (tanto materiales como procesales), y han de acudir a los criterios interpretativos de las normas de derecho material (Código Civil) o procesal (contenidos en la respectiva Ley de Enjuiciamiento o Código de Proceso), parece más idóneo y factible, en una justicia híbrida, que la capacidad de interpretación sea aportada por el factor humano, que puede valorar de manera más adecuada criterios como la realidad social del momento en que la norma ha de ser aplicada, o realizar una aplicación analógica, o la interpretación de principios generales del derecho estén o no expresamente contemplados normativamente (como puede ser, a título de ejemplo, la buena fe), entre otras circunstancias. Ya se indicaba en el apartado precedente, y concuerda perfectamente con la idea de justicia híbrida ante el innegable asentamiento de las tecnologías disruptivas al servicio de la Administración de Justicia, el principio de supervisión por humano y la reserva de funciones decisorias en favor del juez, es esencial e insustituible.

Sin que condicione la irrenunciable imparcialidad del titular del órgano jurisdiccional, la razonabilidad, creatividad e interpretación humana de las normas jurídicas al resolver un litigio supera en todo caso la presunta objetividad de la inteligencia artificial, y decimos presunta, porque no podemos olvidar el alto riesgo de sesgo que se constata en las herramientas y soluciones de inteligencia artificial debida

a la concurrencia de variables como la propia ratificación de la inteligencia artificial, el diseño de sus algoritmos y las variantes que estos utilicen para procesar los datos y ofrecer sus predicciones, pronósticos, recomendaciones o cálculos.

Podemos considerar, desde una perspectiva más local, centrada en la reciente realidad española, un antecedente de lo que puede suponer un modelo institucional de justicia híbrida. Nos referimos a los cambios normativos que depara el Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, sobre medidas de eficiencia digital y procesal en el servicio público de Justicia, y que acomodan en el proceso judicial las posibilidades que ofrece la instauración de actuaciones automatizadas, proactivas y asistidas con utilización de herramientas de inteligencia artificial. Es trascendente, en primer lugar, esta referencia por cuanto aporta uno de los requisitos que consideramos imprescindibles para la configuración de una justicia híbrida, en el sentido que venimos exponiendo, dado que ofrece una normativa legal expresa y de cobertura para la aplicación de la inteligencia artificial en el ámbito judicial, tal y como proclama⁽²⁾ en su artículo 1.1 y 1.2, complementando esta circunstancia con otra de no menor relevancia como es el carácter instrumental, de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional -por tanto en ningún caso decisorio y sí asistencial-, con pleno respeto a las garantías procesales y constitucionales.

No en vano, se establece en dicho cuerpo normativo un principio general de orientación al dato en la actividad del servicio público de Administración de Justicia, determinando que:

Todos los sistemas de información y comunicación que se utilicen en el ámbito de la Administración de Justicia, incluso para finalidades de apoyo a las de carácter gubernativo, asegurarán la entrada, incorporación y tratamiento de la información en forma de metadatos (...).

(2) Artículo 1. Objeto y principios. 1. La presente ley regula la utilización de las tecnologías de la información en el ámbito de la Administración de Justicia y en las relaciones de la Administración de Justicia con el resto de administraciones públicas, y sus organismos y entidades vinculadas y dependientes. 2. En la Administración de Justicia se utilizarán las tecnologías de la información de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley, asegurando la seguridad jurídica digital, el acceso, autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad, trazabilidad, conservación, portabilidad e interoperabilidad de los datos, informaciones y servicios que gestione en el ejercicio de sus funciones.



Ello permite que se evidencie en el apartado k) una concreta aplicación de dichos datos en:

Técnicas de inteligencia artificial para los fines anteriores u otros que sirvan de apoyo a la función jurisdiccional, a la tramitación, en su caso, de procedimientos judiciales, y a la definición y ejecución de políticas públicas relativas a la Administración de Justicia.

Nótese, de nuevo, como la elección del legislador español en este caso es, a nuestro modesto entender, acertada al configurar las herramientas de inteligencia artificial en el ámbito jurisdiccional como soluciones que “sirvan de apoyo”, sin ningún tipo de pretensión ni objetivo de sustitución o menoscabo de las funciones decisorias propias y exclusivas de los titulares (humanos) de los órganos jurisdiccionales.

Los arts. 56, 57 y 58 del citado Real Decreto Ley regulan tres tipos de actuaciones procesales con asistencia de herramientas de inteligencia artificial. En primer lugar, el artículo 56, contempla las actuaciones automatizadas, consideradas como aquellas actuaciones procesales “producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención humana en cada caso singular”. La propia catalogación nos sitúa perfectamente en la naturaleza de esta opción, ante actos procesales directamente generados por una herramienta inteligente, prevista para casos en que no se requiera interpretación jurídica, sino que se trate de actuaciones de trámite o resolutorias simples, indicando incluso, a título orientativo, una serie de posibles actuaciones que podrían derivarse hacia esta automatización inteligente: (i) El numerado o paginado de los expedientes; (ii) La remisión de asuntos al archivo cuando se den las condiciones procesales para ello; (iii) La generación de copias y certificados; (iv) La generación de libros; (v) La comprobación de representaciones; (vi) La declaración de firmeza, de acuerdo con la ley procesal. Ciertamente, a la vista de las opciones expuestas, se trata de actuaciones procesales meramente burocráticas y de trámite y ordenación formal de actuaciones en las cuales la labor netamente jurisdiccional de interpretación y aplicación de la ley está exenta.

En segundo lugar se da cobertura a las denominadas actuaciones proactivas, tratándose, en este caso, de actuaciones también automatizadas pero que además son autoiniciadas por los sistemas de información sin intervención humana, y que aprovechan la información obrante en un expediente o procedimiento de una Administración pública con un fin determinado, para generar avisos o efectos directos a otros fines distintos, en el mismo u otros expedientes, de la misma u otra Administración pública, y en todo caso conformes a la ley. Ello podría dar lugar, por ejemplo, a que constando en un expediente judicial la necesidad de incorporar determinada información a un Registro público, a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad o a la Agencia Tributaria, estos sistemas inteligentes y en aplicación de una actuación proactiva, directamente

generen el aviso o efecto hacia expedientes vinculados a los resultados de un proceso judicial.

Observamos, expuestas las dos primeras posibilidades que se contemplan en la reciente normativa española, que se trata en ambos casos de actuaciones sin intervención humana, de carácter automático y de corte burocrático en las cuales no se realizan labores jurisdiccionales directas de enjuiciamiento o ejecución y que, además, comparten, según lo previsto en el artículo 57.4 del Real Decreto Ley 6/2023, una serie de circunstancias comunes asegurando, en ambos casos, el posible control y supervisión humana cuando sea precisa, y por ello se determina:

- a) Que todas las actuaciones automatizadas y proactivas se puedan identificar como tales, trazar y justificar.
- b) Que sea posible efectuar las mismas actuaciones en forma no automatizada.
- c) Que sea posible deshabilitar, revertir o dejar sin efecto las actuaciones automatizadas ya producida.

Finalmente, en tercer lugar, el artículo 57 aborda y regula las que denomina “actuaciones asistidas” donde sí se da carta de naturaleza a una situación propia de justicia híbrida en los términos en que la hemos definido anteriormente. Son definidas por la norma como aquellas para las cuales “el sistema de información de la Administración de Justicia genera un borrador total o parcial de documento complejo basado en datos, que puede ser producido por algoritmos, y puede constituir fundamento o apoyo de una resolución judicial o procesal”. Hasta aquí llegaría el componente tecnológico, con una función estrictamente asistencial, de fundamento o apoyo, de una resolución judicial o procesal -de otros operadores jurídicos en el ámbito del proceso como pueden ser Letrado de la Administración de Justicia o Ministerio Fiscal. Pero, en ningún caso, dicho borrador documental constituirá por sí mismo y de forma automática una resolución judicial o procesal, sin validación humana de la autoridad competente para dictar dicha resolución.



En este sentido el precepto establece de manera tajante que “los sistemas de la Administración de Justicia asegurarán que el borrador documental sólo se genere a voluntad del usuario y pueda ser libre y enteramente modificado por éste”, requiriendo siempre y en todo caso la validación del texto definitivo por el juez o jueza, magistrado o magistrada, fiscal o letrado o letrada de la Administración de Justicia, en el ámbito de sus respectivas competencias y bajo su responsabilidad, así como la identificación, autenticación o firma electrónica que en cada caso prevea la ley, además de los requisitos que las leyes procesales establezcan.

Ofrece por tanto la cobertura de legalidad y jurisdiccionalidad necesaria para una justicia híbrida con garantías y bajo el control por humano, dentro de la cual se pueda acudir a herramientas de inteligencia artificial que generen contenidos, previsiones, cálculos, predicciones, borradores, propuestas y evaluaciones que puedan servir de elemento de asistencia a una resolución judicial o procesal pero manteniendo incólume la responsabilidad exclusiva de la autoridad humana competente para asumirla, modificarla o excluirla. Y apelamos también a esa responsabilidad personal de los titulares del órgano jurisdiccional, u otros operadores jurídicos en el proceso, que recurran a actuaciones asistidas de esta naturaleza para evitar una inercia o comodidad mal entendida que les conduzca a una validación mecánica de la propuesta evacuada desde la herramienta tecnológica, evitando que el fundamento y base de su resolución sea el resultado algorítmico sino que sea, solamente, uno de los varios argumentos y circunstancias utilizados en la elaboración y fundamentación de la resolución correspondiente.

La justicia híbrida que se comienza a pergeñar como expresión de una justicia tecnológicamente transformada por la inteligencia artificial (Sanchís Crespo, 2023) se sustenta, por tanto, sobre una justicia asistida en las labores jurisdiccionales por herramientas de inteligencia artificial, fundamentalmente para tareas no interpretativas ni aplicativas de forma directa de la norma jurídica al litigio, reservando esa función al juez humano pero que, como advierte la autora previamente citada, puede llevarnos a una transformación tecnológica más extrema en la cual “el juez robot entre en escena”, lo que implicaría la conversión de la justicia híbrida en una justicia robótica y sin ningún tipo de componente humano. Queda por dilucidar, si, llegado el momento, estará la sociedad dispuesta a aceptar esta radical transformación que determinaría la supresión total del control y supervisión por humano de las herramientas de inteligencia artificial aplicadas al proceso judicial.

A día de hoy, el protagonismo de la inteligencia artificial en el ámbito de la justicia es creciente y diverso, como analizaremos seguidamente, llegando a influir, incluso, en la propia decisión judicial, tal y como hemos caracterizado en nuestra definición de una justicia híbrida. Ahora bien, no solo debemos considerar

el impacto de la justicia híbrida en una vertiente netamente interna, en relación a la utilización de la inteligencia artificial por parte de los titulares de los órganos jurisdiccionales, la propia automatización de determinadas actividades del proceso puede afectar a la percepción social y pública de la labor jurisdiccional (Barysé & Sarel, 2024), particularmente cuando puede dar lugar a un cierto rechazo individual de los procesos judiciales en los cuales se perciba un cierto riesgo de imparcialidad, sesgo o falta de equidad en la configuración de la herramienta inteligente e, incluso, un grado de aversión hacia una justicia dependiente de los algoritmos que se manifiesta especialmente en relación a la posible automatización de las decisiones judiciales.

4. Justicia híbrida y derechos fundamentales

Condición *sine qua non* puede asentarse la evolución en el ámbito procesal que determina un modelo de justicia híbrida como el que acabamos de definir anteriormente es que cualquier incorporación de herramientas de inteligencia artificial en funciones asistenciales del órgano jurisdiccional está vinculada inexorablemente al pleno respeto a los derechos fundamentales (generales y procesales) comprometidos y afectados de forma directa en su empleo y en el acto procesal al cual se destinan desde la observancia de las garantías procesales concurrentes para el justiciable. La justicia híbrida debe asentarse en la correlación entre derechos fundamentales (y garantías procesales) y la utilización de justicia predictiva procedente de la aplicación de herramientas de inteligencia artificial en actuaciones procesales que se sustentaría sobre una serie de presupuestos básicos.

El primero de ellos guarda relación con la igualdad entre las partes y el derecho de defensa, en aquellos casos en que sean las partes, no el órgano jurisdiccional, quienes puedan servirse en su actuación procesal de herramientas de inteligencia artificial que terminen un absoluto desequilibrio a la hora de desplegar sus argumentos, acceso a medios de prueba, etc., determinando, por el



coste que tiene la utilización de estas aplicaciones, una enorme y lesiva descompensación entre las partes en el proceso, debiendo el órgano jurisdiccional ponderar esta circunstancia si excede de una razonable proporcionalidad. Directamente bajo la propia responsabilidad del órgano jurisdiccional recae, tutelando el derecho fundamental de defensa de las partes, la exigencia de que traslade a las partes el conocimiento de la utilización de una herramienta de inteligencia artificial en la consecución o producción de una actuación procesal, debiendo informar no solo de esa contingencia sino que, para una garantía plena de dicho derecho, deberá dar conocimiento del funcionamiento de dicha aplicación o herramienta, sus condiciones y diseño (e incluso tratamiento de datos y posibles algoritmos), por cuanto de no ser así estimamos que puede verse afectado el derecho de defensa por hurtarles el conocimiento de la forma en que se ha obtenido el resultado o la predicción que posteriormente puede verse trasladada al contenido de un acto procesal que les afecta directamente.

Comprometido puede verse también el derecho al debido proceso, desde parámetros similares a los expuestos en el párrafo anterior por cuanto tanto la protección de datos personales, que puedan ser volcados a las aplicaciones de inteligencia artificial, como el hecho de que deba conocerse el funcionamiento interno de la solución tecnológica y su procesamiento de datos (es paradigmático en sentido el famoso caso LOOMIS en Estados Unidos) implican que cualquier elemento empleado por el órgano jurisdiccional en el desarrollo de actuaciones judiciales debe acomodarse a previsiones legales, decisión humana (judicial) de utilización y motivación de la interpretación y valoración del resultado, cuestión prácticamente imposible de cumplir si ya de partida y para el juez no ha sido inteligible, por ejemplo, como se ha datificado y algoritmizado dicha aplicación. Y en igual sentido para las partes en cuanto en el momento del juicio y para garantizar la plenitud de sus alegaciones no conocen los criterios de funcionamiento del sistema de inteligencia artificial con lo que se les privaría, si así fuera y como hemos señalado, de su derecho de defensa al no poder ejercerlo adecuadamente y en toda su amplitud. Estaríamos, para la salvaguarda del derecho de defensa y el derecho al debido proceso, ante la necesidad de que las herramientas de inteligencia artificial aplicadas en el proceso encajen en lo que podríamos considerar como “inteligencia artificial jurídicamente inteligible”, es decir, que sean lo suficientemente idóneas para ser explicadas, comprensibles y entendibles en términos jurídicos y de su proyección procesal tanto al juez como a las partes en relación a su contenido, datificación, automatización y configuración algorítmica tanto a los efectos de demostrar su objetividad y ausencia de sesgo y predeterminación como la idoneidad ínsita a la aplicación para servir como elemento asistencial en el proceso y ante los concretos hechos controvertidos para los cuales van a ser de utilización.

En el ámbito particular del proceso penal, puede verse comprometido el derecho fundamental a la presunción de inocencia, cuando el sistema de inteligencia artificial aplicado, por ejemplo en la realización de actos de investigación tendentes a comprobar la existencia del hecho delictivo o sus autores o en la valoración de la prueba, está configurado de forma discriminatoria y sesgada, ya sea en su ratificación o en la determinación de los algoritmos, en relación con determinados perfiles de personas por su origen, condición, raza, género, lugar de residencia e, incluso, en razón de ostentar posibles antecedentes penales, reincidencia o perfiles de riesgo. Y, como pieza de cierre de un sistema de justicia híbrida garantista, hemos de aludir el derecho a la tutela judicial efectiva, origen y final del discurrir procesal acorde a las exigencias de protección de derechos fundamentales y garantías procesales por cuanto la exigencia de legalidad y jurisdiccionalidad en el empleo de herramientas de inteligencia artificial redundan en que toda resolución judicial en que se haya asistido el juzgado de este tipo de soluciones deberá motivar y fundamentar de forma suficiente, congruente y coherente los razonamientos y convicciones que de dicho elemento ha inferido para la concreta actuación procesal concernida.

5. Disrupción en el ámbito procesal: la eclosión de la inteligencia artificial en la actividad jurisdiccional

Los sistemas inteligentes van tomando posiciones, paulatinamente, en el entorno del proceso judicial, implicando con ello una disrupción, hasta ahora relativamente desconocida en la actividad jurisdiccional, tal y como ya hemos venido señalando en los apartados precedentes. La recopilación, almacenamiento, tratamiento y procesamiento de datos y precedentes jurisdiccionales incorporados en soluciones de software tecnológico deparan una especie de futura i-justicia (justicia inteligente) en la cual, con ese cariz híbrido y de control humano que hemos apuntado, los instrumentos tecnológicos de última generación asisten a los



órganos jurisdiccionales en determinadas actividades propias de sus funciones. El procesamiento de datos y precedentes judiciales, la aplicación de algoritmos y con ello la previsión de propuestas, cálculos, evaluaciones o análisis que abarcan desde la concurrencia de criterios para admitir una demanda o la prelación de un recurso hasta la valoración de un medio de prueba pasando por la valoración del riesgo de reincidencia de un penado o incumplimiento de una medida cautelar llegando, en su extremo más disruptivo, a la automatización absoluta de determinadas tareas jurisdiccionales es, sin duda, el exponente de la eclosión de la tecnología en el ámbito procesal.

Y no se produce este fenómeno, lógicamente, por agotamiento de la operatividad humana del juez, sino que no es más que otro exponente, aplicado al ámbito del Derecho y de la Justicia, del progreso tecnológico. En consecuencia, el proceso judicial no puede quedar ajeno y de espaldas a las realidades que la inteligencia artificial ofrece, tanto en general a la sociedad como en particular a la actividad jurisdiccional. Eso sí, aterra, al menos personalmente, un hipotético futuro en que dicha disrupción sea llevada al extremo de que quienes decidan los litigios sean máquina, sean soluciones de software automatizadas, sean, en definitiva, incluso, avatares o humanoides guiados por una inteligencia artificial.

No presenta grandes objeciones ni a nivel legal ni desde su implantación práctica la implementación de herramientas de inteligencia artificial en actividades burocráticas vinculadas al desempeño de la función jurisdiccional. Es un ámbito en el cual, teóricamente, los derechos fundamentales y las garantías procesales de los justiciables no se ven afectadas. La informatización y datificación derivada de los procesos judiciales, desde un adecuado tratamiento y protección de datos personales permite que a través de herramientas de inteligencia artificial pueda ser más efectiva la consulta de bases de datos normativas o jurisprudenciales, la elaboración de estadísticas jurisdiccionales vinculadas tanto situaciones globales (tasas de congestión, dilaciones temporales) como particulares (seguimiento y control de expedientes judiciales) o la anonimización, seudonimización o disociación de determinados datos protegidos en resoluciones procesales que sean públicas. Incluso, como prevé la recientemente aprobada normativa española que hemos indicado en relación con actuaciones automatizadas y proactivas, pueden tener cabida en este espectro la paginación de expedientes, la declaración de firmeza o la remisión automática de comunicaciones a otros órganos, jurisdiccionales o no, de determinadas resoluciones o actuaciones procesales con trascendencia para su conocimiento y efectos. Distintas son, precisamente por su afección a los derechos fundamentales y las garantías procesales de las partes, las actuaciones en que la aplicación de tecnologías disruptivas e interacción entre el órgano jurisdiccional y una herramienta de inteligencia artificial pueda suponer un diagnóstico, propuesta, valoración o evaluación de situaciones,

hechos, cuestiones y resoluciones procesales (justicia predictiva).

Ante cualquier uso de la inteligencia artificial en el ámbito del proceso es consustancial el pleno respeto a los derechos fundamentales y a las garantías procesales, no atender al marco de previsiones legales en relación con las garantías constitucionales fundamentales del justiciable y del funcionamiento de la propia justicia es una línea roja infranqueable. Ahí, de nuevo, entra en juego esa imprescindible esencia humana en la justicia, puesto que el juez tiene innegablemente asentadas en sus facultades y ejercicio las exigencias de interpretación y aplicación de la ley desde las más estrictas garantías de los derechos de los justiciables, sin que criterios de eficiencia y procesos de tratamientos masivos de datos puedan condicionarlas ni reducir las en ningún caso.

Las más de las ocasiones las herramientas de inteligencia artificial están concebidas y diseñadas para simular, no directamente para pensar o interpretar, labor que sin duda realiza todo juez al resolver un litigio, ya sea ponderando argumentaciones de las partes, valorando el resultado de una prueba, determinando el *fumus boni iuris* o el *periculum in mora* como presupuestos de adopción de una medida cautelar, etc. Una herramienta de inteligencia artificial, con aplicaciones procesales, contrasta los datos actuales sobre la base de precedentes o antecedentes, pero no debemos olvidar que siempre hay matices, que siempre hay circunstancias fácticas y subjetivas que singularizan cada litigio, determinando entonces, sobre la base de los datos y los algoritmos de aplicación, una valoración generalmente estandarizada y neutra carente del análisis que, por ejemplo, los gestos, las reacciones o la forma de expresarse de un testigo o de una de las partes en su declaración aporta al juez para fijar hechos probados o en relación a la propia experiencia personal que ha acumulado el juez en su ejercicio profesional y que le permite, en muchas ocasiones, dilucidar e interconectar los hechos y los argumentos jurídicos con más elementos de juicio.

5.1. Referencias

Ante esta tesitura, vamos a ir pulsando una serie de situaciones procesales en las cuales



entran en juego de forma directa las garantías y derechos fundamentales del justiciable, y su correlación con el empleo de herramientas de inteligencia artificial en su tramitación procesal, para valorar las diferentes aristas y acomodos en que estas soluciones pueden complementar la función jurisdiccional en la configuración de una justicia híbrida. Así, en primer lugar: ¿puede ser adecuada una herramienta de inteligencia artificial para determinar la admisión de un acto procesal? ¿su validez? ¿sus efectos? Tomemos en consideración que los actos procesales deparan, generalmente, derechos procesales, fundamentalmente orientados a la obtención de un pronunciamiento jurisdiccional (Goldschmidt, 2020, p. 39). Por ello, la decisión de admisión de una demanda, de un recurso, de la petición de práctica de una diligencia de investigación o de un medio de prueba van ligadas, por la propia norma de procedimiento, a la expectativa de una decisión sobre las pretensiones o solicitudes dirigidas al órgano jurisdiccional que en ella se contienen y que inciden sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, tanto en su vertiente de acceso al órgano jurisdiccional como en la relativa al derecho a una resolución motivada sobre el fondo.

Delegar o transferir a una inteligencia artificial de forma exclusiva la determinación de la admisión de una demanda, un recurso, la petición de práctica de un medio de prueba, adopción de una medida cautelar, etc. priva de la esencia del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva si no hay una motivación jurisdiccional (humana) en dicha resolución, pudiendo ser, eso sí, herramienta de apoyo una solución de inteligencia artificial que pueda ofrecer una orientación sobre el cumplimiento de requisitos de admisión, contenido, causas o exigencia legales respecto a la demanda, la medida cautelar, el recurso o la prueba requerida, pero más que eso, una propuesta o ponderación, nunca una automatización del acto procesal, ni tampoco para que confiera, por sí misma, validez o efectos a decisiones de esta transcendencia procesal.

¿Puede ser la inteligencia artificial una herramienta de utilidad, y de uso seguro, en la práctica de diligencias de investigación y en los actos probatorios? Abordamos una de las cuestiones más espinosas que la inteligencia artificial puede deparar en el ámbito del proceso penal y donde la tensión con los derechos fundamentales y las garantías procesales puede ser más evidente. La función del juez en relación al tamiz de la inteligencia artificial aplicada en la obtención de datos y evidencias para la investigación criminal, la valoración o el razonamiento de los resultados de la prueba o el cotejo de la adecuación del perito y su dictamen en la prueba pericial se presentan como algunos de los mayores retos que han de acometerse desde las posibilidades predictivas y valorativas que arrojen bases de datos gestionadas desde algoritmos preestablecidos por una inteligencia artificial que pueda plantear sus propuestas argumentadas en relación a los resultados de un acto de investigación o a la valoración de

la licitud, validez, credibilidad, objetividad, fiabilidad o el resultado de la misma sobre el tratamiento de los datos que maneja.

La capacidad de gestión y análisis de datos que poseen las inteligencias artificiales puede ser de ayuda, para el órgano jurisdiccional, en la realización de cálculos y predicciones para la localización de vestigios o indicios de prueba respecto a los hechos (localización e identificación de posibles fuentes de prueba para un asunto), basándose en hechos similares anteriores, o, en el campo de la psicología del testimonio, analizar la credibilidad de la declaración en función del tiempo del recuerdo, la edad, etc. Incluso, podría llegar a analizar la posible ilicitud de una prueba en relación con su obtención y práctica y lo que con ello afecta a derechos procesales fundamentales como la presunción de inocencia o el debido proceso. Estaríamos, llegado el momento ante uno de los grandes cambios en la justicia contemporánea, y con ello a una de las expresiones más genuinas del modelo de justicia híbrida que hemos caracterizado anteriormente.

Nuevamente podemos aludir a una incipiente referencia española, por la cual se plantea la incorporación del tratamiento masivo de datos y su traslación a herramientas de inteligencia artificial en el entorno del proceso penal con fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales (Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo) como consecuencia de la continuidad normativa que imponían instrumentos comunitarios de la Unión Europea como eran el Reglamento (UE) 2016/679, relativo a la protección de datos de las personas físicas y su libre circulación y la Directiva (UE) 2016/680 de la cual es causa directa en tratamiento de datos personales para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales la norma interna nacional. Causa de esta previsión fue que el inconcluso Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 en España contenía previsiones, arts. 483 y 485, que daban cobertura normativa al empleo de instrumentos de valoración del riesgo o la reincidencia con herramientas de tratamiento



de datos y aplicación de inteligencia artificial, bien es cierto que con el lastre de no contemplar, tal y como estimábamos en el apartado anterior, que es imprescindible una exigencia de información previa a las partes para salvaguardar su derecho de defensa.

En esa misma línea, los arts. 516 (en relación con el cruce automatizado e inteligente de datos, bajo autorización del Juez de Garantías), 517 (búsquedas selectivas, también bajo autorización del Juez de Garantías) y 518 (en relación al tratamiento de los datos utilizados y obtenidos) del citado Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal proyectaban el empleo de herramientas de inteligencia artificial, siendo igualmente cierto que adolecían de una regulación explícita en relación a las concretas actuaciones procesales en que podía acudir a ellas.

Ha de manejarse con cautela el acomodo de la inteligencia artificial como herramienta de asistencia al juez en actos de investigación y prueba, no permitiendo, ni siquiera con habilitación legal, una integración absoluta e incondicional de forma indiscriminada y automatizada, como rutina o recurso habitual del proceso, remitiendo determinadas pruebas o aspectos de la prueba a la aplicación de soluciones de inteligencia artificial para propender una especie de pericial algorítmica, sino que debe estar presente una exigencia insoslayable de control y supervisión jurisdiccional, tanto en la elección del momento y actuación procesal a la cual se pueda aplicar elementos de inteligencia artificial como a la valoración de los resultados obtenidos. Sin olvidar que estamos moviéndonos en el entorno de recursos tecnológicos cuyo coste y requerimientos materiales (equipamientos), personales y técnicos (adquisición de licencias de los programas o software, así como la constante calibración del modelo) son elevados y que precisan de una elevada inversión económica para su puesta en funcionamiento y mantenimiento.

Otro ámbito de posible para la utilización de herramientas de inteligencia artificial es la relativa a la valoración del riesgo, en situaciones procesales como la adopción de medidas cautelares, la concesión de permisos penitenciarios, las evaluaciones criminológicas de posible reincidencia, en relación a la víctima (victimización secundaria, revictimización), donde la inteligencia artificial puede ofrecer al juzgador cálculos o previsiones de cumplimiento o incumplimiento de las antedichas situaciones. Ir más allá nos parece, hoy en día, muy arriesgado. Apostar por una inteligencia artificial en funciones de juez-robot que sustituya totalmente el factor humano a cargo del órgano jurisdiccional no nos parece asumible en virtud de toda la serie de razones que han venido siendo expuestas anteriormente.

El juez humano, pese a sus posibles inferencias subjetivas, posee una serie de capacidades de interpretación y aplicación de la ley al litigio que una inteligencia artificial, por muy completa que sea en su ratificación y muy perfilados y depurados que

estén sus algoritmos no puede alcanzar, puesto que impartir justicia no es algo automático, estadístico ni matemático, sino que es una virtud humana que trata de otorga a cada uno lo que le corresponde de acuerdo a una serie de derechos y obligaciones legalmente estipulados y que han de ser puestos en el contexto de una concreta relación jurídica, con unos antecedentes, hechos y circunstancias propias.

5.2. Valoración: ventajas e inconvenientes

Pronosticar la idoneidad de la inteligencia artificial, en el entorno de una hipotética justicia híbrida, es un ejercicio de malabarismo jurídico condicionado por la fulgurante expansión de esta tecnología disruptiva y su acople a un ecosistema ciertamente rígido como es el de la Administración de Justicia y el ejercicio de la función jurisdiccional a través del proceso, donde el principio de legalidad que impera en las normas de procedimiento es un punto de no retorno. Solo con una previsión legal que habilite su utilización (posibilidades, condiciones, efectos y actos procesales) podrían darse los primeros pasos para calibrar, y siempre dentro de una configuración asistencial que no sustitutiva del juez, su repercusión y con ello sus bondades e inconvenientes.

Tampoco debe hacernos perder el norte, en un ejercicio valorativo de la inteligencia artificial y sus beneficios y riesgos en el ámbito del proceso y de la justicia, afrontar dicha tarea desde la premisa de que la inteligencia artificial, y su paradigmática vertiente eficientista es la solución a los diversos problemas de la justicia (lentitud, carestía, burocracia, entre otros). La inteligencia artificial, como tecnología disruptiva, es un recurso, novedoso, que puede ser de gran ayuda en determinadas -no todas- las actuaciones procesales, incluso en algunas, como también hemos señalado con anterioridad, como descargo automático de actividades meramente burocráticas o de trámite en que no hay ejercicio de la función jurisdiccional pero que requiere, ya de entrada, tal y como se ha indicado, una adecuada programación, una importante inversión económica y dotación presupuestaria y una imprescindible base legal que habilite su utilización.



En consonancia con nuestra defensa acérrima del principio de supervisión (control) por humano en la utilización de soluciones de inteligencia artificial, hemos de tener en cuenta que no está llamada a reemplazar al juez ni a generar un sistema de justicia totalmente tecnológico e inteligente (i-justicia), sino que su lugar vendría enmarcado en una nueva concepción de la justicia (híbrida) pero siempre a expensas del juez humano, pudiendo darse situaciones procesales para las cuales no sea susceptible que el factor humano pueda reemplazarse, como son las situaciones, de prácticamente toda resolución procesal, en que se demanda el razonamiento legal en la interpretación de la ley y la valoración de los hechos ocurridos o la actividad y fundamentación de las partes que suponen circunstancias procesales inexcusables y en las que la inteligencia artificial no puede aportar o sustituir y por sí misma.

Pero el cambio también es un reto. Y una nueva justicia, híbrida, en que la tecnología ostente una función asistencia relevante en la actividad jurisdiccional evidentemente es posible. La justicia no puede estancarse ni ser una realidad estática, ha de acomodarse a la realidad social a la que sirve como vía pacífica, constitucional y democrática de resolución de litigios. En ese sentido la versatilidad y flexibilidad que confiere la inteligencia artificial como elemento dinamizador, con programas y aplicaciones que se reformulan y adaptan a los requerimientos de los usuarios (juez), es una de sus ventajas. En materia probatoria, por ejemplo, pueden adecuarse a diferentes medios de prueba señalando objetivos concretos que pueden fijar en sus predicciones o cálculos, desde analizar la veracidad de un testimonio contrastándolo con datos objetivos, a aportar análisis periciales de elementos técnicos de un litigio, sin perder la gran capacidad de procesamiento de datos de que disponen y que, ahí sí, contribuye a dotar de eficiencia y agilización temporal determinadas actuaciones procesales. En esta misma línea argumental la inteligencia artificial aplicada a actos procesales disminuye dilaciones temporales y reduce costes económicos, redundará evidentemente en una tutela judicial efectiva de más calidad y que aportará, con ello, confianza y certeza en el sistema de justicia, tanto en la reducción de la dilación en la respuesta judicial a los litigios como en el establecimiento de criterios uniformes en relación a la práctica y valoración de determinados actos procesales que se ajusten positivamente respecto al principio de igualdad.

Sobre la presunta objetividad de los mecanismos de inteligencia artificial, como posible ventaja, es cierto que dicha atribución está muy condicionada a la certificada ausencia de sesgo o elementos discriminatorios en su conformación (base de datos y algoritmos que dilucidan). Sirva de ejemplo la utilización de herramientas de inteligencia artificial en la valoración del riesgo de reincidencia de un individuo en que se le penalice por su raza, origen étnico, país de procedencia, etc., donde factores subjetivos, físicos o personales no debidamente ponderados en la aplicación inteligente pueden conducir a un

sesgo y discriminación que le penalice, y que, incluso, lesione derechos fundamentales como la presunción de inocencia. Una mayor objetividad, y un correlativo menor riesgo de sesgo o discriminación se aprecia, también materia probatoria, en posibles aplicaciones de corte pericial que toman como base el cálculo de probabilidades, la recreación de imágenes o escenarios, la valoración de bienes o daños, el contraste de determinados fenómenos naturales, atmosféricos, etc. Se puede contrastar, por tanto, que las aplicaciones de inteligencia artificial, y no solo en relación a actos de prueba, pueden contribuir a reducir posibles desviaciones subjetivas del juzgador.

Es argumento recurrente la apreciación de deshumanización de la justicia que puede conllevar elevar el protagonismo de la tecnología frente al ser humano (juez) como posible inconveniente ante una justicia híbrida, y el compromiso que ello puede determinar en una protección efectiva de los derechos y garantías de los justiciables al verse concernidos desde los derechos fundamentales procesales a la libertad, la seguridad jurídica o la igualdad. El beneficio o riesgo que la inteligencia artificial va a producir en el ámbito jurisdiccional consideramos que dependerá de donde se coloque el fiel que balancee adecuadamente, y en su justo término, la influencia de la tecnología en la actividad jurisdiccional, desde la premisa invariable de que son sistemas al servicio del juez y bajo su control.

Una justicia algoritmizada, bajo la dependencia absoluta de herramientas de inteligencia artificial no será verdadera justicia, por muy objetiva que parezca, por cuanto el coste que supone hacia determinados derechos y garantías de los justiciables es inasumible. Más aún con el peligro que para ello supone, ante la estabilidad que demandan los derechos fundamentales y las garantías procesales, la volatilidad de las nuevas tecnologías. Es un riesgo constatable y perceptible. Las soluciones tecnológicas evolucionan a un ritmo vertiginoso, demandando actualización permanente y sin descanso que a su vez exige inversiones económicas, e incluso materiales o personales, que puede derivar en que la



Administración de Justicia no tenga capacidad para asumirlo. Junto a ello los condicionantes legales -norma que sustente su aplicación con respeto a la legalidad y a los derechos fundamentales-, y también técnicos y económicos, de acceso y utilización de estas tecnologías introducen un elemento añadido de inseguridad.

5.3. Condicionantes

Indudablemente, el condicionante principal en una justicia híbrida es el absoluto respeto a los derechos humanos, a los derechos fundamentales y a las garantías procesales de que debe disfrutar y hacer valer el justiciable bajo la tutela del juez. De lo contrario, cualquier acto procesal en el cual se utilice, efectúe o derive automáticamente hacia una inteligencia artificial devendría nulo y sin ninguna eficacia procesal, incluso hasta el extremo de que pudieran deducirse responsabilidades en relación con quien lo autorice o realice contraviniendo dichos derechos e incluso previsiones legales. De no menor relevancia, como condicionante absoluto para la utilización de inteligencia artificial en fines procesales, es la ya expuesta indisociable exigencia de información previa respecto a su utilización a las partes, ofreciendo datos sobre características y consecuencia del empleo de la inteligencia artificial en la actuación procesal que corresponda, así como podría ser de interés requerir en estos casos, y hasta donde no comprometa las actuaciones, el posible consentimiento de los afectados.

Este requisito se desprende, al menos en el ámbito europeo de aplicación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD). En su artículo 22 contempla el derecho de todo interesado, en nuestro caso las partes en el correspondiente proceso judicial, a “no ser objeto a una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”. Recurrir a soluciones de inteligencia artificial en el ámbito procesal, afecta y determina consecuencias procesales y jurídicas sobre las partes (desde la concurrencia de requisitos para admitir una actuación procesal, pasando por cuestiones de prueba o valoración del riesgo hasta la propia ejecución de la sentencia). Ahora bien, cualquiera de las partes podrá rechazar, sin exigencia de justificación alguna, el que quede sometido a una decisión procesal que se base “únicamente” en el tratamiento automatizado, pero, *sensu contrario*, si estuviera sujeto a una decisión judicial en la cual se ha asistido el juez, que es quien decide en último término, de un elemento de inteligencia artificial como herramienta predictiva o asistencial.

De ahí que cobre sentido la excepción prevista en el apartado c) del párrafo segundo del artículo 22, cuando “se base en el consentimiento explícito del interesado”, en nuestro caso,

en el consentimiento informado, al menos, de aquellas partes procesales a quienes afecte la herramienta utilizada, e incluso, llegado el caso a terceros participantes en el proceso cuya actividad pueda verse afectada por una herramienta de inteligencia artificial, como podría ser el caso de una herramienta que valora la veracidad de la declaración de un testigo y la adecuación del informe de un perito. Consentimiento que, cumplimiento con la exigencia de jurisdiccionalidad que preside cualquier utilización de soluciones de inteligencia artificial en el proceso debe ser prestado de forma voluntaria e inequívoca ante el órgano jurisdiccional ante el cual se sustancia el procedimiento judicial y, sin olvidar, que es imprescindible además la concurrencia del requisito de legalidad, por tanto, efectuándose siempre dentro de los límites legales aplicables. Además, en relación con esta previsión, el artículo 14 del RGPD (UE) requiere proporcionar al interesado por el responsable del tratamiento de datos (sería, entendemos, la empresa o entidad pública responsable del diseño y de la utilización de la herramienta de inteligencia artificial) la información necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente respecto del interesado y en los que a nosotros interesa, cuando va a producirse la existencia de una decisión automatizada (incluida la elaboración de perfiles): “información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado”. Se precisa por tanto de que las partes hayan sido informadas de manera independiente y previa a la utilización de la herramienta de inteligencia artificial y que consientan sobre los riesgos y potenciales de la aplicación de una inteligencia artificial, en nuestro caso en sus vertientes asistenciales o predictivas en el ámbito de la prueba en el proceso.

Cobran especial importancia ambas exigencias cuando en el campo del derecho procesal y de la justicia, y desde la perspectiva de los derechos humanos, la incorporación de la inteligencia artificial desde sistema digitales y técnicos como elemento de compilación, valoración o asistencia en materia probatoria y en la recreación de



ciertos perfiles que puede ser problemática al afectar al derecho al debido proceso, a la presunción de inocencia o el derecho de defensa, entre otros derechos fundamentales procesales. Como contrapeso, y elemento de protección de los derechos humanos en la aplicación de tecnologías de inteligencia artificial por entidades públicas o por sujetos privados, se requiere, y de ahí las exigencias establecidas en el Reglamento europeo anteriormente expuestas, una exigencia de absoluta transparencia en relación con su funcionamiento (acceso a sus algoritmos⁽³⁾ y despliegue de su actividad) datificación, resultados y calibración.

Un segundo condicionante, no tanto de índole jurídico legal, pero sí de corte personal y material, estriba en factores vinculados a la disponibilidad y capacidad personal para la utilización de este tipo de tecnologías y soluciones disruptivas por parte de los titulares de los órganos jurisdiccionales. Perfectamente es posible que jueces y juezas se nieguen o rehúsen recurrir a un elemento de inteligencia artificial puesto a su disposición como elemento asistencial en sus funciones jurisdiccionales. La previsión legal habilitará su utilización, con respecto a derechos y garantías de los justiciables, así como estableciendo el cauce, momento y situaciones procesales para los cuales es factible, pero no parece lógico que pueda llegar a imponer su utilización, como no lo hace con prácticamente ninguna circunstancia procesal de carácter asistencial en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Sumemos a ello la posible concurrencia del factor que implica la denominada “brecha digital”, tanto en lo personal, ante jueces o juezas que no dispongan de la formación o conocimiento adecuado para el manejo y aplicación de la herramienta de inteligencia artificial, como en lo material, ante la carencia de equipos, servidores, instalaciones, técnicos de apoyo o de disponibilidad económica para la adquisición del software, su mantenimiento, etc.

6. Conclusión: hoja de ruta para una Justicia Híbrida

La disrupción tecnológica en la justicia, y el avance sustancia que en ello supone la incorporación de soluciones de inteligencia artificial en actuaciones procesales, es el mayor reto que encara la justicia en estos momentos en el siglo XXI. Bien es cierto, y comprensible, que puede observarse con preocupación por el tinte deshumanizador que aparentemente puede comportar. Por ello, y como primera reflexión y orientación, la defensa a ultranza del principio de supervisión y control por humano: el juez es quien debe acordar la utilización de una herramienta de inteligencia artificial y es quien debe valorar y ponderar sus resultados. Ello no debe obstar, tampoco, a cerrar la puerta a una realidad incontestable y

que puede traer ventajas en términos de coste y eficacia a la Justicia. Si se llegara a considerar que utilizar inteligencia artificial en una justicia más tecnológica es un riesgo, la ponderación de ese riesgo siempre ha de hacerse desde la trinchera de los derechos fundamentales y las garantías procesales de los justiciables, línea roja que no puede sobrepasarse en ningún caso.

Las condiciones propias de los sistemas de inteligencia artificial, en que su *black box* es inaccesible por concurrencia de los derechos de propiedad industrial e intelectual, es un escollo de opacidad que puede afectar directamente los derechos y garantías fundamentales del justiciable, por cuanto, como hemos expuesto, puede impedir conocer su funcionamiento, datificación y criterios de procesamiento de datos, privando de conocer como evacua sus pronósticos, informes, valoraciones o propuestas y lesionado, directa o indirectamente, el derecho a la tutela judicial efectiva, a la defensa o el derecho a un juicio justo si el juez recurre a ellas y no se puede facilitar al justiciable esos datos. En este mismo sentido, la hoja de ruta para la justicia híbrida requiere que las herramientas de inteligencia artificial sean accesibles, transparentes, comprensibles y auditables. Para ello, y desde el origen, ha de existir una trazabilidad de la herramienta, conociendo los datos utilizados, que provengan de fuentes certificadas e intangibles, comprobando la exactitud y licitud del tratamiento de estos y su vinculación con los algoritmos que se aplicarán.

Una justicia híbrida, o asistida por tecnologías disruptivas, ha de ser una justicia integradora y no discriminatoria, debiendo prevenirse y evitarse el empleo de herramientas de inteligencia artificial que puedan comportar un sesgo o la creación o intensificación de discriminaciones injustificadas y desproporcionadas. Una vez más, la supervisión por el juez será garantía de que ante cualquier sospecha de discriminación no se empleará dicha herramienta, salvaguardando, asimismo, la propia independencia e imparcialidad del

(3) Caso *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), consecuencia de la aplicación del sistema de inteligencia artificial (COMPAS) para la asistencia y evaluación de decisiones en un proceso penal.



órgano jurisdiccional, que no se vería comprometida por una posible arbitrariedad de los datos o algoritmos del sistema de inteligencia artificial que plantea utilizar. En conclusión, insistimos en el punto de partida para un modelo de justicia híbrida que vendría sustentado sobre tres condiciones fundamentales: jurisdiccionalidad (control y supervisión por el titular del órgano jurisdiccional), legalidad (previsión normativa que determine las actuaciones procesales y las condiciones y efectos de empleo de soluciones de inteligencia artificial) y pleno respeto a los derechos y garantías fundamentales del justiciable.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, M. (2023). Inteligencia artificial y medidas cautelares en el proceso penal: tutela judicial efectiva y autodeterminación informativa en potencia riesgo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (127), 177-207. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.127.06>
- Arrabal, P. (2022). *Los objetivos de desarrollo sostenible y la inteligencia artificial en el proceso judicial*. Tirant Lo Blanch.
- Baena, M. (2023). *Aplicación de inteligencia artificial por los tribunales europeos*. Tirant Lo Blanch
- Barysé, D. y Sarel, R. (2024). Algorithms in the court; does it matter which part of the judicial decision-making is automated?. *Artificial Intelligence and Law*, 32(1), 117-146.
- Bonet, J. (2018). La tutela judicial de los derechos no humanos. De la tramitación electrónica al proceso con robots autónomos. *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho*, 208, 55-92.
- Bonet, J. (2021). Valoración de la prueba y resolución mediante inteligencia artificial. *Derecho Procesal: retos y transformaciones* (pp. 315-338). Atelier.
- Borges, R. (2021). *Inteligencia artificial y proceso penal*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Borges, R. (2020). El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal. *Ius et Scientia*, 6(2), 54-71. <https://doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2020.i02.05>
- Bueno De Mata, F. (2010). E-justicia: hacia una nueva forma de entender la justicia. *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, (1), 10-20.
- Bueno de Mata, F. (2022). *El impacto de las tecnologías disruptivas en el derecho procesal*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Corvalán, J. (2018). Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades - Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia. *Revista de Investigações Constitucionais*, 5(1), 295-316.
- Cotino, L. (2017). Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales. *Dilemata*, (24), 131-150.
- Engel, C., Linhart, L. & Schubert, M. (2024). Code is Law: how COMPAS affects the way the judiciary handles the risk of recidivism. *Artificial Intelligence and Law*. <https://doi.org/10.1007/s10506-024-09389-8>
- Fontestad, L. (2023). Consideraciones acerca de la aplicación de la inteligencia artificial en la cooperación judicial penal internacional. *Ius et Scientia*, 9(2), 10-26. <https://doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2023.i02.01>
- García, J. (21 de agosto de 2019) Deus ex machina. *El País*. https://elpais.com/retina/2019/08/13/tendencias/1565696336_176424.html
- García-Varela, R. (2022). La (futura) legislación sobre inteligencia artificial: cuestiones sobre la prueba y responsabilidad derivada de su uso. *Diario La Ley*.
- Goldschmidt, J. (2020). *Teoría General del Proceso*. Ediciones Olejnik.
- Guzmán, V. (2021). Proceso penal y justicia automatizada. *Revista General de Derecho Procesal*, (53), 1-40.
- Martín, P. (2022). El uso de big data y de inteligencia artificial en el ciberpatrullaje: de la tiranía del algoritmo y otras zonas oscuras, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 36, 1-13
- Martínez, L. (2018). Peligrosidad, algoritmos y due process: el caso State vs. Loomis. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (20), 485-502.
- Mckay, C. (2020). Predicting risk in criminal procedure: actuarial tools, algorithms, AI and judicial decision-making. *Current Issues in Criminal Justice*, 32(1), 22-39.
- Miró, F. (2018). Inteligencia artificial y Justicia Penal: Más allá de los resultados lesivos causados por robots. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (20), 87-130.
- Morales, A. (2021). Algoritmos en el estrado ¿realmente los aceptamos? Percepciones del uso de inteligencia artificial en la toma de decisiones jurídico-penales. *Ius et Scientia*, 7(2), 57-87. <https://doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i02.05>
- Nieva, J. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Marcial Pons.
- Pérez Estrada, M. (2022). *Fundamentos jurídicos para el uso de la inteligencia artificial en los órganos judiciales*. Tirant Lo Blanch.
- Piñar, J. (2018). Derecho. Ética e innovación tecnológica. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (195), 11-30.
- Quattrococo, S. (2020). *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*. Springer.
- Sanchis Crespo, C. (2023). Inteligencia artificial y decisiones judiciales: crónica de una transformación anunciada. *Scire*, 29(2), 65-84. <https://doi.org/10.54886/scire.v29i2.4937>



Surden, H. (2019). Artificial intelligence and Law: an overview. *Georgia State University Law Review*, 35(4), 1305-1337.

Van Dijck, J. (2014). Datafication, dataism and dataveillance: big data between scientific paradigm and ideology. *Surveillance & Society*, 12(2), 197-208. <https://doi.org/10.24908/ss.v12i2.4776>

Veliz, C. (13 de junio de 2019). Inteligencia artificial: ¿proceso o retroceso?. *El País*. https://elpais.com/elpais/2019/06/13/opinion/1560421249_824783.html

Yeung, K., Howes, A. & Y Pogrebna, G. (2019). AI Governance by Human Rights-Centred Design, Deliberation and Oversight: An End to Ethics Washing. En M. Dubber y F. Pasquale (Eds.), *The Oxford Handbook of AI Ethics* (pp. 76-106). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190067397.013.5>



La valoración judicial de la prueba producida anticipadamente en el derecho brasileño^(*)

Judicial valuation of anticipatory proof in Brazilian law

Camilo Zufelato^()**

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (São Paulo, Brasil)

Fernando Antônio Oliveira^(*)**

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (São Paulo, Brasil)

Victor Dantas de Maio Martinez^(**)**

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (São Paulo, Brasil)

Resumen: El derecho brasileño, a través del Código de Proceso Civil de 2015, introdujo diversas modificaciones en materia de producción anticipada de pruebas. Al ampliar y flexibilizar las situaciones en las que es posible la anticipación de la prueba, la nueva legislación elimina la naturaleza exclusivamente cautelar de este procedimiento, originando así una nueva acción probatoria autónoma. Este hecho redefine la concepción de prueba en el ámbito del derecho brasileño, y este artículo tiene como objetivo analizar de manera específica algunos aspectos de las innovaciones introducidas por el nuevo Código, especialmente la valoración de la prueba producida anticipadamente, buscando establecer algunas comparaciones en relación con la sistemática de producción anticipada de pruebas en el Perú.

Palabras clave: Derecho comparado - Derecho procesal brasileño - Proceso civil - Derecho probatorio - Producción anticipada de pruebas - Acción probatoria autónoma - Valoración de la prueba

Abstract: The Brazilian law, through the 2015 Code of Civil Procedure, introduced several changes regarding the early production of evidence. By expanding and flexibilizing the situations in which anticipatory proof is possible, the new legislation eliminates the exclusive precautionary nature of this procedure, thus giving rise to a new autonomous evidentiary action. This fact redefines the concept of evidence in Brazilian law, and this article aims to specifically analyze some aspects of the innovations introduced by the new Code, seeking to draw comparisons with the system of early production of evidence in Peru.

Keywords: Comparative law - Brazilian procedural law - Civil procedure - Evidentiary law - Anticipatory proof - Autonomous evidentiary action - Evidence valuation

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 11 de marzo de 2024 y su publicación fue aprobada el 10 de mayo de 2007.

(**) Abogado por la Universidad Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (São Paulo, Brasil). Master por la Universitario II Livello - Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Doctor en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo. Profesor titular de la Facultad de Direito de Ribeirão Preto de la Universidad de São Paulo. Correo electrónico: camilo@usp.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0816-3464>.

(***) Abogado por la Universidad de São Paulo (São Paulo, Brasil). Magíster en Direito por la Faculdade de Direito de Ribeirão Preto por la Universidade de São Paulo. Correo electrónico: fernando@foeadv.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7603-1028>.

(****) Abogado por la Universidad de São Paulo (São Paulo, Brasil). Maestrando en Direito por la Faculdade de Direito de Ribeirão Preto por la Universidade de São Paulo. Correo electrónico: victordantas@usp.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9389-8408>.



1. Introducción

El derecho procesal brasileño ha experimentado una serie de reformas significativas en las últimas décadas, con el objetivo central de buscar mayor eficiencia en la prestación jurisdiccional. Especialmente, en la reducción al máximo del volumen de demandas en trámite en el Poder Judicial que enfrenta un creciente número de casos.

Quizás el principal producto de esta ola de reformas sea, hasta el día de hoy, el Código de Proceso Civil de 2015 (CPC/2015), cuerpo legal que incorpora y perfecciona diversos mecanismos dirigidos a reducir la cantidad de procesos en los tribunales, así como a agilizar la tramitación de las acciones en curso. Ejemplos de ello son los estímulos a la conciliación y a otros medios extrajudiciales de resolución de conflictos, la valorización de la jurisprudencia como fuente normativa y el desarrollo de herramientas que privilegian la celeridad y la economía procesal (Alves, 2022).

Uno de estos instrumentos es la denominada producción anticipada de la prueba, que ya existía en el Código de Proceso Civil de 1973 (CPC/1973), pero que ha sufrido modificaciones sustanciales en el ámbito de la nueva codificación. A partir del CPC/2015, este instituto ha experimentado profundas alteraciones sistemáticas, absorbiendo los vectores axiológicos que orientaron la nueva legislación, destacándose algunos aspectos que se detallan a continuación al compararlo con el régimen del código anterior.

Primero, hubo una ampliación del alcance de las hipótesis de admisibilidad de la producción de pruebas en carácter anticipado, que anteriormente se limitaba a los casos de producción cautelar de pruebas, sometida al régimen de urgencia.

Segundo, la autonomía de la producción anticipada de pruebas, que no necesariamente debe ser anterior o incidental a un proceso principal. Por lo que, también se le denomina acción probatoria autónoma, incluso sin la prevención del juez de la acción probatoria para una eventual acción sucesiva a ser planteada.

Un tercer punto interesante es que no habría ninguna defensa o recurso en este procedimiento, según la nueva sistemática del CPC/2015, por expresa disposición legal, conforme al artículo 382, inciso 4.

Además, mediante este procedimiento autónomo, el juez no se pronuncia sobre la ocurrencia o no del hecho sometido a prueba, ni siquiera sobre sus posibles consecuencias jurídicas; en otras palabras, no hay ninguna valoración de la prueba en la demanda en la que esta se produjo. De igual manera, no hay competencia por prevención entre el juzgado de la producción anticipada de pruebas y el juzgado de la eventual acción sucesiva.

Esta realidad sugiere la existencia de una ruptura completa entre el juicio de cognición y el juicio de valoración de la prueba a ser producida anticipadamente. Lo que resulta en una serie de implicancias de carácter práctico sobre cómo este instrumento podrá ser utilizado por los litigantes brasileños y, en última instancia, cómo el ordenamiento jurídico nacional concreta el derecho fundamental a la prueba.

El problema de investigación a ser enfrentado por este artículo es precisamente investigar si esta división existe, de hecho, normativamente y, en caso afirmativo, identificar cuáles son sus características y las consecuencias para la utilización de la producción anticipada de pruebas en el derecho brasileño.

Para ello, se analizarán los presupuestos jurídicos que fundamentan las normas procesales pertinentes, buscando conocer los fines de creación del instituto jurídico, su relación con los valores y los principios del derecho procesal brasileño contemporáneo y eventuales paralelos entre la producción anticipada de la prueba y la *prueba anticipada* del Código Procesal Civil de 1993 del Perú. De todas las particularidades del objeto, este artículo se centrará en los últimos aspectos mencionados, es decir, la división cognitiva de los hechos y la respectiva valoración judicial de las pruebas producidas anticipadamente en el derecho brasileño, sin perjuicio de comentarios sobre otras características pertinentes de la producción anticipada de pruebas en Brasil, con posibles comparaciones entre este instituto y la prueba anticipada del derecho peruano.

2. Acción probatoria autónoma en el derecho brasileño y derecho fundamental a la prueba: breve caracterización

La presentación de pruebas es un componente esencial para la resolución de disputas, permitiendo la reconstrucción y clarificación de eventos pasados. Aunque desempeñan un papel crucial como mecanismo procesal, las pruebas no constituyen el desenlace del proceso, sino un medio para viabilizarlo;



después de todo, si el proceso es un instrumento en búsqueda de la verdad (Foucault, 2002), las pruebas son fundamentales para la construcción de esa versión de la verdad que será conocida a través del proceso. Sin embargo, en ciertas situaciones, las pruebas asumen un papel prominente, especialmente cuando el conflicto se centra exclusivamente en la propia evidencia, como ocurre en las llamadas acciones probatorias (Talamini, 2016).

El Código de Proceso Civil anteriormente vigente en Brasil, de 1973, tenía una sistemática que no preveía esta desvinculación del derecho a la producción de pruebas como autónomo, como se tratará adelante. En esa sistemática, la producción de pruebas de manera anticipada se consideraba un procedimiento cautelar que necesitaba estar vinculado a un proceso principal y que requería el requisito de urgencia.

Sin embargo, incluso antes del actual código, que altera significativamente la materia, en la doctrina ya había quienes sostenían la posibilidad de una anticipación de la prueba sin el requisito de urgencia (Yarshell, 2009), y también la producción anticipada como acción autónoma (Neves, 2012), por lo tanto, desvinculada de la obligatoriedad de interponer una segunda acción.

El Código anterior categorizaba la producción anticipada de pruebas como un procedimiento cautelar específico, organizándolo en el Libro II - Del Proceso Cautelar, Título Único - De las Medidas Cautelares, Capítulo II - De los Procedimientos Cautelares Específicos, Sección VI - De la Producción Anticipada de Prueba.

Según los artículos 846 y siguientes del Código de Proceso Civil de 1973, la producción anticipada de pruebas estaría restringida al interrogatorio de la parte, al interrogatorio de testigos y al examen pericial, y exigía la existencia del justo temor de que, en un momento posterior en el proceso principal, esta producción ya no sería viable. En otras palabras, debido a su naturaleza cautelar, la presencia de riesgo o la imposibilidad de presentar la prueba deseada (*periculum in mora*) en un momento procesal apropiado establecían condiciones esenciales para la admisibilidad de la producción anticipada de pruebas.

Incluso durante la vigencia del CPC/1973, ya se estaba avanzando hacia la comprensión de que habría situaciones en las que la producción anticipada de pruebas no requeriría la demostración de tales requisitos, ni siquiera la indicación del litigio principal, como lo ejemplifica un caso extraído de la jurisprudencia:

Acción de exhibición de documentos – Sentencia de procedencia de la demanda inicial – Apelación civil – Alegación de ineptitud de la demanda – Medida que tiene como objetivo la producción de pruebas para un uso futuro – No es necesario indicar la litigación principal – Legitimidad pasiva del demandado, como sucesor, para responder por las obligaciones de la sucedida

(TELEBRÁS) – Falta de interés procesal – No concurrencia – Resistencia del apelante a exhibir la documentación solicitada – Alegación de ausencia de fumus boni iuris y periculum in mora – No es necesario demostrar estos requisitos, dada la naturaleza satisfactoria de la acción – Copia del contrato de participación en inversión telefónica - Documentación insuficiente – Multa Diaria – Inaplicabilidad - Súmula 372 del STJ – Honorarios de abogados correctamente fijados – Recurso parcialmente proveído [traducción nuestra] (Tribunal de Justicia del Estado de Paraná, APL: 5915544/PR, 17 de marzo de 2010).

En un caso apreciado por el Superior Tribunal de Justicia, se reconoció el derecho fundamental a la prueba y su comprensión en la evolución del proceso civil brasileño:

3. El Código de Proceso Civil de 2015 buscó reproducir, en sus términos, la comprensión ampliamente difundida entre los procesalistas de que la prueba, en realidad, tiene como destinatario inmediato no solo al juez, sino también directamente a las partes involucradas en el litigio. En este contexto, reconocida la existencia de un derecho material a la prueba, autónomo en sí mismo, que no se confunde ni con los hechos que se pretende demostrar ni con las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan para respaldar (o no) otra pretensión, la ley adjetiva civil establece instrumentos procesales para su ejercicio, que pueden llevarse a cabo incidentalmente, dentro de un proceso ya instaurado entre las partes, o a través de una acción autónoma (acción probatoria en sentido amplio). 4. Para más allá de las situaciones que revelen urgencia y riesgo para la prueba, la pretensión planteada en la acción probatoria autónoma puede, eventualmente, agotarse en la producción anticipada de cierta prueba (medio de producción de prueba) o en la presentación/exhibición de cierto documento o cosa (medio de prueba o medio de obtención de prueba - de carácter híbrido), permitiendo que la parte demandante, frente a la prueba producida o al documento o cosa presentada, evalúe la existencia de un derecho sujeto a protección y, según un juicio de conveniencia, promueva o no la acción correlativa [traducción nuestra] (Superior Tribunal de Justicia, 1803251/SC, 8 de noviembre de 2019).

Sin embargo, esta concepción de la producción anticipada como una especie de medida cautelar fue rechazada con la llegada del CPC/2015, destacándose la idea de que la producción anticipada es una potenciación



del derecho constitucional a la prueba, que es independiente al derecho a una providencia jurisdiccional de mérito. En el ordenamiento constitucional brasileño, el derecho a la prueba se considera un derecho fundamental y encuentra respaldo en dispositivos que regulan el acceso a la justicia, el debido proceso legal, y el contradictorio y la amplia defensa. Tal como el art. 5, incisos XXXV, LIV y LV de la Constitución de la República Federativa del Brasil.

Aunque no sea mencionado expresamente por estos dispositivos de la Constitución brasileña, al integrar las garantías procesales básicas, el derecho a la prueba se entiende como un derecho fundamental (De Araújo, Pellegrini & Rangel, 2015). Naturalmente, al igual que todos los derechos fundamentales, tiene limitaciones relacionadas con el respeto a otros derechos fundamentales y al propio derecho probatorio de la parte contraria.

Sin embargo, las normas procesales actuales amplían la percepción de que la obtención de la prueba es un derecho garantizado constitucionalmente. Debido a ello, la división entre el juicio cognitivo y el juicio valorativo resulta en la posibilidad de que la parte solicite la producción de pruebas sin necesidad de recurrir a la jurisdicción para obtener una decisión de mérito.

Partiendo de las raíces constitucionales, la consolidación en Brasil mediante la legislación infraconstitucional de este derecho autónomo a la prueba (también llamado a veces derecho a la investigación) culmina en la positivación de un “Derecho a la mera y simple constitución previa de la prueba” (Yarshell, 2009, p. 44) Desvinculado de una destinación obligatoria al poder imperativo e impositivo del Estado que caracteriza la jurisdicción (De Araújo, Pellegrini & Rangel, 2015).

De este modo, las partes adquieren cierto protagonismo en lo que respecta al uso que se dará a esta producción probatoria, fortaleciendo la idea de que el derecho a la prueba sería fundamental y de titularidad subjetiva. Sobre ello, André Bruni Vieira Alves afirma que:

En otras palabras, existiría un derecho a la prueba como experimentación, un derecho a una investigación particular en la que la prueba tendrá como principal destinataria a la propia parte, con el objetivo de buscar soluciones de autocomposición (transacción, renuncia y sumisión) o de evaluación sobre la pertinencia de la presentación de una acción judicial, evitando así múltiples acciones judiciales en las que la presentación se daría inevitablemente incluso cuando existe duda sobre los hechos relacionados con la causa [traducción nuestra] (2018, p. 699).

Actualmente, según la nueva sistemática del CPC/2015, mediante los artículos 381 y siguientes, el cambio comienza con la modificación de las disposiciones del capítulo de los procedimientos cautelares para una sección dentro del Capítulo XII, titulado: De las Pruebas.

Históricamente, en los sistemas jurídicos latinoamericanos en general, institutos similares a la producción anticipada de prueba brasileña (a veces llamadas *prueba anticipada* o *prueba preconstituida*) estuvieron intrínsecamente ligados a situaciones de urgencia (Garro, 2003). En este contexto, las nuevas hipótesis de admisibilidad de la anticipación de la prueba en el derecho brasileño parecen finalmente superar este paradigma.

En comparación con el derecho peruano, algunas similitudes y diferencias son fácilmente perceptibles: la prueba anticipada del artículo 284 del Código Procesal Civil de 1993 tampoco parece limitar el uso del procedimiento para situaciones de urgencia, exigiendo únicamente que se exprese la pretensión genérica que se deducirá posteriormente, y la razón que justifica la anticipación de la prueba. Aunque existan autores que reconocen limitaciones del procedimiento (Zorzoli, 2009).

Francisco de Mesquita y Daniel Colnago indican que “los dispositivos que tratan sobre las hipótesis en que se admite la anticipación de la prueba, aunque desvinculadas de las hipótesis de urgencia, representan uno de los avances más paradigmáticos del CPC/2015” [traducción nuestra] (2018, p. 709).

Otra modificación bastante significativa en el derecho brasileño es que no hay restricción o delimitación de los tipos de pruebas que pueden producirse de manera anticipada, con la admisión de todas las especies probatorias. Actualmente, lo que establece el Código son hipótesis para el manejo de este tipo de instrumento procesal [traducción nuestra] (Brasil, 2015, p. 18):

Art. 381. La producción anticipada de la prueba será admitida en los casos en que:

I - Exista fundado temor de que la verificación de ciertos hechos se vuelva imposible o muy difícil durante el curso del proceso;

II - La prueba a ser producida sea susceptible de facilitar la autocomposición u otro medio adecuado de solución de conflictos;

III - El conocimiento previo de los hechos pueda justificar o evitar el inicio de una acción.

§ 1 El inventario de bienes observará lo dispuesto en esta Sección cuando tenga por



finalidad únicamente la documentación y no la realización de actos de aprehensión.

§ 2 La producción anticipada de la prueba es competencia del foro del lugar donde deba producirse o del foro del domicilio del demandado.

§ 3 La producción anticipada de la prueba no previene la competencia del foro para la acción que pueda ser interpuesta.

§ 4 El foro estadual tiene competencia para la producción anticipada de prueba solicitada contra la Unión, una entidad autárquica o una empresa pública federal si, en la localidad, no hay un juzgado federal.

§ 5 Lo dispuesto en esta Sección se aplica a quien pretenda justificar la existencia de algún hecho o relación jurídica para un simple documento y sin carácter contencioso, que expondrá, en una petición detallada, su intención (Código Procesal Civil, 2015).

Destacamos los incisos II y III, los cuales innovan al posibilitar la producción de pruebas para la facilitación de la autocomposición u otro medio de resolución de conflictos, así como para evitar el inicio de una acción. Estas hipótesis son muy aplaudidas, dado el potencial de facilitar la desjudicialización, principalmente, ya que pueden estimular las soluciones consensuales o también documentar pruebas que pueden ser utilizadas en el arbitraje, por ejemplo.

Estas previsiones normativas también evidencian la tónica axiológica de la nueva legislación, de racionalización en búsqueda de eficiencia. En la medida en que el texto ofrece a los ciudadanos la facultad de accionar al Poder Judicial únicamente para producir una determinada prueba; y a partir de ella, buscar soluciones autocompositivas y/o extrajudiciales, o incluso evaluar la necesidad de provocar la jurisdicción con la finalidad exclusiva de que sea apreciado el pedido de tutela, es decir, el mérito.

Por estas características, incluso hay divergencia en la doctrina sobre si la producción anticipada de pruebas es un procedimiento de jurisdicción voluntaria o no (Neves, 2017).

Además, como se lee en los dispositivos transcritos, no hay fijación de competencia relacionada con una posible acción futura basada en las pruebas producidas. Aspecto que se abordará mejor más adelante.

La sentencia de esta acción probatoria autónoma es *sui generis*, ya que simplemente cierra el procedimiento, confiriendo regularidad a la prueba producida, y constituyendo y documentando un medio de prueba para uso eventual futuro. Aspecto que igualmente se profundizará más adelante.

3. Contradictorio y amplia defensa en la producción anticipada de pruebas

Los incisos del artículo 381 se refieren, básicamente, a las situaciones en las que existe interés procesal para presentar la producción anticipada de pruebas (utilidad de la tutela jurisdiccional), que es una de las condiciones de la acción en

el derecho brasileño, junto con la legitimidad de las partes.

Por su parte, el artículo 382 dispone los requisitos de la petición de producción anticipada de pruebas y su procedimiento.

Art. 382. En el escrito, el solicitante presentará las razones que justifican la necesidad de anticipar la prueba y mencionará con precisión los hechos sobre los cuales recaerá la prueba.

§ 1º El juez determinará, de oficio o a solicitud de parte, la citación de interesados en la producción de la prueba o en el hecho a ser probado, salvo si no existe carácter contencioso.

§ 2º El juez no se pronunciará sobre la ocurrencia o no ocurrencia del hecho, ni sobre las respectivas consecuencias jurídicas.

§ 3º Los interesados podrán solicitar la producción de cualquier prueba en el mismo procedimiento, siempre que esté relacionada con el mismo hecho, salvo que su producción conjunta genere una demora excesiva.

§ 4º En este procedimiento, no se admitirá defensa o recurso, salvo contra la decisión que deniegue totalmente la producción de la prueba solicitada por el solicitante original. (Código Procesal Civil, 2015).

Al igual que en Perú, el demandante brasileño debe presentar las razones que justifiquen la necesidad de anticipar la prueba (demostrando el interés procesal). Además, debe mencionar con precisión sobre qué hechos recaerá la prueba (lo que se asemeja, aunque no se equipara, a la delimitación de los límites objetivos de la controversia).

Una vez definidos los límites objetivos de la anticipación de la prueba, la legislación brasileña admite que el procedimiento sea contencioso o no, ya que en el inciso 1 del artículo 382 establece la necesidad de citar a los interesados, "salvo que no exista carácter contencioso" (Código Procesal Civil, 2015).

