

REVISTA
**IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL**
RIDP

AÑO 1 • VOL. 1 • ENERO-JUNIO 2020

DIRECTORES:
JOAN PICÓ I JUNOY
LUIZ GUILHERME MARINONI

IIDP

Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal

JB
BOSCH EDITOR

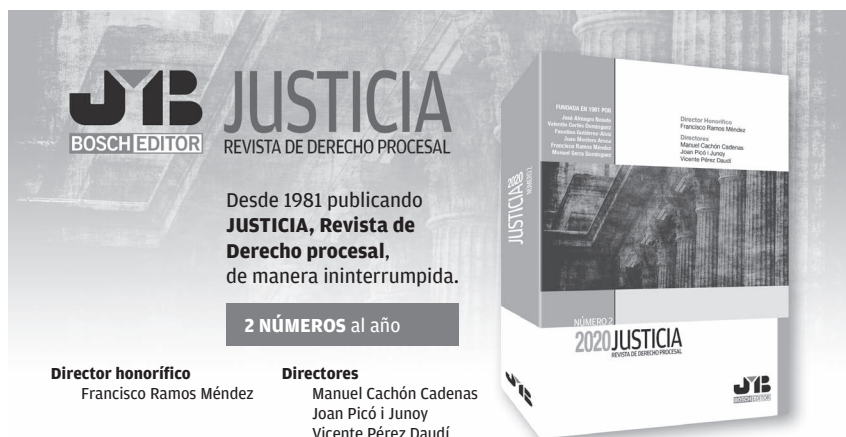
REVISTA
**IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL**
RIDP


AÑO 1 • VOL. 1 • ENERO-JUNIO 2020

1. **Los poderes del juez civil en materia probatoria.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2003
2. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del Derecho.** Guimaraes Ribeiro, Darci, 2004
3. **Problemas actuales de la prueba civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2004
4. **La tutela judicial del crédito. Estudio práctico de los procesos monitorio y cambiario.** Picó i Junoy, Joan y Adan Domènech, Federic, 2005
5. **Aspectos prácticos de la prueba civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2006
6. **La prejudicialidad en el proceso civil.** Reynal Querol, Nuria, 2006
7. **Objeto y Carga de la Prueba Civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2007
8. **Introducción a la probática.** Muñoz Sabaté, Lluís, 2007
9. **La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales.** Incluye CD. Jimeno Bulnes, Mar (Coord.), 2007
10. **El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual.** Picó i Junoy, Joan, 2007
11. **El interrogatorio de partes (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 1).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2007
12. **Análisis práctico del juicio de desahucio por falta de pago.** Achón Bruñen, M^a José, 2007
13. **Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2008
14. **El interrogatorio de testigos (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 2).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2008
15. **Las costas procesales y las denominadas juras de cuentas. Soluciones a problemas que la LEC silencia.** Achón Bruñen, M^a José, 2008
16. **La ejecución judicial civil y sus alternativas en España y México.** Hernández Bezanilla, Emma del Rosario, 2008
17. **Tratamiento procesal del allanamiento en el Proceso Civil.** Carbonell Tabeni, Joaquín, 2008
18. **El interrogatorio de las partes en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.** Abel LLuch, Xavier (Dir.), 2008
19. **La ejecución civil privada. Realización por persona o entidad especializada. Estudio del artículo 641 de la LEC.** Cerrato Guri, Elisabet, 2008
20. **La ejecución hipotecaria.** Adan Domènech, Federic, 2008
21. **La prueba pericial (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 3).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2009
22. **La prueba documental (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 4).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2010
23. **La audiencia previa.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2010
24. **Las garantías constitucionales del proceso (2ª edición).** Picó i Junoy, Joan, 2011
25. **Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales.** Libano Beristain, Arantza, 2011
26. **La prueba electrónica (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 5).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2011
27. **El aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria.** Joan Picó (Dir.), 2011
28. **La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio.** Benavente Chorres, Hesbert, 2011
29. **El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal.** Gil Vallejo, Beatriz, 2011
30. **La prueba de reconocimiento judicial (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 6).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2012

31. **La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: Concepto y modalidades.** Benavente Chorres, Hesbert, 2012
32. **Derecho probatorio.** Abel Lluch, Xavier, 2012
33. **Técnica procesal. 25 años de estudios forenses.** Muñoz Sabaté, Lluís, 2012
34. **El principio de la buena fe procesal (2ª edición).** Picó i Junoy, Joan, 2012
35. **La ejecución del laudo y su anulación. Estudio del artículo 45 LA.** Ripol, Ignacio, 2013
36. **La desnaturalización del proceso.** Sánchez Álvarez, Eduardo, 2013
37. **La liquidación de cargas en el proceso de ejecución civil.** Sabater Sabaté, Josep Maria, 2013
38. **La adhesión al recurso de apelación civil.** Rodríguez Camacho, Nuria, 2013
39. **Principios y garantías procesales. Liber amicorum en homenaje a la profesora Mª Victoria Berzosa Francos.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2013
40. **El secreto profesional del abogado en el proceso civil.** Andino López, Juan Antonio, 2014
41. **Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal.** Duart Albiol, Juan José, 2014
42. **Las intervenciones telefónicas en el proceso penal.** Casanova Martí, Roser, 2014
43. **El principio de audiencia.** Alfaro Valverde, Luis Genaro, 2014
44. **Las diligencias policiales y su valor probatorio.** González i Jiménez, Albert, 2014
45. **La suspensión de los juicios orales.** Pesqueira Zamora, Mª Jesús, 2015
46. **El desistimiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil.** Rueda Fonseca, María del Socorro, 2015
47. **La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso.** Benavente Chorres, Hesbert, 2015
48. **Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva.** Jimeno Bulnes, Mar y Pérez Gil, Julio (Coords.), 2016
49. **La cuestión prejudicial europea. Planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia.** Soca Torres, Isaac, 2016
50. **La acción rescisoria concursal.** Huelmo Regueiro, Josefina, 2016
51. **Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar.** Jimeno Bulnes, Mar (Dir.), 2016
52. **Las excepciones materiales en el proceso civil.** De Miranda Vázquez, Carlos, 2016
53. **La venta judicial de inmuebles.** Sabater Sabaté, Josep Maria, 2017
54. **La prueba en el proceso penal. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** De Aguilar Gualda, Salud, 2017
55. **Lingüística procesal: estrategias discursivas en los juicios españoles.** Torres Álvarez, José, 2017
56. **La LEC práctica en fichas.** Adan Domènech, Federic, 2017
57. **Peritaje y prueba pericial.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2017
58. **La LEC práctica en fichas.** Segunda Edición. Adan Domènech, Federic, 2018
59. **La personación procesal ante el juzgado de instrucción y de menores.** Valdivielso García, Yolanda, 2018
60. **La preparación del proceso civil: las diligencias preliminares.** Castrillo Santamaria, Rebeca, 2018
61. **Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba.** Picó i Junoy, Joan y Abel Lluch, Xavier (Dir.), 2018
62. **La subasta concursal.** Huerta García, Rafael, 2019
63. **Tribunal Constitucional y fines de la prisión provisional. Evolución de la prisión provisional en España.** Alonso Fernández, José Antonio, 2019
64. **La aplicación práctica de la segunda oportunidad: problemas y respuestas.** Puigcerver Asor, Carlos y Adan Domenech, Federico, 2019

65. **Internamientos psiquiátricos y por razones de salud pública. Aspectos civiles, administrativos y penales.** Pérez Losa, Lluís, 2019
66. **La Prueba Digital en el proceso judicial. Ámbito civil y penal.** De Aguilar Gualda, Salud, 2019
67. **La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2019
68. **Piero Calamandrei: Vida y obra. Contribución para el estudio del proceso civil.** Cruz e Tucci, José Rogério, 2019
69. **El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de Crédito Inmobiliario y en la jurisprudencia del TS y TJUE.** Adan Domenech, Federico, 2020
70. **La prueba pericial a examen. Propuestas de *lege ferenda*.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2020
71. **Proceso y Principios. Una aproximación a los Principios Procesales.** Ríos Muñoz, Luis Patricio, 2020
72. **Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal. Reflexiones de *lege lata* y propuestas de *lege ferenda*.** Libano Beristain, Arantza, 2020
73. **La segunda oportunidad de personas naturales en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.** Puigcerver Asor, Carlos y Adan Domenech, Federico, 2021
74. **La pragmática de la imputación penal.** Benavente Chorres, Hesbert, 2021
75. **El testimonio como prueba. Una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial.** González Coulon, María de los Ángeles, 2021
76. **Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada. Comparación entre modelos de Civil Law y Common Law.** Ezurmendia Álvarez, Jesús, 2021
77. **La prueba a debate. Diálogos hispano-cubanos.** Picó i Junoy, Joan; Mendoza Díaz, Juan; Mantecón Ramos, Ariel (Dir.), 2021





JUSTICIA

REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Desde 1981 publicando
JUSTICIA, Revista de Derecho procesal,
de manera ininterrumpida.

2 NÚMEROS al año


Director honorífico
Francisco Ramos Méndez

Directores
Manuel Cachón Cadenas
Joan Picó i Junoy
Vicente Pérez Daudi

FUNDADA EN 1981 POR
José de Aragón Barrio
Vicente Cachón Cadenas
Francisco Ramos Méndez
José María y Alicia
Francisco Ramos Méndez
Manuel Pérez Daudi

Director Honorífico:
Francisco Ramos Méndez
Directores:
Manuel Cachón Cadenas
Joan Picó i Junoy
Vicente Pérez Daudi

NÚMERO 2
2020 JUSTICIA
REVISTA DE DERECHO PROCESAL



REVISTA
**IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL**
RIDP

Año 1 • Vol. 1 • Enero-Junio 2020



REVISTA
**IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL**
RIDP

Año 1 • Vol. 1 • Enero-Junio 2020

Directores

JOAN PICÓ i JUNOY | LUIZ GUILHERME MARINONI

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL

PRESIDENTE

Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell

SECRETARIO GENERAL

Joan Picó i Junoy

TESORERO

Santiago Pereira Campos

VICEPRESIDENTES

I) Región México, América Central y el Caribe

Titular: Camilo Constantino Rivera (México)

Suplente: María Cristina Chen Stanziola (Panamá)

II) Región Colombia y Venezuela

Titular: Ramiro Bejarano Guzmán (Colombia)

Suplente: René Molina Galicia (Venezuela)

III) Región Brasil

Titular: Paulo Henrique dos Santos Lucon

Suplente: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

IV) Región Perú, Chile, Ecuador y Bolivia

Titular: Giovanni Priori Posada (Perú)

Suplente: Enrique Letelier Loyola (Chile)

V) Región España y Portugal

Titular: María Isabel González Cano (España)

Suplente: María Elizabeth Moreira Fernández (Portugal)

VI) Argentina, Paraguay y Uruguay

Titular: Francisco Verbic (Argentina)

Suplente: Margarita de Hegedus (Uruguay)

REVISTA
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL
RIDP

Año 1 • Vol. 1 • Enero-Junio 2020

Directores

JOAN PICÓ I JUNOY | LUIZ GUILHERME MARINONI

Ex Directores de la Revista: Juan Monroy Galvez, Roberto Omar Berizonce

Consejo Consultivo - Presidentes Honorários: Augusto Mario Morello (†), José Carlos Barbosa Moreira, Roberto Omar Berizonce, Jairo Parra Quijano, Raúl Tavolari Oliveros, Ángel Landoni Sosa.

Consejo Científico: Ada Pellegrini Grinover (†) (Brasil), Adolfo Alvarado Velloso (Argentina), Aristides Rengel-Romberg (Venezuela), Cândido Rangel Dinamarco (Brasil), Carlos M. Ferreira da Silva (Portugal), Carlos Parodi Remón (Peru), Carlos Pecchi Croce (†) (Chile), Cipriano Gómez Lara (†) (México), Daniel González Álvarez (Costa Rica), Enrique Manuel Falcón (Argentina), Francisco Ramos Méndez (España), Germán R. Peters Arzabe (Bolivia), Gonzalo Armienta Calderón (†) (México), Hernán Fabio López Blanco (Colombia), Hugo Allen (Paraguay), Jaime Greif (Uruguay), Jorge Fábrega P. (Panamá), José Almagro Nosete (†) (España), José Luis Vázquez Sotelo (España), José M. de Arruda Alvim Neto (Brasil), José Ovalle Favela (México), Juan Monroy Galvez (Peru), Juan Montero Aroca (España), Julio B. Maier (†) (Argentina), Mario Aguirre Godoy (Guatemala), Mariolga Quintero Tirado (†) (Venezuela), Mauro R. Chacón Corado (Guatemala), Miguel Teixeira Ferreira de Sousa (Portugal), Nelson Ramírez Jiménez (Peru), Paula Costa e Silva (Portugal), Olman Arguedas Salazar (Costa Rica), Rodolfo Duarte Pedro (Paraguay), Victor Fairén Guillén (†) (España).

Secretários: Álvaro Perez Ragone (Chile), Christian Delgado (Peru), Daniel Mitidiero (Brasil), Francisco Verbic (Argentina), Gabriel Valentin (Uruguay), Giovanni Priori Posada (Peru), Henry Sanabria Santos (Colombia), Hugo Contreras Lamadrid (México), José Martín Pastor (España), Sérgio Cruz Arenhart.

REVISTA
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL
RIDP

Año 1 • Vol. 1 • Enero-Junio 2020

Directores

JOAN PICÓ I JUNOY | LUIZ GUILHERME MARINONI

© JUNIO 2021



Librería Bosch, S.L. <http://www.jmboscheditor.com>
<http://www.libreriabosch.com> E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISSN: 2358-7156
D.L: B 11165-2021

Maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

REVISTA
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL
RIDP

Año 1 • Vol. 1 • Enero-Junio 2020

Directores

JOAN PICÓ I JUNOY | LUIZ GUILHERME MARINONI

La Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, ahora publicada en España con nueva numeración, es una continuación de la Revista que se publicó anteriormente en Brasil por Thomson Reuters.

PRESENTACIÓN

La «Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal» inicia una nueva etapa, con tres novedades significativas: el formato *online*, si bien, quien lo desee, podrá solicitar al editor el formato clásico en papel; la editorial, a cargo de la centenaria J.M. Bosch Editor, que sigue liderando nuevos retos de publicaciones jurídicas; y los directores, con el profesor Joan Picó i Junoy junto al profesor Luiz Guilherme Marinoni.

El moderno Derecho Procesal afronta apasionantes desafíos: las nuevas tecnologías aparecen como excelentes aliados de los encargados de administrar justicia en cualquiera de sus manifestaciones –tanto los mecanismos voluntarios de resolución de conflictos (arbitraje, mediación, conciliación, etc.) como los obligatorios (el proceso judicial)–. La Revista está abierta a recibir estudios de cualquier ámbito del Derecho Procesal, tanto civil, como penal, laboral o contencioso-administrativo; y en lengua española o portuguesa.

Animamos a todos los procesalistas iberoamericanos a publicar sus estudios en la Revista. Para ello, solo tienen que seguir las normas editoriales que figuran al final de cada ejemplar de la revista y enviarlo a los directores de la Revista o la dirección de e-mail de J.M. Bosch Editor que figura al final del ejemplar de la revista.

Barcelona-Curitiba, 12 de abril de 2021

JOAN PICÓ I JUNOY
LUIZ GUILHERME MARINONI
Directores

SUMARIO

PRESENTACIÓN.....	13
-------------------	----

DOCTRINA

El acceso a la justicia como continente de la prueba pericial. <i>Access to justice as a continent of expert evidence.</i> EDUARDO OTEIZA.....	19
La privatización de la ejecución civil en España. <i>The privatization of civil enforcement in Spain.</i> ELISABET CERRATO GURI, ROSER CASANOVA MARTÍ.....	41
Presente y futuro del proceso monitorio en Europa e Iberoamérica. El paradigma colombiano. <i>Present and future of the injunction for payment process in Europe and Ibero-america. The colombian paradigm.</i> JUAN PABLO CORREA DELCASSO.....	81
Las reglas del contrainterrogatorio en el proceso penal en El Salvador. <i>The rules of cross examination in the criminal process in El Salvador.</i> ROMMELL ISMAEL SANDOVAL ROSALES.....	135
Reparação de danos causados por erro judiciário no ordenamento jurídico português. <i>Compensation for damage caused by judicial error in the portuguese legal system.</i> RICARDO PEDRO.....	181

Aspectos relevantes das tutelas provisórias de urgência nos sistemas processuais brasileiro e português. *Relevant aspects of interim injunctions in the brazilian and Portuguese procedural systems.*

PAULO GUILHERME R.R.MAZINI 207

O princípio da vedação ao retrocesso social e a denominada jurisprudência da crise: uma mudança de paradigma? *The principle of the sealing of social kickback and the denominated jurisprudence of the crisis: a paradigm change?*

CLÁUDIO TESSARI, MARCO FÉLIX JOBIM 247

RECENSIONES

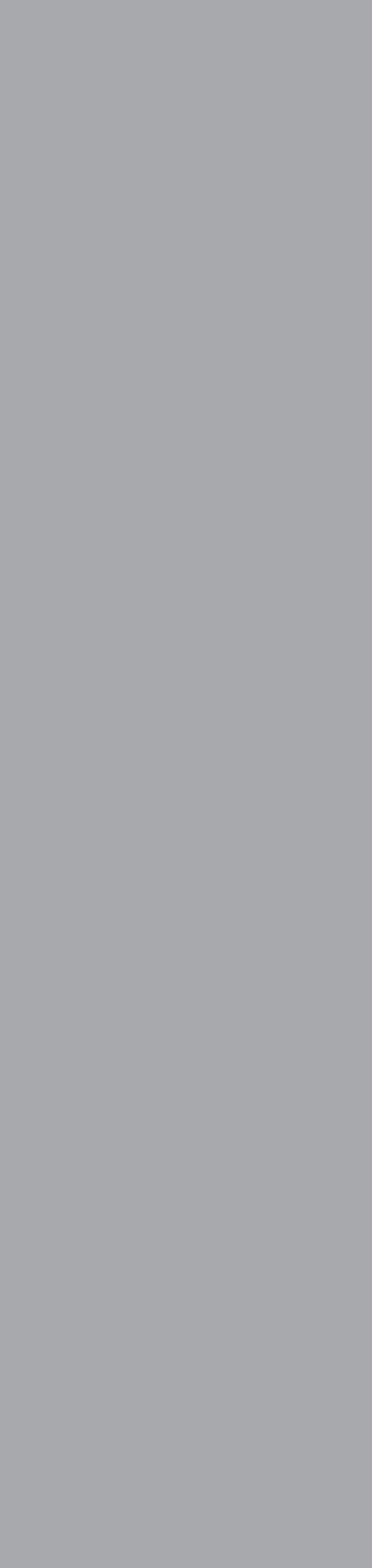
Administrativización, privatización e informatización de la Jurisdicción. *Recensión a la obra de Teresa Armenta Déu Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios.*

LORENZO M. BUJOSA VADELL 281

NORMAS EDITORIALES 291

The background features a light gray color with a series of overlapping, curved, semi-transparent lines that create a sense of depth and movement. A subtle grid pattern is visible in the lower right quadrant, partially obscured by the curved lines.

Doctrina



EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO CONTINENTE DE LA PRUEBA PERICIAL¹

ACCESS TO JUSTICE AS A CONTINENT OF EXPERT EVIDENCE

EDUARDO OTEIZA

Expresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal
Presidente de la International Association of Procedural Law
Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de La Plata

Fecha de recepción: 18.05.2020
Fecha de aceptación: 04.07.2020

RESUMEN: El acceso a la justicia es un derecho fundamental universal, por lo que es un desafío superar todas las situaciones de desventaja en el camino que culmina con la decisión judicial. En este estudio se analizan las opciones del acceso a la justicia respecto a la prueba pericial desde la perspectiva de los valores esenciales del proceso como son la igualdad de armas procesal, la imparcialidad e independencia del juez.

PALABRAS-CLAVE: acceso a la justicia, igualdad procesal, prueba pericial.

ABSTRACT: Access to justice is a universal fundamental right, so it is a challenge to overcome all disadvantageous situations on the path that culminates in the judicial decision. In this study, the options for access to justice with respect to expert evidence are analyzed from the perspective of the essential values of the process, such as procedural equality of arms, the impartiality and independence of the judge.

KEYWORDS: access to justice, procedural equality, expert evidence.

-
1. Debo expresar mi agradecimiento a Joan Picó i Junoy y Victoria Mosmann por los comentarios que realizaron a los borradores del presente ensayo. Sus sugerencias me permitieron reflexionar sobre distintos aspectos y sus preguntas fueron un incentivo para profundizar algunos argumentos.

SUMARIO: 1. Contexto e incertidumbre. 2. Proyecciones del acceso a la justicia. 3. Conocimiento experto y decisión judicial. Preservación de la igualdad y la equidistancia. Ajenidad y simetría. 4.Revisión de las opciones con foco en la igualdad, imparcialidad (e independencia), cooperación y proporcionalidad. 5. Nuevamente sobre el derecho fundamental de acceso a la justicia.

1. CONTEXTO E INCERTIDUMBRE

Escribo el presente ensayo en un momento dominado por la sensación de falta de certeza a escala planetaria sobre cómo aminorar los múltiples efectos de la pandemia causada por el COVID-19. La sensación de vulnerabilidad ha adquirido dimensión global y frente a ella la única solución que pareciera dar relativos resultados es el aislamiento. En pocos meses pasamos de sentirnos protegidos por la ciencia médica, con sus inestimables avances para prolongar la vida, a una situación en la cual se muestra impotente a la hora de evitar el fallecimiento de miles de personas. Somos desde hace meses más vulnerables. Esa fragilidad se asocia con la imposibilidad de encontrar en la ciencia médica una respuesta. Nuestra propia debilidad se asocia a la impotencia del mundo científico que obliga a andar a tientas. Lo incierto adquiere una dimensión imprevista.