Este es un aspecto muy relevante para el estudio del contradictorio y de la amplia defensa en la acción probatoria autónoma del derecho brasileño. Por un lado, es un procedimiento anterior a una eventual demanda judicial sucesiva. En el que en muchos casos ni siquiera es posible afirmar si ya existe o no una controversia, que puede surgir, definitivamente, solo después de la constitución de la prueba. Por otro lado, desde este momento prematuro, en caso de



que no se verifique una litigiosidad inmediata, la producción de pruebas puede ocurrir sin el conocimiento de las demás partes involucradas en el potencial conflicto. Por lo tanto, definir si habrá carácter contencioso en el procedimiento no es una tarea trivial (Guaragni & Kozikoski, 2019).

En cambio, en la legislación peruana, la prueba anticipada siempre se tramita como un proceso no contencioso (artículo 297). Esta disposición parece respaldar la opción normativa del Código Procesal Civil del Perú, según la cual se admite la realización de la anticipación de la prueba sin citación, siempre que la parte fundamente en motivos de garantía y seguridad (artículo 287), criterios no considerados en la legislación brasileña.

El inciso 2 del artículo 382 del CPC/2015 no trata específicamente sobre el contradictorio o la amplia defensa, razón por la cual será comentado más adelante. A diferencia del inciso 3 del artículo 382, que establece que “los interesados podrán solicitar la producción de cualquier prueba en el ámbito del procedimiento, siempre que estén relacionadas con el mismo hecho y que su producción conjunta no resulte en una demora excesiva” (Código Procesal Civil, 2015).

Una vez más, el CPC brasileño revela su preocupación por la tramitación de los procesos, reforzando el deber de celeridad en caso de buscar ampliar el alcance de la acción probatoria autónoma. De esta opción normativa se deriva que existen limitaciones en la utilización del procedimiento: hechos que requieran la acumulación de pruebas complejas (por ejemplo, múltiples pericias, de diferentes naturalezas) pueden resultar inaptos para fundamentar la producción anticipada de la prueba, si se considera que la demora sería excesiva.

En este caso, las partes podrían quedar privadas de la posibilidad de utilizar la anticipación como medio para buscar la autocomposición, la solución por otros medios adecuados o incluso evaluar la pertinencia de recurrir a la jurisdicción. Las diversas vías del sistema multipuertas se van cerrando gradualmente, llevando a los ciudadanos al litigio judicial, en el cual incluso podrían verse obligados a soportar costas procesales en caso de fracaso en la demanda.

De todos modos, es natural que exista cierto margen de discrecionalidad para evitar un uso desvirtuado o inapropiado de la herramienta. En estas ocasiones, antes de inferir la acumulación de “anticipaciones de pruebas”, es esencial que el juez abra el contradictorio para escuchar a las partes sobre la necesidad y utilidad de las producciones conjuntas en ese procedimiento específico.

Por último, el inciso 4 del artículo 382 establece que “no se admitirá defensa o recurso, salvo contra decisión que deniegue totalmente la producción de la prueba solicitada por el requirente originario” (Código Procesal Civil, 2015).

Sin embargo, esta opción legislativa parece no haber sido la más adecuada, ya que choca con los principios

constitucionales de la amplia defensa y el contradictorio. Por lo tanto, la imposibilidad de defensa debe entenderse como la falta de una modalidad específica de impugnación, junto con la inviabilidad de abordar el fondo de la reclamación para la cual se utilizará posteriormente la prueba.

Es importante destacar que, debido al tipo de procedimiento, la defensa tiene limitaciones. Centrándose en impugnar cuestiones procesales y principalmente su admisibilidad, a la luz de los requisitos establecidos en el artículo 381 sobre el interés procesal, lo que también se aplica a las hipótesis de recursos relacionados con el control de estas cuestiones; siendo sin embargo “inadmisibles convertir al juez en un pequeño soberano dictador en la producción de la prueba sin que los excesos y/o ilegalidades puedan ser revisados por el tribunal de segunda instancia” [traducción nuestra] (Neves, 2019, p. 740).

En otras palabras:

Hay, de hecho, un contradictorio reducido, pero no eliminado por completo: se discute el derecho a la producción de la prueba, la competencia del órgano jurisdiccional (si hay reglas de competencia, hay posibilidad de que el demandado discuta su aplicación, obviamente; la alegación de incompetencia es una cuestión de defensa), la legitimidad (con la consecuente posibilidad de aplicación de los artículos 338 y 339 del CPC), el interés, el método de producción de la prueba pericial (nombramiento de peritos técnicos, posibilidad de impugnación del perito, etc.). No se permite la discusión sobre la valoración de la prueba y los efectos jurídicos de los hechos probados, ya que esto será objeto del contradictorio en otro proceso [traducción nuestra] (Didier Junior, Braga & Oliveira, 2019, p. 175).

Por lo tanto, existe una importante crítica al texto del artículo 382, inciso 4 del CPC, debido a su contenido que roza la inconstitucionalidad, a menos que se interprete teniendo en cuenta los aspectos del procedimiento, lo que requiere cierto esfuerzo. Sobre el ejercicio del contradictorio en el procedimiento, Didier Junior entiende que:

Además de revelar incoherencia; después de todo, en el mismo art. 382 se ordena la citación de todas las partes interesadas,



incluso de oficio. Citación para ser mero espectador del proceso es inconcebible; se cita para que el interesado participe en el proceso; y la participación en el proceso se da mediante el ejercicio del contradictorio [traducción nuestra] (2018, p. 730).

En el derecho peruano, la ley procesal también creó restricciones a las oposiciones que pueden hacerse en la prueba anticipada. El artículo 298 estableció que el demandado solo puede defenderse en cuanto al cumplimiento de los requisitos del instituto jurídico; en cuanto a las características especiales del medio probatorio del caso; o si la producción anticipada de la prueba es imposible (Código Procesal Civil, 1992). En general, parece que se admite la discusión sobre los aspectos centrales del procedimiento, al igual que la doctrina sostiene que debe ser en el orden jurídico brasileño.

En resumen, se entiende que es imprescindible algún nivel de contradictorio y amplia defensa en lo que respecta a la acción probatoria autónoma. Aunque estos institutos estén restringidos a los aspectos procedimentales de la producción anticipada de la prueba, lo cual es una consideración válida, en última instancia, para cualquier sistema jurisdiccional que permita la constitución de pruebas de manera anticipada.

Por lo tanto, se pueden cuestionar las opciones adoptadas por el legislador brasileño de permitir que el procedimiento se lleve a cabo sin la citación de los interesados, en caso de no vislumbrar inmediatamente la litigiosidad; de limitar la acumulación de la anticipación de más de un tipo de prueba, exclusivamente desde un criterio de "duración del proceso", que puede ser subjetivo; y de afirmar que no se admitirá defensa en el procedimiento.

4. Competencia del foro para la producción de la prueba: importante ruptura cognitiva entre foros competentes

Conocidos los contornos generales del procedimiento y cómo se manifiesta en él el contradictorio y la amplia defensa, es posible avanzar hacia otra característica fundamental sobre la valoración de la prueba producida de manera anticipada: cómo se determina la competencia del foro en el cual se producirá anticipadamente la prueba.

Desde un punto de vista lógico y abstracto, se vislumbran dos posibles modelos elementales para la determinación del foro competente para la producción anticipada de pruebas: uno, de acuerdo con los criterios de competencia aplicables al eventual y futuro proceso; o dos, a partir de criterios propios de determinación de la competencia de la acción probatoria, sin necesaria vinculación con la acción principal.

La racionalidad del primer modelo radica en aproximar el foro de la producción anticipada de pruebas con aquel que valorará

la prueba. De hecho, esta aproximación podría llevar incluso a que la misma persona (el juez) juzgue tanto la constitución de la prueba de manera anticipada, como el fondo de la controversia posteriormente planteada.

Sin embargo, Brasil ha adoptado el segundo modelo (diferente de lo que se ha hecho en Perú, según el artículo 297), que promueve una desconexión casi completa entre el foro de la producción probatoria previa y la valoración de la prueba en el contexto del proceso principal.

Tradicionalmente, el derecho brasileño reconoce que el juez es el principal destinatario de la prueba (no necesariamente el único, en vista del derecho de las partes a la prueba, que también serían, después de todo, sus destinatarios); de modo que él, en el ejercicio de su libre convencimiento motivado, puede aceptar o rechazar la producción de pruebas en la fase instructiva del proceso judicial.

Ocurre que la doctrina nacional recientemente parece estar problematizando, en el campo procesal penal, algunos aspectos de esa relación del juez con las pruebas constituidas antes de la consolidación de los contornos subjetivos y objetivos de la demanda. Un movimiento bastante peculiar en este sentido fue la institución del llamado "juez de garantías" en el derecho procesal penal brasileño, que es un magistrado especialmente designado para manejar la investigación criminal (y las pruebas a ser producidas en esta esfera); que será un juez diferente al que apreciará una eventual acción penal, y será responsable de la instrucción judicial y del juicio (Luiz & De Oliveira Zanchet, 2021).

Naturalmente, la garantía penal sobre la producción probatoria no es la misma que la del proceso civil; pero es innegable que existe algún campo común en la premisa de que el contacto prematuro del juez con los elementos probatorios. Antes incluso de iniciada la demanda principal, puede sesgar el juicio de alguna manera, lo cual sería indeseable.

Para la determinación de la competencia del foro de la acción probatoria autónoma, el § 2º del artículo 381 del CPC/2015 prevé



un sistema de competencia concurrente, a elección del demandante (Nakamura, 2020): donde la prueba sea más fácil de producir; o en el domicilio del demandado (que recae en la regla general de competencia territorial del derecho brasileño).

De acuerdo con tales criterios, es importante mencionar que no necesariamente habrá una ruptura cognitiva entre el foro competente para la producción anticipada de la prueba y el foro que apreciará eventual proceso derivado de ella. La norma rompe con la vinculación entre ellos; pero no estipula la distinción obligatoria entre los foros (o jueces), a diferencia de lo que ocurre con el juez de garantías del derecho procesal penal brasileño.

En este contexto, si la prueba debe ser producida en el mismo foro del domicilio del demandado, y la acción principal posterior utiliza la regla general de competencia territorial, el mismo foro será competente para apreciar ambos casos. Incluso, si el juzgado es pequeño y solo hay una unidad judicial instalada en él, es muy probable que el mismo juez se encargue de ambas demandas.

No obstante, la opción legislativa en Brasil fue la de no vincular la competencia de la producción anticipada de la prueba con eventual proceso principal futuro, lo que refuerza el carácter autónomo del procedimiento en cuestión.

Incluso en la jurisprudencia de diferentes tribunales se pueden encontrar casos en los que esta premisa fue destacada, con el fin de evitar la atracción de la competencia del juez hacia una futura acción principal:

CONFLICTO DE COMPETENCIA. PRODUCCIÓN ANTICIPADA DE PRUEBAS. EXHIBICIÓN DE LA CONTABILIDAD SOCIETARIA COMPLETA. PRESTACIÓN JURISDICCIONAL QUE SE DESTINA ÚNICAMENTE A LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS, SIN NINGÚN PRONUNCIAMIENTO DE MÉRITO RESPECTO A LAS CUESTIONES SOCIETARIAS. PROCEDIMIENTO AUTÓNOMO RESPECTO A LA FUTURA E INCERTA DEMANDA PRINCIPAL QUE NO IMPIDE LA COMPETENCIA. DECLINACIÓN EQUIVOCADA AL JUZGADO EMPRESARIAL. PROCEDENCIA DEL CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIA.

1. Contrato de compra y venta de cuotas. Acción propuesta exclusivamente para la exhibición de documentos relacionados con transacciones (compra, venta y cesión) de participación societaria, transferencia y registro de acciones, libros societarios, balances, estados financieros y declaración de bienes de los socios (impuesto sobre la renta).
2. Solicitud de producción anticipada de pruebas para la exhibición de libros y transacciones societarias, destinadas a la evaluación del éxito de una eventual futura demanda (CPC, art. 381, III).
3. Demanda inicial que clarifica el interés limitado en la recolección de documentos para respaldar y evaluar la posibilidad de complementar los valores establecidos en el contrato de enajenación de la participación societaria, ya no ostentando el demandante la condición de socio.
4. Procedimiento autónomo de producción anticipada (CPC, art. 381, inciso 3) que no otorga la prevención del juzgado, lo que

denota su autonomía respecto al derecho material. La acción autónoma no impide la competencia para una demanda incierta y futura. Precedente del STJ.

5. Correcta presentación de la demanda ante el juzgado civil (suscitado), teniendo la producción anticipada de pruebas el propósito de respaldar una futura acción por incumplimiento contractual eventual. Incidencia del art. 382, inciso 2, del CPC.

6. Procedencia del conflicto. Competencia del juzgado suscitado [traducción nuestra] (Tribunal de Justicia del Estado de Rio de Janeiro, CC: 00342765220238190000, 12 de julio de 2023).

CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIA – Acción de producción anticipada de pruebas – Petición presentada en el foro del lugar donde se encuentra la cosa que se someterá a la prueba anticipada – Declinación de competencia, de oficio, al foro del domicilio del demandado – Imposibilidad – Incompetencia relativa – Súmula 33 del STJ – Autorización para la presentación en el foro del lugar donde se encuentra el bien objeto de la producción de la prueba anticipada – Medida para facilitar la producción de la prueba, que excluye las reglas de competencia de la acción de conocimiento - Interpretación del artículo 381, inciso 2, del CPC – Innovación del Código de Proceso Civil que debe ser compatible con las reglas de Organización Judicial – Conflicto conocido para declarar la competencia del Juzgado del lugar de producción de la prueba anticipada, ahora suscitado [traducción nuestra] (Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, CC: 0030430-71.2019.8.26.0000, 04 de septiembre de 2019).

Confirmando esta interpretación, el inciso 3 del artículo 381 del CPC/2015 establece expresamente que la producción anticipada de la prueba no genera la prevención del foro para la acción que vaya a ser propuesta. Se trata de un posicionamiento legislativo nítidamente orientado a asegurar la posibilidad de distinción entre los foros y, por lo tanto, una ruptura cognitiva entre ellos (Sampaio, 2018).

La importancia de esta autonomía, en última instancia, tiene que ver con la coherencia con los supuestos de las recientes reformas legislativas procesales en Brasil. En primer lugar, que la facilidad en la producción de la prueba puede ser un criterio más útil para determinar la competencia que las reglas ordinarias para otras acciones (lo que



beneficia a los litigantes y aumenta la eficiencia del Poder Judicial), aunque dichos criterios puedan ser más protectores en lo que respecta a la acción sustantiva. En segundo lugar, que la valoración de la prueba producida puede ser realizada por el juez que efectivamente la utilizará.

En resumen, para los propósitos de este texto, es importante destacar que la elección del legislador brasileño de no adoptar una regla de prevención de competencia entre los foros de la acción probatoria y el de la acción sucesiva es claramente una medida que promueve una división cognitiva entre los objetos de dichas acciones. Transfiriendo a las partes, en el caso del uso de la prueba producida para formar su propia convicción o para buscar una solución consensuada (Ramos, 2017) o al segundo juez, la valoración de la prueba.

5. Valoración de la prueba producida anticipadamente: ruptura valorativa entre juicios

Como se anticipó, el CPC/2015 promueve una ruptura cognitiva casi total entre el juzgado de producción anticipada de la prueba y el juzgado en el que posteriormente se manejará la prueba. Solo no es completa porque puede haber una ulterior colisión entre estas competencias, aunque de forma apriorística estén desvinculadas.

Sin embargo, las normas procesales brasileñas imponen terminantemente una ruptura valorativa entre el juzgado de producción y el de valoración de la prueba. Esto se debe a que el párrafo 2 del artículo 382 establece dos mandatos al juez responsable de la producción anticipada de la prueba: no debe pronunciarse sobre la ocurrencia o no ocurrencia del hecho; y tampoco sobre sus respectivas consecuencias jurídicas.

Al prohibir que el juez de la acción probatoria autónoma ejerza cualquier juicio de valor sobre el modo de ocurrir de los hechos, o sobre su relación con el mérito del caso. El CPC/2015 reserva totalmente al juzgado del proceso principal la valoración de la prueba que se produzca anticipadamente.

Al actuar de esta manera, el juez de la acción probatoria autónoma:

Actúa como garante, un juez de garantía, tanto de la licitud del medio probatorio solicitado como de la forma de su realización [...] el juez no realiza la valoración del resultado probatorio, la cual queda atribuida exclusivamente al juzgado donde la prueba será eventualmente utilizada. La sentencia dictada por el juez en la producción anticipada de pruebas se limita a certificar la realización de las pruebas y la regularidad en su producción, por lo que no corresponde el examen de las cuestiones de hecho o de derecho derivadas de las pruebas producidas. El objeto de la producción anticipada es la prueba, no las proposiciones fácticas que las mismas pretenden comprobar [traducción nuestra] (Gajardoni *et al.*, 2021, p. 600).

Precisamente debido a que su actuación se limita a la admisibilidad o regularidad de la prueba a ser producida anticipadamente, surgen algunas dificultades con respecto a la actuación del juez responsable de la acción probatoria autónoma. Algunos ejemplos de dilemas concretos, mencionados por Talamini (2015), son: la declaración de testigos menores, impedidos o sospechosos, que solo ocurre cuando es “necesaria” en vista del resto del cuerpo fáctico-probatorio (con el cual, en teoría, el juez de la producción anticipada de pruebas no tendría contacto); o la posibilidad de repetición de la pericia en casos de insuficiencia. Cualidad que el juez de la acción probatoria autónoma puede tener dificultad en evaluar, ya que no habrá ocurrido contacto con las cuestiones de mérito al realizar la pericia en anticipación.

En el fondo, la lógica que respalda la segregación valorativa radica en la intención de hacer que la producción anticipada de prueba sea un procedimiento preliminar, para ser utilizado en situaciones de urgencia; o para incentivar resoluciones en medios adecuados de resolución de disputas; o para justificar o evitar el inicio de la demanda. Por lo tanto, es necesario preservar al máximo la discusión del mérito, cuya cognición solo ocurrirá en una etapa posterior, si hay una demanda sucesiva.

De lo contrario, si el juez de la acción probatoria autónoma ya emitiera algún juicio de valor sobre la prueba, esto tendría algún impacto si la demanda se llevara a medios extrajudiciales de resolución de disputas, o influiría sustancialmente en la decisión de las partes de iniciar o no el litigio. Tales interferencias son incompatibles con las premisas de valores adoptadas por el Código de Proceso Civil de 2015.

Además, considerando el modelo de ruptura adoptado por el sistema de justicia brasileño, la valoración de la prueba por parte de un segundo juez podría generar reflexión sobre los perjuicios para la formación del convencimiento por parte de un juez que no participó en la producción de la prueba. En este sentido, el principio de inmediación de la prueba podría estar en riesgo, en la medida en que el juez que valore la prueba no realizó



preguntas a las partes y testigos en la audiencia de instrucción y juicio, por ejemplo.

En realidad, en el derecho brasileño, la intermediación ni siquiera puede considerarse un principio de aplicación ineludible para todo caso; hay varias situaciones, como la remoción, la promoción, la jubilación, etc., de los jueces, en las que la decisión será dictada por quien no participó en la producción de la prueba. Lo cual es absolutamente permitido por el ordenamiento jurídico (y, como se mencionó, a veces incluso puede ser deseable, para que la convicción no se forme en el momento de la producción de la prueba, sino en su efectiva valoración, como ocurre en el ámbito del derecho procesal penal brasileño).

En cuanto a las especies de pruebas, la intermediación tendría una mayor incidencia en las pruebas orales, dado que las otras especies de pruebas están documentadas en el proceso, y como regla general el juez no participa en su producción. En lo que respecta a las pruebas orales, el uso de la tecnología para el registro de audio e imagen de las declaraciones realizadas en la audiencia de instrucción es un factor que, si bien no elimina completamente cualquier perjuicio sobre el conocimiento exacto de los hechos, al menos lo mitiga profundamente, ya que permitirá que el juzgador vea y escuche en su totalidad los testimonios prestados en la audiencia, y no solo lea la transcripción de lo que se ha aclarado oralmente.

En este aspecto, cabe señalar que el Poder Judicial brasileño está altamente informatizado y su experiencia en el uso de la tecnología en la administración de justicia es una referencia en todo el mundo, según estudios comparativos que involucran a América Latina y la Unión Europea (Elena, 2015; Oliveira & Cunha, 2020; CNJ, 2022).

Por lo tanto, los sistemas procesales electrónicos utilizados actualmente en Brasil permiten la documentación completa de la prueba producida anticipadamente, cualquiera que sea su tipo, con registros digitales en formato de texto, audio y video, a modo de ejemplificación.

La ruptura del juicio valorativo de la prueba producida anticipadamente conlleva varias ventajas. La primera de ellas es fortalecer una noción de verdadero derecho a la prueba en sí misma, disociándola del uso inevitable de esa prueba para un examen de mérito realizado por el Poder Judicial.

Como se ha visto, aunque la producción anticipada de la prueba se genera bajo la jurisdicción estatal. Eventualmente puede ser utilizada en otros medios más adecuados para la resolución de la disputa en cada caso, y en especial en la autocomposición (Jobim & Pereira, 2018).

Esta herramienta permite, por ejemplo, que un justiciable sin recursos financieros inicie un proceso judicial y, bajo el amparo de la gratuidad de la justicia otorgada por el ordenamiento jurídico nacional a los necesitados, produzca una prueba

que sería extremadamente costosa de obtener en medios extrajudiciales, como una pericia. Con la concesión del beneficio de la justicia gratuita, este solicitante no tendrá que pagar los honorarios periciales, que serán sufragados por el Estado brasileño, y podrá utilizar el resultado de la pericia extrajudicialmente para intentar resolver su conflicto, lo que evidencia la utilidad de la producción anticipada de pruebas en términos de acceso a la justicia.

Una segunda ventaja es que el solicitante de la acción probatoria autónoma no necesita centrarse en detalle en las cuestiones de mérito del caso, pudiendo dedicar su atención y tiempo a las aclaraciones fáctico-probatorias que preceden a la formulación de una pretensión. Así, las partes pueden primero conocer mínimamente los elementos que servirían para construir la verdad procesal y, luego, decidir sobre la eventual judicialización del conflicto.

El reflejo de esta realidad es que no solo el juez valora la prueba producida, sino que también las partes involucradas ejercen esta tarea de valoración. El resultado de la prueba producida anticipadamente interferirá en la delimitación estratégica de las acciones a ser adoptadas por ambas partes, las cuales podrán evaluar la necesidad de otras pruebas para llevar adelante sus reclamos, reclamar los derechos demostrados a la luz de las evidencias, o reconocer por sí mismas la falta de pertinencia de sus propias peticiones.

Por último, la tercera ventaja que emana de la segregación entre los juicios se refiere a la eficiencia, economía procesal y celeridad de la justicia, que constituían el objetivo principal del perfeccionamiento de este instituto jurídico por el Código de Proceso Civil de 2015.

Esto se debe a que, de hecho, la producción anticipada de la prueba tiene un potencial considerable para promover la desjudicialización e incentivar medios adecuados de resolución de conflictos, reservando para la jurisdicción estatal solo las demandas que efectivamente la necesiten.

Como resultado, a partir de un procedimiento centrado exclusivamente en



la producción de pruebas, el Poder Judicial puede reducir la cantidad de procesos contenciosos y complejos que se presentarían sin el conocimiento previo del contenido probatorio.

En los casos en que la judicialización fuera inevitable, el costo del procesamiento de la instrucción se produciría de todos modos, simplemente se adelantaría (a una etapa previa al inicio del proceso principal). En los casos evitables, hacer frente al costo de este procedimiento simplificado puede ser menos oneroso que enfrentar todas las demandas que ingresarían y avanzarían hasta un examen definitivo del mérito, aunque el instituto de producción anticipada de la prueba genere un incentivo y genere demandas de este tipo, que quedarían retenidas en las barreras de acceso a la justicia si no hubiera alternativa más que la presentación directa de la acción principal.

De hecho, este “incentivo” para presentar la acción probatoria autónoma, en detrimento de la acción principal, también puede considerarse una desventaja en términos de eficiencia, economía procesal y celeridad, ya que el Poder Judicial estará abriendo sus puertas a este tipo de solicitud, lo que debería resultar en una mayor cantidad de demandas y, en consecuencia, en la inversión de recursos escasos para atenderlas.

Se trata de una desventaja que deriva de la ampliación del acceso a la justicia, entendido en su acepción original como la superación de las barreras derivadas de las desigualdades sociales. Considerando los valores en juego, es un precio pequeño para pagar, especialmente dada la marcada desigualdad social y el oligopolio del Poder Judicial por parte de unos pocos grandes litigantes en Brasil (Ferraz *et al.*, 2017).

Otra desventaja, bastante secundaria, es la ya mencionada pérdida de la inmediación de la prueba, que no es un principio indispensable en el derecho procesal brasileño y cuyos efectos negativos son mitigados por el uso de tecnologías en el panorama nacional de administración de justicia.

A pesar de esto, desde 2015, por imposición legal expresa, la valoración de la prueba queda reservada para un momento posterior, privando al juez responsable de la acción probatoria autónoma de abordar aspectos valorativos; su función será, esencialmente, asegurar la legitimidad y regularidad del procedimiento.

6. Conclusión

Dentro del conjunto de reformas procesales ocurridas en las últimas décadas en Brasil, el Código de Proceso Civil de 2015 es probablemente la principal innovación. Al prestigiar valores como la eficiencia, la celeridad y la economía procesal, este

diploma introdujo y perfeccionó diversos mecanismos en el orden jurídico brasileño, entre los cuales se encuentra el instituto de la producción anticipada de la prueba.

Esta figura ha experimentado modificaciones sustanciales con el CPC/2015. La primera de ellas fue superar el paradigma de que esta medida sería justificable únicamente para cautelar situaciones de urgencia, lo que era la regla general en los sistemas jurídicos latinoamericanos a principios de los años 2000 (Garro, 2003) y es una característica de los países de la *civil law* (Nakamura, 2020). Actualmente, la legislación brasileña asegura la procedencia de la acción probatoria autónoma para tutelar la urgencia en la producción de la prueba; para posibilitar la resolución de conflictos en medios adecuados, diversos de la jurisdicción estatal; y para evitar o justificar el planteamiento de la jurisdicción.

Otro cambio sustancial en el régimen jurídico de la producción anticipada de pruebas fue la opción por dos rupturas discutidas en este trabajo (estas, inexistentes en el Código Procesal Civil peruano): La primera, denominada cognitiva, en cuanto a la fijación de las competencias de los foros responsables por la producción y por la utilización de la prueba; y la segunda, denominada valorativa, en cuanto a la segregación entre el examen de producción y el examen de valoración de la prueba.

En un primer análisis, ambas rupturas pueden parecer idénticas, y de hecho están intrínsecamente relacionadas, pero de ninguna manera se confunden.

La separación cognitiva permite (pero no obliga) que haya una distinción entre el juzgado competente para producir la prueba y el juzgado en el que será utilizada. Se establece una regla de competencia concurrente para el requerimiento de la acción probatoria autónoma, la cual puede ser interpuesta en el lugar donde sea más fácil producir la prueba o en el domicilio del demandado (que es la regla general de competencia territorial en el derecho brasileño), sin que esto resulte en la prevención del juzgado. En cambio, la acción principal posterior obedecerá a las reglas



ordinarias de competencia, sin vinculación con el foro en el que se produjo la anticipadamente prueba.

Respecto a la ventaja de esta opción normativa, la disociación entre las competencias de producción y de utilización pone en primer plano la obtención de la prueba, simplificando situaciones en las que esto podría ser complicado. Para ejemplificar, es posible que una prueba determinada necesite ser producida en un lugar significativamente distante de donde debe ser propuesta la acción – y aquí cabe destacar la geografía continental de Brasil, así como el hecho de que la distancia física es una barrera de acceso a la justicia (Ferraz *et al.*, 2017).

Como la prueba puede ser producida en un foro y utilizada en otro, se prioriza la constitución de la prueba, pudiendo esto realizarse en el lugar de mayor utilidad o facilidad; para luego, en un momento posterior, llegar al resultado esperado de la misma: cautelar la urgencia; permitir la resolución del conflicto en medios adecuados; viabilizar o evitar la acción judicial.

De esta elección también se derivan aspectos negativos, como el eventual costo para las partes de tener que relacionarse en dos foros distintos, que no necesariamente estarán físicamente cerca; y la necesidad de ejercicio doble de la cognición, sin la unificación de los procesos en un solo juzgado, lo que podría conllevar algún beneficio de eficiencia en el trámite procesal.

Sin embargo, esta última “desventaja” se ve mitigada por la segunda ruptura, la valorativa. La legislación brasileña determina, de manera obligatoria, que el juzgado de producción de la prueba no se pronuncie sobre la ocurrencia o no del hecho, así como sobre sus consecuencias jurídicas; la valoración de la prueba estará a cargo del juzgado siguiente, en caso de que se presente la acción principal.

Por lo tanto, mientras que la primera ruptura se refiere a una posibilidad de diferenciación entre los órganos judiciales (de la producción anticipada de la prueba y de la acción principal), la segunda impone una segregación entre el examen a realizar en cada etapa.

Como puntos positivos de este modelo, se pueden mencionar el fortalecimiento de un auténtico derecho a la prueba, desvinculado de la demanda judicial de mérito; la simplicidad procedimental de una acción desvinculada de la imprescindibilidad del posterior juicio de la causa; y los beneficios de índole eficientista, derivados de la desjudicialización.

Por otro lado, hay un costo inherente al incentivo de la acción probatoria autónoma en este formato de ruptura con la causa de mérito (aunque relacionado con una ampliación del acceso a la justicia); así como cierto perjuicio, aunque mitigado, de la inmediatez de la prueba (que es un principio bastante prescindible en el derecho brasileño).

Ante estas características, el modelo de producción anticipada de pruebas elegido en Brasil difiere del empleado en otros países latinoamericanos, como por ejemplo Perú, aunque el instituto sirva a finalidades similares en estos ordenamientos jurídicos.

En teoría, las ventajas del modelo adoptado por el legislador brasileño, de ruptura de la cognición y de la valoración de la prueba, parecen superar sensiblemente a las desventajas, al menos considerando la realidad brasileña. En la práctica, solo estudios empíricos podrán determinar cómo se ha empleado la producción anticipada de la prueba en Brasil, cuáles han sido sus efectos en la prestación jurisdiccional y cómo han sido los beneficios (o las pérdidas) derivados de la renovación del instituto por el Código de Proceso Civil de 2015.

Si estos estudios empíricos incorporan aspectos comparativos, investigando cómo otras jurisdicciones de América Latina manejan la producción anticipada de pruebas (tal como lo intentó este trabajo de manera teórica y bastante incipiente), la comprensión de las consecuencias y las oportunidades será aún mayor, favoreciendo el perfeccionamiento normativo de las relaciones entre el acceso a la justicia y la valoración de la prueba en el derecho procesal civil.

Referencias bibliográficas

- Alves, A. (2018). Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas no novo CPC). In F. Didier Jr et al. (Coord.). *Direito Probatório* (3.ª ed). Editora Juspodivm.
- Alves, P. (2022). *Acesso à justiça e direito processual*. Juruá.
- Código Procesal Civil Brasileño [CPC]. Ley 13105. Artículo 381. 16 de marzo de 2015.
- Cappelletti, M., & Garth, B. (1978). Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective. *Buffalo Law Review*, 27(181), 181-292.
- Conselho Nacional de Justiça & Delegação da União Europeia no Brasil. (2022). *Intercâmbio de experiências entre a União Europeia e o Brasil sobre e-justice: relatório final*. CNJ.



- De Araújo, A., Pellegrini, A., & Rangel, C. (2015). *Teoria geral do processo*. (31.ª ed.). Malheiros Editores.
- Didier Jr, F., Braga, P., & De Oliveira, R. (2019). *Curso de direito processual civil*. (14.ª ed., Vol. 2). Editora Juspodivm.
- Didier Jr, F. (2018). Produção antecipada da prova. In F. Junior et al. (Coord.). *Direito Probatório* (3.ª ed). Editora Juspodivm.
- Elena, S. (28 de septiembre de 2015). *Open data for open justice: Analysis of the judiciaries of Brazil, Costa Rica, Mexico and Peru*. Iniciativa Latinoamericana por los Datos abiertos - ILDA.
- Ferraz, L. et al. (2017). Mesa de debates: “Repensando o acesso à justiça: velhos problemas, novos desafios”. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 4(3), 174-212. <https://doi.org/10.19092/reed.v4i3.277>
- Foucault, M. (2002). *A verdade e as formas jurídicas*. (3. ed.). NAU Editora.
- Sampaio, B. (2018). A produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In B. Sampaio, D. Colnago & T. Caversan (Orgs.) *Produção antecipada da prova: Questões relevantes e aspectos polêmicos*. Thoth.
- Gajardoni, F. et al. (2021). *Comentários ao código de processo civil*. (4. ed.) Editora Forense.
- Garro, A. (2003). Forum Non Conveniens: “Availability” and “Adequacy” of Latin American Fora from a Comparative Perspective. *The University of Miami Inter-American Law Review*, 35(1), 65-99.
- Guaragni, G., & Kozikoski, S. (2019). Produção antecipada de prova ou ação autônoma de exibição de documento: a controvérsia sobre a prova documental no CPC/2015. *Revista Eletrônica De Direito Processual*, 20(3), 145-186.
- Jobim, M., & Pereira, R. (2018). Produção antecipada de provas como técnica processual de incentivo à composição consensual. In B. Sampaio, D. Colnago & T. Caversan (Orgs.) *Produção antecipada da prova: Questões relevantes e aspectos polêmicos*. Thoth.
- Laux, F. & Rodrigues, D. (2018). Antecipação de prova sem o requisito da urgência: Primeiras reflexões à luz do novo CPC. In F. Didier Jr. et al. (Coord.). *Direito Probatório* (Vol. 3). Editora Juspodivm.
- Nakamura, B. (2020). *Efetividade da produção antecipada de provas*. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.
- Neves, D. (2012). *Ações probatórias autônomas*. Editora Saraiva.
- Neves, D. (2017). *Novo Código de Processo Civil Comentado : Artigo por Artigo* (2. ed.). Editora JusPodivm.
- Neves, D. (2019). *Código de processo civil comentado: Artigo por artigo* (4. ed.). Editora Juspodivm.
- Oliveira, F., & Cunha, L. (2020). Os indicadores sobre o Judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia. *Revista Direito GV*, 16(1), 1-23. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201948>
- Ramos, V. P. (2018). O procedimento de produção “antecipada” de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos. In T. Alvim & F. Didier Jr (Orgs.), *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil - Processo de Conhecimento*. Editora Revista dos Tribunais.
- Luiz, L., & De Oliveira, G. (2021). O Juiz das Garantias na Lei n. 13.964/2019: A Imparcialidade do Julgador e as Indevidas Críticas Contra sua Constitucionalidade. *Revista Direito Público*, 18(98), 771-796. <https://doi.org/10.11117/rdp.v18i98.4644>
- Squadri, A. (2021). Tutela jurisdicional efetiva e imediatidade do juiz em relação à prova. *Revista De Direito*, 13(1), 1–20. <https://doi.org/10.32361/2021130112086>
- Talamini, E. (2015). Comentários ao art. 382 do CPC. In A. Cabral, & R. Cramer (Coords.), *Comentários ao novo código de processo civil*. Forense.
- Talamini, E. (2016). Produção Antecipada de Provas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, 260(41), 75-101.
- Yarshell, F. (2009). *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. Malheiros.
- Zorzoli, O. (2009). Teoría general del proceso. Naturaleza procesal de las pruebas anticipadas. Perú. *Revista De La Maestría En Derecho Procesal*, 3(1), 1-17. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprosesal/article/view/2064>



Legitimación en la ejecución, título ejecutivo y escisión societaria: una crítica a la “teoría de la afirmación”^(*)

Standing to Sue, Enforceable Title and Corporate Spin-Off: A Critique to the “Assertion Theory”

Gabriella Valenzuela^(**)

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Renzo Cavani^(***)

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo principal dirigir diversas críticas a la así llamada “teoría de la afirmación” de la legitimación procesal, acogida por buena parte de la doctrina nacional y por el Código Procesal Civil peruano. Se buscará mostrar que debe ser desechada dado que tiene diversos problemas conceptuales y que, además, no es capaz de dar cuenta de la práctica judicial al momento de analizar y decidir respecto de la presencia o ausencia de legitimación. Esto se hace más notorio en el ámbito de la ejecución. Para ello, se colocará un ejemplo sobre escisión societaria a fin de mostrar que la probanza de la titularidad respecto del título ejecutivo puede llegar a ser compleja y que es imprescindible que el juez realice este análisis.

Palabras clave: Legitimación procesal - Título ejecutivo - Escisión societaria - Código Procesal Civil peruano - Derecho Procesal - Perú

Abstract: This article aims to criticize the so-called “assertion theory” of civil procedure standing to sue, accepted by a significant part of the Peruvian jurisprudence, and consecrated by the Peruvian Civil Procedure Code. The paper seeks to show that this theory should be discarded since it has several conceptual problems, furthermore, it is not capable of giving an account of actual judicial practice when analyzing and deciding on the presence or absence of standing to sue. This becomes more noticeable in the field of judicial enforcement, and, to that extent, an example of corporate spin-off will be given to show that proving the existence of standing to sue concerning enforcement title can be complex, but that is essential for the judge to carry out this analysis.

Keywords: Standing to Sue - Enforceable Title - Corporate Spin-Off - Peruvian Civil Procedure Code - Procedural Law - Peru

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 12 de marzo de 2024 y su publicación fue aprobada el 25 de mayo de 2024.

(**) Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Master of Laws por la Universidad de California. Profesora contratada en el Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Business Law. Miembro honorario del Círculo Financiero Corporativo de la misma universidad (CFC). CEO de Fondo Talento S.A. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-7211-4130>. Correo electrónico: gabriellavalenzuela@berkeley.edu y gabriella.valenzuela@pucp.edu.pe

(***) Abogado por la Universidad de Lima (Lima, Perú). Magíster en Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doctorando en la Universidad de Girona (UdG). Profesor ordinario asociado y docente a tiempo completo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador de la Cátedra de Cultura Jurídica de la UdG. Miembro de PRODEJUS-PUCP. CEO y socio cofundador de Evidence Lab. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8040-8185>. Correo electrónico: renzo.cavani@pucp.edu.pe



1. Introducción

El presente artículo tiene como objetivo principal dirigir diversas críticas a la así llamada “teoría de la afirmación” de la legitimación procesal, acogida por buena parte de la doctrina nacional y por el Código Procesal Civil. Se buscará mostrar que tiene diversos problemas conceptuales y que, además, no es capaz de dar cuenta de la práctica judicial al momento de analizar y decidir respecto de la presencia o ausencia de legitimación.

Para ello, partiremos identificando a la legitimación como condición necesaria para el inicio de la ejecución. Por tanto, es importante saber cuándo es que ésta se configura, por lo cual procuramos presentar la así llamada teoría de la afirmación, sus presupuestos teóricos y qué es lo que buscó dar cuenta. Indicaremos que se trató de dar respuesta a la posibilidad de analizar la legitimación en una fase anterior a la decisión de fondo, para lo cual se postuló que, al ser una *afirmación de titularidad*, estaría alejada del mérito del proceso. No obstante, daremos diversas razones para mostrar que hay diversos problemas conceptuales y, sobre todo, que no refleja lo que *realmente* los operadores jurídicos se ven forzados a hacer para *demostrar* la existencia de legitimación, lo cual trasciende completamente a limitarse a “afirmar” que uno es titular de la situación jurídica reclamada. Esto se hace aún más patente en el ámbito de la ejecución, en donde poco importa la afirmación del ejecutante: éste tiene que probar que es el acreedor de la obligación para, sólo después, determinar si es que el título ejecutivo se encuentra arreglado a ley.

A fin de poder ejemplificar cuán complejo podría ser la actividad probatoria dirigida a demostrar la legitimación, coloquemos un ejemplo del derecho societario: la escisión del bloque patrimonial, lo cual hoy en día es una práctica bastante común en el Perú. Este tipo de escisión genera lo que en doctrina se denomina “legitimación derivada”; esto es, una alteración de la legitimación respecto de la persona en cuyo favor se encuentra la obligación plasmada en el título ejecutivo.

Veremos, pues, que la probanza de titularidad trasciende a la simple presentación del título y que entrañaría, de hecho, toda una serie de argumentos y evidencias de que el traslado del bloque patrimonial efectivamente supuso un cambio en la titularidad de la obligación.

Con ello, defendemos que la teoría de legitimación como la afirmación debería ser dejada de lado por los

operadores jurídicos dado que no se sustenta teóricamente ni tampoco es posible aplicarla tal como se plantea en sus fundamentos (esto es, determinar la existencia de legitimación sólo vinculado a la afirmación de titularidad).

2. Título ejecutivo y legitimación procesal como condiciones necesarias para la ejecución

Como es ampliamente conocido, las condiciones que debe poseer todo título ejecutivo para que sea hecho valer en un proceso de ejecución es que la obligación (u obligaciones) que aquel contenga sea cierta, expresa y exigible. Tratándose de obligaciones con prestación de dar cuantía, también debe cumplirse con el requisito de la liquidez, todo ello según el art. 689 del Código Procesal Civil peruano (CPC)⁽¹⁾.

Al respecto, sobre la obligación *cierta*, señala Eugenia Ariano:

Una obligación cierta es aquella que no ofrece dudas sobre sus elementos objetivos y subjetivos. En tal sentido, estaremos ante una obligación cierta cuando su objeto (prestación) esté señalado en el título. No lo será cuando el título contenga obligaciones alternativas o cuando estemos en presencia de obligaciones de dar bienes ciertos sólo en su especie y cantidad. En ambos casos, para que estemos ante un título perfecto es necesario integrarlo con el acto de elección. En igual sentido, la certeza comprende también la determinación de los sujetos de la obligación, acreedor y deudor, que deben estar perfectamente señalados en el título” (1998, p. 190)⁽²⁾.

Por su parte, siguiendo a la autora, una obligación será *expresa* “cuando figura en el título mismo y no sea resultado de una presunción legal o una interpretación de algún precepto normativo” (Ariano, 1998, p. 190). Finalmente, será *exigible* “cuando apareciendo del título que esté sometida a alguna modalidad (plazo o condición) o a

(1) Art. 689 CPC: “Procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética”.

(2) No se trata, pues, de “incontestabilidad o certeza absoluta, sino únicamente relativa, en el sentido que el derecho debe resultar en sus límites, sea objetivos o subjetivos, del propio título” (Comoglio, Ferri & Taruffo, 1995, p. 308). Así, según Mandrioli y Carratta, no sería una “certeza” en grado máximo, sino “una certeza que el ordenamiento juzga como *suficiente* para que se funde la ejecución forzada” (2023, pp. 119-120).



una contraprestación, el plazo se haya vencido, se pruebe la verificación de la condición o que se haya cumplido la contraprestación” (1998, p. 191).

En otras palabras, la obligación contenida en un título susceptible de ejecución:

- a) Debe existir jurídicamente, para lo cual debe verificarse la presencia de elementos objetivos y subjetivos de la relación material puesta a discusión (por ejemplo, si son títulos valores, la relación cambiaría);
- b) su objeto debe encontrarse expresamente determinada; y
- c) no debe existir ningún impedimento jurídico para que el deudor cumpla con la prestación correspondiente (por ejemplo, que se haya vencido el plazo para pagar o que se haya cumplido la condición).

La concurrencia de estos requisitos de mérito son *condiciones necesarias, pero no suficientes*, para la viabilidad de la ejecución. Si bien el mandato ejecutivo, a diferencia de una resolución admisorio de una demanda en un proceso de conocimiento, constituye una orden de pago (y, por tanto, se trata de algo mucho más parecido a una sentencia que a una auténtica decisión interlocutoria o *auto intermedio*)⁽³⁾, también requiere que concurren otros requisitos de orden procesal. Uno de ellos es la legitimación o, como también se le suele denominar, “legitimidad para obrar” y, en el caso particular de la ejecución, el art. 690, primer párrafo, CPC, dice lo siguiente: “Están legitimados para promover ejecución quien en el título ejecutivo tiene reconocido un derecho en su favor; contra aquél que en el mismo tiene la calidad de obligado (...)” [énfasis agregado]. En este trabajo nos interesa la legitimación *activa*, esto es, el acreedor de la obligación reclamada.

En el siguiente apartado expondremos y problematizaremos dos teorías de la legitimación. Por lo pronto, basta con partir que, en la ejecución, además de los requisitos del título ejecutivo, la legitimación responde a la pregunta: ¿Quién

puede participar en el proceso a partir de su vinculación con el derecho o situación reclamada? De esta manera, también es una condición necesaria pero no suficiente para el inicio de la ejecución y, con ello, la orden de pago de la obligación contenida en el título. Así, resulta importante determinar cuáles son las propiedades del concepto “legitimación” a fin de que, si estas se presentan, pueda darse por cumplido este requisito.

3. Legitimación como afirmación y como situación legitimadora vinculada al mérito

Mucho se ha discutido sobre el instituto procesal de la legitimación⁽⁴⁾, y en gran medida se debió al uso del concepto de *acción*⁽⁵⁾. Existe una posición doctrinaria clásica que consiste en lo siguiente: si es que la legitimación busca responder la pregunta de quién tiene la condición para participar en un proceso, ésta no podría ser analizada *in limine litis*, esto es, antes de la sentencia. Esta posición parte de la premisa de que el fondo del proceso debe ser resuelto en la sentencia y nunca antes. Si ello es así, entonces no puede haber juicio de fondo al momento de analizar los presupuestos procesales.

Es así como contra esta posición se alza una teoría que busca dar solución al problema anterior. Se trata de la así llamada teoría de la afirmación. Esta teoría comparte con la anterior que la decisión de fondo o mérito

(3) Para mayor información sobre el concepto de “auto intermedio”, véase Ariano (2015, p.76) y Cavani (2018, p. 37).

(4) Para una contextualización histórica, véase “Derecho procesal II. Proceso civil”, de Jordi Nieva Fenoll (2015) y “La legitimación en el proceso civil: (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)” de Montero Aroca (1994). Como se indica, fue en Roma que surgió el concepto *legitimatio ad processum* (que aludía a la capacidad para estar en juicio, como el caso de menores de edad), el cual se verifica al inicio del proceso. Pero en el derecho común se escindió el concepto de *legitimatio ad causam*, vinculado al fondo de la causa, con el propósito de dar cuenta de titularidad jurídica no originaria o derivada (sucesores procesales); cuestión que se resolvía al final del proceso. La mezcla del contenido de ambos *nomen iuris*, la vinculación de la *legitimatio ad causam* con el mérito y el momento procesal en que se evaluaban es el inicio de los grandes problemas teóricos sobre este tema (pp. 43 - 45).

(5) Al respecto, es conocida la teoría de Liebman (1957), para quien el interés para accionar es la “necesidad de obtener del proceso la protección del interés sustancial” (identificándose este último con el derecho pretendido) y la legitimación para accionar es la titularidad del interés para accionar. La confluencia entre ambos requisitos lleva a constatar que, para el demandante, el proceso es necesario para la protección de su interés sustancial y que dicha protección es reclamada por alguien en interés propio, que le habilita a participar en el proceso. Si alguno falta, hay una *carencia de acción* y, por tanto, el juez no está habilitado a pronunciarse sobre el mérito del proceso. Asimismo, para mayor información sobre una buena exposición crítica de la doctrina clásica, véase “A ação no direito processual civil brasileiro”, de José Calmon de Passos (1959), “Spiegazione di diritto processuale civile”, de Claudio Consolo (2010) y “Las condiciones de la acción: una categoría que debe desaparecer”, de Renzo Cavani (2023).



sólo puede darse en la sentencia y, así, que la *demonstración* de la titularidad afirmada por el demandante en la demanda es un tema de fondo que, por tanto, sólo puede darse en la sentencia. Así, se plantea que la manera de entender esta institución para que pueda ser analizada como un auténtico presupuesto procesal pasa por retirarle toda naturaleza de cuestión de mérito. Y la forma para hacerlo es, precisamente, decir que se trata de una *mera afirmación*.

De esta manera, se define a la legitimación procesal como la “afirmación de titularidad” que realiza el demandante respecto del derecho o situación reclamada (alternativamente se emplean los términos “invocación” o “alegación”). Así, la posición habilitante –esto es, la capacidad para participar en el proceso discutiendo respecto de la situación reclamada– nace y se agota con la propia afirmación de titularidad. Esta afirmación, por supuesto, no excluye que no pueda ser controlada: esto sí que puede hacerse a lo largo del proceso, pero la naturaleza del pronunciamiento es, precisamente, la de ser una resolución procesal⁽⁶⁾. A fin de cuentas, la legitimación sería una autorización para poder “debatir en torno a las consecuencias jurídicas derivadas del contrato” (Montero Aroca, 1994) con sus simples afirmaciones. Podría decirse que se trata de una teoría sobre la “naturaleza *procesal* de la legitimación”.

Por cierto, esta es claramente la teoría asumida por el Código Procesal Civil peruano cuando coloca a la legitimación como un requisito de procedencia de la demanda que puede ser declarado *in limine litis* (art. 427, inc. 1) con la consecuencia de rechazar la demanda. Si ello no ocurre, el demandado puede alegar la carencia de legitimación como excepción procesal,

denunciando la existencia de un *vicio* en el proceso. Este vicio podrá ser subsanado si se trata de falta de legitimación pasiva (art. 452, inc. 4); de lo contrario, se producirá la nulidad de todo lo actuado y concluirá el proceso sin declaración de fondo. Lo mismo ocurre si se trata de falta de legitimación activa con la diferencia que en este caso no hay subsanación posible (art. 452, inc. 5). Aquí se tiene la consagración de la teoría de la afirmación: *invocar* legitimación activa sirve para proponer la demanda, pero esta afirmación puede terminar siendo contrastada y, de constatar que es falsa (en el sentido de que, a la luz de cierta información proveída por el propio demandante o información adicional), el proceso puede concluir *sin resolución de mérito*⁽⁷⁾.

No obstante, es precisamente en este punto que, en nuestro criterio, la teoría termina colapsando. Si la legitimación es la afirmación o, mejor dicho, se cumple con la condición (requisito procesal) con la *mera afirmación*, es contradictorio que, posteriormente, se indique que *falta legitimación*, esto es, que nunca existió y que, por tanto, la demanda contiene un defecto. Afirmar “soy legitimado a participar en este proceso” se encuentra en el mundo del pensamiento; es un enunciado

(6) Quien puede representar mejor esta teoría es Montero Aroca (1994). Esta posición es seguida por buena parte de la doctrina peruana: Casassa (2014); Prado & Zegarra (2018); Priori (2019); Monroy Gálvez (2023). También, por supuesto, una gran parte de la doctrina extranjera como Consolo (2010, p. 179).

En el caso de la Corte Suprema peruana, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente señaló que: “8.1 La legitimidad para obrar constituye un elemento de carácter procesal, que habilita formalmente a una persona para que, al hacer valer una pretensión ante el órgano jurisdiccional, éste de inicio a un proceso judicial; para ello se requiere que dicha persona, en calidad de demandante, invoque ser titular del derecho respecto de la pretensión que está haciendo valer; siendo ésta una exigencia procesal, no se requiere que dicha titularidad sea objeto de evaluación en esta etapa procesal, salvo que la ausencia sea manifiesta; se trata, en estricto, de un asunto de economía procesal, a efecto de evitar un proceso inútil; en esto es preciso distinguir de la legitimación en la causa o la *legitimatio ad causam*, o la legitimidad propiamente dicha, que tiene que ver o está relacionada con una exigencia de carácter sustantivo o material, en la que se requiere la acreditación de la titularidad del derecho y no solo la invocación del mismo; éste último supuesto es un asunto que corresponde ser dilucidado en la sentencia y no en el umbral del proceso” (Casación No. 4052-2014 Lima). Esta posición resulta aún más confusa pues se pretende distinguir entre “legitimidad para obrar” y *legitimatio ad causam*, asociado éste al mérito, en una inútil duplicación de conceptos.

(7) Podría controvertirse esta afirmación teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 425 inc. 4 CPC: “Los medios probatorios de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia de un conflicto de interés y en el caso del procurador oficioso”. Así, si es que el demandante debe aportar *pruebas* para demostrar la calidad en la que demanda podría entenderse que, en todo caso, no sería la teoría de la afirmación la acogida por el CPC, sino una teoría híbrida, en donde el análisis de la legitimación sí pasa por analizar pruebas pero que la consecuencia termina siendo una conclusión del proceso sin declaración de fondo. Creemos que esto no revela otra cosa que una dificultad insalvable de que consagrar legislativamente la teoría de la afirmación, puesto que, como decimos más adelante, no es posible que el juez decida liminarmente la falta de legitimación (ni mucho menos decidirla cuando hay una excepción de falta de legitimación) sin acudir, aunque sea mínimamente, a las pruebas, para concluir que no hay razones para pensar que quien demanda es el titular del derecho discutido.



que puede ser verdadero o falso según su correspondencia con algún hecho. Empero, cuando se dice que hay una “*falta de legitimación*”, sea activa o pasiva, no se cuestiona la *proposición* realizada, esto es, el acto lingüístico de invocar legitimación. La ausencia de legitimación –que se decide antes de la sentencia– se constata verificando la realidad al que el demandante se refiere con su afirmación. Si no se llegó a verificar en el mundo, *no hay ni nunca hubo legitimación*. Esto lleva a concluir que los elementos que determinan si existe o no legitimación trascienden a la “mera afirmación”. Por lo tanto, la legitimación *no es una afirmación*⁽⁸⁾.

Asimismo, nos parece que hay un aspecto que la teoría de la afirmación asume que es conceptual pero que, en realidad, es contingente. Se trata precisamente de la primera premisa: que la resolución de fondo sólo pueda darse en la sentencia. ¿Por qué decimos que es *contingente*? Porque depende de las normas de un cierto sistema jurídico. Si bien un cierto sistema jurídico puede prever que, efectivamente, el pronunciamiento de mérito (con sus respectivas consecuencias, como la cosa juzgada) se da en la sentencia, hay otros sistemas que pueden prever lo contrario. Piénsese en el caso del Código de Proceso Civil brasileño, que permite, en ciertos supuestos, que se declare la *infundabilidad in limine* de la demanda⁽⁹⁾. De esta manera, contrariada la premisa, sí sería posible que el mérito

se analice *antes* de la sentencia, con lo cual no habría ningún obstáculo para que en un cierto procedimiento la legitimación pueda ser decidida en etapas iniciales y, por tanto, que no sea esto un óbice para entenderla como una institución vinculada al mérito (de esto hablaremos en breve)⁽¹⁰⁾.

Finalmente, hay un aspecto que sí es conceptual que la teoría de la afirmación pasa por alto: el tipo de razonamiento que el juez lleva a cabo para constatar la presencia o ausencia de la legitimación. Si se parte que ésta, de manera general, es la *posición habilitante* para participar en un proceso, entonces el juicio sobre ésta tiene que pasar por si *efectivamente existe o no* dicha habilitación⁽¹¹⁾. Sólo así, por ejemplo, es posible estimar o desestimar la defensa del demandado dirigida a atacar no una afirmación, sino precisamente esta habilitación: sea la coincidencia o no entre las partes de la relación material y aquellos que intervienen en el proceso alegando ser esas partes, sea si es que se interviene en virtud de un mandato de la ley.

- (8) Francesco Paolo Luiso afirma lo siguiente: “La legitimación para accionar, como todos los presupuestos procesales que se refieren al objeto del proceso, se determina a partir de la demanda. El juez debe valorar la legitimación para accionar sólo con base en la demanda y no a través de una investigación orientada a determinar si aquel que actúa es *verdaderamente* titular del derecho hecho valer. Si, con base en las respuestas del demandado y de la instrucción realizada, el juez se convence que el demandante no es el titular del derecho hecho valer, rechaza la demanda *en el mérito*, considerando al demandante precisamente como legitimado para accionar en la medida que se afirmó (aunque no siéndolo en la realidad) titular del derecho hecho valer” (2022, pp. 224-225). Es claro que Luiso defiende la teoría de la afirmación, al punto de que, aunque haya una decisión desestimatoria, aun así el demandante seguiría siendo legitimado. Por supuesto que esto es coherente con la teoría ahora criticada, pero, a nuestro juicio, revela una profunda incoherencia. No es posible que el demandante *no sea titular del derecho* y que, simultáneamente, se mantenga con alguna eficacia jurídica su *afirmación de titularidad de ese mismo derecho*. Con una decisión de mérito en contra, en realidad, lo que ha ocurrido es que su afirmación fue *falsa*, en el sentido de no corresponderse con la realidad y, por tanto, *nunca estuvo legitimado*. El mismo problema parece presentarse en la exposición teórica de Loreto (1970), quien afirma que la cualidad (o legitimación) está *in re ipsa* a fin de que pueda ser analizada liminarmente (p. 28), pero si esa misma cualidad es puesta en duda en la contestación de demanda, entonces esto ya corresponde al fondo (p. 39).
- (9) Art. 332°. En las causas que dispense la fase de instrucción, el juez, independientemente de la citación del demandado, declarará liminarmente infundado el pedido que contraríe:
I – enunciado de súplica del Supremo Tribunal Federal o del Superior Tribunal de Justicia;
II – sentencia expedida por el Supremo Tribunal Federal o por el Superior Tribunal de Justicia en el juzgamiento de recursos repetitivos;
III – entendimiento asentado en un incidente de resolución de demandas repetitivas o de asunción de competencia;
IV – enunciado de súplica de tribunal de justicia sobre derecho local.
§ 1°. El juez también podrá declarar liminarmente infundado si verifica, inmediatamente, la ocurrencia de caducidad o prescripción. (...)” (según traducción de Renzo Cavani, en Didier Jr. & Arruda Alvim, 2018).
- (10) En contra, Nieva Fenoll (2015, pp. 45-46), quien admite que el juez podría analizar alguna parte del objeto del proceso, pero que ello le llevaría a incurrir en prejuicio. La posición de este autor es que el concepto de legitimación no debiera interesar al derecho procesal. También es escéptico respecto del uso de este concepto Gómez Orbaneja (2009, 249-ss.), en opinión que data de 1947.
- (11) En contra, Mandrioli y Carratta (2022, pp. 42-43), quienes llevan al extremo la teoría de la afirmación, con fuerte influencia de Liebman. Para los autores, todo pasa por una “estimación hipotética” [*accogliibilità*] de la demanda, para lo cual se requiere que la afirmación hecha por el demandante sea una afirmación de titularidad de un derecho dirigido contra la persona sindicada como demandado. Si hubiese algún defecto en la *afirmación* entonces se daría un juicio en donde *hipotéticamente* el derecho no pertenecería a quien dice tenerlo. Y esto ocurre, sería inútil entrar al examen de mérito, debiendo pronunciar el “defecto de acción por defecto de legitimación”.



Todo esto exige que se entienda el concepto de legitimación de otra manera. Según otra teoría (que tampoco es nueva), la legitimación es la aptitud para participar en un proceso en virtud de una *situación legitimadora*, y esta situación legitimadora se configura en dos hipótesis disyuntivas y excluyentes: (i) cuando quien demanda es titular del derecho y (ii) cuando quien interviene lo hace sin ser titular del derecho, pero a pesar de ello la ley expresamente le autoriza. En el primer caso se denomina *legitimación ordinaria*; en el segundo, *legitimación extraordinaria*⁽¹²⁾. La legitimación ordinaria exige una *coincidencia* entre los polos de la relación material y la relación procesal, mientras que la legitimación extraordinaria, precisamente por no existir tal coincidencia, presupone una autorización de la ley a fin de que cierto sujeto pueda intervenir en el proceso. Un ejemplo de lo primero sería que el acreedor (esto es, el titular del derecho subjetivo de crédito) sea quien demanda judicialmente el cobro de dicho crédito; un ejemplo de lo segundo sería el Ministerio Público como demandante en casos de derechos difusos puesto que éste evidentemente no es titular del derecho reclamado, sino el grupo o grupos afectados.

La razón por la que, en el caso de la legitimación *ordinaria*, es necesario verificar la coincidencia reside en que si se discute los efectos de una cierta relación material en un proceso (por ejemplo: la titularidad de un derecho, la existencia de prescripción, el pago de un crédito), aquellos que deben participar deben ser precisamente aquellos que conforman dicha relación. Al fin y al cabo, como dice Calmon de Passos, “decidir sobre una relación de derecho material significa decidir, obligatoriamente, sobre la titularidad de ese mismo derecho”⁽¹³⁾. La relación jurídica procesal, por tanto, *debe* conformarse en virtud de lo que ocurre en el mundo material.

La única manera de participar en un proceso es alegando y *demonstrando* la existencia de legitimación (cualquiera de las dos). Ello dependerá, pues, del grado de vinculación que el sujeto tenga con el derecho discutido: si es que es titular del derecho o si es titular de un derecho *conexo* a la relación material discutida en el proceso (por ejemplo, la “acción subrogatoria” del art. 1219 inc. 4, CC, o la intervención coadyuvante del art.

97 CPC)⁽¹⁴⁾. En efecto, como dijimos, aquí falla la teoría de la afirmación: es incoherente decir que la legitimación se configura con la mera alegación pero que el juez podría contestarla realizando un juicio con base en las pruebas aportadas por el propio demandante o por el demandado. Piénsese en una demanda de desalojo en que el demandante *afirma* ser titular de un derecho de superficie y, con ello, que es titular del derecho a la restitución, pero de los documentos queda evidenciado que el demandante, en realidad, no tiene la titularidad del derecho de superficie, porque este ya se extinguió. Nuestro punto es que el juez, si declara la *falta de legitimación* no lo hará constatando si se produjo o no la “afirmación de titularidad” del derecho de superficie y del derecho a restitución; lo hará *verificando* si dicha afirmación tiene sustento en las pruebas.

Nótese que cualquiera de las dos legitimaciones (la ordinaria y la extraordinaria) puede verificarse a partir de un *análisis preliminar* o *prima facie*. Esto es lo que el juez hace cuando califica la demanda, analizando *sumariamente* los medios probatorios que puedan dar sustento a la afirmación hecha en la demanda. De otra manera no sería posible determinar, por ejemplo, si es que el que demanda el desalojo es propietario, subarrendador, etc., que, a su vez, es condición para analizar, *posteriormente*, si es que es titular del derecho a la restitución del bien. Nuevamente aquí falla la teoría de la afirmación: por más que la consecuencia de la falta de legitimación sea una resolución de naturaleza procesal (conclusión del proceso *sin* declaración de fondo), eso no quiere decir que la naturaleza del juicio llevado a cabo

(12) Sobre el tema, ampliamente, véase “Curso de direito processual civil. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento”, de Fredie Didier Junior. (2016). Nótese que la teoría de la afirmación también realiza esta diferenciación.

(13) Para mayor información, véase “A ação no direito processual civil brasileiro”, de Calmon de Passos (1959, p. 40) y “Diritto processuale civile”, de Giovanni Satta & Carmine Punzi (1996, pp. 165-166).

(14) Como es sabido, la legitimación no solo se limita a las *partes (procesales) originarias*, esto es, al sujeto que inicia el proceso planteando una pretensión y al sujeto que es llamado al proceso, a quien se dirige la pretensión. Ello porque puede haber *partes sobrevenidas*, es decir, sujetos que, por una u otra razón, se incorporan con posterioridad al inicio del proceso. Por ejemplo, la denuncia civil (que presupone una auténtica pretensión del demandado, dirigido contra un tercero), el interviniente coadyuvante o el tercero que es llamado al proceso por el juez en caso de litisconsorcio necesario (art. 95 CPC) o indicios de fraude procesal (art. 106 CPC). También puede darse el caso de la incorporación de alguien que alega ser titular de una relación jurídica con una de las partes y que, por tanto, el resultado del proceso podría afectarla, como es el caso del interviniente coadyuvante (art. 97 CPC); y, asimismo, el conocido supuesto de un cambio en la legitimación *ordinaria*, lo cual daría pie a la figura de la sucesión procesal (art. 108 CPC). Sobre este supuesto volveré más adelante, pues resulta relevante para comprender mejor el caso concreto.



por el juez tenga que, necesariamente, analizar al menos una porción del mérito. En el caso del desalojo, el juez deberá analizar –aunque sea sumariamente– las pruebas en las cuales el demandante, por fuerza, basa su afirmación de titularidad.

En todo caso, si es que el juez debe analizar -aunque sea sumariamente- las pruebas para decidir sobre la legitimación (sea liminarmente o no) entonces la teoría de la afirmación debe ser completamente abandonada. Empero, sin tener que abandonar la de todo, alguien podría querer adaptarla para poder dar cuenta de lo que el juez debe hacer al realizar el examen liminar. Así, una alternativa sería defender que la legitimación ya no sería *solamente* afirmación, sino afirmación más análisis de pruebas. Esto, por supuesto, sigue echando por tierra la teoría de la afirmación dado que esta reside en una división radical entre legitimación y mérito, aunque se muestra como una solución pragmáticamente viable. Más allá de la consecuencia de tener que declarar la improcedencia de la demanda declarando la conclusión del proceso sin declaración de fondo, ya es un avance a fin de que no se invaliden resoluciones judiciales que, en el juicio sobre la legitimación, terminan analizando pruebas.

No obstante, a nivel conceptual, incorporar el análisis de las pruebas sobre la titularidad es, precisamente, parte del examen de fondo. Es por ello que, en nuestra opinión, esta alternativa por salvar la teoría de la afirmación no resuelve los problemas teóricos generados por ella pues, en efecto, el análisis de la legitimación termina, siempre, colapsando en un examen de mérito.

Nuestro interés, ahora, es mostrar cómo en el ámbito de la ejecución se hace mucho más palpable que la teoría de la afirmación no es capaz de dar cuenta de lo que se hace para determinar el cumplimiento del requisito de la legitimación. Posteriormente, buscaremos dar un ejemplo (tomado de un caso real) que demuestra hasta dónde podría llegar el análisis probatorio a fin de que el juez pueda concluir que, efectivamente, el ejecutante está habilitado para demandar.

4. Legitimación primaria y sobrevenida en la ejecución: la insuficiencia de la teoría de la legitimación como afirmación

En el marco del proceso de ejecución, el análisis preliminar de quién es el legitimado se realiza, en primer lugar, a *partir del propio título ejecutivo*, que es la condición necesaria para dar inicio a la actividad ejecutiva. Piénsese en un título valor como

un cheque o un pagaré: preliminarmente, el legitimado a ejecutar es aquel en cuyo favor haya sido expresamente girado o endosado. Por supuesto, habrá otros títulos en donde este análisis será un tanto más complejo, como sería en los casos en que no haya coincidencia entre el ejecutante y el nombre que aparece en el título ejecutivo como el beneficiario de la obligación.

El grado de cognición de la legitimación se profundiza en el saneamiento procesal a propósito de las excepciones que pueda plantear el demandado, pero también a partir de los medios probatorios que ofrezca en su escrito de defensa. En un proceso de conocimiento, esto ocurre durante la contestación de la demanda, mientras que en un proceso de ejecución, ocurre durante la contradicción, que en realidad es un ataque u oposición a la ejecución (Ariano, 1998, p. 466). Con ello, el análisis de la legitimación ya no es más *preliminar*, sino que se trata de un examen más completo. Según nuestro CPC, las consecuencias de determinar –sea liminarmente, sea en este último examen– que el demandante no cuenta con legitimación es la improcedencia de la demanda (arts. 427 y 451 inc. 5) y, en el caso de la ejecución, la denegación de ésta (art. 690-F).

Dicho esto, corresponde dar una respuesta a la siguiente pregunta: *¿Quién es el legitimado ordinario para promover la ejecución de la obligación?* Para llegar a ella tenemos la propia literalidad del art. 690, primer párrafo, CPC: el legitimado activo será quien *en el título ejecutivo* tenga reconocido un derecho en su favor. Por tanto, podemos concluir que el primer criterio para determinar la legitimación activa es determinar si el ejecutante que presenta el título es parte del título ejecutivo o, también, de la relación cambiaria; es decir, el análisis se da a partir de una confrontación entre la parte activa de la relación procesal ejecutiva y el título ejecutivo a partir del cual se reclama la ejecución. A esto la doctrina ha denominado *legitimación activa primaria* (Assis, 2002, p. 268)⁽¹⁵⁾. Poco

(15) La identidad entre ejecutante y parte del título ejecutivo es el entendimiento común en la doctrina peruana a partir de la dicción del art. 690 CPC. Por todos, véase Ariano (1998, p. 229): “Es el título ejecutivo el que señala las partes legítimas del proceso de ejecución: acreedor y deudor. La realidad puede ser distinta, pero ello no importa, o determinante es lo que dice el título, que es el que ofrece la ‘cierta certeza’, una certeza no absoluta, sino relativa, pero en sí suficiente para legitimar a quien en él aparece como acreedor para promover la pretensión ejecutiva contra quien aparece en él como deudor”.



importa aquí si el ejecutante *afirma* que es aquel en cuyo favor se ha constituido el título: su nombre debe aparecer en éste y, una vez verificado, se puede dar por cumplido el requisito de la legitimación. Aquí vemos, pues, que la teoría de la afirmación pura y simple no puede ser aplicable a la ejecución.

No obstante, el 690 CPC no debe entenderse en el sentido de que el único legitimado para promover la ejecución *sería quien se encuentra, de manera expresa, mencionado en el título ejecutivo como titular de un crédito*. Este entendimiento terminaría por desconocer el mérito ejecutivo de muchos títulos que también están consagrados en el art. 688 CPC en caso haya existido alguna alteración en la titularidad del derecho allí reconocido. Además, se desconsideraría la dinámica propia de la transmisibilidad de titularidad de los derechos conferidos en un título ejecutivo. Piénsese el clásico ejemplo de una persona es beneficiaria de una letra de cambio, pero que posteriormente muere. Aquí, los herederos del causante son los legitimados para iniciar la ejecución a pesar de que, evidentemente, su nombre no aparezca en la literalidad del título. Además de acompañar el propio título, debe ofrecerse los documentos relativos a la sucesión intestada o al testamento, de ser el caso (Assis, 2002, pp. 270-271 y, en doctrina nacional, Ariano, 1998, pp. 229-230)⁽¹⁶⁾.

Vemos aquí que la teoría de la afirmación no permite dar cuenta de este fenómeno. No basta, de ninguna manera, que los herederos *afirmen* que son titulares. De hecho, si es que comparecen realizando esta afirmación acompañando únicamente el título, el juez debería denegar la ejecución por *falta* de legitimidad. De lo que se trata, pues, es que la habilitación para participar debe *probarse* con el testamento o con la sucesión intestada.

En nuestra opinión, la mejor interpretación del art. 690 CPC respecto de la legitimación activa parte por el hecho de que, *en caso no haya coincidencia entre el ejecutante y quien aparece mencionado en el título*, es necesario realizar un análisis a fin de buscar la coincidencia entre el polo activo de la relación material y el polo activo de la relación procesal (esto es, la parte ejecutante). Esto es lo que se conoce precisamente como *legitimación activa sobrevenida*; esto es, supuestos de situaciones legitimadoras producto de la existencia de *hechos supervinientes* a la creación del título ejecutivo que autorizan

al ejecutante a iniciar la ejecución⁽¹⁷⁾.

Así pues, teniendo todo esto presente, ¿dónde encontrar la legitimación del ejecutante para efectos de dar viabilidad a la ejecución? La respuesta es que ésta debe tener sustento en el mismo título ejecutivo *según su naturaleza* o, si no lo estuviese, que se pueda determinar que el ejecutante habría *adquirido la titularidad del derecho reclamado, derecho que precisamente está vinculado a la obligación objeto de ejecución*. Nótese que la adquisición del derecho reclamado es un análisis de mérito o, más rigurosamente, una porción de éste; se trata de una cuestión prejudicial para que, luego, se entre al *mérito ejecutivo* (determinación del cumplimiento de la obligación es susceptible de ser llevada adelante en sede ejecutiva).

Entonces, para recapitular, si el ejecutante ofrece como título ejecutivo una letra de cambio y su nombre *no aparece* en el documento en calidad de beneficiario (por la razón que fuera), a priori *no existe legitimación*, con absoluta prescindencia si es que lo afirma o no. No obstante, si el ejecutante es una empresa que alega que en dicha letra de cambio intervino la empresa que, con posterioridad a la suscripción de la letra—pero antes del inicio del proceso de ejecución—fue absorbida, entonces la situación cambia radicalmente. Aquí el juez debe atender no sólo a la obligación contenida en el título, sino también a otros documentos (pruebas) que demuestren que *existe coincidencia entre los polos activo y pasivo de la relación jurídica material*, para lo cual deberá comprobar si es que hubo una alteración de titularidad en el mundo material (esto es, la fusión).

En este sentido se encuentra Eugenia Ariano, quien señala que la regla general, esto es, la correspondencia entre ejecutante

(16) De otro lado, como es sabido, los derechos reconocidos en una transacción judicial, en un contrato de arrendamiento o en una escritura pública pueden ser objeto de libre disponibilidad, vía compraventa, cesión de derechos, donación, etc. Esto, inclusive, forma parte del derecho fundamental de libertad de contratación, reconocido en nuestra Constitución. Así, si se adopta la interpretación del art. 690 bajo análisis se llegaría a una solución que claramente no es reconocida por nuestro sistema jurídico: que una condición para iniciar la ejecución respecto de obligaciones contenidas en dichos instrumentos sea que no pueda haberse dado ningún tipo de transferencia ni disposición del derecho a fin de que haya una coincidencia plena entre la persona que figura en el título y el demandante en la ejecución. Esto, a nuestro juicio, no puede ser admisible.

(17) Para mayor información, véase “Manual do processo de execução”, de Araken Assis (2002, p. 270) y, en doctrina nacional, “Proceso de ejecución. La tutela ejecutiva en el Código Procesal Civil”, de Eugenia Ariano (1998, p. 230).



y parte en título ejecutivo sí admite excepciones. Se trata de lo que ella denomina “*legitimidad sobreviniente a la formación del título ejecutivo*”, la cual:

(...) implica una transferencia del derecho documentado en el título a favor de determinados terceros, transferencia que puede ser a título universal o particular, por acto *inter vivos* o *mortis causa*.

En todos estos casos, la legitimación no aparecerá ya en el título ejecutivo mismo, sino que debe ser probada mediante documentos que revistan la misma certeza que el título mismo. Por ello, el derecho o la obligación del causahabiente debe ser probada en el momento en que se presenta la demanda ejecutiva (...)

En tal sentido los sucesores, o mejor dicho, los causahabientes de los sujetos indicados en el título, subentran en la posición de las partes originarias, constituyendo también ellas, partes potenciales del proceso de ejecución, y como consecuencia, con legitimación, activa o pasiva, idéntica a sus causantes.

(...)

Hubiera sido muy oportuno que el art. 690 CPC regulara este supuesto, consagrando con precisión que también tienen legitimación ejecutiva los causahabientes, ya sea a título universal o particular por acto *inter vivos* o *mortis causa*, con la única carga de probar *in limine* la causa de la traslación del derecho o de la obligación en forma fehaciente (por ejemplo, con el testimonio del testamento, o con la sentencia de sucesión intestada, o con el testimonio de la escritura pública de fusión de sociedades, o copia certificada del reconocimiento de un documento privado que contiene una cesión de derechos; en este caso sí se justificaría la prueba anticipada [sic], etc. (Ariano, 1998, pp. 229-231).

Por su parte, Sergio Casassa explica el mismo fenómeno con un ejemplo bastante claro:

(...) Imaginemos que el Banco X es acreedor de la empresa Y, el título ejecutivo es un pagaré emitido por Y, sin embargo – sea antes o después del proceso, para efectos del ejemplo es lo mismo – el Banco X es absorbido por el Banco Z (quien no interviene para nada en el título ejecutivo). En este caso, existirá legitimación derivada y por ende sucederá en la posición de acreedor Z a X. Con el mismo caso, podría ser que la empresa Y sea absorbida por fusión por la empresa W. En este caso, la responsabilidad se trasladará (pese a no ser parte inicial de la relación obligatoria y no aparecer en el título ejecutivo a W) (Casassa, 2023, p. 256)⁽¹⁸⁾.

La lección de la doctrina nacional especializada en la materia parece ser inobjetable: la legitimación *no solamente se debe buscar en la literalidad del título ejecutivo* y, si así fuera el caso, el ejecutante cuyo nombre no aparece en éste deberá *aportar prueba* que, de manera liminar, permita determinar que hubo una traslación de la titularidad del derecho expresado en el título. Y, con ello, aunque Ariano y Casassa no lo dicen, debería quedar claro que la legitimación en la ejecución no puede ser

entendida como una “mera afirmación”.

5. Probar la legitimación: el caso de la escisión societaria

A efectos de reforzar nuestra tesis de que la teoría de la afirmación de la legitimación procesal debe ser desechada, quisiéramos trabajar con un caso tomado de la vida real (aunque omitiendo algunos datos). Podría parecer que se trata de un caso de gabinete, pero en realidad es todo lo contrario: la reorganización societaria que involucra la escisión de bloques patrimoniales es algo bastante común en la realidad empresarial. Este caso demostrará, a nuestro juicio, que el análisis de la legitimación, sobre todo cuando es sobrevenida, puede llegar a presuponer un ejercicio *probatorio más exigente que refleja cuán vinculado* se encuentra esta institución con el mérito del proceso (o, al menos, una porción de éste).

5.1. Consideraciones sobre la escisión del bloque patrimonial

La escisión es una institución jurídica regulada por la actual Ley General de Sociedades (en adelante, “LGS”). La LGS ha dedicado todo el título III (arts. del 367 al 390) a regular de forma detallada acerca de la figura de la escisión. En el art. 367 se define que mediante la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más *bloques* para transferirlos a otras sociedades. Se trata de una *escisión total* si se realiza la transferencia de todos los bloques patrimoniales en los que se ha dividido la sociedad, extinguiéndose esta como consecuencia de ello, o *escisión parcial*, si se transfiere uno o más bloques, pero la sociedad conserva su existencia y realiza un ajuste en el monto de su capital. Como producto de dicha operación, en ambos casos los titulares de la sociedad escindida reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad creada en dicho acto, o bien de la sociedad

(18) En el mismo sentido, véase “La tutela ejecutiva en el proceso civil”, de Martel Chang (2021, p.39). En el caso brasileño, por ejemplo, el art. 778 *caput* del Código de Proceso Civil de 2015 señala lo siguiente: “Puede promover la ejecución forzada el acreedor a quien la ley otorga título ejecutivo”. Al respecto, Didier Jr. et al (2019, p.328) indican que, a pesar de la dicción del artículo, “también es posible que la demanda ejecutiva sea propuesta por la sucesora de la persona jurídica, a pesar del silencio legal” [énfasis agregado].



absorbente que ya existía.

Mediante la escisión, por tanto, se busca que *en un solo acto societario complejo* se puedan transferir un conjunto de activos y/o pasivos y/o fondo empresarial, que en conjunto constituyen el denominado “*bloque patrimonial*”. El art. 369 LGS señala que un bloque patrimonial puede ser entendido como *i)* un activo o conjunto de activos; *ii)* el conjunto de uno más activos y uno o más pasivos; y como *iii)* un fondo empresarial. Respecto al primer supuesto, el valor del patrimonio siempre será positivo; respecto al segundo se entiende que el bloque patrimonial puede tener tres tipos de valores, uno positivo, uno negativo y uno neutro o cero, dependiendo del valor de la suma de activos y pasivos que lo componen; finalmente, en el tercer supuesto, tenemos que un fondo empresarial puede estar compuesto por un conjunto de bienes, derechos y relaciones jurídicas, necesarios para poder realizar una determinada actividad empresarial (Hernández Gazzo, 2011, p. 1268).

Vemos pues, que la escisión –en sus distintas formas– busca desconcentrar a la empresa mediante la segregación de uno o más bloques patrimoniales, permitiendo que sus titulares de cierta forma mantengan control o participen de los derechos y obligaciones inherentes a los activos y/o pasivos que componen el o los bloques patrimoniales escindidos. Elías Laroza señala que esta norma respondió a la necesidad de frenar las consecuencias negativas de las concentraciones empresariales, las cuales traen consigo la deficiencia en la administración de la empresa, así como la falta de dinamismo en la conducción de ésta y en la demora en la toma de decisiones. Todo ello redundaría, señala el autor, en un obstáculo para el desarrollo empresarial (1997, p. 275).

Por lo tanto, si no existiese una regulación sobre la escisión tal como la que se encuentra en la LGS, un empresario tendría que realizar una serie de actos y contratos sobre sus activos y/o pasivos para lograr el mismo objetivo que con la escisión, pero con los altos costos y entrapamientos contractuales que ello puede generar⁽¹⁹⁾. Por ejemplo, tendría que celebrar múltiples cesiones de derechos o de posiciones contractuales con otra empresa para efectos de transferir la titularidad de las diversas situaciones jurídicas de las que es parte. La escisión de un bloque patrimonial se creó precisamente para evitar todo esto.

Es preciso notar que, para lograr materializar una escisión en el Perú, la LGS impone una serie de requisitos formales, incluidos

requisitos de convocatoria, publicidad, auditoría de estados financieros e incluso la obligatoriedad de pasar por un periodo de oposición a favor de sus acreedores, pero en ningún caso exige que para lograr su eficacia se deban suscribir acuerdos paralelos respecto de cada uno de los componentes del bloque patrimonial. Es más, se establece expresamente en el artículo 378 que “la escisión entra en vigencia en la fecha fijada en el acuerdo en que se aprueba el proyecto de escisión conforme a lo dispuesto en el artículo 376. *A partir de esa fecha las sociedades beneficiarias asumen automáticamente las operaciones, derechos y obligaciones de los bloques patrimoniales escindidos y cesan con respecto a ellos las operaciones, derechos y obligaciones de la o las sociedades escindidas, ya sea que se extingan o no*” (énfasis nuestro). Cuando se habla que se “*asume automáticamente*” debe entenderse que la titularidad de derechos, obligaciones y otras situaciones jurídicas que podrían integrar el bloque patrimonial escindido, por el sólo mérito del acuerdo de escisión, pasan de una sociedad a otra (esto lo veremos con mayor detenimiento en el siguiente ítem).

En ese sentido, Elías Laroza puntualiza que la escisión merecía un tratamiento legislativo propio pues de esa forma se otorgó “seguridad, orden y simplicidad al procedimiento de reorganización empresarial que, de otra forma, tendría que ser enfrentado a través de una serie de operaciones sucesivas”, más aun teniendo en cuenta que la escisión “no es la suma de distintas operaciones sino un procedimiento de reorganización con caracteres propios, cuya utilidad e importancia justifican una regulación como la propuesta en la LGS” (1997, p. 275)⁽²⁰⁾.

5.2. Escisión de bloque patrimonial y legitimación derivada

Hemos dicho que, en virtud de la escisión, una empresa pasa a ocupar, *de pleno*

(19) Hay quienes señalan que el mismo objetivo se podría lograr con un aumento de capital; pero esto no es correcto porque únicamente mediante una escisión o una reorganización simple es que la empresa se puede desprender de un patrimonio negativo, y esto porque el bloque patrimonial escindido puede contener activos cuya sumatoria es inferior a la totalidad de los pasivos que la componen. Al respecto, véase “El valor neto negativo del bloque patrimonial que se transfiere en los procesos de reorganización societaria”, de Salas (2002, p. 161).

(20) Finalmente, tal como indica Hernández Gazzo en su momento, la regulación sobre escisión constituyó un avance sustancial para una regulación moderna y acorde con la relevancia que un mercado emergente como el peruano requería, por lo que, cualquier interpretación que desconozca dicho avance en la regulación societaria pone en riesgo la seguridad jurídica que tienen las empresas para reorganizarse (1997, p. 36).



derecho, la posición de otra en todas las situaciones jurídicas objeto de transferencia del bloque patrimonial. Asimismo, simultáneamente, la empresa que se desprende del bloque deja de ostentar dicha calidad, y todo ello sin que se requiera obligatoriamente de algún acto, negocio o contrato adicional para el cambio de la titularidad de tales situaciones jurídicas.

Tomemos el siguiente ejemplo. El directorio de la sociedad Alfa ha acordado que, por convenir a los intereses de la sociedad, se debe segregar un bloque patrimonial constituido por el activo “cuentas por cobrar”. Este activo se compone de créditos a personas jurídicas que probablemente tendrán problemas de pagos, de tal forma que este bloque será absorbido por la sociedad Beta, la cual tiene capacidad operativa y financiera para gestionar dicha cartera. Como consecuencia de esto, Beta incrementará su capital social, emitiendo nuevas acciones a favor de los accionistas de la sociedad Alfa. La junta de accionistas de las sociedades Alfa y Beta aprueban el proyecto de escisión presentado por sus respectivos directorios, el cual contiene todos los detalles exigidos por la LGS, incluida la relación de los elementos del activo que constituye el bloque patrimonial, y fijan como fecha de entrada en vigencia de la escisión la fecha de la emisión de la escritura pública que formaliza la operación (arts. 372, 376 y 378 LGS).

Una vez tomados los acuerdos, las sociedades involucradas en la operación realizan las publicaciones en los periódicos que la LGS exige y esperan el plazo de 30 días de oposición de acreedores que se requiere para solicitar el levantamiento de la escritura pública de escisión, a partir de la cual entra en vigencia la operación (arts. 380 y 381 LGS). Por lo tanto, Beta ya es la titular de todos los derechos que involucran al bloque patrimonial que le fue transferido sin perjuicio de la posterior inscripción de la escisión (lo cual en efecto ocurre).

Meses después, Beta identifica que uno de los créditos que formaba parte de las “cuentas por cobrar” del bloque patrimonial recibido está presentando problemas de pago por más de dos meses. Por ello, decide ejecutar el pagaré que había suscrito el deudor como respaldo del crédito que le fue otorgado originalmente por Alfa. Es así como el ejecutante beneficiado por la escisión del bloque patrimonial (en este caso, Beta) comparece al proceso con el título ejecutivo y, además, adjunta un testimonio de la escritura pública que formaliza el acuerdo de escisión. Lo que busca Beta es *demostrar* que es el nuevo legitimado, por más que ello no se indique en el título ejecutivo que está presentando.

En el contenido del proyecto de escisión, que forma parte de la escritura pública, se incluye el listado de las “cuentas por

cobrar” que conformaban el bloque patrimonial escindido, indicando expresamente que forman parte de las cuentas por cobrar “todos los créditos otorgados por la sociedad durante el periodo 2021 al 2023”, pero no se especifica los nombres y apellidos de los deudores ni otros detalles de la relación contractual; adicionalmente, se indica que forman parte del bloque patrimonial, tanto las “cuentas por cobrar” como “todas sus garantías, personales y reales, y todos los títulos valores que la respalden”.

Así, Beta, con la finalidad de *acreditar* su legitimidad para ejecutar el título, decide presentar además del pagaré y del testimonio de escritura pública, los informes de auditoría externa de los estados financieros cerrados el año anterior a la celebración de los acuerdos (que las sociedades tenían que poner a disposición de sus accionistas para que tomen la decisión de escisión) (art. 375 de la LGS) y, además, el informe de auditoría legal o *due diligence* que realizara una prestigiosa firma respecto de la situación legal de Alfa de forma previa a la operación de escisión, lo cual es una práctica usual en ciertas operaciones de reorganización societaria. En el informe de auditoría se describe de forma general cómo se componen las “cuenta por cobrar” de Alfa y, en el segundo, se encuentra un análisis de los activos y contratos que componen el bloque patrimonial que ulteriormente fuera absorbido en la operación. Esto buscaría probar que el pagaré en cuestión forma parte de las obligaciones vinculadas a las cuentas por cobrar que componían el bloque patrimonial que, finalmente, fue escindido.

De esta forma es que Beta busca *probar*, en el proceso ejecutivo, no otra cosa que es el nuevo legitimado para ejecutar el título valor, aun cuando no se hubiese realizado un endoso en el documento en sí mismo⁽²¹⁾. De ninguna manera bastaría que Beta realice una “afirmación” como reclamaría la teoría de la afirmación; se trata de una auténtica *probanza* que, inclusive, requeriría una amplia exposición argumental en la demanda

(21) De conformidad con lo establecido por el artículo 27 de la Ley de Títulos Valores, en caso el título valor sea transmitido por cesión u otro medio distinto al endoso, se transfiere al cesionario o adquirente todos los derechos que represente; pero lo sujeta a todas las excepciones personales y medios de defensa que el obligado habría podido oponer al cedente o transferente antes de la transmisión.



ejecutiva⁽²²⁾. En casos como este se espera que la demanda contenga todos los argumentos y acompañe todas las pruebas relevantes para acreditar que el demandante es el legitimado a ejecutar el título, sobre todo ante el riesgo de que la otra parte lo desconozca; además, el juez esperaría que así lo haga a fin de comprender por qué es que el ejecutante no es la misma persona que aparece en el título sin que haya existido endoso de por medio.

6. Conclusiones

Con el presente ensayo hemos querido demostrar que la “teoría de la afirmación” de la legitimación –que propone que la legitimación procesal sea entendida como *afirmación de titularidad*– debe ser desechada. Además de las diversas críticas de corte conceptual, hemos buscado colocar un ejemplo de la práctica societaria peruana con el objetivo de demostrar, con claridad, que aquella teoría no es capaz de dar cuenta del tipo de análisis que el juez debe realizar en casos de legitimación derivada en el proceso de ejecución (esto es, cuando el nombre del ejecutante no aparece en el título ejecutivo).

En el caso de la escisión societaria que genera una alteración de la titularidad de la obligación puesta a cobro en el proceso de ejecución, no basta con “afirmar” ser el nuevo titular, sino que debe realizarse un esfuerzo argumentativo y probatorio particularmente complejo para *demostrar* que hubo un cambio en la *situación legitimadora* que permite participar en un proceso como ejecutante a la empresa que recibe el bloque patrimonial, a fin de reclamar la satisfacción de un derecho. Esto se hace aún más complejo cuando el acuerdo de escisión no es particularmente detallado o cuando se busca englobar diversas obligaciones en la denominación genérica de “activo” o de “cuentas por cobrar”. Así, además del título, el ejecutante debería desplegar una actividad probatoria intensa para que el juez pueda dar por satisfecho el requisito de la legitimación.

Abandonar la teoría de la afirmación no llevaría a que se altere el tipo de decisión que el juez emite cuando se pronuncia sobre la legitimación. No habría, pues, cosa juzgada ni tampoco algún pronunciamiento sobre el mérito. Las consecuencias jurídicas ya están previstas en la norma procesal. Lo que cambiaría, esto sí, además de comprender mejor la naturaleza de la institución, es que la práctica acepte con naturalidad que, para analizar la legitimación, el juez deba ingresar a contrastar las alegaciones con las pruebas. Según nos parece, esto puede realizarse independientemente del momento procesal en que se deba examinar dicho requisito.

Referencias bibliográficas

- Assis, A. (2002). *Manual do processo de execução* (8ª ed). Thomson Reuters.
- Ariano, E. (1998). *Proceso de ejecución. La tutela ejecutiva en el Código Procesal Civil*. Rhodas.
- Casassa, S. (2014). *Las excepciones en el proceso civil*. Gaceta Jurídica.
- Casassa, S. (2023). Comentario al artículo 690. En M. Muro & M. Torres (Coord.), *Código Procesal Civil Comentado* (2ª ed) (pp. 254-259). Gaceta Jurídica.
- Cavani, R. (2023). Las condiciones de la acción: una categoría que debe desaparecer. En S. Espejo (Ed.), *El proceso civil en su laberinto. Ensayos para una reforma* (pp. 195-209). Zela.
- Calmon de Passos, J. J. (1959). *A ação no direito processual civil brasileiro*. Progresso.
- Comoglio, L.; Ferri, C. & Taruffo, M. (1995). *Lezioni sul processo civile. II: Procedimenti speciali, cautelari e esecutivi*. Mulino.
- Consolo, C. (2010). *Spiegazione di diritto processuale civile* (Vol. 2). Giappichelli.
- Didier Jr., F. (2016). *Curso de direito processual civil. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* (18ª ed, Vol. 1). JusPodivm.
- Didier Jr., F. & Arruda Alvim, T. (Coord.). (2018). *CPC brasileiro traduzido para a língua espanhola. Código de Processo Civil brasileiro de 2015*. Jus Podivm.
- Didier Jr., F. et al. (2019). *Curso de direito processual civil, 5: Execução* (9ª ed). JusPodivm. <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/6010>
- Elías, E. (1997). La escisión de sociedades. *Themis*, 36, 273-282. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11744>
- Gómez, E. (2009). *Derecho y proceso (estudios compilados y revisados por M. Gómez Mendoza)*. Civitas.
- Hernández, J. (1997). Reorganización de sociedades: fusión y escisión. *Revista IUS ET VERITAS*, 8(14), 27-36. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15703>
- Hernández, J. (2003). Apuntes sobre la reorganización simple en la legislación peruana. En *Tratado de derecho mercantil* (1ª ed., Tomo 1) (pp.1207-1225). Gaceta Jurídica.

(22) Vale la pena insistir que no cabe que el juez pida algún “acuerdo” o “documento” en que se pacte alguna cesión de derechos o cesión de posición contractual de los derechos contenidos en la donación ya que, como se ha dicho, la transferencia del bloque patrimonial implica precisamente el cambio de titularidad que es lo que produce la cesión.



Liebman, E. (1957). *Manuale di diritto processuale civile* (2ª ed., Vol. II). Giuffrè.

Loreto, L. (1970). Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad. En *Ensayos jurídicos* (pp. 15-76). Fabretón.

Luiso, F. (2022). *Diritto processuale civile, I. Principi generali* (13ª ed.). Giuffrè.

Mandrioli, C. & Carratta, A. (2022). *Diritto processuale civile. I. Nozione introduttive e disposizioni generali* (28ª ed.). Giappichelli.

Mandrioli, C. & Carratta, A. (2023). *Corso di diritto processuale civile. III. I processi speciali, l'esecuzione forzata e le procedure alternative (editio minor)* (19ª ed.). Giappichelli.

Martel, R. (2021). *La tutela ejecutiva en el proceso civil*. Universidad de Lima.

Monroy Gálvez, J. (2023). *Las pretensiones en el contencioso administrativo*. Palestra.

Montero Aroca, J. (1994). *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*. Civitas.

Nieva, J. (2015). *Derecho procesal II. Proceso civil*. Marcial Pons.

Prado, R. & Zegarra, O. (2018). La legitimación en el proceso civil peruano. *Revista IUS ET VERITAS*, 56, 44-60. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201801.003>

Priori, G. (2019). *El proceso y la tutela de los derechos*. Fondo Editorial PUCP.

Salas, J. (2002). El valor neto negativo del bloque patrimonial que se transfiere en los procesos de reorganización societaria. *Revista IUS ET VERITAS*, 13(25), 161-167. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16204>

Satta, G. & Punzi, C. (1996). *Diritto processuale civile* (12ª ed.). Cedam. 



No todo es cautelar: hacia una tipificación de figuras distintas en perspectiva comparada^(*)

Not everything is precautionary: towards a typification of different figures in comparative perspective

Gabriel Valentin^(**)

Universidad de la República (Montevideo, Uruguay)

Resumen: En este artículo se presentan y distinguen medidas que tradicionalmente se ubicaban todas dentro del género de lo cautelar, pero que en los últimos años se han tratado de identificar con mayor precisión. La distinción entre estas medidas es relevante, entre otras razones porque sus requisitos no son idénticos, no todas ellas se admiten en los mismos casos y el procedimiento para adoptarlas debe ser distinto, por razones claramente justificadas. El abordaje del tema se realiza, a modo exploratorio, a partir de la selección los sistemas peruano y uruguayo.

Palabras clave: Medida cautelar - Medida anticipativa - Medida asegurativa de prueba - Medida autosatisfactiva - Derecho Procesal - Sistema jurídico uruguayo

Abstract: This article presents and distinguishes measures that were traditionally all located within the precautionary genre, but that in recent years have attempted to be identified with greater precision. The distinction between these measures is relevant, among other reasons because their requirements are not identical, not all of them are admitted in the same cases and the procedure to adopt them must be different, for clearly justified reasons. The topic is approached in an exploratory manner, based on the selection of the Peruvian and Uruguayan systems.

Keywords: Precautionary measure - Anticipatory measure - Proof assurance measure - Self-satisfactory measure - Procedural Law - Uruguayan Legal System

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 16 de abril de 2024 y su publicación fue aprobada el 07 de julio de 2024.

(**) Catedrático de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Director del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal. Director de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal. Correo electrónico: gavalen@gmail.com.



1. Introducción

Las relaciones entre el tiempo y el proceso han sido analizadas en los últimos años desde diversas ópticas⁽¹⁾. Lo cierto es que el tiempo, esa idea que a veces resulta inasible⁽²⁾, atraviesa todas las categorías del proceso. Sólo a título de ejemplo, desde la perspectiva de las *normas*, se plantean la cuestión de determinar los momentos en que ocurren su existencia, su entrada en vigencia y el cese de esa vigencia, y qué supuestos están temporalmente comprendidos en la disposición normativa (la llamada “aplicación en el tiempo”); desde la mirada del *objeto* se analizan las variaciones en la realidad, que pueden llevar a que sea necesario alegar hechos nuevos y, cuando el proceso ya concluyó, la posibilidad de promover uno nuevo que tenga en cuenta aquellas variaciones⁽³⁾.

No obstante, también se plantea la posibilidad de que ocurra un cambio de tal relevancia que un proceso deba clausurarse por desaparición del objeto⁽⁴⁾; en el caso de los *sujetos* se plantea la relevancia del tiempo como factor para determinar las capacidades para ser y actuar como parte, y sus variaciones, así como la incidencia de la muerte de la persona física o la extinción de la persona jurídica; en las *situaciones jurídicas* (digamos, genéricamente por razones de brevedad, derechos y deberes), el análisis de la preclusión, la caducidad y la decadencia como causantes de su actualización, modificación o extinción; para los *actos*, la relevancia del tiempo para su realización regular (días y horas hábiles ordinarios y extraordinarios, momentos y plazos en que los actos pueden realizarse); si atendemos a las *funciones* o *actividades* que se cumplen en el proceso, el orden y la secuencia de su desarrollo, el impacto en las fuentes de prueba (algo de eso trataré luego), etc.; finalmente, en la óptica de las *estructuras*, el estudio de la propia organización de la serie procesal, la correlación de

procesos en el tiempo (procesos precedentes, paralelos y sucesivos), etc.

Ahora bien, desde una mirada aún más general, pero directamente conectada con el tema a tratar, debe recordarse que, precisamente, uno de los parámetros más importantes para medir la eficacia del proceso jurisdiccional es el de la *oportunidad* de sus decisiones⁽⁵⁾. Es decir, de la relevancia de que la eliminación de la insatisfacción jurídica ocurra en un momento en que ella aún sea conveniente y útil, por ello satisfactoria, para la persona que reclama.

Por supuesto que el problema no se plantearía si existiera una herramienta para satisfacer pretensiones en forma instantánea. El punto ha sido especialmente expuesto por Calamandrei:

A fin de que la reintegración del derecho obtenido por vía jurisdiccional pudiera resultar prácticamente de igual eficacia y oportunidad que la ejecución voluntaria, sería necesario que la declaración de certeza y la puesta en práctica de los medios de coacción, actuasen instantáneamente, de manera que tomasen la situación de hecho como era en el momento en que, de la norma abstracta, nació el precepto individualizado, y de poder proveer así re adhuc integra (1996b: 156-157).

El tema central es, indudablemente, que el proceso jurisdiccional, como obra humana, requiere de un tiempo imprescindible para eliminar la insatisfacción jurídica. Sin

- (1) Para mayor información, véase “El tiempo y el proceso”, de Adolfo Gelsi Bidarta (1969); “Introducción al estudio del proceso: La psicología y la sociología del proceso. El ombudsman (la defensa de los intereses difusos)”, de Dante Barrios de Ángelis (1983, pp. 289-302); “El tiempo y el proceso”, de Rafael Bielsa & Eduardo Graña (1994). Asimismo, véase la primera parte de “La revolución procesal”, de Adolfo Rivas (1998: pp. 113-124).
- (2) San Agustín (2010, p. 567), en sus “Confesiones” dijo: “¿Qué es entonces el tiempo...?”
- (3) Es lo que se plantea con las cuestiones *rebus sic stantibus*. Sobre el tema, véase “Efficacia ed autorità della sentenza”, de Enrico Tullio Liebman (1935: 16-19). Si nadie me plantea la cuestión, lo sé. Si quisiera explicarla a quien la plantea, no lo sé”
- (4) Sobre las modificaciones al objeto del proceso, véase “Derecho Procesal”, de Alejandro Abal Oliú (2016, pp. 194-213); “Proceso ordinario en el Código General del Proceso”, de Selva Klett (2014, pp. 55-75) y “Principio de congruencia y regla iura novit curia en el proceso civil uruguayo”, de Gabriel Valentin (2013, pp. 119-151). En cuanto a la desaparición del objeto, es lo que la doctrina española denomina “carencia sobrevenida de objeto” (en expresión recogida por la ley, v. art. 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española) o “desaparición del objeto procesal”, y la doctrina italiana “cesazione della materia del contendere”; y ocurre cuando sobreviene una situación de hecho que deja al proceso en curso sin objeto a resolver.
- (5) Así, se ha señalado con acierto que “El concepto de oportunidad es –sin embargo– relativo, aunque en una línea de máxima podría hacérselo coincidir con el de instantaneidad. En cualquier caso, parece indudable que a medida que el tiempo hace que las partes se alejen del momento en que una determinada concentración de factores las decidió a ocurrir ante un juez a dirimir su conflicto, la oportunidad (y la eficacia) de la decisión que se pronuncie será, paulatinamente, menor o más débil” (Bielsa & Graña, 1994, p. 189).



embargo, resulta que durante ese tiempo la variación o, en ocasiones, la no variación de las circunstancias iniciales puede determinar que la eliminación de la insatisfacción jurídica no sea integral o, peor aún, que ya sea absolutamente imposible eliminar la insatisfacción jurídica. También puede ocurrir que por la sola la demora en obtener la satisfacción se haya generado un daño ya irreparable, etc.

Por supuesto que el problema central es el de la oportunidad de las *decisiones definitivas*, ya que fue en ocasión del estudio de la efectividad de estas últimas que surgieron las mayores preocupaciones sobre el tema. No obstante, en rigor el transcurso tiempo también plantea problemas para la adopción de *decisiones intermedias*, probatorias por ejemplo, que sean útiles.

Pues bien, para solucionar los diversos problemas y desafíos que el tiempo plantea a la realización de la función jurisdiccional se han propuesto distintas “medidas”. Estas se clasifican conforme a distintos criterios y que se ubican sea como especies de un mismo género o como géneros diferentes; aunque siempre claramente conectados por algunos presupuestos, requisitos y objetivos comunes o similares.

La mayoría de la doctrina, e incluso de las regulaciones procesales, ubicaron a todos estas figuras como especies del mismo género, al que se denomina “cautelar”. Es el caso, por citar un ejemplo paradigmático, de la postura de Calamandrei, que incluyó, dentro de los instrumentos de tutela cautelar a las *providencias instructorias anticipadas*, las que luego llamo “asegurativas de prueba”; las *providencias dirigidas a asegurar la ejecución forzada*, que después identifiqué como las típicas “cautelares”; la *anticipación de providencias decisorias*, que más adelante denominé “anticipativas” o “provisionales”; y las *cauciones procesales*, esto es, la “contracautela”, que es una típica medida cautelar⁽⁶⁾.

Sin embargo, la aparición de nuevas figuras y la advertencia de que cada una de ellas tiene algunos presupuestos y requisitos específicos, que los supuestos de procedencia son diferentes, que los procedimientos en que se adoptan deberían ser distintos, y otros aspectos que justifican una adecuada delimitación, ha llevado a tratar de identificar un sistema en el que no todo puede reconducirse a lo *cautelar*⁽⁷⁾, y esas

disquisiciones, como veremos, han tenido su reflejo en las sistematizaciones normativas más recientes. Sin embargo, en ese afán de distinguir corremos el riesgo de perdernos en la diversidad, por lo que parece importante volver sobre el punto y tratar de identificar y agrupar las distintas categorías conforme a un orden razonable y justificado.

A mi juicio deben diferenciarse tres distintos problemas y sus posibles soluciones, y a partir de allí identificar los distintos géneros de instrumentos. Algunos de ellos caracterizados por ser típicamente adoptados a través de procesos accesorios o secundarios, y otros mediante procesos que, aunque sean estructuralmente más breves que la generalidad, no dejan de ser típicamente principales. Estas distinciones son necesariamente tributarias de las reflexiones realizadas con anterioridad por la doctrina⁽⁸⁾, pero introducen algunos agregados y matices que a mi juicio permiten una visión más integral del tema. Así, en este trabajo, como parte de una investigación comparada más amplia, introduzco el tema desde la mirada de los sistemas procesales peruano y uruguayo.

Una última precisión preliminar: la calificación de lo “cautelar” es objeto de una vieja disputa que oscila entre las distintas categorías del proceso, al punto que se ha hablado de una “*querrela de las categorías*” (Barrios de Ángelis, 1990, p.62). Se habla, a veces preferentemente, y a veces indistintamente, de “acción” cautelar o, más propiamente, *pretensión*, de *proceso* cautelar, de *providencia* o sentencia cautelar, y de *medida* cautelar. Aunque la disputa se ha centrado en la idea de lo cautelar, puede trasladarse íntegramente a las demás especies.

(6) En la edición en castellano, véase “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, de Piero Calamandrei (1996, pp. 53-68). Asimismo, Tarzia (2008) señalaba que “si può ben dire che la sistemazione di Calamandrei, salvo per alcuni (ma non trascurabili) aspetti, sia ancora oggi dominante”. En Uruguay la postura fue compartida por Tarigo (2015: 363-368); del mismo modo, Barrios de Ángelis también ubicaba a las “provisionales” o “anticipativas” dentro de la idea cautelar (1990: 86-90).

(7) La bibliografía sobre el tema es absolutamente abrumadora, y el punto requeriría un análisis monográfico específico, por lo que en este trabajo exploratorio me limitaré a recordar los estudios de Alejandro Abal en Uruguay (1989: 77-101; 1992: 221-223; 1994: 57-65; 1995: 23-35; 1997: 129-146; 1999: 131-143; 2022a: 238-434) y el interesante aporte de Jorge Rojas (2009) en su libro “Sistemas cautelares atípicos”.

(8) Como los aportes de Alejandro Abal citados en la nota anterior; pero también, necesariamente, los análisis realizados desde distintos sistemas y concepciones.



Comparto con Barrios de Ángelis que es posible, desde una perspectiva teórica, tratar la idea cautelar desde cualquiera de las categorías (1990, p.62-63). Es posible estudiar la pretensión cautelar, el proceso en que esa pretensión se sustancia, la providencia que la resuelve, o la medida en sí misma, ordenada por la providencia que hace lugar a la pretensión cautelar. Asimismo, para quienes distinguimos entre medidas cautelares, anticipativas, asegurativas de prueba, etc., como géneros distintos, puede trasladarse la misma idea a cada una de ellas. Formulada esta precisión, en adelante pondré el foco en las “medidas”, sin perder de vista esa progresión que va desde el planteo del problema, pasando por el camino a seguir para debatir acerca de él, y concluyendo con la adopción de una específica forma de tutela.

2. La necesaria diferenciación de los problemas y sus soluciones (las “medidas”) en clave comparada

2.1. Las medidas cautelares

El primer problema de individualizar es que durante el período de tiempo que insume el proceso se puedan alterar las circunstancias que harían posible la efectiva ejecución de una resolución jurisdiccional. El caso más dramático, dentro de los comprendidos en este problema, es aquél en que la alteración de las circunstancias hace directamente imposible la ejecución de la sentencia definitiva: el demandado enajena todos sus bienes embargables, o destruye la cosa reivindicada, etc.

Para enfrentar este primer problema existen distintas soluciones generales que el Derecho Procesal ha diseñado a partir del reconocimiento de la idea central de la *tutela jurisdiccional efectiva* y una de sus derivaciones principales, el *derecho a ser juzgado en un plazo razonable*: la abreviación de los plazos, la eliminación de actos procesales innecesarios, la aceleración de las funciones o actividades procesales a través de distintos instrumentos como las concentraciones de actos, actos de contenido y funciones múltiples, etc. y la creación de estructuras principales más breves que la prevista como regla general para el llamado proceso principal “ordinario” o “general”, etc.⁽⁹⁾ Pero además de esas soluciones generales, el instrumento específico diseñado por el Derecho Procesal para combatir ese problema es la medida cautelar.

En concreto, las medidas cautelares son aquellas que se disponen a través de una resolución del tribunal, en forma preliminar⁽¹⁰⁾ o durante el transcurso de un proceso principal de cualquier tipo. Además, a través de *distintas técnicas* persiguen *una finalidad específica*, que es la de evitar la frustración de la efectiva ejecución forzada de otras resoluciones procesales. En especial, la efectiva ejecución de la sentencia definitiva de condena.

Esa finalidad se puede lograr a través de dos tipos genéricos de medidas cautelares, las *conservativas* o *de no innovar* y las *innovativas* o *de innovar*⁽¹¹⁾, que, como adelanté, logran la finalidad cautelar mediante diversas técnicas específicas. En el caso de las *medidas cautelares conservativas* o *de no innovar* en sentido amplio, para lograr la finalidad específica del género cautelar se trata de impedir que se realice una actividad que altere las circunstancias que actualmente se presentan y hacen posible que una eventual sentencia de condena u otra providencia pueda ser ejecutada forzosamente (Valentín, 2020, p.23).

Son clásicos ejemplos de estas medidas el embargo, por el cual se afecta o vincula formalmente un bien o un conjunto de bienes a la futura “enajenación” en vía de ejecución forzada⁽¹²⁾; el secuestro, por el cual se afecta o vincula formalmente uno o varios bienes a una futura “dación” forzada⁽¹³⁾; la prohibición de innovar en sentido estricto, por la cual se ordena mantener una situación de hecho o jurídica a los efectos de cualquiera de las formas de ejecución forzada de una sentencia, aunque en muchos casos la prohibición de innovar es en realidad un anticipo de la sentencia definitiva, en cuyo caso estamos ante una medida “anticipativa” o “provisional”⁽¹⁴⁾; la anotación o inscripción

(9) Para todas estas alternativas la tecnología nos ofrece distintas posibilidades transformadoras.

(10) CPC Perú, art. 636; CGP Uruguay, art. 311.

(11) A veces se utiliza la expresión “*conservativas*” para calificar al género de las medidas cautelares. Como se ha advertido, la calificación es errónea, ya que no todas las medidas cautelares son conservativas. Para mayor información, véase Abal Oliú, A. (2022a: 238).

(12) CPC Perú, arts. 642, 644-646, 648-650, 653-663, 665- 672; CGP Uruguay, arts. 316.2 y 380-382.

(13) CPC Perú, arts. 643, 644, 647, 651, 652 y 664; CGP Uruguay, art. 316.2.

(14) CPC Perú, art. 687; CGP Uruguay, art. 316.2.



de demanda en los registros⁽¹⁵⁾; etc.; o, aunque no esté específicamente nominada o regulada, cualquier otra medida que sea idónea para la finalidad perseguida, puesto que se reconoce una “potestad cautelar genérica” de los jueces⁽¹⁶⁾.

En el caso de las *medidas cautelares innovativas* o *de innovar*, en tanto, el medio para procurar la finalidad cautelar es realizar una actividad que permita mantener aquellas circunstancias que al inicio hacían prever como posible la efectiva ejecución forzada de una eventual sentencia de condena, o el cumplimiento de otra providencia (Valentin, 2020, p. 24)⁽¹⁷⁾. Los ejemplos también son clásicos: disponer el depósito del cargamento de mercadería perecedera objeto de una “acción” reivindicatoria en una cámara de frío, para evitar que el objeto reivindicado perezca, o disponer la enajenación anticipada de ese bien perecible o cuyo valor pueda alterarse por el paso del tiempo o cualquier otra causa⁽¹⁸⁾.

Las medidas cautelares, a su vez, pueden ser *nominadas*, es decir, tener un nombre específico dado por el legislador, como es el caso de las medidas de embargo, secuestro, etc., o *innominadas*, como son todas las medidas cautelares que se pueden adoptar en aplicación de la ya mencionada potestad cautelar genérica.

Por otra parte, las medidas cautelares pueden ser *típicas*, es decir, tener una regulación específica de presupuestos, procedimiento para su adopción, etc., o *atípicas*, que son aquellas que carecen de una regulación específica, a veces porque el legislador lo considera innecesario, y en ocasiones por omisión suya. El concepto de *tipicidad*, que se utiliza en otras disciplinas, como el derecho penal o el derecho de los negocios jurídicos, refiere a la existencia de una descripción específica de los supuestos, la formulación y efectos de la medida cautelar de que se trate. Por ejemplo, el codificador peruano incluye una regulación bastante detallada de algunas medidas, como el embargo, el secuestro o la inscripción de demanda; en cambio, el uruguayo sólo regula detalladamente al embargo, a lo que deben añadirse las regulaciones de ciertas medidas en leyes especiales.

Esta falta de regulación específica genera diversos problemas que se intentan solucionar a través de los principios, la analogía y los aportes de la doctrina y jurisprudencia, problemas y soluciones que no puedo abordar aquí. No hay que confundir esta última clasificación con la anterior: la medida puede ser nominada, esto es, tener un nombre específico, y estar regulada y por eso ser también típica, como ocurre en el CGP uruguayo con el embargo; o ser nominada pero no tener una regulación específica, y por eso ser atípica, como es el caso de la prohibición de innovar en el mismo sistema.

Las medidas cautelares tienen, entre sus presupuestos, uno que es específico y por ello típicamente caracterizante de ellas: el *peligro en la demora*, o sea, el peligro de que ocurra o no una eventual alteración de las circunstancias que haga imposible la ejecución de la eventual ulterior sentencia a dictarse⁽¹⁹⁾. Por ejemplo, el deudor va a enajenar todos los bienes conocidos que podrían ser enajenados en una futura ejecución forzada, o deja que la cosa que se reivindica se deteriore, etc.

En cuanto a su procedencia, estas medidas se pueden adoptar en cualquier proceso jurisdiccional, estatal o arbitral, de conocimiento o de ejecución, ordinario o no ordinario⁽²⁰⁾, es decir que no se necesita una autorización específica para que puedan disponerse. Como vimos, pueden adoptarse en cualquier etapa del proceso, incluso en una diligencia preparatoria⁽²¹⁾ y que pueden disponerse no solo las nominadas por la ley, sino cualquier otra medida que sea idónea para el logro de la finalidad cautelar⁽²²⁾; pueden adoptarse respecto de cualquier persona,

(15) CPC Perú, art. 673; CGP Uruguay, art. 316.2.

(16) CPC Perú, art. 629; CGP Uruguay, art. 316.1.

(17) Para mayor información, véase el CPC Perú, específicamente los artículos 682 al 686, aunque algunas de las medidas parecen ser más bien anticipativas, como la prevista en el art. 684.

(18) CPC Perú, art. 618 inciso final; CGP Uruguay, art. 317.2. Como advierte Abal Oliú, esta medida es una típica medida cautelar innovativa, pero no es un supuesto de las que llamamos medidas “provisionales”, “anticipativas” o “anticipadas” en sentido estricto (2022a: p. 239). Sin embargo, tanto el Código peruano como el uruguayo, equivocadamente, lo incluyen dentro de un artículo que refiere a las medidas que llaman “anticipadas” o “provisionales”.

(19) CPC Perú, art. 611; CGP Uruguay, art. 312.

(20) CGP Uruguay, art. 311.1; CPC Perú, art. 629.

(21) CPC Perú, art. 636; CGP Uruguay, art. 306 num.4 y 311.2.

(22) CPC Perú, art. 629; CGP Uruguay, art. 316.1.



física o jurídica, privada o pública⁽²³⁾; y las disposiciones concretas que regulan su adopción en procesos especiales no son más que la consagración de regímenes específicos de tutela cautelar, pero no excluyen otras medidas que puedan adoptarse y que sean idóneas para la finalidad perseguida⁽²⁴⁾.

En cuanto al procedimiento para su adopción, algunos códigos modernos han optado por consagrar de regla el trámite bilateral. Por ejemplo el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) española del año 2000 dispone que como regla general el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares “*previa audiencia del demandado*”. Como excepción se establece que puede acordarse sin más trámite “*cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar*”⁽²⁵⁾.

A mi juicio esa solución sólo se explica por no haber distinguido adecuadamente las medidas cautelares de las anticipativas o provisionales. En las primeras, el riesgo de la alteración o no alteración de las circunstancias que permitirían una ejecución forzada de la eventual sentencia de condena hace imprescindible que el trámite inicial sea unilateral, puesto que cualquier sustanciación de la demanda cautelar podría determinar la frustración anticipada de la medida. En cambio, en las segundas, el daño consistente en la privación de la insatisfacción jurídica no inhibe la posibilidad de una

sustanciación, aunque más no sea breve, y por ello la bilateralidad previa se impone, por ser la forma óptima del contradictorio.

En esta línea, el CGP uruguayo, en solución que entiendo técnicamente ajustada, consagra el trámite unilateral para las medidas cautelares (314) y el bilateral para las medidas anticipativas o provisionales (317.3). En cambio, el CPC peruano prevé el trámite unilateral para las medidas cautelares (637), y no regula un trámite específico para las anticipativas.

2.2. Las medidas anticipativas (o provisionales, o anticipadas)

El segundo problema a identificar es que el titular de la insatisfacción jurídica recién puede lograr su eliminación en el momento en que se dicte la sentencia definitiva declarativa o constitutiva. Incluso, como regla, se requiere que esa sentencia quede firme o con la culminación de los actos de ejecución de la sentencia de condena como regla, también firme. Ello significa que durante el período de tiempo que va entre el surgimiento de la insatisfacción y su efectiva eliminación, se ve

(23) Sin embargo, en el caso concreto de la medida cautelar de embargo, la ley procesal excluye en general medidas para futura ejecución forzada contra los poderes del Estado u otras personas públicas (CPC Perú, art. 616 inc. 1) o, más específicamente, el embargo sobre los bienes, cuentas o créditos “del Estado y de los Gobiernos Departamentales” (CGP, art. 381, num.8). Sobre el alcance de esta específica inembargabilidad, véase “La reforma del Código General del Proceso”, de Gabriel Valentin (2014: 409-410); “Derecho Procesal”, de Alejandro Abal Oliú (2022a, p. 312). Por otra parte, en Uruguay también existen diversas disposiciones que establecen la inembargabilidad del patrimonio de ciertas personas jurídicas públicas que no integran el Estado (las referidas a personas públicas no estatales, como, por ejemplo, el art. 25 de la ley 16.065, de 6 de octubre de 1989, que establece la inembargabilidad de los bienes del Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria) y privadas (como, por ejemplo, el art. 112 de la ley 16.713, que establece la inembargabilidad de los bienes y derechos que componen el patrimonio de los Fondos de Ahorro Previsional). En el caso del Estado y los Gobiernos Departamentales, la inembargabilidad tiene, como contrapartida, la consagración de un sistema de ejecución alternativo (CGP, arts. 400 y 401). En cambio, en el caso de las disposiciones que consagran inembargabilidades de todo el patrimonio de ciertas personas jurídicas públicas o privadas no se establece, a su vez, un sistema de ejecución alternativo; por lo que esas disposiciones son, a mi juicio, inconstitucionales. En el caso de Perú, también se excluyen las medidas cautelares para futura ejecución forzada contra bienes de particulares asignados a servicios públicos indispensables prestados por las personas públicas que se mencionan en la ley, cuando afecten su normal desenvolvimiento (CPC, art. 616).

(24) La regulación de hipótesis específicas contempla circunstancias especiales en que el legislador ha querido dispensar de alguno de los presupuestos o requisitos para adoptar determinada medida, o les ha atribuido un modo especial de acreditación, etc., pero no supone excluir la tutela cautelar para otros supuestos. En ese sentido, para mayor información sobre el derecho argentino, véase De Lázari, E. (1995: 14).

(25) Artículo 733. Audiencia al demandado. Excepciones.

1. Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título. El auto será notificado a las partes sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas”.

La redacción del apartado 2 fue dada por el art. 1.9 de la ley 19/2006, de 5 de junio de ese año.



privado de la disponibilidad del bien jurídico. Por ejemplo, el trabajador que reclama rubros salariales adeudados, que se ve impedido de disponer del dinero correspondiente a esos rubros durante todo el transcurso del proceso hasta que logra, voluntaria o forzosamente, el cumplimiento de la sentencia de condena.

Nuevamente, en este caso, la aceleración del proceso por distintas vías, como las ya enumeradas, puede ser una posible solución. Otra posible alternativa es la creación de estructuras principales no ordinarias, más breves, que no sean revisables en un proceso ordinario posterior (Abal Oliú, 2022a, p. 353), o con posibilidad de revisión en un proceso ordinario posterior, pero sin efecto suspensivo de lo resuelto. Estas soluciones han tenido mayor o menor fortuna, en ocasiones por problemas de diseño⁽²⁶⁾, y en otras por malas prácticas⁽²⁷⁾.

No obstante, indudablemente la herramienta específica de mayor desarrollo es la que se denomina medida anticipativa, también llamada “provisional” o “anticipada”⁽²⁸⁾, a la que debe añadirse la llamada medida “autosatisfactiva”, o “directamente satisfactiva”, que analizo más adelante. En concreto, las medidas anticipativas son aquellas que se disponen a través de una resolución del tribunal y cuya *finalidad específica* es evitar el perjuicio adicional que se causa a la parte actora, por no satisfacerse su pretensión durante el tiempo que demora el proceso, a cuyo efecto se utiliza una única técnica: el acogimiento anticipado y provisional de esa pretensión, mediante una resolución que luego podrá ser confirmada o revocada por la sentencia definitiva⁽²⁹⁾.

Esta definición toma dos aspectos esenciales para captar la esencia íntima de la medida anticipativa: la *finalidad* de la medida, evitar el perjuicio adicional que se causa a la parte actora, por no satisfacerse su pretensión durante el tiempo que demora el proceso, y el *instrumento o técnica* apta para ello, el acogimiento anticipado de la pretensión. Es que mientras la medida cautelar utiliza distintos instrumentos o técnicas para lograr la finalidad, lo específico de la medida anticipativa es que utiliza una sola: la de hacer lugar, anticipada y provisoriamente, total o parcialmente, a la pretensión del actor.

Los ejemplos son claros: la fijación de alimentos provisionales en un proceso de alimentos⁽³⁰⁾; la fijación anticipada de un régimen de convivencia (“tenencia”) o relacionamiento (“visitas”) con un niño o adolescente⁽³¹⁾; la determinación de una servidumbre provisoria en un proceso en el que se pretende la fijación definitiva de esa servidumbre; la intervención judicial provisoria en un proceso en el que se pretende la sustitución de las autoridades de la sociedad o de un administrador de bienes⁽³²⁾; la orden de cese de publicidad engañosa o de cese de competencia desleal en los procesos en que se pretende la cesación definitiva de esos actos, etc.

En cuanto a sus presupuestos, el caracterizante de las medidas anticipativas no es el *peligro en la demora*, sino la existencia de un *daño irreparable* o de *difícil reparación* o, al menos, un *daño grave*. Es decir no la probabilidad de un daño futuro en eso consiste, en definitiva, el peligro, sino la existencia de un daño actual y de ciertas características. Por ejemplo, la niña que reclama alimentos sufre actualmente la privación de medios para satisfacer sus necesidades básicas, el titular de un predio que reclama la imposición de una servidumbre de paso no tiene ninguna salida a un camino público, etc. Estas medidas se rigen por las mismas pautas que ya indiqué para las medidas cautelares en cuanto a sus posibilidades de adopción⁽³³⁾.

Sin embargo, en cuanto a su procedencia, la satisfacción anticipada de la pretensión está excluida para la materia penal, en la que no se admite que la condena llevarse a

(26) Por ejemplo, una fórmula insatisfactoria es la del proceso extraordinario regulado por el CGP Uruguay (artículo 346 y 347), que por varios problemas de diseño nunca fue una fórmula eficiente, lo que ha llevado a la búsqueda de las soluciones anticipatorias o provisionales, como es el caso de los alimentos, tenencia o visitas provisionales.

(27) En la práctica, muchas veces, ocurren apartamientos de la estructura prevista por el legislador, y se surgen deficiencias que se suman a las propias del diseño.

(28) Si bien en Uruguay, a influjo de los notables aportes de Abal Oliú, se ha difundido la expresión *medida provisional*, la que incluso he utilizado en análisis anteriores (véase, por ejemplo, Valentin, G., 2020, p. 24), creo que es más precisa la denominación *medida anticipativa*, porque se conecta más con la técnica propia que ella utiliza para eliminar el daño grave o de difícil reparación.

(29) CPC Perú, art. 618 inc. 1 y arts. 674 a 681; CGP Uruguay, art. 317.

(30) CPC Perú, art. 675.

(31) CPC Perú, art. 677.

(32) CPC Perú, art. 678; CGP Uruguay, art. 316.2.

(33) En el caso del CPC peruano esta conclusión se extrae por la propia ubicación de las medidas dentro del título del “Proceso cautelar”; en el caso del CGP uruguayo, por la misma circunstancia y la remisión del art. 317.3.



la práctica hasta que la sentencia definitiva que la disponga quede firme⁽³⁴⁾. Todas las privaciones o limitaciones a la libertad física en el proceso penal sólo pueden justificarse por razones típicamente cautelares. Es decir, para asegurar la futura ejecución de la sentencia de condena, o asegurativas de prueba⁽³⁵⁾.

Por otra parte, a mi juicio debe considerarse excluida la posibilidad de adoptar medidas anticipativas en todos los procesos relativos a cuestiones indisponibles⁽³⁶⁾. Así, por ejemplo, no es posible satisfacer anticipadamente una pretensión de declaración de paternidad o maternidad, o de pérdida de la patria potestad, o de divorcio⁽³⁷⁾.

Finalmente, aunque las medidas anticipativas también pueden adoptarse en cualquier momento, en Uruguay se ha sostenido que si se trata de un caso en que se sustancia una pretensión de condena existen dos sistemas: antes del dictado de la sentencia definitiva que estime la pretensión sería posible requerir este tipo de medidas, por la norma general del art. 317 del CGP. Pero, a partir de ese momento, solo podría requerirse la ejecución provisional de la sentencia en la forma que lo establecen los arts. 260 y 275 del mismo Código⁽³⁸⁾.

Finalmente, si bien las medidas anticipativas pueden ser de cualquier tipo, siempre está limitada al uso de una sola técnica: anticipar el acogimiento de la pretensión.

Con relación al procedimiento, como adelanté al analizar las medidas cautelares, el trámite unilateral no es imprescindible, por lo que, por aplicación del principio general en materia de contradictorio, se debería escuchar a la otra parte antes de resolver. Esto es lo que establece el CGP uruguayo, que habilita al tribunal a conferir un traslado por seis días o convocar a una audiencia “con carácter urgente” antes de resolver (317.3).

2.3. Las medidas asegurativas de prueba

El tercer problema para analizar es que el afectado por la insatisfacción jurídica, para probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión, necesita proponer la ordenación

y práctica de distintos medios de prueba, y puede ocurrir que cuando llegue el momento de que esas pruebas se produzcan ya no sea posible hacerlo, o no sea posible hacerlo en las mismas condiciones. Por ejemplo, es lo que ocurre cuando el testigo cuya declaración se pretende es de avanzada edad, está gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país por un largo tiempo, o definitivamente; cuando el objeto que se quiere inspeccionar o someter a una pericia puede alterarse o desaparecer; etc. De nuevo, a los efectos de conjurar este problema ayuda que el proceso se acelere por distintos mecanismos, pero la solución específica diseñada para solucionarlo es la medida asegurativa de prueba.

Las medidas asegurativas de prueba son aquellas por las que se dispone la práctica anticipada y definitiva de una prueba que podría llegar a perderse, o que no podría producirse en las mismas condiciones, si se aguarda al momento normal previsto para la práctica de esa prueba en la estructura respectiva. Su finalidad es la de asegurar la producción eficiente de una prueba cuando existe el riesgo antes mencionado, y el medio para lograr ese objetivo es la admisión, ordenamiento y práctica anticipado y definitivo del medio probatorio. Los ejemplos son conocidos: la declaración anticipada del testigo de avanzada edad⁽³⁹⁾, la inspección anticipada del lugar que puede alterarse (por el solo transcurso del tiempo y la fuerza de la naturaleza, o por obra humana)⁽⁴⁰⁾, la pericia *in futurum*⁽⁴¹⁾, etc.

(34) Constitución Política del Perú artículo 2.24; Constitución de la República Oriental del Uruguay, art. 12.

(35) Es el caso de la obligación de presentarse a la policía con cierta periodicidad, de concurrir a determinados sitios, de salir de determinado espacio geográfico, la prisión preventiva, domiciliaria o en un establecimiento público, etc.

(36) Entiendo por cuestiones indisponibles aquellas que sólo pueden ser resueltas en un proceso jurisdiccional estatal, a través de una sentencia firme.

(37) En Uruguay esta solución debe a mi juicio inferirse por analogía de la solución prevista en el art. 275.1 del CGP, que excluye el despliegue de los efectos de las sentencias de estado civil que han sido impugnadas a través de un recurso de casación: así como no es posible inscribir una sentencia que, por ejemplo, declare a una persona como padre de un niño habido fuera del matrimonio, mientras esté pendiente el recurso de casación, tampoco es posible disponer, a título de medida provisional, una declaración de paternidad. La exclusión, a mi juicio, no comprende sólo a los procesos referidos al estado civil de las personas, sino, más genéricamente, a todos los procesos referidos a cuestiones indisponibles. En el mismo sentido, véase “Derecho Procesal”, de Alejandro Abal Oliú (2022a, pp. 367-368).

(38) Para mayor información, véase “Derecho Procesal”, de Alejandro Abal Oliú (2022a, pp. 364-365), y bibliografía allí citada.

(39) CGP Uruguay, art. 309 num. 6, lit. c.

(40) CGP Uruguay, art. 309 num. 6, lits. a y b.

(41) CGP Uruguay, art. 309 num. 6, lits. a y b.



En general el legislador no regula estas medidas dentro de lo cautelar, lo cual es correcto. Sin embargo, tampoco le adjudica una sede específica, sino que, en general, lo regula entre las medidas o diligencias preparatorias⁽⁴²⁾. Esta última solución tampoco es del todo precisa, ya que estas medidas pueden requerirse no sólo en ese momento sino también en el curso del proceso principal, antes del momento previsto para su producción, siempre que exista el peligro señalado, respecto a cualquier medio de prueba.

Una solución más adecuada es ubicar la regulación de estas medidas en sede de prueba, como ocurre con el caso peruano⁽⁴³⁾. Sin embargo, en ese caso también se restringe la posibilidad de anticipar prueba como medida preparatoria anterior al proceso⁽⁴⁴⁾. A mi juicio, lo ideal sería regularlo dentro de las disposiciones probatorias, pero habilitar expresamente la posibilidad de anticipar prueba aún con el proceso ya iniciado, siempre que exista el peligro que estamos analizando, como podría ser el caso de un testigo que se enferme gravemente cuando aún resta cierto tiempo para que pueda celebrarse la audiencia de producción de prueba.

En cuanto a sus presupuestos, el característico de la medida es la existencia de un peligro específico, consistente en la probabilidad de que la prueba no pueda producirse, o no puedan aprovecharse todas sus posibilidades. Su procedencia es admitida en general en cualquier tipo de proceso, más allá de que las variantes de cada estructura pueden hacer, en ciertos casos, difícil o poco viable la posibilidad de lograr un anticipo de prueba útil.

Con relación al procedimiento, en este caso, en principio, se prefiere el trámite bilateral, salvo que la previa sustanciación pudiera frustrar la realización de la medida. El CPC peruano establece que el Juez ordenará la actuación del medio probatorio “con citación de la persona a la cual se pretende emplazar”, pero que, a pedido de parte, “sustentado en razones de garantía y seguridad, y habiéndose especificado el petitorio de la futura demanda, el Juez podrá ordenar la actuación del medio probatorio sin citación, por resolución debidamente motivada” (287).

En tanto en el CGP uruguayo se prevé que las medidas preparatorias se deben disponer “con citación de la parte contra quien se pide, en especial, si se tratare de medio de prueba, salvo si esa comunicación pudiere frustrar la finalidad

y eficacia de la medida” (307.3). Sin embargo, debo precisar que, en este último sistema, la figura de la providencia “con citación” es en realidad una forma de trámite en que la medida se dispone sin oír previamente a la contraria, pero no se cumple inmediatamente, y esta última puede oponerse en un plazo de tres días, oposición que tiene efecto suspensivo (202). De modo que el elegido de regla es un trámite de estructura monitoria y contradictorio diferido, pero el efecto suspensivo asegura que la medida no se lleve a la práctica hasta que no se defina la eventual oposición.

2.4. Un caso de medida que no se adopta a través de un proceso accesorio a otro principal, sino a través de un proceso principal en sí mismo: la medida directamente satisfactiva (o “autosatisfactiva”)

Ya advertí que, entre las posibles soluciones al segundo problema, es decir, la privación de la insatisfacción jurídica durante el período de tiempo que va entre el surgimiento de la insatisfacción y su efectiva eliminación mediante la sentencia o su ejecución puede ubicarse a la llamada medida “autosatisfactiva”, que prefiero denominar medida directamente satisfactiva.

Estas medidas son aquellas que se disponen a través de una sentencia definitiva, para eliminar directa y rápidamente la insatisfacción jurídica, en un proceso principal abreviado, sin posibilidad de revisión en un proceso ulterior. Digo que, a diferencia de los tres supuestos ya analizados, se trata de un proceso principal, precisamente porque no accede a otro proceso principal.

De lo que se trata en este caso es de eliminar rápidamente la insatisfacción jurídica, en situaciones en que puede ocurrir un daño inminente e irreparable, en una estructura breve. La denominación “autosatisfactiva”,

(42) CGP Uruguay, art. 306 num. 2 y art. 309 num. 6.

(43) CPC Perú, arts. 284-299.

(44) “Artículo 284.- Disposición general.

Toda persona legitimada puede solicitar la actuación de medio probatorio antes del inicio de un proceso. Para ello, deberá expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada”.

A eso se añade, por el art. 285, denominado “Admisibilidad y procedencia”, que “El Juez sólo admitirá la solicitud si se cumple con los requisitos previstos en el Artículo 284”.



que es la más utilizada⁽⁴⁵⁾, no es del todo precisa: como ha advertido Arazi, esta medida no procura satisfacerse a sí misma sino a quien la pide (1998, p. 393) y, como anota Rojas, la medida es “heterosatisfactiva” o “directamente satisfactiva”, porque en rigor la medida no se satisface a sí misma, sino que satisface más rápidamente la pretensión (2009, p. 218-219). Por eso es preferible hablar de medidas de efectividad inmediata⁽⁴⁶⁾ o medidas directamente satisfactivas.

A diferencia de las medidas cautelares y anticipativas, las medidas directamente satisfactivas sólo pueden disponerse cuando existe autorización específica de la ley.

En efecto, precisamente por tratarse de medidas definitivas, el proceso en que se adoptan es un proceso principal no ordinario, y la exclusión de la vía del proceso ordinario para satisfacer una pretensión siempre requiere de una disposición expresa habilitante. En otras palabras, la regla de cierre del sistema procesal es que si no existe una vía específica prevista para la sustanciación de una pretensión debe acudirse a la del proceso contencioso “ordinario” o “general”⁽⁴⁷⁾, y por eso mismo la procedencia de las estructuras no ordinarias está reducida a las pretensiones específicamente identificadas por el legislador⁽⁴⁸⁾.

Entre estas medidas directamente satisfactivas específicamente autorizadas por el legislador uruguayo, a modo de ejemplo, pueden mencionarse la intervención de sociedades comerciales prevista en el primer inciso del art. 184 de la ley 16.060, o algunas de las previstas en las leyes 17.514 (de “violencia doméstica”) y 19.580 (de “violencia hacia las mujeres basada en género”). En el caso peruano no existen previsiones específicas, aunque se ha postulado su consagración e incluso se ha admitido su posible aplicación a algunos supuestos, a partir de una interpretación flexible del Código Procesal Civil, del Código de los Niños y Adolescentes o de la ley 26.260 (de “violencia familiar”) o, más generalmente, en casos de afectación de derechos fundamentales⁽⁴⁹⁾.

Un supuesto debatido de medida directamente satisfactiva es la llamada “medida anticautelar”. En efecto, desde hace un tiempo parte de la doctrina, especialmente argentina, y más recientemente también uruguayo, ante la ocurrencia, en la práctica, de situaciones de utilización abusiva de la tutela cautelar, ha propuesto esta figura como medida inoculadora. Se trata de los supuestos en que el que pretendido acreedor,

en vez de requerir la tutela cautelar idónea para evitar la frustración de la ejecución de la sentencia de condena que busca obtener, utiliza el instrumento de la medida cautelar para afectar indebidamente al deudor, ponerlo de rodillas y obtener así una ventaja leonina o lograr un acuerdo transaccional que, de otra forma, nunca lograría.

Esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando quien requiere la medida conoce bienes específicos de su contraparte, que de ser embargados serían idóneos y suficientes para conjurar el peligro cautelar, pero en vez o además del embargo específico requiere un embargo general una “inhibición”, en el sistema argentino, o cuando conoce aquellos bienes pero solicita el embargo sobre otros de valor muy superior, o que tienen una importancia funcional para el deudor. Por ejemplo, podría ser un embargo de cuentas o del producido de la “caja” de un establecimiento comercial.

Se advierte que, en esos casos, si bien después el afectado podría requerir la sustitución de la medida por otra idónea y suficiente, y de ese modo lograr el cese del embargo genérico o del embargo excesivo, la decisión acerca de esa pretensión de sustitución insumiría un largo lapso de tiempo que podría llevar al deudor a la desesperación y, finalmente, a claudicar ante el abuso procesal consumado y prolongado en el tiempo.

Debe precisarse sobre este aspecto que en el sistema del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina (CPCCN) la pretensión de sustitución se sustancia con un traslado por cinco días, que el juez puede abreviar según las circunstancias (203), y la sentencia interlocutoria que la decide se apela con efecto suspensivo, por lo que la

(45) Para mayor información, véase “Informe sobre las medidas autosatisfactivas”, de Jorge Peyrano (1996); “Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales”, de Mabel De los Santos (1998); “Medidas Autosatisfactivas”, de Jorge Peyrano (2003a).