Al mismo tiempo, los pronósticos que auguraban crecimiento han cedido ante una fuerte recesión que no respetará fronteras. El aislamiento provocará una caída económica sin precedentes que aumentará la pobreza y castigará con virulencia a las franjas de la población más vulnerables.

Si bien los niveles de desigualdad de las últimas décadas han sido alarmantes, la visión dominante consideraba que la lógica del mercado, lentamente, pero sin pausa, con mínimas acciones positivas, lograría incrementar los indicadores de desarrollo social. Esa confianza excesiva en la espontaneidad de las fuerzas económicas, librada a sus propios contrapesos moderadores, tuvo evidentes ecos sobre la educación, la salud, el ambiente y la justicia. Desde luego, se trata de un fenómeno complejo –que aquí solamente puedo mencionar como telón de fondo de una reflexión– con una multiplicidad de efectos y matices. Esa mirada también ha sido desafiada por la pandemia. Frente a ella la comprensión sobre qué acciones deben emprender los Estados, individual y conjuntamente, es sometida a un análisis que

debería rescatar valores, que la promesa de bienestar de las últimas épocas logró relativizar.

La falta de predictibilidad científica, la crisis económica en ciernes y la necesaria revalorización de los derechos y de la justicia –como único camino socialmente aceptado en los Estados democráticos para protegerlo– son elementos contextuales que permiten volver a analizar las opciones que brindan los sistemas procesales para la acreditación de hechos que requieren de conocimientos expertos y su relación con la decisión judicial, con el objetivo de privilegiar los valores referidos a la igualdad, la imparcialidad (e independencia), la cooperación y la ponderación, que resultan cardinales para la realización de un efectivo respeto del derecho de acceso a la justicia.

2. PROYECCIONES DEL ACCESO A LA JUSTICIA

Propongo examinar la incorporación de la prueba pericial al proceso desde la perspectiva que ofrece el acceso a la justicia como derecho humano. Para hacerlo partiré de los acuerdos mínimos entre Estados, a nivel mundial y en Europa y América, contenidos en los tratados vigentes. Esa normatividad ha sido interpretada y desarrollada por la intervención de instancias jurisdiccionales encargadas de su aplicación. Los textos acordados y la lectura producida al resolver casos concretos brindan un sugestivo marco de referencia que rescata ideas que luego pueden ser utilizadas para realizar un diagnóstico de compatibilidad con las decisiones a tomar en materia de diseño de opciones en diversos aspectos del proceso judicial, que en este ensayo tomaran como centro al conocimiento experto aportado al proceso.

Los instrumentos internacionales que fijan los estándares mínimos de protección traslucen el consenso general de los Estados sobre su alcance. La reiteración de un derecho fundamental en diversos tratados permite considerar que se trata de una creencia compartida

que goza de una amplia aceptación en la comunidad internacional. Los criterios elaborados por los tribunales internacionales forman parte de una práctica que confronta el derecho con las cuestiones en conflicto, lo cual implica agregar al imperativo textual una derivación que se manifiesta en la cadena de interpretaciones sobre las normas conjugadas con los hechos, que adquiere la forma de un diálogo de intérpretes sobre el alcance de la fórmula preceptiva aplicada. De allí partiré para indagar sobre las alternativas procesales referidas a la regulación de la prueba pericial. Esas opciones las trataré tomando como referencia algunas nociones acordadas en los Principios de Proceso Civil Transnacional de ALI/UNIDROIT².

La Asamblea General de la ONU aprobó el 25 de septiembre de 2015 la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible³, uno de cuyos pilares fue lograr que *no one will left behind*. Expresión que sintetiza la principal aspiración del compromiso asumido. La Agenda 2030 fijó una serie de objetivos a lograr con la finalidad de poner fin a la pobreza y el hambre en todo el mundo, a combatir las desigualdades dentro de los países y entre ellos, a construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas, a proteger los derechos humanos y promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, y a garantizar una protección duradera del planeta y sus recursos naturales. Se acordó procurar el universal respeto a los derechos humanos y a la dignidad de las personas, el estado de derecho, la justicia, la igualdad y la no discriminación.

El objetivo 16 de la Agenda 2030 consiste en promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el

2 Aprobadas en 2005 pueden ser consultadas en <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>

3 https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S

acceso a la justicia sin exclusiones y construir en todos los niveles instituciones eficaces. El subpunto 3 contiene la meta de promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia.

La expresión acceso a la justicia receptada en el objetivo 16.3 tiene un trascendente significado simbólico, que engloba la posibilidad de que el reclamo de protección sea recibido por un juez y, al mismo tiempo, califica al proceso en el que el debate se debe desarrollar como justo. Es el resultante del reconocimiento del derecho a la tutela judicial en las declaraciones y tratados de derechos humanos y de la construcción que sobre las disposiciones allí adoptadas realizaron las jurisdicciones internacionales al aplicarlo.

Cuatro años después de lanzada la Agenda 2030, en 2019, el Consejo de Derechos Humanos⁴, luego de considerar que desde 1990 se sacaron de la pobreza extrema a 1.100 millones de personas, mostraba su preocupación debido a que 1300 millones de personas siguen viviendo en situación de pobreza multidimensional.

El Objetivo 16.3 de la Agenda 2030 vuelve a poner el acento sobre el derecho igualitario de acceso a la justicia⁵. Se trata de una referencia sustantiva que merece ser destacada como uno de los ejes centrales de los estudios de derecho procesal sobre una amplia gama de instituciones. Desde ese punto de vista la lectura del problema de la prueba pericial sigue un enfoque que adscribe a la iniciativa de Ca-

4 A/HRC/41/L.17Rev.1/Consejo de Derechos Humanos/41er período de sesiones, Tema 3, Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.

5 Sobre el Objetivo 16.3, ver AHRENS, H., FISHER, H., GÓMEZ, V. y NOWAK, M, *Equal Access to Justice for All and Goal 16 of Sustainable Development Agenda: Challenges for Latin America and Europe*, en especial capítulos 1-3.

ppelletti y Garth en el *Florence Access-to-Justice_project*⁶. Ese proyecto multidimensional exploraba los límites que enfrentan las personas para poder ingresar al sistema de tutela de derechos, así como las condiciones de igualdad en que se desarrollan los procesos judiciales⁷.

El compromiso asumido en el Objetivo 16 se relaciona con el nivel de protección ya reconocido en las declaraciones y tratados de derechos humanos. Entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) que consagra la igualdad de las partes y la independencia e imparcialidad del juez como elementos esenciales de la protección judicial. Su artículo 10 expresamente establece que «toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial...». Con similar orientación el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966) dispone en su artículo 14 que «todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obliga-

6 CAPPELLETTI, M., GARTH, B., *Access to Justice. A World Survey*, Dott. Giuffrè Editore, Milan, 1978, pp. 1-124.

7 Sobre el alcance asignado al proyecto remitimos a CAPPELLETTI, M., *Dimensioni della giustizia: Nelle Società contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 1994, especialmente en el capítulo tercero: «*La dimensione sociale: l'accesso alla giustizia*», pp. 71-102. Los estudios de Cappelletti desde una proyección social del proceso se emparentan con las tesis defendidas por CHIOVENDA, G., *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, en «*Rivista giuridica e sociale*», 1907 y reproducida en sus *Saggi di diritto processuale*, Roma, Società ed. Foro italiano, 1930, v.I, pp. 379 y ss., CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, traducción Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ejea, T. I, pp. 417-421; y DENTI, V., *Processo civile e giustizia sociale*, «*Edizione di Comunità*», 1970, pp. 13-27.

ciones de carácter civil». ⁸El uso de la voz «todas» tiene un significado consistente con la idea de igualdad. La utilización de la expresión «todas» refuerza la posición igualitaria en que se apoya el debate entre las partes, llamado a concluir en una decisión judicial producida por un tercero independiente e imparcial que se pronuncia sobre los hechos y el derecho en conflicto.

El Comité de Derechos Humanos adoptó la Observación General Nro. 32 sobre «El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia» ⁹que contiene una serie de criterios que surgen del artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. De acuerdo con uno de esos estándares los principios de igualdad de acceso e igualdad de medios procesal es asegura que las partes en los procesos sean tratadas sin discriminación alguna ¹⁰. Sostiene, también, que «el requisito de la competencia, independencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna» ¹¹.

En Europa el concepto de derecho de acceso a la justicia está consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos

8 Formulas semejantes adoptan la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990, art.18), la Convención sobre los derechos del niño (1990, art. 37) y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006, arts. 11 y 12), reconocen que el derecho humano al debido proceso requiere que se conjuguen adecuadamente la igualdad de las partes con la independencia e la imparcialidad del juez

9 Puede consultarse en https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCPR%5D.html#GEN32

10 Ver *Ibid* punto 8.

11 Ver *Ibid* punto 19. Comunicación N° 263/1987, González del Río c. el Perú, párr. 5.2.

Humanos (CEDH) y en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que garantizan el derecho a un proceso equitativo (*right to a fair trial*) y a un recurso efectivo (*effective remedy*).

Si bien aquí no es posible desarrollar en detalle la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) algunos de sus criterios constituyen orientaciones relevantes en cuanto al acceso a la justicia, al equilibrio de las partes en el proceso y a la independencia e imparcialidad de los expertos. Mencionaré algunas pautas de interpretación del TEDH sobre el artículo 6 del CEDH¹².

Con ese sentido, cabe recordar que sostuvo en *Golder v. United Kingdom* (1975)¹³ que una derivación importante del derecho de acceso a la justicia es el principio de igualdad de medios procesales (*equality of arms*) reconocido por el TEDH. Lo cual es consistente con lo decidido en *Affaire Fledbrugge v. Países Bajos* (1986)¹⁴ al sostener la necesidad de lograr un equilibrio justo (*fair balance*) entre las partes.

En *Regner v. Czech Republic* (2017)¹⁵ el TEDH agregó que la *equality of arms* era un concepto cercano a la idea de contradicción (*adversarial principle*). Y en *Dombo Beheer B.V. v. Países Bajos* (1993)¹⁶ concluyó que la igualdad de medios procesales implica la obligación de ofrecer a cada parte la posibilidad razonable de presentar su cau-

12 Puede consultarse un examen exhaustivo de la jurisprudencia del TEDH sobre prueba pericial en BUJOSA VADELL, L., *La prueba en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Picó i Junoy, J. (director), «Peritaje y prueba pericial», Barcelona, J.M^a. Bosch editor, 2017, pp. 47-70.

13 §§28-36, 4451/70.

14 §44, 8562/79.

15 §146, 35289/11.

16 §33, 1448/88.

sa – incluyendo las pruebas- en condiciones que no la coloquen en situación de clara desventaja con respecto a la otra¹⁷.

En América, primero la Declaración de Derechos Humanos¹⁸ y luego la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) reconocieron el derecho a un proceso judicial. La CADH en el artículo 8 reconoce el derecho a las garantías judiciales y en el artículo 25 el derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo y rápido.

Al interpretar la CADH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), fijó algunos estándares consistentes con la igualdad procesal y la independencia e imparcialidad de quien decide. La jurisprudencia de la Corte IDH ha entendido que las «garantías judiciales» del artículo 8 de la CADH se refieren a las exigencias del debido proceso legal, así como al derecho de acceso a la justicia.

Aquí me limitaré a citar muy brevemente algunas de las máximas de interpretación utilizadas por la Corte IDH al aplicar el artículo 8 de la CADH.

Con respecto a la situación de equilibrio entre las partes implícitamente establecida en el artículo 8 de la CADH, en la Opinión Consultiva 16/99, sobre *Derecho a la información sobre asistencia consultiva en el marco de las garantías del debido proceso legal*,¹⁹ consideró que «para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los

17 Criterio también aplicado en el caso antes citado *Regner v. Czech Republic* (§146).

18 Artículo XVIII.

19 Consultar en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf Las decisiones de la Corte IDH aquí citadas pueden ser consultadas en <https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>

tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas»²⁰. Esa posición fue reiterada expresamente en los casos *Baldeón García vs. Perú*²¹ (2006) y *Vélez Loor vs. Panamá* (2010)²².

Interpretación que se complementa con la sostenida en *Cantos vs. Argentina*²³ (2002), al afirmar que debe entenderse contrario al artículo 8 de la CADH cualquier norma o medida de orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales que no esté justificada por razonables necesidades de la propia administración de justicia y en la Opinión Consultiva 21/14, sobre *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, al señalar que «el debido proceso se encuentra íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque

20 §119.

21 §202.

22 §152.

23 §50.

al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa»²⁴.

De la reiterada jurisprudencia de la Corte IDH en materia de independencia e imparcialidad destaco lo sostenido en *Reverón Trujillo vs. Venezuela*²⁵ (2009) y *Lopez Lone vs. Honduras*²⁶ (2015) en los cuales reconoció que «los justiciables tienen el derecho, derivado de la CADH, a que los jueces que resuelvan sus controversias sean y aparenten ser independientes». En el último caso citado concluyó que «el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa de modo imparcial»²⁷.

3. CONOCIMIENTO EXPERTO Y DECISIÓN JUDICIAL. SIMETRÍA Y AJENIDAD

La derivación latina del latín *expertus* para designar a quien tiene un conocimiento particular sobre una materia específica, se vincula con la idea la experiencia y práctica desarrollada en un área singular y por lo tanto excluida de la formación del juez como *típico hombre medio*, como lo conceptualiza Taruffo²⁸. Como sostenía Denti «el verdadero y funda-

24 §109.

25 §114.

26 §218.

27 En *López Lone vs. Honduras*, §233. Posición semejante a la sostenida por la Corte IDH en los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004, § 171) y *Duque vs. Colombia* (2016, § 162) en los cuales afirmó que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador debe contar con la mayor objetividad para enfrentar el juicio». 140 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. EPFRC. 2004, § 171. Corte IDH. Caso Duque vs. Colombia. EPFRC. 2016, § 162.

28 TARUFFO. M. (1992) de la traducción de Ferrer Beltrán, J., *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 333 y ss.

mental problema de la cientificidad de la prueba lo da, pues, la necesidad en que el juzgador puede verse, de emplear para el accertamiento del hecho, nociones que trascienden al patrimonio de conocimiento del hombre medido. En todos los ordenamientos, con formulaciones y principios diversos, se reconoce al juez el poder de acudir de oficio a las nociones de la experiencia común, entre las cuales se encuentran también reglas tecnicocientíficas aplicables a la valoración de los hechos»²⁹.

Las conclusiones científicas y técnicas aportadas al proceso por los peritos si bien pasan por el control de las partes y la valoración del juez son un factor gravitante cuya cuota de verdad con respecto a los hechos a probar puede ser difícil de determinar y contrastar debido a que el experto posee conocimientos y experiencias especiales. El perito no toma la decisión, contribuye a su elaboración, y por esa razón los recaudos de accesibilidad, igualdad e imparcialidad (independencia) son relevantes. Como señala Damaška³⁰: los hechos revelados por modernos instrumentos técnicos ensancha el abismo con la «realidad percibida por los órganos sensoriales humanos». Esos instrumentos técnicos son dirigidos por peritos con conocimientos especiales. Los expertos, apunta Damaška, son los intérpretes del testimonio silencioso de tales instrumentos.

De allí que en lo que respecta al derecho de acceso a la justicia, y su relación directa con el principio de isonomía, es preciso garan-

29 DENTI, V., *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, relato general realizado en el I Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, publicado en Boletín Mexicano de Derecho Procesal, Nueva Serie, Año V, Número 13-14, UNAM, 1972, p. 9, también puede consultarse en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/890/1150>

30 DAMASKA, M. R., *Evidence Law Adrift*, New Haven, Yale University Press, 1997, p.143 (traducido por Joan Picó i Junoy, *El derecho probatorio a la deriva*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 145).

tizar el equilibrio entre las partes con respecto a la posibilidad de incorporarlo al proceso. La posibilidad de contar con la introducción del conocimiento experto no puede generar situaciones de desventaja y discriminación. La igualdad de medios procesales (*equality of arms*) debe ser garantizada también en cuanto a la posibilidad de contar con la introducción de conocimiento imparcial.

La asistencia de las partes por un abogado se considera un elemento central para garantizar del acceso a la justicia. Se asume que dada la complejidad de los ordenamientos jurídicos es imprescindible la asistencia de un profesional del derecho. En caso de que una persona no pueda afrontar el costo, el Estado brinda sistemas de ayuda para que obtenga la representación jurídica necesaria para llevar adelante la defensa de sus derechos. Sin embargo, los sistemas procesales como el español³¹ o el colombiano³² han privatizado el conocimiento experto generalizando la utilización de la pericia de parte sin prestar debida atención a las desigualdades reales, que no siempre y necesariamente se inscriben en situaciones de pobreza extrema.

El segundo aspecto, es la neutralidad del conocimiento experto que afecta la objetividad de la decisión y por lo tanto exige que se garantice su imparcialidad³³. La finalidad de la prueba, en tanto puede ser consi-

31 Ley de Enjuiciamiento Civil Española, artículos 265, 4 y 336, 1. Se establece una excepción a dicha carga si cualquiera de las partes fuese titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, en cuyo caso se procederá a la designación judicial del perito (artículo 339, 1).

32 El Código General del Proceso de Colombia (2012) recepta la designación del perito por las partes (artículos 48.2-82.6 y 227), con solo dos excepciones: el caso de la parte «amparada de pobreza» y cuando el juez ordena la designación de un perito de oficio (artículo 229.2).

33 En OTEIZA, E., *Prueba pericial y acceso a la justicia. Imparcialidad e igualdad*, desarrollé un enfoque sobre premisas similares a las aquí expuestas, pero con un enfoque que da cuenta de las alternativas regulatorias para preser-

derada como la búsqueda de representar una realidad externa al proceso, requiere que aquellos que aportan ese conocimiento resulten ecuanímenes y no se encuentren alcanzados por los intereses de las partes. Los testigos, como los peritos, están obligados a dar la visión correcta sobre los hechos o al menos aquella que resulte acertada para ellos sin importar la conveniencia de quienes confrontan debaten sobre su existencia. Las vías procesales que permiten cuestionar la admisión o la declaración de un testigo o un perito tienen como fundamento la pretensión de ecuanimidad con la finalidad de permitir que identifique la exacta dimensión de los hechos. El testigo y el perito deben ser ajenos al resultado del proceso. Unos y otros acercan conocimientos que en forma equidistante de las descripciones de lo sucedido que describan quienes litigan.

Picó i Junoy enfrentó la pregunta sobre si es posible trasladar del juez al perito el recaudo esencial de la independencia³⁴. En una opinión que comparto, sostiene que se trata de un requisito que también alcanza al experto, ya que el juez cuando el conocimiento tenga un carácter científico, técnico o especializado necesitará del auxilio pericial, por lo que la falta de independencia del perito, indirectamente, afecta al juez y a su independencia (o falta de objetividad) al decidir.

A lo cual cabe agregar que la idea de independencia del juez se encuentra asociada a las condiciones del nombramiento y de resguardo frente a presiones diversos factores de poder. La imparcialidad se ha identificado como la cara subjetiva de la ajenidad del decisor. Andrés Ibáñez³⁵ sostiene que la independencia judicial es una garantía

var la igualdad y la imparcialidad (en PICÓ I JUNOY, J. (director), ob. cit. not. 11, pp. 303-316).

34 PICÓ I JUNOY, J., *La debida independencia del perito judicial*, (*The due independence of judicial expert*), en «Justicia», 1, 2018, pp. 59-84.

35 IBÁÑEZ PÉREZ, A., *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*, Editorial Trotta, 2015, pp. 216 y ss.

previa, una condición de posibilidad de la imparcialidad. De allí que la independencia pueda ser vista como el conjunto de condiciones que hacen factible la imparcialidad y la ausencia de factores que pueden comprometerla. Con ese sentido he puesto el acento en la imparcialidad sin dejar de tener en cuenta las condiciones que pueden afectarla. Uno de los obstáculos que ponen en jaque a la imparcialidad es el conflicto de intereses entre el conocimiento experto y el objetivo perseguido por la parte que lo convoca al proceso.

Como reconoce Haack³⁶, no es probable que los testigos expertos brinden voluntariamente información que podría ser perjudicial para la parte que los contrató, incluso si esta información fuera útil para el juez. A lo cual agrega que si bien los expertos nombrados por el juez son por definición «*non-partisan*», término que marca su independencia con respecto a las partes, en el sentido superficial de que no fueron contratados por una de ellas, es extraordinariamente difícil garantizar incluso que estos peritos no tengan conflictos de intereses, y mucho menos que sean neutrales en un sentido epistemológicamente robusto³⁷.

Sistemas como el norteamericano³⁸ o el inglés³⁹ que originalmente adhirieron al perito de parte, han buscado fórmulas para complementarlos con la designación del experto por el juez.

36 HAACK, S., *The Expert Witness: Lessons from the U.S. Experience*, Humana. *Mente Journal of Philosophical Studies*, 2015, Vol.28, p. 45.

37 *Ibid.* 66.

38 Las *Federal Rules of Evidence*, en el artículo VII, *Opinions and Expert Testimony*, establece la Rule 706 sobre *Court-Appointed Expert Witnesses*, a propuesta de parte o de oficio (*On a party's motion or on its own*).

39 De acuerdo con la regla 35.3. el *expert* tienen el deber de ayudar a los tribunales en los asuntos de su especialidad, el que se antepone a cualquier otra obligación con respecto a la parte que ofrece la prueba. Según la regla 35.10 el informe del *expert* debe contener una declaración en la que asuma

Es evidente que la formación del perito y sus propias experiencias científicas y técnicas condicionan sus respuestas. Y que esos condicionamientos deben ser valorados en el proceso de toma de decisión. También, lo es que la idoneidad no depende de si es aportado por una parte o nombrado por el juez. Las listas de peritos incorporados por especialidad, sin mayores controles sobre su versación o las designaciones burocráticas sin filtros de mérito, tampoco son ninguna panacea de la cual pueda el juez desentenderse de su falibilidad. Además de la objetividad, imparcialidad y ajenidad del experto con respecto a las posiciones asumidas por las partes es imprescindible la idoneidad. No basta con su equidistancia, es menester que su asesoramiento se encuentre fundado, ofrezca certeza y precisión, resulte un aporte consistente con la búsqueda de una decisión justa.