(46) Para mayor información, véase “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, de Enrique Falcón (2013, p. 857).

(47) CPC Perú, art. 475; CGP Uruguay, art. 348.

(48) Por ejemplo, CPC Perú, art. 486; CGP Uruguay, art. 349.

(49) Para mayor información, véase “El Debido Proceso y la Aplicación de las Medidas Autosatisfactivas”, de Raúl Canelo Ranabal (2000); “Mesa redonda. Medidas Cautelares en el Proceso Civil y en Materia Constitucional”, de Raffo et al. (2005, p. 118); “Reflexiones sobre las medidas autosatisfactivas”, de Carlos Antonio Pérez Ríos (2010); “Las Medidas Autosatisfactivas, en la Justicia Peruana”, de Hilmer Zegarra (2018); “Tutela urgente y medidas autosatisfactivas en el proceso civil”, de Rolando A. Martel Chang (2021).



sustitución recién se hace efectiva cuando la sentencia que la dispone alcanza la cosa juzgada.

En el caso del sistema uruguayo, en tanto, la sustitución de las medidas cautelares se sustancia por la vía incidental (CGP: 313 num. 4º), y se apela sin efecto suspensivo (CGP: 315.3, 360 num. 2º y 393.2 num. 2º), y en el caso específico de la sustitución de embargo la vía es la providencia con citación del ejecutante, y la resolución también es apelable sin efecto suspensivo (380.4). En el caso peruano, por regla general el afectado puede pretender la variación de la medida cautelar, en cuyo caso el juez debe resolver previa citación de la otra parte, y la decisión es apelable sin efecto suspensivo (CPC Perú: 617); asimismo, cuando la medida cautelar garantiza una pretensión dineraria, el afectado puede depositar el monto fijado en la medida, en cuyo caso el juez debe sustituirla de plano, esta decisión es inimpugnable, o puede pedir la sustitución ofreciendo garantía suficiente, caso en el que el juez resuelve previo traslado al peticionante por tres días (627). La diferencia entre el sistema argentino, por un lado, y los sistemas uruguayo y peruano, por el otro, incide en el impacto del problema planteado: mientras que en el sistema argentino si se apela la decisión es necesario esperar a la decisión de segunda instancia para hacer efectiva la sustitución, en el uruguayo y en el peruano la sustitución (o “variación”) se hace efectiva, sea por el efecto no suspensivo del recurso de apelación o por la inimpugnabilidad de la decisión (en el caso especial del CPC Perú, art. 627 inc. 1).

Ante el problema planteado, que como se advierte tiene mayor significación en el sistema argentino, se ha propuesto un mecanismo que, al decir de su primer impulsor, funciona como “una suerte de sustitución cautelar anticipada” (Peyrano, 2022a, p. 373): la denominada medida “anticautelar” o “contracautelar”⁽⁵⁰⁾. Se deben diferenciar dos manifestaciones de la figura, la llamada medida anticautelar “exógena”, es decir, no vinculada a un proceso principal (ni actual ni futuro), y la llamada medida anticautelar “endógena”, es decir, aquella que se peticiona en el curso de un proceso principal en curso.

En el primer caso la medida anticautelar se adoptaría cuando el pretendido acreedor no ha promovido aún el proceso principal, pero el supuesto deudor se encuentra en una situación de “vulnerabilidad cautelar”, y existe una probabilidad de que aquél peticione una medida cautelar innecesariamente inícuo, como el ya mencionado embargo genérico, la medida cautelar sobre bienes necesarios para el funcionamiento de una empresa o la medida cautelar sobre bienes de un valor superior

al pretendido crédito, cuando en realidad existen bienes específicos y suficientes para asegurar la ejecución de la sentencia definitiva que se pueda llegar a adoptar. En estos casos la medida anticautelar sería indudablemente “autosatisfactiva”, o “directamente satisfactiva”, ya que no estaría sujeta a la necesidad de promover un proceso posterior: el interesado obtendría una orden de no adoptar una medida cautelar determinada, o de no adoptar una medida sobre determinados bienes, y esa orden, en sí misma, sería definitiva.

En el segundo caso la medida anticautelar se adoptaría cuando la situación de vulnerabilidad cautelar se presenta estando ya en curso el proceso principal promovido por el pretendido acreedor. En estos casos se dice que la medida sería adoptada a través de un proceso incidental, conexo al proceso principal promovido, por el contrario. En rigor, no advierto esencialmente cuál es la diferencia: también en este caso la medida es directamente satisfactiva, y por eso definitiva, ya que no se requiere que el que la pide promueva luego un proceso principal. En otras palabras, en este caso, como en el anterior, la orden o mandato que se obtiene a través de la autosatisfactiva es definitiva, en el sentido de no revisable en otro proceso. Es que no existe, entre esta medida y la sentencia definitiva del proceso principal, una relación de instrumentalidad: la medida no se adopta provisional o interinamente; es una orden definitiva dirigida al actor de ese proceso (o al juez, según algunos), que no está sujeta a ninguna confirmación posterior.

En conclusión, en cualquiera de los casos, sea que se adopte sin que exista proceso principal, o en el curso del proceso promovido por el supuesto acreedor, la medida siempre sería definitiva, y por ello solo podría ingresar en el género de las medidas directamente satisfactivas, o “autosatisfactivas”. Precisamente por

(50) Esta última denominación es de Sosa (2022a, p. 438), aunque el propio autor advierte que puede confundirse, por su similitud, con la contracautela. También en este punto se ha planteado una “querrela de las categorías”, similar a la que en su momento relevó Barrios de Ángelis sobre el fenómeno cautelar, y así se debate si es mejor hablar de “pretensión” o “proceso” anticautelar, en vez de “medida” anticautelar. En el mismo sentido, véase “Vademécum de la pretensión anticautelar. Su frontera”, de Silvia Esperanza (2022, p. 462); “Revatiendo comentarios adversos formulados respecto de la tutela anticautelar”, de Jorge Peyrano (2022f, p. 471).



esta caracterización es que los defensores de la figura no encuentran disposiciones para solucionar los problemas que el gigantesco vacío normativo genera, y acuden a las disposiciones de lo cautelar o lo anticipativo para llenarlo; pero para poder aplicar esas soluciones deben desfigurar el alcance de algunas de las disposiciones previstas para regular las medidas cautelares y anticipativas y, contradictoriamente, excluir la aplicación de otras.

Pues bien, puesta en el elenco de las directamente satisfactivas, en el caso uruguayo la medida anticautelar enfrenta un problema que a mi juicio resulta insuperable: no existe, en la ley uruguaya, ninguna autorización específica para que pueda ser adoptada. Quiero señalar que la exigencia de esa autorización no puede ser aliviada o flexibilizada, por el contrario, debe ser resignificada en toda su importancia: de lo que se trata es de asegurar la garantía básica del proceso debido y previo a la adopción de una decisión “definitiva”, que ya no podrá ser revisada.

El problema recrudece en toda su expresión cuando se postula, como lo hacen algunos defensores de la figura, la posibilidad de que estas medidas definitivas se adopten unilateralmente, esto es, *inaudita et altera pars*. Es que aun cuando se diga que en este caso existe la vía del recurso ante un tribunal superior no puede obviarse que ese recurso es la única y limitada posibilidad de que el afectado sea oído.

Por eso, si en el futuro se decidiera legislar sobre esta figura, debería regularse cuidadosamente el régimen de la estructura principal aplicable, porque de otra forma se corre el riesgo de que la solución pueda considerarse inconstitucional. Entonces, ¿qué alternativa queda a esa persona que está en esa situación de *vulnerabilidad cautelar*, para tomar la expresión de Peyrano? ¿Soportar la medida y luego reclamar por una eventual responsabilidad, o rendirse ante el abuso?

A mi juicio, además de la posibilidad de regular trámites más breves para la efectiva sustitución, en el plano preventivo existen otras alternativas, que ya han sido relevadas por otros autores (Fiorenza y Mainoldi, 2014), como la llamada *denuncia ante-cautelar de bienes*: se trata de la posibilidad de presentar, como medida preparatoria de un eventual proceso principal futuro, una denuncia de bienes específicos y suficientes para prevenir la adopción de una medida cautelar sobre otros, que puedan afectar innecesariamente bienes claves para el desarrollo de una actividad o de un valor muy superior al pretendido crédito, o que pueda inmovilizar todo su patrimonio registrable.

En el caso peruano, la admisión de esta figura dentro del género de las directamente satisfactivas dependerá de la postura que se tenga acerca de la admisibilidad de estas últimas aún a falta de una regulación específica.

3. Conclusiones

A partir de estas reflexiones puedo decir que, aunque en ocasiones todas estas medidas se engloban bajo el fenómeno o idea de lo cautelar, ellas constituyen, claramente, géneros distintos, aunque indudablemente conectados.

Tres de ellas se adoptan a través de procesos accesorios, conectados a un proceso principal futuro o actual: las medidas cautelares, las medidas anticipativas y las medidas asegurativas de prueba. Y la cuarta se adopta a través de un proceso principal, no revisable ulteriormente (ni siquiera a través de un proceso ordinario posterior): las medidas directamente satisfactivas (o “autosatisfactivas”).

La diferenciación de todos estos supuestos es clave, ya que impacta en la determinación de los presupuestos para su adopción, su procedencia, el procedimiento a seguir, etc.

En todo caso, indudablemente, el tema está abierto al debate.

Referencias bibliográficas⁽⁵¹⁾

- Abal, A. (1989). *Proceso cautelar y proceso provisional* (Tomo II). Curso sobre el Código General del Proceso.
- Abal, A. (1992). Sobre las medidas cautelares “atípicas” (medidas provisionales). *Revista Anales del Foro: Boletín Jurídico Informativo*, 8 (102-104), 221-223.
- Abal, A. (1994). Medidas urgentes y medios para asegurar la efectividad de las sentencias en el Código tipo Procesal Civil Iberoamericano. *Revista Uruguaya Derecho Procesal*, (1), 57-65.

(51) La bibliografía refiere, exclusivamente, al proceso civil. No incluyo, en este listado, bibliografía sobre medidas cautelares especiales, o de procesos especiales, ni sobre otros institutos paralelos al que analizo en el trabajo, como las llamadas *anti-suit injunctions*, los *procesos urgentes*, el *amparo*, etc., salvo que refiera a las distinciones conceptuales en él abordadas.



- Abal, A. (1995), Medidas provisionales y anticipadas (Art. 317 C.G.P.). En J. Perera (Coord.), *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, (pp. 23-35). Universidad de la República, División Publicaciones y Ediciones.
- Abal, A. (1997), Medidas provisionales y anticipadas (Art. 317 C.G.P.). *Estudios del Código General del Proceso* (1ª ed., Tomo III, pp. 129-146). Fundación de Cultura Universitaria.
- Abal, A. (2000), Medidas cautelares y provisionales: levantamiento de la contracautela, *Revista Uruguaya Derecho Procesal*, (1), 109-117.
- Abal, A. (2001), Apelación de resoluciones sobre medidas cautelares, *Revista Uruguaya Derecho Procesal*, (1), 19-32.
- Abal, A. (2009), Las medidas provisionales en el Derecho Procesal de Uruguay, *Revista Uruguaya Derecho Procesal*, (3-4), 643-655.
- Abal, A (2013), Medidas provisionales: Nuevo procedimiento bilateral. En *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal* (pp. 187-198). Universidad de la República, División Publicaciones y Ediciones.
- Abal, A. (2016). *Derecho Procesal* (5ª ed., Tomo II). Fundación de Cultura Universitaria.
- Abal, A (2022a). *Derecho Procesal* (2ª ed., Tomo VIII). Fundación de Cultura Universitaria .
- Abal, A (2022b). Medidas cautelares y provisionales: semejanzas y diferencias. En Instituto Uruguayo de Derecho Procesal (Org.), *XX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal. Homenaje a los profesores Jaime Greif y Emma Stipanovic* (pp. 201-220). Fundación de Cultura Universitaria.
- Abal, A. (1999). Medidas cautelares en procesos vinculados al Derecho Comercial. En A. Landoni (Coord.), *Curso sobre medidas cautelares* (pp. 131-143). Fundación de Cultura Universitaria.
- Virgilio, J. (1998). Introducción al proceso de revocación cautelar. En R. Arazi et al. (Dir.), *Revista de Derecho Procesal. Medidas cautelares* (Tomo 1, pp. 15-29). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Airasca, I. (2003). Algunas consideraciones sobre la medida cautelar innovativa. En J. Peyrano (Dir.), *Medida innovativa* (pp. 137-209). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Alberto, M. (2003). Verosimilitud del derecho, peligro en la demora y perjuicio irreparable en la cautelar innovativa. Pesos y contrapesos de esos requisitos para el despacho de la medida. En J. Peyrano (Dir.), *Medida innovativa* (pp. 251-262). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Almeida, R. & Bravo, S. (2023), Primeras consideraciones sobre los estándares de prueba en materia cautelar y provisional a partir de los factores de incidencia en la distribución del riesgo de error. En L. Fernández, S. Martínez & I. Soba (Coords.), *La prueba. Un cruce de caminos* (pp. 9-24). Información Jurídica Editores.
- Alsina, H. (1961), *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial* (2.ª ed., Tomo 4, pp. 447-538.). Ediar. Sociedad Anonima Editora.
- Alvarado, A. (2008), *Cautela procesal. Críticas a las Medidas Cautelares* (1.ª ed., Núm. 2). Editorial Juris.
- Álvarez, F. & Pescadere, D. (1998). ¿Puede volver a solicitarse?. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (2-3), 303-314.
- Álvarez, F., Delgado, F. & Pescadere, D. (1995). Algunos aspectos de la prohibición de innovar y las medidas innovativas. En J. Perera (Coord.), *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, (pp. 79-93). Editorial Universidad, Universidad de Montevideo.
- Álvarez, M. (2007). Prohibición de contratar en las relaciones patrimoniales matrimoniales. Autonomía de la voluntad. Restricción del artículo 1277 del Código Civil. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar* (1.ª ed., pp. 283-308). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Antún, M. & Ricotini, M. (2004). El proceso urgente. Amparo. Medidas cautelares. Medidas autosatisfactivas. Tutela anticipada. *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional*, (8), 229-239.
- Arazi, R. (1998). *Tutela anticipada en el derecho argentino*. Sistema Argentino de Información Jurídica. http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca980062-arazi-tutela_anticipada_en_derecho.htm?bsrc=ci
- Arazi, R. (2008). La tutela inhibitoria. *Revista de Derecho Procesal*, (2), 85-98.
- Arazi, R. (1997). *Medidas cautelares*. Astrea.
- Arazi, R. & Rojas, J. (2014). *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales* (3ª ed., Tomo. 1). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Asrin, P. & Rodríguez, M. (2004). Anticipación de tutela. *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional*, (8), 71-95.
- Bacarat, E. (2009). Reflexiones sobre la medida innovativa: su pasado y futuro. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Medida innovativa* (pp. 49-82). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Bacarat, E. (2007). Memorandum sobre prohibición de innovar y prohibición de contratar. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar* (1.ª ed., pp. 15-80). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Balestro, M. (2003). La medida innovativa: ¿cuándo, cómo y para qué?. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Medida innovativa* (pp. 371-388). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Barberio, S. (2007). Prohibición de innovar y contratar. “Reglas procesales”. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar* (1.ª ed., pp. 149-160). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Barberio, S. (2003). Vigencia de lo “cautelar” en la medida innovativa. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Medida innovativa* (pp. 235-250). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Barreiro, V. & Tellería, P. (2009). Las medidas anticautelares: su recepción en el Uruguay. “La



- contracara de la cara de una moneda". En J. Peyrano (Dir.) & S. Esperanza (Coord.), *Medidas cautelares y anticautelares* (1ª ed., pp. 395-408). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Barrios, D. (1962). Admisibilidad y eficacia de las medidas cautelares. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 13(1), 11-31.
- Barrios, D. (1983). *Introducción al estudio del proceso: La psicología y la sociología del proceso. El ombudsman (la defensa de los intereses difusos)*. Depalma.
- Barrios, D. (1990). *El proceso civil* (Vol. 2). Universidad de Montevideo.
- Berizonce, R. (1998). La tipicidad del proceso de familia y su reflejo en la tutela cautelar y anticipatoria. *Revista de Derecho Procesal*, (1), 145-167.
- Bielsa, R. & Graña, E. (1994). El tiempo y el proceso. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 55, 185-229.
- Bilesio, J. & Gasparini, M. (2003). Medida innovativa: un cuarto presupuesto, el "daño irreparable". En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Medida innovativa* (pp. 331-340). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Birriell, R. et al. (1990). Medidas cautelares, provisionales y anticipadas en el C.G.P. ¿especies de un mismo género?. *Revista Jurídica del Centro Estudiantes de Derecho*, 1(2), 55-63.
- Calamandrei, P. (1936). *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* (Núm. 6). Cedam.
- Calamandrei, P. (1996). *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Vol. 3). (S. Sentís, Trad.). Librería "El Foro".
- Canelo, R. (2000). El Debido Proceso y la Aplicación de las Medidas Autosatisfactivas. *Derecho & Sociedad*, (14), 141-147. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17204>
- Carbone, C. (2003). Esquicio diferenciador entre la medida cautelar innovativa y el despacho interino de fondo. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Medida innovativa* (pp. 83-106). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Carbone, C. (2007). La prohibición de innovar ante el delito de desobediencia penal. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar* (1ª ed., pp. 369-380). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Carbone, C. (2022). Medida autosatisfactiva anticautelar. Entre la anticipación del demandado y la prohibición de demandar como prevención de daños por traba de medidas cautelares abusivas. En J. Peyrano (Dir.) & S. Esperanza (Coord.), *Medidas cautelares y anticautelares* (1ª ed., pp. 409-424). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Cárdenas, H. (2007). Visión jurisprudencial de la prohibición de innovar en el concurso preventivo. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar* (1ª ed., pp. 355-368). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil* (Tomo I, pp. 387-392), (Alcalá N y Castillo y S. Sentís, Trad.). UTEHA.
- Carnelutti, F. (1956). *Instituciones del Proceso Civil* (Tomo I), (S. Sentís Melendo, Trad.). Editorial EJE.
- Carrillo, H. (2007). No innovar e innovativa: dos cuestiones, dos ámbitos. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar* (1ª ed., pp. 87-95). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Carrión, I. (1992). Medidas cautelares preventivas (prohibición de innovar). Innovativa y anotación preventiva de la litis. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (3-4), 419-423.
- Carrión, I. & Gradín, M. (1995). Prohibición de innovar. Cautela innovativa (Aproximación comparativa Uruguayo-Argentina con especial referencia a la posibilidad de interferir actuaciones judiciales). En J. Perera (Coord.), *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, (pp. 49-55). Universidad de Montevideo.
- Cordeiro, C. (2004). Medidas autosatisfactivas. *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional*, (8), 195-227.
- Couture, E. (1976). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (3ª ed., pp. 321-327). Ediciones Depalma.
- Daguerre, N. (2022). Algunas reflexiones sobre las medidas innovativas. Entre lo cautelar y provisional. En Instituto Uruguayo de Derecho Procesal (Org.), *XX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal. Homenaje a los profesores Jaime Greif y Emma Stipanovic* (pp. 231-242). Fundación de Cultura Universitaria.
- De Hegedus, M. (2006). Medios impugnativos de las resoluciones que decretan medidas cautelares. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (4), 597-604.
- De Lázari, E. (2000). *Medidas cautelares* (2ª ed., Tomo 2). Librería Editora Platense.
- De Lázari, E. (2002). *Medidas cautelares* (3ª ed., Tomo 1). Librería Editora Platense.
- De Lázari, E. (1999). La medida innovativa y su necesario deslinde con la prohibición de innovar. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, (60), 203-213.
- De Lázari, E. (2003). La medida innovativa y su necesario deslinde con la prohibición de innovar. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Medida Innovativa* (pp. 319-330), Rubinzal – Culzoni Editores.
- De los Santos, M. (1995). La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia. Su ubicación entre los llamados procesos urgentes. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (2), 165-169.
- De los Santos, M. (1998). Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales). En R. Arazí et al. (Dirs.), *Revista de Derecho Procesal. Medidas cautelares* (Tomo 1, pp. 31-55). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Di Marco, G. & Mascali, J. (2007). Prohibición de innovar. Prohibición de contratar. Reseñas de



- jurisprudencia. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar* (1.ª ed., pp. 397-483). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Dos Santos Bedaque, J. (2001). *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência; tentativa de sistematização* (2.ª ed.). Malheiros Editores.
- Elizalde, J. (1992). Proceso cautelar. *Revista del Centro de Estudiantes de Derecho*, (7), 55-57.
- Esperanza, S. (2016). *Evolución del ideario de la antecautelar*. En J. Peyrano (Dir.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación (pp. 677-683), Rubinzal – Culzoni Editores. <http://ceprocesales.org/files/doctrinas/2019-09/pdf/58-1569335031.pdf>
- Esperanza, S. (2020). *Cuando las cosas están bien hechas*. Rubinzal – Culzoni Editores. <http://www.ceprocesales.org/files/doctrinas/2020-11/pdf/88-1604407667.pdf>
- Esperanza, S. (2022). Vademécum de la pretensión antecautelar. Su frontera. *Revista Código Civil y Comercial*, 461-467.
- Ettlin, E. (1995). Estudio preliminar sobre el remate anticipado o cautelar de bienes embargados o sometidos a medidas cautelares asegurativas. En J. Perera (Coord.), *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, (pp. 57-69). Universidad de Montevideo.
- Evans, G. (2007). La prohibición de innovar como presupuesto básico del ejercicio de la 'pretensión modelizadora' del cumplimiento de la condena pecuniaria. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar* (1.ª ed., pp. 97-114). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Falcón, E. (2013). *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial* (2.ª ed., Tomo IV). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Fazzalari, E. (1992). *Istituzioni di Diritto Processuale* (6.ª ed.). Cedam.
- Fernández, A. (2022). *La pretensión antecautelar en el Derecho argentino*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Fernández, R. (2004). Responsabilidad por la traba de una medida cautelar. *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional*, (8), 39-47.
- Ferreira da Silva, C. (1998). Providencias anticipatorias no processo civil português. *Revista de Derecho Procesal*, 1, 363-382.
- Fiorenza, A. & Mainoldi, M. (2 de junio de 2014). *Una alternativa a la medida antecautelar: la denuncia antecautelar de bienes*. El Derecho.
- García, M. (2007). Medios compulsivos para obtener el cumplimiento de la prohibición de innovar: astreintes y otras medidas conminatorias. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar* (1.ª ed., pp. 169-191). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Garderes, S. (2004). Efectividad del cese de una medida cautelar dispuesto por resolución apelada. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (4), 351-366.
- Garderes, S. (2006). Ejecución de las providencias cautelares y provisionales. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (4), 653-665.
- Gasparini, V. (1982). *Introduzione allo studio della tutela cautelari*. Morano Editore.
- Gasparini, M. (2007). Responsabilidad por medidas cautelares. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar* (1.ª ed., pp. 381-396). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Gelsi, A. (1969). El tiempo y el proceso. *Revista de la Universidad Nacional del Litoral*, 79, 453-489. <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8443/handle/11185/4796>
- Gelsi, A. (1977). Medidas cautelares. En Instituto Uruguayo de Derecho Procesal (Ed.), *Curso de Derecho Procesal*, (Tomo III, pp. 147-164). Universidad de la República, División Publicaciones y Ediciones.
- Gelsi, A. (1999). La ética y las medidas cautelares. En A. Landoni (Coord.), *Curso sobre medidas cautelares* (pp. 217-224). Fundación de Cultura Universitaria.
- Giuffra, C. (2010). *Prohibición de innovar y medidas innovativas*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Gomes, F. (2005). Medidas cautelares y anticipativas. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (2), 341-349.
- González, C. (16-18 de mayo de 2013). Tutela anticipada, medidas autosatisfactivas, medidas cautelares y medidas provisionales: definición, distinción y aplicabilidad en nuestro derecho. En XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal (pp. 245-248). Universidad de la República, División Publicaciones y Ediciones.
- Greif, J. (1999). Medidas cautelares en el ámbito del Derecho Civil: aspectos generales. En A. Landoni (Coord.), *Curso sobre medidas cautelares* (pp. 33-40). Fundación de Cultura Universitaria.
- Greif, J. (2002). *Medidas Cautelares*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Guerra Pérez, W. (2013). Las medidas autosatisfactivas: ¿son o no cautelares? Su impugnación. En XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal (pp. 209-222). Revista Uruguaya de Derecho Procesal.
- Hankovits, F. (2006). Las medidas cautelares en la concepción de Axel Bremberg. Homenaje a su vigente obra, En A. Morello (Dir.), *Medidas cautelares: cuestiones actuales* (pp. 1-8). La Ley.
- Hernández, D. (2013). Cinco cuestiones sobre la impugnación de la resolución que dispone una medida cautelar. En XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal (pp. 199-208), Revista Uruguaya de Derecho Procesal.
- Iglesias, C. (2022). Poder genérico para disponer medidas cautelares y medidas provisionales en el proceso contencioso administrativo de anulación. En Instituto Uruguayo de Derecho Procesal (Org.), *XX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal. Homenaje a los profesores Jaime Greif y Emma Stipanovic* (pp. 257-272). Fundación de Cultura Universitaria.



- Jardí, M. (1976). El proceso cautelar. Nota de jurisprudencia. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (3-4), 178-181.
- Kaminker, M. (1999). Algunas reflexiones sobre los recursos y las medidas cautelares. *Revista de Derecho Procesal*, (2), 119-137.
- Kielmanovich, J. (2000). *Medidas Cautelares*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Klett, S. (2014). *Proceso ordinario en el Código General del Proceso* (1.a ed., Tomo II). Fundación de Cultura Universitaria.
- Labat, S. & Santi, A. (2005). La oposición incidental como medio impugnativo en el ámbito del proceso cautelar. *Revista de la Facultad de Derecho*, (24), 33-43.
- Ladeira, R. & Pereyra, N. (2006). Tendencias jurisprudenciales sobre medidas cautelares. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (4), 679-688.
- Landoni, Á. (2004). El abuso del proceso y el exceso en el ejercicio de los poderes del juzgador en el ámbito de las medidas cautelares. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (3), 249-266.
- Lépori, I. (2003). La pretensión innovativa (A la luz del principio "iura novit curia"). En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Medida Innovativa* (pp. 121-136). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Liebman, E. (1935). *Efficacia ed autorità della sentenza*. Giuffrè Editore.
- Linares, J. (1943). La prohibición de innovar. Bases para su sistemática. *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, (6), 821-846.
- Lorenzo Viña, A. (1995). La medida cautelar de anotación de la litis. En J. Perera (Coord.), *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal* (pp. 71-78). Editorial Universidad.
- Luiso, F. (2019). *Diritto Processuale Civile* (Tomo IV). Giuffrè Editore.
- Mandrioli, C. & Carratta, A. (2024). *Diritto Processuale Civile* (Vol. IV). Giappichelli Editore.
- Marabotto, J. (1985). Algunas cuestiones sobre medidas cautelares. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (1), 18-20.
- Marfil, M. & Reviriego, J. (2022). Medidas anticautelares en los procesos laborales. En J. Peyrano (Dir.) & S. Esperanza (Coord.), *Medidas cautelares y anticautelares* (1ª ed., pp. 425-435). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Martel, R. (26 de noviembre de 2021). *Tutela urgente y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*. Pólemos. Portal jurídico interdisciplinario. <https://polemos.pe/tutela-urgente-y-medidas-autosatisfactivas-en-el-proceso-civil/>
- Martínez, R. (2007). *Medidas cautelares* (5ª ed.). Editorial Universidad.
- Martínez, M. (2022). El poder cautelar del demandado. En J. Peyrano (Dir.) & S. Esperanza (Coord.), *Medidas cautelares y anticautelares* (1ª ed., pp. 75-80). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Menéndez, P. (2003). La medida innovativa como herramienta para afianzar la justicia. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Medida Innovativa* (pp. 389-417). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Mitidiero, D. (2013). *Antecipação da tutela* (R. Cavani, Trad.). *Revista dos Tribunais*.
- Morello, A.. & Cafferatta, N. (2006). Las medidas cautelares En A. Morello (Dir.), *Medidas cautelares: cuestiones actuales* (pp. 9-14). La Ley.
- Moretti, R. (1962). Admisibilidad y eficacia de las medidas cautelares. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, (3), 627-678.
- Mutiliengo, M. & Peyrano, G. (2007). La prohibición de innovar en materia contencioso administrativa. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar* (1.ª ed., pp. 223-242). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Novales, J. (1975). La 'anotación de la litis' como medida cautelar en nuestro derecho", Nota de jurisprudencia. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (2), 59-70.
- Palacio, L. (1991). Medidas cautelares en general. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 2(10-11), 115-120.
- Palacio, L.. (1998). La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual. *Revista de Derecho Procesal*, 104-112.
- Palacio, L. (2011). *Derecho Procesal Civil* (2.ª ed., Vol. 3). Abeledo-Perrot.
- Parra, J. (1999). Las medidas provisionales y los procedimientos rápidos. En A. Landoni (Coord.), *Curso sobre medidas cautelares* (pp. 239-247). Fundación de Cultura Universitaria.
- Patritti, M. (2022). La medida cautelar positiva en el proceso contencioso anulatorio: primera discusión a nivel jurisprudencial. En Instituto Uruguayo de Derecho Procesal (Org.), *XX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal. Homenaje a los profesores Jaime Greif y Emma Stipanovic* (pp. 281-294). Fundación de Cultura Universitaria.
- Pérez, C. (2010). Reflexiones sobre las medidas autosatisfactivas. *Revista de investigación jurídica*, 12(1), 69-80. <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/view/10253>
- Peruzzi, H. (1998). Visión panorámica de las medidas cautelares en los procesos de reforma", *Revista de Derecho Procesal*, 303-308.
- Pescadere, D. (2003). La presunción o exención legal de presupuestos para adoptar medidas cautelares en el CGP. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (3), 415-427.
- Pescadere, D. (2005). Acerca de la extensión temporal de la contracautela. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (2), 399-409.
- Peyrano, J. (1981). *Medida cautelar innovativa*. Depalma.
- Peyrano, J. (1999). Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas. En A. Landoni (Coord.), *Curso sobre medidas cautelares* (pp. 231-237). Fundación de Cultura Universitaria.
- Peyrano, J. (2003a). *Medidas autosatisfactivas*. Rubinzal-Culzoni Editores.



- Peyrano, J. (2003b). La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Medida Innovativa* (pp. 15-42). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Peyrano, J. (2003c). Medida cautelar innovativa. Balance de situación. Ajustes. Nuevos horizontes. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Medida Innovativa* (pp. 43-48). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Peyrano, J. (2003d). La medida cautelar innovativa: una realidad, una esperanza. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Medida Innovativa* (pp. 213-224). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Peyrano, J. (2003e). La batalla por la medida cautelar innovativa. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Medida Innovativa* (pp. 225-229). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Peyrano, J. (2003f). La medida innovativa 'generativa'. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Medida Innovativa* (pp. 231-234). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Peyrano, J. (2006). Sobre usos equivocados de la prohibición de innovar y la medida innovativa. En A. Morello (Dir.), *Medidas cautelares: cuestiones actuales* (pp. 39-48). La Ley.
- Peyrano, J. (2007). ¿Constituye un presupuesto de admisibilidad de la prohibición de innovar, la previa o concomitante existencia de interposición de demanda? Estado de la legislación y de la doctrina autoral. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar*, (1ª ed., pp. 139-148). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Peyrano, J. (2007). Acerca de la prohibición legal implícita de alterar el estado de la cosa o derecho materia de litigio. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar*, (1ª ed., pp. 81-85). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Peyrano, J. (2007). Apuntes sobre la prohibición de contratar. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar*, (1ª ed., pp. 161-168). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Peyrano, J. (2007). Sobre usos equivocados de la prohibición de innovar y de la medida innovativa. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar*, (1ª ed., pp. 115-126). Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe.
- Peyrano, J. (2022a). Las medidas anticautelares. En J. Peyrano (Dir.) & S. Esperanza (Coord.), *Medidas cautelares y anticautelares* (1.ª ed., pp. 371-378). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Peyrano, J. (2022b). Una autosatisfactiva con orientación definida: la medida anticautelar. En J. Peyrano (Dir.) & S. Esperanza (Coord.), *Medidas cautelares y anticautelares* (1.ª ed., pp. 379-383). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Peyrano, J. (2022c). Medidas anticautelares. En J. Peyrano (Dir.) & S. Esperanza (Coord.), *Medidas cautelares y anticautelares* (1.ª ed., pp. 385-390). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Peyrano, J. (2022d). Informe sobre las medidas anticautelares. En J. Peyrano (Dir.) & S. Esperanza (Coord.), *Medidas cautelares y anticautelares* (1.ª ed., pp. 391-393). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Peyrano, J. (2022e). La pretensión anticautelar. En J. Peyrano (Dir.) & S. Esperanza (Coord.), *Medidas cautelares y anticautelares* (1.ª ed., pp. 455-459). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Peyrano, J. (2022f). Revatiendo comentarios adversos formulados respecto de la tutela anticautelar. En J. Peyrano (Dir.) & S. Esperanza (Coord.), *Medidas cautelares y anticautelares* (1.ª ed., pp. 469-472). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Peyrano, J. & Peyrano, F. (2022). La tutela anticautelar. Su aceptación en Alemania. En J. Peyrano (Dir.) & S. Esperanza (Coord.), *Medidas cautelares y anticautelares* (1.ª ed., pp. 449-453). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Peyrano, J. (2007). La medida cautelar de no innovar y el principio de abuso de derecho en materia procesal. En J. Peyrano (Dir.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar* (pp. 127-137). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Peyrano, J. (1996). *Informe sobre las medidas autosatisfactivas*. La Ley.
- Picardi, N. (2019). *Manuale del processo civile* (4ª ed.). Giuffrè Francis Lefebvre.
- Picó, J. (2010). De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas ¿un avance del derecho procesal?. *Themis*, (58), 29-39. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9115>
- Podetti, R. (1956). *Tratado de las medidas cautelares*. Editorial Ediar.
- Quinodoz, F. (2018). Consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de las llamadas medidas anticautelares. *El Derecho*, 276(14.341). <https://cdi.mecon.gob.ar/bases/jurid/18372.pdf>
- Quiroga, H. (1985). *Procesos y medidas cautelares*. Librería del Profesional.
- Raffo, M. et al. (2005). Mesa redonda. Medidas Cautelares en el Proceso Civil y en Materia Constitucional. *Derecho y Sociedad*, (25), 95-120. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17009>
- Rambaldo, J. (2003). Acerca de la operatividad de la medida innovativa (Medida cautelar – Pretensión anticipatoria). En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Medida Innovativa* (pp. 107-120). Rubinzal – Culzoni Editore.
- Rambaldo, J. (2007). La unicidad de la prohibición de innovar y la medida innovativa. Su aplicación en el proceso de amparo (La inconstitucionalidad del art. 16, ley provincial 10.456 de la Provincia de Santa Fe). En J. Peyrano (Dir.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar* (pp. 345-354). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Redenti, E. (1957), *Derecho Procesal Civil* (Tomo II). (N. Alcalá-Zamora y Castillo, Trad.) EJEA.
- Reimundín, R. (1979). *Prohibición de innovar como medida cautelar*. Astrea.



- Rivas, A. (1998). La revolución procesal. *Revista de Derecho Procesal*, 1, 113-144.
- Rojas, J. (2009). *Sistemas cautelares atípicos*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Rojas, Jorge A. (1998). Una cautela atípica. En R. Arazi et al (Dir.), *Revista de Derecho Procesal. Medidas cautelares* (Tomo 1, 57-74). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Rojas, J. (2006). Los sistemas cautelares. En A. Morello (Direct). *Medidas cautelares: cuestiones actuales* (pp. 15-37). La Ley.
- Rosenberg, L. (1955). *Tratado de Derecho Procesal Civil* (Tomo III, pp. 259-291). (A. Romara Vera, Trad.). EJEA.
- Ruzafa, B. (2003). Notas sobre la medida innovativa y el daño irreparable. En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Medida Innovativa* (pp. 341-367). Rubinzal – Culzoni Editore.
- Simón, P. (2021). *Justicia cautelar e inteligencia artificial*. Editorial J. B. Bosch.
- Simón, L. (2006). La contracautela. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (4), 585-595.
- Sosa, T. (2022a). Lo anticautelar es cautelar. En J. Peyrano (Dir.) & S. Esperanza (Coord.), *Medidas cautelares y anticautelares* (1.ª ed., pp. 437-441). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Sosa, T. (2022b). Una medida ilegítima que no fue anticautelar. En J. Peyrano (Dir.) & S. Esperanza (Coord.), *Medidas cautelares y anticautelares* (1.ª ed., pp. 443-448). Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe.
- Szafir, D. 1999). Medidas cautelares: un enfoque práctico. En A. Landoni (Coord.), *Curso sobre medidas cautelares* (pp. 41-49). Fundación de Cultura Universitaria.
- Tarigo, E. (2000). Los 'motivos fundados' para eximir de contracautela. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (4), 541-547.
- Tarigo, E. (2015). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, (6.ª ed., Tomo II). Fundación de Cultura Universitaria.
- Tarzia, G. (2008). La tutela cautelare. En G. Tarzia & A. Saletti (coords.), *Il proceso cautelare* (3ª ed.). Cedam.
- Tarzia, G. (1990). *I procedimenti cautelare*. CEDAM.
- Terrero, J. (2001). Consideraciones generales sobre la tutela cautelar. *Revista Jurídica*, 445-461. Centro de Publicaciones de la Universidad Católica.
- Trionfetti, V. (2006). "Ensayo sobre los fundamentos constitucionales de las medidas cautelares y el debido proceso", En A. Morello (Dir.), *Medidas cautelares: cuestiones actuales* (pp. 63-68). La Ley.
- Uriarte, G. (1999). Impugnación de las medidas cautelares, su caducidad y responsabilidad de quién las pide. En A. Landoni (Coord.), *Curso sobre medidas cautelares* (pp. 51-65). Fundación de Cultura Universitaria.
- Valentin, G. (2006). *La responsabilidad por el dictado de medidas cautelares en amparos colectivos*. Presentado en el VIII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista. www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/VALENTIN.pdf.
- Valentin, G. (2013). *Principio de congruencia y regla iura novit curia en el proceso civil uruguayo*. Fundación Cultural Universitaria.
- Valentin, G. (2014). *La reforma del Código General del Proceso*. Fundación Cultural Universitaria.
- Valentin, G. (2015). La pretensión de fijación de alimentos provisionales a favor de menores debe sustentarse por la estructura del proceso provisional del art. 317.3 del CGP. *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, (3), 385-392. Fundación Cultural Universitaria.
- Valentin, G. (2020). Medidas cautelares y provisionales: delimitaciones conceptuales y algunas aplicaciones de los principios generales del proceso. En Asociación de Magistrados del Uruguay (Ed.), *Medidas cautelares* (pp. 21-54). Fundación Cultural Universitaria.
- Varela-Méndez, E. (2013). Efecto no suspensivo de la alzada de las resoluciones que disponen el levantamiento de una medida cautelar y que mandan constituir contracautela. En *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal* (pp. 175-186). Paysandú.
- Vargas, A. (2003). Presupuestos de procedencia de la medida cautelar innovativa (Las exigencias actuales). En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Medida innovativa* (pp. 263-318). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Vargas, A. (2007). La prohibición de innovar en los procesos de familia. . En J. Peyrano (Dir.) & E. Baracat (Coord.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar*, (1ª ed., pp. 243-282). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Vázquez Ferreyra, R. (1999). Las medidas autosatisfactivas en el derecho de daños y en la tutela del consumidor. *Ius et veritas*, 9(18), 88-95. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15823>.
- Verde, G. (2016). *Diritto Processuale Civile* (3ª ed., Tomo, 4). Zanichelli Editore.
- Véscovi, E. (1985). Replanteo del proceso cautelar. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (1), 11-18.
- Viera, L. (1989). *Las medidas de garantía y el embargo* (2ª ed.). Universidad de Montevideo.
- Vitantonio, N. (2007). La prohibición de innovar en el derecho del trabajo. En J. Peyrano (Dir.), *Prohibición de innovar y prohibición de contratar* (pp. 309-344). Rubinzal – Culzoni Editores.
- VV.AA. (1985). El proceso cautelar. Discusión científica. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (4), 358-368.
- VV.AA. (1985). Problemática del proceso cautelar (Reunión científica). *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (1), 9-11.
- VV.AA. (1995). Conclusiones de la Comisión N° 1 sobre medidas cautelares. *Revista Uruguaya de*



Derecho Procesal, (1), 125-126.

Zambiazco, M. (2004). Otros aspectos de la anticipación de tutela (una oportunidad en la solución jurisdiccional a pretensiones urgentes). *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional*, (8), 97-122.

Zegarra, H. (20 de septiembre de 2018). *Las Medidas Autosatisfactivas, en la Justicia Peruana*. Mediate.com. <https://mediate.com/las-medidas-autosatisfactivas-en-la-justicia-peruana/#:~:text=La%20Medida%20Autosatisfactiva%2C%20es%20un,para%20evitar%20caducidad%20o%20decaimiento%20> 



Evidências científicas sobre a participação de mulheres no setor brasileiro de óleo e gás (O&G): políticas, práticas e ações recomendadas^(*)

Scientific evidence on women's participation in the brazilian oil and gas (O&G) sector: recommended policies, practices and actions

Leilane Serratine Grubba^()**

Atitus Educação (Passo Fundo, Brasil)

Resumo: Objetiva-se compreender a participação de mulheres brasileiras nos empregos de óleo e gás (O&G) e a existência de preconceitos de gênero no setor. Quais as compreensões apresentadas pela literatura científica brasileira, legislações e organizações sobre a participação de mulheres nos empregos de O&G? Realiza-se uma revisão sistemática (Cochrane Collaboration) nas bases SciELO e Capes periódicos. É avaliada a pertinência das referências dos estudos selecionados para a inclusão; realiza-se uma busca para organizações, institutos ou associações brasileiras em O&G, verificando-se a existência de registros sobre a participação de mulheres. Verifica-se na legislação a existência de dispositivos, políticas e ações que enfocam a participação de mulheres. Estudos serão analisados pela técnica de análise de conteúdo. É limite a lacuna nas fontes. Conclui-se que a participação de mulheres no setor é baixa, em virtude da falta de mobilidade na carreira, disparidade salarial, existência de discriminação e assédio, principalmente, o regime de isolamento offshore. O estudo contribui oferecendo soluções calcadas nos gargalos visualizados. Algumas das sugestões são: previsibilidade do escalonamento, flexibilização dos planos de carreiras, critérios objetivos para promoção e criação de canais de denúncias independentes. A inclusão da diversidade envolve a participação das mulheres no setor de maneira ampla (recrutamento e a permanência).

Palavras-chave: Petróleo - Óleo e Gás - Mulheres - Organizações do trabalho - Carreiras - Direito Energético - Brasil

Abstract: The objective is to understand Brazilian women participation in oil and gas (O&G) jobs and the existence of gender biases. What Brazilian scientific literature, legislation and organizations presents as understandings regarding women participation in O&G jobs? We performed a systematic review (Cochrane Collaboration) in the SciELO and Capes periodical databases. We evaluated the selected studies references, checking their inclusion relevance, and searched for Brazilian O&G organizations, agencies, institutes or associations to verify the journalistic articles or studies on the topic. Finally, we analyzed Brazilian legislation and its provisions, policies and actions. We used

^(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 28 de febrero de 2024 y su publicación fue aprobada el 20 de mayo de 2024.
^(**) Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis, Brasil). M.Phil Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. M.Phil em Ciências Humanas pela Universidade Federal da Fronteira Sul. Professor Associado do Departamento de Direito da Atitus Educação. Leciona na graduação e no mestrado em Direito. Membro do Corpo Diplomático Jovem pelos Direitos Humanos no Brasil. Membro da Comissão da Mulher da Ordem dos Advogados do Brasil de Passo Fundo. Membro da Comissão de Gênero e Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil de Passo Fundo. Membro do Conselho Diretor da Associação Brasileira de Ensino Jurídico - Abedi. Pesquisadora da Fundação IMED. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0303-599X>. Correo electrónico: leilane.grubba@atitus.edu.br



data analysis technique. There is a gap in research sources on the topic. We concluded that women participation in O&G is low because of the lack of mobility in the career, gender pay gap, discrimination and harassment, and the offshore isolation regime. The study contributes to the field, offering solutions based on the bottlenecks. Some suggestions are: predictability of scheduling, structuring flexible schedules and making career plans more flexible, objective criteria for promotion and independent reporting channels. The inclusion of diversity involves the participation of women in the sector in a broad sense (recruitment and retention).

Keywords: Oil - Oil and gas - Women - Work organization - Career - Energy Law - Brazil

1. Introdução

Estudos mencionam que a participação de mulheres em empresas, principalmente como líderes e gestoras, amplia a probabilidade de retornos financeiros corporativos. Um desses estudos foi realizado pela *Diversity Matters*, implicando que a participação de mulheres melhora a tomada de decisões, em virtude dos diferentes estilos cognitivos, e gera maior criatividade para a resolução de problemas (World Economic Forum, 2016). Ainda, produz um desenvolvimento mais inclusivo, maior bem-estar para as famílias, mais diversidade e produtividade nas empresas. Tem como efeito suscitar uma imagem social positiva de empresa inclusiva em gênero (African Natural Resources Center, 2016, p. 7).

Evidências indicam que mulheres demonstram maiores objetivos vinculados ao bem social e o aumento da contribuição econômica delas potencializa a produtividade empresarial (Scott et al, 2013, p. 8). No setor energético, a participação de mulheres é referida como vital para soluções inovadoras e inclusivas, até mesmo na transição energética para energias limpas e renováveis⁽¹⁾.

Por outro lado, das 250 empresas de óleo e gás (O&G)⁽²⁾ investigadas por Yanosek et al (2019, pp. 2-9), em metade não há mulher em cargo gestão ou liderança. Ainda, no geral, elas perfazem um terço do quadro de funcionários iniciantes do setor. Essa baixa participação das mulheres em O&G também foi visualizada em 2012. Nesse ano, as mulheres representavam 7,8% da força de trabalho mundial no setor, sendo que, nas

200 principais empresas, eram 5% dos membros executivos e 14% dos membros seniores (African Natural Resources Center, 2016, p. 15). Sequencialmente em termos cronológicos, em 2016, conforme a World Economic Forum (2016), a participação de mulheres em nível sênior do setor de O&G foi avaliada entre 10 e 15% do quadro total, evidenciando a baixa representatividade.

Em 2019, texto online publicado pelo *Energy Council*⁽³⁾ (2023) aponta que as mulheres eram apenas 16% do total do quadro de funcionários das O&G, ocupando 22% das posições iniciais e apenas 1% das posições executivas ou de liderança. Em 2020, notícia online publicada pela *Internacional Energy Agency* (IEA) menciona que as disparidades de gênero no emprego de diferentes setores energéticos variam, mas a participação de mulheres permanece inferior à sua participação na economia geral. Elas representam apenas 22% da força de trabalho em O&G e 32% em energias renováveis.

Em comum, esses estudos demonstram que o percentual de mulheres que participam da força de trabalho do setor energético, principalmente, nas O&G, pouco variou entre os anos 2016-2020.

Portanto, embora o termo ou categoria mulher⁽⁴⁾ não constitua um grupo homogêneo, havendo distintos níveis de vulnerabilidades, evidências científicas sugerem desigualdades estruturais entre homens e mulheres no acesso e participação às O&G (Scott et al, 2013, p. 2).

A menor porcentagem de mulheres diplomadas em especialidades do campo, como engenharia mecânica e engenharia petrolífera, conforme Yanosek et al, poderia explicar parcialmente o baixo índice de mulheres nos quadros de funcionários iniciais (2019, pp. 2-4). Não obstante, esclarece o

- (1) A esse respeito, veja "Gender diversity in energy: what we know and what we don't know", de Johnstone, N. & Silva, M. (6 de março de 2020). Em International Energy Agency (<https://www.iea.org/commentaries/gender-diversity-in-energy-what-we-know-and-what-we-dont-know>).
- (2) (Scott et al, 2013, p. 1).
- (3) A esse respeito, veja "International Women's Day 2023", de Amirova, S. (8 de março de 2023). "Energy Council. (<https://energycouncil.com/articles/international-womens-day-2023-embrace-equity/>)"
- (4) Refere-se que a categoria mulher não apresenta uma coerência interna universal ou representacional da identidade, sendo atravessada por diversidades culturais, sociais e étnicas, que ocasionam vulnerabilidades, opressões e eixos de subordinação distintos (Costa, 2002; Crenshaw, 2020; Collins, 2021; González, 2020; Curiel, 2020).



porquê de a porcentagem de mulheres diminuir em altas taxas conforme a progressão de carreira, inclusive, em comparação com outras áreas e empregos das Ciências, Tecnologias, Engenharias e Matemática (STEM).

Indica-se, como hipóteses para a baixa representatividade de mulheres no setor, o fator relacionado às missões remotas para a promoção⁽⁵⁾, que dificulta conciliar a família e o trabalho, e o fator do preconceito inconsciente de gênero, que é mais difícil de avaliar e medir nas pesquisas científicas (Yanosek et al, 2019). A baixa participação de mulheres também se relaciona com a hipótese do medo da discriminação no trabalho e do assédio moral e sexual (African Natural Resources Center, 2016, p. 22).

Outras barreiras evidenciadas são: menor alfabetização de mulheres em variados países e falta de acesso à formação em competências comercializáveis ou financiáveis. Apesar dessas hipóteses, sugere-se que a desigualdade de gênero na participação em O&G é complexa. Apesar das correlações observadas nos poucos estudos científicos existentes e publicados, qualquer resposta causal estatisticamente robusta foi descartada até o momento (Scott et al, 2013, p. 10).

Além das disparidades de gênero na participação nos empregos de O&G, a African Natural Resources Center (2016, p. 16) menciona a existência de impactos negativos de gênero das O&G. Em específico, riscos para a saúde e ambientais, em virtude da queima e emissão de gases venozos que afetam comunidades, principalmente, mulheres e crianças, e podem reduzir a biodiversidade (ou seja, água e flora). Com isso, limitam o acesso de famílias às atividades econômicas relacionadas e aos bens de subsistência. Ainda, riscos comunitários de gênero nas sociedades em que há menor igualdade de gênero e participação de mulheres nas tomadas de decisão, dentre outros. Esses indicativos são replicados no estudo de Scott et al (2013, pp. 5 y 21-22).

Diante desse quadro introdutório apresentado, que indica a baixa participação de mulheres nas O&G em nível mundial, esse estudo tem por objetivo compreender a realidade brasileira sobre a temática. Espera-se, com esse estudo, propor soluções relacionadas a políticas, práticas e ações que possibilitem uma maior participação de mulheres nas O&G no Brasil.

A pesquisadora tem interesse na investigação pela temática abordada, que constitui campo no qual pesquisa durante sua trajetória acadêmica e científica, sobretudo, a problemática do acesso não equitativo aos direitos humanos

nas atuais sociedades democráticas e os estudos em gênero e diversidades (por exemplo, mulheres, pessoas trans, pessoas intersexuais, pessoas com deficiência, antirracismo). Em especial, sobre a inclusão e participação das mulheres no setor de O&G brasileiro, a pesquisadora foi convidada, em dezembro de 2023, para uma palestra no Masters in Law da University of West Indies, Sr. Augustine Campus, Trinidad and Tobago. A fala inquiria sobre a participação de mulheres brasileiras no setor de O&G e ocorreu em março de 2024. Esse artigo é o resultado final da pesquisa completa realizada naquele momento, incluindo os aspectos evidenciados na fala realizada e outros.

Por meio de uma revisão sistemática da literatura científica nacional, legislações e organizações do setor, objetiva-se compreender a participação de mulheres brasileiras nos empregos de O&G, a existência ou não de preconceitos de gênero relatados no setor, bem como, as políticas e ações implementadas para minimizar as desigualdades de gênero em O&G no Brasil. Logo, o estudo orienta-se pelo seguinte questionamento: quais as compreensões apresentadas pela literatura científica brasileira, legislações e organizações sobre a participação de mulheres nos empregos de O&G?

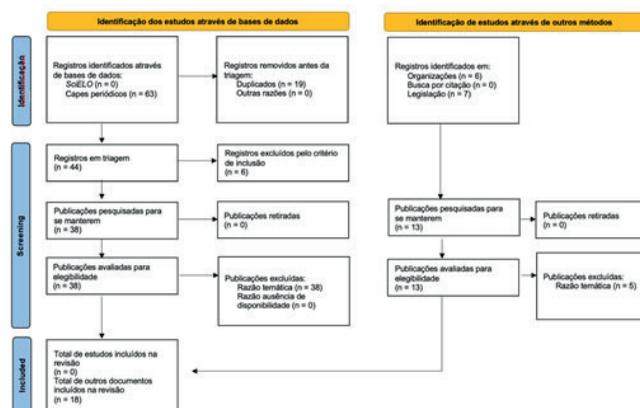
2. Método: revisão sistemática

Trata-se de revisão sistemática, cuja importância reside no nível das evidências científicas, pois os critérios adotados possibilitam a repetição do procedimento. Considera-se uma pesquisa baseada em evidências científicas (Sampaio, & Mancini, 2007, p. 84), que contribui para a sistematização da literatura em determinada temática, com grau de confiabilidade dos resultados. É um estudo secundário original

(5) Empresas de O&G *Downstream* têm quase três vezes mais mulheres em cargos seniores do que empresas O&G que perfazem serviços de campo (Yanosek; Abramson; Ahmad, 2019, p. 5). *Downstream* é a terceira cadeia de valor de O&G e refere-se ao *marketing* e distribuição. A segunda cadeia de valor é *midstream*, que se refere ao transporte (oleoduto, trem, barcaça marítima ou caminhão), armazenamento e refinaria do petróleo e processamento, transporte e armazenamento do gás. A primeira cadeia de valor, *upstream*, se refere às empresas envolvidas na exploração, no desenvolvimento e na produção do petróleo e gás *offshore* (African Natural Resources Center, 2016).



Figura 1
Prisma 2020 para revisões sistemáticas que incluem buscas em bases de dados, protocolos e outras fontes



(Galvão, & Pereira, 2014), permitindo distinguir as lacunas existentes nos conhecimentos já produzidos e sistematizados na revisão.

Para a revisão sistemática, segue-se o protocolo *Cochrane Collaboration*⁽⁶⁾: elaboração ou definição da pergunta de pesquisa; localização dos estudos na literatura; avaliação crítica dos estudos; coleta dos dados; análise e apresentação dos dados (meta-análise); interpretação dos dados; aprimoramento e atualização da revisão (Galvão, & Pereira, 2014, p. 183).

A formulação do problema de pesquisa segue o anagrama *pico* (população *p*, intervenção *i*, comparação *c* e desfecho ou resultado *o*), considerando os critérios: mulheres *p*, emprego ou trabalho *i*, Brasil *c*, e O&G *o*. O problema de pesquisa é: quais as compreensões apresentadas pela literatura científica brasileira, legislações e organizações sobre a participação de mulheres nos empregos de O&G?

A busca na literatura científica restringe-se às bases de dados *Scientific Eletronic Library Online - SciELO*⁽⁷⁾ e *Capes periódicos*⁽⁸⁾, compreendendo os descritores: mulher; O&G, óleo e gás - (óleo e gás) ou (o&g) e (mulher). O critério de inclusão se refere aos estudos publicados na modalidade de artigos. Os critérios de exclusão são os estudos não disponíveis na íntegra e àqueles que, após análise do resumo, não tiverem por objeto a temática da participação de mulheres em O&G.

Após, serão avaliadas as referências bibliográficas dos estudos selecionados, verificando-se a sua pertinência para a inclusão, que dependerá da aderência temática e

disponibilidade para o acesso na íntegra. Será feita uma busca para organizações, agências, institutos ou associações brasileiras que enfocam O&G, a fim de verificar a existência de registros e matérias jornalísticas ou estudos sobre a participação de mulheres, os quais serão incluídos. Verificar-se-á na legislação brasileira a existência de dispositivos, políticas e ações que enfocam a participação de mulheres no setor de óleo de gás. Os estudos incluídos serão analisados pela técnica de análise de conteúdo.

2.1. Resultados

As buscas foram realizadas entre os dias 01 e 15 de janeiro de 2024. Logo, apresentam como limite temporal a publicação até o fim do ano de 2023, não compreendendo o ano de 2024.

Nas bases de dados, as buscas resultaram em 63 registros identificados, sendo 19 duplicados. Foram 44 registros em triagem, mantendo-se 38 após análise dos critérios de inclusão estabelecidos. As 38 publicações avaliadas para elegibilidade abordam temáticas recorrentes no setor de O&G. Em especial, temas vinculados aos aspectos empresariais (ou seja, rotinas organizacionais, sistemas de gestão de qualidade, desempenho financeiro, tomada de decisões sobre investimentos, *compliance*), vinculados aos aspectos ambientais (ou seja, exploração em ambientes de risco, impactos da extração do petróleo, biocorrosão, qualidade do ar e emissões de carbono ou outros componentes poluentes, sustentabilidade) e vinculados aos aspectos técnicos (ou seja, engenharia, transformação digital, capacitação científica e tecnológica da formação de pessoas, técnicas de carburação). Dois estudos abordaram a inclusão de pessoas com deficiências (PcD).

Nenhum registro abordou questões de gênero ou fez referência à participação de mulheres em O&G. Logo, todos os registros foram excluídos pelo critério temático, não havendo exclusão pela ausência de disponibilidade do texto na íntegra. Na

(6) A esse respeito, veja Cochrane (<https://www.cochrane.org>).

(7) A esse respeito, veja SciELO (www.scielo.br).

(8) A esse respeito, veja Capes Periódicos (www.periodicos.capes.gov.br).



sequência, analisou-se os títulos de todas as referências citadas nessas publicações avaliadas para elegibilidade, não se localizando qualquer alusão a questões de gênero ou de participação de mulheres. Portanto, nenhuma foi selecionada.

A busca para organizações, agências, institutos ou associações brasileiras que enfocam O&G resultou em 6 entidades: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás (IBP); Organização Nacional da Indústria do Petróleo (ONIP); Associação Brasileira de P&D em Petróleo e Gás (ABPG); Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Petróleo e Gás (ABPIP); e Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Petróleo (ABESPetro). Em cada sítio eletrônico dessas entidades, realizou-se uma busca pelas palavras-chave gênero ou mulher, a fim de verificar a existência de registros e matérias jornalísticas ou estudos sobre a participação de mulheres. Os achados serão incorporados na seção de discussões.

Finalmente, a busca por legislação resultou em 7 recorrências. Apesar das inúmeras regulamentações, políticas e resolução em O&G, as principais legislações são: Lei 9.478/97, que dispõe sobre a política energética nacional; Lei 11.097/05, que regulamenta a produção e comercialização de biocombustíveis, incluindo o etanol e o biodiesel; Portaria 61/2018, do Ministério de Minas e Energia, que cria o Comitê Permanente para Questões de Gênero, Raça e Diversidade; Lei 12.276/10, referente à cessão das atividades de pesquisa e produção de O&G à Petrobras; Lei 12.304/10, que autoriza o Poder Executivo a criar a empresa estatal Pré-Sal Petróleo S.A (PPSA); Lei 12.351/10, que regulamenta a exploração e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos.

Com exceção da Portaria 61/2018, nenhuma legislação aborda a temática das mulheres no setor de O&G. Nesse sentido, apenas a mencionada Portaria será incorporada às discussões. Menciona-se, por oportuno, a Lei 14.611 de 2023, que apesar de não ser específica para o setor de O&G, alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) brasileira para dispor sobre a igualdade salarial entre homens e mulheres.

2.2. Discussões

A temática da participação de mulheres no setor brasileiro de O&G é ausente da literatura científica. Ao menos, de indexação nas bases de dados pesquisadas. Nesse estudo, a busca pelos descritores resultou em 63 registros identificados. Após análise rigorosa dos critérios de inclusão e exclusão, não houve seleção de estudos para análise qualitativa de conteúdo. Menciona-se a

ausência de enfrentamento temático por parte dos estudos identificados, que focavam em aspectos empresariais, técnicos e ambientais do setor.

Logo, parece existir uma lacuna nos estudos científicos brasileiros que evidenciam e contribuem para o debate a respeito da participação de mulheres em O&G. Indica-se a necessidade de pesquisas científicas no campo, visando conhecer a realidade brasileira e dialogar com o panorama internacional sobre a temática.

Com o objetivo de verificar a existência de registros e matérias jornalísticas ou estudos sobre a participação de mulheres no setor de O&G, realizou-se uma busca pelas palavras-chave gênero e/ou mulher em cada sítio eletrônico das organizações, agências, institutos ou associações brasileiras: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás (IBP); Organização Nacional da Indústria do Petróleo (ONIP); Associação Brasileira de P&D em Petróleo e Gás (ABPG); Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Petróleo e Gás (ABPIP); e Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Petróleo (ABESPetro).

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)⁽⁹⁾, vinculada ao Ministério de Minas e Energia (MME) do Governo Federal brasileiro, é encarregada da regulação da indústria petrolífera, de gás natural e biocombustíveis no país. Atua para a regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas no setor de O&G e biocombustíveis.

No sítio eletrônico da ANP, a pesquisa pela palavra-chave gênero resultou em 6 recorrências e a pesquisa por mulher resultou em 7 recorrências. Dessas, duas são duplicadas e quatro abordam gênero de maneira ampla, não se referindo a mulheres, havendo, ao total, 7 recorrências. Dentre essas notícias, menciona-se, em 26/10/2023⁽¹⁰⁾, que a ANP aderiu a iniciativa

(9) A esse respeito, veja ANP (<https://www.gov.br/anp/pt-br>).

(10) A esse respeito, veja "ANP participa da iniciativa "Brasil sem Misoginia". (26 de outubro de 2023). Em ANP (https://www.gov.br/anp/pt-br/canais_atendimento/imprensa/noticias-comunicados/anp-participa-da-iniciativa-201cbrasil-sem-misoginia201d).



“Brasil sem Misoginia”, comprometendo-se a ações futuras de combate à misoginia; e em 23/10/2023⁽¹¹⁾, a participação no XIII Congresso Brasileiro de Regulação, no qual se abordou, dentre as temáticas, a carreira das mulheres no setor de regulação do gás. Outras notícias, que mencionam a participação de mulheres no setor, mas não contribuem ao debate do tema, são: evento da *Offshore Technology Conference (OTC) 2023*, em Houston (04/05/2023)⁽¹²⁾; evento da ANAC em comemoração ao Dia Internacional da Mulher (02/03/2023)⁽¹³⁾.

Por outro lado, em 24/03/2023⁽¹⁴⁾, uma publicação indica que a Diretora da ANP Symone Araújo recebeu homenagem da Associação Mundial de GLP, denominada *Women in LPG (WINLPG)*, momento no qual ela dedicou o prêmio às 635 mulheres que trabalhavam na ANP, consistindo em 40% da força de trabalho. Para a Diretora, deve-se objetivar a inclusão e a diversidade no setor de O&G. A Diretora da ANP novamente fez referência à necessidade de inclusão e diversidade no setor energético para o fomento de uma sociedade democrática no evento “Explicando a regulação com foco no cidadão”, conforme notícia de 08/03/2023⁽¹⁵⁾. Finalmente, em notícia de 05/03/2018⁽¹⁶⁾, menciona-se que a ANP passa a integrar o Comitê Permanente para Questões de Gênero, Raça e Diversidade do MME e Entidades Vinculadas, comprometendo-se à projetos e ações que tratem de políticas para mulheres, questões de gênero, raça e diversidade.

O Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás (IBP)⁽¹⁷⁾ é representante institucional do setor de petróleo e gás no Brasil, buscando promover o progresso e o desenvolvimento do setor energético. No sítio eletrônico, a busca de notícias pelas palavras-chave mulher e/ou gênero resultou em variadas recorrências, as quais são de acesso apenas para pessoas associadas ao IBP, o que inviabiliza a leitura. Ainda,

a Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Petróleo e Gás (ABPIP)⁽¹⁸⁾ conglomerada 35 empresas associadas, divididas em operadores de petróleo e gás, fornecedores e aspirantes. Em suas publicações, a busca pelas palavras-chave gênero ou mulher não resultou em nenhuma recorrência.

A Associação Brasileira de P&D em Petróleo e Gás (ABPG)⁽¹⁹⁾ é uma associação de direito privado, fundada em 2004, por pesquisadores da área de O&G. O periódico eletrônico *Brazilian Journal of Petroleum and Gas (BJPG)*⁽²⁰⁾ é vinculado à ABPG. Trata-se de periódico com enfoque no setor de O&G, que conta com publicações que datam de 2007, sendo, desde 2009, quatro volumes publicados por ano. Contudo, a busca por estudos sobre a participação de mulheres no setor, efetuada por meio da busca pelas palavras-chave gênero ou mulheres, não resultou em nenhuma recorrência.

A Organização Nacional da Indústria do Petróleo (ONIP)⁽²¹⁾ objetiva constituir-se em um fórum natural para a construção de consensos no campo de óleo e gás, com foco em negócios, produtividade e desempenho de exportação. Representa entidades, empresas e cadeia de fornecedores no setor de O&G. A busca pelas palavras-chave resultou em uma recorrência - notícia de 08/03/2023⁽²²⁾. Menciona-se a liderança

(11) A esse respeito, veja “ANP participa do XIII Congresso Brasileiro de Regulação”. (20 de outubro de 2023). Em ANP (https://www.gov.br/anp/pt-br/canais_atendimento/imprensa/noticias-comunicados/anp-participa-do-xiii-congresso-brasileiro-de-regulacao).

(12) A esse respeito, veja “ANP participa da Offshore Technology Conference (OTC) 2023, em Houston”. (4 de maio de 2023). Em ANP (https://www.gov.br/anp/pt-br/canais_atendimento/imprensa/noticias-comunicados/anp-participa-da-offshore-technology-conference-otc-2023-em-houston).

(13) A esse respeito, veja “Diretora da ANP participa de evento da ANAC em comemoração ao Dia Internacional da Mulher”. (2 de março de 2023). Em ANP (https://www.gov.br/anp/pt-br/canais_atendimento/imprensa/noticias-comunicados/diretora-da-anp-participa-de-evento-da-anac-em-comemoracao-ao-dia-internacional-da-mulher).

(14) A esse respeito, veja “ANP participa de evento internacional de GLP no México”. (24 de março de 2023). Em ANP (https://www.gov.br/anp/pt-br/canais_atendimento/imprensa/noticias-comunicados/anp-participa-de-evento-internacional-de-glp-no-mexico).

(15) A esse respeito, veja “Dia Internacional da Mulher: Diretora da ANP participa de evento junto a outras reguladoras”. (8 de março de 2023). Em ANP (https://www.gov.br/anp/pt-br/canais_atendimento/imprensa/noticias-comunicados/dia-internacional-da-mulher-diretora-da-anp-participa-de-evento-junto-a-outras-reguladoras).

(16) A esse respeito, veja “ANP integra comitê do MME para questões de gênero, raça e diversidade”. (5 de março de 2018). Em ANP (https://www.gov.br/anp/pt-br/canais_atendimento/imprensa/noticias-comunicados/anp-integra-comite-do-mme-para-questoes-de-genero-raca-e-diversidade).

(17) A esse respeito, veja IBP (<https://www.ibp.org.br/noticias/#>).

(18) A esse respeito, veja ABPIP (<https://abpip.org.br/>).

(19) A esse respeito, veja ABPG (http://www.portalabpg.org.br/site_2023/index.html#top).

(20) A esse respeito, veja BJPG (<https://www.portalabpg.org.br/bjpg/index.php/bjpg>).

(21) A esse respeito, veja ONIP (<https://www.onip.org.br/#/institucional>).

(22) A esse respeito, veja ONIP (<https://www.onip.org.br/#/noticia-completa?id=238>).



majoritária masculina no setor de O&G, embora tenha havido um aumento da participação de mulheres no setor.

Ressalta-se a diferença salarial existente entre homens e mulheres no setor. Em média, os salários de mulheres são 19% menores, considerando a ocupação das mesmas posições, jornada de trabalho e nível de escolaridade. A partir desse panorama, algumas ações são indicadas: a criação de programas de incentivo, flexibilização de horários de trabalho para a atração de mulheres ao setor; e (b) a estipulação de critérios objetivos para a promoção, ações em prol da igualdade de gênero, inclusão e diversidade dentro das empresas para a retenção de mulheres no emprego.

Finalmente, a Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Petróleo (ABESPetro)⁽²³⁾ é uma associação civil e sem fins lucrativos, com o objetivo de representar os setores de fornecimento de bens e serviços às petroleiras no país. Em suas publicações, não há qualquer recorrência referente à mulher ou ao gênero.

Com relação às legislações, das sete recorrências encontradas e selecionadas, apenas duas contribuem à temática. A Portaria 61/2018, do MME, que cria o Comitê Permanente para Questões de Gênero, Raça e Diversidade (COGENMEV). No sítio eletrônico do Comitê⁽²⁴⁾ são dispostos os motivos e os objetivos da sua criação, que perpassam a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, com equidade entre homens e mulheres. Evidencia-se a inserção e permanência de mulheres no mercado de trabalho, com o seguinte resultado: as empresas⁽²⁵⁾ do setor que integram o MME aderiram o Programa Pró-Equidade “Práticas de equidade de gênero tecendo a política de equidade”, do Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher⁽²⁶⁾ – UNIFEM⁽²⁷⁾.