4. REVISIÓN DE LAS OPCIONES CON FOCO EN LA IGUALDAD, IMPARCIALIDAD (INDEPENDENCIA), COOPERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD

El diseño de la normativa procesal puede ser visto como el conjunto de decisiones que toma el Estado para lograr cumplir con el derecho de acceso a la justicia, al debido proceso, a la tutela judicial eficiente o al proceso justo, en sus distintas manifestaciones, reconocidos a nivel constitucional y como derecho humano en tratados internacionales.

La elaboración de una regulación procesal presenta el desafío de optar entre soluciones posibles. Ellas pueden ampliar o restringir la igualdad, destacar o ignorar el deber de cooperar, priorizar la in-

que ha cumplido con su deber para con el tribunal y una declaración sobre la veracidad de sus afirmaciones.

dependencia e imparcialidad del juez u omitir custodiarla, establecer la importancia de ponderar la proporcionalidad de los medios destinados a cumplir determinados fines o desatender sus consecuencias.

La formulación de los principios de ALI/UNIDROIT exhiben respuestas posibles frente a los dilemas que enfrentan las regulaciones procesales. Algunos de esos principios ayudan a resolver ciertas disyuntivas sobre la incorporación del conocimiento experto al proceso.

Así el Principio 1 destaca la de independencia, imparcialidad e idoneidad del juez. Esa regla básica inaugura la enumeración de principios, lo cual deja en evidencia su importancia. Se trata de un elemento constitutivo. Sin un decisor que asuma una posición equidistante de las partes es absurdo hablar de proceso. Se trata de un elemento vital y constitutivo de la relación procesal que expande su sentido en materia de prueba pericial.

El 3 y 3.1.se refieren a la igualdad de las partes, debiendo el juez asegurar la igualdad de trato y la oportunidad razonable para que los litigantes hagan valer o defiendan sus derechos.

El 7.2 impone a las partes del deber de colaborar entre ella y con el juez y el derecho de ser consultadas durante el proceso. La cooperación procesal guarda correspondencia con la obligación, establecida en 11.1, de actuar de buena fe, exigido a las partes y los abogados. El proceso cooperativo⁴⁰ en una vertiente superadora que modifica el ejercicio de la autoridad en el proceso, al plantear una atractiva forma solidaria de actuación del juez y las partes, en que se privilegia la po-

40 MITIDIERO, D., *Colaboração no Processo Civil*, San Pablo, Editora Revista dos Triunais, 2011, pp. 113-115. OTEIZA, E. *Autonomía de la voluntad, cooperación e igualdad en el proceso civil*, en CACHÓN CADENAS, M., ARIAS, J.F., «*Derecho y Proceso. Liber amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*», Atelier, Barcelona, Atelier, 2018, V-III, pp. 1895-1908.

sibilidad de participar de una actividad dialógica y colaborativa. En una célebre monografía Carnacini⁴¹ argumentaba que «se puede precisar que, si por un lado es la parte quien recurre al proceso civil para obtener la tutela jurisdiccional y a través de ésta la consecución de sus propios objetivos utraprocesales, del otro, es el proceso el que, a su vez, requiere de la parte misma una contribución especial y el que, para ser idóneo, debe ante todo manifestarse en las formas propias del tipo de procedimiento escogido. En este sentido específico y a este preciso efecto es apropiado sostener... que el proceso civil sirve a las partes y a su vez las partes sirven al proceso»⁴². Al analizar la noción de *case management* en Europa van Rhee⁴³ subraya que en el proyecto de ELI/UNIDROIT se ha destacado el deber de cooperación entre las partes, sus abogados y los jueces, representativa de los avances de los distintos países europeos que han seguido el *principe de coopération* francés y la *Kooperationsmaxime* alemana.

El principio de cooperación, en los debates de ELI/UNIDROIT, se lo ha vinculado con el reconocimiento del papel del juez con respecto a asegurar la pauta de proporcionalidad vinculada con la naturaleza, importancia y complejidad del caso⁴⁴.

Con respecto a la prueba pericial el principio 22.4 dispone que el juez «puede designar un perito para que emita un dictamen

41 CARNACINI, T., *Tutela jurisdiccional y técnica del proceso*, Comunitas, Lima, 2011, consultada la traducción de Mario Montoy Palacios, p. 9. La publicación original es de 1951.

42 Ibid. p. 14.

43 VAN RHEE, R., «Case Management in Europe: A Modern Approach to Civil Litigation», *International Journal of Procedural Law*, V. 8/2018/01, pp. 77-83.

44 Sobre el proyecto ELI/UNIDROIT puede consultarse GASCÓN INCHAUSTI, F., «Hacia una armonización de la prueba pericial en Europa?», PICÓI JUENOY, J., ob cit. not. 11, pp. 537-544.

sobre cualquier cuestión relevante, cuando éste resulte necesario...». 22.4.1 «Si las partes acuerdan nombrar un perito, el tribunal en principio deberá proceder a su designación», «Una parte tiene derecho de presentar un dictamen elaborado por un perito elegido por ella sobre cualquier cuestión relevante para la cual el dictamen pericial resulte apropiado». El cual representa una fórmula de equilibrio ya que no niega el derecho de presentar una opinión pedida por la parte pero preserva la designación del experto por el juez. En los fundamentos Hazzard y Taruffo, redactores del proyecto de principios, sostienen que la finalidad al acudir a la designación del perito por el juez se quiso evitar la *battle of experts*.

Una orientación similar sigue ELI/UNIDROIT, ya que coinciden en cuanto a permitir la presentación del perito de parte y, también, la designación de expertos por el juez.

Igualdad, imparcialidad (e independencia), cooperación y proporcionalidad constituyen nociones que posibilitan cumplir con la garantía de acceso a la justicia. Ellas están presentes (o deberían estarlo) en la práctica procesal, entendida como el entramado de fases que llevan a la decisión judicial. La prueba pericial debería resultar compatible con cada una de esas nociones. En consecuencia, en los litigios donde se requiere el conocimiento experto, debe asegurarse que no existan barreras económicas o materiales que la dificulten, buscar la imprescindible neutralidad del conocimiento aportado, exigir la cooperación solidaria para su efectiva realización y evitar que resulte una práctica desproporcionada con respecto a las cuestiones a dilucidar en el proceso.

El título de este ensayo discurre en ese sentido, la prueba pericial es contenida (en tal sentido conducida y delimitada) por el acceso a la justicia como uno de los objetivos a lograr para no dejar a nadie de lado.

5. NUEVAMENTE SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA Y LA PRUEBA PERICIAL

La primera intuición al hablar de ciencia y técnica es que por su intermedio nos acercamos a un conocimiento certero y nos cuesta reconocer su falibilidad. No obstante, ésta época de desconcierto en que domina la incertidumbre ofrece la oportunidad para debatir sobre cómo incorporamos ciencia y técnica al proceso para lograr que la decisión judicial responda a una cuota razonable de verdad.

El camino a recorrer debería tener por norte la materialización de los valores incardinados en el derecho de acceso a la justicia y su trasfondo nítidamente igualitarista. La palabra «todos» significa desterrar las exclusiones y discriminaciones. Como explica Ferrajoli «los derechos en los que somos iguales son los derechos fundamentales, que son derechos conferidos normativamente a todos –en este sentido, y solo en este sentido, universales– y por eso indisponibles en el mercado, dado que nadie puede privarse ni ser privado de ellos»⁴⁵. Y agrega «mientras los derechos patrimoniales son la base jurídica de la desigualdad, los derechos fundamentales son la base jurídica de la igualdad».

La igualdad de derechos tiene como contracara las desigualdades materiales. De todos modos, al tratarse el acceso a la justicia de un derecho fundamental y por lo tanto universal debe afrontar el desafío de superar las situaciones de desventaja en el camino que culmina con la decisión judicial. Con ese sentido, las opciones con respecto a la prueba pericial deberían resguardar los valores: igualdad, imparcialidad (e independencia), cooperación y ponderación.

45 FERRAJOLI, L., *Manifiesto por la igualdad*, editorial Trotta, Madrid, 2019, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, p. 15.

Se trata de un hontanar consistente en cuando al objetivo general de la Agenda 2030 que exige que *no one will left behind*, que resulta consisten con el objetivo 16.3 que proyecta fortalecer el acceso a la justicia.

LA PRIVATIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN CIVIL EN ESPAÑA

THE PRIVATIZATION OF CIVIL ENFORCEMENT IN SPAIN

ELISABET CERRATO GURI

ROSER CASANOVA MARTÍ

Profesoras de Derecho Procesal
Universitat Rovira i Virgili
(España)

Fecha de recepción: 29.10.2020

Fecha de aceptación: 19.12.2020

RESUMEN: Uno de los principales problemas que debe afrontar la Administración de Justicia es el de dotar a sus tribunales de los medios adecuados para el correcto y eficaz funcionamiento de la justicia. Es público y notorio que la ejecución civil y, en particular, la ejecución hipotecaria, plantea multitud de problemas que se han agravado con la crisis económica de la última década y, más recientemente, la crisis derivada de la pandemia provocada por el COVID19. En concreto, cabe destacar la disfuncionalidad del actual sistema de apremio, monopolizado por el mecanismo de la subasta judicial, a pesar de los esfuerzos del legislador para mejorarla a través de la subasta electrónica que se materializa en el Portal BOE Subastas.

Partiendo de la actividad de nuestros tribunales, es una realidad que los esfuerzos puestos en la renovada subasta judicial han

ABSTRACT: One of the main problems that must face the Administration of Justice is to provide its courts with suitable means for the correct and efficient functioning of justice. It is public and well-known that civil foreclosure raises a multitude of problems that have been aggravated by the economic crisis of the last decade and, more recently, the crisis derived from the pandemic caused by COVID19. Specifically, it is worth highlighting the dysfunctionality of the current enforcement system, monopolized by the judicial auction mechanism, despite the legislator's efforts to improve it through the electronic auction on the BOE Auctions Portal.

Starting from the activity of our courts, it is a reality that the efforts put in the renewed judicial auction have not been enough to convert definitively it into a useful mechanism of the enforcement. This is because there are

sido insuficientes para convertirse definitivamente en un mecanismo útil de realización forzosa, pues a fecha de hoy siguen siendo demasiados los casos que quedan huérfanos de respuesta por la incapacidad de este sistema de apremio.

Es por este motivo que el presente trabajo de investigación tiene por finalidad proponer medidas alternativas, ya existentes en nuestra regulación procesal, para mejorar el proceso de ejecución y, en particular, la fase de apremio. Entre estas medidas alternativas nos fijamos en la figura de la realización por persona o entidad especializada regulada en el artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

PALABRAS-CLAVE: proceso de ejecución, procedimiento de apremio, realización forzosa, subasta judicial, persona o entidad especializada.

still too many cases that have not find an answer due to the inability of this system.

For this reason this paper aims to propose alternative measures, already existing in our procedural regulation, to improve the process of enforcement and, in particular, the phase of urgency. Among these alternative measures, we look at the figure of the realization per person or specialized entity regulated in article 641 of the Civil Procedure Law the impartiality and independence of the judge.

KEYWORDS: enforcement, on distraint proceedings, forced execution, judicial auction, person or specialized entity.

SUMARIO: 1. Introducción 2. Metodología 3. Formas de apremio del sistema de ejecución judicial de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 3.1. La subasta judicial. 3.1.1. Principales novedades de su regulación tras la reforma de 2015. 3.1.2. Operatividad práctica. 3.2. Mecanismos alternativos a la subasta judicial: especial atención a la realización por persona o entidad especializada. 3.2.1. Introducción. 3.2.2. Régimen jurídico del artículo 641 LEC. 4. Incidencia de la ejecución civil privada en el sistema español. 4.1. Análisis de la doctrina judicial. 4.2. Aplicación por los letrados de la Administración de Justicia. 5. Propuesta para la activación del artículo 641 LEC a través de la creación de una *spin-off*. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la publicación del «Libro blanco de la justicia» (CGPJ, 1997) han sido muchas las voces que han alertado del delicado estado de salud de nuestro sistema de ejecución civil que, a pesar de prever mecanismos capaces de conseguir un apremio eficaz, se mantiene ciegamente anclado en la inoperante subasta judicial. Este tipo de realización forzosa de los bienes, que mayoritariamente queda desierta -incluso después del último intento de mejora de 2015-, sigue incomprensiblemente siendo la primera opción de apremio para la realización de bienes o derechos, lo que afecta claramente a la economía de nuestro país. Esto explica que, a fecha de hoy, una de las principales lacras de nuestra Administración de Justicia sea precisamente la ejecución judicial. Esta recurrente realidad se ha visto especialmente agravada por la severa crisis económica que ha acosado nuestro país durante casi una década, que ha puesto en peligro el derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante que ve en el proceso de ejecución un mecanismo costoso e inútil para satisfacer sus expectativas de cobro, y que complica todavía más la situación de pandemia que estamos sufriendo a raíz de la crisis del COVID-19.

Por este motivo, creemos que ha llegado el momento de replantearnos la puesta en escena de otras vías de apremio más eficaces que la subasta judicial, reguladas en nuestro sistema procesal ya desde el año 2000, y que en la actualidad siguen siendo grandes desconocidas del proceso de ejecución. En concreto, nos estamos refiriendo a la realización por persona o entidad especializada, prevista en el artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). Esta figura ha sido objeto de numerosos estudios doctrinales¹ que lo acre-

1 Destacamos los trabajos de Cerrato, Elisabet: (2014). «¿Por qué no funciona la ejecución civil privada? Propuestas de mejora», en Ramos, Francisco

ditan como más beneficiosa que la subasta judicial, incluso después de las sustanciales mejoras introducidas por el legislador en 2015, esencialmente enfocadas a erradicar los graves problemas derivados de su presencialidad, así como de la ausencia de publicidad y consi-

(dir.), *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal* (pp. 205 a 210) Barcelona: Atelier; (2009). «Estudio del artículo 641 LEC: motivos de su inaplicación práctica», en Serra, Manuel, *Realismo jurídico y experiencia procesal* (pp. 339-349), Barcelona: Atelier; (2009). «Soluciones para lograr la aplicación práctica del artículo 641 LEC», en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. 3-4, pp. 139 a 148; (2008). *La ejecución civil privada: realización por persona o entidad especializada: estudio del artículo 641 de la LEC*. Barcelona: José María Bosch Editor; (2008). «La ejecución civil por entidad o persona especializada», en Cachón, Manuel i Picó, Joan (coord.), *La ejecución civil: problemas actuales*, Barcelona: Atelier, pp. 239-251; (2007). «La ejecución civil por persona o entidad especializada desde la experiencia del modelo inglés», en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. 1-2, pp. 229 – 249; (2007). «Motivos por los cuales no funciona la ejecución civil privada del artículo 641 LEC», en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 3-4, pp. 180 y 181; (2006). *Estudi comparatiu entre la figura de la persona o entitat especialitzada prevista a l'article 641 LEC i l'anomenat receiver anglès*, en Garrido, Martín i Nasarre, Sergio (dir.), en *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Barcelona – Madrid: Marcial Pons, pp. 105-119; (2006). «La ejecución civil por persona o entidad especializada», en *XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Problemas actuales del proceso iberoamericano*, Málaga: Servicio de Publicaciones Centro de ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, pp. 441 a 452.

Asimismo ver Cerrato, E. y Casanova, R. (2019). «LitiGest, una spin-off de la URV en expansión», en *Newsletter de la Càtedra UNESCO de Vivienda de la URV*. 11, pp. 22-23; Cerrato, E. y Casanova, R. (2017). «La realización por persona o entidad especializada: una alternativa a la ineficaz subasta judicial», en *Newsletter de la Càtedra UNESCO de Vivienda de la URV*. 7, pp. 23-26; Cerrato, E. y Casanova, R. (2017). «¿Es posible una realización forzosa eficaz en el proceso de ejecución hipotecaria?», en Albíez, Kaus Jochen y Moreno-Torres, M^a Luisa (dir.), *Los contratos de crédito inmobiliario*, Navarra: Aranzadi, pp. 509 a 518.

guiente falta de concurrencia y participación de postores, así como los propios de la limitación de acceso por la obligación de asistir en un lugar, día y hora determinados; todo ello, al margen de la «rigidez del procedimiento de la subasta presencial pues adolece de un rigor formalista hoy superado»². De este modo, la subasta electrónica se implanta para conseguir un procedimiento más transparente y «el mayor rendimiento posible de la venta de los bienes»³. Esto debería ser posible en la medida en que esta nueva modalidad de subasta judicial permite, en términos del propio legislador, «multiplicar la publicidad de los procedimientos, facilitar información casi ilimitada tanto de la subasta como del bien y, lo más importante, pujar casi en cualquier momento y desde cualquier lugar, lo que genera un sistema más eficiente para todos los afectados». En definitiva, lo que se pretende es dar a la ciudadanía una respuesta más ágil y eficaz, además de descongestionar nuestros tribunales de justicia. Sin embargo, como veremos, este loable propósito sigue lejos de poderse alcanzar.

La exigencia legislativa de realizar las subastas de forma electrónica ha supuesto que desde enero de 2016 estas se dejen de celebrar presencialmente en los juzgados y se lleven a cabo a través del nuevo portal electrónico de subastas de la Agencia Estatal del Boletín Oficial Estado⁴. A pesar de este importante esfuerzo, que ha pretendido superar los inconvenientes de la subasta presencial, los datos que se

2 Estos inconvenientes se ponen de manifiesto en el punto I de la exposición de motivos de la Ley 19/2015.

3 Apartado I de la exposición de motivos de la Ley 19/2015.

4 Según destaca el punto II de la exposición de motivos de la Ley 19/2015, «el Gobierno, en el Consejo de Ministros de 21 de junio de 2013, aprobó el informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas en el que se analizó, como una de las medidas a adoptar, la creación en la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado de un Portal Electrónico de Subastas para su celebración, a fin de lograr una mayor simplificación admi-

pueden consultar en el Portal de subastas electrónicas del BOE siguen mostrando la inoperatividad de nuestro sistema judicial para enajenar bienes y la necesidad de buscar otras opciones más eficaces capaces de satisfacer los intereses de los principales intervinientes del proceso de ejecución, que son: el acreedor, que quiere cobrar la totalidad de su crédito; y el deudor que, tras la ejecución, quiere dejar de responder por la deuda contraída. Y esto no lo consigue la renovada subasta judicial.

Por su parte, el sistema de realización por persona o entidad especializada tampoco ha tenido éxito en la práctica, siendo su utilización casi imperceptible.

Frente a esta realidad, con el presente trabajo de investigación pretendemos en primer lugar, demostrar que es factible una realización forzosa de los bienes embargados y/o hipotecados más eficaz que la que se consigue a través de la actual subasta judicial, que frustra todo tipo de expectativas de los afectados por un proceso de ejecución. Y, en segundo lugar, explicar cómo debe activarse el sistema de realización forzosa a través de persona o entidad especializada -de hecho, cómo hemos conseguido hacerlo en la práctica- para que se convierta en la vía ordinaria de apremio, en sustitución de la subasta judicial.

Este propósito precisa del previo análisis del funcionamiento de la subasta judicial así como también del sistema de realización por persona o entidad especializada, lo que nos permitirá acreditar la escasa funcionalidad de la primera y la falta de utilización de la segunda. Sólo después de confirmar los anteriores extremos estaremos en disposición de realizar una propuesta de activación real del sistema

nistrativa evitando, al mismo tiempo, el solapamiento de procedimientos mediante la reutilización de los medios disponibles».

de realización forzosa por persona o entidad especializada para que deje definitivamente el escenario teórico y se convierta, de una vez por todas, en el protagonista del apremio judicial.

2. METODOLOGÍA

El desarrollo del presente trabajo de investigación ha precisado de la combinación de diferentes metodologías, esencialmente focalizadas en el estudio legislativo y de la doctrina judicial, siendo ineludible su complementación con un exhaustivo análisis estadístico –para el que ha sido imprescindible el examen de los datos que obran en las bases de datos del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ)⁵ y del Portal de subastas electrónicas del BOE⁶–, y con un estudio de campo, este último a través del envío de un cuestionario a los letrados de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ) del territorio español, protagonistas indiscutibles del actual proceso de ejecución civil.

El punto de partida lo hemos fijado en el sistema de apremio al que de manera ordinaria se acude en la actualidad, que es el la subasta judicial, para analizar las novedades que ha introducido el legislador de 2015 para reavivar esta figura –y que en esencia giran alrededor de su conversión en electrónica– y los demoledores resultados de su aplicación práctica. Este telón de fondo justifica la urgencia de apostar por nuevas fórmulas de apremio, existentes en nuestra regulación procesal que, como se verá, han tenido un impacto casi imperceptible en el día a día de nuestros tribunales de justicia por el desconocimiento o ignorancia de su existencia.

5 Recuperado el 30 de marzo de 2020 de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/>.

6 Recuperado el 30 de marzo de 2020 de <https://subastas.boe.es/>

Así, si la subasta judicial no funciona, y la realización por persona o entidad especializada no se aplica, ¿significa esto que el apremio del proceso civil está condenado al fracaso? Nos resistimos a que esto sea así mientras haya soluciones de acreditada operatividad capaces de dar una respuesta negativa al interrogante planteado. Nos estamos refiriendo a la eficaz activación del artículo 641 LEC. Por ello, el objetivo último del presente trabajo es articular una propuesta realista – fundamentada en la experiencia práctica– que convierta la realización forzosa por persona o entidad especializada en la primera opción del apremio judicial.

3. FORMAS DE APREMIO DEL SISTEMA DE EJECUCIÓN JUDICIAL DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Como ya se analizó en su momento⁷, el artículo 636 LEC establece, además de la subasta judicial, otras dos vías de apremio a las que las partes del proceso de ejecución podrán optar de manera alternativa. Se trata del convenio de realización (artículo 640 LEC) y del mecanismo de realización por persona o entidad especializada (artículo 641 LEC). Por lo tanto, nuestro actual sistema de apremio prevé tres modalidades diferentes para materializar la realización forzosa de los bienes, siendo la subasta judicial el mecanismo supletorio en defecto de petición expresa de parte de cualquiera de las otras dos modalidades indicadas. Esto ha significado que en la práctica se haya seguido manteniendo como habitual el recurso a la subasta judicial, relegando casi a la inexistencia el resto de modalidades de apremio de nuestra legislación procesal. Por tanto, a fecha de hoy tenemos que

7 Cerrato, Elisabet. (2008). *La ejecución civil privada...*, ob. cit., pp. 32 y 35 - 39.

seguir hablando de la monopolización de la fase de apremio por la subasta judicial⁸⁻⁹.

3.1. La subasta judicial

3.1.1. Principales novedades de su regulación tras la reforma de 2015

La nueva subasta electrónica pretende alcanzar la transparencia y flexibilidad propias de un sistema avanzado de apremio capaz de llegar a un público más amplio y obtener, en última instancia, un precio lo más cercano posible al de mercado¹⁰. Esta más que loable intención del legislador ha comportado cambios importantes respecto de la anterior regulación de la subasta, y es necesario que examinemos los más significativos.

-
- 8 Así lo constatan los datos publicados por el CGPJ, exclusivamente referidos a las subastas judiciales, y que son inexistentes para las otras formas de realización forzosa de los artículos 640 y 641 LEC. Recuperado el 30 de marzo de 2020 de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/>.
 - 9 En esta línea, ver Sabaté, Josep Maria. (2017). *La venta judicial de inmuebles*, Barcelona: J.M. Bosch. p. 35, quien la reconoce como «el medio de realización o apremio de inmuebles por excelencia».
 - 10 Siguiendo a Trigo, Eduardo i Pérez-Pujazón, Maria Encarnación. (2017). «Las reformas de la ley de enjuiciamiento civil en el año 2015», en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, 46, p. 37, el antecedente de este reformado mecanismo de apremio debe buscarse en «un programa piloto de subastas judiciales electrónicas que desarrolló el Servicio de Ejecución de Subastas Judiciales de la ciudad de Murcia», siendo la principal diferencia entre los dos sistemas la eliminación de «la presencia física de postores en la Oficina Judicial», lo que significa la posibilidad única de realizar posturas de naturaleza telemática.

Con carácter previo, se hace ineludible indicar que para concretar el precio de salida del bien deberán seguirse las reglas del artículo 637 y siguientes de la LEC. De este modo, salvo acuerdo entre ejecutante y ejecutado, será un perito tasador, designado por LAJ, quien determine su valoración (valor de mercado), debiendo descontar, en el caso de los bienes inmuebles (o muebles inscribibles) las cargas y derechos anteriores¹¹ que resulten de la certificación de dominio y cargas del Registro de la Propiedad, cuando existan¹², que igualmente se expedirá en formato electrónico (artículo 656.1 *in fine* LEC). Una vez concretado el justiprecio o precio de salida, será el LAJ quien se responsabilice del desarrollo de la subasta electrónica, que se llevará a cabo mediante el Portal de Subastas del BOE dictando, de inicio, el decreto de convocatoria de la subasta, que anunciará en el BOE una vez haya adquirido firmeza¹³.

Aunque la información del Portal de Subastas del BOE es pública y de libre acceso, de manera que cualquier ciudadano puede conocer las subastas (tanto judiciales como notariales) realizadas y en

-
- 11 Sabaté, Josep Maria. (2017), ob. cit., pp. 36 y 54, recuerda la subrogación del comprador en las cargas anteriores, implicando esto que estas cargas deban deducirse del precio de tasación del bien.
 - 12 Debe tenerse en cuenta que el LAJ se encargará de verificar la realidad extraregstral del bien objeto de realización remitiendo, tanto a los titulares de los créditos anteriores como al mismo ejecutado, un oficio para que informen sobre la subsistencia de estos créditos y la cuantía real de los mismos (artículo 657 LEC).
 - 13 Font de Mora, Jaime. (2018). «El talón de Aquiles de la subasta judicial electrónica: la notificación de la convocatoria de la subasta a los demandados no personados. Crítica al artículo 645 de la LEC», en *Diario La Ley*, 9203, pp. 1 – 10, pone en duda la práctica generalmente admitida, sobre la base del artículo 645.1 LEC, de entender realizada la notificación de la convocatoria de la subasta al ejecutado no personado con la mera publicación del anuncio de la convocatoria en el BOE.

curso desde el año 2016, hay que tener en cuenta que la participación en cualquier licitación requiere del registro «calificado» del interesado, ya que deberá hacerlo utilizando un certificado electrónico reconocido o calificado (como puede ser el del Documento Nacional de Identidad) o bien la plataforma de identificación Cl@ve¹⁴, además de la consignación –por los medios electrónicos habilitados en el Portal– del 5% del valor del bien, y de la declaración por el licitador sobre el conocimiento de las condiciones generales y particulares de la subasta.

Los renovados artículos 648 y siguientes de la LEC¹⁵ regulan el desarrollo de la subasta electrónica, que se caracteriza por tener íntegramente lugar en el Portal dependiente de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado bajo la supervisión del LAJ. La subasta se abrirá transcurridas, al menos, 24 horas desde su publicación en el BOE, siendo dos importantes novedades su anuncio en el BOE y en el Portal de la Administración de Justicia (artículo 645.1 LEC), más allá del tablero de anuncios del juzgado¹⁶; y la admisión de posturas telemáticas de importe superior, igual o inferior a la más elevada ya realizada¹⁷. Además, hay que tener en cuenta la admisión de posturas durante 20 días naturales desde la apertura de la subasta, que mejora

14 Coincidimos con Trigo, Eduardo i Pérez-Pujazón, María Encarnación. (2017), ob. cit., p. 37, que esto reviste de mayor seguridad jurídica el trámite, pero opinamos que a la vez puede suponer también una limitación.

15 A pesar de que estos artículos hagan referencia expresa a la subasta de bienes muebles, son igualmente aplicables a la subasta de bienes inmuebles por expresa remisión de los artículos 667 y siguientes de la LEC.

16 Cfr. Trigo, Eduardo i Pérez-Pujazón, María Encarnación. (2017), ob. cit., p. 37.

17 Estamos ante una notable diferencia respecto de la regulación anterior, caracterizada por la formulación de pujas al alza.

la necesidad de personarse en la correspondiente sede judicial para la propuesta de pujas en una fecha determinada.

Nuestra norma procesal establece, con cierta complejidad, los porcentajes mínimos respecto del precio de salida por los que el LAJ puede aprobar la adjudicación, haciéndolos depender de variables como el sujeto que finalmente se perfile como adjudicatario, el tipo de bien objeto de realización u otras circunstancias previstas en la ley –por ejemplo, el pago del precio a plazos con garantía hipotecaria suficiente– (artículos 650 y 651 LEC para los bienes muebles; y artículos 670 y 671 LEC para los inmuebles). Sea como sea, en un esfuerzo de evitar que la subasta quede desierta, en última instancia, esto es, ante la ausencia de pujas, se contempla la posibilidad de que el propio acreedor pueda adjudicarse el bien por el precio mínimo legal establecido. Esto tendrá como consecuencia, por un lado, que este sujeto tenga que hacer frente a los gastos de adjudicación (si es un inmueble, además de los gastos de notario, también los de Registro, y los del posterior mantenimiento de la finca haciendo frente al pago de comunidad o impuestos, al margen de posibles reparaciones que necesite el bien); y por otro, que tenga que descontar de la total cantidad adeudada el precio por el que se ha acabado adjudicando el bien.

3.1.2. *Operatividad práctica*

El predominio de la subasta judicial en la fase de apremio de nuestro proceso de ejecución civil justifica que la primera cuestión que debemos plantearnos sea la de su efectivo funcionamiento en la práctica, más aún después de la entrada en escena del Portal de Subastas del BOE, que permite la materialización de subasta electrónica a partir del 1 de enero de 2016¹⁸.

18 Recuperado el 30 de marzo de 2020 de <https://subastas.boe.es/>.

3.1.2.1. Subastas judiciales entre 2016 y 2020

Subastas judiciales	Número año 2016	Número año 2017	Número año 2018	Número año 2019	Número año 2020
Total	25.666	30.985	23.767	18.063	15.081

Inicialmente no se mantiene una evolución constante (ni al alza ni a la baja) del número de subastas que tienen lugar entre 2016 y 2020. Así, destacamos el crecimiento inicial del total número de subastas durante los dos primeros años analizados, produciéndose un incremento de 5.319, hasta llegar a las 30.985 subastas en 2017. Sin embargo, ello debe matizarse de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria primera de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, en atención a la cual «las subastas de los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, cuya publicación se haya acordado continuarán sustanciándose conforme a las normas procesales vigentes en la fecha de la presentación de la demanda». Ello explica que durante el año 2016 una parte de las subastas se haya desarrollado de forma presencial y, en consecuencia, que los datos que constan en el Portal de Subastas del BOE sólo reflejen la realidad de las subastas electrónicas y no de todas las celebradas que realmente ascienden a 33.114¹⁹, superando así el número total de subastas de 2017.

A partir de este momento se experimenta una notable tendencia a la baja, pasando en 2018 a computarse un total de 23.767 casos, que sigue manteniéndose el año 2019 hasta alcanzar el número más bajo

19 Consúltense la memoria «La justicia dato a dato. Año 2018» del CGPJ (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/>, consultado el 30 de marzo de 2020). Estos datos ponen de relieve el descenso del número de subastas en 2017 respecto del año anterior.

de todos los años analizados, registrando un total de 18.063 subastas. Por lo tanto podemos afirmar el descenso continuado del número de subastas desde 2016. En nuestra opinión, este comportamiento se explica por la reducción del número de ejecuciones judiciales debida a la mejor situación económica y social tras la superación de la crisis del 2008.

Especial atención merece el año 2020, que mantiene esta tendencia a la baja con un total de 15.081 subastas judiciales. Como es por todos conocido, esta realidad no puede seguir atribuyéndose a la mejora de la situación económica del país, sino a la inesperada situación generada por el COVID-19 que llevó al gobierno español a decretar el estado de alarma por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, siendo una de las medidas acordadas la suspensión de los plazos procesales (disposición adicional segunda).

3.1.2.2. Estado de las subastas judiciales

Asentadas las anteriores premisas, pasamos a continuación a examinar cómo se han resuelto las subastas desarrolladas entre 2016 y 2019²⁰. Ello hace necesario que centremos nuestra atención en el estado de la subasta que se convoca en el Portal de Subastas del BOE, pudiendo éste responder a alguna de las siguientes casuísticas: primero, las que concluyen con puja, debiéndose al respecto aclarar que no todas ellas obtienen la suficiente licitación para que se produzca la adjudicación del bien, ya que en algunos casos no se alcanza la cantidad mínima para cubrir la deuda –siendo esto así, no puede considerarse

20 No entramos a analizar las cifras de 2020 por no encontrarse éstas, a la fecha de envío de este trabajo, disponibles en la estadística judicial del CGPJ.

que todas las subastas concluidas con puja sean garantía de éxito—; segundo, las que finalizan por la autoridad gestora; tercero, las subastas canceladas; y, cuarto, las suspendidas.

Del año 2016 destacamos que de las 25.666 subastas convocadas en España, casi un 70% (17.063) carecen de licitación, y concluyen solo con puja cerca del 25% (6.423). El resto de los supuestos (cerca del 8.5%) obtienen la cancelación por respuesta.

En buena medida, en 2017 se reproduce el patrón del año anterior, pues cerca de un 28% de las 30.985 subastas celebradas acaba con puja, significando ello que el resto, o bien no obtiene puja (la mayoría, con una representación de cerca del 62%), o bien se cancela (casi el 10%).

En 2018, advertimos una considerable reducción del total número de subastas judiciales llevadas a cabo a través del sistema electrónico, y la mejora de su utilidad. Sin embargo, ello no es indicativo de la funcionalidad de esta forma ordinaria de apremio judicial. Si bien es cierto que el número total de subastas judiciales pasa a ser de 23.767, experimentándose un destacable descenso en más de 7.000 subastas, la mejorada situación económica y social de nuestro país no evita que sigan existiendo supuestos en los que sí se activa la subasta judicial, como se pone de manifiesto. En estos casos, los resultados son mejores que los obtenidos en los años 2016 y 2017, aunque todavía insatisfactorios. En particular, las subastas que obtienen puja —que no necesariamente implica su éxito— aumentan hasta un 39%; sin embargo, en 2018 siguen sin encontrar solución, por carecer de puja o quedar desiertas— cerca del 60% de las subastas, por lo que todavía no podemos mostrarnos optimistas respecto del funcionamiento del mecanismo de subasta judicial, que mayoritariamente sigue sin dar una solución satisfactoria a las partes de la ejecución judicial.

Siguiendo la dinámica de los años anteriores, en 2019 sigue reduciéndose el número de subastas celebradas. Si bien es cierto que el número de casos sin puja sigue siendo superior (46%), por primera vez detectamos que casi iguala a los que obtienen puja, que se sitúan en el 44%. Estos resultados nos permiten mostrar cierto optimismo por el sistema de la subasta judicial, aunque de los datos examinados no puede conocerse el número de casos que acaban realmente con éxito, esto es, con la adjudicación del bien por un precio cercano al de su valor en el mercado (cuanto menos no inferior al 70% de su avalúo).

Para finalizar, del análisis realizado de los años de vigencia de la mejorada subasta electrónica, a través del Portal de Subastas del BOE, llegamos a la conclusión de que esta modalidad renovada de apremio, en el tiempo que lleva de vida, sigue sin alcanzar el propósito del legislador, pues no es capaz de solucionar las necesidades de la mayoría de sujetos que se ven envueltos en un proceso de ejecución judicial, esencialmente, por la falta de concurrencia de pujas²¹ que, entre otros, entendemos se produce por el desconocimiento del sistema *on line* de subastas en nuestra sociedad; además de lo poco atractivo que supone comprar un bien sin poder acceder al mismo –siquiera a través de fotos, que en ningún caso aparecen en la plataforma con el resto de información–; o del problema que supone encontrar financiación (salvo disposición de recursos propios) en el breve plazo legal previsto para consignar la diferencia entre la cantidad depositada y el precio total del remate, a contar desde la notificación del decreto aprobando el remate en favor del mejor postor (arts. 650 y 670 LEC).

21 No comparte esta opinión FONT DE MORA RULLÁN, J., ob. cit., pp. 1 y 2, según el cual «se puede afirmar sin temor a dudas que el nuevo sistema ha resultado sumamente positivo y beneficioso», destacando, entre sus principales ventajas, el mayor grado de publicidad, la mayor concurrencia de postores y la obtención de precios de venta más elevados, además de la desaparición de la figura de los subasteros.

3.2. *Mecanismos alternativos a la subasta judicial: especial atención a la realización por persona o entidad especializada*

3.2.1. *Introducción*

El anterior estudio de campo realizado pone de manifiesto que la subasta judicial es un mecanismo de realización forzosa de los bienes ineficaz en España, motivo por el cual deben impulsarse otras vías de solución que eviten llegar al extremo de la adjudicación al ejecutante, que en nada beneficia a las partes de la ejecución, a la vez que permita una mayor rentabilidad de los bienes embargados o hipotecados.

Por ello, si queremos que la ejecución judicial civil funcione, tenemos que buscar otras fórmulas de apremio que ofrezcan una mejor solución a las partes implicadas en el conflicto judicial. Estas fórmulas ya las previó el legislador del 2000, pero hasta la fecha han destacado por su casi nula utilización en la práctica. Nos estamos refiriendo al convenio de realización del artículo. 640 LEC y a la realización por persona o entidad especializada del artículo 641 LEC, siendo objeto de nuestra atención el segundo de los mecanismos señalados.

3.2.2. *Régimen jurídico del artículo 641 LEC*

El artículo 641 de la LEC establece, como alternativa a la subasta judicial, la intervención de una persona o entidad ajena a la ejecución y especializada en el mercado donde se comercialice el bien embargado para que se encargue (en lugar del órgano judicial) de su enajenación. Se pretende con ello potenciar un sistema de apremio capaz de conseguir la máxima rentabilidad de los bienes embargados y, por tanto, la mayor eficacia de nuestro sistema de ejecución civil. Esta forma de realización forzosa se manifiesta, al menos en el plano

teórico, más beneficiosa que el tradicional sistema de subasta judicial, por diferentes motivos: la obtención de mejores precios de realización en beneficio de todas las partes de la ejecución; la previsión de una tramitación procedimental más ágil y flexible, adaptable a las circunstancias de cada caso; y, la descarga de trabajo de los juzgados que, sin desvincularse de la ejecución, dejan de asumir una parte importante de la misma. Sin embargo, la realidad práctica evidencia que en la actualidad esta figura sigue sin aplicarse, incluso después de las reformas introducidas por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre y, más recientemente, la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que no mejoran su originaria deficiente regulación en la medida que continúan sin resolver cuestiones como el descuido de la intervención de posibles terceros interesados en esta vía de realización forzosa; la omisión del plazo para instar la solicitud; la falta de regulación del acto de la comparecencia; el procedimiento por el que el órgano judicial rechaza la realización del encargo; la concreción de la rendición de cuentas; la aceptación del encargo de realización por el especialista o el pago de honorarios al especialista para su intervención y su posible imputación en costas.

En la actualidad, la regulación de esta modalidad de realización forzosa de los bienes presenta la siguiente redacción:

- «1. A petición del ejecutante o del ejecutado con consentimiento del ejecutante y cuando las características del bien embargado así lo aconsejen, el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución podrá acordar, mediante diligencia de ordenación, que el bien lo realice persona especializada y conocedora del mercado en que se compran y venden esos bienes y en quien concurren los requisitos legalmente exigidos para operar en el mercado de que se trate.

También podrá acordar el Letrado de la Administración de Justicia, cuando así se solicite en los términos previstos en el

párrafo anterior, que el bien se enajene por medio de entidad especializada pública o privada. Cuando así se disponga, la enajenación se acomodará a las reglas y usos de la casa o entidad que subasta o enajene, siempre que no sean incompatibles con el fin de la ejecución y con la adecuada protección de los intereses de ejecutante y ejecutado.

A estos efectos, los Colegios de Procuradores podrán ser designados como entidad especializada en la subasta de bienes.

2. En los casos del apartado anterior, la persona o entidad especializada deberá prestar caución en la cuantía que el Letrado de la Administración de Justicia determine para responder del cumplimiento del encargo. No se exigirá caución cuando la realización se encomiende a una entidad pública o a los Colegios de Procuradores.
3. La realización se encomendará a la persona o entidad designada en la solicitud, siempre que reúna los requisitos legalmente exigidos. En la misma resolución se determinarán las condiciones en que deba efectuarse la realización, de conformidad con lo que las partes hubiesen acordado al respecto. A falta de acuerdo, los bienes no podrán ser enajenados por precio inferior al 50 por ciento del avalúo. Cuando las características de los bienes o la posible disminución de su valor así lo aconsejen el Letrado de la Administración de Justicia encargado de la ejecución, con consentimiento del ejecutante, podrá designar como entidad especializada para la subasta al Colegio de Procuradores en donde con arreglo a lo dispuesto en el artículo 626 se encuentren depositados los bienes muebles que vayan a realizarse.

A tal efecto, se determinarán reglamentariamente los requisitos y la forma de organización de los servicios necesarios, garantizando la adecuada publicidad de la subasta, de los bienes subastados y del resultado de la misma.

No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los bienes a realizar sean inmuebles, la determinación de la persona o entidad a la que vaya a confiarse la realización y la de las condiciones en que ésta deba efectuarse, será realizada previa comparecencia a la que serán convocadas las partes y quienes conste en el proceso que pudieran estar interesados. El Letrado de la Administración de Justicia resolverá por medio de decreto lo que estime procedente, a la vista de las manifestaciones de quienes asistan a la comparecencia, pero no podrá autorizar que la enajenación se realice por precio inferior al 70 por ciento del valor que se haya dado al inmueble con arreglo a lo previsto en el artículo 666, salvo que conste el acuerdo de las partes y de todos los interesados, hayan asistido o no a la comparecencia.

4. Tan pronto como se consume la realización de los bienes se procederá por la persona o entidad correspondiente a ingresar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la cantidad obtenida, descontando los gastos efectuados y lo que corresponda a aquéllas por su intervención. El Letrado de la Administración de Justicia deberá aprobar la operación o, en su caso, solicitar las justificaciones oportunas sobre la realización y sus circunstancias. Aprobada la operación, se devolverá la caución que hubiese prestado la persona o entidad a la que se haya encomendado la realización.
5. Cuando, transcurridos seis meses desde el encargo, la realización no se hubiera llevado a cabo, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto revocando el encargo, salvo que se justifique por la persona o entidad a la que se hubiera efectuado éste que la realización no ha sido posible en el plazo indicado por motivos que no le sean imputables y que, por haber desaparecido ya dichos motivos o por ser previsible su pronta desaparición, el encargo podrá cumplimentarse dentro del plazo que se ofrezca y que no podrá exceder de los siguien-

tes seis meses. Transcurrido este último plazo sin que se hubiere cumplido el encargo, el Letrado de la Administración de Justicia revocará definitivamente éste.

Revocado el encargo, la caución se aplicará a los fines de la ejecución, salvo que la persona o entidad que la hubiese prestado acredite que la realización del bien no ha sido posible por causas que no le sean imputables»²².

A pesar de ello, seguimos pensando que estamos ante un mecanismo de apremio capaz de dar muy buenos resultados si se consigue introducir e impulsar en la práctica de nuestros tribunales como forma ordinaria de apremio, especialmente en el proceso de ejecución hipotecaria, por a las familias que no pueden hacer frente al pago de sus préstamos hipotecarios y las entidades de crédito que, en lugar de cobrar las cantidades debidas, no ven más opción que la de la adjudicación del bien hipotecado por falta de postores interesados en su adquisición, con los inconvenientes que esto les puede llegar a suponer; pero también puede ser de gran utilidad en el concurso de acreedores o en procesos de división de la cosa común, e incluso en sede de subasta notarial. Ahora bien, para lograr este propósito es imprescindible dar un paso más allá de la mera formulación de propuestas de mejora.