Por fim, a necessidade de se combater preconceitos, equiparar salários para o exercício da mesma função, promover a capacitação e democratizar o acesso aos cargos de direção. Essas são as informações disponíveis a respeito do COGENMEV. Na Portaria, mencionam-se as políticas de promoção da igualdade no ambiente de trabalho em aspectos como acesso, remuneração, ascensão, planos de carreiras,

benefícios e segurança; assim como, políticas voltadas à gestão de pessoas e à cultura organizacional (Ministério de Minas e Energia, 2018).

Em específico para a equiparação salarial, foi promulgada a Lei 14.611 em julho de 2023, que alterou a CLT brasileira para dispor sobre a igualdade salarial e critérios remuneratórios. Essa não é uma legislação específica para o setor de O&G, mas influi diretamente nos empregos que lhes são vinculados, sobretudo, porque define a igualdade salarial e os critérios remuneratórios entre homens e mulheres para a realização de trabalho de igual valor ou exercício da mesma função. Dispõe sobre pagamento de diferenças salariais devidas quando há ocorrência de discriminação por motivo de sexo, raça, etnia, origem ou idade, não afastando o direito à ação de danos morais nos casos concretos.

Art. 4. A igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens será garantida por meio das seguintes medidas:

- I. estabelecimento de mecanismos de transparência salarial e de critérios remuneratórios;
- II. incremento da fiscalização contra a discriminação salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens;
- III. disponibilização de canais específicos para denúncias de discriminação salarial;
- IV. promoção e implementação de programas de diversidade e inclusão no ambiente de trabalho que abranjam a capacitação de gestores, de lideranças e de empregados a respeito do tema da equidade entre homens e mulheres no mercado de trabalho, com aferição de resultados; e
- v. fomento à capacitação e à formação de mulheres para o ingresso, a permanência e a ascensão no mercado de trabalho em

(23) A esse respeito, veja ABESPetro (<https://abespetro.org.br>).

(24) A esse respeito, veja COGENMEV (<https://antigo.mme.gov.br/web/guest/conselhos-e-comites/comite-de-genero>).

(25) São as empresas vinculadas: CEPEL - Centro de Pesquisas de Energia Elétrica; CGTEE - Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica S.A.; CHESF - Companhia Hidro Elétrica do São Francisco S.A.; ELETROBRÁS - Centrais Elétricas Brasileiras S.A.; ELETRONORTE - Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A.; ELETRONUCLEAR - Eletrobrás Termonuclear S.A.; ELETROSUL - Eletrosul Centrais Elétricas S.A.; FURNAS - Furnas Centrais Elétricas S.A.; ITAIPU - Itaipu Binacional; PETROBRÁS - Petróleo Brasileiro S.A.; MANAUS ENERGIA S.A.

(26) A esse respeito, veja “de Gênero e Raça. Rompendo fronteiras no mundo do trabalho”, de Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (2016).

(27) O Programa Pró-Equidade traz considerações importantes, em especial, questiona a divisão sexual do trabalho, inclusive a separação e hierarquização da polarização entre trabalho produtivo masculino e trabalho reprodutivo feminino, menos valorizado socialmente. Além do debate em torno de gênero, questiona criticamente fatores raciais, indicando a vulnerabilidade de mulheres negras.



igualdade de condições com homens (Lei 14.611, 2023).

A mencionada Lei dispõe que os relatórios emitidos devem não apenas conter informações que possibilitem a comparação objetiva de salários e remunerações, mas os percentuais de ocupação de cargos de direção e chefia por homens e mulheres, possibilitando o fornecimento de dados estatísticos sobre desigualdades de gênero, raça e idade (Lei 14.611, 2023).

Essa Lei é de importância fundamental no Brasil quando se compreende a curva de rendimentos entre homens e mulheres ou entre pessoas negras e brancas. Conforme o mencionado Programa Pró-Equidade, a maior representatividade de homens em espaços de liderança é acompanhada de desigualdade salarial, em especial, quando se pondera a maior escolaridade das mulheres em relação aos homens.

2.3. Avançando na temática

Os estudos, organizações, institutos e legislações selecionados pouco contribuem para a discussão, evidenciando uma possível lacuna nas pesquisas. Portanto, avança-se para também abordar matérias jornalísticas sobre a temática, publicadas em sítios eletrônicos de jornais e revistas, visando uma melhor compreensão do panorama da participação das mulheres no setor brasileiro de O&G.

Em notícia publicada no ano de 2023 no sítio eletrônico da Petronotícias⁽²⁸⁾, escrita por Davi de Souza, aponta-se um tímido percentual de aumento da participação de mulheres brasileiras em O&G, setor ainda percebido como majoritariamente masculino. Indica-se a necessidade de atuação sobre as desigualdades percentuais de participação e sobre os existentes hiatos salariais entre homens e mulheres.

Em artigo publicado em 2021, na *Portos e Navios*⁽²⁹⁾, afirma-se a desigualdade de gênero como desafio para mulheres que trabalham embarcadas (*offshore*). Dentre as desigualdades, a falta de oportunidades profissionais, evidenciada na maior possibilidade de ascensão profissional masculina, o machismo, indicado nos questionamentos quanto à capacidade de realização do trabalho, e o assédio. Ainda, a escala de trabalho, sendo 14 dias embarcada e 14 dias em terra, que dificulta o convívio familiar. Essas desigualdades corroboram as hipóteses mencionadas na introdução deste estudo, sugeridas nas pesquisas internacionais sobre a temática. Aponta-se, também, a ausência de equipamentos de proteção individual (EPI) adequados às mulheres. Como ponto positivo, a boa remuneração.

No que se refere à ausência de EPI adequados para

mulheres, ressalta-se a sua importância considerando os acidentes fatais e não fatais que acontecem no setor, principalmente em atividades *offshore*. Embora Guida et al (2020) mencionem que a maior parte das mulheres exerce atividades administrativas e não operacionais, a adequação de EPI minimizaria ainda mais os riscos para mulheres, estando elas em atividades administrativas ou operacionais, como a própria queda de objetos. Inclusive, porque toda atividade realizada *offshore* é considerada de risco.

O estudo desenvolvido por Oliveira-Monteiro et al, que não está indexado nas bases de dados pesquisadas, tem foco nos trabalhadores de cruzeiros marítimos, mas menciona que a análise de satisfação individual no trabalho é subjetiva, variando de pessoa para pessoa (2018, p. 2). Nos casos de trabalhadores *offshore* de O&G, é permanentemente ressaltada a insatisfação frente ao período de embarcação, compreendido como confinamento e próprio da atividade. Em especial, diante da ausência de privacidade, isolamento social (família, lazer e amizade) e sentimento de ansiedade.

Embora hajam variadas possibilidades de trabalhos em O&G, o trabalho *offshore* é percebido como problemático e dificultoso por muitas mulheres, o que reduz a participação delas no setor (Valério, 2021). Guida et al salientam que esses afastamentos “[...] não são compatíveis com as outras responsabilidades atribuídas socialmente às mulheres, como o cuidado da casa e dos filhos, acarretando baixa inserção das mulheres em determinadas atividades desta indústria” (2020, p. 7). Essas conclusões também são ressaltadas no estudo de Barbosa e Alvarez (2016), não indexado nas bases de dados pesquisadas.

O estudo foi empreendido por meio de entrevistas semiestruturadas coletivas e individuais com mulheres trabalhadoras em função técnica da Bacia de Campos⁽³⁰⁾. O

(28) A esse respeito, veja “Participação feminina na indústria da energia avançou nos últimos anos, mas ainda em marcha lenta”. (8 de março de 2023). Em Petronotícias (<https://petronoticias.com.br/participacao-feminina-na-industria-da-energia-avancou-nos-ultimos-anos-mas-ainda-em-marcha-lenta/>).

(29) A esse respeito, veja “Desigualdade de gênero ainda é desafio para mulheres que trabalham embarcadas”. (4 de outubro de 2021). Em ().



isolamento do período de embarcação gera efeitos sobre a vida social e familiar das mulheres. Elas indicam que percebem a profissão com ambiguidade “[...]convivendo com o sentimento de realização e a sensação de perda: sentem que ganham bem, mas ‘perdem sua vida’. Os episódios relativos à saúde mental no ambiente de trabalho são recorrentes e o planejamento da vida pessoa se torna difícil” (Barbosa, & Alvarez, 2016, p. 127).

Nesse sentido, “[...] sentimento de solidão, vontade de chorar, sensação de deslocamento social (ocasionada por convívio com população masculina e mais velha), vontade de mudar de área” (Barbosa, & Alvarez, 2016, p. 127). A vontade de mudar de área também foi resultado de estudo empreendido por Santos (2019, p. 37), com trabalhadoras em empresa localizada em Macaé - RJ.

De maneira geral, com relação ao recrutamento, as mulheres entrevistadas manifestaram o interesse pela remuneração. Contudo, o isolamento e os seus reflexos foram compreendidos como dificultadores à permanência no emprego *offshore*. Para as mulheres mães, foi manifestada a dificuldade de acompanhamento da família e filhos/as e a dificuldade diante da ausência em períodos de datas especiais (Barbosa, & Alvarez, 2016; Santos, 2019).

Para as mulheres jovens e solteiras, manifesta-se o adiamento de decisões sobre a vida pessoal, inclusive no sentido de maternidade. As entrevistadas manifestam que o casamento pode conciliado com o labor, mas não a maternidade. Logo, “as jovens, solteiras e sem filhos imaginam que não estarão mais embarcando quando forem se casar ou engravidar” (Barbosa, & Alvarez, 2016, p. 218).

Nesse sentido, no setor *offshore*, que tem maior participação de homens, as mulheres “[...] têm maior dificuldade para entrar e se manter neste mercado. Trabalho ‘pesado’, longos períodos de confinamento (o que as distancia dos filhos) e a possibilidade de engravidar (e, assim, se ausentar do trabalho) são questões-chave para a pequena presença feminina no setor” (Santos, 2019, p. 9).

Em resumo das discussões, são poucos estudos selecionados por meio da revisão sistemática, indicando-se uma lacuna das produções e pesquisas científicas sobre a temática, indexadas nas duas bases de dados pesquisadas. Com relação às legislações, existe uma ausência de enfrentamento da problemática de gênero.

As discussões que contribuem ao tema advêm de matérias jornalísticas, que focam nos empregos *offshore* e silenciam sobre as demais possibilidades de emprego em O&G. Sobre os empregos *offshore*, indica-se a baixa participação e a

baixa retenção de mulheres, que parece ocorrer em virtude dos seguintes entraves: existência de preconceito e discriminação de gênero, ausência de ascensão na carreira; e sobretudo, o regime de confinamento, que impossibilita mulheres mães de participarem da vida de seus filhos e filhas, e implica em um sentimento de estagnação da vida de mulheres jovens e sem filhos, que aspiram a maternidade. O confinamento apresenta efeitos sobre a saúde mental das mulheres.

3. Políticas, práticas e ações recomendadas para a maior participação de mulheres e equidade de gênero no setor de óleo e gás

Nas organizações contemporâneas, a gestão da diversidade “[...] é uma premissa defendida por gestores comprometidos com a administração moderna. Nesse tipo de administração, a força de trabalho que não é homogênea é valorizada cada dia mais, caracterizando-se como inclusiva” (Valério, 2021, p. 55) em termos de diversidade de gênero, de raça, etária e cultural. Apesar de valorizada, ela não é automaticamente implementada.

Portanto, diante do estudo realizado, busca-se mencionar quais políticas, práticas e ações são recomendadas, internacionalmente e para a realidade brasileira, visando a maior participação de mulheres no setor de O&G, sobretudo, no processo de seleção e recrutamento, assim como, para a permanência na carreira.

3.1. Políticas, ações e práticas recomendadas internacionalmente

Um texto online publicado pelo *Energy Council*⁽³¹⁾ em 2023 menciona a importância da reflexão sobre a equidade de gênero no setor energético. Além de tratar todas as pessoas da mesma forma (igualdade), a equidade impõe o reconhecimento das

(30) A Bacia de Campos é a maior bacia de petróleo do Brasil, localizada no Sudeste, entre Vitória - ES e Arraial do Cabo - RJ (Barbosa, & Alvarez, 2016).

(31) A esse respeito, veja “International Women's Day 2023”, de Amirova, S. (8 de março de 2023). Em Energy Council (<https://energycouncil.com/articles/international-womens-day-2023-embrace-equity/>).



circunstâncias e experiências individuais que podem requerer um tratamento diferenciado para gerar justiça. Além da majoração da participação de mulheres no setor energético, deve-se garantir condições de concorrência equitativas, oportunidades de gênero iguais e acesso aos recursos.

Internacionalmente, Yanosek et al sugerem que existe uma grande preocupação a respeito da transição energética, em virtude das alterações climáticas (2019, pp. 8-10). Portanto, o recrutamento de mulheres deve envolver a construção de uma narrativa positiva em prol da promoção do desenvolvimento econômico e das possíveis transições da empresa para o futuro energético.

Além disso, deve-se identificar as competências, as habilidades e os diplomas requeridos para as vagas, para o recrutamento de mulheres que detenham o perfil almejado. Deve-se avaliar as políticas de carreiras e de promoções, inclusive, de ascensão aos cargos de gestão, garantindo a paridade de gênero na representatividade das listas de progressão. A atratividade do emprego em O&G está correlacionada à possibilidade de mulheres conciliarem o trabalho e a vida familiar. Portanto, uma prática e ação importante é a flexibilização dos planos de carreira para os empregos em que seja possível operar remotamente ou *onshore* (Yanosek et al, 2019, pp. 8-10).

Além dessas políticas e ações, a World Economic Forum (2016, p. 1), junto à comunidade de O&G, mencionam princípios orientadores que devem ser implementados: liderança com diversidade e inclusão de gênero como imperativo estratégico; definição de metas e objetivos para se alcançar a diversidade de gênero no interior das empresas; apoiar o desenvolvimento de meninas e mulheres nas áreas de STEM⁽³²⁾; definição de responsabilidades inerentes ao cargo; desenvolvimento de políticas de recrutamento, retenção e promoção que sejam sensíveis para mitigar desigualdades de gênero e preconceitos inconscientes; e o desenvolvimento de uma cultura corporativa inclusiva em termos de gênero, que possibilite o equilíbrio entre a vida pessoal e profissional.

De maneira geral, para o *Energy Council*⁽³³⁾ (2023), as empresas de O&G devem criar programas de inclusão das diversidades; desenvolver estudos sobre disparidades de salários entre gêneros, visando erradicar sua existência; criar grupos de suporte e *network* para se educar todos os funcionários em questões de gênero; e realizar compromentimentos públicos em prol da equidade de gênero empresarial.

O foco em programas de educação e sensibilização nas empresas de O&G sobre prevenção da violência de gênero é replicado pela African Natural Resources Center (2016, p. 23), que também refere a importância da educação visando à empregabilidade no setor, com ênfase no desenvolvimento de crianças e jovens meninas. A implementação de programas de desenvolvimento de competências técnicas, que incluam nas atividades visitas de campos de petróleo, gás e *offshore*, e o incentivo às mulheres de STEM ao emprego no setor. Para isso, a importância de fornecimento de cuidados infantis, moradia familiar, possibilidade de trabalho à distância e licenças sabáticas. Registra-se o incentivo a programas governamentais que introduzam quotas de gênero em O&G.

Essas políticas são replicadas no estudo de Scott et al (2013), não apenas nos empregos diretos e *offshore*, mas nos variados empregos possíveis, que incluem:

- a) *Upstream*: serviços de acampamento e *catering*, serviços sísmicos, serviços de transporte rodoviário e de transporte, serviços de perfuração e testemunhagem, serviços ambientais, auditoria social, serviços de transitários e desalfandegamento, serviços de segurança, telecomunicações, obras civis, inspeções e auditorias de elevação. Auxiliariamente, para pessoas com menor qualificação técnica na área, empregos vinculados à limpeza, restauração de vestimentas e jardinagem nas empresas e entre os seus funcionários;
- b) *Midstream*: empresas pertencentes a mulheres dever entrar nas cadeias de valor de fornecedores, prestando-lhes serviços, como limpeza de caminhões e instalações de armazenamento, costura de uniformes, dentre outras; e
- c) *Downstream*: produção e comercialização de gás natural liquefeito (GPL), fabricação de cilindros, válvulas e reguladores de GLP; distribuição a retalho de queimadores de gás simples, flexíveis

(32) Não somente nas áreas de STEM, mas igualmente no acesso à educação formal, conforme o African Natural Resources Center (2016, p. 22).

(33) A esse respeito, veja "International Women's Day 2023", de Amirova, S. (8 de março de 2023). Em Energy Council (<https://energycouncil.com/articles/international-womens-day-2023-embrace-equity/>).



e menos dispendiosos; produção em pequena escala de produtos petroquímicos e solventes a partir do gás natural (benzeno, amônia, etileno; etc.); varejo de gás; postos de abastecimento; varejo doméstico de querosene; e varejo de óleos lubrificantes, entre outros (African Natural Resources Center, 2016, pp. 25-26).

Muitos dos empregos acima relacionados são considerados indiretos em O&G, que vinculam oportunidades de contratação na cadeira de fornecimento de bens, serviços, manutenção de infraestrutura e construção (Scott et al, 2013). Ainda assim, possibilitam uma maior participação de mulheres no setor de O&G.

3.2. Políticas, ações e práticas recomendadas no Brasil a partir dos gargalos visualizados

No Brasil, algumas políticas, práticas e ações podem ser implementadas visando aumentar a participação de mulheres em O&G e garantir maior equidade de gênero no setor. Logo, para a inclusão da diversidade.

Para que essas políticas sejam eficazes em suas práticas e ações, deve-se conhecer os motivos pelos quais existe pouca participação de mulheres nesse setor. Apesar de Scott et al (2013) descartarem estatisticamente qualquer relação de causalidade das hipóteses sobre a baixa participação de mulheres, os estudos analisados e discutidos nesta pesquisa apontam para algumas problemáticas centrais, sendo elas: menor percentual de capacitação de mulheres em áreas da STEM.

Nos empregos *offshore*, as escalas são imprevisíveis, há falta de separação entre tempo de trabalho e de descanso, há isolamento e dificuldade de conciliar família e carreira, com efeitos na saúde mental; existência de preconceito de gênero, discriminação e de assédio; desigualdade salarial entre homens e mulheres no exercício da mesma função; falta de espaços adequados para mulheres; falta de vestuário e EPI adequado para mulheres; e dificuldade de mulheres ascenderem na carreira.

Ainda que esse fatores, entendidos como gargalos, não apontem para uma hipótese única para a baixa participação de mulheres no setor, deve-se compreendê-los como fatores multidimensionais e complexos que, em conjunto, tornam-se obstáculos ao recrutamento de mulheres e a escolha delas de permanência na carreira. Por consequência, deve-se pensar em políticas, ações e práticas também multidimensionais, que envolvam o governo brasileiro e as empresas de O&G. Deve-se atuar no recrutamento e na permanência de mulheres nos empregos.

No Brasil, o anteriormente mencionado Programa Pró-Equidade de Gênero e Raça indica que organizações e empresas elaborarem um diagnóstico sobre o seu corpo funcional; i.e., sexo, raça, faixa etária, escolaridade, estado

civil. Após, ações com foco na gestão de pessoas e na cultura organizacional. Na gestão de pessoas, o conhecimento das informações relevantes do diagnóstico, somadas à capacitação para a inclusão, devem promover modificações que proporcionem a igualdade de oportunidades e de tratamento de gênero e raça.

Em resumo, possibilitam ações em prol dos processos de recrutamento e seleção, por exemplo, capacitando as equipes envolvidas no processo, incluindo nos editais e vagas conteúdos de gênero e raça, com a adoção de linguagem inclusiva no material de recrutamento e na comunicação organizacional. Ademais, ações que possibilitem a ascensão funcional, equidade salarial e de remuneração, priorizando-se a adequação de normas e regulamentos para facilitar a promoção em termos de gênero e raça, e verificando-se a existência de instrumentos ou procedimentos que podem obstaculizar a ascensão funcional de mulheres e mulheres negras. Ainda, investimentos na saúde, na segurança e políticas de benefícios, como a existência de creches nas organizações, nas empresas ou o auxílio creche, a existência de sala de amamentação, a licença paternidade estendida e a licença maternidade de 180 dias.

Na cultura organizacional, o Programa Pró-Equidade de Gênero e Raça indica ações de capacitação que possibilitem o combate às práticas de desigualdade, discriminação e a ocorrência do assédio. Para isso, a criação de campanhas de combate à discriminação, a revisão de códigos de ética, para se incorporar a igualdade de gênero e de raça como valor organizacional, a criação de canais de denúncia de discriminação e assédio ou o fortalecimento deles, quando já existentes. Ainda, o monitoramento contínuo da execução das ações planejadas e dos seus resultados.

Práticas e ações também podem se guiar por *case* de sucesso no país. Em notícia online escrita por Cintia Salomão, em agosto de 2023, publicada no sítio eletrônico da *Integridade ESG*⁽³⁴⁾, menciona-se o Programa de Aceleração de Liderança de Mulheres da empresa Ocyan, antiga Odebrecht Óleo



e Gás. Nessa empresa, 38% dos cargos de liderança são ocupados por mulheres, em comparação à média nacional de 19,4%⁽³⁴⁾. Esse aumento percentual de mulheres em cargos de liderança é devido a algumas práticas implementadas na empresa desde 2016, sendo elas: a criação de um programa de integridade com aspectos de governança, a criação de um canal de denúncias independente⁽³⁵⁾, o preenchimento das posições de liderança com recursos internos, investindo-se na ascensão profissional das mulheres.

Ainda, em 2019, implantou-se um programa de Diversidade de Inclusão, com foco em gênero, raça, deficiência e LGBTQ+, buscando atrair a participação na contratação e recrutamento de mulheres para trabalhar *onshore* em atividades administrativas e *offshore*⁽³⁷⁾ (trabalho embarcado). Em 2020, publicou-se a campanha “O mar também é delas”, visando atrair mais mulheres ao trabalho. Menciona-se, como resultado dos programas e ações implementados, o percentual de 38% dos cargos de liderança ocupados por mulheres e 37% por pessoas autodeclaradas pretas ou pardas.

Visando o crescimento inclusivo de mulheres no setor de O&G, o site eletrônico da Além da Superfície⁽³⁸⁾ menciona como importante, nas empresas, o crescimento e a disseminação da diversidade, com visão convincente do CEO e responsabilidade da diretoria. Além disso, conectar a inclusão e a diversidade às estratégias de crescimento das empresas, como alavancas de valor, mix de diversidades, dados e métricas. Indica-se a criação de portfólio de iniciativas priorizadas, com cultura inclusiva, métricas e monitoramento, bem como, a adaptação para maximizar o impacto por meio da adaptação do local e colaboração entre os setores. O Além da Superfície, em outra notícia referente ao ano de 2020⁽³⁹⁾, indica que a maior participação de mulheres no setor, principalmente em cargos de chefia, aumenta a diversidade e afeta positivamente os resultados financeiros das empresas.

Outra ação importante é relativa ao confinamento no setor *offshore*, de modo a possibilitar o recrutamento e permanência

das mulheres. Menciona-se a previsibilidade com relação ao período de embarque e a previsibilidade das escalas de trabalho, permitindo o planejamento da vida familiar e a separação entre tempo de trabalho e de descanso (Barbosa, & Alvarez, 2016, p. 129).

Diante desse quadro, principalmente, e levando-se em consideração as mencionadas problemáticas centrais, indicam-se algumas políticas, programas e ações importantes para o Brasil. Concomitante a elas, indica-se o alicerçamento da inclusão da diversidade como valor no país; ou seja, legislações e políticas governamentais, e nas empresas organizacional, permeando as suas ações, os discursos e as práticas, com coerência. Para as empresas de O&G, visando o recrutamento (a atratividade do emprego e carreira para mulheres), e a sua retenção e permanência na carreira, deve-se primariamente atuar sobre os gargalos visualizados sobre a temática:

- a) Menor percentual de capacitação de mulheres em áreas da STEM: para além das políticas brasileiras em prol do incentivo de meninas e mulheres em áreas da STEM, com relação às empresas de O&G, são importantes visitas técnicas em escolas, a fim de apresentar líderes mulheres do setor e possibilitar o conhecimento dessas meninas sobre o trabalho na área. Inclusive, as empresas de O&G podem atuar nas escolas em projetos de capacitação e desenvolvimento das crianças, sem estereotipagem, em habilidades técnicas requeridas pelo setor.

(34) A esse respeito, veja “Empoderamento feminino no petróleo e gás é possível”, de Salomao, C. (16 de agosto de 2023).

(35) Não existem informações únicas e corroboradas sobre a média nacional. Em 2022, matéria online escrita por Milena Brasil e publicada no site eletrônico da agência EPBR apontou que 15% da força de trabalho no setor de O&G é de mulheres. Aponta-se, ademais, ser um trabalho pouco receptivo às mulheres. Disponível em: <https://epbr.com.br/diversidade-na-industria-de-og-deve-ser-mais-evidenciada/>. Em outra matéria online, escrita por Natália Bezutti e Poliana Souto, referente ao ano de 2022 e publicado na *MegaWhatEnergy*, aponta-se o percentual de 16,4% de mulheres no setor de O&G. Disponível em: <https://megawhat.energy/noticias/149582/apenas-165-dos-cargos-dos-setores-de-petroleo-e-gas-sao-ocupados-por-mulheres-no-brasil>.

(36) Esse canal possibilita denúncias anônimas e, por meio de código de protocolo, possibilita ao denunciante acompanhar a denúncia.

(37) No quesito capacitação, importante iniciativa foi lançada pela *Aker Solutions*, visando maior participação de mulheres em postos *offshore*. Trata-se de 300 horas de qualificação das mulheres participantes, nas temáticas de introdução ao setor de O&G, perfuração de poços, complementação de poços, manutenção industrial, sistemas de energia renováveis, além de inglês técnico e capacitação comportamental para vivência *offshore* e competências socioemocionais. Em <https://abespetro.org.br/noticias/aker-solutions-lanca-programa-de-capacitacao-para-impulsionar-mulheres-para-o-mercado-de-oleo-e-gas/>.

(38) A esse respeito, veja “Mulheres e a diversidade de gênero no setor de óleo e gás”. (outubro de 2019). Em (<https://www.alemadasuperficie.org/especiais/mulheres-e-a-diversidade-de-genero-no-setor-de-oleo-e-gas/>).

(39) A esse respeito, veja “Diversidade importa. E traz mais lucro e eficiência”. (março de 2020). Em Além da Superfície (<https://www.alemadasuperficie.org/mercado/participacao-das-mulheres-na-industria-de-oleo-e-gas/>).



- Trata-se de uma política de longo prazo, cujos benefícios são importantes futuramente;
- b) Nos empregos *offshore*, as escalas são imprevisíveis, há falta de separação entre tempo de trabalho e de descanso, há isolamento e dificuldade de conciliar família e carreira, com efeitos na saúde mental: indica-se a estruturação de horários flexíveis e a flexibilização dos planos de carreira, a previsibilidade das escalas de embarcação, com possibilidade de trabalho híbrido quando possível operar remotamente. Ainda, recrutamento de mulheres para carreiras *onshore*. Também se indica a oferta de acompanhamento psicológico, visando benefícios à saúde mental dos trabalhadores e trabalhadoras *offshore*, em virtude dos efeitos do isolamento;
 - c) Existência de preconceito de gênero, de discriminação e de assédio: indica-se a capacitação de todos os trabalhadores da empresa na temática, com foco em programas de educação e sensibilização. Também, a revisão de códigos de ética, para que sejam sensíveis em gênero e prevejam punição nos casos de discriminação. Indica-se a criação de canais de denúncia independentes, quando não existentes, ou o fortalecimento daqueles existentes, com investigação dos casos denunciados e respostas eficazes;
 - d) Desigualdade salarial entre homens e mulheres no exercício da mesma função: a promulgação da Lei 14.611/2023 visa efetivar a igual remuneração entre homens e mulheres que exercem a mesma função, inclusive no setor de O&G. Nesse sentido, espera-se que esse gargalo deixe de existir em virtude da eficácia da Lei nacional;
 - e) Falta de espaços adequados para mulheres: indica-se a criação de espaços (banheiros e dormitórios) adequados para mulheres, creche e sala de amamentação para a retenção de mulheres mães, visando a sua permanência na carreira e possibilitando a vida familiar e a vida no trabalho;
 - f) Falta de vestuário e EPI adequado para mulheres: indicam-se investimentos em vestuário e EPI adequados para mulheres, visando a minimização dos riscos inerentes às funções, mesmo quando atuantes em trabalhos administrativos *offshore*, considerando que todo o trabalho é de risco;
 - g) Dificuldade de mulheres ascenderem na carreira: estruturação de critérios objetivos para promoções, com equidade e representatividade nas listas de progressão da carreira, agindo contra preconceitos invisíveis.

Finalmente, indica-se a adoção de políticas afirmativas organizacionais, com revisão dos materiais de recrutamento e comunicação organizacional para a sensibilidade na temática de gênero e linguagem inclusiva.

As políticas, programas e ações, para serem eficazes, precisam ser executados e monitorados continuamente.

Inclusive, porque a inclusão da diversidade envolve a participação das mulheres no setor de O&G de maneira ampla, significando o recrutamento e a permanência na carreira. Nesse sentido, deve-se atuar de modo a concretizar uma carreira na qual seja possível para as mulheres conciliarem o trabalho e a família, compreendendo a satisfação no ambiente laboral.

4. Conclusão

Por meio de uma revisão sistemática da literatura científica nacional, legislações e organizações do setor, objetivou-se compreender a participação de mulheres brasileiras nos empregos de O&G, a existência de preconceitos de gênero relatados no setor, bem como, as políticas e ações implementadas ou possíveis de serem implementadas para minimizar as desigualdades de gênero em O&G no Brasil.

Em geral, obteve-se como resposta a baixa participação de mulheres no setor e a existência de desigualdades, tais como: falta de oportunidades profissionais e menor possibilidade de ascensão, o machismo, a discriminação e o assédio, bem como a dificuldade de convivência familiar, em virtude dos períodos de isolamento das escalas de trabalho.

Diante dessa resposta, apresentou-se políticas, práticas e ações recomendadas internacionalmente para mitigar a desigualdade e favorecer a maior participação de mulheres no setor. Na sequência, apresentou-se políticas, práticas e ações recomendadas frente ao panorama brasileiro e seus gargalos. Indica-se, principalmente, ações multidimensionais, que dependem da inclusão da diversidade como valor organizacional, assim como, a execução e monitoramento contínuos das políticas e ações, visando sua eficácia.

Esse estudo apresenta alguns limites importantes. Em especial, a falta de estudos científicos na temática, inexistentes nas bases de dados pesquisadas. Portanto, indica-se a pesquisa científica no campo, uma vez que há uma lacuna nesse conhecimento.



Referências bibliográficas

- African Natural Resources Center. (2016). *Women's economic empowerment in oil and gas industries in Africa*. African Development Bank Group. https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Publications/anrc/AfDB_WomenEconomicsEmpowerment_V15.pdf
- Barbosa, A. & Alvarez, D. (2016) Trabalho feminino no setor *offshore* na Bacia de Campos-RJ: percepção das trabalhadoras e estratégias usadas na gestão dos tempos de vida e de trabalho. *Revista Gestão & Produção*, 23(1), 118-131. <https://doi.org/10.1590/0104-530X1600-14>
- Lei 9.478. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. 6 de agosto de 1997. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm
- Lei 11.097. Dispõe sobre a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira; altera as Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.847, de 26 de outubro de 1999 e 10.636, de 30 de dezembro de 2002; e dá outras providências. 13 de janeiro de 2005. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11097.htm
- Lei 12.276. Autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, e dá outras providências. 30 de junho de 2010. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12276.htm
- Lei 12.304,. Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA) e dá outras providências. 2 de agosto de 2010. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12304.htm
- Lei 12.351. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social – FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. 22 de dezembro de 2010. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12351.htm
- Lei 14.611. Dispõe sobre a igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens; e altera a Consolidação das Leis do Trabalho. 3 de julho de 2023. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14611.htm
- Collins, P. (2021). *Interseccionalidade*. Boitempo.
- Costa, C.L. (2002). O sujeito no feminismo: revisitando os saberes. *Revista Cadernos Pagu*, (19), 59-90. <https://doi.org/10.1590/S0104-83332002000200004>
- Crenshaw, K. (2020). *Mapeando as margens: interseccionalidade, políticas identitárias e violência contra mulheres de cor*. Appris.
- Curiel, O. (2020). *Construindo metodologias feministas a partir do feminismo decolonial*. Bazar do tempo.
- Galvão, T. F. & Pereira, M. G. (2014). Revisões sistemáticas da literatura: passos para sua elaboração. *Revista Epidemiologia e Serviços de Saúde*, 23(1), 183-184. <http://dx.doi.org/10.5123/S1679-49742014000100018>
- Gonzalez, L. (2020). *Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos*. Zahar.
- Guida, H. F. et al (2020). Perfil dos acidentes de trabalho fatais em empresa de petróleo no período de 2001 a 2016. *Revista Brasileira de Saúde Operacional*, (45), 1-11. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6369000044718>
- Ministerio de Minas y Energia. (2018, febrero 21). *Portaria n° 61 de 21 de fevereiro de 2018*. <https://www.gov.br/mme/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/portarias/2018/portaria-n-61-2018.pdf>
- Oliveira-Monteiro, N. et al (2023). Queixas e benefícios associados ao trabalho embarcado: relatos *online* de trabalhadores de cruzeiros marítimos. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, (43), 1-9. <https://doi.org/10.1590/2317-6369000016317>
- Roever, L. (2017). Compreendendo os estudos de revisão sistemática. *Revista da Sociedade Brasileira de Clínica Médica*, 15(2), 127-130. <https://www.sbcm.org.br/ojs3/index.php/rsbcm/issue/view/17>
- Sampaio, R. F. & Mancini, M. C. (2007). Estudos de revisão sistemática: um guia para síntese criteriosa da evidência científica. *Revista Brasileira de Fisioterapia*, 11(1), 83-89. <https://doi.org/10.1590/S1413-3552007000100013>
- Santos, I. C. (2019). *Divisão sexual do trabalho no setor offshore: um estudo de caso sobre a percepção feminina* [Monografia em Administração, Universidade Federal do Rio de Janeiro].
- Scott, J. et al (2013). *A survey and analysis of the gendered impacts of onshore oil and gas production in three developing countries*. World Bank.
- Valério, L. & Figueiredo, A. (2021). Gestão da diversidade: a desigualdade de gênero em uma organização do ramo *offshore* em Macaé/RJ. *Revista Femass*, (4), 54-75. <https://doi.org/10.47518/rf.v4i1.53>
- Yanosek, K. et al. (October 16, 2019). *How women can help fill the oil and gas industry's talent gap: new research identifies why women fail to advance – and suggests what the industry can do about it*. McKinsey & Company. <https://www.mckinsey.com/industries/oil-and-gas/our-insights/how-women-can-help-fill-the-oil-and-gas-industrys-talent-gap>
- World Economic Fórum. (2016). *Closing the gender gap in Oil & Gas: a call to action for the industry*. World Economic Forum. https://totalenergies.com/sites/g/files/nytnzq121/files/documents/2022-04/wef_am16_closing_gender_gap_oil_gas2.pdf



Causalidad e imputación en la responsabilidad civil médica por infracción al deber de información en intervenciones médicas riesgosas^(*)(**)

Causation and attribution in medical liability for breach of the duty to inform in risky medical interventions

Daniel Ugarte Mostajo^(***)

Universidad Católica San Pablo (Arequipa, Perú)

Resumen: El presente trabajo aborda el problema de la determinación de la relación de causalidad entre la omisión de los deberes de información del médico y las lesiones sufridas por el paciente como consecuencia de la verificación en la realidad de los riesgos no informados. Se critica la aplicación de la “causalidad hipotética” como figura explicativa del nexo causal, y del “consentimiento informado hipotético” como mecanismo para lograr la exoneración de la responsabilidad del médico que incurrió en la omisión de información. Finalmente, se sostiene que el verdadero problema en este tipo de casos no es estrictamente causal sino más bien de índole normativa y prudencial, razón por la cual la solución no pasa por un supuesto consentimiento hipotético, sino por la correcta aplicación de criterios de imputación objetiva y subjetiva.

Palabras clave: Responsabilidad Civil Médica - Consentimiento informado - Consentimiento informado hipotético - Causalidad - Imputación - Derecho Civil - Perú

Abstract: This paper addresses the problem of determining causation between a doctor's breach of his duty to inform and injuries suffered by the patient as a consequence of the occurrence of uninformed risks. The paper criticizes the application of “hypothetical causality” as an explanatory figure for the causal link and also criticizes the idea of ‘hypothetical informed consent’ as a mechanism to exempt the liability of the defaulting doctor. Finally, the paper argues that the real problem in such case scenarios is not strictly a causation one, yet it has a normative and prudential nature. Accordingly, the solution does not require to establish a patient's supposed a consent, but to correctly apply objective and subjective attribution criteria.

Keywords: Medical liability - Informed consent - Hypothetical informed consent - Causation - Attribution - Civil law - Peru

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 31 de enero de 2024 y su publicación fue aprobada el 30 de mayo de 2024.
(**) Este trabajo se enmarca en el proyecto interno de investigación N° P-19-CPI-2021, financiado por la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú, del que el autor es investigador responsable.
(***) Profesor ordinario de Derecho Civil en la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú. Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (Zaragoza, España). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4571-4061>. Correo electrónico: dugarte@ucsp.edu.pe.



1. Introducción: Planteamiento del problema

Dentro del amplio campo de la responsabilidad civil médica, las problemáticas referidas al cumplimiento de los deberes de información por parte del facultativo y el correlativo consentimiento informado del paciente han cobrado especial relevancia a partir de lo que se ha considerado un auténtico cambio de paradigma en la relación médico-paciente.

Este cambio de paradigma, sustentado en la constatación de una relación por antonomasia asimétrica (Parra, 2013, p. 1578), estaría marcado por el tránsito de un modelo «paternalista» en el que el médico, sobre la base de sus conocimientos especiales, decide siempre qué es lo que más le conviene al paciente, hacia uno de corte «participativo-informativo» (Cárdenas, 2023, p. 71), en el que el paciente, adecuadamente informado, toma parte activa y fundamental de las decisiones que tienen que ver con su salud, generando de este modo una auténtica revolución a nivel de principios rectores de la ética y práctica médicas, donde el principio de «beneficencia» –otrora indiscutible y primigenio–, parece ceder su lugar al principio de «autonomía» o «autodeterminación» del paciente (Pellegrino, 1990, p. 379).

En el Perú, este último modelo ha sido acogido por la Ley 29414 de 2009 que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud⁽¹⁾ y ha dado lugar a un buen número de pronunciamientos jurisprudenciales en los que el cumplimiento de los deberes de información y la existencia de un verdadero consentimiento informado han sido materia de discusión⁽²⁾; sin embargo, no se ha abordado específicamente la cuestión relativa a la determinación de la relación de causalidad en aquellos supuestos de intervenciones médicas riesgosas llevadas a cabo conforme a la *lex artis*, pero en las cuales el facultativo omitió informar al paciente de probables riesgos asociados a la intervención que finalmente se verificaron en la realidad⁽³⁾.

En efecto, cuando se trata de intervenciones médicas de distinta naturaleza (quirúrgicas o no) que no terminaron bien porque fallaron en su objetivo primario o porque implicaron el surgimiento de lesiones,

- (1) Esta ley modificó diversos artículos de la Ley General de Salud (Ley 26842), estableciendo, entre otros, el derecho de toda persona a recibir en términos comprensibles información completa, oportuna y continuada sobre su enfermedad, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de las intervenciones, tratamientos y medicamentos que se prescriban y administren (artículo 15.2, literal f). Asimismo, establece que toda persona tiene derecho a otorgar su consentimiento informado, libre y voluntario, sin que medie ningún mecanismo que vicie su voluntad, especialmente –entre otros supuestos– en la oportunidad previa a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento así como su interrupción, o cuando se trate de pruebas riesgosas, intervenciones quirúrgicas, anticoncepción quirúrgica o procedimientos que puedan afectar la integridad de la persona, casos estos en los que el consentimiento informado debe constar necesariamente por escrito en un documento que visibilice el proceso de información y decisión; quedando exceptuadas del consentimiento informado las situaciones de emergencia, de riesgo debidamente comprobado para la salud de terceros o de grave riesgo para la salud pública (artículo 15.4, literales a.1 y a.2).
- (2) Así, cabe destacar la reciente sentencia expedida el 30 de enero de 2024 por la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente No. 004988-2023-0-1801-JR-DC-11. Disponible en: Actualidad Civil, Número 118, abril 2024, pp. 255-310), en la que se reconoce el derecho de un paciente a solicitar el retiro de los tratamientos médicos que lo mantienen artificialmente con vida, en la cual se derivaría de la posibilidad legal de revocar el consentimiento informado en cualquier etapa del tratamiento, sin que ello signifique un pedido de eutanasia pasiva. Por otro lado, en sede administrativa son innumerables las resoluciones expedidas por el Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud–SUSALUD que abordan la figura del “consentimiento informado”. Dentro de las más recientes se puede mencionar la Resolución 057-2021-SUSALUD/TRI-TSE (Expediente No. 049-2021/TRI; Expediente PAS No. 833-2020), referida a la situación de emergencia como excepción autorizada para prescindir del consentimiento informado del paciente; la Resolución No. 095-2022-SUSALUD/TRI-TSE (Expediente No. 059-2022/TRI; Expediente PAS No. 566-2017), por la que se exonera de responsabilidad al establecimiento de salud que omitió brindar información completa a la paciente, atendiendo a que la falta de información no generó un daño real y que el propio establecimiento subsanó voluntariamente la deficiencia antes del inicio del procedimiento administrativo; la Resolución 002-2023-SUSALUD/TRI-TSE (Expediente No. 234-2022/TRI; Expediente PAS No. 1297-2019) en el sentido de que no constituye infracción la falta de consentimiento informado respecto de la posibilidad de conversión, en sala, de una cirugía laparoscópica por una cirugía abierta, más aún si los estudios previos indicaban la viabilidad de una cirugía laparoscópica; y la Resolución No. 320-2023-SUSALUD/TRI-SSE (Expediente No. 260-2023/TRI; Expediente PAS No. 734-2019), en la que se establece que la profesión del paciente (médico odontólogo) no exonera de responsabilidad al establecimiento de salud por no haber obtenido un consentimiento informado por escrito y haberse limitado a informar verbalmente de las características y riesgos de la intervención.
- (3) En el caso resuelto mediante Casación No. 4056-2010-AREQUIPA (Expediente de origen 6697-2005, 4° Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa. Disponible en: <https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/resultado.xhtml#no-back-button>), se demandó indemnización de daños y perjuicios por el cumplimiento defectuoso de la obligación, alegando la demandante que



enfermedades colaterales o alguna otra consecuencia dañosa para el paciente atribuible a una actuación médica negligente, el análisis de causalidad no suele presentar mayor complejidad. En estos casos, si como consecuencia, por ejemplo, de una operación de hernia se corta –negligentemente– el conducto deferente y con ello se ocasiona la esterilidad del paciente (Alpa, 2016, p. 1113), no es muy complicado realizar el análisis, primero, a nivel de causalidad material, y luego, a nivel de la llamada causalidad jurídica (*rectius*: imputación objetiva) para determinar quién debe responder. De hecho, al suprimir mentalmente la actuación negligente del médico se eliminará también el resultado dañoso. Por otro lado, esa actuación negligente constituye una conducta adecuada –según el curso ordinario de las cosas– para producir ese resultado.

El problema se presenta cuando las supuestas conductas generadoras del daño no consisten en una acción sino en una omisión, y esta última no tiene que ver con una actuación negligente en la ejecución del acto médico, sino más bien con la inobservancia del deber de información sobre el conjunto de tratamientos disponibles –se omite informar de algunas alternativas de tratamiento para el caso concreto, incluidos los cuidados paliativos– o sobre todas o algunas de las características y consecuencias riesgosas de los mismos. En estos casos, el problema radica en que, entre la omisión de información y el resultado dañoso, se interpone o aparece la decisión del paciente, quien en mérito al principio de autodeterminación o autonomía –legalmente reconocido como se ha visto– podría haber aceptado o rechazado el tratamiento, independientemente de su complejidad, riesgos y probabilidades de éxito.

Piénsese en el caso del médico cirujano que omitió informar a una paciente de las posibles reacciones cutáneas (que al final se presentaron) de un procedimiento de implante para rellenarle los surcos nasogenianos. En casos como este, el análisis causal (causalidad material) presenta dificultades. En efecto, cabe preguntarse ¿si se agrega mentalmente la acción omitida (información), desaparece con ello y de manera necesaria el resultado dañoso (reacción cutánea adversa)? Ciertamente no se puede afirmar categóricamente ello, pues la única forma de que desaparezca ese resultado es eliminando la intervención quirúrgica. Sin embargo, no se puede afirmar con certeza

que la paciente, de haber sido informada correctamente de las posibles reacciones cutáneas, hubiera rechazado el tratamiento, ya que es perfectamente posible que hubiera decidido asumir los riesgos de este basándose en las probabilidades de éxito. En otras palabras, la falta de información sería causa material del daño, si y solo si la paciente, de haber sido correctamente informada, hubiera decidido rechazar la intervención, pero esto no es algo que se pueda llegar a determinar con absoluta certeza mediante un análisis *ex post* como el que se suele realizar en sede de causalidad material.

Es suficientemente conocido que este no es un problema exclusivo de la responsabilidad civil, pues ya antes ha sido abordado por el Derecho Penal a propósito de los denominados delitos de omisión impropia. Al respecto, se ha señalado que no es necesario afirmar una verdadera relación de causalidad naturalística (*conditio sine qua non*), sino que, para imputar el resultado (daño), basta que el sujeto hubiera podido evitarlo con una probabilidad rayana en la seguridad, e incluso, aplicando un estándar menos exigente, bastaría que la acción omitida hubiera incrementado las posibilidades de evitación del resultado; en otras palabras, que hubiera contribuido, con seguridad, a disminuir el riesgo del resultado (Mir Puig, 2016, pp. 339-340).

Sin embargo, como podrá advertirse, parecería que, mediante esta aproximación al problema de la causalidad en la omisión del deber de información, el análisis deja de tener como presupuesto ineludible a la causalidad material o fáctica como normalmente es entendida, admitiendo una especie de «cuasi-causalidad», por llamarla de alguna manera. Y más bien se centraría

volvió a quedar embarazada después de haber sido sometida a un procedimiento de ligadura de trompas; asimismo, alegó que no había sido suficientemente informada de los riesgos de dicha intervención y que no se encontraba en condiciones de brindar el consentimiento informado respecto de la operación a la que se le sometió. Si bien en la audiencia de saneamiento se estableció como punto controvertido “determinar la relación causal existente a fin de establecer si procede el pago reclamado en la demanda por concepto de daños y perjuicios”, la Corte Suprema resolvió declarar infundado el recurso de casación interpuesto por la demandante, señalado que “[e]n el presente caso (...) no se ha acreditado el alegado cumplimiento defectuoso de la obligación, en la medida que al practicarse la intervención quirúrgica a la accionante, la misma prestó su autorización y fue debidamente informada de la existencia de un riesgo mínimo de falla del método, lo cual le fue explicado cuatro días antes de practicarse dicha intervención según lo han constatado las instancias de mérito (...)”. Es decir, en los hechos, no hubo una infracción al deber de información del médico y, por ende, no hubo necesidad de evaluar la relación de causalidad entre la supuesta omisión de información y el riesgo verificado (fallo en el procedimiento de ligadura de trompas).



–el análisis causal– en la denominada «causalidad jurídica» o imputación objetiva del daño, donde el criterio de imputación del «riesgo creado» (o no disminuido con la información debida) cobraría protagonismo. Pero eso no es todo, sino que esa relación de cuasi-causalidad ya no habría que establecerla entre la omisión del médico (infracción del deber de información) y el resultado dañoso (lesión a la integridad física por la verificación de los riesgos no informados), sino más bien entre dicha omisión y la disminución de las posibilidades del paciente de decidir y, finalmente, reducir el riesgo propio de la intervención quirúrgica.

Esto último, sin embargo, tiene consecuencias en la determinación de los daños resarcibles en este tipo de casos, pues una cosa es hablar de indemnización del daño no patrimonial (daño moral) constituido por la «pérdida» de la oportunidad o posibilidad de decidir sobre si asumía o no el riesgo de la intervención (cuestión ésta que, dicho sea de paso, excede los alcances de este trabajo), y otra muy distinta plantear, sobre la base de la falta de información, que se indemnicen los daños por las lesiones sufridas en la integridad física como consecuencia de la verificación en la realidad de los riesgos no informados, lesiones que, vale la pena recordar, nada tienen que ver con una actuación negligente del médico en el acto mismo de la intervención (acción curativa), pues se parte de que aquel actuó en cumplimiento de la *lex artis* en el más estricto sentido del término⁽⁴⁾, limitándose la infracción a la omisión de sus deberes de información⁽⁵⁾.

En este contexto, el presente trabajo tiene por finalidad aportar con algunos criterios de solución a la problemática recién expuesta, para lo cual en un primer momento se hará una aproximación a las nociones de causalidad e imputación procurando mostrar un modelo de análisis adecuado a los fines que se pretende (2). En segundo lugar, se abordará críticamente la idea de «causalidad hipotética» propuesta por un sector de la doctrina para intentar explicar el nexo causal entre la omisión de información y los daños constituidos por los riesgos no informados, así como la figura del «consentimiento informado hipotético» como mecanismo propuesto para lograr la exoneración de la responsabilidad del médico que incurrió en la omisión de información (3). Seguidamente, se sostendrá que el verdadero problema en este tipo de casos no es estrictamente causal (la relación de causalidad material es clara) sino más bien de índole normativa y prudencial, razón por la cual la solución no pasa por un supuesto consentimiento

informado hipotético, sino por una correcta identificación y aplicación de criterios normativos de imputación (4); para finalizar con algunas conclusiones (5).

2. Causalidad e imputación: El problema de la causalidad en la omisión y la autodeterminación del paciente

Cuando en materia de responsabilidad civil se aborda el presupuesto de la causalidad, se suele distinguir entre causalidad material (fáctica o de hecho) por un lado, y causalidad jurídica por otro (Espinoza, 2016, p. 241). A tal efecto, se afirma que la cuestión relativa a la selección de las consecuencias dañosas resarcibles en un caso concreto (causalidad jurídica), presupone comprobada la cuestión sobre la existencia del nexo causal natural entre el hecho fuente de la responsabilidad y el daño o perjuicio derivado del primero (causalidad material). En otras palabras, que “los perjuicios respecto a los cuales se presenta el problema de fijar un límite para el resarcimiento, deben ser calificados [previamente] como «consecuencias» del incumplimiento o del hecho ilícito”. De lo cual se sigue que “la averiguación del nexo de «causalidad natural» entre el daño resarcible y el hecho que es fuente de la responsabilidad, es preliminar respecto a la delimitación de las consecuencias dañosas resarcibles, la así llamada «causalidad jurídica»” (Visintini, 2015, p. 322).

Contrariamente a la nomenclatura expuesta, una autorizada doctrina española (Pantaleón, 1990, pp. 1561-1591) ha sostenido que la única y auténtica causalidad es de índole material o fáctica, prefiriendo sustituir la idea de «causalidad jurídica» por la de «criterios de imputación objetiva», que no deben ser confundidos ni con la idea de «responsabilidad objetiva»

(4) En este sentido, De Angel (2002) distingue entre «acción curativa», de un lado, para referirse a la actuación del médico en el aspecto rigurosamente terapéutico (intervención quirúrgica, por ejemplo), y «no información» de otro, limitando la *lex artis*, en sentido estricto, solo a la primera.

(5) Aunque hay quienes sostienen que el nuevo paradigma de la relación médico-paciente, sustentado en la autonomía de este último, exige considerar dentro de la *lex artis* también a los deberes de información del médico, produciéndose así un ensanchamiento del término (Cárdenas, 2023, p. 73).



ni con los denominados factores de atribución de responsabilidad⁽⁶⁾.

Se trata de un planteamiento que toma como referencia los desarrollos que sobre este mismo tema se produjeron en la doctrina alemana del siglo pasado. Así, Larenz (1958, p. 199), al abordar la cuestión de la extensión del daño indemnizable, sostuvo hace un buen tiempo que “el concepto general de la causalidad no basta [...] para deslindar las consecuencias jurídicamente relevantes y, por tanto, imputables, de aquellas otras que no han de ser tenidas en cuenta para la determinación de los daños”, para más adelante precisar que, para lograr ese deslinde, “es equivocado el intento de crear un concepto «jurídico» especial de causa”.

En efecto, frente a quienes plantean una bifurcación de la cuestión del nexo causal en «causalidad material» por un lado, y «causalidad jurídica» de otro⁽⁷⁾, Pantaleón (1990, pp. 1561-1562) propone reservar el término de «causalidad» (a secas) para la cuestión de facto o natural que consiste en establecer la existencia o no de un nexo etiológico (causa-efecto) entre el incumplimiento (o el hecho ilícito) y el daño, toda vez que, en palabras del autor, “los operadores jurídicos no son «productores», sino «consumidores» de las leyes causales” (1990, p. 1563); y, en cambio, propone hablar de «criterios de imputación objetiva» para referirse a la cuestión jurídica o normativa que comprende los criterios para determinar, en el caso concreto, qué daños serán efectivamente puestos a cargo del causante y cuáles tendrán que ser asumidos por la propia víctima (cuestión relativa a la extensión o alcances del daño indemnizable).

Esta distinción es importante para evitar algunas imprecisiones, como ocurre, por ejemplo, cuando al abordar lo que se suele calificar como las distintas «teorías causales» (Espinoza, 2016, pp. 249-258), se meten en un mismo saco a la teoría causal de la equivalencia de condiciones (con la fórmula de la *conditio sine qua non*), junto con las denominadas teorías de la «causa eficiente», «causa preponderante», «causa próxima» o «causa adecuada», para seguidamente afirmar que estas últimas son teorías superadoras de la primera. En este sentido, una importante doctrina nacional, asumiendo que “cualquier análisis causal de la responsabilidad no se basa en el orden natural de causas sino en la voluntad de la ley” —enfoque que explicaría el hecho de meter en un mismo saco todas las denominadas «teorías causales» antes señaladas—, afirmará, en primer lugar, que, “aun en los casos en que el derecho reconoce como causa de algo a aquello que constituye su causa «natural», esto no es causa porque sea natural sino porque *en ese caso particular* el derecho ha conferido a la causa natural el carácter de causa jurídica”; para más adelante precisar,

que “[e]l problema estriba en determinar las causas que producen una situación dañina, y su alcance” porque “[s]i utilizamos un sentido lato de la palabra «causa», todo es causa de todo y cada causa tiene efectos infinitos” de modo que es necesario poder “individualizar la causa jurídica del daño y limitarla en sus alcances hasta un determinado nivel de consecuencias” (De Trazegnies, 1999, pp. 188-192).

Lo cierto, sin embargo, es que mientras que la teoría de la equivalencia de condiciones opera en un plano estrictamente material o fáctico, las otras teorías lo hacen en un plano eminentemente normativo y no siempre con la misma finalidad: algunos de esos criterios normativos (y otros más) operan para «individualizar» la causa jurídicamente relevante (Fernández, 2019, p. 56), mientras que otros lo hacen para delimitar la extensión de los daños resarcibles; es decir, algunos operan realmente sobre la «causa» y otros sobre los efectos o consecuencias. Por ello, para sortear los riesgos de imprecisión recién señalados y asegurar una aproximación lo más clara posible al problema planteado en torno a la responsabilidad civil médica por infracción al deber de información, conviene abordar el tema en dos niveles de análisis (test de dos pasos), que supone distinguir entre la causalidad propiamente dicha (causalidad material, fáctica o de hecho) por un lado, y la cuestión del alcance o extensión del daño indemnizable de otro, llamada —de modo impreciso— «causalidad jurídica», pero que en realidad correspondería a los «criterios de imputación objetiva» del daño, o a lo que un sector del *common law* denomina hoy, de manera más exacta en mi opinión, *scope of liability* (Stapleton, 2003, pp. 388-425). De lo que se trata, en definitiva, es de manejar un método de análisis que permita complementar —pero a la vez sin confundir— la causalidad material con un juicio normativo que permita, según el caso, delimitar a los responsables o determinar el tipo y extensión de los daños indemnizables (Aedo, 2020, p. 121).

(6) Los criterios de “imputación objetiva” de los daños en modo alguno deben ser confundidos con los denominados “factores de atribución” o criterios de “imputación subjetiva” de responsabilidad, los cuales pueden ser objetivos (p. ej. riesgo) o subjetivos (por ejemplo, culpa). Unos y otros actúan en planos distintos del análisis de la responsabilidad civil.



El «test» de dos pasos que se deriva de esta distinción, consiste, resumiendo el esquema propuesto por Baena (2021, p. 12), en lo siguiente: (i) En primer lugar, se deberá verificar si existe causalidad material o fáctica entre el incumplimiento o el hecho ilícito y el daño, lo cual se logra mediante la aplicación del test de la *conditio sine qua non* (propio de la teoría de la equivalencia de condiciones), llamado en el sistema del *common law* como *but for test*. Este test opera a través del método de la eliminación mental: si eliminado mentalmente el hecho (incumplimiento o hecho ilícito), subsiste el daño, el hecho no es causa del daño; si eliminado mentalmente el hecho, el daño desaparece, el hecho (incumplimiento o hecho ilícito) sí es causa del daño; mejor dicho, es *condición necesaria* del daño en iguales condiciones que todos los demás hechos que cumplan con el test en la forma indicada. (ii) Luego de este primer paso, corresponde establecer si alguna de las *condiciones sine qua non* de un daño debe considerarse una verdadera causa relevante para el Derecho (léase, para atribuir los daños la causante), para lo cual se hace un test de la extensión de los daños indemnizables o del alcance de la responsabilidad (*scope of liability*); análisis que, como se ha dicho, es puramente normativo y no causal, aunque lo presupone.

Sin perjuicio de ello cabe precisar, desde ya, que la búsqueda de condiciones *necesarias* del resultado, como elemento característico del test de eliminación mental (*conditio sine qua non* o *but for test*), puede no ser del todo satisfactorio en determinados casos de causas sustitutas o, en general, de cursos causales complejos, en los que el resultado podría haber tenido su origen en dos o más causas homogéneas o heterogéneas. En estos casos, la eliminación mental de cualquiera de estas causas no elimina el resultado (este igual se producirá precisamente por la existencia de la otra causa), pero ello no siempre da lugar a excluir la relación de causalidad y la consiguiente imputación. Por esta razón, una atenta doctrina alemana ha señalado que, en realidad, el test de eliminación mental no exige que la causa sea entendida como una condición necesaria del resultado, sino más bien como “todo componente necesario de una condición suficiente del resultado según leyes de la naturaleza” (Puppe, 1992, p. 691). De esta forma, para comprobar si un hecho constituye componente necesario de una condición suficiente, lo que se debe hacer es eliminar mentalmente ese hecho del ámbito de la condición, lo que permitirá comprobar si el resto de la condición sigue siendo suficiente para la producción del resultado. En otras palabras:

Si el resultado sigue pudiendo derivarse de los hechos restantes, este componente se habrá revelado como no necesario y, por tanto, como no causal. Será una causa solo cuando la explicación se venga abajo, esto es, cuando el resultado ya no pueda ser derivado una vez que se haya borrado el referido hecho (Puppe, 1992, p. 694).

La citada autora pone un ejemplo que vale la pena traer a colación por tratarse de un caso de responsabilidad médica, aunque no por omisión de deberes de información. Es el caso de un paciente que, a los pocos días de haber sido intervenido para ponerle un *bypass*, muere de un fallo cardíaco. El médico forense, antes de realizar la autopsia, sobre la base de su experiencia profesional adelanta una posible explicación de la muerte: supone que el *bypass* no fue saturado correctamente y como consecuencia de ello se rompió, pues cuando esto sucede el pericardio se llena de sangre y ejerce presión sobre el corazón impidiéndole latir. Esta es una posible explicación causal que, evidentemente, resulta acorde con las leyes de la naturaleza, pero que requiere comprobación; es decir, el médico forense debe verificar si realmente el *bypass* estuvo mal suturado y se rompió. En esta tarea, el médico llega a la conclusión de que estaba equivocado, pero no porque el *bypass* hubiera estado bien suturado –de hecho, estaba mal suturado, pero todavía no se había roto– sino porque otro vaso coronario había estallado y había llenado de sangre el pericardio. Esta fue la verdadera causa de la muerte del paciente, a tal punto que en el informe de autopsia el médico forense se cuidará de eliminar cualquier referencia al *bypass* mal suturado, dado que en el caso concreto este hecho, aunque real, no es necesario para la explicación de la muerte del paciente. En otras palabras, es un componente no necesario que, como tal, puede ser eliminado (no tiene sentido preguntarse por las posibles consecuencias a futuro de la mala sutura del *bypass*), pues los hechos restantes verificados (estallido del vaso coronario, en el que el fallo técnico no tuvo ninguna incidencia) son suficientes para explicar el resultado muerte (Puppe, 1992, pp. 688-691). En definitiva, se puede afirmar que, para una correcta aplicación del test de eliminación mental, “no debemos incluir en la explicación [causal] más hechos que los que necesitamos para la derivación del resultado a partir de leyes causales” (Puppe, 2008, p.34).

Dicho esto, la aplicación del método de la «eliminación mental» a la infracción del deber de información del médico, para



determinar si es causa material del daño sufrido por el paciente en su integridad física como consecuencia de la verificación en la realidad de un riesgo no informado, exige partir de una constatación trascendental a efectos del análisis causal, y es que dicha infracción constituye claramente una «omisión». Esto resulta especialmente relevante si se asume que, desde el punto de vista estrictamente científico o naturalístico, una omisión no es causa física o material de ningún daño, pues como se ha señalado, la omisión no es causa «natural» de nada (Moore, 2011, p. 191).

Esto ha dado lugar a que los casos de omisión sean considerados como un supuesto de «casos difíciles» de la causalidad fáctica o material, pues el hecho de eliminar mentalmente una omisión no arroja ningún resultado concluyente sobre la ocurrencia o no del daño. No obstante, se trataría en realidad de un problema solo aparente, pues si se entiende la causa como todo “hecho que, según leyes causales, es parte integrante de una condición mínima verdadera del resultado”, es evidente que “[b]ajo esta definición, caen sin más también hechos «negativos»” (Puppe, 2008, p. 32). Además, para aplicar correctamente el test *sine qua non* a las omisiones, bastaría con identificar previamente la existencia de un deber de actuar cuyo incumplimiento se ha materializado con la omisión, debiendo preguntarse: “¿qué habría ocurrido si el agente hubiera cumplido con su deber? Si el daño subsiste, la omisión no es causa. Si el daño desaparece, la omisión es causa” (Baena, 2021, p. 16).

Este deber de actuar, cuyo incumplimiento permitiría realizar el análisis causal en el caso de las omisiones, es lo que en Derecho penal se corresponde con la categoría de «deber de garante» o «posición de garante», y que autorizada doctrina alemana (Jakobs, 1996, pp. 835-874) explica desde las llamadas competencias organizativas e institucionales. Estas, por su parte, permitirían fundamentar ese deber o posición de garante y, junto con ello, la responsabilidad del sujeto obligado a actuar. Para esta doctrina, la responsabilidad jurídico-penal no se desencadena por un accionar en el sentido naturalista, sino por la lesión de los deberes que resultan de diversas competencias o roles de la persona, que radican en un fundamento único o común: “el mantenimiento de los elementos irrenunciables de la configuración social” (Jakobs, 1996, pp. 861-862). Como explica García (2019, p. 574), “[e]

n el fondo, no interesa el dato naturalístico de si dichas competencias [organizativas o institucionales]⁽⁸⁾ se originan en una acción o en una omisión, sino si se ha producido una infracción penalmente relevante de los roles jurídicamente atribuidos”. En otras palabras, se exige que “al omitente le alcance el deber [jurídico] de impedir la realización del delito” (2019, p. 577).

En este sentido, y sin negar la existencia de autorizados e interesantes planteamientos presentes en doctrina que no dudan en afirmar, tajantemente además, que la responsabilidad por omisiones no puede ser una responsabilidad fundada en la causalidad (Moore, 2011, pp. 556-564), parece que acudir a la idea de «deber jurídico» incumplido con la omisión, es una forma bastante plausible de dar cabida al método de la eliminación mental para responder al problema de los daños causados por inacción o falta de actividad y, en ese sentido, resulta pertinente su aplicación para el análisis de la infracción por el médico de su deber de información.

Para tal efecto, la aplicación del test de la *conditio sine qua non* al supuesto que nos ocupa, tendría la siguiente formulación: ¿qué habría ocurrido si el médico hubiera cumplido con su deber de informar al paciente de todos los riesgos asociados a la intervención? Sin embargo, el problema ahora parece ser otro, y es que desde el punto de vista estrictamente causal (causalidad material o fáctica), la respuesta para estos casos sería, sencillamente: «no se sabe», pues lo cierto es que desde una perspectiva causal-material no hay modo de saber cuál habría sido la forma de proceder del paciente en caso hubiera sido debidamente informado de los riesgos que finalmente se verificaron en la realidad. Incógnita que tiene como presupuesto, conceptual al menos, que el principio de

- (7) En Bárcena (2014, pp.183-214) es posible encontrar una crítica al modelo de la bifurcación causal también desde una perspectiva filosófica.
- (8) En la competencia organizativa el autor actúa en el rol general de ciudadano al que se le reconoce libertad organizativa (puede, en consecuencia, asumir voluntariamente la posición de garante) y se le impone el deber general de no lesionar a los demás. En la competencia institucional, en cambio, existen roles especiales establecidos por instituciones sociales y jurídicas específicas. En estos casos, la imputación se basa en la infracción de un deber positivo institucionalmente configurado, como por ejemplo el deber especial del padre de cuidar al hijo derivado de la institución de la filiación o relación paterno-filial (García, 2019, p. 574; 583). En el tema que nos interesa, el deber del médico de informar al paciente correspondería a una competencia institucional cuya fuente es la ley.



autodeterminación, lejos de imponer al paciente un deber de someterse a intervenciones médicas riesgosas, lo faculta—mas no lo obliga— a rechazarlas.

Efectivamente, el paciente podría, con la información recibida y en ejercicio de su autonomía o libertad de autodeterminación, decidir someterse o no a la intervención y, en ese sentido, no podría afirmarse, con total certeza o con una probabilidad rayana en la certeza, y sobre la base del test *sine qua non*, que la omisión del médico es la causa material o fáctica del daño. Dicha omisión sería la causa del daño solo si es que se pudiera afirmar, sin lugar a duda, que con la información recibida el paciente habría rechazado la intervención. A la inversa, siguiendo este esquema de análisis causal, el médico se liberaría de responsabilidad solo si es que pudiera afirmarse que el paciente, de haber sido correctamente informado, igual hubiera decidido someterse a la intervención riesgosa. El problema, como se dijo, es que, si se asume el principio de autonomía o autodeterminación del paciente, en realidad no existe manera de afirmar, con cierto nivel de certeza, ninguno de los dos cursos de acción. Luego, si no es posible establecer una auténtica relación de causalidad material o fáctica entre la omisión de información del médico y las lesiones sufridas por el paciente en su integridad como consecuencia de la verificación en la realidad de los riesgos no informados, tampoco podría pasarse al segundo nivel de análisis constituido por el test normativo del alcance de la responsabilidad (imputación objetiva o *scope of liability*), problema este que, como resulta evidente, exige una solución.

3. La causalidad hipotética y el problema del denominado «consentimiento informado hipotético»

3.1. Breve referencia a la causalidad hipotética en sede penal

En el ámbito penal, donde los problemas vinculados al nexo causal han recibido especial tratamiento, se reconoce que la propia naturaleza del comportamiento omisivo impide sostener una causalidad en términos naturalísticos: ¿cómo de nada puede devenir algo? (Bacigalupo, 2005, p. 93). Por esta razón, se plantea acudir a la llamada causalidad hipotética, algo así como una «cuasi-causalidad», para intentar establecer una conexión entre la conducta omitida y la evitación del resultado.

De este modo, la causalidad hipotética consistiría en «suponer» que la realización de la acción esperada habría impedido el resultado (García, 2019, p. 586); suposición que, por otra parte, se sustenta en que “la distinción naturalística entre acto y omisión” no tendría en realidad “relevancia moral ni normativa para el establecimiento de responsabilidad penal” pues cuando se alude a los delitos de

omisión “el problema no se refiere [...] a los movimientos corporales, sino a la cuestión normativa acerca de sí y cuándo se puede esperar que alguien actúe, de modo que su omisión [...] equivalga a la comisión de un delito” (Ambos, 2019, p. 107).