4. INCIDENCIA EN NUESTRO SISTEMA DE EJECUCIÓN

Preliminarmente se hace ineludible analizar cuál ha sido la real incidencia que el mecanismo del artículo 641 LEC ha tenido en la fase de apremio de nuestro proceso de ejecución desde que entrara a

22 Recuperado el 30 de marzo de 2020 de https://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?documentId=556009&action=fitxa.

formar parte del escenario procesal en 2001. Con este fin, nos fijamos en las resoluciones judiciales que se han pronunciado al respecto; y, paralelamente, valoramos la experiencia de los responsables de la ejecución judicial, es decir, los letrados de la administración de justicia, a través de un cuestionario.

4.1. *Análisis de la doctrina judicial*

Desde la perspectiva jurisprudencial, es cierto que los resultados obtenidos son muy poco alentadores ya que la escasísima doctrina judicial que se ha pronunciado al respecto es suficiente para concluir lo que hemos venido afirmando de manera reiterada en nuestros estudios, es decir, su casi inexistente aplicación práctica. En concreto, debe puntualizarse que de las pocas resoluciones judiciales habidas en esta materia, tan sólo destacamos una expresamente referida a la aplicación del artículo 641 LEC como vía de apremio del proceso de ejecución. Se trata del Auto del Juzgado Mercantil de Madrid, de 13 de julio de 2010²³, que expresamente reconoce la posible realización de los bienes hipotecados del concursado a instancias de la administración concursal, cuando la elección de esta vía fuera la más idónea al concreto caso. En este sentido, su f.j. 4º establece «[...] las siguientes premisas: 1.- que la remisión del artículo 57.1 L.Co. a la normativa procesal civil supone la admisibilidad en sede concursal de la realización del bien por el cauce del convenio de realización (artículo 640 L.E.Civil) y de la realización por persona o entidad especializada (artículo 641 L.E.Civil), junto a la pública subasta (arts. 655 y ss L.E.Civil; arts. 691 y ss L.E.Civil), por expreso mandato del artículo 691.5 L.E.Civil; (...) 3.- que la Administración concursal, cuando se inicie o rea-

23 Auto Juzgado de lo Mercantil de Madrid, de 13 de junio de 2010, f.j. 4º (JUR\2010\301782).

nude en plazo [artículo 57.3 L.Co.] la ejecución separada hipotecaria, está legitimada para instar cualquiera de los cuatro cauces señalados para la conversión en dinero de los bienes afectos a la garantía real, (...) 5.- que a los efectos del artículo 641 L.E.Civil (venta por persona especializada), debe considerarse que en la Administración concursal concurren los requisitos legales para ostentar tal mandato».

En este contexto, aunque sea de manera colateral, ya que no se produce en el marco de la realización forzosa por falta de pago, también deben destacarse aquellas resoluciones que han planteado la intervención por persona o entidad especializada como posible mecanismo para vender, en sustitución de la subasta, bienes de propiedad indivisible en respuesta a la petición de división de la cosa común del correspondiente proceso declarativo. Esto sucede en dos casos.

En primer lugar, la STS (Sala Civil, Sección 1ª) de 11 de abril de 2011²⁴ pone de manifiesto que «[...] la fórmula de realización de bienes embargados prevista en el artículo 641 LEC no es trasladable imperativamente a la venta prevista en el artículo 400 CC, de suerte que pertenece a las facultades discrecionales del tribunal («podrá acordar...», prevé dicho artículo 641) el optar por dicha fórmula, y atendiéndose además a las reglas sobre iniciativa de la propuesta, por lo que resulta más apropiada para la fase de ejecución de sentencia». Sin embargo, en este caso el alto tribunal acaba considerando que esta propuesta «resulta más apropiada para la fase de ejecución de sentencia» que como mecanismo de división de la cosa común.

Y, en segundo lugar, es interesante el razonamiento de la SAP de Barcelona (Sección 15ª), de 27 de mayo de 2015²⁵ al resolver el recur-

24 STS (Sala Civil, Sección 1ª) de 11 d'abril de 2011, f.j. 4 (RJ\2011\3445).

25 SAP de Barcelona (Sección 15ª), de 27 de mayo de 2015, ff.jj. 1º y 2º (JUR\2015\161382).

so de apelación planteado por la parte demandada contra la decisión del juez de instancia de vender una finca indivisible –por extinguir la comunidad de bienes– por el mecanismo de la persona o entidad especializada y, subsidiariamente, en pública subasta. La recurrente alega que en la demanda no se pidió «la venta por persona o entidad especializada ni en pública subasta», sino que se realizara «mediante el mercado inmobiliario sin necesidad de acudir a subasta», confundiendo la alternativa del artículo 641 LEC con la subasta judicial. La confusión de la recurrente es advertida y aclarada por el órgano de apelación que recuerda que «eso es precisamente lo que acordó el Juzgado». En este sentido, la Audiencia Provincial concluye que «[...] La referencia de la sentencia a persona o entidad especializada se refiere precisamente a eso. Si se encarga la venta a un agente de la propiedad inmobiliaria se respetará la sentencia y esa es la forma típica de venta en el mercado inmobiliario, o una de las formas».

Exceden ahora de nuestro interés las otras resoluciones judiciales que de algún modo hacen alusión al artículo 641 LEC ya que tan solo contemplan la realización forzosa por especialista como una forma más de apremio²⁶.

4.2. *Aplicación por los letrados de la Administración de Justicia*

El anterior estudio jurisprudencial pone inicialmente de manifiesto que la realización por especialista no ha sido una cuestión controvertida sobre la que se hayan tenido que pronunciar nuestros tribunales de justicia. Para confirmar los motivos que explican esta

26 Muestra de ello son el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Terrassa (Barcelona) de 16 de octubre de 2012 (AC\2012\2012) y el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid, de 29 de enero de 2014 (JUR\2016\101963).

ausencia de litigiosidad, hemos considerado ineludible contactar con los principales responsables del proceso de ejecución judicial y preguntarles sobre la realidad de sus respectivos órganos jurisdiccionales, a través de un sencillo cuestionario. Esta práctica nos ha permitido detectar la infrautilización del mecanismo de apremio previsto en el artículo 641 LEC.

Para examinar la realidad de nuestro país en cuanto a la aplicación del artículo 641 LEC por los LAJ, hemos tomado como referencia la provincia de Tarragona. La proximidad con este territorio nos ha facilitado el acceso directo a los operadores jurídicos afectados por nuestro estudio y propiciado una pequeña pero significativa muestra de lo que sucede en esta zona.

En esta ocasión se ha optado por remitir el modelo de cuestionario al secretario coordinador para asegurarnos su recepción por todos los LAJ de la provincia. Nos consta que inicialmente el envío se realizó en el colectivo por correo electrónico, pero con muy poco éxito, ascendiendo a 7 el número total de respuestas recibidas. Al margen del contenido de estas aportaciones, entendemos que el silencio de la mayoría de encuestados viene motivado por la no aplicación del mecanismo de realización forzosa por especialista, por la razón que sea; esto explica que la mayoría de LAJ en esta situación hayan optado por no devolver el cuestionario con la correspondiente respuesta negativa. Y aún más, como a continuación se analizará, cuyos resultados sí han contestado no siempre se advierten favorables a la utilización de esta vía de apremio.

En concreto, las respuestas obtenidas han sido mayoritariamente remitidas por letrados de la ciudad de Tarragona (5), a las que hay que sumar la participación del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tortosa y la del Servicio Común Procesal de ejecuciones de Amposta, siendo inexistente la manifestación de los letrados de los partidos judiciales de el Vendrell, Reus, Valls, Gandesa y Falset.

Sentadas las anteriores premisas, y entrando en el detalle del cuestionario, observamos que la mayoría de encuestados (4) responden afirmativamente al hecho de haber informado en alguna ocasión sobre la posible aplicación del artículo 641 LEC como alternativa a la subasta judicial. Sin embargo, en 3 ocasiones la respuesta ha sido negativa, siendo la única vía informada la de la subasta judicial²⁷.

Centrándonos en los supuestos en los que se ha reconocido haber dado esta información, observamos una variada casuística.

En primer lugar, la de los juzgados que han informado entre 4 y 6 veces. Esto sucede en los juzgados de primera instancia núm. 4 y 3 de Tarragona, respectivamente. Como contrapartida, los dos juzgados ponen de relieve el desinterés de las partes por este mecanismo de apremio ya que nunca han solicitado su aplicación. Sin embargo, difieren entre sí respecto de su real aplicación; así, mientras que el letrado del núm. 4 manifiesta el fracaso en su aplicación, el letrado del núm. 3 reconoce haber acudido con éxito a este sistema en 2 casos.

Mejor acogida ha tenido esta institución en el ámbito del Juzgado Mercantil de Tarragona ya que manifiesta su letrado haber informado de la existencia del artículo 641 LEC un total de 15 veces. Además, admite cierta implicación de las partes en la medida que han solicitado la aplicación de este sistema de realización forzosa en 3 ocasiones. La consecuencia última de ello ha sido la puesta en funcionamiento de este sistema alternativo en 4 supuestos, si bien sólo 2 de ellos con resultado exitoso, debiendo retomar, en los otros 2, las actividades propias de la supletoria subasta judicial.

27 Llama la atención que el letrado del servicio común procesal de ejecuciones de Amposta haya sido uno de los que ha respondido negativamente a esta pregunta.

En tercer y último lugar, destacamos la realidad del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tortosa. En particular, indica su letrado que siempre da la información relativa a la realización por especialista. Ahora bien, y a pesar de ello, llama significativamente la atención que las partes no lo hayan solicitado nunca ni tampoco se haya aplicado.

Paralelamente, en los casos en que el letrado no ha informado de la posible alternativa del artículo 641 como forma de embargo, los resultados han sido asimismo dispares. Por un lado, en dos de los casos tampoco se ha aplicado el artículo 641 LEC; pero, curiosamente, en un tercer supuesto (el del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Tarragona) el letrado reconoce que, a pesar de no haber informado, las partes sí solicitaron esta alternativa de apremio en una ocasión, que además se aplicó y tuvo éxito.

En conclusión, según los resultados de la encuesta, desde la entrada en vigor de la LEC, el mecanismo de apremio alternativo a la subasta judicial que habilita la realización forzosa de los bienes embargados por un especialista, sólo se ha aplicado por los LAJ de la provincia de Tarragona en 7 ocasiones, de las cuales únicamente 4 han tenido la gran fortuna de resultar exitosas. Esta realidad evidencia dos cosas: primera, que estamos ante un mecanismo de apremio que casi no se aplica en la práctica; y, segunda, que en los pocos casos en que sí se ha activado, los resultados obtenidos han sido positivos, consiguiendo el éxito de la realización en más de la mitad de los supuestos, es decir, el 57,14%. Por eso, en última instancia, aunque no podamos valorar positivamente la utilización del mecanismo en sustitución de la subasta judicial, sí podemos mostrar cierto optimismo respecto de los casos en que se han aplicado.

Con posterioridad esta encuesta se ha trasladado al resto de provincias españolas. A tal fin, y con carácter previo, se ha buscado la vía más óptima para hacer llegar el cuestionario al mayor número de LAJ y, de este modo, obtener una muestra suficientemente represen-

tativa para alcanzar sólidas conclusiones. A pesar de nuestro empeño, debemos reconocer que esto no ha sido posible por motivos del todo ajenos a nuestra voluntad.

En un primer momento, y tomando como referencia la experiencia llevada a cabo en la provincia de Tarragona, se pensó que lo más razonable sería contactar con los secretarios coordinadores de las diferentes provincias de España. En esta ocasión, debemos criticar las dificultades que hemos tenido para llevar a cabo el estudio de campo pretendido pues, a diferencia de la experiencia materializada en Tarragona, el acceso directo a la figura del secretario coordinador al resto de provincias ha estado, al menos, inviable. Por ello, en un segundo momento se optó por hacer llegar la encuesta a los LAJ a través de sus principales asociaciones profesionales, en concreto, la Unión Progresista de Letrados de la Administración de Justicia (UPSJ) y el Colegio Nacional de letrados judiciales, debiendo destacarse la respuesta positiva de la UPSJ, gracias a la cual ha sido posible obtener una pequeña muestra, si bien del todo insuficiente para examinar la realidad de nuestro país. Finalmente, en un tercer momento, la estrategia para llegar a la fuente de información ha sido contactar con los secretarios de gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia de cada comunidad autónoma para que fueran estos los que remitieran el cuestionario a los LAJ de sus respectivas comunidades autónomas, siendo esta tarea de elevadísima complejidad por la falta de publicidad y accesibilidad a los datos de contacto (teléfono o correo electrónico) de estos funcionarios. Sin embargo, después de no pocas indagaciones, se ha conseguido contactar con todos ellos y obtener en cada caso una dirección de correo electrónico donde remitir el cuestionario para su remisión a los LAJ de cada comunidad autónoma²⁸. A pesar del esfuerzo realiza-

28 Destacamos en este punto la excepción de Extremadura, donde se nos redirige a los secretarios coordinadores de las provincias de Cáceres y Badajoz;

do para conseguir el máximo número de encuestas completadas, las escasísimas respuestas finalmente recibidas siguen siendo insuficientes para examinar el verdadero impacto de la aplicación del artículo 641 LEC en nuestro país. Así, las encuestas contestadas en todo el estado español son 30, de las que deben descontar las 7 previamente remitidas por LAJ de la provincia de Tarragona. Sin embargo, a continuación, procedemos a examinar los resultados obtenidos.

En concreto, la comunidad autónoma que más encuestas ha contestado ha sido Cataluña, con un total de 14 (7 de la provincia de Tarragona, 6 de Barcelona y 1 de Lleida); le sigue, aunque no muy de cerca, Galicia (Lugo y Pontevedra), con 6 encuestas; y Asturias, con 5. Finalmente, se han podido incorporar a nuestro estudio de campo las respuestas remitidas por los LAJ de las comunidades autónomas de Cantabria (2), Aragón (2) y Madrid (1). En este punto queremos señalar que las 11 comunidades autónomas restantes, es decir, el doble de las que sí han participado, no han mostrado signos de interés para este estudio de campo, lo que necesariamente debe hacer reflexionar al tiempo de valorar los resultados obtenidos.

Realizadas las anteriores puntualizaciones, pasamos a analizar las respuestas finalmente recibidas. De entrada, respecto a la iniciativa de los LAJ a la hora de informar a las partes de la existencia de la vía de apremio del artículo 641 LEC como alternativa a la subasta judicial, observamos un resultado muy ajustado entre los que afirman dar esta información de mutuo propio -los que más (16) - y los que reconocen no hacerlo (14). En cambio, cuando la pregunta se plantea desde la perspectiva de la iniciativa de las partes, la balanza se inclina

y del secretario de gobierno de la Comunidad Valenciana, que consideró que nuestra petición debía dirigirse al Área de Letrados de la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia, a la que ya habíamos acudido sin éxito previo contacto con el secretario de gobierno.

considerablemente hacia el «no», siendo tan sólo 6 los supuestos en que las partes han pedido activar la realización forzosa a través de persona o entidad especializada, en lugar de la subasta judicial, no contemplándose esta alternativa en la mayoría de las encuestas (24) por haber ignorado las partes esta posibilidad.

Sea como fuere la manera en que haya llegado la información al procedimiento de apremio -porque el LAJ ha tenido la iniciativa de informar a las partes, o bien porque las propias partes han solicitado la aplicación del artículo 641 LEC en sustitución de la subasta judicial-, se evidencia que en su mayoría son pocas las ocasiones en que se ha facilitado esta información por el juzgado, y menos aún aquellas en que las partes han solicitado su aplicación. Esta realidad nos lleva a realizar las siguientes apreciaciones:

En los pocos casos en que el órgano judicial reconoce haber informado de la existencia del arte. 641 LEC, es cierto que esta información no se ha facilitado de manera habitual a las partes del proceso de ejecución, reconociendo la mayoría de encuestados haberlo hecho en sólo una ocasión²⁹. Si bien, como se ha puesto de relieve, menor ha sido el interés de las partes a poner en funcionamiento el sistema de realización forzosa por persona o entidad especializada, que prácticamente obvian esta oportunidad que les brinda el proceso de ejecución judicial.

Al margen de quien haya tenido la iniciativa, desde el punto de vista de la funcionalidad de la figura objeto de análisis nos interesa saber en cuántas ocasiones se ha aplicado el artículo 641 LEC y, sobre todo, cuando se ha hecho de manera exitosa.

29 Es de justicia destacar la excepción del Juzgado de lo Mercantil de Tarragona, que declara haber informado de la posible aplicación del artículo 641 LEC hasta en 15 ocasiones; y del Juzgado de Primera Instancia número 3 Tarragona, que reconoce haberlo hecho 4 veces.

La primera apreciación que puede realizarse tras el examen de los datos es que todos los órganos judiciales que han puesto en funcionamiento la realización por persona o entidad especializada, en alguna ocasión han llegado a un resultado positivo en conseguir la venta del bien por esta vía alternativa de apremio, excepto en 3 ocasiones. Y, la segunda cuestión que llama considerablemente la atención es que de los 20 casos en los que nos constan que efectivamente se ha aplicado el artículo 641 LEC, 13 han finalizado con éxito, es decir, el 65%.

La realidad examinada a nivel estatal nos conduce, en buena medida, a las conclusiones que hemos tenido la oportunidad de indicar en el momento de estudiar el impacto del artículo 641 LEC en la provincia de Tarragona. En concreto, se pone de nuevo de manifiesto la no aplicación del mecanismo de realización forzosa por especialista ya sea por desconocimiento o por desinterés, tanto de los operadores jurídicos como del propio justiciable (y de los que los asisten a través de la representación y defensa en el proceso judicial). Sin embargo, no podemos obviar, a pesar de todas las circunstancias, el potencial de esta figura alternativa a la subasta judicial, siendo significativo -y conscientes de la escasa representatividad de la muestra utilizada- que cuando termina activando, esto es en 2/3 de los casos, finaliza con éxito.

5. PROPUESTA PARA LA ACTIVACIÓN DEL ARTÍCULO 641 LEC A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DE UNA *SPIN-OFF*

Hasta ahora todas las bondades de la realización por especialista han quedado eclipsadas por la subasta judicial. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en las pocas ocasiones en que se ha tenido la oportunidad de llevar a cabo esta vía alternativa de apremio, los resultados han sido satisfactorios en más de la mitad de los casos, lo que nos demuestra que este mecanismo, cuando se utiliza, puede funcionar.

Ante esta realidad, consideramos que ha llegado el momento de avanzar en la formulación de una propuesta que nos permita impulsar la aplicación de la realización por persona o entidad especializada como mecanismo ordinario de apremio y relegar la subasta judicial a la excepcionalidad, por lo que únicamente entre en funcionamiento cuando a través del artículo 641 LEC no se alcance la pretendida enajenación forzosa. Este propósito precisa de la implicación de todos los intervinientes de la ejecución y, especialmente, del acreedor ejecutante (en buena medida, las entidades de crédito) y del LAJ.

Con este fin, y con el apoyo de la Universitat Rovira i Virgili (URV) de Tarragona, a través de su centro de transferencia y tecnología y de su Cátedra sobre el Fomento del Emprendimiento y la Creación de Empresas, creamos la primera Spin-off en ciencias sociales de nuestra universidad (es decir, una empresa participada por la misma universidad), que tiene como principal objetivo intervenir en los procesos de ejecución civil actuando como entidad especializada en virtud del artículo 641 LEC ³⁰.

Sin embargo, las inconcreciones de la regulación legal de la realización forzosa por persona o entidad especializada hacían necesaria la previa implantación de un plan piloto que nos permitiera concretar todo el proceso de intervención del especialista, desde la solicitud de su

30 La relevancia del tema estudiado mereció la concesión de una ayuda R2B (2016) de la Universitat Rovira y Virgili, otorgada en convocatoria pública y competitiva, para la creación de una Spin-off, la constitución tuvo lugar, bajo la denominación social de «LitiGest consultores SL», el 19 de junio de 2017 (vid. <https://www.litigest.com>) que, paralelamente ganó el reconocimiento a la mejor idea empresarial de los premios Tarragona Impulsa 2017, impulsores de proyectos innovadores con alto valor para el territorio. Con posterioridad, en octubre de 2017, LitiGest fue seleccionada para formar parte de la aceleradora de empresas *Tarragona Open Future* por un período de 6 meses, siendo premiada por su actividad en abril de 2018.

designación al órgano judicial hasta la adjudicación del bien objeto de enajenación³¹. Y así lo conseguimos con la colaboración de una entidad de crédito de pequeñas dimensiones de la Comunidad Valenciana, que confió en nuestro proyecto y accedió a entregarnos un expediente para activar y articular, desde el primer momento, la participación de la entidad especializada, en nuestro caso de LitiGest, en la fase de apremio³².

A partir de este plan piloto, y durante los dos primeros años de vida de LitiGest, se ha conseguido la activación del mecanismo de realización forzosa por entidad especializada en varias ocasiones, especialmente en Cataluña, no sólo en el marco de la ejecución hipotecaria, sino también en el ámbito de la división de la cosa común e incluso en el marco del proceso penal para ejecutar la condena civil derivada de la responsabilidad penal. Esto pone de manifiesto la utilidad de esta figura más allá de los procesos en que la entidad de crédito pretende recuperar el crédito prestado, como la referida división de la cosa común (en procesos de divorcio o herencia, por ejemplo) o en el concurso de acreedores. En este punto merece la pena mencionar que la nueva redacción del artículo 10 de la Ley 3/2020 de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la Covid-19, en concordancia con el artículo 216 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal,

31 Inicialmente (en febrero de 2017) se contactó con el Departamento de Modernización de la Dirección General de Modernización de la Administración de Justicia de la Generalitat de Catalunya, con quien se consideró la posibilidad de implantar un plan piloto en dos de los servicios comunes de ejecución de la provincia de Tarragona. A pesar de la buena voluntad de la persona responsable de este organismo, la naturaleza privada de LitiGest fue el principal impedimento para que este proyecto pudiera ver la luz.

32 En febrero de 2018, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Alcañiz, designó por primera vez a LitiGest como entidad especializada para la realización de un inmueble.

ha reforzado la intervención de la entidad especializada en los procesos concursales para la enajenación directa de los bienes y derechos de la masa activa. Se concede, de este modo, expreso reconocimiento a una fórmula de realización forzosa de los bienes alternativa a la subasta judicial (artículos 641 y 642 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que podrá activarse en cualquier estado del concurso –sin tener que esperar a la fase de liquidación– y previa solicitud del administrador concursal.

Además, hemos podido constatar que la implantación de esta vía de realización forzosa de los bienes es especialmente lenta y costosa, aunque totalmente factible si perseveramos en nuestro propósito.

En particular, nuestra propuesta de activación del artículo 641 LEC, que se construye combinando los previos conocimientos teóricos desarrollados sobre la institución procesal que regula, y la experiencia práctica que hemos podido adquirir a través del contacto con los principales responsables de la ejecución judicial y de nuestra intervención en la misma a través de LitiGest, se concreta en los siguientes puntos:

- a) En primer lugar, es imprescindible que el acreedor active esta vía alternativa de realización forzosa y lo comunique al órgano judicial. En consecuencia, parece que la ausencia de la expresa voluntad de esta parte procesal –por más que sí lo quiera la parte ejecutada– conllevará la puesta en funcionamiento de la subasta judicial, aunque esto no siempre es así. El análisis de la experiencia práctica nos ha permitido detectar que la iniciativa también puede ser del LAJ cuando éste considere que estamos ante la mejor opción para resolver la ejecución. En este caso, se puede llevar a cabo esta vía alternativa de apremio a la subasta, al margen la voluntad de las partes³³. Además, nos hemos dado

33 Esto es lo que sucedió, por ejemplo, en la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza (según se deduce del cuestionado remitido por el

cuenta del desconocimiento generalizado de este mecanismo tanto para las partes del proceso como por el mismo órgano judicial, y eso sí nos ha sorprendido, lo que en buena medida explica su escasísima incidencia en la práctica. Por ello, en nuestra opinión sería deseable que, al tiempo de iniciar la fase de apremio, el LAJ informara a las partes y posibles interesados de la existencia de este mecanismo de apremio alternativo a la subasta judicial para que, como mínimo, pudieran valorar la vía de apremio más adecuada a sus intereses y no sucumbir, por desconocimiento, a la habitual subasta judicial³⁴.

- b) La designación de la persona o entidad especializada es uno de los aspectos a mejorar de nuestra norma procesal pues, a diferencia de lo que sucede con la revocación del encargo de realización –que claramente se llevará a cabo a través de decreto, en atención al artículo 641.5 LEC–, en este caso permanecen inconcretos el momento y la resolución procesal oportuna. Por

mismo órgano judicial), en la que la LAJ decidió la venta de unas joyas embargadas por la vía del artículo 641 LEC -designado un joyero como especialista- para hacer frente al pago de una multa impuesta en un anterior proceso penal, siendo el acreedor del Estado y el deudor el condenado al pago.

- 34 La viabilidad de esta opción ha sido expresamente reconocida en el propio ámbito de los Letrados de la Administración de Justicia, siendo de destacar la aportación de Ávila, Juan María. (2017). Acción de división de cosa común y su ejecución por medio de subasta (Inmuebles). *Revista de Derecho vLex*, 161, p. 48 quien, ante los déficits de la subasta judicial en este contexto, propone «Sugerir a las partes la existencia de Otras formas de proceder a la enajenación del inmueble como puedan ser: un conveniente realizaciones entre todos los copropietarios ya la que puedo concurrir otras personas, previsto en el artículo 640 de la LEC» y «la realización por persona o entidad especializada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109.3 de la LJV y artículo 641 de la LEC».

ello, la actuación de los LAJ no es uniforme. Así, y tomando como referencia nuestra propia experiencia práctica, por un lado, destacamos la opción del LAJ del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Tarragona, que resuelve a través de diligencia de ordenación tanto para dirigirse a la entidad especializada y plantearle la aceptación del encargo, como para determinar la cuantía y el plazo para hacer efectivo el pago de la caución. Por su parte, el LAJ del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Alcañiz designa a la entidad especializada propuesta a través de decreto (el mismo donde también se concretan los extremos de la venta y el plazo para hacerla).

- c) Sólo cuando el objeto de venta son bienes inmuebles, es decir, en la mayoría de los casos, el artículo 641.3 LEC exige, previa designación del especialista, la convocatoria de una comparecencia ante el LAJ de «las partes y los que consten en el proceso que pudieran estar interesados». En concordancia con lo dispuesto en el artículo 641.1 LEC, que de entrada hace depender la viabilidad de esta alternativa de realización forzosa de la voluntad del ejecutante, será imprescindible la asistencia a esta comparecencia del ejecutante (o de su procurador) y recomendable (aunque totalmente prescindible) la del ejecutado, ya que es en este acto procesal donde se fijan los extremos esenciales de la venta, siendo de destacar el precio mínimo por el que se podrá materializar la alienación que, en defecto de pacto expreso entre las partes y todos los interesados -haya o no asistido a la comparecencia-, deberá respetar el 70% del valor que resulte del inmueble en aplicación del artículo 666 LEC.
- d) La admisión de la intervención de una persona o entidad especializada para la venta del bien litigioso por el LAJ tendrá como consecuencia directa la paralización o evitación de la subasta judicial, dependiendo del momento en que tenga lugar su solicitud.

- e) La norma procesal elude la previsión de un trámite de aceptación por la persona o entidad especializada para intervenir en la venta del bien, que entendemos se materializará con el ingreso de la preceptiva caución -el importe y plazo de entrega el determinará el LAJ- a la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales, para garantizar su intervención responsable.
- f) Aunque la ley procesal nada advierta al respecto, será imprescindible la mediación que pueda hacer el especialista con la parte deudora para acceder al bien litigioso y facilitar su posterior venta (por ejemplo, si se trata de un inmueble, tener la posibilidad de fotografiar su interior y concertar visitas con el visto bueno y colaboración del deudor).
- g) Siguiendo la literalidad de la ley, el plazo para realizar la venta será de 6 meses, transcurrido el cual la persona o entidad especializada informará al LAJ sobre su éxito o los motivos por los que la venta no se ha podido producir, en este caso, y siempre que se consideren no imputables a su persona, se podrá prorrogar el plazo por seis meses más. Transcurrido este segundo plazo sin haber vendido el bien, el LAJ deberá dictar un decreto revocando el encargo de alienación.

En este punto, se plantea el problema de la concreción del *dies a quo* o cómputo inicial del referido plazo de seis meses, y que el legislador ha tenido a bien tratar con el silencio, lo que explica la actuación dispar de los LAJ en la práctica. Así, por un lado, encontramos actuaciones, como la del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Tarragona, que toma como referencia la fecha de la diligencia de ordenación en la que se tiene por consignada la caución de la entidad especializada, para comenzar a computar el referido plazo de seis meses. En cambio, diferente es la interpretación que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Alcañiz hace de la abierta redacción del artículo 641

LEC al respecto ya que en esta ocasión el LAJ decide designar la entidad especializada, así como concretar los extremos de la venta y su *dies a quo* a través de una misma resolución procesal que adopta forma de decreto -y no de diligencia de ordenación-.

- h) Una vez realizada la venta, el especialista deberá ingresar en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales, la cantidad obtenida, descontando los honorarios de la intervención. Esta operación debe tener la aprobación del LAJ, a quien el especialista debe rendir cuentas.
- i) El fracaso de la venta del bien tendrá dos consecuencias inminentes: por un lado, que el LAJ revoque el encargo y vuelva la caución al especialista siempre que justifique la imposibilidad de realización del bien por causas que no le sean imputables; y, por otro, la activación de la subasta judicial.

6. CONCLUSIONES

Primera. Nuestro ordenamiento jurídico prevé, ya desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, diferentes vías de apremio para dar cumplimiento a la realización forzosa de los bienes embargados o hipotecados en el marco de un proceso judicial. Esto significa que, al margen de la subasta judicial -que monopoliza esta fase del proceso de ejecución- las partes (en ocasiones el ejecutante y en otros del ejecutado con consentimiento del ejecutante) tienen la posibilidad de acudir a otros mecanismos para obtener el mismo resultado del proceso de ejecución, esto es, la conversión de los bienes en dinero. Se trata, en concreto, del convenio de realización, regulado en el artículo 640 LEC, y de la realización por persona o entidad especializada del arte. 641 LEC.

Segunda. Los datos analizados ponen de relieve que, a pesar de ser el más habitual, la subasta judicial no siempre resuelve las

pretensiones de las partes que acuden al proceso de ejecución. Así, la mejora de esta institución procesal a través de la implantación de la subasta electrónica no evita que en determinados casos que las subastas queden desiertas en perjuicio tanto del acreedor ejecutante (que en el mejor de los casos, optará por adjudicarse el bien, con todos los gastos que ello conlleva) como del deudor (para quien la pérdida del bien no siempre supone la extinción total de la deuda). Y tampoco garantiza que en los casos de éxito la realización se haga por un precio cercano al valor de mercado de los bienes.

Tercera. La anterior realidad convierte en una necesidad la activación de las antes mencionadas vías de apremio alternativas a la subasta judicial, sobre todo teniendo en cuenta su previsión al ordenamiento procesal. Nos hemos fijado, en concreto, en la vía prevista en el artículo 641 LEC, que permite privatizar la fase de realización forzosa de los bienes, encargándose de hacer su venta a un tercero ajeno al proceso, una persona o entidad especializada en el mercado donde se comercializa el bien, en lugar del Letrado de la Administración de Justicia.

Cuarta. A pesar de las expectativas depositadas en la figura regulada en el artículo 641 LEC, el análisis de la práctica de nuestros tribunales de justicia demuestra que su aplicación es muy escasa. Esto se debe, en buena medida, al desconocimiento de los operadores jurídicos en general y, en particular, de los letrados de la Administración de Justicia. Sin embargo, detectamos que cuando se utiliza se obtienen mejores resultados que con la subasta judicial.

Quinta. Una magnífica oportunidad para potenciar la privatización de la ejecución judicial nos la ofrece el legislador concursal al apostar por la intervención de la entidad especializada en los procesos concursales para la enajenación directa de los bienes y derechos de la masa activa. Tendrá que verse si en esta ocasión la figura del 641 LEC tiene una mayor aplicabilidad práctica; el tiempo lo dirá.

PRESENTE Y FUTURO DEL PROCESO MONITORIO EN EUROPA E IBEROAMÉRICA. EL PARADIGMA COLOMBIANO

PRESENT AND FUTURE OF THE INJUNCTION FOR PAYMENT PROCESS IN EUROPE AND IBERO-AMERICA. THE COLOMBIAN PARADIGM

JUAN PABLO CORREA DELCASSO

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona
Abogado. Socio Fundador, LA GUARD ABOGADOS

Fecha de recepción: 03.11.2020

Fecha de aceptación: 19.12.2020

RESUMEN: En el presente artículo, el autor reflexiona sobre el futuro del proceso monitorio, tanto en Europa como en América Latina. En el caso de Europa, su reflexión se centra en la reciente sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de diciembre de 2019, donde el Alto Tribunal exige que se lleve a cabo un control previo del principio de prueba documental en materia de consumo, contrariamente a lo dispuesto en el Reglamento del Proceso monitorio europeo. En el caso de América Latina, su reflexión se centra en la aplicación práctica que de este proceso se está haciendo en algunos países y, singularmente, en Colombia, donde el Tribunal Constitucional colombiano se ha pronunciado, estos últimos años, en torno a determinados aspectos clave para su futuro como son la fase de

ABSTRACT: In this article, the author reflects about the future of the order for payment process, both in Europe and Latin America. In the case of Europe, his reflection focuses on the recent judgment of the European Court of Justice of 19 December 2019, where the High Court requires that the documentary evidence has to be checked in advance in consumer matters, contrary to the provisions of the European Order for Payment Procedure Rules. In the case of Latin America, his reflection focuses on the practical application of this process that is being made in some countries and, singularly, in Colombia, where the Colombian Constitutional Court has ruled, in recent years, on certain key aspects for its future such as the prior conciliation phase that can eventually be established therein; the notification of the

conciliación previa que puede, eventualmente, establecerse en el mismo; la notificación del requerimiento de pago o el tipo de reclamaciones que pueden tramitarse por sus cauces. Por último, el artículo concluye con unas propuestas de *lege ferenda* para mejorar la regulación procedimental del proceso monitorio colombiano, y con una reflexión final sobre el futuro de este proceso, tanto en Europa como en Iberoamérica.

PALABRAS-CLAVE: Proceso monitorio europeo; Reglamento 1896/2006; Consumidores; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Asuntos C 453/18 y C 494/18; Proceso monitorio colombiano; Tribunal Constitucional colombiano; Proceso monitorio en Iberoamérica.

payment order or the type of claims that can be processed through its procedure. Finally, the article concludes with some proposals in order to improve the procedural regulation of the Colombian order for payment process, and with a final reflection on the future of this procedure, both in Europe and in Latin America.

KEYWORDS: European order for payment process; Regulation 1896/2006; Consumers; Court of Justice of the European Union; Cases C 453/18 and C 494/18; Colombian order for payment procedure; Colombian Constitutional Court; Order for payment procedure in Latin America.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2019. 3. Pasado y presente del proceso monitorio en Europa: incidencia que puede llegar a tener la sentencia dictada por el TJUE sobre los distintos procesos monitorios existentes en la Unión Europea. Análisis histórico y retrospectivo del proceso monitorio. 4. El proceso monitorio en Iberoamérica: el paradigma colombiano. 5. Propuestas de *lege ferenda* para Colombia. 5.1. Reformas necesarias. 5.2. Reformas aconsejables. 6. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Como hemos tenido ocasión de subrayar en anteriores estudios¹, el proceso monitorio (o «procedimiento» monitorio, para algunos autores latinoamericanos²) constituye, hoy por hoy, una de las mejores herramientas para descongestionar nuestras colapsadas administraciones de Justicia tanto a nivel procesal como orgánico, por la mayor delegación de funciones que su particular estructura procedimental posibilita, en principio, que se delegue en otros profesionales al servicio del órgano jurisdiccional³.

-
- 1 Vid, entre otros, *El procedimiento monitorio en América Latina. Pasado, presente y futuro*, AAVV, Temis, Bogotá, 2013.
 - 2 COLMENARES URIBE, *El proceso monitorio en el Código General del Proceso* (publicado en la página web www.carloscolmenares.com) para quien «la denominación proceso constituye un error doctrinal frecuente en esta materia». Sobre este autor véase, asimismo, su reciente trabajo publicado en la obra antes mencionada (*El procedimiento monitorio en Colombia*, en *El procedimiento monitorio en América Latina. Pasado, presente y futuro*, op. cit., pp. 109 y ss.).
 - 3 Como afirmaba el Prof. PERROT (*L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union Européenne et les garanties des droits de la défense*, «L'efficacité de la Justice Civile en Europe», Bruxelles, 2000, pp. 419-420), la Justicia ha experimentado una evolución cualitativa por lo que se refiere a la naturaleza del contencioso que se sustancia por sus cauces (que no es hoy en día lo que era a principios del pasado siglo), necesitado de una mayor rapidez: «*jadis on pouvait se permettre d'attendre quelques années avant qu'une décision de justice ne fixe définitivement les droits des parties en cause (...). À notre époque, l'attribution d'une pension alimentaire, la fixation d'une indemnité réparatrice d'accident ou le solde d'un contrat de travail résilié abusivement sont des décisions que l'on ne peut pas se résigner à attendre. Et alors, par un curieux paradoxe, c'est au moment où la justice devient plus lente que l'on éprouve le besoin d'obtenir une justice rapide*».

Así, tan sólo en España, y pese a gozar de unos veinte años de existencia (desde que fuera introducido en el año 1999 para agilizar el cobro de deudas de las comunidades de propietarios mediante la Ley 8/1999, de 6 de Abril, de Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal)⁴, como ya preconizáramos en su día (al hilo de otras experiencias de Derecho comparado)⁵, el proceso que ahora nos ocupa se ha convertido en el más utilizado ante nuestra jurisdicción ordinaria (ceñida siempre a los ámbitos civil y mercantil) con un total de 600.000 peticiones iniciales ingresadas, aproximadamente, en el año 2018 ante los Juzgados de Primera instancia, lo que representa aproximadamente un 25 % de todo el contencioso civil en dicho año⁶.

Paralelamente, y plenamente consciente del gravísimo impacto que tiene la morosidad en Europa para un buen funcionamiento del Mercado común, el legislador europeo ha promulgado, como es sabido, el Reglamento 1896/2006 en aras, precisamente, de «simplificar, acelerar y reducir los costes de litigación en asuntos transfronterizos

4 Sobre este particular puede verse mi estudio *El proceso monitorio en la nueva Ley de Propiedad Horizontal: indicaciones prácticas de aplicación en aras a salvaguardar su constitucionalidad parcial*, Revista Jurídica «La Ley» de 28 de Abril de 1999, día de la promulgación de la Ley 8/1999 que introducía –o mejor, reintroducía– este proceso en España. Por lo demás, también en Francia se utiliza este proceso para el cobro de deudas de esta naturaleza según enseña MIGUET, *Procédure d'injonction de payer*, «Juris-Classeur Procédure Civile» n° 990, 4 Juillet 2012.

5 CORREA DELCASSO, *El proceso monitorio*, Barcelona, 1998.

6 De conformidad con los datos estadísticos publicados por el Consejo General del Poder Judicial del año 2018, los asuntos Ingresados en la jurisdicción civil fueron de 2.227.531 y los procesos monitorios incoados 576.846, es decir, un 14% más que el año anterior. En un 7,4% de los casos, el proceso monitorio terminó con el pago, por parte del deudor, de la cantidad reclamada y en un 38,5% con la incomparecencia del deudor requerido y consiguiente despacho de ejecución.

relativos a créditos pecuniarios no impugnados (...) y en permitir la libre circulación de los requerimientos europeos de pago a través de todos los Estados miembros, mediante el establecimiento de normas mínimas cuya observancia haga innecesario un proceso intermedio en el Estado miembro de ejecución con anterioridad al reconocimiento y a la ejecución» y, todo ello, sin que deba olvidarse que el meritado procedimiento «debe constituir un medio complementario y opcional para el demandante, que conserva plena libertad de recurrir a los procedimientos establecidos en el Derecho nacional»⁷.

Dicho esto, nadie podía imaginarse, hasta unos años que, recientemente, los numerosos abusos cometidos, fundamentalmente, por entidades bancarias del Viejo Continente, llevarían al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de ahora en adelante, «TJUE»), a dictar numerosas resoluciones en defensa de los Derechos de los consumidores y, en su mayoría, a requerimiento de órganos jurisdiccionales españoles.

7 Para un estudio crítico de la deficiente técnica legislativa utilizada para la confección de esta norma comunitaria véase mi estudio *El proceso monitorio europeo*, Madrid, 2008. En cualquier caso, muy probablemente el desarrollo práctico de la actual normativa sobre el proceso monitorio europeo pondrá de relieve la utilidad de novedosa institución en otros supuestos como, por ejemplo, su utilización en aquellos países donde no exista un proceso monitorio interno. Sin embargo, al igual que la doctrina más autorizada (PERROT o NORMAND, entre otros), creemos que por mientras no se resuelvan problemas «capitales» de numerosos Derechos internos (como, por ejemplo, la forma de efectuar las notificaciones o la ejecución de resoluciones judiciales a nivel comunitario), de nada sirve crear instituciones supranacionales cuya eficacia práctica depende, en buena medida, del mayor o menor acierto que tengan las leyes procesales internas (por expresa remisión, sin ir más lejos, de lo establecido en el art. 26 RPME) así como de los medios materiales de que disponga, en concreto, cada Estado.

Pero, sin duda alguna, la sentencia más relevante por lo que al presente estudio se refiere es, sin duda alguna, la dictada en fecha 19 de diciembre de 2019 en los asuntos acumulados C453/18 y C494/18, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia n° 11 de Vigo (Pontevedra) y por el Juzgado de Primera Instancia n° 20 de Barcelona a través de las cuales, como veremos seguidamente, solicitan del Alto Tribunal que aclare si el órgano jurisdiccional que está conociendo de un proceso monitorio europeo, debe requerir la prueba documental soporte de una reclamación monitoria a efectos de controlar su eventual abusividad, pese a no preverlo, de forma expresa, la normativa del proceso monitorio europeo contenida en el Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo.

Pues bien: al análisis de esta importantísima decisión dedicaremos, por lo tanto, en un primer momento, el primer apartado del presente estudio (por el impacto que la misma puede tener en la tramitación práctica no sólo del proceso monitorio europeo, sino también de numerosos procesos monitorios nacionales de numerosos países de la Unión Europea y, especialmente, de aquellos que, como la República Federal de Alemania, Hungría o Suecia, han apostado por procesos monitorios puros o de tramitación puramente administrativa, en su fase no jurisdiccional) para, en un segundo apartado, analizar cuál es, en la actualidad, la aplicación práctica que, de este proceso, se está haciendo en algunos países de Iberoamérica y, muy singularmente, en Colombia, donde, como también veremos seguidamente, la evolución que está experimentando –y que debe experimentar– este proceso es muy similar a la que, en sus inicios, se daba en la inmensa mayoría de ordenamientos jurídicos europeos.

2. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 19 DE DICIEMBRE DE 2019

En la sentencia antes mencionada, el Alto Tribunal, tras hacer una exhaustiva exposición del marco jurídico aplicable en la UE, expone, ante todo, cuál es el origen de la cuestión prejudicial: en concreto, ésta se halla en el hecho de que una entidad denominada Bondora (que otorga créditos al consumo) celebró un contrato de préstamo con un consumidor, el Sr. V. C., por la cantidad de 755,27 euros. El 21 de marzo de 2018, esta sociedad presentó ante el juzgado remitente una petición de requerimiento europeo de pago contra el Sr. V. C.