Sin embargo, una cuestión fundamental en la causalidad hipotética, y que es altamente discutida en doctrina, tiene que ver precisamente con el grado de certeza exigible respecto de la evitación del resultado con la realización de la acción omitida, oscilando las posturas entre exigir una certeza prácticamente absoluta de evitación del resultado—o al menos una probabilidad rayana en la certeza—, y considerar como suficiente que la acción omitida «posiblemente» lo hubiera evitado. En esta línea, se sostiene que mientras más alto sea el grado de certeza exigible, menor será el nivel de protección al bien jurídico lesionado o pasible de lesión (García, 2015, pp. 21-22), pues mientras más elevado sea el estándar de evitabilidad, más difícil será establecer una relación de causalidad hipotética entre la omisión y el resultado; pero a la vez se sostiene que la asunción de criterios menos exigentes que el de la «evitabilidad», “supondría renunciar al nexo de causalidad entre la conducta omisiva y el resultado”. En este sentido, para quienes sostienen esta tesis, “la exigencia de la evitabilidad representaría un presupuesto irrenunciable desde la óptica del sujeto a quien incumbe el deber de garante” (Perin, 2020, pp. 219-220).

3.2. De la causalidad hipotética al consentimiento hipotético en sede de responsabilidad civil médica

Esta forma de entender la causalidad ha sido recogida en sede civil para abordar el tema de la responsabilidad médica por infracción del deber de información. Así, un sector de la doctrina extranjera ha intentado acudir a la idea de causalidad hipotética como procedimiento adecuado para el análisis de las omisiones del médico, y, como consecuencia de esta aproximación basada en presunciones, ha planteado la posibilidad de sostener la figura del «consentimiento informado hipotético» del paciente como mecanismo para lograr exonerar al médico de su responsabilidad por la infracción a



los deberes de información⁽⁹⁾. En resumen, lo que se plantea es establecer una relación de causalidad (hipotética) entre la omisión del deber de información y el daño sufrido por el paciente, a partir de asumir una presunción sobre lo que este habría decidido en caso se le hubiera informado adecuadamente de los riesgos vinculados a la intervención y que se verificaron en la realidad.

En efecto, se ha dicho que “el juicio de causalidad hipotética [...] precisa tener por acreditado, de alguna manera, que si el médico hubiese cumplido con su deber de información, el daño no se hubiera producido” (De la Maza, 2010, p. 136); sin embargo, esta doctrina reconoce que al preguntarse sobre qué es lo que hubiera sucedido de haberse cumplido con el deber de información, hay dos resultados posibles: el primero, que el paciente igual decida someterse a la intervención y, el segundo, que la rechace; de allí que la única forma de cumplir con el requisito de causalidad entre la omisión de información del médico y los daños sufridos por el paciente, pase por establecer –«ficticiamente» cabe agregar– una voluntad que, en realidad, el paciente no tuvo oportunidad de manifestar; en otras palabras, por establecer el consentimiento «hipotético» del paciente (De la Maza, 2010, p. 136). Al punto que otro autor, en la misma línea, ha sostenido que una vez que se encuentra “acreditado que el médico no dio la información debida [...], puede excusarse probando la voluntad hipotética del paciente en el evento de haber sido informado, atendiendo a las características generales de la enfermedad y a la situación en que se produjo la omisión” (Barros, 2006, p. 686).

La figura del consentimiento informado hipotético, que también ha sido sostenida y discutida en sede penal (Schlack, 2012, pp. 275-298), ha sido objeto de fuertes críticas, pues supone pedirle al juzgador que asuma una voluntad en el paciente que en realidad nunca expresó, de allí que se haya dicho que “[m]irar al pasado para reconstruirlo ya es difícil, pretender que las cosas ocurrieron en forma distinta, aseverarlo y darlo por probado por vía de presunciones es demasiado ficticio” (Pizarro, 2015, pp. 114-115).

Por otro lado, cabe precisar que si el principio que sustenta el actual paradigma de la relación médico-paciente es el de autonomía o autodeterminación de este último, tal análisis no debería hacerse en abstracto considerando lo que un paciente

ordinario y razonable hubiera hecho en una situación similar, sino atendiendo a lo que el paciente concreto –y no cualquier otro– hubiera decidido –pudiendo hacerlo⁽¹⁰⁾– en caso de haber sido adecuada y correctamente informado de los riesgos asociados a la intervención (De la Maza, 2010, p. 138).

Esto último, sin duda, dificulta la aplicación de la figura en el caso concreto, pues con el consentimiento informado hipotético se estaría pretendiendo afirmar que el paciente habría aceptado de todos modos la intervención riesgosa, ello a pesar de que en los hechos es ese mismo paciente –y no otro– el que está demandando una indemnización por los daños sufridos. En este sentido, la figura del consentimiento informado hipotético lleva implícito un razonamiento no solo «contraintuitivo» sino también, y en especial, «contrafáctico», al proponer que en un juicio el médico afirme –y el juzgador asuma– una voluntad hipotética del paciente que es distinta de aquella expresamente manifestada en ese mismo juicio por el propio paciente.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha señalado que, a diferencia de lo que ocurre con las leyes naturales, “las decisiones humanas libres no se dejan determinar causalmente por semejantes leyes, y, por consiguiente, no puede responderse la pregunta de cómo alguien se hubiera comportado si las circunstancias hubieran sido distintas a la realidad” (Schlack, 2012, p. 285). Y es que a diferencia de lo que ocurre con otros casos de omisión de deberes de cuidado en los que es posible afirmar, con una probabilidad rayana en la certeza, que de haberse cumplido con el deber omitido el daño no se hubiera producido, en el caso que nos ocupa la autonomía o autodeterminación del paciente es un factor que se interpone entre el cumplimiento del deber (por el médico) y

(9) La figura del «consentimiento informado hipotético» encuentra su origen en la jurisprudencia civil alemana. Específicamente ha sido desarrollada en procesos civiles de responsabilidad médica por la Sala 6ª de lo civil del BGH (Puppe, 2007, p. 7).

(10) Esta precisión es importante porque permite distinguir el «consentimiento informado hipotético» de aquellas situaciones en las que el facultativo se ve, de alguna manera, obligado a presumir una voluntad del paciente, pero porque este último no se encuentra en condiciones de expresarla. Piénsese en el caso de las intervenciones de emergencia cuando el paciente está inconsciente, o cuando en la mitad de una intervención quirúrgica surge una complicación y, junto con ella, la necesidad de realizar una actuación médica más grave y riesgosa que la autorizada previamente. En estos casos se habla de «consentimiento presunto», el cual constituye un supuesto especial de estado de necesidad que se diferencia de los casos comunes porque en el primero el titular del bien jurídico sacrificado y salvado son la misma persona (el paciente), razón por la cual no se exige que el interés salvado (vida o integridad física) prime o prepondere de manera sustancial sobre el interés sacrificado (autodeterminación) (Puppe, 2007, p. 4).



el resultado dañoso, generando una “laguna de conocimiento” (Puppe, 2008, p. 35) que hace imposible responder con certeza –o con una probabilidad rayana en la certeza– a la pregunta que el consentimiento hipotético plantea.

Piénsese, por ejemplo, en el caso del salvavidas que omite sus deberes de cuidado y con dicha omisión se produce el ahogamiento de una persona. Si se asume hipotéticamente el cumplimiento por el salvavidas de su deber, es posible afirmar, con una probabilidad rayana en la certeza, que la persona se habría salvado. En este tipo de casos lo que se afirma es el cumplimiento del deber infringido y a partir de allí se establece el resultado. En el caso del consentimiento informado hipotético, en cambio, lo que se afirma –o pretende afirmar– no es solo el cumplimiento del deber por el médico, sino, y sobre todo, la decisión que libremente –en ejercicio de su autonomía o derecho de autodeterminación médica– habría tomado el paciente en caso hubiera sido informado oportunamente de los riesgos verificados. La diferencia entre uno y otro caso salta a la vista, y en esta misma línea se ha señalado que:

A diferencia de otros casos de apelaciones a razonamientos hipotéticos en los que solamente deben ser predichos ciertos cursos causales pero la acción humana está definida de modo relativamente claro, como el comportamiento alternativo conforme a derecho (en el que se presupone la acción mandada por el derecho), en el consentimiento hipotético del paciente directamente se asume la posibilidad de predecir un ejercicio pleno de la voluntad humana libre, y esta presunción solo es inteligible para quienes afirmen un determinismo causal en materia de libre albedrío (Días, 2022, p. 746).

Y es que en definitiva el consentimiento informado hipotético parte de una aproximación determinista que termina por negar el libre albedrío de la persona y, junto con ello, su propia responsabilidad (la libertad es presupuesto de la responsabilidad), pues por más que se pueda afirmar que debido a las exigencias inherentes a la naturaleza humana –y en condiciones de sanidad mental– el ser humano tiende naturalmente a su propia conservación y junto con ello a la preservación de su vida, salud e integridad física (Hervada, 2000, p. 525), es el propio paciente quien finalmente toma la decisión de someterse o no a la intervención; o al menos así deberían funcionar las cosas en el paradigma vigente de la relación médico-paciente desde que el modelo «paternalista» empezó a dejarse de lado en la medicina. Como ha señalado Puppe:

Si nos tomamos en serio la tesis según la cual el hombre es libre en sus decisiones y no un autómatas predecible, la pregunta sobre cómo se habría comportado o qué habría decidido si se hubiese encontrado ante una situación o una elección que realmente

no se ha producido no puede responderse, pero no a causa de especiales dificultades de prueba, sino por razones de principio. Sólo sobre acontecimientos que están determinados por leyes generales estrictas, las llamadas leyes naturales, pueden hacerse afirmaciones con sentido acerca de cómo se habrían desarrollado los hechos si las condiciones de partida hubiesen sido distintas. Esto no es una mera sutileza epistemológica, sino un problema absolutamente práctico [...] (2007, p. 7).

De esta forma, incluso si los daños sufridos son resultado de la realización de un riesgo asociado a una intervención médica llevada a cabo conforme a la *lex artis*, para el paciente es sumamente relevante haber asumido esos riesgos con pleno conocimiento de estos y de otras alternativas de tratamiento (con sus propios riesgos seguramente), y no “haber sido obligado por el médico a aceptarlos mediante la ocultación de tales posibilidades” (Puppe, 2007, p. 4). Evidentemente, el libre albedrío supone alternativas de actuación; en otras palabras, “deben existir varios caminos abiertos para el agente” (Rodríguez & Schleider, 2014, p. 256); pero es preciso recordar que aun cuando no existan tratamientos médicos alternativos, siempre existirá para el paciente la posibilidad de rehusar ese «único» tratamiento disponible y optar por los cuidados paliativos, e incluso tendrá la posibilidad de rechazar estos últimos⁽¹¹⁾.

4. Del enfoque causal a una perspectiva normativa y prudencial

4.1. Intentos de superación del enfoque causal a través de la imputación objetiva

Ante las deficiencias del planteamiento de la causalidad hipotética y la evidente ausencia (*rectius*: imposibilidad) de prueba de la evitabilidad, se ha sostenido que en los casos de conductas omisivas el análisis debe ser sustraído del plano de la causalidad y ser considerado como una cuestión de imputación normativa del resultado. Esta

(11) Sobre el rechazo de los tratamientos médicos y de los cuidados paliativos remito a la sentencia expedida el 30 de enero de 2024 por la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente No. 004988-2023-0-1801-JR-DC-11. Disponible en: *Actualidad Civil*, Número 118, Abril 2024, pp. 255-310).



imputación normativa, tratándose de conductas omisivas como se ha dicho, se cumpliría, en un primer momento, averiguando si el resultado dañoso pertenece, o no, al ámbito de control o protección de la posición de garante. De esta forma, la imputación de los resultados a las omisiones sería “normativamente equivalente al nexo de causalidad material” en los casos de conductas comisivas; en otras palabras, el requisito que en las acciones se cumple estableciendo una relación de causalidad entre la acción y el resultado, en las omisiones se alcanzaría, desde una perspectiva normativa, verificando la pertenencia del resultado al ámbito de protección de la posición de garante (Perin, 2020, p. 222).

Aplicado este criterio normativo al caso que nos ocupa, para la imputación al médico de los daños sufridos por el paciente como consecuencia de la realización de los riesgos no informados, bastaría con verificar que el deber de información y la correspondiente posición de garante del médico tienen como finalidad –o al menos dentro de su ámbito de actuación– no solo la protección del derecho de autodeterminación del paciente sino también la salvaguarda de su integridad psicofísica (Fernández, 2015, p. 156). Constatado esto, y, por supuesto, que el daño proviene de un riesgo que debió informarse, se entendería cumplido el nexo –no causal, empero sí normativo– entre la omisión del deber de información y el resultado dañoso.

Bien visto, este planteamiento coincide con el criterio de la «creación del riesgo no permitido» de la teoría de la imputación objetiva de Roxin (1997, pp. 363-364), también llamado «incremento del riesgo», o más propiamente, para el caso de conductas omisivas, criterio de la «pérdida o disminución de las oportunidades» de preservación del bien jurídico (Perin, 2020, p. 228).

Si se recoge esta última formulación del criterio normativo en mención, se podría afirmar que, como consecuencia de la infracción de los deberes de información, el paciente vio disminuidas las posibilidades de elegir lo más conveniente a sus intereses de integridad o conservación. Nótese, sin embargo, que, bajo esta formulación, si lo que se perdió fue la «oportunidad de elegir», no parece del todo claro que, además de indemnizar el daño moral por la lesión al derecho a la autodeterminación⁽¹²⁾, se deba indemnizar también (todo) el daño sufrido por el paciente en su integridad física, que es lo que ahora nos interesa. Y si así fuera, esta indemnización a la integridad física se buscaría, paradójicamente, a costa de prescindir de la autodeterminación del paciente, pues en el fondo parte de asumir como algo totalmente irrelevante lo que aquel podría haber decidido en el caso concreto si es que hubiera sido correctamente informado.

Nuevamente –aunque ya no con criterios causales sino

normativos– en el fondo parece existir una especie de presunción acerca de lo que el paciente pudo haber decidido si es que el deber de información no se hubiera incumplido, lo cual lleva a pensar que los criterios normativos que, en general, resultan adecuados para resolver los problemas de causalidad y de imputación objetiva (incluso para el caso de omisiones), no son, en cambio, del todo satisfactorios para imputar a la omisión del deber de información del médico las lesiones sufridas por el paciente en su integridad como consecuencia de la realización de un riesgo no informado, pues, como se ha dicho, dejan totalmente fuera de la ecuación la variable constituida por la autodeterminación del paciente.

Esto no significa, sin embargo, que el criterio de la «creación de un riesgo no permitido», o de la «pérdida o disminución de oportunidades» de preservación del bien jurídico, carezcan totalmente de relevancia para resolver el caso que nos ocupa. Todo lo contrario, como se verá más adelante, considero que dichos criterios cumplen un papel fundamental en el juicio de responsabilidad civil del médico en los casos de omisión del deber de información, pero no lo hacen a nivel de causalidad e imputación objetiva, sino a nivel de imputación subjetiva. No obstante, para llegar a ese punto es preciso, como paso previo, dejar correctamente establecida la causalidad material o fáctica en este tipo de casos; es decir, establecer claramente la causa material de los daños sufridos por el paciente en su integridad como consecuencia de la realización de los riesgos asociados a la intervención y que no le fueron debidamente informados.

4.2. La causa (material) del daño no está en la omisión del deber de información

Ya que la causalidad hipotética y el consentimiento informado hipotético no parecen ser adecuados para responder a la cuestión sobre la relación de causalidad material entre la infracción de los deberes de información del médico y las lesiones

(12) Sobre el tema, que excede las pretensiones de este trabajo, véase, entre otros: Oyarzún (2021) y Navarro (2018).



sufridas por el paciente como consecuencia de los riesgos no informados, conviene dejar sentado que entre la omisión del médico y el resultado sobrevenido al paciente no existe, en realidad, relación de causalidad fáctica o material, lo cual no significa que el médico no deba responder frente al paciente por las lesiones a su integridad, ni mucho menos que en estos casos deba sostenerse el argumento de una responsabilidad sin causalidad.

Existe relación de causalidad material o fáctica, pero esta no debe buscarse entre la omisión de información y el resultado dañoso, sino entre la intervención médica en sí misma (por ejemplo, la intervención quirúrgica riesgosa, llevada a cabo conforme a la *lex artis*) y las lesiones derivadas de los riesgos no informados al paciente, pero verificados en la realidad. Sólo así es realmente posible aplicar la fórmula de la *conditio sine qua non* a este tipo de casos sin tener que recurrir a presunciones o, peor aún, ficciones, que pasan totalmente por alto la autodeterminación del paciente. En efecto, solo así el método de la eliminación mental permitirá sostener que, si el médico no hubiera realizado la intervención médica riesgosa, el riesgo no se habría verificado y, en consecuencia, el paciente no habría sufrido daño alguno.

Es incuestionable que toda intervención médica riesgosa supone una intromisión en la esfera personal del paciente y, como tal, constituye una actividad dañosa. Una intervención quirúrgica, incluso aquella realizada conforme a la *lex artis*, es una invasión a la persona y, como tal, una afectación a su integridad física. En este escenario, lo que hace lícita la intervención médica es el consentimiento informado del paciente: si no hay consentimiento informado, la intervención quirúrgica es una conducta lesiva y antijurídica (Puppe, 2007, p. 4). De allí que se haya afirmado que el consentimiento informado cumple una doble función⁽¹³⁾, pues no se limita a empoderar (*empowerment*) al paciente para una adecuada toma de decisiones, sino que es el mecanismo que, finalmente, da legitimación a la intervención del médico (Ariano, 2013, p. 132)⁽¹⁴⁾.

En este escenario, y dejando fuera los casos excepcionales –legalmente previstos además– en los que el consentimiento no es exigible, el incumplimiento por el médico de sus deberes de información hace que las lesiones sufridas por el paciente –como consecuencia de la realización de los riesgos no informados– le

sean objetivamente imputables. Es decir, ya no es solo que los daños fueron –en el plano fáctico o material– causados por el médico al realizar la intervención, sino que, además, le son objetivamente imputables porque al no cumplir con su deber de información «asumió los riesgos» de dicha intervención. Por el contrario, cuando el médico cumple con informar adecuadamente al paciente, con esa actividad informativa traslada los riesgos de la intervención quirúrgica a este último, quien, al brindar su consentimiento informado, asume los riesgos de la intervención. Desde ese momento, los daños que puedan derivarse de los riesgos informados y consentidos, aun habiendo sido materialmente causados por el médico, ya no pueden serle objetivamente imputados.

De este modo, se puede afirmar que el cumplimiento, o no, de los deberes de información por parte del médico, incide en la relación de causalidad, pero no estableciéndola –como se ha visto, el nexo de causalidad material está claramente establecido sin necesidad de acudir a razonamientos hipotéticos o presunciones de evitabilidad– sino más bien determinando si los daños deben o no ser imputados objetivamente al causante material de los mismos.

En otras palabras, el médico que no informa de los riesgos que debía informar, asume, debido a la falta de legitimidad de su actuación, las consecuencias de la realización de dichos riesgos en el resultado, lo cual, como se ha visto, no pasa por un problema de causalidad (el nexo causal fáctico o material está claro: la causa material está en la intervención médica riesgosa), sino por uno de imputación objetiva de los daños materialmente causados. Es en este sentido que se puede afirmar, junto con De Ángel, que

(13) En el mismo sentido, mediante Acuerdo de Sala Plena No. 006-2018 del 23 de noviembre de 2018, los vocales del Tribunal de SUSALUD, establecieron que: “[E]l consentimiento informado (...) posee un doble propósito; primero, reconocer la autonomía individual del ser humano (...); y, segundo, permite exonerar al profesional de la medicina cuando ocasiona en el paciente un menoscabo en su salud obrando con su asentimiento”. (Disponible en: portal.susalud.gob.pe/wp-content/uploads/Criterio-sobre-el-Consentimiento-Informado-.pdf).

(14) El principio por el cual la lesión a un derecho no es antijurídica si existe el consentimiento de su titular se encuentra recogido en el artículo 20 del Código Penal peruano que establece que “Está exento de responsabilidad penal: (...) 10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”.



“cualquier forma de razonar que se aparte de la imputación objetiva [...] parece acercarse más a la «imaginación» del juzgador que a parámetros de razonable objetividad” (2002), imaginación que equivale a especular sobre lo que hubiera decidido el paciente si es que hubiera sido –que no lo fue– cabalmente informado.

Nótese que existe una clara diferencia entre este planteamiento y el de la causalidad hipotética. Para esta última, la causa de las lesiones sufridas por el paciente hay que encontrarla en la omisión del deber de información, pero esto solo es posible a partir de un razonamiento hipotético basado en presunciones de difícil o imposible comprobación, y que, al prescindir de la autodeterminación del paciente, termina alejándose de la realidad. Lo que aquí se propone, en cambio, es establecer una auténtica relación de causalidad fáctica o material, que sirva de base cierta para luego realizar el juicio eminentemente normativo de imputación objetiva de los daños al causante material de los mismos.

Un caso de indemnización de daños y perjuicios resuelto por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú en la Casación No. 000202-2022-LAMBAYEQUE (Expediente de origen No. 1770-2010, 4° Juzgado Especializado en lo Civil) puede ayudar a entender mejor este planteamiento. Al respecto, en los meses de julio y agosto de 2009, la demandante llevó a su hija menor de edad a un establecimiento de salud (ESSALUD) donde le aplicaron dos dosis de la vacuna *Fluarix* contra la influenza. Desde la aplicación de la primera dosis la menor experimentó una serie de malestares físicos que se agravaron después de la aplicación de la segunda dosis: fobia, movimientos horizontales de los ojos, incapacidad para gatear por pérdida de fuerza en el brazo y la pierna izquierda (en los que se le puso la vacuna). Por este motivo llevó a su menor hija al médico neuropediatra, quien prescribió una tomografía cerebral para la menor. El resultado de la tomografía fue normal, pero el neuropediatra diagnosticó que su hija padecía de *Síndrome de Kinsbourne*, el cual, según la literatura médica, puede aparecer por efectos post vacunación y por la inoculación de inmunizaciones.

Durante el proceso, la demandante alegó que no había sido informada de los riesgos potenciales ni contraindicaciones de la vacuna (hipersensibilidad conocida a las sustancias activas o a cualquiera de los excipientes, al huevo, a las proteínas de pollo, formaldehído, sulfato de gentamicina o deoxicolato de sodio); de modo que podríamos catalogar el caso como uno de

omisión del deber de información en el que se habría verificado un riesgo no informado (riesgo post vacunación).

Pues bien, si en el caso concreto se hubiera intentado establecer una relación de causalidad hipotética entre la omisión del deber de información y los daños sufridos por la menor como consecuencia de la verificación del riesgo no informado, es muy probable que, sobre la base de los actuados y pruebas aportadas al proceso, los juzgadores hubieran tenido que declarar infundada la demanda, pues lo cierto es que al momento de la aplicación de la vacuna –así quedó plenamente acreditado en el proceso– la demandante desconocía totalmente que su hija presentaba alergias a la clara y yema de huevo (condición respecto de la cual tomó conocimiento recién en abril de 2013), por lo que bajo esa lógica se podría afirmar –con una probabilidad rayana en la certeza y aplicando la figura del «consentimiento informado hipotético»– que aún si la madre hubiera sido adecuadamente informada de los riesgos y contraindicaciones de la vacuna, igual hubiera dado su consentimiento para la aplicación, con lo cual el establecimiento de salud hubiera sido totalmente exonerado de responsabilidad.

Sin embargo, lejos de este razonamiento hipotético, la segunda instancia estableció –correctamente en mi opinión– la relación de causalidad material o fáctica no entre la omisión de información y el daño, sino entre la aplicación de la vacuna (acto médico) y el desencadenamiento del *Síndrome de Kinsbourne*. En efecto, en la Sentencia de Vista se estableció que la acción que provocó el resultado dañoso en la salud de la menor fue la aplicación directa de la vacuna *Fluarix* contra la influenza sin haber previsto los procedimientos necesarios para prevenir e informar a los pacientes que estaba contraindicada para ciertas personas⁽¹⁵⁾.

(15) En la Sentencia de Vista se estableció, entre otras cosas, que: “Si el diagnóstico recibido desde el inicio por los médicos que han tratado a la menor ha sido Síndrome de Kinsbourne y según se observa en la historia clínica, se han descartado las otras etiologías de la enfermedad, neuroblastomas o focos infecciosos, a través de los análisis a los que se han hecho referencia; en consecuencia, la única causa de enfermedad que queda es la de la reacción post-vacuna que había recibido la menor, a la cual la literatura médica que se ha acudido, sí concluye que una de las causas de la aparición de este síndrome proviene de la inmunización por vacunas de influenza. Esta es la única explicación posible que una menor que llega sin enfermedades a un policlínico y es inoculada con el virus contra la influenza, inmediatamente después presenta los síntomas característicos de esta enfermedad. La conclusión no



De ello se puede concluir que el *Síndrome de Kinsbourne* constituye un riesgo derivado de la inoculación de la vacuna contra la influenza que solo podía ser traslado a la esfera de la paciente con un adecuado y cabal consentimiento informado. En otras palabras, una vez establecida la relación de causalidad fáctica o material entre el acto médico (aplicación de la vacuna) y los daños, es posible, recién, acudir a la falta de consentimiento informado para imputar normativamente los daños al personal médico y al establecimiento de salud. Dicho esto, no huelga en absoluto dejar muy bien sentado que, para efectos de lo que vengo sosteniendo, es irrelevante que se considere a los deberes de información como parte de la *lex artis* médica o que la información sea un elemento inescindible de la intervención médica (o quirúrgica) riesgosa, pues para un correcto análisis causal habrá necesariamente que escindir dichos componentes (deberes de información por un lado e intervención quirúrgica o actuación médica curativa por el otro). Esto si es que no se quiere caer en el absurdo de pretender justificar un inexistente nexo causal –fáctico o material– entre la omisión del deber de información y los daños resultantes de la realización de los riesgos no informados, y hacerlo a partir de figuras tan poco plausibles –al menos para el tema que nos ocupa– como la causalidad hipotética y, su derivado, el consentimiento informado hipotético.

4.3. La creación de un riesgo no permitido (o la disminución de oportunidades de salvaguarda) como criterio de imputación subjetiva: La culpa leve

Sin perjuicio de lo señalado en el acápite precedente, me parece que no puede pasarse por alto que quienes postulan la figura del consentimiento informado hipotético lo hacen en busca de algún criterio de exoneración o moderación del *quantum* indemnizatorio ante situaciones en las que parece injusto que el médico, quien llevó a cabo una intervención conforme a la *lex artis*, tenga que cargar con todo el peso del daño generado en la integridad del paciente por los riesgos no informados. Se habla, por ejemplo, de casos donde “la actuación curativa del médico se manifiesta como tan evidentemente imprescindible que la falta de información se muestra irrelevante a la luz de una racional interpretación de las cosas”, llegando a afirmar que, en estos casos, “no puede decirse que se haya privado al paciente de la posibilidad «real» de decidir, esto es, de ejercitar el derecho a la autodeterminación” (De Ángel, 2002).

En mi opinión, si bien este argumento puede ser reconducido a la idea –considerada errada en este trabajo– de que en estos casos existe una “razonable probabilidad de que el paciente hubiese asentido al acto médico” (De Ángel, 2002), me parece que lo que en el fondo se plantea es que la autodeterminación del paciente no es ilimitada o no siempre se ve lesionada, o, desde otra perspectiva, que existen situaciones en las

cuales ciertas actuaciones o decisiones del médico –aunque cuestionables en el plano teórico o especulativo– no parecen del todo reprochables si se atiende al contexto, o, en otros términos, a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Dentro de estas circunstancias habría que considerar, como propone De la Maza (2017, pp. 118-124), que en determinados contextos sanitarios –muy característicos de países en vías de desarrollo y, sobre todo, en establecimientos públicos de salud– podría ocurrir no solo que las estructuras burocráticas de los servicios de salud impongan serios obstáculos para que el diálogo entre médico y paciente conduzca a la generación de una auténtica relación de confianza y a un adecuado proceso de consentimiento informado, o que el médico no esté realmente en condiciones de transmitir al paciente toda la información necesaria en términos suficientemente comprensibles para este último (por razones atribuibles al médico o al paciente), sino que podría ocurrir también que el propio paciente tenga una valoración de la autonomía o autodeterminación en el ámbito médico distinta de la presupuesta por el legislador, al punto de que en no pocos casos el paciente considere que existen decisiones, respecto de determinados tratamientos o intervenciones riesgosos, que corresponden ser tomadas por el propio médico, todo ello sobre la base de una relación de confianza fundada en el principio de beneficencia. En un sentido similar, se ha señalado que el diálogo y la comunicación devienen el elemento indispensable para generar lo que se ha denominado el *beneficence in trust*, modelo basado en la confianza en el que “el paciente puede pedir al médico hacer por su bien y de informarle solo cuando sean intervenciones relevantes y riesgosas” (Ariano, 2013, p. 141).

Esto por cierto no implica en modo alguno negar la importancia de promover el modelo participativo-informativo en la relación médico-paciente; sin embargo, al menos como yo lo veo, plantea una cuestión que parece desatendida cuando el jurista se queda en el plano teórico o especulativo

viene a ser otra que la relación causal es evidente; es decir, que esa enfermedad ha sido provocada por el virus contra la influenza que se había inoculado”.



del conocimiento y olvida que el Derecho es, ante todo, un saber práctico que exige de la virtud de la prudencia aplicada al derecho (prudencia jurídica) para arribar, de los principios y reglas jurídicas (por definición generales y abstractas) a la determinación de lo que es justo –o equitativo– «aquí y ahora»: lo justo concreto. Por lo demás, este es un proceso que exige del jurista una especial racionalidad (razón práctica) que es la que le va a permitir la máxima determinación del derecho en el caso concreto, lo cual no puede hacerse a espaldas de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Como ha precisado Massini:

[E]sta racionalidad propia de todos los niveles de la actividad y del conocimiento jurídico [...], no consiste en una mera remisión a formas de racionalidad idénticas o similares a las propias de los saberes teóricos o especulativos: matemáticas, de las ciencias empíricas (*sic*), históricas o sociológicas, sino que se trata de una racionalidad de carácter práctico, *i.e.*, directivo-valorativa y a la vez constitutiva de sus objetos. [...]. Y es casualmente este tipo de racionalidad, la racionalidad práctica [...], la que tiene a su cargo la tarea de la determinación del derecho, *i. e.* de configurar racionalmente el paso de principios universales y normas generales jurídicos a la máxima determinación del derecho concreto (2010, p. 90).

Esta determinación de lo justo concreto en los casos de responsabilidad civil médica por la omisión de los deberes de información, ha sido, equivocadamente en mi opinión, buscada en sede de casualidad a través del «consentimiento informado hipotético», figura que, como se ha visto, equivale a un razonamiento imaginativo o ficticio sobre lo que el paciente hubiera hecho en caso de haber sido informado adecuadamente de los riesgos asociados a la intervención, razonamiento que pasa totalmente por alto la autodeterminación del paciente. Sin embargo, como resulta evidente, esto nada tiene que ver con la razón práctica y la prudencia jurídica⁽¹⁶⁾ que se caracterizan por operar no sobre la base de juicios hipotéticos y mucho menos ficticios, sino sobre las distintas alternativas de solución realmente existentes y las circunstancias del caso concreto.

De hecho, cuando en Alemania se dio aplicación, en sede civil, a la figura del consentimiento informado hipotético, los tribunales tuvieron que reformular la cuestión, supuestamente «causal», en los términos siguientes: “¿se habría encontrado el paciente, en caso de información completa, ante un serio dilema?” Con esta reformulación –que, bien vista, se aleja de una lógica eminentemente causal– la cuestión decisiva radicaba en saber si, en el caso concreto, el paciente se habría encontrado en un verdadero “dilema de haber sido informado plenamente”, pues si el paciente contó con una información básica (aunque no completa) y “no se habría enfrentado a un dilema ni siquiera de haber dispuesto de información completa”, el médico no tendría que responder. Para determinar ello,

ante la alegación por parte del médico de un consentimiento hipotético del paciente, a este último le bastaría con hacer plausible que, “de haber sido completamente informado sobre los riesgos del tratamiento, así como de sus alternativas, se habría visto abocado a un serio dilema”; de este modo, solo si el paciente no lograba, al menos, hacer plausible tal dilema porque el contexto o las circunstancias eran claramente favorables a la intervención, el médico podría exonerarse de responsabilidad (Puppe, 2007, pp. 8-9).

En el ordenamiento jurídico peruano las circunstancias del caso concreto, como elemento indispensable para la determinación prudencial de lo «justo concreto» en los juicios de responsabilidad civil, han sido contempladas por el legislador al regular la culpa leve como criterio subjetivo de atribución de responsabilidad, al prescribir que “*actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*” (art. 1320 del Código Civil). En otras palabras, la relevancia y pertinencia de las circunstancias del caso concreto tiene nuevamente que ver no con la causalidad material o fáctica, sino con criterios de imputación, pero esta vez con criterios de «imputación subjetiva» (específicamente con la culpa leve), también llamados factores de atribución de responsabilidad.

Estos criterios de imputación subjetiva son entendidos como aquellas «buenas razones» o «razones poderosas» que justifican el traslado del peso económico del daño de la esfera de la víctima a la del causante (De Trazegnies, 1999, pp. 13-14), o también como aquellos elementos axiológicos y valorativos en cuya virtud se le adjudican a determinada persona ciertas consecuencias dañosas y que permiten contestar la pregunta de por qué aquella persona debe responder (Ubiría, 2015, p. 161).

En el caso específico de la «culpa», el elemento axiológico se manifiesta en que aquella suele ser entendida como el reproche

(16) Entendida como el “hábito intelectual y moral que habilita para determinar qué es derecho en una situación concreta” (Massini, 2010, p. 99).



que se realiza al sujeto “por no cumplir con el estándar exigido para el desarrollo de determinada actividad”; en otras palabras, el reproche por el “desajuste [de la conducta con las] expectativas sociales, traducidas en un estándar de comportamiento relativo a otros” (Aedo, 2020, pp. 129-130). De este modo, la culpa funciona como un mecanismo para establecer un límite entre las conductas aprobadas y desaprobadas socialmente, aspecto en el cual coincide plenamente con el criterio de la «creación de riesgos no permitidos», pues “fuera de los riesgos permitidos se ingresa [al ámbito de] los riesgos [socialmente] desaprobados” (Aedo, 2020, p. 128).

En efecto, cuando un sujeto con su conducta –comisiva u omisiva– crea o incrementa un riesgo no permitido –o disminuye las oportunidades de la potencial víctima de evitar la realización del riesgo– actúa en inobservancia de las normas de cuidado previamente establecidas; de allí que, muy agudamente, se haya afirmado que “la creación de riesgos no permitidos, antes que resolver una cuestión técnica de [causalidad material o de] imputación [objetiva], determina una órbita de conductas desaprobadas o desvaloradas”. Así entendido, “la creación de un riesgo no permitido coincide con el juicio de culpa” y, por ende, podría ser ubicado en el plano de la imputación subjetiva. Si ello es así, se puede afirmar que la creación de riesgos no permitidos interviene –al igual que la culpa– como criterio que permite desvalorar conductas, que permite distinguir entre conductas justas e injustas (Aedo, 2020, pp. 127-128); cuestión ésta de indudable índole normativa y prudencial, además de sustancial en el juicio de responsabilidad civil. Una mirada atenta a estos conceptos permite sostener que, tanto los criterios de imputación subjetiva (p. ej. culpa), como el criterio de la creación del riesgo no permitido, no son más que mecanismos de asignación o distribución de riesgos entre los sujetos que interactúan en sociedad. Desde esta perspectiva, se ha dicho que la culpa constituye un mecanismo de distribución de riesgos que sería de aplicación únicamente cuando la potencial víctima podría haber hecho algo para evitar o reducir los accidentes y consiguientes daños, pero si ese no es el caso y, por el contrario, es el potencial dañador el único que estaba en condiciones de ajustar su actividad para evitar los accidentes, la responsabilidad objetiva o estricta debería imponerse (Fernández, 2019, p. 155; Aedo, 2014, pp. 715-716).

Desde esta aproximación, podría cuestionarse que la responsabilidad del médico por la omisión de sus deberes de información sea tratada como un supuesto de responsabilidad subjetiva (basada en la culpa) y no como un caso de responsabilidad objetiva o estricta que lo haría responsable ante cualquier caso de verificación en la realidad de los riesgos no informados. En efecto, podría afirmarse, desde las respectivas capacidades de prevención de los agentes implicados en la relación médico-paciente, que el facultativo es el único sujeto en condiciones de brindar la información debida con el fin de obtener el consentimiento informado del paciente, y que este

último no tiene posibilidades reales de adoptar medidas de cuidado tendientes a obtener por su cuenta esa información especializada que le serviría como insumo para tomar una decisión debidamente informada y acorde con sus intereses de integridad o conservación.

Si bien este cuestionamiento es plausible, es preciso, sin embargo, distinguir entre las capacidades de prevención por un lado (que pueden ser unilaterales o bilaterales) y la regla de responsabilidad civil o de «imputación subjetiva» del otro (que puede ser subjetiva u objetiva). De este modo, es perfectamente posible que ante un supuesto de prevención unilateral como es el caso de la actividad médica (Buendía, 2020, pp. 257-258) la regla de responsabilidad objetiva no sea siempre la más eficiente en términos de costos sociales.

En esta línea, se ha afirmado que la regla de responsabilidad subjetiva (culpa) podría aplicarse a supuestos de prevención unilateral cuando el desarrollo tecnológico de la actividad no haya alcanzado un nivel óptimo o adecuado, incentivando así la inversión en el desarrollo de dicha actividad que se entiende beneficiosa para la sociedad (Fernández, 2019, pp. 157-157). El punto está, a mi parecer, en que si lo que busca es evitar el repliegue o abandono de determinadas actividades valiosas (función de incentivación), el criterio del desarrollo tecnológico –cómo único admisible para aplicar la culpa a supuestos de prevención unilateral– podría resultar insuficiente en determinados ámbitos de la actividad humana. Así, la aplicación de una regla de responsabilidad objetiva o estricta al caso analizado en este trabajo podría conllevar a una «medicina defensiva»; de allí que el criterio subjetivo (culpa) se presente como el más adecuado para proteger la autonomía del paciente sin desincentivar la práctica médica. Además, podría servir como incentivo para que el paciente exija al médico el cabal cumplimiento de sus deberes de información, sin desconocer que no siempre será fácil establecer el alcance de dichos deberes.

Como se ha dicho citando a Shavell, bajo la regla de responsabilidad subjetiva “el causante solo responde por los accidentes que él ha causado si actuó con negligencia y solo si el nivel de cuidado adoptado es menor



que el llamado *Due care*" (Buendía, 2020, p. 248); es decir, responderá solo si el nivel de cuidado empleado es inferior al que podría considerarse como razonable atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Sobre el particular, aunque sin hacer expresa mención a los criterios de imputación subjetiva y mucho menos al criterio de la creación de riesgos no permitidos, una autorizada doctrina nacional ha señalado que:

[S]obre el deber de informar se plantean numerosas interrogantes pues los límites exactos del contenido y alcances de la información son difíciles de precisar. Toda regla sobre el particular reconoce excepciones y variables que consideran la personalidad de los pacientes, la gravedad de la enfermedad y otras circunstancias que deben ser contempladas casuísticamente (Fernández & Woolcott, 2018, p. 547).

Estas circunstancias podrían consistir, sin pretensiones de exhaustividad, en la idiosincrasia del propio paciente o las dificultades de entablar un adecuado proceso de formación del consentimiento informado y una auténtica relación de confianza entre médico y paciente, atribuibles en no pocos casos a los defectos –o excesos– de las estructuras burocráticas existentes en los establecimientos de salud y ciertas prácticas o costumbres médicas aún presentes en el país⁽¹⁷⁾. En este escenario, la prudencia jurídica exigirá al jurista evaluar cada caso concreto para determinar si la naturaleza de la relación y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar permiten justificar el traslado del peso económico del daño de la esfera jurídica del paciente a la esfera jurídica del médico; o si estando plenamente justificado ese traslado, dichas circunstancias ameritan una moderación en el *quantum* indemnizatorio sobre la base de la equidad, sin olvidar que este es un recurso estrictamente excepcional y no una forma habitual para la correcta aplicación de la ley (Massini, 2005, pp. 44-45).

Así, en principio, los daños derivados de la verificación en la realidad de riesgos graves no informados, aunque dichos riesgos no sean frecuentes, deberán ser siempre imputados al médico y, por ende, indemnizados⁽¹⁸⁾. Cosa distinta podrá ocurrir, por ejemplo, siempre sujeto a las particularidades del caso concreto, respecto de riesgos leves y poco frecuentes, cuando, además, los beneficios de la intervención realizada excedan claramente, en la práctica, las consecuencias de los

riesgos no informados⁽¹⁹⁾. De allí que el criterio de los tribunales civiles alemanes, consistente en verificar la plausibilidad de un dilema en el paciente, lejos de responder a una lógica verdaderamente causal, remita a un criterio prudencial perfectamente coherente con el recurso a las circunstancias del caso concreto (personas, tiempo y lugar), y con la necesidad de incentivar la actividad médica sin dejar de lado la autonomía del paciente.

5. Conclusiones

- La autonomía o autodeterminación del paciente constituye un elemento fundamental al momento de determinar la relación de causalidad y la imputación objetiva de los daños en los casos de omisión de deberes de información, cuando los daños están constituidos por lesiones a la integridad del paciente producto de la realización de riesgos no informados en intervenciones médicas riesgosas llevadas a cabo conforme a la *lex artis*.
- La causalidad hipotética, con su juicio de evitabilidad, o el criterio normativo de la creación de un riesgo no permitido, si bien son figuras idóneas para resolver ciertos problemas de causalidad en las omisiones, no resultan en cambio adecuadas para establecer la causalidad material y justificar la imputación objetiva de los daños a la integridad del paciente en los casos de responsabilidad médica por omisión de deberes de información. En estos casos, la causalidad hipotética y el criterio normativo de la creación de un riesgo no permitido constituyen figuras que, en su aplicación, dejan de

(17) Sogi, Cárdenas & Delgado, 2012, pp. 70-78), publicados con posterioridad al inicio de vigencia de la Ley 29414 de 2009, que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud, parecen demostrar que el modelo participativo-informativo no está del todo asentado en la práctica médica peruana, observándose –esperemos que cada vez menos– una práctica médica defensiva y falta de conocimiento sobre consentimiento informado, sobre todo cuando este tiene que ver con intervenciones en menores de edad.

(18) En el caso de la vacunación contra la influenza, visto *supra*, el hecho de que los riesgos sean poco frecuentes no es justificación suficiente para exonerar de responsabilidad al establecimiento de salud, pues la gravedad de las consecuencias obligada a informar adecuadamente.

(19) Como en el caso materia de la Resolución No. 002-2023-SUSALUD/TRI-TSE (Expediente No. 234-2022/TRI; Expediente PAS No. 1297-2019), en el que se determinó que no constituye infracción sancionable la falta de consentimiento informado respecto de la posibilidad de conversión, en sala, de una cirugía laparoscópica por una cirugía abierta, más aún si los estudios previos indicaban la viabilidad de una cirugía laparoscópica (por el tamaño del tumor) y que la muerte del paciente no fue consecuencia de la intervención.



lado el principio de autonomía o autodeterminación del paciente.

- A diferencia de la mayoría de casos de causalidad en las omisiones, en los que, sobre la base de juicios hipotéticos de evitabilidad, se presume el cumplimiento del deber omitido y a partir de allí se establece el resultado con una probabilidad rayana en la certeza; en el caso de las lesiones sufridas por el paciente por la realización de un riesgo no informado, ocurre algo distinto: entre el hipotético cumplimiento del deber por el médico y los daños sufridos por el paciente, se interpone la autonomía o autodeterminación de este último, elemento que hace prácticamente imposible –sin acudir a razonamiento ficticios– emitir un juicio de probabilidad sobre lo que hubiera ocurrido en caso el paciente hubiese sido correctamente informado.
- La relación de causalidad material no puede establecerse entre la omisión del deber de información y los daños sufridos por el paciente en su integridad por la realización de riesgos no informados. Cualquier intento en este sentido, además de constituir un análisis ficticio, supone dejar fuera de la ecuación al principio de autonomía o autodeterminación del paciente, considerando fundamental y prioritario en la actual comprensión de la relación médico-paciente. La relación de causalidad material o fáctica solo puede ser establecida, de manera correcta y realista, entre la intervención médica riesgosa y las lesiones sufridas por el paciente en su integridad como consecuencia de la verificación en la realidad de los riesgos no informados. Solo de esta forma es posible aplicar el método de la eliminación mental a estos casos y, como consecuencia de ello, afirmar que las lesiones fueron materialmente causadas por la actuación médica riesgosa y que el médico fue el causante material de los daños.
- Establecida la causalidad material entre la intervención médica riesgosa y las lesiones sufridas por el paciente en su integridad como consecuencia de la verificación en la realidad de los riesgos no informados, la omisión de los deberes de información y la consiguiente ausencia de un consentimiento informado entran a tallar en un plano eminentemente normativo o de imputación objetiva del resultado dañoso al causante material de los daños. Si se omitió el deber de información, los daños, materialmente causados por el médico con su intervención, le son también objetivamente imputados. En cambio, si el médico cumplió con informar, con dicha actividad traslada al paciente los riesgos de la intervención, de modo que, en estos casos, el consentimiento informado funciona como un criterio de exclusión de la imputación objetiva de los daños al causante material de los mismos.
- No todo queda en el plano de la imputación objetiva. La imputación subjetiva (criterios de atribución de responsabilidad), puede ser una herramienta importante para arribar a soluciones justas en el caso concreto, y puede

dar una mejor respuesta a los problemas que –desde una aproximación errada– pretenden solucionar quienes invocan la figura del consentimiento informado hipotético. En esta línea, el recurso a la idea de culpa leve, entendida como la inobservancia de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la relación y por las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, permite una aplicación prudencial de la ley a los casos de omisión del deber de información y, eventualmente, podría justificar una exoneración o una moderación del *quantum* indemnizatorio; sin que ello implique negar la relevancia de avanzar hacia la consecución –ya no solo en el plano teórico o legal, sino también en el de la realidad– de un auténtico modelo participativo-informativo basado en la confianza médico-paciente.

- El criterio normativo de creación de un riesgo no permitido –o de la disminución de las oportunidades de salvaguardar la propia integridad–, resulta funcionalmente coincidente con el criterio subjetivo «culpa leve», pues al igual que esta, sirve para discernir entre las conductas socialmente aprobadas (las que están dentro del ámbito de los riesgos permitidos) y las conductas socialmente desaprobadas (las que exceden dicho ámbito). En ese sentido, puede operar como complemento de la culpa leve en el plano de la imputación subjetiva.

Referencias bibliográficas:

- Aedo, C. (2014). El concepto normativo de culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial. *Revista Chilena de Derecho*, 41(2), 705-728. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200012>
- Aedo, C. (2020). La recepción de la creación de riesgos no permitidos en el derecho chileno, como criterio de imputación objetiva, ¿puede distinguirse de la culpa? *Revista Chilena de Derecho Privado*, (35), 117-145. <https://doi.org/10.32995/S0718-80722020508Alpa>.
- Alpa, G. (2016). *La responsabilidad civil. Parte General* (Vol. 2). (C. Moreno More, Trad.). Ediciones Legales.
- Ambos, K. (2020). Omisiones. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (21), 105–150. <https://doi.org/10.5944/rdpc.21.2019.27318>



- Ariano, C. (2013). El consentimiento informado en el sistema jurídico italiano actual. *Prudentia Juris*, (76), 131-143. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/3168>
- Bacigalupo, E. (2005). *Delitos impropios de omisión*. Madrid: Dykinson.
- Baena, F. (2021). *La causalidad en la responsabilidad civil*. Tirant lo blanch.
- Bárcena, A. (2014). El derecho de daños como banco de pruebas de una disputa filosófica sobre la causalidad, en D. M. Papayannis (Coord.), *Causalidad y atribución de responsabilidad* (pp. 183-214). Marcial Pons.
- Barros, E. (2006). *Tratado de la responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile.
- Buendía, E. (2020). *La responsabilidad médica. Un estudio comparado para la solución de un problema actual*. Jurista Editores.
- Cárdenas, H. (2023). La responsabilidad médica en la era del consentimiento: riesgos no informados, resecciones no consentidas y otras hipótesis en ascenso. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 36(1), 69-90. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502023000100069>
- Casación No. 000202-2022-Lambayaque (2023, 22 de junio). Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil.
- De Angel, R. (14 de noviembre de 2002). *Consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño* [Ponencia]. 2º Congreso de la Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, Granada, España. <https://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-8.pdf>
- De la Maza, I. (2010). Consentimiento informado y relación de causalidad. En M. Rojas (Ed.), *Responsabilidad médica. Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Privado VI* (pp. 127-143). Ediciones Universidad Diego Portales.
- De la Maza, I. (2017). Consentimiento informado, un poco de realismo. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 3 (2), 111-131. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200005>
- De Trazegnies, F. (1999). *La responsabilidad extracontractual* (5.ª ed., Tomo I). Editorial Temis.
- Días, L. (2022). Consentimiento hipotético y autonomía del paciente. Una reconstrucción analítica del debate. *ADPCP*, LXXV, 729-752. <https://doi.org/10.53054/adpcp.v75i1.9703>
- Espinoza, J. (2016). *Derecho de la responsabilidad civil* (8ª ed.). Instituto Pacífico.
- Fernández, G. (2019). *Introducción a la responsabilidad civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Fernández, M. L. (2015). La protección del paciente frente a los deberes de información y secreto profesional médico. *Prolegómenos*, 18(35), 153-168. <https://doi.org/10.18359/dere.816>
- Fernández, C. & Woolcott Oyague, O. (2018). *Derecho Médico. De las nociones fundamentales y la responsabilidad médica* (Tomo I). Instituto Pacífico.
- García Cavero, P. (2019). *Derecho penal. Parte general* (3.ª ed.). Ideas.
- García, E. (2015). Reflexiones sobre las distintas categorías de delitos de omisión y su presencia en el código penal español. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, (14), 13-52. <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24509>
- Hervada, J. (2000). *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho* (3.ª ed.). Eunsas.
- Jakobs, G. (1996). La imputación penal de la acción y de la omisión. *ADPCP*, XLIX (3), 835-874. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=246513>
- Larenz, K. (1958). *Derecho de obligaciones* (Tomo I). (J. Santos Briz, Trad.). Editorial Revista de Derecho Privado.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal. Parte general* (10.ª ed.). Editorial B de F.
- Massini, C. (2005). *Filosofía del Derecho: La Justicia* (Tomo II). Abeledo Perrot. <https://doi.org/10.15581/011.32986>
- Massini, C. (2010). *Filosofía del Derecho: El Conocimiento y la Interpretación Jurídica* (Tomo III). Abeledo Perrot.
- Moore, M. S. (2011). *Causalidad y responsabilidad. Un ensayo sobre derecho, moral y metafísica*. (T. J. Schleider, Trad.). Marcial Pons.
- Navarro Simón, E. (2018). Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria por infracción del deber de información: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (8), 313-327. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6369287>
- Oyarzún Vargas, F. (2021). Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad. Análisis y reflexiones del caso español. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, (43), 119-147. <https://doi.org/10.15366/rjuam2021.43.005>
- Pantaleón Prieto, F. (1990). Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación. En E. Laguna Domínguez et al, *Centenario del Código Civil (1889-1989)* (Tomo II, pp. 1561-1591). Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- Parra, D. (2013). La obligación de informar al paciente. Cuestiones sobre el derecho a ser informado. *Revista Médica de Chile*, (141), 1578-1583. <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872013001200012>
- Pellegrino, E. (1990). La relación entre la autonomía y la integridad en la ética médica. *Boletín panamericano de sanidad de la Oficina sanitaria internacional*, 108(5-6), 379-390. [https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/16838/v108n\(5-6\)p379.pdf?sequence=1](https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/16838/v108n(5-6)p379.pdf?sequence=1)
- Perin, A. (2020). La relevancia de los cursos causales hipotéticos en la imputación normativa del resultado a la conducta imprudente. Su significado práctico en materia de responsabilidad médica por error de diagnóstico. *Revista Chilena de Derecho*, 47(1), 211-235. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372020000100211>



- Pizarro Wilson, C. (2015). En oposición al consentimiento hipotético informado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIV, 97-120. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000100003>
- Puppe, I. (1992). Causalidad. *ADPCP*, fasc. 2, 681-694. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1992-20068100694
- Puppe, I. (2007). La justificación de la intervención médica curativa. *InDret*, (1). https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/404_es.pdf
- Puppe, I. (2008). El resultado y su explicación causal en Derecho penal. *InDret*, (4). https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/578_es.pdf
- Rodríguez, J. L. & Schleider, T. J. (2014). Causalidad, responsabilidad y libertad. En D. M. Papayannis (Coord.), *Causalidad y atribución de responsabilidad* (pp. 255-273).
- Marcial Pons.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general* (Tomo I). (D. Luzón, M. Díaz y J. de Vicente, Trads.). Civitas.
- Schlack, A. (2012). El consentimiento hipotético de la víctima en el Derecho penal alemán. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 19(2), 275-298. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532012000200009>
- Stapleton, J. (2003). Cause in fact and the scope of liability for consequences. *Law Quarterly Review*, 119, 388-425.
- Ubiría, F. A. (2015). *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Abeledo Perrot.
- Visintini, G. (2015). ¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual (M. Cellurale, Trad.). Universidad Externado de Colombia.
- Zavala Sarrio, S., Sogi Uetmasu, C., Cárdenas Díaz, M., Delgado Vásquez, A. (2012). Autonomía del paciente y derecho a rehusar tratamientos: Conocimiento en médicos jóvenes peruanos (encuesta 2010). *Acta Médica Peruana*, 29(2), 70-78. www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1728-59172012000200005. 



El fragmentado reconocimiento de la terminación unilateral en los contratos de consumo en el Derecho de Consumo chileno^(*)^(**)

The fragmented recognition of unilateral termination in consumer contracts in Chilean Consumer Law

Erika Isler Soto^(***)

Universidad Autónoma de Chile (Santiago, Chile)

Resumen: El artículo analizó la regulación de la terminación unilateral del contrato en el Derecho de Consumo chileno, arribándose a la conclusión de que su tratamiento es fragmentario e inorgánico. Con todo, se regula la terminación unilateral tanto si tiene por fuente la ley como si se sustenta en el contrato. En el primer caso, se lo concede únicamente y de manera imperativa al consumidor, en tanto sujeto débil de la relación de consumo, bajo las figuras del retracto y el desistimiento. Existen no obstante diferencias importantes entre una y otra, vinculadas con la eventual vigencia de un plazo de caducidad, la forma en que opera y su ámbito de aplicación. El retiro unilateral consagrado mediante el pacto es considerado ilícito si se establece únicamente en favor del proveedor y lícito si su beneficiario es el consumidor. Cuando la facultad es conferida a ambas partes de la relación de consumo, su juridicidad habrá de ser enjuiciada según si genera o no un desequilibrio importante para las partes y si se ajusta a los estándares de la buena fe.

Palabras clave: Consumidor - Relación de consumo - Terminación unilateral del contrato - Retracto - Desistimiento - Cláusula abusiva - Derecho de consumo - Chile

Abstract: The article analyzed the regulation of the unilateral termination of the contract in Chilean Consumer Law, reaching the conclusion that its treatment is fragmentary and inorganic. However, unilateral termination is regulated whether it is based on the law or based on the contract. In the first case, it is granted solely and imperatively to the consumer, as a weak subject of the consumer relationship, under the figures of retract and withdrawal. There are, however, important differences between one and the other, linked to the eventual validity of an expiration period, the way in which it operates and its scope of application. The unilateral withdrawal enshrined by the pact is considered illicit if it is established exclusively in favor of the entrepreneur and lawful if its beneficiary is the consumer. When the power is conferred on both parties of the consumer relationship, its legality will have to be judged according to whether or not it generates a significant imbalance for the parties and whether it complies with the standards of good faith.

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 18 de abril de 2024 y su publicación fue aprobada el 7 de julio de 2024.

(**) Este trabajo forma parte del proyecto ANID Fondecyt Regular Folio N° 1230883, "El desajuste de la morosidad del consumidor y las instituciones que giran en torno a ella. Por su reordenación a partir del préstamo responsable y su vinculación con los otros principios regulados en materia de cobranza extrajudicial", en el cual la autora es coinvestigadora.

(***) Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Austral de Chile (Valdivia, Chile). Licenciada en Estética por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado por la Universidad de Chile. Magíster en Ciencia Jurídica por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Investigadora del Instituto de Investigación en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2545-9331>. Correo electrónico: erika.isler@uautonoma.cl



Keywords: Consumer - Consumer legal link - Unilateral termination of contract - Retract - Termination of contract - Abusive clause - Consumer law - Chile

1. Introducción

Uno de los pilares sobre los cuales descansa el estatuto contractual del Derecho Común es la fuerza obligatoria del contrato, en Chile reconocida principalmente en el artículo 1545 CC⁽¹⁾. Conforme a dicho postulado, una vez que la convención ha sido celebrada, “cada parte debe someterse a lo acordado como si se tratara de la Ley misma” (Mombert, 2006, p. 298), de tal manera que no es posible sustraerse de ello, salvo que la ley o las partes lo autorice.

No obstante, existen casos en los cuales efectivamente se faculta a una de las partes para poner fin al contrato sin expresión de causa y en ausencia de incumplimiento, y que se engloban bajo la noción de la “terminación unilateral del contrato”. Se trata de situaciones que el Derecho Común recoge de manera excepcional, y como tal, su disciplina ha de recibir una interpretación restrictiva.

El Derecho de Consumo reconoce también esta prerrogativa, aunque sometida a ciertas peculiaridades propias de los estatutos tutelares. En este contexto, el propósito de este trabajo consiste en ofrecer una caracterización de la terminación unilateral del contrato de consumo en la legislación chilena. Me interesa en particular defender la idea de que esta figura no cuenta con un reconocimiento amplio ni tampoco con una disciplina uniforme en el Derecho de Consumo. Se encuentra no obstante recogida de manera parcial e inorgánica, mediante la tipificación de supuestos particulares en los cuales se le confiere o niega vigencia, según si se ajusta o aparta del principio protector *pro consumatore*.

Para desarrollar lo anterior, el trabajo se dividirá en dos partes. En primer lugar, se realizará una aproximación a la terminación unilateral del contrato. A continuación, se analizará la caracterización de esta figura en el Derecho de Consumo nacional, tanto desde la perspectiva del consumidor como del proveedor.

2. La terminación unilateral del contrato: una aproximación conceptual

2.1. Qué se entiende por terminación unilateral del contrato

Explica Severin Fuster que el desistimiento corresponde a “una facultad que tiene una de las partes para poner término unilateralmente al contrato ‘por su voluntad’” (2018, p. 309). En un sentido similar Mejías alude a él como “la facultad por medio de la cual se pone término al contrato de forma unilateral” (2018, p. 595).

Caprile Biermann en tanto define al desistimiento unilateral o renuncia como aquella:

Forma de extinción del contrato que consiste en la facultad concedida por la ley o por la convención a una o ambas partes para romper unilateralmente el contrato, por su sola voluntad, sin necesidad de un incumplimiento de la contraria, bastando su ejercicio de buena fe y noticiarla con un preaviso razonable a la contraria, so pena de indemnizar los perjuicios en caso de ejercicio irregular (2011, p. 271).

De las anteriores definiciones se derivan las tres principales características de la terminación unilateral y por las cuales se definen sus contornos.

En primer lugar, opera una vez que el contrato ya se ha celebrado, y no en la fase precontractual. Esta peculiaridad permite distinguir este supuesto de aquellos otros que tienen lugar en el proceso de formación del consentimiento.

En segundo término, su ejercicio no requiere de justificación, por lo que se constituye como un derecho *ad nutum*⁽²⁾. Lo anterior lo distancia de otras formas de pérdida de eficacia del contrato que, incluso

(1) Para mayor información sobre la fuerza de los contratos, véase “Comentarios al artículo 3° ter”, de María Brant & Claudia Mejías (2013, p. 185); “Acerca de la fundamentación de la obligatoriedad de los contratos: autonomía y Derecho Privado”, de Esteban Pereira (2014, p. 70) y “*Derecho del Consumidor*”, de Ricardo Sandoval (2004, p. 126).

(2) Al respecto, véase “Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual”, de Cristián Aedo (2019, p. 74); “El derecho al desistimiento unilateral del cliente en la regulación de los contratos de servicio del Código Civil chileno, con especial referencia al artículo 1999”, de Gonzalo Severin (2018, p. 309) y “El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral. Revista de Derecho Civil”, de Iris Beluche (2015, p. 82).



pueden tener el carácter de unilateral, pero que exigen de la concurrencia de una causal justificada.

Esta característica resulta relevante, explica Severin Fuster, puesto que “si no es necesario dar cuenta de las razones de la decisión de poner término al contrato (porque el derecho a desistir se ha configurado, legal o convencionalmente, como un derecho *ad nutum*) es evidente que las razones de esa decisión no pueden ser valoradas” (2018, p. 309). En el ámbito del Derecho de Consumo chileno dicha apreciación se materializa en el fuerte cuestionamiento que existe en torno a la potestad convencional del proveedor de poner término a un contrato sin el consentimiento del consumidor en invocación de una causa que lo justifique. Se volverá sobre esto más adelante.

Con todo, la discrecionalidad en el ejercicio del derecho permite distinguir la potestad en estudio de otras causales que ponen término a la eficacia de un contrato, fundamentadas por ejemplo en el incumplimiento (resolución)⁽³⁾ o en un vicio preexistente (nulidad).

En tercer lugar, el desistimiento confiere un derecho que puede ser ejercido por la parte que lo ostenta en su patrimonio, sin que se requiera para ello del consentimiento de su contraparte. Esta característica permite distinguir esta figura del mutuo disenso o la resciliación.

2.2. Terminación unilateral, retracto y desistimiento

Al referirse a la figura en estudio, se suelen utilizar también las expresiones de “retracto”, “revocación”, “desistimiento” o “desahucio”. No obstante, todas ellas, aunque implican la extinción del vínculo contractual y quedan cubiertas por la noción amplia de “terminación unilateral del contrato” no son equivalentes.

El retracto en general puede operar con efecto retroactivo o bien hacia el futuro, por lo que su ejercicio dará lugar a las restituciones que normativamente correspondan. El desistimiento por su parte sólo produce consecuencias prospectivas⁽⁴⁾.

Otra diferencia se reconoce en su ámbito de aplicación. En el caso del retracto es amplio, abarcando contratos tanto de ejecución instantánea, de ejecución diferida o bien de tracto sucesivo (Molina, 2006, p. 131). El desistimiento en tanto suele reservarse para los de larga duración. Adicionalmente en la mayoría de los casos no se encontrará sometido a un

plazo extintivo el cual sí es establecido para el primero⁽⁵⁾.

En directa relación con lo anterior el retracto procedería tanto respecto de contratos cuya ejecución ha principiado, como de aquellos en que tal situación no se ha verificado. El desistimiento en cambio concierne únicamente a contratos de ejecución en curso (Molina, 2006, p. 131).

Para alguna doctrina, asimismo, únicamente el primero operaría en la fase de la formación del consentimiento⁽⁶⁾. Esta cualidad, no obstante, como se verá, no se encuentra recogida en la legislación chilena de consumo, dado que opera como una excepción a la fuerza obligatoria de una convención ya perfecta.

Con todo, tanto el retracto como el desistimiento tienen el carácter de típicos en el régimen de la LPDC, aunque son disciplinados de manera diversa, tal como se verá.

3. La terminación unilateral de los contratos de consumo

Analizada la noción de la terminación unilateral del contrato, a continuación, se revisará su recepción en el Derecho de Consumo chileno. Para tal efecto se distinguirá según si ha sido establecida por el legislador o bien por el pacto.

3.1. Causales de terminación con fuente en la ley

La fuente de la facultad de terminación puede encontrarse en primer lugar en la ley. En razón de que su autor es el propio Estado, se asume no sólo la licitud de la regla, sino que también su razonabilidad.

Con todo, tal como se adelantó, la aptitud de sustraerse del contrato en nuestro sistema

(3) Al respecto, véase “Comentarios al artículo 3° bis” de Pamela Prado (2013, p. 156).

(4) Para mayor información, véase “La configuración del desistimiento del consumidor”, de Francisca Barrientos & Iñigo De la Maza (2019, p. 3) y “La terminación unilateral del contrato *ad nutum*”, de Ranfer Molina Morales (2006, p. 131).

(5) Para mayor información, véase “La configuración del desistimiento del consumidor”, de Francisca Barrientos & Iñigo De la Maza (2019, p. 3) y “El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral. Revista de Derecho Civil”, de Iris Beluche (2015, p. 87).

(6) Sobre esta temática, véase “Comentarios al artículo 3° ter”, de María Brant y Claudia Mejías (2013, pp. 185-186).



es excepcional y se instituye en aquellos casos en los cuales existe una razón poderosa que justifique permitir a una de las partes desligarse de una convención válidamente celebrada. En los estatutos tutelares que regulan vínculos jurídicos que se presumen asimétricos, la explicación de esta prerrogativa, en términos generales se encuentra en la necesidad de proteger a una parte débil (Severin, 2018, p. 312). Se trataría por lo tanto de una limitación a la fuerza obligatoria del contrato, sustentada en la existencia de inequidades en la contratación que pueden poner en riesgo la verdadera autonomía de la voluntad de las partes, por lo que tendría el carácter de intrínseca⁽⁷⁾.

Lo anterior es justamente lo que ocurre en el Derecho de Consumo, razón por la cual el legislador normalmente la confiere únicamente al consumidor y no al proveedor, desde que únicamente al primero se le reconoce una posición desventajada respecto de su contraparte. Por el mismo motivo, aunque el retiro unilateral es de ejercicio discrecional, es al mismo tiempo de orden público, razón por la cual no se lo puede renunciar de manera anticipada, bajo sanción de ineficacia.

A continuación, se revisarán los casos de retiro unilateral del contrato que tienen por fuente una norma jurídica que integra el sistema de consumo chileno.

3.1.1. El derecho a retracto

A) Concepto y fundamento del derecho a retracto en la relación de consumo

El derecho a retracto -también llamado arrepentimiento- consiste en “la potestad de extinguir un contrato (...) dentro de determinado plazo, que la ley le confiere al consumidor al darse una serie de situaciones fácticas en las que se ve expuesto a una especial vulnerabilidad” (Beltramo & Faliero, 2018, p. 218).

Álvarez Moreno lo define como “la facultad que se concede al consumidor de poner fin unilateralmente al contrato celebrado, libremente, sin necesidad de que concurra ninguna causa y sin sufrir por ello penalización alguna” (2016, p. 105).

Como se puede apreciar, esta figura cumple plenamente con los elementos del retiro unilateral ya señalados, esto es, se ejerce *ad nutum*, sin necesidad de expresar la causa⁽⁸⁾ y no requiere del consentimiento de la contraparte.

Ahora bien, en términos genéricos y, sin perjuicio del carácter tutelar de esta prerrogativa, el fundamento de su instauración en favor del destinatario de final de bienes o servicios, radica en la necesidad de otorgarle un tiempo adicional -período de reflexión o enfriamiento- para repensar una convención ya celebrada⁽⁹⁾, en consideración a su situación de presunta vulnerabilidad⁽¹⁰⁾. Lo anterior puede deberse a distintas razones, entre ellas, a que cuenta con menos información que la habitual para tomar una decisión racional de consumo o bien que ha sido sometido a una práctica comercial agresiva que lo sorprende y lo induce a contratar sin un análisis suficiente (Calderón & Márquez, 2009, p. 1; Pizarro, 2005, p. 261). Se buscaría por lo tanto garantizar el consentimiento contractual⁽¹¹⁾.

B) Casos de derecho a retracto en el sistema chileno de consumo

a) Contratos electrónicos y a distancia

La LPDC otorga en primer lugar, al consumidor el derecho a retracto respecto de contratos celebrados por medios electrónicos o aquellos en que se aceptare una oferta realizada por un medio de comunicación a distancia (artículo 3 bis letra b)⁽¹²⁾. El texto actual de la LPDC establece adicionalmente sólo dos excepciones a esta regla.

(7) De acuerdo a Accatino Scagliotti, las limitaciones a la fuerza obligatoria del contrato que tienen por objeto resguardar la autonomía de la voluntad en situaciones de inequidades y desigualdades en la contratación, tienen el carácter de intrínsecas (2015, p. 51).

(8) Al respecto, véase “La protección jurídica del consumidor en la contratación en general”, de María Álvarez (2015, pp. 65-66); “Contratos a distancia y fuera de establecimiento”, de María Álvarez (2016, p. 105); “La contratación con consumidores”, de Silvia Díaz (2016, p. 25) y “Obligaciones, contratos y protección del consumidor en el Derecho de la Unión Europea y los Estados Miembros”, de Martín Ebers (2012, p. 98).

(9) Para mayor información, véase “El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: ‘El derecho de retracto’”, de Carlos Pizarro (2005, p. 256) y “El arrepentimiento en el derecho del consumo”, de Maximiliano Calderón & José Fernando Márquez (2009, p. 1).

(10) Para mayor información, véase “El consumidor electrónico como consumidor hipervulnerable”, de Andrés Beltramo & Johanna Faliero (2018, p. 218) y “El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: ‘El derecho de retracto’”, de Carlos Pizarro (2005, p. 256).

(11) Al respecto, véase “Contratos a distancia y fuera de establecimiento”, de María Álvarez (2016, p. 105); “La contratación con consumidores”, de Silvia Díaz (2016, p. 25).

(12) Artículo. 3 bis letra b inc. 1 LPDCCH: “En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquiera otra forma de comunicación a distancia”.