Considerando que la deuda se fundaba en un contrato de préstamo celebrado entre un profesional y un consumidor, el juzgado remitente, en virtud del artículo 815, apartado 4, de la LEC, requirió entonces a la prestamista para que aportara documentación acreditativa de la deuda (y correspondiente a los medios de prueba del campo 10 del formulario A, a saber, el contrato de préstamo y la determinación del importe de la deuda, en aras de apreciar, precisamente, el eventual carácter abusivo de las cláusulas de dicho contrato).

Pues bien: Bondora se negó, entonces, a presentar esa documentación aduciendo, por un lado, que, según la disposición final vigésima tercera, apartado 2, de la LEC, en el caso de una petición de requerimiento europeo de pago, no es necesario aportar documentación acreditativa de la deuda y, por otro lado, que los artículos 8 y 12 del Reglamento n.º 1896/2006 no hacen referencia alguna a la presentación de documentación para la expedición de un requerimiento europeo de pago.

El juzgado remitente se encuentra, así, confrontado, por un lado, a aplicar «a raja tabla» lo que dispone la normativa comunitaria (la cual, ciertamente, otorga sobre el papel la razón a Bondora); y, por otro, al mandato último del Alto Tribunal Europeo, plasmado en sus sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito

(C618/10, EU:C:2012:349), y de 21 de abril de 2016, Radlinger y Radlingerová (C377/14, EU:C:2016:283), que expresamente establecen el deber del órgano jurisdiccional de examinar, de oficio, el carácter supuestamente abusivo de las cláusulas contractuales de que se derivan los créditos, y que motivó, por ello, una reforma del art. 815, apartado 4, de la LEC.

De ahí, que el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Vigo decidiera suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1º) *¿Hay que interpretar el artículo 7.1 de la Directiva [93/13] y la jurisprudencia que la interpreta, en el sentido de que dicho artículo de la Directiva se opone a una norma nacional, como la de la Disposición final vigésima tercera, [apartado 2], de la [LEC], que dispone que en la petición de requerimiento europeo de pago no resulta preciso aportar documentación alguna y que en su caso será inadmitida?*
- 2º) *¿Hay que interpretar el artículo 7.2.e), del Reglamento n.º 1896/2006 [...] en el sentido de que dicho precepto no impide que se pueda requerir a la entidad acreedora para que aporte la documentación en que basa su reclamación derivada de un préstamo al consumo concertado entre un profesional y un consumidor, si el órgano jurisdiccional estima imprescindible el examen del documento para examinar la posible existencia de cláusulas abusivas en el contrato suscrito entre las partes y dar así cumplimiento a lo expresado en la Directiva [93/13] y la jurisprudencia que la interpreta?».*

De forma idéntica, otro tanto haría el Juzgado de Primera instancia n.º 20 de Barcelona en el otro asunto acumulado donde, de forma muy similar a lo acaecido ante los Juzgados de Vigo, Bondora celebró un contrato de préstamo con XY por la cantidad de 1 818,66 euros y, en fecha 17 de mayo de 2018, presentaba ante el juzgado remitente barcelonés una petición de requerimiento europeo de pago contra aquél.

De ahí también que el Juzgado de Primera Instancia n.º 20 de Barcelona decidiera suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales, en términos muy parecidos a las anteriores:

- «1º) *Si es compatible con el artículo 38 [de la Carta], con el artículo 6.1 [TUE] y con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva [93/13] una normativa nacional como el apartado [2] de la DF 23.ª LEC que no permite aportar ni reclamar un contrato ni el desglose de la deuda en una reclamación en la que el demandado es un consumidor y hay indicios de que pudieran estarse reclamando cantidades basadas en cláusulas abusivas.*
- 2º) *Si es compatible con el artículo 7.2d) del Reglamento [n.º 1896/2006] solicitar, en las reclamaciones contra un consumidor, que el actor especifique en el apartado 11 del formulario A [del anexo I del Reglamento n.º 1896/2006] el desglose de la deuda que reclama. Igualmente, si es compatible con dicho precepto exigir que en ese mismo apartado 11 se copie el contenido de las cláusulas del contrato que fundamentan las reclamaciones a un consumidor, más allá del objeto principal del contrato, para valorar su abusividad.*
- 3º) *Si la respuesta a la cuestión segunda es negativa, que se indique por parte del TJUE si es posible, en la regulación actual del Reglamento n.º 1896/2006, comprobar de oficio, con carácter previo a expedir el requerimiento europeo de pago, si en un contrato con un consumidor se están aplicando cláusulas abusivas y en base a qué precepto se puede realizar.*
- 4º) *En el supuesto de que no sea posible controlar de oficio, en la redacción actual del Reglamento n.º 1896/2006, la existencia de cláusulas abusivas con carácter previo a expedir el requerimiento europeo de pago, se pregunta al TJUE para que se pronuncie sobre la validez del citado Reglamento, por si es contrario al artículo 38 [de la Carta] y [al] artículo 6.1 [TUE]».*

Planteados así los términos de la consulta, el Alto Tribunal constata, en primer lugar, que *«procede recordar que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que lo lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas (sentencia de 27 de febrero de 2014, Pohotovost', C470/12, EU:C:2014:101, apartado 39 y jurisprudencia citada). Además, el artículo 38 de la Carta dispone que, en las políticas de la Unión, se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores. Este imperativo rige la aplicación de la Directiva 93/13 (sentencia de 27 de febrero de 2014, Pohotovost', C470/12, EU:C:2014:101, apartado 52)».*

En segundo lugar, que *«a tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional».*

Y, en tercer lugar que, *«habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigesimocuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencia de 13 de septiembre de 2018, Profi Credit Polska, C176/17, EU:C:2018:711, apartado 40 y jurisprudencia citada)».*

Por lo demás, también subraya el Alto Tribunal europeo que, según reiterada jurisprudencia, *«el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, siempre que disponga de los*

elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto (sentencias de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM*, C243/08, EU:C:2009:350, apartado 32, y de 13 de septiembre de 2018, *Profi Credit Polska*, C176/17, EU:C:2018:711, apartado 42 y jurisprudencia citada)» y que, «en el contexto de procesos monitorios nacionales, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una normativa nacional que permite expedir un requerimiento de pago cuando el juez que conoce de la petición de proceso monitorio no tenga la facultad de examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas de ese contrato, en caso de que los requisitos para ejercer el derecho a formular oposición a dicho requerimiento no permitan garantizar el respeto de los derechos del consumidor derivados de la citada Directiva (véanse, en este sentido, la sentencia de 13 de septiembre de 2018, *Profi Credit Polska*, C176/17, EU:C:2018:711, apartado 71, y el auto de 28 de noviembre de 2018, *PKO Bank Polski*, C632/17, EU:C:2018:963, apartado 49)».

Con todos estos antecedentes (y otros tantos que obviamos en aras de la brevedad, donde el Tribunal de Justicia recuerda que un órgano jurisdiccional que conoce de una petición inicial de proceso monitorio debe determinar si las modalidades del procedimiento de oposición que establece el Derecho nacional generan un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida), el Alto Tribunal acaba concluyendo (como era de imaginar, a la vista de las conclusiones formuladas anteriormente por el Abogado General) que de lo establecido en la norma comunitaria se deduce, inequívocamente, que «el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado una petición de requerimiento europeo de pago debe poder pedir al acreedor información complementaria relativa a las cláusulas que este invoca para acreditar la deuda, como la reproducción de todo el contrato o la presentación de una copia de este, con el fin de poder examinar el carácter eventualmente abusivo de tales cláusulas, con arreglo a los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13», plasmando así tal conclusión en respuesta a la cuestión prejudicial planteada.

Pues bien: esta importantísima resolución que ahora nos ocupa, junto con otras no menos importantes dictadas en tiempos recientes por el Alto Tribunal (las cuales, como hemos visto, se citan también en el cuerpo de su fundamentación) abre, sin duda alguna, un importantísimo interrogante no sólo sobre el futuro del proceso monitorio europeo sino, muy particularmente, sobre el futuro, en general, de todos los procesos monitorios nacionales (especialmente de los que revisten carácter no documental o «puro», en palabras de CALAMANDREI), en la medida en que, inevitablemente, dicha doctrina conlleva, como consecuencia, la presencia obligatoria del juez en la fase de admisión de la petición inicial monitoria lo que, sin duda alguna, puede comportar indudables retrasos en la tramitación del proceso monitorio (que ya se están haciendo notar en la práctica judicial, cuando menos, española⁸), los cuales pueden perjudicar gravemente la finalidad esencial para la cual ha sido concebido este proceso desde sus inicios, cual es la de servir a la rápida creación de un título ejecutivo mediante la conocida técnica de la inversión del contradictorio.

Veámoslo.

3. PASADO Y PRESENTE DEL PROCESO MONITORIO EN EUROPA: INCIDENCIA QUE PUEDE LLEGAR A TENER LA SENTENCIA DICTADA POR EL TJUE SOBRE LOS DISTINTOS PROCESOS MONITORIOS EXISTENTES EN LA UNIÓN EUROPEA. ANÁLISIS HISTÓRICO Y RETROSPECTIVO DEL PROCESO MONITORIO

Como es sabido y hemos tenido ocasión de analizar en anteriores trabajos, a tenor de las investigaciones realizadas hasta la fecha por

8 Así, por ejemplo, ver PICÓ JUNOY, *Requiem por el proceso monitorio*, en «Justicia», 2/2015, pp. 523-528.

la mejor doctrina (y sobre las cuales no profundizaremos más de lo estrictamente necesario), los orígenes de la técnica que tanto caracteriza al proceso monitorio, como es la de la «inversión del contradictorio», se remontan, como mínimo, a la Alta Edad Media italiana. En efecto, pese a las reticencias mostradas por un sector doctrinal germánico de principios del siglo pasado⁹, la doctrina más autorizada que ha profundizado en el estudio de la historia del Derecho procesal, ha demostrado que en el «genio italiano» invocado por CHIOVENDA¹⁰ radica, con toda probabilidad, el origen de la creación del *proceptum* o *mandatum de solvendo cum clausula justificativa* del siglo XIII italiano, de donde podría provenir el proceso monitorio contemporáneo¹¹.

Así, este nuevo proceso rápido¹² se concebía, precisamente, para huir de la extrema lentitud y formalismos del proceso ordinario

-
- 9 Sobre este particular véase CHIOVENDA, *Romanesimo y germanesimo nel processo civile*, «Saggi di Diritto Processuale civile», Vol. I, Milano, 1993, pp. 181 y ss.. o CALAMANDREI, *El procedimiento monitorio*, Buenos Aires, 1946, pp. 26 y ss..
- 10 CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, «Saggi di Diritto Processuale civile», Vol. I, Milano, 1993, pp. 353 y ss..
- 11 En contra véase el interesante estudio de NIEVA FENOLL, *Aproximación al origen del procedimiento monitorio*, publicado en el libro antes citado «El procedimiento monitorio en América Latina: pasado, presente y futuro», pp. 1 y ss.
- 12 Según TOMÁS Y VALIENTE, *Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio*, *Revista de Derecho Procesal*, 1960, pp. 33 y ss., existían durante el siglo XIII dos grandes clases de procesos rápidos o sumarios: aquéllos que contenía la Constitución *Saepe contingit* del Papa Clemente V, y aquéllos otros que aparecieron de forma simultánea. Característica esencial de los primeros era el carácter reducido de sus cauces procedimentales, mientras que característica esencial de los segundos era el carácter reducido del examen efectuado por el juez. Y es precisamente en esta segunda categoría de procesos en los cuales, según este autor, debemos buscar los orígenes del

medieval o *solemnis ordo iudiciarius* y nacía, por ello, según GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADÍ, con una estructura perfectamente delimitada: «se iniciaba con una orden del juez de pagar o hacer alguna cosa (de solvendo vel trahendo). Esta orden o mandato venía emanada sin una previa cognición (ante causa cognitionem). Las posibles objeciones a la admisibilidad del *proceptum* o *mandatum* derivantes de la falta de cognición previa, venían resueltas con la justificación que el proceso recibe de la cláusula que en él se contiene (si *senseris reus te gravatum, compareas coram nobis complementum iustitutioe recepturus*). En razón de esta cláusula, el curso del procedimiento podía llegar a estos dos resultados opuestos: o el deudor intimado no comparecía, y entonces el mandato se confirmaba pasando en autoridad de cosa juzgada, o bien el deudor comparecía, y entonces su sola comparecencia hacía que el procedimiento especial cesara, teniéndose que seguir los trámites del juicio ordinario»¹³.

Ahora bien: mientras que los procesos regulados en la *Saepe contingit* conllevaban una cognición completa por parte del juez (si bien a través de un procedimiento abreviado o reducido), el *mandatum de solvendo cum clausula justificativa*, al igual que otros procesos similares nacidos durante este período (como el juicio ejecutivo español¹⁴, regulado

proceso monitorio contemporáneo, esto es, del *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*.

13 GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADÍ, *El procedimiento monitorio, Estudio de Derecho comparado*, Sevilla, 1972, p. 17.

14 Para un estudio comparativo entre el juicio ejecutivo español y el proceso monitorio, véase GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España*, «Estudios de Derecho Procesal», Pamplona, 1974, pp. 413 y ss.; CORREA DELCASSO, *El juicio cambiario en el proyecto de LEC: análisis comparativo con el derecho alemán, naturaleza jurídica y consideraciones en torno a su futura incidencia práctica en el derecho español*, «La Ley», n° 4754 de 15 de Marzo de 1999.

en los arts. 1429 y ss. de la antigua LEC¹⁵), se caracterizaba por una reducción de dicha cognición efectuada por el órgano jurisdiccional¹⁶.

Sin embargo, la verdadera innovación que aportaba el *mandatum de solvendo cum clausula justificativa* frente a otros procesos de características similares, residía precisamente en la técnica empleada para reducir este conocimiento por parte del juez, conocida desde CALAMANDREI bajo el nombre de «*inversión de la iniciativa del contradictorio*» (o, más sintéticamente, como «*técnica de la inversión del contradictorio*»).

En efecto, aunque esta cognición era, en un principio, reducida o incluso totalmente inexistente, no por ello se suprimía sin más del proceso dado que, *a posteriori*, una vez notificado por el órgano jurisdiccional el mandato o requerimiento de pago, el deudor podía alegar en el marco de un proceso ordinario, formulando la pertinente oposición, cualesquiera medios de defensa que pudieran ampararle.

Por consiguiente, la contradicción no se suprimía o reducía sin más de este proceso, sino que tan sólo se posponía a un momento procesal ulterior, dependiendo únicamente su existencia de una reacción por parte del deudor, que debía entonces «*pagar o dar razones*» como exigían nuestros tribunales hispanos en la Edad Media¹⁷.

Por retomar un ejemplo moderno que hemos empleado en anteriores trabajos, este proceso se configuraba, de algún modo, como una auténtica vía rápida de circunvalación, que permitía acceder directamente al punto de destino sin tener que superar, en cada mo-

15 Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

16 TOMÁS Y VALIENTE, *Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio*, op. cit., p. 50.

17 En este sentido, véase nuevamente TOMÁS Y VALIENTE, *Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio*, op. cit..

mento, las innumerables barreras que se interponen en el centro de gran urbe, y sin renunciar tampoco por ello a tomar la salida más adecuada si las circunstancias lo exigían (esto es, si se formulaba una oposición por parte del deudor).

Sin embargo –de ahí la importancia de determinar de forma precisa el contencioso que puede sustanciarse a través de sus cauces–, la utilización de este mecanismo procedimental únicamente tiene sentido cuando el objeto de la reclamación no es aparentemente controvertido, es decir, cuando es harto presumible que el número de oposiciones al requerimiento de pago dictado por el juez será lo menos elevado posible. Motivo por el cual –cabe añadir ahora–, este proceso experimenta un gran éxito en la época actual (en la cual el aumento de la litigiosidad está estrechamente relacionado con el fenómeno del consumo y la multiplicación de los intercambios comerciales), como lo experimentara durante la Alta Edad Media italiana de la mano de los comerciantes de la Península Itálica, que se erigieron en los grandes protagonistas de la economía mediterránea durante este período histórico.

Por lo demás, y como es sabido, desde que CALAMANDREI¹⁸ escribiera sus célebres estudios sobre este proceso y exceptuadas al-

18 Según este ilustre autor, el proceso monitorio puro presenta los siguientes rasgos característicos: «*La orden condicionada de pago se libra por el juez a base de la sola afirmación, unilateral y no probada, del acreedor*» y «*la simple oposición no motivada del deudor hace caer en la nada la orden de pago, de manera que el juicio en contradictorio, que puede eventualmente desarrollarse en mérito de tal oposición, no se dirige a decidir si la orden de pago debe ser revocada o mantenida, sino a decidir ex novo sobre la originaria acción de condena*», mientras que, en el proceso monitorio documental, «*el mandato de pago presupone que los hechos constitutivos del crédito sean probados mediante documentos*» y «*la oposición del deudor no hace caer sin más el mandato de pago, pero tiene, en cambio, el efecto de abrir un juicio de cognición en contradictorio*,

gunas opiniones discrepantes¹⁹, las distintas normativas europeas que lo regulan han solido dividirse comúnmente en dos grandes grupos:

- a) Aquéllas que distinguen un modelo «puro» de proceso monitorio, es decir, un modelo en el cual el requerimiento de pago se dicta por el juez con base en la sola afirmación unilateral y no probada del acreedor.
- b) Y aquéllas otras que, por el contrario, agrupan en su seno una segunda modalidad de proceso monitorio, calificada de «documental», cuya característica esencial reside, como indica su propio nombre, en el hecho de que el legislador exige la aportación de un principio de prueba junto al escrito de petición inicial.

Sin embargo, como lo demuestra el adjetivo mismo utilizado por CALAMANDREI para designar la primera categoría de proceso monitorio, el modelo que representa dicha categoría es, precisamente, aquél que más se asemeja al histórico «*mandatum de solvendo cum clausula justificativa*» donde, como hemos expuesto anteriormente, la resolución del órgano jurisdiccional se dicta sobre la base de la única

en el cual el tribunal, valorando en sus elementos de derecho y de hecho las excepciones del demandado, debe decidir si éstas son tales que demuestren la falta de fundamento del mandato de pago o si, por el contrario, éste merece, a base de las pruebas escritas ya proporcionadas por el actor, ser, sin embargo, mantenido y hecho ejecutivo» (El procedimiento monitorio, op. cit., pp. 26 y ss.). Dejando aparte el carácter extremadamente claro y pedagógico de esta distinción, hemos de precisar aún y así que la práctica es mucho más rica en soluciones que la teoría y que, por consiguiente, los fundamentos teóricos apuntados por CALAMANDREI difícilmente pueden hallarse en su estado puro en las normativas de los distintos procesos monitorio europeos.

19 En este sentido véase SEGNI, *L'opposizione del convenuto nel processo monitorio*, «Scritti Giuridici», Vol. II, Torino, 1965, pp. 957 y ss..

afirmación no probada del acreedor, sin que éste deba aportar ningún tipo de documento inicial.

Dicho esto podemos afirmar, por lo que al objeto del presente estudio se refiere que, en términos generales, los límites geográficos de estos dos grandes grupos de proceso monitorio coinciden prácticamente con la extensión territorial de las dos culturas más extendidas en nuestro Viejo Continente, es decir, la cultura latina y la cultura germánica:

- a) así, mientras que el proceso monitorio «puro» está presente en Alemania (§§ 688 a 703d ZPO), Austria (§§ 244 y ss. ZPO) o en una parte de Suiza, por ejemplo;
- b) el proceso monitorio de tipo documental se encuentra esencialmente en España (arts. 812 a 818 LEC), en Italia (arts. 633 a 656 CPC) o Francia (arts. 1405 a 1425 NCPC) y, por extensión, en la inmensa mayoría de países de América Latina.

Desde un punto de vista estadístico, el éxito del proceso monitorio puede calificarse de espectacular (especialmente, en los países germánicos), al ser, de lejos, el procedimiento más utilizado ante la inmensa mayoría de países de la Unión Europea y, muy especialmente, en los países de cultura germana.

De ahí, precisamente, que el legislador de la Unión Europea apostara, precisamente, por instaurarlo a nivel europeo y por erigirlo en el principal instrumento para la reclamación de deudas transfronterizas entre países comunitarios, inspirándose, abiertamente, en las normas del *Mahnverfahren* o proceso monitorio «puro» alemán.

Sin embargo, la resolución dictada por el Alto Tribunal europeo abre ahora un importante interrogante sobre la futura tramitación, no sólo del proceso monitorio europeo, sino también de los distintos procesos monitorios nacionales existentes en la UE: y es que si el órgano jurisdiccional debe controlar, en las reclamaciones de consumo,

la abusividad de determinadas cláusulas, ¿qué acontece, entonces, en aquellos supuestos donde el juez no controla la admisión a trámite del proceso monitorio, como sucede en la República Federal de Alemania, donde ésta se confía al *Rechtspfleger*, o en España, donde se confía al Letrado de la Administración de Justicia?

La pregunta no parece de fácil respuesta porque en Alemania, por su fuera poco, la tramitación del proceso monitorio es, esencialmente, informática.

El legislador alemán parece, por su parte, haberse hecho eco de la anterior polémica, estableciendo en la redacción de los § 688 y ss. ZPO, diversas previsiones en materia de protección de intereses de los consumidores, muy particularmente en el párrafo segundo de la norma antes mencionada cuando prevé que la petición inicial de proceso monitorio se inadmitirá para aquellas reclamaciones de un empresario en virtud de un contrato suscrito con arreglo a los artículos 491 a 508 del Código Civil alemán, si el tipo de interés anual efectivo que debe indicarse con arreglo al apartado 2 del artículo 492 de dicho Código supera en más de doce puntos porcentuales el tipo básico con arreglo al artículo 247 del Código Civil alemán aplicable en el momento de su celebración.