La primera dice relación con la facultad del proveedor de suprimir el derecho a desistirse de un servicio contratado, pero siempre que lo informe al consumidor con anterioridad a la celebración del contrato y al pago del precio (artículo 3 bis letra b inc. 2)⁽¹³⁾.

En segundo lugar, decae este derecho cuando el objeto del contrato recae sobre bienes “que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez, o hubiesen sido confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor, o se trate de bienes de uso personal” (artículo 3 bis letra b inc. 3 LPDCCH)⁽¹⁴⁾.

Por otra parte, de manera adicional, se concede también la facultad de retractarse a aquel consumidor que ha celebrado una compraventa presencial, pero sin haber tenido acceso previo y directo al bien (artículo 3 bis letra c inc. 1 LPDCCH)⁽¹⁵⁾. En esta ocasión se omite una referencia a exclusiones por lo que cabría preguntarse su alcance también a este supuesto, al menos la que se refiere al catálogo de bienes del artículo 3 bis letra b inc. 3 LPDCCH, ya mencionado.

Ahora bien, el fundamento de la instauración normativa del derecho a desistimiento en esta ocasión radica en el resguardo de las expectativas que razonablemente se hubiere formado el consumidor respecto de la prestación, de acuerdo con la información que precontractualmente se le otorgó. En efecto, en los contratos a distancia no suele presentarse la posibilidad de que verifique las verdaderas cualidades del bien⁽¹⁶⁾.

La incorporación de este derecho por lo tanto persigue “tratar de neutralizar y hacer ilusoria la ventaja que obtiene el empresario por el factor distancia, reconduciendo el contrato celebrado a distancia a la situación típica del contrato concluido entre presentes” (Miranda, 2012, p. 162.). Similar reflexión procede respecto de las compraventas presenciales en que no se ha tenido la posibilidad de inspeccionar el producto antes de su celebración.

De lo anterior se desprende que, en este grupo de casos, la *ratio legis* radica en la prevención del dolo y el error como vicios el consentimiento.

b) Contratos celebrados en reuniones convocadas para tal efecto

Un segundo supuesto reconocido por la LPDC dice relación con los contratos celebrados en reuniones convocadas por el proveedor para ofrecer una prestación, y en las que se exija al consumidor expresar su aceptación dentro del mismo día de la reunión (artículo 3 bis letra a inc. 1 LPDCCH)⁽¹⁷⁾.

La instauración del derecho a retracto en esta ocasión radica en la intención del legislador de asegurar que el consentimiento del consumidor en orden a celebrar un contrato sea libre, espontáneo y exento de fuerza, previniendo la posibilidad de que en las concertaciones en las cuales se formula la oferta pueda recurrirse a prácticas agresivas que imposibiliten o dificulten una decisión reflexiva y consciente⁽¹⁸⁾. Tal como señala Pizarro Wilson, “En estas ventas el consumidor se ve expuesto a técnicas de comercialización agresivas en las cuales es usual que el consentimiento sea obtenido mediante presiones indebidas que impiden la debida reflexión” (2005, p. 261).

Así también lo justifica Prado López:

Esta es una típica hipótesis de contrato que se celebra fuera del establecimiento comercial, (...) por lo que el consumidor no lo ha suscrito con la debida detención; primero, porque corrientemente en estas reuniones el consumidor es verdaderamente seducido por el proveedor por medio de lisonjas de la más variada índole y, generalmente, sin proporcionar la debida información sobre los efectos del contrato y los alcances económicos del mismo; y, segundo, porque en estos casos la aceptación ha sido prestada por el consumidor el mismo día de la reunión (2013, p. 159).

(13) Artículo 3 bis letra b inc. 2 LPDCCH: “Sólo en el caso de la contratación de servicios, el proveedor podrá disponer lo contrario, y deberá informar al consumidor sobre dicha exclusión, de manera inequívoca, destacada y fácilmente accesible, en forma previa a la suscripción del contrato y pago del precio del servicio”.

(14) Artículo 3 bis letra b inc. 3 LPDCCH: “En los bienes o productos, excepcionalmente, no podrá ejercerse este derecho en el caso de bienes que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez, o hubiesen sido confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor, o se trate de bienes de uso personal”.

(15) Artículo 3 bis letra c inc. 1 LPDCCH: “En las compras presenciales en que el consumidor no tuvo acceso directo al bien”.

(16) Al respecto, véase “Obligaciones, contratos y protección del consumidor en el Derecho de la Unión Europea y los Estados Miembros”, de Martín Ebers (2012, p. 101) y “O direito de arrependimento nos contratos eletrônicos de consumo. Um estudo de direito comparado luso-brasileiro”, de João Leite (2018, p. 224).

(17) Artículo 3 bis letra a inc. 1 LPDCCH: “a) En la compra de bienes y contratación de servicios realizadas en reuniones convocadas o concertadas con dicho objetivo por el proveedor, en que el consumidor deba expresar su aceptación dentro del mismo día de la reunión”.

(18) Para mayor información, véase “El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: ‘El derecho de retracto’”, de Carlos Pizarro (2005, p. 261) y “Comentarios al artículo 3° bis” de Pamela Prado (2013, p. 158).



Pinochet Olave en el mismo sentido, expresa que el tiempo de enfriamiento en este caso puede permitir al consumidor analizar si verdaderamente necesita de la prestación que ha contratado, quizá compulsivamente (2013, p. 175).

c) Contratos de educación superior

También se otorga el derecho a retiro unilateral a aquel consumidor de servicios educacionales de nivel superior, proporcionados por centros de formación técnica, institutos profesionales y universidades (artículo 3 ter LPDCCH)⁽¹⁹⁾.

No obstante, dicha prerrogativa se encuentra sometida a ciertos presupuestos, a saber: ser alumno de primer año de una carrera o programa de pregrado (artículo 3 ter inc. 2 LPDC) y haber acreditado ante la institución respecto de la cual ejerce el derecho, encontrarse matriculado en otra entidad de educación superior (artículo 3 ter inc. 2 LPDC).

Esta disposición, constituyó una respuesta a una práctica predatoria por la cual se conminaba a un individuo a estudiar en algunas instituciones, impidiéndoles el retiro unilateral. En concreto, la situación era la siguiente: la postulación a las carreras de educación superior dictadas por ciertas universidades -pertenecientes al Consejo de Rectores-, se realizaba de manera centralizada, publicándose los resultados también de manera unitaria una vez al año (usualmente en enero). Las instituciones que adscribían a tal grupo eran a las que en general se les reconocía un mayor prestigio, por lo que la mayoría de los estudiantes intentaba quedar seleccionado en ellas.

En tal escenario, algunas universidades que no formaban parte del sistema descrito temieron que los postulantes las tuviesen como opción subsidiaria, esto es, únicamente para el caso de que no quedasen admitidos en las otras instituciones que sí adherían al mecanismo centralizado. Por tal razón, adelantaron sus propios plazos de postulación, a una fecha anterior a la publicación de los resultados de la selección del Consejo de Rectores, contando con que quienes temiesen no quedar en una universidad de dicho grupo, se inscribiesen igualmente en la privada para no perder un año de estudio. En dicha ocasión además se les exigía el pago total del arancel anual, o bien su documentación mediante instrumentos comerciales. Con posterioridad, si efectivamente el estudiante era admitido en la universidad del Consejo de Rectores, e intentaba retirarse de la privada le indicaban que no le devolverían el dinero pagado o garantizado. Frente a tal

escenario el estudiante se veía en la incómoda situación de estudiar en una institución por la cual no habría optado de haber sabido que iba a poder ingresar a otra -su verdadera "primera opción"- o bien perder el dinero pagado por el arancel anual, que no era poco.

El legislador reaccionó frente a esta conducta, introduciendo en la LPDC (Ley 19.955, 2004) esta nueva causal de derecho de retracto, cuyo plazo de ejercicio de 10 días comienza a correr precisamente con la publicación de los primeros resultados a la postulación a las universidades pertenecientes al Consejo de Rectores (artículo 3 ter inc. 1 LPDC).

Un primer fundamento de este derecho de retracto se encuentra en la falta de disponibilidad por parte del consumidor de la información relevante para la toma de una decisión óptima, consistente en concreto en los resultados del proceso de selección universitaria⁽²⁰⁾.

Por otra parte, la *ratio legis* consistió en otorgar libertad a quien podía verse forzado a cursar un programa, en un contexto en el cual, el estudio de una carrera constituye una de las decisiones más importantes de la vida de un individuo. Como señala Frustagli, en ocasiones -como ésta- el contrato de consumo satisface intereses que se vinculan con derechos fundamentales, por lo que ha de cuidarse incluso su constitucionalidad (2023, p. 188).

En ese sentido, la justificación de la concesión de la facultad de terminación unilateral radica también en la prevención de la fuerza como vicio del consentimiento.

d) Contratos financieros

En ciertas ocasiones se concede un derecho a retracto en los contratos financieros, con sustento en variados factores. Caprile Biermann explica en general que tendría por finalidad evitar que el consumidor quede prisionero

(19) Artículo 3 ter inc. 1 LPDCCH: "En el caso de prestaciones de servicios educacionales de nivel superior, proporcionadas por centros de formación técnica, institutos profesionales y universidades, se faculta al alumno o a quien efectúe el pago en su representación para que, dentro del plazo de diez días contados desde aquel en que se complete la primera publicación de los resultados de las postulaciones a las universidades pertenecientes al Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, deje sin efecto el contrato con la respectiva institución, sin pago alguno por los servicios educacionales no prestados".

(20) Al respecto, véase "Comentarios al artículo 3° ter", de María Brant y Claudia Mejías (2013, p. 188).



del proveedor (2011, p. 276). No obstante, la justificación es también más amplia.

Así, en primer lugar, el retiro perseguiría nuevamente resguardar las expectativas del consumidor en torno a la prestación, en el sentido de que respecto de ella es posible que se incremente la asimetría informativa que suele presentarse en una relación de consumo. Lo anterior se debería a que la complejidad del contrato⁽²¹⁾ y el carácter incorporal de la prestación⁽²²⁾, dificultarían su entendimiento. Así, por ejemplo, se ha reconocido al seguro de responsabilidad civil el carácter de “producto de confianza” (*credence goods*)⁽²³⁾, en el sentido de sólo es posible verificar su verdadera aptitud, una vez que debe ser utilizados, por lo que, al momento de contratarlo, al asegurado no le queda más opción que confiar que, llegado el momento, cumplirá su función (Isler, 2018, p. 60).

Por otra parte, explica Ebers, que el propio objeto de un contrato de seguro dice relación con el cuidado de la persona y su familia, y cuya envergadura justificaría el arrepentimiento del tomador, quien eventualmente podría preferir otro oferente (2012, p. 100).

Con todo, en Chile, el legislador efectivamente faculta al contratante de seguros celebrados a distancia para retractarse de él, en el plazo de 10 días contados desde la recepción de la póliza (artículo 538 inc. 1 C.Co.)⁽²⁴⁾, el cual no obstante no podrá ser ejercido si ya se hubiere verificado un siniestro o si los efectos de la convención terminan antes del término señalado (artículo 538 inc. 2 C.Co.)⁽²⁵⁾. Este supuesto normativo, además de la justificación señalada, descansaría en aquella otra que fundamenta el retracto en los contratos celebrados a distancia o de manera telemática.

C. ¿Es un caso de terminación unilateral del contrato?

Revisados los casos de derecho a retracto reconocidos por el ordenamiento jurídico chileno, a continuación, se analizará si efectivamente pueden ser calificados de terminación unilateral

del contrato, lo que se realizará sobre la base de dos elementos: su procedencia respecto de un contrato ya celebrado y la discrecionalidad de su ejercicio.

a) El derecho a retracto opera una vez que el contrato ya se ha celebrado

La terminación unilateral del contrato opera, como su nombre lo indica, respecto de contratos ya celebrados. Dicho elemento se presenta en el retracto reconocido en la LPDC⁽²⁶⁾ y, como tal, constituye una excepción a la fuerza obligatoria del contrato⁽²⁷⁾.

De lo anterior da cuenta la propia redacción de las disposiciones que disciplinan esta potestad. El encabezado del artículo 3 bis LPDCCH es claro en ese sentido. En efecto, antes de enunciar el catálogo de casos que activan el desistimiento, expresa: “El consumidor podrá poner término unilateralmente al contrato, sin expresión de causa”. Similar nomenclatura se reconoce en la letra b de la misma disposición, en el sentido de que señala la forma conforme a la cual se puede “poner término unilateralmente al contrato de conformidad con este artículo (...)” (artículo 3 bis letra b inc. 5 LPDC), cuando hubiere sido celebrado de manera electrónica o a distancia.

Aunque con una terminología diversa, el artículo 3 ter también insinuaría similar ineficacia, desde que “faculta al alumno o a quien efectúe el pago en su representación para que, (...) deje sin efecto el contrato” (artículo 3 ter inc. 1 LPDC)⁽²⁸⁾, lo que evidencia que el legislador

(21) Así lo explica Rixecker respecto del Seguro (Rixecker, 2013, p. 104).

(22) “Obligaciones, contratos y protección del consumidor en el Derecho de la Unión Europea y los Estados Miembros”, de Martín Ebers (2012, p. 101).

(23) Los productos se clasifican en de inspección, de experimentación y de confianza, según el momento en el cual el adquirente puede verificar su verdadera aptitud. Akerlof (1970, pp. 488-500) postuló esta distinción a partir del mercado de autos usados y de seguros contratados por mayores de 65 años. Al respecto, véase también Barcia, 1998, pp. 170 y siguientes.

(24) Artículo 538 inc. 1 CCo, Chile: “Retracto de un contrato de seguro celebrado a distancia. En los contratos de seguro celebrados a distancia, el contratante o asegurado tendrá la facultad de retractarse dentro del plazo de diez días, contado desde que reciba la póliza, sin expresión de causa ni cargo alguno, teniendo el derecho a la devolución de la prima que hubiere pagado”.

(25) Artículo 538 inc. 2 CCo: “Este derecho no podrá ser ejercido si se hubiere verificado un siniestro, ni en el caso de los contratos de seguro cuyos efectos terminen antes del plazo señalado en el inciso precedente”.

(26) Para mayor información sobre que el ejercicio del retracto procede de un contrato ya celebrado, véase “Comentarios al artículo 3° ter”, de María Brantt y Claudia Mejías (2013, p. 186); “El derecho de retracto en los contratos de consumo”, de Rodrigo Momberg (2006, p. 305) y “El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: ‘El derecho de retracto’”, de Carlos Pizarro (2005, p. 260).

(27) Al respecto, véase “El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: ‘El derecho de retracto’”, de Carlos Pizarro (2005, p. 259)

(28) Artículo 3 ter inc. 1 LPDCCH: “En el caso de prestaciones de servicios educacionales de nivel superior, proporcionadas por centros de formación técnica, institutos profesionales y universidades, se faculta al alumno o a quien efectúe el pago en su representación



asumía que la convención ya se encontraba perfecta cuando se ejerciera el derecho.

Si bien el artículo 538 C.Co. ya mencionado se ubica en un *corpus* externo a la LPDC, resulta también pertinente destacar que su propio enunciado señala que el retracto procede respecto de “contrato de seguro celebrado a distancia” (inc. 1), esto es, ya perfeccionado y produciendo efectos.

A consecuencia de lo anterior, esta forma de terminación unilateral opera en el ordenamiento jurídico chileno, no en la fase de formación del consentimiento, sino que una vez que ya se encuentra perfeccionado.

b) La discrecionalidad del ejercicio del derecho a retracto

El retiro unilateral procede *ad nutum*, siendo su ejercicio discrecional para su titular, sin que tenga la carga de indicar la causa que lo motiva.

El derecho de retracto reconocido en la LPDC comparte tal característica⁽²⁹⁾, al menos en los casos mencionados en el artículo 3 bis, esto es, los contratos electrónicos, celebrados a distancia, presenciales, pero en que el consumidor no tuvo acceso a la prestación de manera precontractual, y los celebrados en reuniones convocadas especialmente. Lo anterior se desprende no sólo de la ausencia de una exigencia de motivación, sino que por, sobre todo, de que el encabezado de dicha disposición prescribe que el consumidor podrá poner término al contrato en los supuestos que le siguen “sin expresión de causa” (artículo 3 bis inc. 1 LPDC).

Similar redacción utilizó el legislador mercantil, toda vez que, al consagrar el retracto de los contratos de seguro celebrados a distancia, señala que dicha facultad procede “sin expresión de causa ni cargo alguno” (artículo 538 inc. 1 C.Co.).

A consecuencia de lo anterior, el consumidor -o asegurado- al momento de ejercerlo nada tiene que explicar al proveedor, bastando con que le notifique acerca de su decisión dentro de plazo para que se activen los efectos derivados de esta prerrogativa.

En el régimen de la LPDC en concreto, el carácter potestativo del derecho a retracto lo distancia de la garantía legal (artículos 19-22 LPDC), la cual sólo procede frente al incumplimiento del proveedor en torno a la conformidad de la prestación, y que se traduce en la configuración de alguna de las causales mencionadas en los artículos 19 y 20 LPDC. Este segundo remedio, por lo tanto, no puede ser reclamado por el

simple “gusto” o “a voluntad” del comprador, sino que únicamente cuando el producto sea inapto o no conforme, requisito que no se contempla para el retracto.

Un matiz se introduce en la causal establecida para los estudiantes de primer año de carreras de educación superior, toda vez que su procedencia exige que se acredite ante el proveedor respecto del cual se ejerce el retracto, que se encuentra matriculado en otra institución (artículo 3 ter inc. 2 LPDC). En esta ocasión no basta con la intención de retirarse de un contrato válidamente celebrado, sino que además se requiere que ello se deba a que el usuario tiene la posibilidad de cursar otro programa que se ajusta más a sus intereses. Lo anterior es coherente con la intención del legislador en orden a proteger a quien podría verse conminado a cursar un estudio que no le interesa y por el cual se ha decantado únicamente por temer carecer de otra opción. No tiene por objeto por lo tanto conceder una potestad de arrepentimiento a todo evento, por cuanto ello podría terminar perjudicando al sistema educacional, cuya sostenibilidad también depende de la cantidad de matriculados. En ese sentido, la disciplina del retracto persigue tutelar primariamente el interés del sujeto débil del vínculo consumeril, pero sin olvidar el de la institución, cuya pervivencia y sostenibilidad normalmente también es relevante para la sociedad.

D. Efectos del retracto reconocido en la LPDC

De lo anterior se puede desprender que el retracto contemplado en los artículos 3 bis y 3 ter LPDC efectivamente corresponde a un supuesto de terminación unilateral del contrato⁽³⁰⁾, atendido a que opera una vez que la convención se encuentra perfecta y a que puede ejercerse de manera potestativa por el consumidor. No obstante, se debe recordar que la libertad del beneficiado se

para que, dentro del plazo de diez días contados desde aquel en que se complete la primera publicación de los resultados de las postulaciones a las universidades pertenecientes al Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, deje sin efecto el contrato con la respectiva institución, sin pago alguno por los servicios educacionales no prestados”.

(29) Para mayor información, véase “Comentarios al artículo 3° bis”, de Ruperto Pinochet (2013, p. 172) y “Comentarios al artículo 3° bis” de Pamela Prado (2013, p. 163).

(30) Al respecto, véase “Comentarios al artículo 3° ter”, de María Brantt y Claudia Mejías (2013, p. 184).



ve limitada en el caso de los contratos educacionales, puesto que en esta situación se exige de la concurrencia de una razón importante para el retiro, cual es, la circunstancia de encontrarse matriculado en una institución diversa.

Con todo, se trata de una figura que se distingue del desistimiento, atendido en primer lugar, a que procede tanto respecto de contratos en ejecución, como de aquellos en que el cumplimiento aún no principia. La LPDC, no obstante, es escueta al momento de regular los efectos en uno y otro caso, por lo que su disciplina habrá de ser integrada por los principios y reglas generales. Así, la retractación de un contrato con ejecución pendiente tendrá un efecto extintivo, por lo que perderán vigencia las obligaciones que aún no se hubiesen cumplido.

En el supuesto contrario, operará con efecto retroactivo, por lo que el proveedor se encontrará obligado a la devolución de todos aquellos montos que el consumidor hubiere pagado en razón del vínculo que desea dejar sin efecto. Únicamente en el caso de los contratos de educación superior, se lo faculta para retener por concepto de costos de administración, un monto de la matrícula que no exceda del 1% del valor anual del arancel del programa o carrera (artículo 3 bis inc. 4 LPDC).

Adicionalmente se prohíbe a la institución retener dineros pagados o documentos de pago o crédito en respaldo del período académico respectivo, debiendo devolverlos dentro del plazo de 10 días desde la notificación (artículo 3 ter inc. 3). Por otra parte, quedarán revocados por el solo ministerio de la ley, mandatos generales para cobros futuros que eventualmente se hubieren suscrito, desde la fecha de la renuncia por parte del alumno (artículo 3 ter inc. 3 LPDC).

Cabe recordar, no obstante, que el derecho a retracto no puede reclamarse respecto de servicios ya prestados (artículo 3 bis inc. 1 LPDC).

Finalmente se distingue esta figura del retiro de contratos de duración indefinida, en que su ejercicio se encuentra sometido a un plazo de caducidad⁽³¹⁾ de, por regla general 10 días, contados desde un momento jurídicamente relevante, a saber: la recepción del producto o la contratación del servicio (artículo 3 bis LPDC) o la publicación de los primeros resultados a la postulación a las universidades del Consejo de Rectores (3 ter LPDC), según el caso.

3.2.2. El derecho a desistimiento

A) Concepto y fundamento

Explica Molina Morales que el desistimiento

Es un acto jurídico unilateral, recepticio, potestativo y liberatorio, resultado de una voluntad que, autorizada por la ley o por el contrato, pone fin hacia el futuro una relación contractual, sin necesidad de acudir al juez ni de alegar justa causa, normalmente sin la obligación de pagar contraprestación alguna, pero generalmente con la obligación de respetar un plazo de preaviso (2006, p. 131)⁽³²⁾.

El concepto anteriormente descrito también puede ser aplicado al retiro que procede en el Derecho de Consumo. No obstante, ha de prevenirse que, en este ámbito, el deber de respetar un determinado plazo no siempre se aplica, desde que la imposición de barreras de salida puede, en ciertas ocasiones, ser considerada abusiva, tal como se verá.

Con todo, se trata de una potestad que se ejerce también *ad nutum*⁽³³⁾, confiriendo así un derecho potestativo al consumidor. Opera asimismo respecto de un contrato válidamente celebrado, por lo que no opera en la fase precontractual.

De acuerdo con lo anterior, el desistimiento efectivamente corresponde a un supuesto de terminación unilateral. Aunque, a diferencia del retracto, suele producir efectos hacia el futuro y se ejerce respecto de contratos de larga duración.

Ahora bien, el fundamento del establecimiento de esta prerrogativa en el Derecho Común radica en el repudio a las vinculaciones perpetuas⁽³⁴⁾, por considerárselas atentatorias contra la libertad contractual, la circulación de la riqueza y la certeza jurídica.

No obstante, en el campo del Derecho de Consumo se agrega una justificación

(31) Al respecto, véase "Comentarios al artículo 3° bis" de Pamela Prado (2013, p. 163).

(32) En todo caso el autor lo llama terminación unilateral.

(33) Al respecto, véase "El desistimiento del cliente en los contratos de servicio: un derecho ad nutum. Bases normativas en el Código Civil chileno", de Gonzalo Severin (2017, p. 377).

(34) Para mayor información, véase "La configuración del desistimiento del consumidor", de Francisca Barrientos & Iñigo De la Maza (2019, p. 5) y "El derecho al desistimiento unilateral del cliente en la regulación de los contratos de servicio del Código Civil chileno, con especial referencia al artículo 1999", de Gonzalo Severin (2018, p. 311).



adicional, cual es, la posición de vulnerabilidad en la cual se sitúa el consumidor en tanto sujeto débil del vínculo jurídico. Por tal razón es únicamente a él a quien se lo concede imperativamente. En efecto, aun cuando el proveedor se encontrare vinculado de manera indefinida, en esta ocasión se le niega una facultad que el régimen general sí le conferiría.

B) El derecho a desistimiento en el sistema chileno de consumo
La LPDC regula de manera fragmentada el derecho a desistimiento del consumidor, el cual es reconocido de manera expresa únicamente a propósito de ciertas instituciones.

Un antecedente lo encontramos en el deber del proveedor de informar al momento de la celebración de un contrato por adhesión “los mecanismos y condiciones para que el consumidor pueda darle término” (artículo 17 A inc. 3 LPDC). Incluso se le prohíbe condicionar el término del contrato al pago de montos adeudados o restituciones de bienes (artículo 17 A inc. 3 LPDC), entendiéndose por no escrito cualquier pacto en contrario⁽³⁵⁾.

Se incrementa el estándar de protección respecto de los servicios financieros, toda vez que se consagra el derecho del consumidor a ponerles término anticipado “por su sola voluntad” (artículo 17 D inc. 8 LPDC), siempre que extinga totalmente las obligaciones con el proveedor asociadas a ellos, incluido el costo por término o pago anticipado determinado en el contrato de adhesión (artículo 17 D inc. 8 LPDC). Adicionalmente podrá solicitar “sin expresión de causa, el bloqueo permanente de las tarjetas de pago”, a contar de lo cual se encontrará impedido de cobrar los costos de administración, operación y/o mantención (artículo 17 D inc. 8 LPDC)⁽³⁶⁾.

La LPDC prohíbe también al proveedor retrasar el término de un contrato de crédito, su pago anticipado o cualquier otra gestión que tenga por objeto poner fin a la relación contractual,

considerándose retraso a cualquier demora mayor a 10 días hábiles contados desde la extinción total de las obligaciones con el proveedor asociadas al servicio específico que se desea terminar (artículo 17 inc. 9 LPDC)⁽³⁷⁾.

Ahora bien, ¿significa lo anterior, que el desistimiento sólo rige en las situaciones descritas? La respuesta es negativa.

En efecto, la aversión por los ligámenes perpetuos ha llevado a la literatura a entender incorporada la facultad de desistimiento a los contratos de duración indefinida, aunque no cuente una fuente típica particular de orden convencional o legal (Álvarez, 2020, p. 154; Barrientos y De la Maza, 2019, p. 6)⁽³⁸⁾. Lo anterior también se aplica a la relación de consumo, por lo que en principio las convenciones en las cuales intervenga un consumidor y un proveedor también habrían de conferir a las partes la potestad de desligarse de ellas, si son de larga duración. No obstante, a dicha premisa cabe realizar una prevención relativa a los sujetos beneficiados con la figura en análisis.

En efecto, por el carácter pro-parte del estatuto regulador de la relación de consumo, como se indicó, únicamente el consumidor es el beneficiado con la potestad de retiro. A él tampoco podrían imponerse, por regla general, barreras de salida respecto de una convención de temporalidad extensa, tales

(35) Artículo 17 A inc. 3 LPDC: “En el momento de la celebración del contrato, deberán informar los mecanismos y condiciones para que el consumidor pueda darle término. Los proveedores no podrán condicionar el término del contrato al pago de montos adeudados o a restituciones de bienes y, en ningún caso, establecer condiciones más gravosas que aquellas exigidas para su celebración. Todo pacto en contrario se tendrá por no escrito. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso octavo del artículo 17 D sobre productos o servicios financieros, en relación con el monto que se debe pagar para poner término anticipado al contrato”.

(36) Artículo 17 D inc. 8 LPDC: “Los consumidores tendrán derecho a poner término anticipado a uno o más servicios financieros por su sola voluntad y siempre que extingan totalmente las obligaciones con el proveedor asociadas al o los servicios específicos que el consumidor decide terminar, incluido el costo por término o pago anticipado determinado en el contrato de adhesión. Sin perjuicio de lo anterior, los consumidores podrán solicitar, sin expresión de causa, el bloqueo permanente de las tarjetas de pago a las que se refiere el artículo 1 de la ley N° 20.009, mediante aviso a través de los canales o servicios de comunicaciones establecidos en el artículo 2 de la referida ley. A contar del bloqueo permanente, el proveedor no podrá cobrar los costos de administración, operación y/o mantención”.

(37) Artículo 17 D inc. 9, primera parte: “Los proveedores de créditos no podrán retrasar el término de contratos de crédito, su pago anticipado o cualquier otra gestión solicitada por el consumidor que tenga por objeto poner fin a la relación contractual entre éste y la entidad que provee dichos créditos. Se considerará retraso cualquier demora superior a diez días hábiles una vez extinguidas totalmente las obligaciones con el proveedor asociadas al o los servicios específicos que el consumidor decide terminar, incluido el costo por término o pago anticipado determinado en el contrato de adhesión. (...)”.

(38) Sobre una idea similar en España, véase “El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral. Revista de Derecho Civil”, de Iris Beluche (2015, p. 84); “El Art. 1.563 del Código Civil y los límites temporales del contrato discográfica”, de Ignacio Garrote (2009, pp. 67-68) y “La terminación unilateral del contrato ad nutum”, de Ranfer Molina Morales (2006, p. 137).



como telefonía, internet, servicios básicos, rescates médicos, etc.

El proveedor, por el contrario, tiene su autonomía de la voluntad fuertemente restringida mediante la imposición de un estatuto tutelar, de orden público y normalmente indisponible, sin que pueda restarse de un contrato válidamente celebrado sin una justificación poderosa. En ocasiones incluso un eventual retiro *ad nutum* podría atentar gravemente en contra de la integridad de la persona consumidora y/o su familia, tal como ocurriría con los servicios médicos de urgencia domiciliaria.

3.3. Causales de terminación con fuente en la convención

La facultad de terminación unilateral puede tener también por fuente una convención⁽³⁹⁾. En concreto se la incorpora al vínculo jurídico mediante cláusulas de terminación unilateral (de salida o de retracto), definidas por Álvarez Werth como “estipulaciones contractuales que otorgan a una o a ambas partes el derecho a poner término al contrato sin necesidad invocar o probar causa alguna, más allá de la voluntad de querer que la relación contractual se extinga” (2020, p. 149).

3.3.1. Facultad concedida únicamente al proveedor

Al ocupar el proveedor el lugar de fáctico privilegio respecto del consumidor en la relación de consumo no existe justificación para que se le conceda legalmente el derecho a retracto, ni siquiera en invocación de los fundamentos sobre los cuales se lo sustenta en el Derecho Común. Teóricamente, por lo tanto, la única posibilidad de que ostente tal prerrogativa sería que la convención se la otorgue. No obstante, resultaría procedente en la medida de que fuera lícita, lo cual en el Derecho de Consumo es muy discutible.

La disciplina del contrato por adhesión conduciría una solución muy distinta, cual es, considerar que una cláusula de retiro unilateral establecida en favor único del proveedor sería abusiva, y como tal, nula. A continuación, se revisarán sus fundamentos.

A) El artículo 16 letra a LPDC

Una primera causal aplicable a la generalidad de los contratos por adhesión la encontramos en el artículo 16 letra a LPDC, la cual considera abusivas a aquellas cláusulas que:

Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio

de las excepciones que las leyes contemplen (artículo 16 letra a LPDC).

La justificación de lo anterior se encontraría en que cualquiera de las potestades mencionadas en el artículo 16 letra a LPDC permitiría poner los riesgos del contrato en el consumidor, dejándolo en la incerteza acerca de si el proveedor cumplirá o no con sus obligaciones, así como de los beneficios y expectativas que se había formado con anterioridad o al momento de consentir en el contrato de consumo (Pizarro y Petit, 2013, p. 306). Por tal razón explican Tapia y Valdivia, que conllevan riesgo intrínseco (2002, p. 93), para quien se desea proteger.

Ahora bien, dos de las potestades enunciadas por la norma ciertamente se refieren a la terminación unilateral⁽⁴⁰⁾: la de “dejar sin efecto” el contrato y la de “suspender unilateralmente su ejecución”.

a) La facultad de “dejar sin efecto” el contrato

La expresión “dejar sin efecto” no se encontraba en el texto original del proyecto de ley de devino en LPDC. En efecto en aquel entonces la norma aludía a la resolución del contrato⁽⁴¹⁾ ejercida al “solo arbitrio”. El reemplazo de la redacción resulta pertinente por cuanto amplía las causales de pérdida de eficacia de la convención que podrían enmarcarse dentro de la abusividad. Así explican Tapia Rodríguez y Valdivia Olivares:

[La] forma de terminación a que alude es usualmente la resolución por voluntad de uno de los contratantes, aunque, (...) también se extiende a otros supuestos, como la ‘terminación’ del contrato de tracto sucesivo (especialmente en este último contrato las expectativas del adherente le harán confiar en su permanencia en el tiempo) (2002, p. 96).

Con todo, en su terminología actual, la primera de las conductas mencionadas en el artículo 16 letra a se refiere al término o desistimiento unilateral del contrato sin expresión de causa⁽⁴²⁾, aunque su alcance es dudoso.

(39) Acerca de las cláusulas de terminación unilateral del contrato en el Derecho Común, véase “Cláusulas de terminación unilateral sin expresión de causa. Un intento de caracterización desde el Derecho Civil”, de Francisco Álvarez (2020, pp. 147-191).

(40) El artículo 16 letra a LPDC se refiere a la renuncia o desistimiento unilateral (Caprile, 2011, p. 273).

(41) Proyecto de Ley ingresado por el ejecutivo con fecha 21 de agosto de 1991, Historia de la Ley 19.496, p. 10: artículo 10 letra a: “Otorguen a una de las partes la facultad de resolver a su solo arbitrio el contrato, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio o por muestrario”.

(42) Al respecto, véase “Comentarios del artículo 16 f)”, de Carlos Pizarro & Jean Petit (2013, p. 306).



En efecto, la redacción utilizada en la tipificación de la causal no deja claro si la voz “a su solo arbitrio” se refiere únicamente a la conducta que inmediatamente la antecede -“modificar”- o también a la que precede a ésta - “dejar sin efecto”-. Lo anterior resulta relevante, puesto que si se estima que la abusividad procederá únicamente en la medida de que la facultad se conceda al “arbitrio” de una de las partes, no alcanzará a aquellas cláusulas que habiliten al proveedor para desligarse del contrato cuando invoque razones atendibles que lo justifique. Es más, incluso podría discutirse si la voz “a su solo arbitrio” se refiere a “arbitrariamente”, esto es, contrario a la razón o bien a su “sola voluntad”, esto es, como sinónimo de unilateral.

Caprile Biermann es de la primera opinión⁽⁴³⁾:

Si el desistimiento tiene una justificación o responde a una contraprestación puede ser lícito, aun en perjuicio del consumidor. La cláusula abusiva no es aquella que se limita a otorgar la potestad de desistimiento, sino un desistimiento arbitrario. En el mismo sentido puede invocarse la definición general de cláusula abusiva del artículo 16 g) Ley 19.496” (2011, p. 274).

Nuestros tribunales por su parte han tenido la oportunidad de conocer conductas que implican el ejercicio de cláusulas de este tipo.

Un primer ejemplo lo encontramos en la causa Moraga con Clínica Móvil de Emergencia (2005), originada en la acción interpuesta por una consumidora que había contratado un servicio de rescate para la atención de su cónyuge hemipléjico, el cual fue suspendido unilateralmente por la empresa proveedora, luego de ser requerida en tres o cuatro oportunidades. En esta ocasión el tribunal rechazó la defensa sustentada en el ejercicio de una potestad de origen convencional -una cláusula expresaba “CME se reserva el derecho de poner término en cualquier momento, y sin expresión de causa a este contrato”- declarando la nulidad de la estipulación por considerarla abusiva (artículo 16 letra a), y sancionando a la denunciada con una multa de 10 UTM.

Este caso podría llevar a cuestionarnos si pudiera un proveedor invocar como justificación válida del retiro del contrato, una disminución de la ganancia económica que esperaba obtener con su contratación. Es evidente que la utilización del servicio por parte de la consumidora implicaría un mayor gasto para el oferente que si aquél no se utiliza o se utiliza en menor medida.

Con todo, en relación al supuesto planteado, cabe señalar que, aunque no puede esperarse un ánimo de beneficencia por parte del proveedor, menos aún cabría esperárselo del consumidor, quien contrata los servicios con el propósito práctico de tener la tranquilidad de que, en caso de necesidad médica, tendrá la asistencia correspondiente.

No parece justo por lo tanto que el proveedor se atribuya la potestad de retirarse, justamente si el contrato produce los efectos esperados y representados. El precio, en este sentido, debería tener incorporado el riesgo de uso, sin que el proveedor pueda pretender que la relación jurídica se mantenga únicamente mientras reciba el pago, sin necesidad de concurrir a un rescate. Por otra parte, aunque el contrato fuese aleatorio, tampoco resultaría pertinente aceptar que el *alea* sólo es procedente en la medida de que la incertidumbre de ganancia o pérdida se radique en el consumidor, pero poco razonable si se sitúa en el proveedor.

En Sernac y Pérez con Almacenes Paris (2003), en tanto el 2 JPL de La Florida confirmado por la C. Ap. de Santiago acogió también la denuncia interpuesta por el Servicio Nacional del Consumidor por la terminación unilateral de un seguro de cesantía -denominado “Sueldo Seguro”-, luego del cuarto mes de haberse contratado, declarando la responsabilidad infraccional y civil del proveedor.

b) La facultad de suspender unilateralmente la ejecución del contrato

La segunda tipología de abusividad se refiere a la suspensión unilateral del contrato (artículo 16 letra a LPDC). Ella podría referirse al “desahucio” de un contrato de larga duración, constituyendo efectivamente un supuesto de retiro unilateral, dado que el mismo artículo 16 letra a alude a su unilateralidad.

Ruiz-Tagle Vial incorpora en este grupo a aquellos supuestos en que la prestación que se debe al consumidor se encuentra sometida a un plazo, como podría ser el caso de aquel pacto que faculte a una agencia de viajes para suspender el servicio con una determinada antelación (2010, p. 323).

En esta ocasión, no obstante, el legislador no alude a una eventual exigencia de arbitrariedad en el ejercicio de la potestad para que la disposición se considere abusiva, por lo que podría pensarse que basta con la unilateralidad. Pizarro y Petit con todo, identifican para estos objetos ambas expresiones:

(43) La expresión “a su solo arbitrio” del artículo 16 letra a, significa arbitrario (Caprile, 2011, p. 274).



No podrá el proveedor reservarse la facultad de suspender el servicio de manera unilateral o a su sólo arbitrio, lo que viene a ser lo mismo. Si se entendiera de otra manera la ejecución de la obligación quedaría supeditada a la simple voluntad del acreedor lo que contradice la necesidad de un consentimiento serio como elemento del contrato (2013, p. 307).

B) Contratos financieros

Respecto de los contratos celebrados por adhesión y que se refieran a servicios crediticios, de seguros y demás financieros, la LPDC exige que se especifiquen “[las] causales que darán lugar al término anticipado del contrato por parte del prestador, el plazo razonable en que se hará efectivo dicho término y el medio por el cual se comunicará al consumidor” (artículo 17 B letra b LPDC)⁽⁴⁴⁾.

Dicha prescripción evidencia que el legislador permite al proveedor sustraerse del contrato, pero no *ad nutum*, sino que en la medida de que existan razones poderosas, lícitas y razonables para ello, y que hayan sido informadas de manera previa al consumidor.

3.3.2. La facultad concedida únicamente al consumidor

Se indicó con anterioridad que una cláusula de retiro unilateral que otorgue una facultad *ad nutum* al proveedor es ilícita en el régimen de la LPDC. Podría cuestionarse su licitud cuando se invoque una causal razonable e informada, en los términos ya indicados.

Corresponde a continuación analizar la licitud de aquel pacto que permite al consumidor retirarse del contrato. En principio no se observa problema alguno, puesto que ella no devendría en un abuso al sujeto débil de la relación, sino que al contrario le otorgaría facultades que podrían incluso superar los mínimos legales.

No obstante, una lectura literal del artículo 16 letra a sugeriría una respuesta distinta. En efecto, esta disposición sanciona con la nulidad por abusividad a aquellas cláusulas que otorguen a:

Una de las partes la facultad de dejar sin efecto (...) o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen (artículo 16 letra a LPDC).

Como se puede apreciar, en términos generales no sólo el retiro unilateral del proveedor es proscrito, sino que el de cualquiera de las partes, esto es, también el del consumidor, salvo que este último tenga la calidad de comprador en ventas por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas (artículo 16 letra a LPDC). El tenor literal del artículo 16 tal como está redactado en este sentido, constituiría un texto impropio⁽⁴⁵⁾, en el sentido de que no se ajusta a la racionalidad interna de la LPDC, la cual como se indicó, tiene una aversión general hacia las restricciones convencionales de retiro.

Por tal razón, y no obstante el texto expreso de la LPDC, la prohibición habría de entenderse la vigente únicamente cuando la facultad se conceda de manera exclusiva al proveedor y no al consumidor. No resultaría lógico en efecto, que un estatuto que pretende tutelar al destinatario final de bienes o servicios termine perjudicándolo, impidiendo al proveedor concederle derechos que vayan más allá de aquellos que él mismo legislador le otorgó.

Así también lo entienden Barrientos Camus y De la Maza Gazmuri: “la adecuada interpretación del precepto indica que lo que realmente se prohíbe es el establecimiento de cláusulas abusivas de término unilateral del proveedor; es decir, de aquellas estipulaciones predispuestas por esta persona que le permiten dar término al contrato sin una notificación previa o suficiente antelación” (2019, p. 6).

A mayor abundamiento, el artículo 16 letra a LPDC se encuentra inmersa también dentro de otra dimensión del orden público, cuál es el de protección, por lo que cualquier limitación al ejercicio de la facultad de retiro

(44) Artículo 17 B LPDC: “Los contratos de adhesión de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, elaborados por bancos e instituciones financieras o por sociedades de apoyo a su giro, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito, y toda persona natural o jurídica proveedora de dichos servicios o productos, deberán especificar como mínimo, con el objeto de promover su simplicidad y transparencia, lo siguiente: b) Las causales que darán lugar al término anticipado del contrato por parte del prestador, el plazo razonable en que se hará efectivo dicho término y el medio por el cual se comunicará al consumidor”.

(45) La impropiedad del texto se produce cuando la lectura gramatical de la norma colisiona con el pensamiento verdadero de la ley (Savigny, 2005, p. 103). Esta vez nos enfrentaríamos a los casos que Schauer (2012) aglutina bajo la expresión de que el texto ofrece una mala respuesta (*The text provides a Bad Answer*) (p. 163-167).



por parte del consumidor debe encontrarse fundamentada en razones que poderosamente hagan inconveniente el decaimiento del vínculo contractual.

No podría por lo tanto establecerse una regla general por la cual se prohíba al usuario el derecho a retiro de los contratos de larga duración. La práctica comercial de hecho también da cuenta de la concesión de potestades como la indicada, con la finalidad de incrementar la fidelización del público. Así, por ejemplo, algunas tiendas de retail suelen otorgar un derecho de retracto que excede de los mínimos legales (artículos 3 bis y 3 ter LPDC).

3.3.3. La facultad concedida a ambas partes

Finalmente cabe preguntarse por la juridicidad de aquel pacto que permita a ambas partes retirarse unilateralmente del contrato. Por una primera lectura del artículo 16 letra a la respuesta debiese ser inicialmente negativa, puesto que dicha disposición considera lícita la facultad únicamente cuando se la conceda al comprador y en determinadas modalidades. No obstante, la norma en realidad está sancionando el pacto que permite el desistimiento a una de las partes -el proveedor- y no a las dos.

Así estiman Pizarro y Petit, que el fin normativo que trasunta detrás del artículo 16 letra a, no dice relación con el repudio *per se* de este tipo de potestades, sino que a la intención de excluir la ausencia de reciprocidad entre las partes (2013, p. 305)⁽⁴⁶⁾.

El otorgamiento de la facultad a ambas partes por lo tanto habría de examinarse a la luz de otra causal de abusividad consagrada en el mismo Art. 16 pero en su letra g). En efecto, este literal sanciona aquellas cláusulas que “[en] contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen”⁽⁴⁷⁾.

A consecuencia de lo anterior, y en la medida de que el otorgamiento recíproco de la potestad en análisis no cause un desequilibrio importante en desmedo del consumidor ni atente en contra de la buena fe ponderada de acuerdo a los estándares mencionados en la norma -finalidad del contrato y su disciplina-, ella no debería recibir un reproche jurídico. Se requerirá adicionalmente que el ejercicio de la facultad tampoco lesione la integridad del consumidor más allá de lo social y jurídicamente aceptable, como sería, por ejemplo, aquella que se inserta en un contrato de rescate médico.

4. Conclusiones

De las anteriores reflexiones se puede concluir que el Derecho de Consumo nacional efectivamente reconoce el retiro unilateral del contrato, aunque de manera inorgánica y fragmentada. Su permisión o sanción en tanto, depende del sujeto a quién beneficia y la fuente que lo establece.

Los supuestos de retiro unilateral que han sido concedidos por el legislador tienen por único titular válido al consumidor, con fundamento en la necesidad de resguardarlo como sujeto débil de una relación jurídica. En concreto se traducen el derecho de retracto y el de retiro, los cuales efectivamente se ejercen *ad nutum*, sin que se requiera del consentimiento del proveedor y con posterioridad a la perfección de la convención. No obstante, en el supuesto contemplado para los contratos de educación superior, no se admite cualquier causa como justificación válida para la exigencia de la extinción del vínculo jurídico, sino que se debe acreditar que se ha optado por una institución educacional diversa de aquella respecto de la cual se ejerce la facultad.

Por otra parte, se distinguen el retracto del desistimiento según los efectos que producen, la forma en que operan y si se encuentran o no sometidos a un plazo de caducidad. Con todo, ambas formas de terminación unilateral no sólo son lícitas, sino que además son imperativas, por lo que no podría el consumidor renunciar a ellas de manera anticipada, bajo sanción de ineficacia.

Ahora bien, cuando la potestad tiene por fuente la convención, y se la confiere únicamente al proveedor, ella será ilícita por adolecer de un vicio de abusividad y contravenir el orden público. Será cuestionable en tanto, si se agregan causales de activación que pudieren justificar la facultad.

(46) En el mismo sentido, véase “Contrato por adhesión Contrato por adhesión”, de Mauricio Tapia y José Valdivia (2002, p. 93).

(47) Artículo 16 letra g LPDC “No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.



Aquella que el pacto confiere al consumidor en tanto, en virtud de una lectura literal y preliminar de la LPDC tampoco estaría *per se* permitida. No obstante, dicha enunciación corresponde a un texto impropio, por lo que su exégesis no debe ser gramatical, sino que teleológica. A consecuencia de lo anterior, leída a la luz del orden público económico y de protección en el cual se inserta, se tiene que la potestad concedida únicamente al destinatario final de bienes o servicios no debiera recibir reproche jurídico.

Finalmente, la facultad de retirarse del contrato concedida a ambas partes de manera igualitaria y en similares condiciones no cabría en principio considerársela ilícita, salvo que, a la vez genere un desequilibrio importante de las obligaciones en perjuicio del consumidor y que no pueda condecirse con los estándares de la buena fe o que, por la naturaleza del pacto, termine lesionando o amenazando un bien jurídico no disponible más allá de lo social y jurídicamente aceptable.

Referencias bibliográficas

- Accatino, D. (2015). La 'teoría clásica' del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial. *Revista chilena de Derecho*, 42(1), 35-56. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000100003>
- Aedo, C. (2019). Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 33, 73-96. <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-80722019000100073>
- Akerlof, G. (1970). The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 84(3), 488-500.
- Álvarez, M. (2015). *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general (normas imperativas y pactos al respecto)*. Reus.
- Álvarez, M. (2016). Contratos a distancia y fuera de establecimiento. En S. Díaz Alabart (Ed.), *Manual de Derecho de Consumo* (pp. 93-114). Reus.
- Álvarez, F. (2020). Cláusulas de terminación unilateral sin expresión de causa. Un intento de caracterización desde el Derecho Civil. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 35, 147-191. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722020000200147>
- Barcia, R. (1998). Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho. *Revista Ius et Praxis*, 4(2), Talca, 149-175.
- Barrientos, F. & De la Maza, I. (2019). La configuración del desistimiento del consumidor. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 26, e3589.
- Beltramo, A. & Faliero, J. (2018). El consumidor electrónico como consumidor hipervulnerable. En S. Barocelli (Ed.), *Consumidores Hipervulnerables* (pp. 205-225). El Derecho.
- Beluche, I. (2015). El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral. *Revista de Derecho Civil*, II(2), 69-126.
- Brantt, M. & Mejías, C. (2013). Comentarios al artículo 3° ter. En I. De la Maza & C. Pizarro (Eds.), *La protección de los derechos de los consumidores* (pp. 183-189). Thomson Reuters.
- Calderón, M. & Márquez, J.F. (2009). El arrepentimiento en el derecho del consumo. *La Ley*, LXXIII(74).
- Caprile, B. (2011). El desistimiento unilateral o renuncia: Una especial forma de extinción de los contratos. En G. Figueroa, E. Barrios & M. Tapia (Eds.), *Estudios de Derecho Civil VI* (pp. 271-296). Abeledo Perrot.
- Código de Comercio. 23 de noviembre de 1865 (Chile).
- Díaz, S. (2016). La contratación con consumidores. En S. Díaz (Ed.) *Manual de Derecho de Consumo* (pp. 7-28). Reus.
- Ebers, M. (2012). *Obligaciones, contratos y protección del consumidor en el Derecho de la Unión Europea y los Estados Miembros*. Ara Editores.
- Frustagli, S. (2023). La Protección al Consumidor en las Estructuras Negociales Contemporáneas: a Propósito de la Conexidad Contractual en los Contratos de Consumo. *Ius et Veritas*, 67, 182-195. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202302.010>
- Garrote, I. (2009). El Art. 1.563 del Código Civil y los límites temporales del contrato discográfica. *Revista de Propiedad Intelectual*, 33, 39-81.
- Leite, J. (2018). O direito de arrependimento nos contratos eletrônicos de consumo. Um estudo de direito comparado luso-brasileiro. En E. Llamas (Ed.), *Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca* (pp. 222-234). Tirant lo Blanch.
- Ley 19.496. Ley que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. 7 de marzo de 1997.
- Mejías, C. (2018). Desistimiento y resolución ¿opción del acreedor en un contrato bilateral?: una respuesta desde el Derecho Común. En C. Bahamondes; L. Etcheberry Court & C. Pizarro (Eds.), *Estudios de Derecho Civil XII* (pp. 593-617). Thomson Reuters.
- Miranda, L. (2012). La contratación a distancia de consumo: TRDCU y Directiva 211/83/UE. En L. Miranda & J. Pagador (Eds.), *Derecho (privado) de los consumidores* (pp. 145-181). Marcial Pons.
- Molina, R. (2006). La terminación unilateral del contrato ad nutum. *Revista de Derecho Privado*, 10, 125-158. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/586>
- Momberg, R. (2006). El derecho de retracto en los contratos de consumo. En S. Turner (Ed.), En Jornadas Nacionales de Derecho Civil. *Estudios de Derecho Civil: Código y Dogmática en el Sesquicentenario de la Promulgación del Código Civil* (pp. 297-315). Editorial Lexis Nexis.



- Pereira, E. (2014). Acerca de la fundamentación de la obligatoriedad de los contratos: autonomía y Derecho Privado. *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, 6, 69-136.
- Pinochet, R. (2013). Comentarios al artículo 3° bis. En I. De la Maza & C. Pizarro (Eds.), *La protección de los derechos de los consumidores* (pp. 166-182). Thomson Reuters.
- Pizarro, C. (2005). El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: 'El derecho de retracto'. *Actualidad Jurídica*, 11, 255-266.
- Pizarro, C. & Petit, J. (2013). Comentarios del artículo 16 f). En I. De la Maza & C. Pizarro (Eds.), *La protección de los derechos de los consumidores* (pp. 305-311). Thomson Reuters.
- Prado, P. (2013). Comentarios al artículo 3° bis. En I. de la Maza y C. Pizarro (Eds.), *La protección de los derechos de los consumidores* (pp. 151-165). Thomson Reuters.
- Rixecker, R. (2013). Kommentar zu § 8. En *Versicherungsvetragsgesetz* (pp. 102-112). C.H. Beck.
- Ruiz-Tagle, C. (2010). *Curso de Derecho Económico*. Librotecnia.
- Sandoval, R. (2004). *Derecho del Consumidor*. Editorial Jurídica de Chile.
- Schauer, F. (2012). *Thinking like a Lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Press.
- Sernac & Clínica Móvil de Emergencia, Rol 50.463-2005 (2005, 15 de julio). Juzgado de Policía Local de Recoleta.
- Sernac & Pérez c. Almacenes Paris, Rol 18.966-SS-2001 (2010, 10 de marzo). Segundo Juzgado de Policía Local de La Florida, confirmada por Rol 4316-2003 (2005, 5 de enero). Corte de Apelaciones de Santiago.
- Severin, G. (2017). El desestimiento del cliente en los contratos de servicio: un derecho ad nutum. Bases normativas en el Código Civil chileno. En H. Corral & P. Manterola (Eds.), *Estudios de Derecho Civil XII* (pp. 375-388). Thomson Reuters.
- Severin, G. (2018). El derecho al desistimiento unilateral del cliente en la regulación de los contratos de servicio del Código Civil chileno, con especial referencia al artículo 1999. *Revista Ius et Praxis*, 24(2), 303-340.
- Sler, E. (2018). *Prescripción y Caducidad en el Contrato de Seguro*. Ediciones Universidad Bernardo O'Higgins.
- Tapia, M. & Valdivia, J. (2002). *Contrato por adhesión*. Editorial Jurídica de Chile.
- Von Savigny, F. (2005). *Sistema del Derecho Romano actual*. Comares. 

La ilegalidad no formulada: Vivencias de estudiantes de derecho en su contacto con el mundo profesional^(*)^(**)

Unformulated illegality: Law students' experiences in their contact with the professional world

Fernando Del Mastro Puccio^(*)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Cindy Quispe Valencia^(**)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: En su primer contacto con el mundo profesional, las y los estudiantes de derecho viven situaciones en las que se incumple la ley que regula sus prácticas preprofesionales. En la presente investigación, nos preguntamos por los modos en que ellos y ellas formulan dichas vivencias, es decir, por el sentido particular que dan a las experiencias en las que se les perjudica a través de incumplimientos a la ley. Desde aproximaciones hermenéuticas al psicoanálisis, partimos de reconocer que el modo en que las personas formulan sus experiencias no es neutral: entre diversos sentidos posibles, el sujeto elude aquel que muestra una imagen de sí mismo y de la realidad que no puede tolerar. En esta investigación, sostenemos que los estudiantes de derecho no formulan sus experiencias como practicantes como reguladas, ni como contrarias a la ley y a la ética profesional, sino que las justifican de diversas maneras, adaptándose a ellas desde miradas fatalistas del entorno profesional. Con ello, pueden evitar verse como sujetos de derechos vulnerados e impotentes, en una profesión donde deben hacer dócilmente aquello que se les manda. Esto ocurre en contextos institucionales, propios de los centros de prácticas y las facultades de derecho, que no reconocen las problemáticas, ni forma a los estudiantes para hacerles frente, lo que dificulta que estos puedan formular de modo distinto lo vivido. Advertir el modo en que formulan sus experiencias y ensayar formulaciones alternativas, podría dar a los y las estudiantes mayor margen para desarrollar y entrenar su agencia frente a las ilegalidades en el entorno profesional.

Palabras clave: Enseñanza del derecho - Ética legal - Ética profesional - Psicología - Psicoanálisis - Prácticas preprofesionales - Educación superior - Identidad profesional - Experiencia no formulada

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 03 de marzo de 2024 y su publicación fue aprobada el 20 de abril de 2024.

(**) La presente investigación se realizó en el marco del proyecto ganador del Fondo Concursable para la innovación en docencia, de la Dirección Académica del Profesorado, titulado "Curso Piloto: Aprendizaje en el ámbito pre-profesional" e implementado durante el 2022.

(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Máster en Derecho por la Universidad de Duke, fue becario Fulbright y ganador del Justin Miller Award en dicha universidad. Doctorando en Estudios Psicoanalíticos en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, coordinador del Área de Ética, miembro del Consejo de Facultad y director de la Maestría en Política Jurisdiccional. Máster en Estudios Teóricos en Psicoanálisis. Asimismo, en la facultad de derecho, lideró la creación de la Oficina de Ética y Bienestar. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1599-7598>. Correo electrónico: fdelmastro@pucp.pe

(****) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Máster en Políticas Públicas por el Institut d'études politiques de Paris-Sciences Po Paris. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8096-1420>. Correo electrónico: qv.cindy@gmail.com



Abstract: In their first contact with the professional world, law students experience diverse situations in which the law that regulates their internships is violated. In this research, we seek to understand how law students formulate those experiences, that is, the way in which they give them a particular meaning. Drawing from hermeneutical approaches to psychoanalysis, we start by recognizing that the way in which people formulate their experiences is not neutral: between different possible meanings, people elude those that show an intolerable image of themselves and their context. In this paper, we argue that law students don't formulate the situations they experience, in which regulation and their rights are violated, as illegalities and violations of professional ethics standards. On the contrary, in different manners, they justify what happens, adapting to the events with fatalistic views of the professions' environment, which is presented as not regulated. This occurs in an institutional context (that of law schools) where these problematic situations are not recognized and are not pedagogically addressed, which makes it more difficult for law students to formulate them differently. By gaining consciousness on how they formulate their experiences and trying different formulations, law students' might develop and increase their agency, in order to deal with situations in which regulation is infringed in the professional context.

Keywords: Legal education - Legal ethics - Professional ethics - Psychology - Psychoanalysis - Higher education - Professional identity - Unformulated experience

1. Introducción

En el Perú, durante sus estudios en las facultades de derecho, los y las estudiantes de derecho deben realizar prácticas preprofesionales en entidades privadas o públicas poniendo en práctica las enseñanzas que han recibido y que continúan recibiendo en la universidad. En ese sentido, se trata de su primer contacto con el mundo profesional. Por ley, las prácticas preprofesionales tienen una finalidad formativa, de modo que se conciben como parte del proceso de enseñanza-aprendizaje de quien busca ser abogado o abogada.

Pese a la relevancia de estas experiencias en la construcción de la identidad profesional, se trata de vivencias que no cuentan con un seguimiento a nivel pedagógico por parte de las facultades de derecho y son escasamente investigadas por quienes se interesan por la enseñanza del derecho en el Perú.

El presente artículo da cuenta de las vivencias problemáticas de un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el desarrollo de sus prácticas preprofesionales en el área de derecho laboral. A través del análisis de aquello que los y las estudiantes narran, queremos comprender los modos en que dan sentido a las situaciones que viven para, sobre esa base, pensar en posibles aproximaciones pedagógicas que permitan asumir la responsabilidad formativa que tienen las facultades de derecho.

Con tal fin, comenzaremos describiendo el marco legal de las prácticas preprofesionales en Perú, así como algunas investigaciones que muestran las problemáticas propias del contacto de los estudiantes en su contacto con el mundo profesional. Luego, describiremos las aproximaciones psicoanalíticas, con las que planteamos analizar las narraciones estudiantiles. En tercer lugar, presentaremos los resultados de las entrevistas, en las que se evidencian diversas situaciones de incumplimiento de la regulación de las prácticas preprofesionales, en temas como la excesiva carga de tareas y la falta de respeto al horario máximo establecido por ley, la falta de espacios para que los y las estudiantes piensen los casos y formulen su opinión y el maltrato. Como veremos, en las vivencias de los y las estudiantes que formaron parte de las entrevistas, se muestra una desnaturalización de la finalidad de las prácticas preprofesionales, al ser consideradas como un "trabajo" y no con una naturaleza formativa. Finalmente, en nuestro análisis mostramos que los y las estudiantes no formulan las situaciones que viven como incumplimientos a la ley. De hecho, los relatos tienen a la regulación como un personaje ausente, primando una formulación de la realidad como una fatalidad, con justificaciones diversas a lo que acontece y una actitud adaptativa.

En ese contexto, nuestra investigación explora, de modo preliminar y desde una aproximación psicoanalítica, por qué los estudiantes de derecho formulan estas situaciones como una fatalidad en la que lo problemático se justifica y en la que nada se puede hacer, y no como ilegalidades y faltas a la ética profesional que los dañan, afectan sus derechos y frente a las cuales podrían aprender a actuar.

Vale resaltar que nuestra investigación no busca hacer una representación generalizada de lo que acontece en las prácticas preprofesionales, sino comprender el modo en que el grupo de estudiantes que fueron parte de las entrevistas formulan las situaciones de ilegalidad y faltas a la ética profesional que viven. Sin perjuicio de ello, nuestros resultados se suman a otras investigaciones que, en su conjunto,



muestran un contexto de ilegalidad preocupante y normalizado en el primer contacto de estudiantes de derecho con el mundo profesional. Por supuesto, es necesario seguir esta línea de investigación, incluyendo aspectos como las dinámicas económicas y sociales que subyacen a las dinámicas en los centros de prácticas o las expectativas que tienen los y las estudiantes a futuro, cuando ocupen el puesto de jefes y jefas.

Finalmente, en línea con lo anterior, es importante señalar que las los y las practicantes de derecho tienen múltiples experiencias positivas, que contribuyen a su formación. Esta investigación, sin embargo, se centra en vivencias problemáticas de incumplimiento a la ley que regula las prácticas y que afectan negativamente el aprendizaje, para explorar los modos en que los y las estudiantes le dan sentido.

2. Entre la regulación y la realidad en el contacto con el mundo profesional

Queremos iniciar con un recuento de los aspectos más relevantes del marco regulatorio de las prácticas preprofesionales que se realizan en el sector privado y en el sector público, así como de algunas investigaciones relevantes para nuestro análisis. Como veremos, estas evidencian diversos incumplimientos legales en el marco de las prácticas preprofesionales de estudiantes de derecho.

2.1. La regulación de las prácticas preprofesionales

A continuación, con el objetivo de conocer las reglas que regulan el desarrollo de las prácticas preprofesionales compartimos un acercamiento hacia dos normas con rango de ley: la Ley 28518 – Ley sobre modalidades formativas laborales (en adelante, Ley 28518), norma aplicable a las prácticas preprofesionales en el sector privado, y el Decreto Legislativo 1401 – Decreto Legislativo que aprueba el régimen especial que regula las modalidades formativas de servicios en el sector público (en adelante DL 1401). Cabe señalar que cada una de estas normas, cuenta con un reglamento: el Decreto Supremo 007-2005-TR y el Decreto Supremo 083-2019-PCM.

Desde la lectura del título de ambas normas se advierte que estas regulan figuras que tienen objetivos pedagógicos, en el marco de procesos formativos propios de la educación superior. Asimismo, tanto la Ley 28518 como el DL 1401 señalan como sus objetivos que las personas en proceso de formación complementen sus conocimientos con una experiencia práctica, la cual permita adquirir mayores competencias para su inserción en el mercado laboral. La Ley 28518, además, hace una referencia expresa a la importancia de que la persona en proceso de formación comprenda su medio social en general y su medio de trabajo, en particular con el objetivo de que logren generar incidencia en ambos espacios. Se manifiesta, también, la necesidad de que el proceso formativo sea de

calidad y pertinente.

La naturaleza de las prácticas es, entonces, formativa. De ello se deriva, entre otros, que las prácticas preprofesionales sean un espacio en que los y las estudiantes aprendan y refuercen sus conocimientos sobre cómo abordar y resolver problemas jurídicos. Simultáneamente, y de conformidad con la ley, corresponde que aprendan competencias éticas, incluyendo la identificación de dilemas y la comprensión del modo en que los valores y deberes éticos de la abogacía se aplican en el ejercicio profesional.

Asimismo, las normas en cuestión establecen las responsabilidades y límites relacionados con las modalidades formativas. La Ley 28518 enmarca a las prácticas preprofesionales como una modalidad de formación con predominio en el centro de formación y establece límites temporales para el desarrollo de las prácticas. De este modo, el horario que corresponde a los practicantes es no mayor a seis (6) horas diarias o treinta (30) horas semanales. Del mismo modo, el DL 1401 delimita la jornada diaria y semanal de los practicantes en el sector público que no puede ser superior a seis (6) horas diarias o treinta (30) horas semanales.

Otro límite sobre la jornada de los practicantes preprofesionales se relaciona con el horario nocturno. En efecto, la Ley 28518 establece como una infracción que el programa de modalidades formativas, como las prácticas preprofesionales, se realice en una jornada que exceda el horario habitual de la empresa. También es una infracción que se realicen jornadas en el horario nocturno entre las 10:00 p.m. y las 6:00 a.m., sin autorización previa.

Hasta aquí nos hemos acercado a la regulación de las prácticas preprofesionales de manera general, es decir, a la regulación aplicable a cualquier profesión. Sin embargo, existen normas que inciden de forma específica en las prácticas preprofesionales de estudiantes de derecho y en las responsabilidades de los(as) abogados(as) en el desarrollo de estas.

En efecto, los y las profesionales del derecho se encuentran doblemente obligados a cumplir con las normas que regulan las



prácticas preprofesionales. Por un lado, por el solo hecho de que estamos ante una ley, esta es obligatorio cumplimiento para todos los ciudadanos. Por otro lado, porque en los incumplimientos que realicen de la ley implican afectar la profesión que ejercen. Particularmente, existen deberes propios de la ética profesional, regulados en el Código de Ética del Abogado (2012), que los obligan a cumplir la ley y no inducir a otros a incumplirla (artículo 7) y a ser ejemplo de idoneidad ética para sus colegas y, “en especial para los futuros profesionales del derecho” (artículo 76).

2.2. Investigaciones acerca de las prácticas preprofesionales de derecho: una realidad opuesta a la regulación

El contacto de los y las estudiantes de derecho con el mundo profesional, a través de las prácticas preprofesionales, es un asunto poco explorado, pese a la relevancia que tiene a nivel formativo. Sin perjuicio de ello, los problemas a los que se enfrentan los y las estudiantes de derecho durante el desarrollo de sus prácticas preprofesionales son diversos y han sido documentados a través de algunas investigaciones.

En el año 2005, la profesora Beatriz Boza presentó una importante reflexión sobre qué se enseña a los y las estudiantes de derecho a través de las prácticas preprofesionales en el artículo “Inter Estudios, escándalos y crisis: THEMIS y la responsabilidad profesional del abogado en el Perú”. Boza cuestiona ciertas prácticas de abogados de estudios limeños para asegurar sus oportunidades de ganar un renombrado campeonato de fútbol denominado Inter Estudios. Prácticas como contratar practicantes valorando especialmente sus méritos deportivos en fútbol más que sus méritos académicos o retrotraer la fecha de convenios de prácticas para que un practicante pueda llevar la camiseta del equipo; son entendidas como acciones contrarias a la ética. Para Boza el ejemplo de lo que sucede en el campeonato Inter Estudios:

(...) refleja de alguna manera la competitividad, las ansias por ganar y una visión instrumental del ser humano que parecería impregnar cada vez más el ejercicio de la profesión de nuestro país, donde cada “sacada de vuelta” a las normas es parte del deporte, de la fiesta, y del *modus operandi* [énfasis agregado] que inconscientemente y, en muchos casos, deliberadamente terminamos tolerando y, con ello, fomentando en nuestro medio, dándole así un mensaje claro y concreto a los estudiantes y futuras generaciones de abogados acerca de cómo se practica y en qué consiste el Derecho en el país (2005, p., 70).

Otra de las reflexiones relevantes para nuestro análisis es la necesidad de que exista congruencia entre la educación formal y la práctica profesional del derecho. Al respecto, Boza señala:

(...) toda la educación del mundo tampoco es eficaz si la práctica profesional y los ejemplos de éxito que la mayoría celebra no se condicen con la teoría y orientación con que se enseña tanto en las aulas como en los pasillos de los estudios, en la cancha de fútbol, en la antesala de las dependencias pública, en la actuación

pública y en los valores que se festeja en privado (2005, p.,71).

Un artículo relevante, que logró caracterizar con cifras a las prácticas preprofesionales de estudiantes de derecho fue publicado en el año 2010, titulado: “El rol de las universidades en las prácticas preprofesionales: Hacia una necesaria reivindicación”. Para dicho artículo, se desarrolló una encuesta que fue respondida por practicantes de derecho de manera anónima. Los resultados de este primer acercamiento sobre las condiciones y motivaciones de los y las practicantes de derecho son reveladores. Sobre la jornada, se muestra que el 47% de los encuestados practica más de treinta (30) horas semanales. Cuando se pregunta sobre las razones por las cuales invierten más de treinta (30) horas semanales en sus prácticas preprofesionales, las más recurrentes son “porque tengo demasiado trabajo y no hay otra forma de terminarlo” (71%) y “porque contribuye con mi formación profesional” (53%). Un dato adicional y relevante son los motivos por los cuales los estudiantes de derecho practican. La encuesta muestra que el en su gran mayoría los encuestados practican porque quieren ganar experiencia (75%), mientras que el segundo motivo más recurrente es porque quieren destacar en el medio profesional y asegurarse un futuro puesto de trabajo (40%).

A nivel cualitativo, un estudio realizado por Del Mastro & Li, con seis practicantes, recoge experiencias, a través de entrevistas semiestructuradas enfocadas en los diversos momentos de la experiencia (búsqueda de prácticas, proceso de entrevistas, inicio, vínculos y desarrollo encargos, conclusión de la práctica). Los autores evidenciaron que las prácticas preprofesionales afectan negativamente el aprendizaje en el ámbito universitario, con énfasis en el plano ético, sin que los y las estudiantes logren articular el aprendizaje en beneficio de su formación. Sus resultados muestran una tensión entre las prácticas preprofesionales y los cursos de la universidad, que sucede por la necesidad de dedicar más tiempo a las prácticas, en las que la sensación de responsabilidad con el jefe o la jefa es mayor que aquella que tienen respecto de sus cursos. Asimismo, los autores ponen



en cuestión el aprendizaje que reciben los y las estudiantes en el tiempo que dedican a las prácticas, ya que muchas veces se les asignan labores de procuraduría o responsabilidades para la que aún no se encuentran preparados.

Otro aspecto, que se pone en relieve en esta investigación son las vivencias autoritarias que soportan los y las practicantes y que son contradictorias al propósito de la formación que reciben en la universidad. Los y las estudiantes tienen vivencias con jefes que establecen dinámicas autoritarias, las cuales son toleradas y normalizadas en el centro de prácticas preprofesionales. De acuerdo con los autores, en parte ello sucede por el abierto incumplimiento de la regulación vigente de prácticas preprofesionales. Incumplir la norma y actuar según lo que arbitrariamente exige el jefe o la jefa se encuentra normalizado y se presenta a los estudiantes como un requisito de éxito.

En similar línea, Del Mastro (2022), analizó pensamientos congelados y frases hechas relacionados a vivencias de estudiantes en sus prácticas preprofesionales. Siguiendo a Arendt (1971/2010), Del Mastro considera que los pensamientos congelados son aquellos que no han sido examinados por el sujeto que, sin embargo, actúa sobre esa base. Estos pensamientos sirven para justificar modos de actuar y de vivir, para satisfacer la necesidad de encontrar sentido y de ser reconocidos y sentirse valorados. La investigación identifica los siguientes pensamientos congelados operando en las vivencias estudiantiles: (i) aquellos que surgen cuando se incumple el horario máximo de prácticas preprofesionales, con el pensamiento subyacente: el exceso es necesario para el aprendizaje, (ii) aquellos que surgen cuando se maltrata al practicante, con el pensamiento subyacente: si todos lo sufren, no hay porque cuestionar, y (iii) aquellos que surgen cuando se les involucra en la comisión de faltas éticas, con el pensamiento subyacente: el propio rol es hacer sin pensar ni cuestionar (Del Mastro, 2022).

Cuando frases como “Las 30 horas son referenciales, si tienes verdaderas ganas de aprender”, “Tranquila, no eres la primera que maltrata. Ella es así”, “Si quieres llegar a algún lado, tienes que aprender de una vez como es el negocio” son dirigidas a los y las practicantes, quienes no muestran cuestionamiento y cumplen con lo esperado. Se evidencia que los y las estudiantes operan con un modo de pensar y actuar superficial, sin desarrollar y emitir un juicio propio que guíe su conducta.

Además de estas investigaciones, los problemas de las prácticas se han evidenciado en el llamado caso Telmo. En junio de 2020, por medio de una red social, se hizo viral un audio en el que se escucha como una abogada de un conocido estudio de abogados reprendió a un practicante por supuestamente haber realizado mal un pendiente. Entre las frases que se pueden escuchar en el audio, una que refleja sin lugar a dudas

la violencia y los malos tratos que recibió el practicante es la siguiente:

¿Por qué carajo tengo normas, números de normas que están en rosadito? ¿Qué significa ese rosadito, melón o lo que diablos quieras? O sea, yo no voy a hacer el trabajo por ti. Tú eres el practicante, tú me tienes que ayudar, porque si no la hago yo carajo. Contra la abogada en cuestión, el Profesor Renato Constantino, junto con un grupo de estudiantes de derecho, presentó una queja ante el Consejo de Ética del Colegio de Abogados de Lima, por incumplir con los artículos 70 y 76 del Código de Ética del Abogado. Esta dio origen a un procedimiento disciplinario que concluyó con una sanción hacia la abogada denunciada. De este modo, se sentó un precedente sobre las obligaciones éticas de los abogados en el marco de las prácticas preprofesionales. Cabe destacar que, en la resolución emitida por el Consejo de Ética del Colegio de Abogados de Lima, esta autoridad señala:

Si mencionamos principios que deben ser practicados por los profesionales que tienen a su cargo practicantes, estudiantes de Derecho, futuros profesionales, estos son la tolerancia, la libertad, el diálogo, la igualdad, la no discriminación, la comprensión y la cooperación” (2023, p. 4).

Las investigaciones anteriores dan cuenta, en su conjunto, de contextos en los que la regulación de las prácticas preprofesionales, así como deberes propios del marco ético de la profesión, es incumplida. En general, esos incumplimientos muestran la desnaturalización de la regulación en cuestión, puesto que retratan un escenario laboral y no una lógica formativa. En ese sentido, Verano M.C., Flores, A.C., & Constantino R.A (2020) presentan un análisis detallado sobre la desprotección de los practicantes preprofesionales, sosteniendo la necesidad de que la regulación reconozca derechos y brinde mejores mecanismos de protección, con especial énfasis en personas con discapacidad. Para las autoras, “(...) la norma no refleja la realidad de las prácticas, pues se concreta en el trabajo efectivo y la producción de patrimonio antes que la formación del practicante. (Verano et al., 2020, p. 55)”. Asimismo, se explica que la “(...) la desprotección provoca que los practicantes no puedan acceder a beneficios sociales legales propios de una relación laboral, como la compensación por tiempos de servicios,



la participación de utilidades, entre otros (Verano et al., 2020; Toyama, 2008, p. 55). La investigación resalta que, si bien esta situación es precaria, genera mayor vulnerabilidad en las personas con discapacidad, “pues no sólo deben enfrentar las barreras arquitectónicas, legales, sociales, etc., impuestas, sino también su falta de inclusión en las prácticas formativas” (Verano et al., 2020, p. 56).

Sin perjuicio de las problemáticas que muestran estas investigaciones y el caso citado, es necesario comprender mejor el modo en que los estudiantes formulan las situaciones que viven, a fin de poder pensar en acciones pedagógicas que puedan generar buenos resultados.

3. La experiencia no formulada y la imagen intolerable de uno mismo

Desde aproximaciones hermenéuticas al psicoanálisis, como la de Donnel B. Stern, cuando una persona narra aquello que ha vivido, realiza una elección, de modo tal que no se trata de una narración objetiva de aquello que ocurrió, sino del modo en que el sujeto significa su experiencia. En esa línea, el narrar es un acto a través del cual se da sentido a aquello vivido. En contraposición, uno o más sentidos quedan como no formulados. Esta elección por un sentido, así como el dejar de lado sentidos posibles, no es necesariamente una operación consciente. El sujeto puede considerar que su narración da cuenta de la realidad objetiva, cuando en rigor está presentando el sentido particular que le da a lo acontecido.

La subjetividad se encuentra comprometida al narrar porque, cuando el sujeto narra, busca hacer que el mundo y su ser sean comprensibles y tolerables. Stern se plantea, en esa línea, la pregunta respecto a qué caracteriza al sentido no formulado, es decir, a aquel sentido que, siendo plausible para dar cuenta de una vivencia, no es el que se manifiesta en la narración. La pregunta se enfoca, entonces, en las razones por las que ciertas formulaciones posibles que son descartadas y otras que son preferidas.

Para Stern (2019), el sujeto puede dejar de lado los sentidos de la realidad que le generan “(...) la sensación de que se trata de una persona que uno simplemente no puede tolerar ser” (p. 32), de modo que uno “(...) teme que, si fuera formulada, sería intolerable” (p. 84). Así, se pueden preferir interpretaciones y formulaciones en las que “(...) puedo tolerar sentir que esta experiencia forma parte de mí” (p. 31). De esta manera, al narrar lo vivido, se tiende a presentar nuestro entorno y a nosotros mismos como tolerables.

Es importante resaltar que la idea de lo intolerable está también asociada a las formas de ser del sujeto, toda vez que el sentido dado a una vivencia muestra a la persona como un personaje que piensa, siente y hace determinadas cosas

por determinadas razones. Dar un sentido distinto a lo vivido podría exigir que el sujeto sea capaz de adoptar nuevas formas de ser. En ese sentido, se puede afirmar que “... si no podemos formar del todo el significado, es porque todavía no podemos ser la persona que se expresaría a través de ese significado” (Stern, 2019, p. 113). En similar línea, Bromberg plantea: “If the person tries to reflect on the question, “*Why am I living my life this way?*” *the potential for an internally destabilizing affective collision between incompatible versions of personal reality is triggered*” (2009, p. 332).

En ese sentido, al estar ligada a una forma de ser y a un modo de vivir, la formulación de la experiencia no se pone en cuestión, porque supondría poner en cuestión el modo en que uno vive. En ese sentido, se evitan formulaciones de las experiencias que podría presentar al sujeto como un personaje que tiene formas de ser cuestionables en entornos cuestionables, porque estas llevarían a plantear la necesidad de adoptar nuevas formas de ser, para las que uno puede no estar preparado.

En línea con lo dicho, es importante tener presente que la capacidad de un sujeto para formular una experiencia en un sentido determinado está influenciada por el entorno en que se ubica. Particularmente, desde la aproximación de Stolorow & Atwood (2004), se considera que, dependiendo del contexto intersubjetivo, ciertos estados anímicos y formas de ser pueden o no ser validadas, es decir, pueden no generar una respuesta del entorno o generar una respuesta hostil. La falta de validación deriva en que ciertas formas de ser dejen de tener lugar: uno deja de ser (pensar, sentir y actuar) del modo no validado. Vale anotar también que la falta de validación será más relevante en relaciones donde: (i) uno de los sujetos se concibe como quien tiene el saber y rol de hacer que el otro haga, mientras que dicho “otro” es concebido como quien no tiene el saber y debe actuar conforme a lo que se le indica (Benjamin, 2020) y (ii) uno de los sujetos está construyendo su identidad.

La idea de Stolorow puede leerse en conjunto con la teoría de la experiencia no



formulada, en el sentido de que será menos probable que una experiencia se formule en un determinado sentido, cuando este exigiría adoptar una forma de ser que el sujeto anticipa o se imagina que no será validada.

Finalmente, haciendo referencia a Putman, Bromberg muestra que, en ocasiones:

Where drastically incompatible emotions or perceptions are required to be cognitively processed within the same relationship and such processing is adaptationally beyond the capacity of the individual to contain this disjunction within a unitary self-experience, one of the competing algorithms is hypnoidally denied access to consciousness to preserve sanity and survival (...) (2009, p. 520).

Podemos concluir, entonces, que el sujeto, al formular su experiencia, evita aquel sentido que le muestra una imagen intolerable de sí mismo y que le haría poner en cuestión su modo de vivir, mostrando la necesidad o el deber de adoptar otro para el que no está preparado. Asimismo, frente a percepciones contradictorias de un mismo suceso, preferirá una de ellas, que le sea más favorable para la adaptación.

4. Problemáticas en las vivencias de un grupo de practicantes

Para la presente investigación, se entrevistó a doce (12) estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP, que realizan prácticas preprofesionales en el área de derecho laboral. En total, se llevaron a cabo tres (3) entrevistas grupales y cuatro (4) entrevistas individuales. En relación con sus características cabe indicar que la mayoría fueron mujeres (8) y cuatro (4) fueron hombres. Otra característica de quienes fueron entrevistados es que se encontraban entre el séptimo y el doceavo ciclo del pregrado en derecho. Para llevar a cabo las entrevistas, se contactó a los estudiantes a través de una Oficina de Prácticas Preprofesionales y SECIGRA de la Facultad, por medio de correos electrónicos y llamadas telefónicas. Todas las participaciones en las entrevistas fueron voluntarias y dieron su consentimiento informado. En cuanto a los centros de prácticas, se incluyeron en las entrevistas a practicantes que pertenecen a estudios de abogados, instituciones públicas y entidades privadas⁽¹⁾.

En tanto el objetivo de las entrevistas era conocer a profundidad las vivencias de los y las estudiantes se optó por enfoque cualitativo (González, 2007) y por seguir la lógica temático-inductivo (Braun & Clarke, 2006) para identificar los ejes y sub-ejes. Asimismo, se siguió el análisis narrativo,

que permite suscitar y analizar relatos, con el fin de comprender los modos en que los estudiantes dan sentido a aquello que acontece en su vida como practicantes. A la luz del método en cuestión, se buscó suscitar narraciones acerca de las vivencias como practicantes, respetando la agencia del narrador. Asimismo, sobre la base de la revisión de investigaciones previas en la materia, se tuvo una guía temática a fin de abordar asuntos que no surgieran de modo espontáneo.

A través del análisis temático-inductivo de las entrevistas, se presentan tres ejes en los cuales se identifican diferentes problemas que afectan a los y las practicantes que fueron parte de las entrevistas: (i) Carga de los y las practicantes preprofesionales, (ii) Formación de la opinión jurídica, y (iii) Maltrato. Asimismo, incluimos como eje las actitudes estudiantiles ante los sucesos problemáticos. Como indicamos en la introducción, los resultados no son generalizables a las prácticas preprofesionales. Sin embargo, se trata de vivencias que han sido también identificadas en otras investigaciones y de problemáticas que se evidencian también en información cuantitativa compartida en la sección anterior de esta investigación. De tal manera, estos resultados se suman a este grupo de investigaciones que, en su conjunto, muestran una realidad preocupante.

Asimismo, es importante anotar que, aunque el foco está en analizar los modos en que los estudiantes formulan sus vivencias como practicantes, éstas tienen lugar en contexto e instituciones que deberían cumplir un rol central y que, como veremos más adelante, influyen de modo gravitante en el modo en que las experiencias son formuladas.

4.1. La carga de los y las practicantes preprofesionales

Las entrevistas permiten evidenciar que la carga de tareas de los y las practicantes preprofesionales que fueron parte de las

1 En total son doce (12) instituciones en las cuales los y las estudiantes realizaban prácticas profesionales. De ellas, siete (7) eran estudios de abogados, de diverso tamaño y experiencia en el mercado. Tres (3) eran entidades públicas del Poder Ejecutivo: entidades adscritas al sector economía y finanzas y a la Presidencia del Consejo de Ministros. Finalmente, dos (2) realizaban sus prácticas en entidades privadas, una empresa minera y una empresa de soluciones logísticas.



entrevistas, tiene varias características problemáticas. Estas reflejan que las prácticas preprofesionales no son concebidas como formativas, sino como un trabajo. Ello se evidencia, por ejemplo, en el hecho de que los y las practicantes entrevistados se conciben como “mano de obra barata”. Asimismo, es sintomático que, durante las entrevistas, los y las estudiantes hagan referencia a que ellos y ellas “trabajan” o que en lugar de hablar de sus prácticas preprofesionales se refieran a su “trabajo”.

Asimismo, la carga de tareas de los y las practicantes es presentada como excesiva de tal manera que no puede ser realizada dentro del horario legalmente establecido y choca con los horarios de preparación y asistencia en sus cursos. De este modo, en estas vivencias, aquello que establece la norma -que las prácticas son formativas, que existe un máximo legal en el horario-, no se cumple. A ello se suma que la carga es también urgente, con la sensación de que siempre hay o pueden surgir temas que no pueden esperar. Además, incluye encargos que implican responsabilidades no proporcionales con el rol formativo o de aprendizaje que corresponde a los y las estudiantes de derecho.

4.1.1. Las prácticas como trabajo

Una frase recogida en las entrevistas, que refleja la falta de enfoque formativo de las prácticas preprofesionales y que resume las características problemáticas de la carga, es que “los practicantes son mano de obra barata”.

O sea, todo el mundo dice que tener practicantes es mano de obra barata. Creo que eso es algo que se ha asumido y se ha generalizado en toda la carrera, (...).

(Alumna y practicante en estudio de abogados)

La idea en cuestión presenta a los y las estudiantes como trabajadores, en una relación instrumental y jerárquica dentro de un engranaje laboral, y no como estudiantes que se encuentran en un ámbito que tiene finalidad formativa. Se presenta también una desproporción entre las labores ejercidas por los practicantes y la compensación que reciben. Asimismo, se menciona a los y las practicantes como mano de obra barata en el sentido de que esta sería una estrategia que usa el centro de prácticas preprofesionales. Ello, particularmente, en el caso de algunos estudios de abogados que cuentan con pocos abogados, pero que se “sostienen” con el trabajo de varios practicantes.

(...) de hecho (...) es algo que se escucha en la facultad por eso es que dicen que: (...) ese estudio se sostiene con pocos abogados, pero tiene un montón de practicantes, porque al final de cuentas son quienes hacen los escritos (...).

(Alumna y practicante en estudio de abogados)

En general, y como veremos luego en diversos ejes de estos resultados, las narraciones muestran que los y las estudiantes conciben las prácticas como un trabajo.

(...) pero llego un punto, en que ese tiempo que utilizaba para leer para las clases chocaba con mis responsabilidades que

tenía que cumplir, con mis responsabilidades en el trabajo.

Se muestra, en esa línea, una oposición entre el “leer para las clases” y las “responsabilidad en el trabajo”, cuando ambos planos deberían tener como denominador común el ser ámbitos formativos.

4.1.2. Carga excesiva

En relación con el exceso de carga, los y las practicantes muestran que cumplir con las tareas encomendadas requiera que dediquen más de treinta (30) horas a la semana. Existe una diferencia evidente entre la cantidad de horas estipuladas en la Ley y en el contrato de prácticas en comparación con el horario que los practicantes cumplen en el día a día.

Bueno definitivamente desde ya el último año y medio en la facultad, como alumna todavía, la carga si era bastante. Probablemente eran más de 30 horas semanales, tanto en el horario que yo había estipulado como el horario disponible, como fuera de ese horario. También en algunas ocasiones, días sábado he tenido que ingresar a trabajar.

(Egresada practicante en entidad privada)

El estudiante presenta aquello que ocurre como una fuerza que le hace hacer algo, y no como consecuencia de un acto voluntario. Dice, entonces, “... he tenido que ingresar ...”, es decir, no toma una decisión, sino que cede a un mandato. El horario que “yo” estipulo, entonces, no es el horario real, en el que debo estar “disponible”. Otra entrevistada comenta la misma situación.

Por lo menos mí horario es de 9 a 8, por lo menos en vacaciones era así, de 9 de la mañana a 8 de la noche tenías que estar en la laptop, pendiente de que te llamaran o algo así (...). En nuestro convenio dice de tal hora a tal hora, pero la realidad es que te hacen quedar más horas.

(Alumna y practicante en estudio de abogados)

Se muestra nuevamente el contraste entre lo que dice el convenio y lo que ocurre en la realidad. Asimismo, se presenta a un personaje que hace –el jefe o la jefa– que otra –la estudiante– haga. El hecho de que el horario legal no sea respetado puede implicar que los y las practicantes continúen sus actividades después de terminado el horario laboral, pero también que se les solicite información o actividades antes del inicio de este.



El horario del estudio es de 8:30 am a 7:30 pm y, a veces, me ha pasado que 7:30 am ya me están escribiendo. A mí, por lo menos me incomoda. Me quedo hasta las 11:00 pm, 1 de la mañana, ya recién el horario es 8:30 am, no me hables 7 y pico.

(Alumno y practicante en estudio de abogados)

En este caso, se muestra a un personaje –el estudiante– que reconoce que un horario –que ya es ilegal, de 8:30 a 7:30pm– se incumple y piensa en contra de ello, pero ese pensar no entra en el relato, primando una adaptación a lo que lo “incomoda”.

4.1.3. La urgencia de la carga

La carga es excesiva y, además, tiene, por lo general, carácter de urgencia por lo que es muy difícil para los y las practicantes que fueron parte de las entrevistas establecer un orden de prioridad entre cada encargo. A continuación, un estudiante menciona que para él es difícil determinar la importancia de las tareas que se le han asignado.

(...) donde yo estoy siento que todo es urgente, siento que, todo es prioritario. Todo parece importante y yo encuentro difícil darle importancia a algo.

(Alumno y practicante en estudio de abogados)

El “todo es” contrasta con el sentido de lo “prioritario” y lo “urgente”, toda vez que esto último alude a algo excepcional y no a lo constante. En ese escenario, el estudiante se muestra sin orientación para cumplir con las tareas priorizando y organizándose. Otra estudiante comenta que para cumplir con lo que se necesita –carácter de urgencia de los encargos– ella ha cambiado sus hábitos de sueño.

Yo, a veces, por ejemplo, este mes me eché a dormir a las 12 y me levantaba a las 3 de la mañana a avanzar las cosas, pero era porque en ese momento sí se necesitaba.

(Alumna y practicante en estudio de abogados)

Se muestra que el momento de urgencia puede durar un mes, en el que la estudiante duerme tres horas diarias. Otro alumno señala que debido a la urgencia de los encargos los ha tenido que “trabajar” durante el fin de semana.

¿Para cuándo?, ¿Para cuándo puede estar? (...), para el lunes, -responde el practicante- pero, eso significa que trabaje el fin de semana y justo es el último fin de semana antes de las clases pues. Pero me ha pedido que, por favor, que es algo urgente (...). Entonces, es como que la tengo que apoyar con ese tema.

(Alumno y practicante en estudio de abogados)

El pensamiento del estudiante da cuenta de aquello que el encargo “significa” para él en términos de su tiempo. Sin embargo, ese pensamiento no es compartido y pierde frente a un pedido “por favor”. De ese modo, la urgencia justifica el incumplimiento del horario de prácticas y pone en riesgo la preparación del estudiante en el último fin de semana de clases. Se advierte nuevamente que la razón que lleva a la acción es un “tener que” apoyar, estando ausente un proceso reflexivo y una decisión sostenida en razones.

Justo hubo un día en que ella -refiriéndose a su jefa- me dijo:

“Tengo una audiencia y no me han pasado el link. Averigua por fa.” Entonces, yo pensé que era para ese ratito porque me lo pidió con una urgencia (...) yo investigué para cuando era y le decía: “Acá está que -la audiencia- está fijada para el 6 de enero (...) Y ese día era 4. Yo pensaba que era para ese ratito (...) Y me dijo: “No para el 6, si la audiencia es para el 6.” Y yo como que, “¿ah? ¿la audiencia es para el 6?, pero tú me lo pides como si fuera para ahorita”. Yo incluso pensaba que era para ese mismo ratito.

(Alumno en estudio de abogados)

Se advierte que la urgencia de los encargos es una realidad que permea incluso hacia encargos que no son urgente. Nuevamente, se muestra un “decir” del estudiante que opera en la propia mente, sin entrar en el devenir de los sucesos relatados.

4.1.4. La asignación de responsabilidades

Otro aspecto problemático es el de las responsabilidades asignadas que no guardan correspondencia con sus competencias o con la experiencia práctica de los y las practicantes. Por ejemplo, en diversas ocasiones, se asignan encargos que de no ser realizados con la precaución y cuidado que corresponde a un profesional competente, tendrán un impacto negativo en los clientes o en los derechos y obligaciones que se encuentran en juego.

Me pasó en dos ocasiones que tuvimos que judicializar el caso por el mismo hecho que se había pasado la fecha. Ese mismo día vencía, ya era la tarde y ya no íbamos a alcanzar a realizar el proyecto. Entonces, me dijo -refiriéndose a su jefe-: “Tienes que ser más cuidadosa, tenemos que cumplir a tiempo todo”.

¿Y cómo te sentiste esa vez?

Fatal, fatal, fatal. Fue en el primer mes que empecé a practicar. Como son multas (...), son cantidades de dinero. Sentí toda la culpa, sentí esta multa es mi culpa y si fue un poco chocante en ese momento. Me sentí decepcionada y al punto que me cuestioné si tenía la capacidad del puesto. Fue bastante triste en ese momento.

(Alumna y practicante en institución pública)

La estudiante interioriza la culpa y duda de su propia capacidad, pese a que se encuentra comenzando sus prácticas. El incumplimiento del plazo es presentado como una responsabilidad del practicante.



Se advierte, de ese modo, que no pone en cuestión la responsabilidad que se puso a su cargo, en su primer mes como practicante y, en esa línea, si es que ella quien tuvo “toda” la culpa. La experiencia es “fatal” porque lleva a pensar que no tiene la capacidad para el puesto, cuando en rigor el nivel de responsabilidad puesto en ella es aquello que está fuera de lugar.

4.1.5. Consecuencias de las características de la carga

La carga de las prácticas preprofesionales afecta el bienestar y el aprendizaje de los y las estudiantes que fueron parte de las entrevistas. En estas, manifestaron encontrarse estresados, con un choque entre las prácticas y el rendimiento a nivel y una afectación negativa en espacios personales. Asimismo, en diversos casos, la urgencia constante que tendrían los encargos deriva en que estén en un constante estado de alerta y tensión.

Hay mucho estrés, hay muchos procesos a la vez, hay muchos plazos. El estrés, el tema de tener varios encargos a la vez (...).
(Alumno y practicante en estudio de abogados)

El estrés y la tensión por cumplir con las tareas encomendadas puede, también, reflejarse en dolencias físicas. Una estudiante comenta al respecto:

(...) era un estrés total. Yo paraba con un dolor de espalda y de cuello que era inimaginable todo el primer mes que empecé a practicar. (...) Mi área es pura consultoría, en ese caso no tengo tanto el stress de los plazos y que los escritos tienen que salir a cierto tiempo porque si no el proceso como que, bueno, se cae. (...) Pero a veces sí es el estrés de lidiar con ciertos clientes (...).
(Alumna y practicante en estudio de abogados)

El dolor es “inimaginable” y se da por el contacto con clientes, lo que en principio compete a los y las profesionales. Estos relatos generan la sensación de estar ante personajes que tienen las presiones propias de un profesional sobrecargado y no de un estudiante en formación. En esa línea, se presenta también un impacto negativo en los estudios en la universidad. Por ejemplo, una estudiante comparte que se redujo del tiempo que dedicado al estudio de sus cursos a causa de sus responsabilidades en las prácticas preprofesionales.

En mi caso sí siento que, considerando mi tiempo de estudio, mi tiempo de estudio se ha reducido bastante. Porque son 7 horas las que, bueno 6 horas más la hora de refrigerio, cuando hago presencial ... ya no me puedo dedicar a estudiar o ver algunas clases (...) Eso sí siento que ha disminuido mi nivel, mi nivel académico (...).

(Alumna y practicante en institución pública)

La carga se presenta en una relación inversamente proporcional a aquello que acontece en la universidad, mientras que las horas de prácticas aumentan, el nivel y las horas para estudiar disminuyen.

Entonces dije, bueno a ver, si no me da tiempo para leer todas las clases, pero sí voy a estar en la clase por lo menos voy a agarrar un curso al que sí o sí voy a leer. Y escogí, dos cursos en donde sí o sí leía (...), para decir, por lo menos ahí compenso

lo que no estoy leyendo en los demás cursos. Porque, para los demás cursos solo leía para las evaluaciones, porque no me alcanzaba el tiempo para leer.

(Alumno y practicante estudio de abogados)

Se presenta la vivencia de una adaptación frente a la falta de tiempo que implica dejar de leer para algunos cursos, con lo cual la agencia del estudiante queda reducida a la decisión de en qué curso leer. De los relatos de los y las estudiantes se evidencia que priorizan las responsabilidades del centro de prácticas frente a sus responsabilidades académicas.

(...) pero luego un punto, en que ese tiempo que utilizaba para leer para las clases chocaba con mis responsabilidades que tenía que cumplir, con mis responsabilidades en el trabajo. Así que hasta un cierto punto me comencé a dar cuenta de que dejé de leer para las clases de todos los cursos (...).

(Alumno y practicante en estudio de abogados)

El estudiante presenta a la lectura relacionada a sus clases en una colisión con sus responsabilidades en las prácticas preprofesionales. Así, son las responsabilidades académicas las que generan dificultades, la carga académica se presenta como aquello que “choca” con las responsabilidades que “tenía que cumplir”, que son las del “trabajo”. Nótese también que en “cierto punto” el estudiante se da cuenta que dejó de leer, presentándose como un personaje al que le ocurren cosas que no son fruto de sus razones y decisiones.

No solo el tiempo de lectura se presenta como afectado, sino también la atención que se presta a las clases.

Entonces, cuando era súper necesario, si me decían: mira esto tiene que salir, tiene que salir. Entonces, yo decía: Ok, no hay problema. Mientras mis clases sonaban en mi celular o en la laptop, yo avanzaba a veces en la otra laptop de mi hermano o en mi propia laptop. Y no tenía mayor problema.

(Alumna y practicante en estudio de abogados)

Se muestra nuevamente una oposición en los ámbitos: la clase suena y la alumna avanza en otra laptop. Se muestra a las prácticas como con mayor fuerza de gravedad, puesto que la clase “sonaba”, sin ser necesariamente escuchada o



atendida. Pese a ello, se opina que “no hay problema” y que “no tenía mayor problema”.

Los y las estudiantes, presentan la carga de las prácticas preprofesionales afectando también otras esferas de la vida debido a la gran cantidad de tiempo que demandan.

(...) ha habido un incremento bastante fuerte de poder conciliar mi carga académica, mi vida personal, la verdad que intento sacarle un tiempo por ahí, para ver a mi familia, pero es súper complicado y básicamente el 70% ha sido abarcado por el trabajo.

(Egresada practicante en entidad privada)

Advertimos nuevamente la referencia al “trabajo”, como desligado y opuesto a lo académico y lo personal. Cuando se dice que el 70% del tiempo “ha sido abarcado por el trabajo”, se presenta una cierta pasividad ya que no es ella quien decide en qué abarca su tiempo. Otro de los efectos de la carga urgente y excesiva es el estado de disponibilidad permanente en el que se encuentran los y las estudiantes. Un horario de labores sin hora de término clara y la urgencia permanente produce la imposibilidad o escasa posibilidad de hacer planes más allá de las prácticas preprofesionales. Asimismo, puede generar un sentimiento de culpabilidad cuando se advierte que las labores han terminado más temprano de lo usual.

(...) Al menos yo sí tengo esa sensación que de lunes a viernes no tengo planes para mí (...). Yo siempre digo, de lunes a viernes no confirmo nada porque siempre estoy ocupado y normalmente no me desocupo temprano. Y más bien, por ejemplo, cuando es viernes y me desocupo 8, a veces de lunes a jueves a las 9 u 8.30 ya estoy un poco desocupado, a veces hasta me siento raro (...) ese sentimiento de culpa (...) me siento raro de relajarme de estar haciendo otras cosas.

(Alumno y practicante en estudio de abogados)

Este contexto, lleva a que se encuentre en constante estado de alerta y, por lo tanto, preparado para estar disponibles en cualquier momento.

Por ejemplo, fui a ver un partido a la casa de mi amigo y llevé mi laptop por si acaso. Para que vean ese nivel. Era día de semana (...) fui para el segundo tiempo. Siempre prevenido, llevé mi laptop por si acaso. Y dicho y hecho, estaba allí en el partido y me preguntó algo y yo: Menos mal que llevé mi laptop. (...) Incluso cuando me fui a vacunar, estaba allí con mi laptop en la camioneta. A ese nivel de alerta.

(Alumno y practicante en estudio de abogados)

Así, se advierte que la carga de “trabajo” llega a “ese nivel”, al ingresar a esferas personales, de la vida amical y el cuidado de la salud, afectándolas.

4.2. La formación de la opinión jurídica

En este apartado se abordan las características de la dinámica de las prácticas preprofesionales que no generan las condiciones necesarias para que los practicantes ejerciten sus habilidades analíticas, formen su propia opinión jurídica y su reflexividad ética. De este modo, concebir a los y las practicantes son como “lienzos en blanco”, llevan a que no se

busque, ni se espere que formen y compartan su opinión jurídica. Otro aspecto problemático es la ausencia de retroalimentación sobre las tareas que desempeñan, lo cual no permite que los y las estudiantes identifiquen sus fortalezas y los aspectos en los cuales deben seguir trabajando para completar su formación.

4.2.1. El practicante como lienzo en blanco

A través de los relatos en las entrevistas se ha identificado que existe, en los y las estudiantes que fueron parte de estas, la percepción de que comienzan las prácticas preprofesionales sin un saber propio.

Dicen que cuando uno empieza a practicar, te nutres de las primeras prácticas, o sea lo que te dicen te queda para siempre. Es como que eres un lienzo en blanco y te empiezan a pintar y a partir de allí empiezas a aprender.

(Alumna y practicante estudio de abogados)

Se muestra una imagen del practicante como alguien que queda marcado por aquello que “te dicen”. Quien es pintado se coloca en la posición de un objeto que, desde la pasividad, es convertido en algo por quien pinta. El lienzo en blanco muestra una imagen del practicante como algo que no interactúa, que no tiene un rostro, ni colores y formas propias, sino que es pintado/creado. Se muestra también la relevancia de los primeros trazos, como el inicio del aprendizaje. En contraste, lo acontecido en la universidad está ausente.

4.2.2. Una dinámica que no fomenta la generación de opiniones propias

Los y las practicantes entrevistados se presenta como personajes a los que se les solicita realizar escritos o documentos relacionados a un caso sin pedirles su opinión sobre el mismo o sobre la estrategia trazada. Se muestra que el objetivo de los encargos es la reproducción de posiciones jurídicas preestablecidas.

(...) Y, de hecho, (...) los abogados te dicen: Por si acaso, esta es la línea que estamos siguiendo con el cliente o puedes revisar otros casos parecidos en los que hemos seguido esta línea argumentativa.(...)

Muy pocas veces se nos da libertad para enfocar el caso como nosotros quisiéramos (...)(Alumna y practicante en estudio de abogados)



En el mismo sentido, una estudiante que practica en una institución pública relata una situación en la se le indican qué debe argumentar. Asimismo, señala que, si bien la lectura de documentos relacionados al caso fue útil para conocer el caso, no utilizó esta información para desarrollar una postura jurídica y proponer alguna acción a seguir, sino que siguió la dirección que le indicó su jefe.

(...) tuve que revisar la sentencia de la corte, tuve que revisar todos los documentos que había (...). Eso me ayudó para preparar el caso, pero, de todas maneras, el abogado me decía en qué sentido debíamos responder.

Por ejemplo, los que salían en la sentencia (pensionistas) no mandaban carta porque su pago era inmediato, pero mandaban carta aquellos que no salían en la sentencia pero que decían que se les registrara en estos casos similares. Y, ahí yo revisaba si tenían sentencia o no y la verdad todos los que enviaban no tenían sentencia. Entonces, ahí la respuesta que tiene que darse era que simplemente no cumplían con los requisitos y que, por lo tanto, no podían nivelársele la pensión y esa era la postura institucional. (...) Entonces, teníamos que responder en esa dirección y ya con esa línea. Siempre me dicen en qué dirección tenemos que responder.
(Alumna y practicante en institución pública)

En este caso, se niega la nivelación de la pensión a los pensionistas que no tienen una sentencia a favor, pero que se encuentran en una situación similar a quienes sí la tienen. Independientemente del análisis jurídico del caso, advertimos que la estudiante no profundiza en cuál es su postura o, en todo caso, se sigue la dirección que “tiene que darse”, en la que “tenemos que responder”. Se muestra de ese modo una pauta de argumentar sobre la base de un mandato y no de una convicción o, al menos, de un proceso donde la propia opinión pudo formarse y transmitirse.

A la ausencia de análisis jurídicos en los encargos se le suma la repetición constante de casos en los que se piden que los practicantes repitan una misma estrategia y argumentación una y otra vez.

Muchas veces nosotros lo que vemos, al menos en el área en que estoy y los clientes que veo, son casos tipo, que todos los demandantes piden básicamente lo mismo, las pruebas son lo mismo, el mismo abogado cambia los datos particulares. Y yo me doy cuenta de que la demanda es igualita, por ejemplo. Entonces, nuestra contesta también tiene un esquema, es casi lo mismo solo se cambian algunos datos (...).
(Alumno y practicante en estudio de abogados)

El estudiante se presenta como un sujeto que entra como engranaje en la producción de servicios, en un rol de reproducción de lo establecido. Se muestra una tarea mecánica, en el que el practicante solo debe cambiar unos datos.

Y claro es como dice ella cada empresa tiene su propia forma. Por ejemplo, esta empresa normalmente las demandas vienen de este tipo: incausado, y en el otro viene normalmente por: arbitrario. Cada una tiene (...) unas demandas comunes y como son demandas comunes, propias de cada empresa ya hay un criterio

que nosotros utilizamos y en base a ese criterio nosotros desarrollamos ... normalmente es como responder a criterios que el estudio utiliza para estos casos.

(Alumno y practicante en estudio de abogados)

El criterio del estudiante, que está en formación, está ausente en la dinámica que se sigue en el centro de prácticas. Una vez que aprenden la estrategia y la aplicación preestablecida, empieza la repetición.

(...) Los clientes más grandes (...) el 80% de sus procesos eran exactamente de lo mismo. Había como modelos predeterminados.(...)

los procesos anteriores incluso ya me los sabía de memoria. Esta rutina del estudio, no solo trabajar todo día y la presión de los plazos que tienes, sino que veía los mismos procesos, a mí ya no me generaba tanta alegría.

(Egresada practicante en entidad privada)

Siendo que la mayoría de los encargos son iguales o muy similares, el aprendizaje comienza a decrecer con el tiempo. La practicante conoce de casi memoria como redactar los escritos y, por lo tanto, el tiempo que invierte en hacerlos es menor. Se puede producir más, en menos tiempo, lo afecta negativamente la alegría.

Otra característica que se presenta en los relatos es la falta de retroalimentación.

Me acuerdo uno -un caso- (...) en el que nos mandaron a hacer en OneDrive a todos juntos editar el documento. Yo me acuerdo que esa vez nos dijeron: “Ya tú haces tal, tú haces tal, tú haces tal, nos dividieron los temas” (...) Me acuerdo que nosotros todos empeñosos, chiquitos lo hicimos, estábamos ahí avanzando y de la nada cuando presentaron el escrito final literalmente borraron nuestras partes. O sea, porque no les gustaron creo, no sabemos qué habría pasado, a mí nunca me dijeron porque habían borrado (...)

(Alumna y practicante en estudio de abogados)

Los practicantes realizan un trabajo que fue borrado y nunca se enteran de las razones. Quien manda la tarea se presenta como alguien que no comunica que se pudo hacer mejor. Al mismo tiempo, los y las estudiantes se presentan en una incertidumbre sobre por qué lo que hicieron “empeñosos” fue borrado, así como sin actuar para descubrir dichas razones.



4.2.3. Los y las practicantes tienen opiniones jurídicas distintas

En la dinámica antes descrita, los y las practicantes que fueron parte de las entrevistas se presentan sin estímulos externos para formar una opinión jurídica. Sin embargo, en ocasiones, pueden formarse una opinión distinta a la posición jurídica establecida. En estos casos, la manifestación de una opinión contraria de parte de los y las practicantes suele ser dejada de lado a través de argumentos de autoridad.

Me acuerdo una demanda que yo pensé que era por despido fraudulento pero la doctora me dijo: No, yo pienso que es despido arbitrario. Así que trata de buscar la manera de que sea despido arbitrario.

(Alumna y practicante en estudio de abogados)

Lo que dice la doctora lleva a la estudiante a que busque la manera de sostener algo en lo que no cree: el que la doctora lo pida es razón para hacerlo sin que se despliegue un diálogo. Siguiendo con la experiencia antes citada, se le pregunta a la practicante: “¿Por qué su jefa le dijo que tratara de buscar la manera de que sea despido arbitrario?” Ella responde:

Me acuerdo de que, me dijo que, fue porque el cliente fue donde el doctor y el doctor le dijo despido arbitrario. Entonces, la doctora cuando me dejó el caso, yo dije: Yo creo que es fraudulento, por tal y tal motivo. Y me dijo: pero el doctor dijo que es arbitrario.

(...)

Aunque, también, en ese caso me acuerdo de que fui donde otros practicante y abogados y concluimos que era fraudulento, pero tratamos de buscar una manera. Y al final, encontramos.

(Alumna y practicante en estudio de abogados)

Se muestra opera la lógica de sostener aquello que manda la autoridad. La doctora no entra a dialogar acerca de los argumentos: frente a las razones que comenta la practicante, se afirma que se debe hacer el encargo porque “el doctor dijo que es arbitrario”. Pese a que el grupo concluye que es fraudulento, cumplen y encuentran una manera de sostener aquello que no creen.

En otro caso, una practicante comparte la siguiente vivencia:

(...) la verdad a mí me daba mucha pena porque eran personas ancianas que pedían su nivelación de pensiones. Creo que en verdad sí tenían el derecho, solamente que por un aspecto formal de no tener sentencia judicial no iban a poder tenerlo. Tendrían que empezar un proceso, pero esas personas tienen como 80, 90 años y empezar un proceso a esta edad (...) creo que si empezaran un nuevo proceso si les darían su nivelación, pero a esta edad y los recursos para empezar un proceso judicial y todo. Me da mucha pena, pero así es ¿no? Ya nos encaminan de qué forma responder y así he elaborado las respuestas.

(Alumna y practicante en institución pública)

La duda respecto a la corrección del caso no se aborda y queda irresuelta. Por un lado, “sí tenían el derecho”, pero, por otro, “por un aspecto formal ... no iban a poder tenerlo”. La situación, que genera mucha pena, se resuelve por la vía que la “encaminan”, sin que las propias razones jurídicas acerca

del caso tengan espacio para ser formuladas y comunicadas.

4.3. Maltrato

Las entrevistas han permitido tener una aproximación hacia una problemática grave en la formación de vínculos interpersonales en las prácticas preprofesionales: el maltrato. En algunos relatos, se puede identificar que los tratos, que generan temor, como los gritos y comentarios que desvalorizan, están orientados a lograr que los y las practicantes laboren de forma excesiva o buscan corregir errores. Asimismo, se ha identificado que este puede venir de parte de los y las jefes y, también, de parte de los clientes. Se presentan también relatos donde tienen lugar malos tratos contra trabajadores en los centros de prácticas de los cuales los practicantes son testigos.

En el siguiente relato, un estudiante comenta sobre el trato que recibió de parte de su jefa cuando terminaba el primer escrito que se le asignó.

Cuando recién empecé, esa también, esa segunda noche que me quedé hasta las once, me dijo: “¡Son dos escritos no más!, que no sé qué, y estás hasta estas horas”.

Y era la primera vez que subía un escrito (...) y me dijo: “Organízate y luego nos juntamos de nuevo” Y eran 11 de la noche pues. Yo todavía estaba cansado, estresado y todo.

(Alumno y practicante en estudio de abogados)

El relato presenta a la jefa con poca tolerancia ante la demora de un practicante, que está realizando su primer escrito. En ese sentido, levanta la voz con un comentario que comunica una demora que desde su punto de vista es excesiva, con un mandato de continuar más allá de las 11 de la noche, yendo en contra de la ley que regula las prácticas.

El estudiante continúa el relato sobre el trato que recibía. Este da cuenta que se le solicita trabajar de forma urgente y excesiva de manera constante:

Incluso yo tenía una melodía especial para ella. ¡Dios mío! tuve que cambiarla porque ya era demasiado. Y es como que sonaba y yo temblaba, un poquito. Era fuerte. A veces sí me pedía muchas cosas a la vez, (...) A veces era: ¡Ya, ¿ya está?! Por ejemplo, yo estaba dando examen final y me escribía. Yo le había pasado mi rol de exámenes y me escribía, yo



dando examen. Entonces, era bastante complicada esa situación.
(Alumno y practicante en estudio de abogados)

Nuevamente, este ejemplo muestra que se sube la voz al preguntar si ya está un encargo. El maltrato tiene que ver también con el momento en que levanta la voz mostrando la molestia. En este caso, ello se da cuando el estudiante está dando un examen final, lo que se vive como una situación “bastante complicada”. La falta de empatía y consideración, también, se evidencia ante situaciones como enfermedades. Continuando con el relato del mismo estudiante, este también narro que durante su fase de convalecencia por haber tenido COVID-19 no se tomó en cuenta su estado de salud.

Yo caí en la tercera ola (...) me dieron 2 días de descanso. Retorné y todo, pero todavía seguía aislado y trabajaba en el cuarto de mis papás y yo estaba encorvado pues. Era bastante incómodo estar con la laptop. Mi escritorio está en mi cuarto y yo me quedé en el cuarto de mis papás porque allí tenía el baño directo. Y entonces escribía así todo encorvado.

Y me demoré en un escrito de 5 páginas, me demoré 6 horas porque me dolía la espalda. Estaba cansado no me había recuperado del todo. Me habían dado 2 días de descanso, pero bueno. Y mi jefa me dijo: (...) que no sé qué. “¡Te has demorado en un escrito de 5 páginas como 6 horas!”

(Alumno y practicante en estudio de abogados)

Como en los casos anteriores, se presenta una crítica al tiempo que demora el estudiante, sin considerar su situación, luego de haber tenido COVID. Este trato también se hace presente como respuestas a equivocaciones. El mismo estudiante comenta la reacción de su jefa, luego de que él se equivocara.

Me dijo: “¡Mira esto es inaceptable!” Para colmo era un día que estaba sin internet estaba en la casa de mi vecino y la había puesto en alta voz. Y mi vecino se quedó así -el estudiante pone cara de sorprendido- y dice que, luego, fue a su cocina. Y su mamá lo vio y le dijo: “¿Qué paso? Estas como asustado, estas con una cara”. -El vecino responde-: “No, es que ha llamado la jefa (...) y me ha chocado, me ha impactado” (...).

¿Y por qué crees que se impactó?

Porque me gritó, o sea a veces me ha llamado la atención

O sea, ¿Tu jefa te gritó?

Si, si me gritó. Me dijo: “¡Esto es inaceptable! que no sé qué y todo. O sea, yo salgo acá me estoy exponiendo, que no sé qué, con la pandemia y me haces esto”.

(Alumno y practicante en estudio de abogados)

Se evidencia que las críticas que recibe no son comentarios con firmeza, sino gritos desvalorizantes. Es relevante advertir que, en sus relatos, el estudiante no comparte todo lo dicho por su jefa, quizá camuflándolo al decir “no sé qué y todo”. El hecho es que lo dicho y la manera de decirlo hace que un amigo que escucha la comunicación sienta temor, como el mismo estudiante lo siente al oír el tono de celular cuando lo llaman.

El maltrato también puede venir de parte de los y las clientes. Una estudiante narra una situación con un cliente que se comunicó con ella fuera del horario de oficina:

Yo tuve un caso con un cliente de que si me habló hasta súper entrada la noche por su trámite y yo le dije como que: “señor, disculpe, ahorita yo ya no trabajo”. Y no fue solo por eso, porque yo de verdad si lo hubiese ayudado, sino que era que estábamos viendo un caso que tenía que salir al día siguiente, con mi jefa de ese entonces. Y se puso mal, se puso a gritarme por WhatsApp y mandó correos, todo horrible, todo bien feo, fuerte (...).

(Alumna y practicante estudio de abogados)

Nuevamente se presenta a una practicante recibiendo gritos, lo que se considera “horrible”, “bien feo”, “fuerte”. Si bien en este caso, el centro de prácticas tomó medidas para que la practicante no se comunicara más con el cliente, resulta preocupante que los malos tratos de parte de clientes sean justificados y que se pida comprender la situación del cliente. En efecto, la misma estudiante cuenta que, actualmente, este caso se encuentra a cargo de una asistente, así como la opinión de esta sobre la relación que se debe guardar con el cliente.

Y ahora a él lo tiene la nueva asistente y si se ha dado cuenta del carácter especial que puede tener el señor. Y ahí, por ejemplo, como que chocamos un poquito. Yo le digo, “yo no me siento cómoda, no me parece que esa es la forma por más que puedas estar súper molesta” (...).

Y ella si me dice: “Pero sí tienes que entenderlo, que como te decía al inicio, está en un país nuevo, como que no tiene familia cerca, no sabe las normas, la realidad” (...).

(Alumna y practicante en estudio de abogados)

Finalmente, en otro relato, los y las practicantes se desenvuelvan en un centro de prácticas en el cual sus jefes maltratan trabajadores y reproducen comportamientos clasistas basados, por ejemplo, en el nivel de estudios.

Más que una dificultad directa con este jefe, con esta jefa, es que a mí no me gustaba como trataba a los operarios. Trabajaba en una planta, hay bastantes operarios. De hecho, el nivel de educación de los operarios es un nivel técnico y ella los discriminaba por ser así, los ninguneaba, los trataba mal. Trataba mal a la señorita que le traía el desayuno, se burlaba.

(Egresada practicante en entidad privada)



Si bien el maltrato no le gusta a la practicante, no opera un proceso reflexivo respecto a la propia acción o inacción frente a los hechos que se advierten.

4.4. Actitudes frente a los incumplimientos

En general, es su relatos y opiniones, los estudiantes aparecen con actitudes adaptativas en las que se sigue el mandato de la autoridad, sin que se despliegue un proceso reflexivo que guíe la acción. Ello ligado a una formulación de la realidad donde lo que acontece tiende a ser justificado y en la que la regulación no es un personaje presente.

4.4.1. Cumplir con la autoridad sin reflexión

En sus relatos, los y las practicantes que fueron parte de las entrevistas presentan el mandato de la autoridad como el motivo que justifica lo que acontece y lo que hacen. Dan cuenta de ello, frases como: “el doctor lo dice” “lo que diga el socio”, “lo que diga la jefita”.

(...) lo que diga el estudio, es lo que diga el socio, lo que digan es ellas - haciendo referencia a sus jefas - va a ser lo final que se va a mostrar dentro del correo que se saca de un tema. (...) Al final lo que se tiene que ser sacar es lo que diga la jefita como digo yo. Y es así, yo no creo que sea malo trabajar para un estudio, al final es el estudio el que decide cómo se va a responder.

(Alumna y practicante en estudio de abogados)

En otro relato, se justifica que, si un jefe o una jefa pide que algo salga de forma urgente, entonces eso debe de ser así a pesar de que el pedido se realice fuera del horario legal.

(...) como a veces me quedaba hasta las 11:00 pm avanzando mis cosas, yo creí que tenía que pedir permiso para salir a las 6:30 pm. (...) tenía miedo hasta de salir de mi casa (...) y que me llamen y yo no esté para resolver un pendiente, me daba mucho miedo, me daba pánico (...) yo sentía que tenía que tener el pendiente listo para ese momento, si era algo urgente. ¿Era así no? Porque era como siempre me habían dicho mis amigos que practicaban si es que el doctor lo dice lo quiero urgente, se tiene que sacar urgente.

(Alumna y practicante en estudio de abogados)

La estudiante se queda hasta las 11pm y pide permiso para poder salir en el horario regular y siente pánico por la posibilidad de ser llamada y que no esté, aun cuando ello ocurra fuera del horario en cuestión. Sin embargo, menciona “¿era así no?”. Si bien formalmente es una pregunta, en realidad se presenta como una afirmación que impide que se despliegue un proceso reflexivo. El peso de la afirmación está en lo que los amigos siempre habían dicho, no en una convicción u opinión personal.

Me da mucha pena, pero así es ¿no? Ya nos encaminan de qué forma responder y así he elaborado las respuestas.

(Alumna en institución pública)

En este relato, la estudiante siente pena, pero no despliega un proceso reflexivo acerca de lo que está viviendo, de los aspectos jurídicos del caso y de la actitud que debería seguir. En similar línea al caso anterior, se dice “así es ¿no?”, que es una afirmación aunque tenga forma de pregunta. Al final, la

estudiante es un personaje encaminado, que responde aquello que se le indica, dejando la pena como una emoción no pensada, con lo cual no se abre la posibilidad de desarrollar una propia postura acerca del caso.

4.4.2. Justificación y adaptación

En general los y las estudiantes, comparten opiniones en las que tienden a justificar situaciones como el exceso de carga de tareas. De este modo, por ejemplo, se tolera que sus clases o actividades académicas sean interrumpidas si es que ello se debe a que el encargo que se les solicita es urgente o necesario. Los practicantes entrevistados justifican también la carga excesiva que se les encomienda señalando que se tiene que mostrar buena disposición.

(...) y es como que me dijo: “¿Para cuándo?, ¿Para cuándo puede estar? (...)”, “para el lunes” -responde el practicante- pero, eso significa que trabaje el fin de semana y justo es el último fin de semana antes de las clases pues. Pero me ha pedido que, por favor, que es algo urgente que no sé qué y, también, uno tiene que demostrar buena disposición porque es como algo que evalúan en el estudio. La disposición de apoyar y ayudar a los abogados.

(Alumno y practicante en estudio de abogados)

En ese mismo sentido, una estudiante manifiesta que sus jefas son consideradas ya que ellas son amables al momento de pedirle que trabaje más allá del horario. Asimismo, se aprecia que la estudiante justifica esta carga en la necesidad.

Yo, a veces, por ejemplo, este mes me echo a dormir a las 12 y me levantaba a las 3 de la mañana a avanzar las cosas, pero era porque en ese momento sí se necesitaba. (...) Si cuando me han llamado para decirme de cosas que tenían que salir bastante temprano siempre han sido bastante consideradas para decir: Perdona que te moleste, discúlpame. Perdóname, pero se tiene que hacer esto.

(Alumna y practicante en estudio de abogados)

La forma en que se da un mandato se presenta como justificación del mismo. Aunque sus encargos lleven a dormir de 12 a 3am durante un mes, la jefa se presenta como considerada. Junto con justificaciones, se presentan frases que dan cuenta de la adaptación a las situaciones vividas, tales como “uno se termina acostumbrando” o “es parte de adaptarse”.



Por ejemplo, yo estaba dando examen final y me escribía -refiriéndose a su jefa -yo le había pasado mi rol de exámenes y me escribía, yo dando examen. Entonces, era bastante complicada esa situación. Pero uno se termina acostumbrando.

(Alumno y practicante en estudio de abogados)

En otra parte de la entrevista, mientras el alumno narra una vivencia en la cual su jefa le grita, él termina señalando que se ha acostumbrado a eso.

(...) y me ha chocado, me ha impactado. Pero ya uno como que se va acostumbrando y todo eso.

(Alumno y practicante en estudio de abogados)

La adaptación se presenta también en el “no decir” aquello que se piensa. Así, un estudiante cuenta que su jefa se molesta con él debido a que se demoró mucho tiempo en preparar un escrito a pesar de que aún se encontraba con secuelas por haber tenido COVID-19.

Y mi jefa me dijo: “(...) te has demorado en un escrito de 5 páginas como 6 horas.” Me provocaba decirle: ¿Has contabilizado las horas de almuerzo? Porque esas no las debes considerar; porque en el estudio dan dos horas de almuerzo, pero ya no le dije nada y entonces le dije: Perdona. (...) me he demorado mucho, pero era la primera vez que escribía un escrito así y, además, estoy con ese malestar.

(Alumno y practicante en estudio de abogados)

En este caso, al estudiante le provoca decir que no se han contado las horas de almuerzo, pero ese pensamiento no se expresa y la situación queda como si la demora hubiera sido de 6 horas. De tal modo, para adaptarse el propio pensamiento no entra en los relatos.

5. La ilegalidad como formulación intolerable, que resta agencia

Los relatos muestran claros incumplimientos del marco normativo que regula las prácticas preprofesionales, así como a deberes propios del marco ético de la profesión. Ello es claro, por ejemplo:

- a) En la carga de tareas encomendadas, que es excesiva y que supone incumplir el horario máximo permitido por ley. Se trata también de una carga urgente y que, en ocasiones, no es acorde a su nivel formativo. Esta carga “choca” con las responsabilidades en la universidad y afecta el carácter formativo de las prácticas.
- b) En los encargos y las dinámicas con que se realizan, que supone que los estudiantes no desarrollen su opinión jurídica y no tengan retroalimentación, lo que es contrario al carácter formativo que, por ley, tienen las prácticas preprofesionales.
- d) En los malos tratos y discriminaciones, que suponen infracciones a la ley y afecta negativamente la formación.
- e) A nivel de la ética profesional, el incumplimiento de la regulación de las prácticas supone una infracción al

principio fundamental de obediencia a la ley. Asimismo, se muestran relatos donde no se cumple con el deber de diligencia y, en un esquema de exceso de tareas, se asumen encargos que no podrán atenderse de modo adecuado.

Todo ello se muestra con claridad en el hecho que las prácticas se conciben como un trabajo, es decir, que se formule la situación de un modo que contradice con lo que dice la regulación, pero sin formularla como un incumplimiento. Como hemos visto, estas situaciones se formulan como una fatalidad, lo que deriva en la necesidad de adaptarse, de siempre responder afirmativamente, de justificar lo que acontece, entre otros. La regulación, en ese contexto, es un personaje ausente en los relatos. En general, por ejemplo, y a pesar de ser practicantes en derecho laboral y de vivir experiencias en la que no se respetan los límites legalmente establecidos, los y las estudiantes no hicieron referencia a las normas o al incumplimiento, ni manifestaron haber realizado alguna acción o haber considerado tomar alguna medida.

¿De qué otro modo podrían formularse estas vivencias? En una facultad de derecho, podría ser esperable que sean formuladas como incumplimientos a la ley que regula las prácticas y que los y las afectan. En todo caso, se podría formular la duda respecto a la corrección o incorrección de lo que acontece, lo que supondría sostener esa interrogante en la propia mente.

A partir de lo planteado por D. Stern y Bromberg, nos preguntamos ¿por qué las vivencias no se formulan como incumplimientos a la regulación y al marco ético de la profesión? Queremos plantear algunas ideas preliminares al respecto:

- a) Formular las experiencias como incumplimientos a la ley y a la ética profesional podría mostrar a los y las estudiantes una imagen intolerable de sí mismos, toda vez que son estudiantes de derecho, que se forman para defender derechos, pero que son sujetos de derechos vulnerados e impotentes ante incumplimientos a la ley, que los afectan negativa y gravemente. En similar línea, es difícil de tolerar la imagen de uno mismo como un sujeto que no dice lo que piensa



- y que cumple sin poner en cuestión. La formulación fatalista y justificativa, que presenta la realidad como desregulada, permite hacer tolerable lo que acontece, al mostrar al practicante como un personaje que objetivamente no puede actuar, ni tiene razones para hacerlo.
- b) A ello se sumaría una imagen intolerable o problemática de su carrera, puesto que esta tiene que ver con la regulación y su aplicación, mientras que la realidad muestra una negación de dicha regulación. La imagen de un entorno profesional donde no se respeta la ley, donde no se dice lo que uno piensa y en el que uno debe sacrificar aspectos centrales de la propia vida, podría resultar difícil de tolerar y de poner en cuestión. La contradicción entre regulación y realidad llevaría, en el caso de los relatos analizados, a negar la primera formulación (de los sucesos como relativos a la regulación e incorrectos) y dejar únicamente la segunda (de los sucesos como una realidad a la que hay que adaptarse).
- d) Si las situaciones fueran formuladas como reguladas y los sucesos fueran formulados como ilegalidades, así como dañinos, lo que podría corresponder es hacer frente a lo que acontece. Ello podría ser difícil por la imposibilidad de adoptar ese modo de vivir, es decir, de actuar como un sujeto de derechos que cuestiona o actúa frente a lo ilegal, que busca que se respete aquello regulado y que encuentra maneras de expresar aquello que piensa. En las narraciones, los estudiantes no oponen resistencia, sino que se decantan por la acción conforme a lo que se espera de ellos. En ese sentido, formular la situación con una en la que hay incumplimientos a la ley y cierto margen de acción, así como razones para actuar, supondría acercarse a un nuevo modo de ser difícil de encarnar.

A lo dicho debemos sumar el contexto en que los practicantes se encuentran, es decir, centros de prácticas y facultades de derecho que pueden no validar lo que los estudiantes experimentan o lo hacen de modo muy indirecto, frente a un contexto de clara ilegalidad. El hecho que no exista, en muchas facultades de derecho, un espacio formativo dedicado a las prácticas daría cuenta de ello. A esto se suma que no haya un reconocimiento explícito, por parte de las facultades de derecho, acerca de problemas como el incumplimiento del horario máximo permitido. Finalmente, la falta de validación puede presentarse en las posibles consecuencias negativas que podría experimentar un estudiante por adoptar la “forma de ser” de quien formula una ilegalidad y actúa para hacerle frente.

En ese sentido, lo que compartimos no supone colocar la causa de lo que ocurre en como una crítica a los y las estudiantes. La formulación de las situaciones como justificadas y como una fatalidad tiene fuerza porque el contexto en que se realizan las prácticas es, definitivamente, un contexto en el que es difícil actuar, por el grado de normalización y falta de validación de lo incorrecto. Sin embargo, sí consideramos

que las situaciones vividas puedan ser formuladas de otro modo, aún en contextos difíciles, lo que podría dar lugar a estrategias para hacerles frente y a que los y las estudiantes entrenen y desarrollen su agencia. Consideramos que esto es parte central de la formación de quienes se enfrentarán a un entorno profesional que normaliza prácticas ilegales. La idea es, entonces, que existen formulaciones alternativas y posibles que, aunque riesgosas y difíciles de sostener, pueden ser la clave para aumentar, poco a poco, el propio margen de acción. Así, la alternativa podría ser concebir que es posible aprender a resistir y cuestionar estos entornos y que dicho aprendizaje es parte de la profesión en que se están entrenando.

Nótese que, en diversos casos, los y las estudiantes piensan que lo que ocurre no está bien. Este pensar, que no se llega a decir, podría tomar más fuerza si la vivencia se formulara como un incumplimiento a la regulación. De ser así, los y las estudiantes podrían pensar lo que les ocurre desde su propia profesión, encontrando más margen de acción. En tal sentido, sostener y tolerar una imagen problemática de uno mismo (como sujeto de derecho vulnerado e impotente), podría ser un paso difícil, pero necesario para poner en cuestión lo que ocurre, hacer frente a la situación y aprender nuevas formas de ser frente a autoridades y en instituciones que no cumplen con la ley y que los perjudican.

Por el contrario, la formulación fatalista y justificativa de lo que acontece priva, de entrada, la posibilidad de pensar en lo que acontece con profundidad, así como de evaluar posibles cursos de acción. La mirada fatalista y justificativa incluso limita la posibilidad de elegir centros de prácticas y futuros caminos profesionales distintos, donde el incumplimiento de la ley no se encuentra normalizado.

Finalmente, es claro que las facultades de derecho tienen una responsabilidad principal en este contexto, porque deben garantizar el buen desarrollo del proceso formativo, siendo una de las partes que suscriben los convenios que luego se incumplen. No asumir esa responsabilidad es grave porque se expone a los y las estudiantes a entornos que pueden



moldear su identidad profesional, en contravención con la regulación y el marco ético de la profesión.

6. Conclusiones

La Ley 28518 y el DL 1401 regulan las modalidades formativas laborales en el sector privado y en el sector público respectivamente. De la regulación se aprecian límites claros a la figura de las prácticas preprofesionales, entendidas como una modalidad formativa con predominio en el centro de estudios y que no debe superar las seis (6) horas diarias o las treinta (30) horas semanales.

Si bien contamos con pocas investigaciones en la materia, las que existen demuestran que la regulación de prácticas preprofesionales se incumple de diversas maneras como, por ejemplo, en relación a los criterios de selección de practicantes, las jornadas excesivas de prácticas preprofesionales, malos tratos, entre otros. En la presente investigación, se muestran también estos contextos de incumplimiento, en problemáticas como el exceso de carga y el incumplimiento del horario máximo, la falta de construcción de la opinión jurídica, el maltrato, entre otros. En general, lo que se evidencia es que, en diversos casos, las prácticas preprofesionales no tienen el carácter formativo que la ley les otorga.

Pese a que estamos ante situaciones de incumplimiento a la ley, los y las estudiantes no formulan lo que viven como situaciones reguladas en las que tienen lugar diversos incumplimientos. En general, la regulación no aparece como personaje en los relatos, en los que sí se advierte la justificación y adaptación a lo que acontece, desde una mirada fatalista de la realidad del mundo profesional. A partir de la idea de la experiencia no formulada, de Donnel B. Stern, podemos postular que la ilegalidad no formulada respondería a una dificultad para tolerar la imagen de uno mismo como sujeto que es vulnerado por el incumplimiento y que sigue lo que se le dice sin ponerlo en cuestión, pese a estar formándose como profesionales del derecho. A ello se suma un contexto institucional que no reconoce lo que ocurre ni valida la forma de ser de quien reacciona frente a lo incorrecto.

Es necesario continuar con la investigación acerca de las prácticas preprofesionales, incluyendo temas como las dinámicas económicas y sociales que subyacen a las prácticas preprofesionales, las expectativas futuras de los y las estudiantes que las realizan, el impacto que tienen sus vivencias a nivel pedagógico, entre otras. Asimismo, las facultades de derecho tienen una responsabilidad impostergable por enfocar estas problemáticas y generar espacios pedagógicos en los que los y las estudiantes puedan reflexionar acerca de sus vivencias. A su vez, deben tener mejores mecanismos para formar a sus estudiantes, de modo que puedan tener más herramientas para hacer frente a las situaciones que

viven. Final y medularmente, al ser parte en los convenios de prácticas y responsables del proceso formativo de sus estudiantes, deben tener mayor firmeza con los centros de prácticas que incumplen la ley y generar mecanismos para conocer y actuar frente a dichos incumplimientos.

Referencias bibliográficas

- Benjamin, J. (2020). *Reconocimiento mutuo*. Gradiva.
- Boza, B. (2005). Inter estudios, escándalos y crisis. THEMIS y la responsabilidad profesional del abogado en el Perú. *THEMIS: Revista de Derecho*, (50), 69-72.
- Braun, V. & Clarke, V. (2006). Using thematic analysis in psychology. *Qualitative Research in Psychology*, 3(2), 77-101.
- Bromberg, P. (2009). "Speak! that I may see yo"; some reflections on dissociation, reality, and psychoanalytic listening. *The international journal of relational perspectives*. 4 (4), 517-547.
- Colegio de Abogados de Lima. Consejo de Ética. Resolución del Consejo de Ética N° 444-2023-CE/DEP/CAL. 2 de febrero de 2023.
- Constantino, R., Del Campo, P., Swayne, C. & Ibarra, N. (2024). La integridad profesional como parte del deber de ser ejemplo en la abogacía: Reflexiones a partir del "Caso Telmo". *Pensar Revista de Ciencias Jurídicas*, 29(1), 1-13.
- Constitución Política del Perú. [Const]. 29 de diciembre de 1993 (Perú)
- Creswell, J. & Poth, C. (2018). *Qualitative Inquiry & Research design. Choosing among Five Approaches*. Sage.
- Decreto Supremo 007-2005-TR. [Poder Ejecutivo]. Aprueban reglamento de la Ley N°28518 "Ley de Modalidades Formativas Laborales". 19 de septiembre de 2005.
- Decreto Supremo 083-2019-PCM [Poder Ejecutivo]. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1401, Decreto Legislativo que aprueba el Régimen Especial que regula las modalidades formativas de servicios en el Sector Público. 24 de abril de 2019.
- Decreto Legislativo 1401 de 2018 [Poder Legislativo]. Decreto legislativo que aprueba el régimen especial que regula las modalidades formativas de servicios en el sector público. 11 de septiembre de 2018.
- Del Mastro, F. (2022). Pensar y sentir de estudiantes de derecho en su contacto con el



mundo profesional. *THEMIS: Revista de Derecho*, (81), 135-148.

González Rey, F. (2003). La investigación cualitativa en psicología: algunas cuestiones actuales. *Revista de Psicología UNMSM*, 6(2), 41-56.

Grupo de investigación Themis. (2010). El rol de las universidades en las prácticas pre-profesionales: hacia una necesaria reivindicación. *THEMIS Revista De Derecho*, (58), 285-298. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9134>

Ley 1367 de 1911. Colegio de Abogados. 10 de junio de 1911.

Ley 28518 de 2005. Ley sobre modalidades formativas laborales. 24 de mayo de 2005.

Li Wan, J y Del Mastro, F. (2018). Las prácticas pre-profesionales y su impacto formativo en estudiantes de derecho. Estudio cualitativo de las experiencias de seis estudiantes. Sin publicar.

Oficina de Prácticas Preprofesionales y SECIGRA Derecho (2021). *Compendio Estadístico Informe sobre prácticas preprofesionales y SECIGRA 2019-II a 2021-I*. Facultad de Derecho PUCP.

Practica Derecho PUCP (01 de agosto, 2022). *Estadísticas Ranking 2022-1* [Imagen]. Facebook. <https://www.facebook.com/PracticaDerechoPUCP/photos/pcb.2690252461109051/2690249501109347>

Stern, D. (2019). *La infinidad de lo no dicho*. Gradiva.

Storolow, R. y Atwood, G. *Los contextos del ser*. Barcelona: Herder.

JUAN CARLOS GUAYACÁN ORTIZ
JOSÉ FRANCISCO BUSTAMANTE REQUENA
STHÉFANO BRUNO SANTOS DIVINO
EDILSON VITORELLI
LUIS ALFARO VALVERDE
JUAN MENDOZA DIAZ
CHRISTIAN DELGADO SUÁREZ
FERNANDO MARTÍN DIZ
CAMILO ZUFELATO
FERNANDO ANTÔNIO OLIVEIRA
VICTOR DANTAS DE MAIO MARTINEZ
GABRIELLA VALENZUELA
RENZO CAVANI
GABRIEL VALENTIN
LEILANE SERRATINE GRUBBA
DANIEL UGARTE MOSTAJO
ERIKA ISLER SOTO
FERNANDO DEL MASTRO PUCCIO
CINDY QUISPE VALENCIA



IUS ET VERITAS

Asociación integrada por estudiantes y egresados de la Facultad de Derecho de la PUCP

www.iusetveritas.com