Por su parte, y frente a dicha previsión (claramente insuficiente, en nuestra opinión, por cuanto que muchas son las cláusulas que pueden resultar abusivas, más allá de la expresamente indicada por el legislador alemán en la norma anteriormente expuesta), el art. 815.4 LEC española prevé, de forma mucho más completa, que *«si la reclamación de la deuda se fundara en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el Letrado de la Administración de Justicia, previamente a efectuar el requerimiento, dará cuenta al juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible. El juez examinará de oficio si*

alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas éstas, resolverá lo procedente mediante auto dentro de los cinco días siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador. De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas. Si el tribunal no estimase la existencia de cláusulas abusivas, lo declarará así y el Letrado de la Administración de Justicia procederá a requerir al deudor en los términos previstos en el apartado 1. El auto que se dicte será directamente apelable en todo caso».

En cualquier caso, sea como fuere, lo que es indudable también es que el mandato del Alto Tribunal comunitario va a provocar una inevitable ralentización del proceso monitorio, que amenaza con acabar con la celeridad última de este proceso y, por ende, con su propia esencia y razón de ser. Repárese, en efecto, como múltiples son las reclamaciones de consumo que, hasta la fecha, se tramitaban por sus cauces procedimentales, muy particularmente en Alemania, donde grandes establecimientos acudían en masa al *Mahnverfahren* para reclamar deudas de esta naturaleza.

Y otro tanto acontecía en España, donde se había notado, incluso, un incremento de la utilización del proceso monitorio europeo a raíz, precisamente, de la modificación legislativa de la LEC operada por el legislador español y, en concreto, del art. 815 LEC, para «huir», precisamente, del mayor control impuesto por este último frente a la normativa, mucho más laxa, del proceso monitorio europeo, hasta que el TJUE ha dictado, hace unos meses, la sentencia que ahora nos ocupa.

De hecho, tanto es así que los órganos jurisdiccionales españoles están notando cómo se está incrementando la utilización del juicio verbal frente a la del proceso monitorio por la razón antes expuesta, lo que ciertamente no es una buena noticia para el colapso de asuntos que experimenta, desgraciadamente, nuestra Administración de Justicia.

Habrà pues que esperar algùn tiempo todavìa para comprobar qué concreto impacto tiene sobre el proceso monitorio, tanto europeo como de los distintos Estados que conforman la UE, la importante sentencia del TJUE que acabamos de analizar ahora.

4. EL PROCESO MONITORIO EN IBEROAMÉRICA: EL PARADIGMA COLOMBIANO

Mientras Europa se debate en torno a cómo abordar la defensa del consumidor frente a los numerosos abusos a los que ha sido y sigue estando sometido por parte de lo que, en su mayoría, constituyen grandes corporaciones multinacionales, en Iberoamérica el proceso monitorio experimenta una consolidación progresiva, al haber sido introducido en tiempos mucho más recientes.

Así, en Colombia, por ejemplo, tres son los aspectos que han sido abordados recientemente por parte de la jurisprudencia constitucional, de forma muy similar a cómo los abordara la doctrina jurisprudencial de numerosos países de la Unión Europea:

- 1º) ¿Tiene sentido establecer una fase de conciliación previa en el proceso monitorio?
- 2º) ¿La notificación tiene que ser forzosamente en persona?
- 3º) ¿Puede el proceso monitorio utilizarse para la reclamación de deudas fungibles, o para el cumplimiento de obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa específica?

1º) Respecto al primer punto, inicialmente se discutió en Colombia, al promulgarse el Código General del Proceso, si el proceso monitorio tenía que prever también una fase de conciliación previa, de tipo extrajudicial (prevista en el artículo 619 de dicho código) o, por el contrario, ésta resultaba innecesaria.

Pues bien: como ya tuve ocasión de manifestarme abiertamente, en su día, a través de una opinión remitida al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, la conciliación obligatoria en el proceso monitorio es, por definición, del todo inútil, por innecesaria, además de sumamente contraproducente, y ello por los siguientes y poderosos motivos:

- a) Como es sabido, la estructura procedimental de este proceso especial declarativo se halla claramente diferenciada en dos fases:
- una primera fase, de naturaleza pre-contenciosa, donde se requiere al deudor para que *«pague o dé razones» la cual, por definición, no reviste naturaleza jurisdiccional alguna.*
 - Una segunda fase, ésta sí de naturaleza jurisdiccional, que tan sólo se abre de oponerse el deudor al mandato de pago y que da origen, como es sabido, al inicio de un proceso declarativo ordinario.

Pues bien: de un análisis de los artículos 621 del Código General del Proceso colombiano y 38 de la Ley 640 de 2001 por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones normativas, se desprende claramente que la conciliación previa ha de ubicarse, necesariamente, al inicio de la primera fase de este último, esto es, al inicio de su fase no contenciosa.

Consecuentemente, la conciliación no pretende evitar, *strictu sensu*, un proceso o una contienda judicial (es decir, un proceso o contienda que aboca, al final del juicio, a una resolución con plenos efectos de cosa juzgada), sino erigirse en una suerte de «requerimiento

judicial previo» de pago (en palabras del Prof. SERRA DOMINGUEZ) como el que se dicta precisamente al inicio de este procedimiento para intimar al deudor para que, con carácter previo al inicio, en su caso, de un ulterior proceso judicial (y que tan sólo se abre de formular el deudor oposición al mandato de pago), «pague o dé razones».

Dicho sea de otro modo: nos hallamos ante la paradoja de que la conciliación previa en el proceso monitorio (la cual, dicho sea de paso, no existe en ninguno de los ordenamientos jurídicos de Derecho comparado²⁰), no lo es, técnicamente hablando, para evitar un proceso o contienda judicial, sino para evitar, en su caso, que el juez libre un simple requerimiento o mandato de pago que, por esencia, como antes expuesto, pretende precisamente que el deudor «dé razones», es decir, se posicione por primera vez frente a la deuda que se le reclama y manifieste si, en su caso, tiene razón alguna que oponer frente al requerimiento de pago que se dicta en su contra puesto que, de no tener que oponer razón alguna, como acontece en una gran mayoría de supuestos, no existiría entonces contienda judicial ni, por definición entonces, materia conciliable²¹.

20 Entre los cuales destacaríamos los procesos monitorios alemán, austríaco, francés, italiano, español, portugués, suizo, salvadoreño, venezolano, uruguayo, sueco, griego o húngaro.

21 Como bien indica la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia española, la conciliación es, efectivamente, el «*acuerdo de los litigantes para evitar un pleito o desistir del ya iniciado*» por lo que requiere, en puridad, la previa existencia de un contencioso o una diferencia entre ellos, que puede ser totalmente inexistente si, precisamente, el deudor no tiene razón alguna que oponer a la deuda que se le reclama por parte del acreedor. Y es que –no se olvide– la experiencia del Derecho comparado demuestra que la oposición no supera, en la práctica, un 10% de las reclamaciones que se tramitan por los cauces del proceso monitorio, lo que, *contrario sensu*, significa también que los deudores están conformes, en un 90% de los casos, con la reclamación que se les formula en su contra, supuestos estos

Otra cosa sería efectivamente que, una vez opuesto el deudor al requerimiento de pago, se valore la conveniencia de intentar alguna suerte de conciliación intrajudicial (como la que se regula, por ejemplo, en el proceso civil español), que puede celebrarse, en su caso, y con carácter previo, el día en que se celebre la correspondiente vista (art. 392 CGP). Con ello se cumpliría plenamente así con la finalidad pretendida por el legislador colombiano de dirimir conflictos de forma amistosa (absolutamente loable, dicho sea de paso), a la par que se ganaría enormemente en economía procesal, puesto que se evitarían los largos y tediosos trámites que prevé la Ley 620 de 2001 para el inicio de un proceso conciliatorio, los cuales, a buen seguro, dilatarán enormemente la tramitación de un proceso que, por definición, ha de ser sumamente rápido y sencillo.

Por todo ello, creemos que ni conceptualmente puede admitirse que, en un proceso monitorio, se celebre una conciliación previa (puesto que puede no haber materia «conciliable» alguna si el deudor se aquieta a la reclamación que se formula en su contra por el acreedor, como acontece en una gran mayoría de supuestos), ni en la práctica reviste utilidad alguna, puesto que la finalidad del requerimiento o mandato de pago que dicta el juez es, precisamente, la de averiguar, con carácter previo, si el deudor tiene motivo alguno que oponer a la reclamación que se le formula.

2º) Respecto al segundo punto, muy interesante nos ha parecido, sin duda alguna, la lectura de la sentencia C-031/19 de la Corte Constitucional colombiana, dónde se analiza la inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 421 (parcial) de la Ley 1564 de 2012

últimos en los cuales, como bien se comprende, la conciliación previa sería por definición absurda al no existir tampoco por definición (atendido el asentimiento que ha mostrado el propio deudor al no oponerse al mandato de pago) materia conciliable alguna.

«medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones».

Sintéticamente, los recurrentes arguyen diversos motivos que los llevan a considerar que la disposición recurrida desconoce los derechos de acceso a la Administración de Justicia y a la tutela judicial efectiva, al exigir un requisito, cual es el de la notificación en persona, que entienden resulta absolutamente desproporcionado para un proceso especial como es el monitorio, el cual persigue, ante todo y como es sabido, la rápida creación de un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada.

Y en esos mismos términos se expresan los recurrentes quienes, como indica la sentencia dictada por el Alto Tribunal, subrayan acertadamente cómo el proceso monitorio es, en puridad, un procedimiento especial, que se caracteriza por dos elementos principales: la creación rápida de un título ejecutivo para el acreedor que carece del mismo, y lo que denominan la «*inversión del contradictorio*», porque la constitución de dicho título se da cuando el acreedor presenta la demanda y el juez procede con el requerimiento de pago al demandado para que (i) asuma la deuda que se le imputa, (ii) guarde silencio, o (iii) se oponga, por lo que se entiende que la iniciativa del contradictorio se pospone hasta que el demandado no manifieste su oposición frente al requerimiento efectuado.

A su vez –continúa remarcando la meritada sentencia–, señalan éstos también que se trata de un proceso con una estructura atípica, pues a diferencia del declarativo, el monitorio es un proceso en el que el juez libra mandamiento de pago y, si el demandado no se opone, este requerimiento se convierte en la sentencia que lo condena y, en caso de que se oponga a las pretensiones del accionante, el monitorio muta y se convierte en un contencioso de carácter sumario en el que se determina si existe o no la obligación alegada por el demandante.

Todo ello lleva a los recurrentes a cuestionar, por tanto, el procedimiento de notificación de dicho proceso establecido en el artículo 421 del Código General del Proceso (de ahora en adelante, «CGP»), por cuanto que, a partir de lo dispuesto en los artículos 290 y 291 de dicho código (que establecen el procedimiento para la notificación personal), *«es posible concluir que la notificación por aviso es una manera supletiva o subsidiaria para conseguir comunicar al demandado acerca de la providencia proferida por el juez, en la medida en la que solo procede cuando no ha podido practicarse la notificación personal del auto admisorio de la demanda, del mandamiento ejecutivo y, a juicio de los accionantes, del requerimiento de pago en el proceso monitorio. A su vez, aducen que el artículo 421 del CGP prohíbe expresamente el emplazamiento para la comunicación del mandamiento de pago al deudor en el monitorio, pero no sucede lo mismo con la notificación por aviso, por lo cual consideran que no debería entenderse excluida esta posibilidad dentro del proceso»*. Y más —prosiguen— a la vista de una sentencia dictada anteriormente por el Alto Tribunal en el año 2014 la cual, a su juicio, proscribió la notificación por aviso en dicho procedimiento (sostenida en su ulterior sentencia C-159 de 2016), lo que les lleva, por tanto, a considerar que la notificación por aviso está proscribida en el proceso monitorio, circunstancia ésta sumamente pernicioso, por cuanto que la notificación por aviso es, en la práctica, la más importante en Colombia, perjudicándose así el avance del proceso.

Y es que, al parecer, el proceso monitorio colombiano podrá quedar, entonces, a merced de la voluntad esquiva del demandado que no estuvo interesado en notificarse personalmente o que no pudo hacerlo, por lo que el demandante no tendrá otra manera de lograr el pago del crédito que se le debe por sus cauces, teniendo que acudir, entonces, a los procesos ordinarios para poder materializar sus pretensiones. De ahí que, según los recurrentes, la prohibición de la notificación por aviso del requerimiento de pago implique una afectación a los intereses del demandante, adicional al desgaste y el derroche de

la actividad jurisdiccional para los juzgados que se ven involucrados en esta situación.

Es más: apoyan los recurrentes sus alegaciones en un estudio comparativo de la notificación en el proceso monitorio realizado, muy particularmente, en los ordenamientos jurídicos de Alemania, Francia, Italia, España, Costa Rica, Honduras, Venezuela, Perú, Ecuador, Brasil y Argentina, en los que, según ellos, no se restringe la comunicación del requerimiento o mandamiento de pago a un solo tipo de notificación y, menos aún, a uno que implique obligatoriamente la comparecencia física del demandado en las instalaciones del juzgado, ya que en muchos de los casos esa diligencia se lleva a cabo en el domicilio de éste, «*e incluso, en algunos eventos procede la notificación mediante edictos*».

Finalmente, tras una larga y muy fundamentada resolución, la Corte Constitucional colombiana concluye que *«a pesar de que de manera general el Legislador tiene un amplio margen de configuración respecto del diseño legal del proceso judicial, en el presente caso es pertinente utilizar un test más estricto, debido a los derechos fundamentales que la demanda considera afectados. A partir de esta metodología de análisis, la Sala concluye que la restricción en comento es compatible con los derechos antes mencionados. Esto debido a que (i) cumple un fin constitucionalmente importante, como es la protección de los derechos de contradicción y defensa del demandado; y (ii) es una medida conducente para lograr dicho objetivo, puesto que la notificación personal es el instrumento que asegura, desde una perspectiva material, la comparecencia del demandado al proceso. Adicionalmente, también debe tenerse en cuenta que en razón de las consecuencias que tiene para el deudor la falta de oposición al requerimiento de pago, la exigencia de notificación personal es una medida razonable en términos de garantía de sus derechos de contradicción y defensa. De otro lado, en lo que respecta al demandante, en caso que no sea posible efectuar la notificación personal, esta circunstancia no configura una barrera para el acceso a la justicia, ni una carga desproporcionada para el acreedor, puesto que el mismo Código General del Proceso ofrece otras vías procedimentales para la exigibilidad judicial de la obligación dineraria, las*

cuales sí admiten formas diversas y supletivas de notificación al demandado. Además, aunque es válido afirmar que dichas vías no tienen el mismo nivel de celeridad que el proceso monitorio, también debe tenerse en cuenta que la simplificación y eficiencia en los procesos judiciales debe ponderarse con la protección de los derechos fundamentales de las partes. Así, de aceptarse la procedencia la notificación por aviso en el proceso monitorio, se impone una carga desproporcionada para el demandado, en términos de eficacia de sus derechos de contradicción y defensa. De allí que, correlativamente, la limitación impuesta por el Legislador resulta razonable y conforme con la Constitución».

Pues bien: tras haber analizado dicha sentencia, al igual que la C-783/04 que aborda, precisamente, la problemática de la notificación por aviso, no podemos por menos que compartir íntegramente el razonamiento del Alto Tribunal colombiano, con los matices que seguidamente expondremos los cuales, en cualquier caso, son ajenos a la recta interpretación teórica que, en nuestra opinión, realiza el Alto Tribunal.

Y es que, en efecto, como ha destacado la doctrina procesal europea mayoritaria y hemos afirmado reiteradamente, la notificación del requerimiento de pago constituye, sin duda alguna, la columna vertebral de todo el proceso monitorio, en torno a la cual reposa la entera legitimidad del mecanismo de la inversión del contradictorio: *«Lo esencial con este tipo de procedimiento –afirmaba acertadamente PERROT–, es asegurarse ante todo que el deudor ha sido regularmente informado de lo que se espera de él y de la condena a la que se expone si no formula oposición alguna en el plazo establecido. En efecto, resulta evidente que un silencio por parte suya no puede ser realmente significativo hasta el punto de asimilarlo a una especie de confesión, salvo que haya sido claramente emplazado y debidamente informado de lo que debe hacer para escapar a una eventual condena»²².*

22 PERROT, *L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union Européenne et les garanties des Droits de la défense*, op. cit., p. 427.

Por esta misma razón, compartimos plenamente, en su día, la opinión de este autor, cuando defendió el papel del *huissier* de Justicia, «en la medida en que es un portador de un requerimiento dictado por el juez, al que incumbe el deber de explicar al deudor el alcance de los medios de que dispone para defenderse»²³. De hecho, como hemos propuesto en reiteradas ocasiones para España²⁴ (país en el cual las notificaciones se efectúan, casi siempre, de oficio por los tribunales, con todos los problemas que comporta el exceso de trabajo al cual se hallan permanentemente sometidos), resulta totalmente indispensable reforzar las garantías del acto de la notificación en aras de asegurar un buen funcionamiento práctico del proceso monitorio que deje a salvo, en todo momento, el legítimo Derecho de defensa del deudor.

Por ello, siempre hemos creído que cualquier regulación normativa que se haga de la institución que ahora nos ocupa tiene que insistir en la extrema importancia de este acto; evitar la notificación por edictos, felizmente suprimida en España tras la última reforma del año 2011 (excepto para la reclamación de deudas comunitarias)²⁵; y prever un

23 PERROT, *L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union Européenne et les garanties des Droits de la défense*, op. cit., p. 427.

24 Sobre este punto véase, entre otros, mi estudio *El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, «Carta Mercantil» n° 13, de 20 de mayo de 2000.

25 Algunos ordenamientos jurídicos latinoamericanos como el venezolano, por ejemplo, parecen permitir la notificación por edictos (aunque se dé preferencia a la notificación personal), si bien de una forma mucho más garantista que en España, al establecer acertadamente el legislador que, junto con el clásico anuncio que deberá aparecer en prensa, deberá fijarse un cartel en la puerta de la casa de habitación del intimado o en la de su oficina o negocio, si fueren conocidos y aparecieran en autos (RIVERA MORALES, *Del procedimiento por intimación*, op. cit.). De forma similar aunque más garantista, el Derecho salvadoreño prevé que «el requerimiento habrá de hacerse necesariamente al demandado personalmente, o por medio de

recurso o remedio extraordinario para el caso de que una notificación defectuosa o inexistente haya vulnerado, de forma decisiva, el legítimo derecho de defensa del deudor²⁶, cuestiones éstas que, como es sabido, se regulan en el actual Reglamento del Proceso Monitorio Europeo (y, dicho sea de paso también, de forma sumamente defectuosa).

En este sentido, en España se ha avanzado considerablemente desde que el legislador, a imagen y semejanza de lo que acontece en Francia, ha permitido que sean los procuradores quienes, previa habilitación por parte del juzgado y a instancia de parte, puedan efectuar la primera notificación o emplazamiento²⁷. Y otro tanto aconte-

esquela en su casa de habitación» (art. 493 CPCM), sin descartar, empero, la notificación por edictos, prevista en el art. 180 CPCM.

- 26 En este sentido véase mi obra *El proceso monitorio*, op. cit., pp. 379-381.
- 27 *Artículo 152. Forma de los actos de comunicación. Respuesta.* «1. Los actos de comunicación se realizarán bajo la dirección del letrado de la Administración de Justicia, que será el responsable de la adecuada organización del servicio. Tales actos se ejecutarán por: 1.º Los funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial. 2.º El procurador de la parte que lo solicite. A tal efecto, en todo escrito que dé inicio a un procedimiento judicial, de ejecución, o a otra instancia, el solicitante deberá expresar si interesa que todos los actos de comunicación se realicen por su procurador. Si no se manifestare nada al respecto, el letrado de la Administración de Justicia dará curso a los autos, realizándose tales actos por los funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial. Asimismo, serán realizados por estos últimos si los demandados, ejecutados o recurridos no solicitan expresamente en su escrito de personación que se realicen por su procurador o si las partes fueran beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita. Los solicitantes podrán, de forma motivada y concurriendo justa causa, pedir la modificación del régimen inicial, procediendo el letrado de la Administración de Justicia, si lo considera justificado, a realizar los sucesivos actos de comunicación conforme a la nueva petición. Se tendrán por válidamente realizados estos actos de comunicación cuando en la diligencia quede constancia suficiente de haber sido practicados en la persona, en el domicilio, en la dirección electrónica habilitada al efecto, por comparecencia electrónica o por los medios telemáticos o electrónicos elegidos por el destinatario.

ce en otros tantos ordenamientos jurídicos europeos y, muy particu-

A estos efectos, el procurador acreditará, bajo su responsabilidad, la identidad y condición del receptor del acto de comunicación, cuidando de que en la copia quede constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y hora y del contenido de lo comunicado. 2. Los actos de comunicación se practicarán por medios electrónicos cuando los sujetos intervinientes en un proceso estén obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia conforme al artículo 273, o cuando aquéllos, sin estar obligados, opten por el uso de esos medios, con sujeción, en todo caso, a las disposiciones contenidas en la normativa reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. No obstante, los actos de comunicación no se practicarán por medios electrónicos cuando el acto vaya acompañado de elementos que no sean susceptibles de conversión en formato electrónico o así lo disponga la ley. El destinatario podrá identificar un dispositivo electrónico, servicio de mensajería simple o una dirección de correo electrónico que servirán para informarle de la puesta a su disposición de un acto de comunicación, pero no para la práctica de notificaciones. En tal caso, con independencia de la forma en que se realice el acto de comunicación, la oficina judicial enviará el referido aviso. La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida. 3. Los actos de comunicación se efectuarán en alguna de las formas siguientes, según disponga esta Ley: 1.ª A través de procurador, tratándose de comunicaciones a quienes estén personados en el proceso con representación de aquél. 2.ª Remisión de lo que haya de comunicarse mediante correo, telegrama, correo electrónico o cualquier otro medio electrónico que permita dejar en los autos constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y hora y del contenido de lo comunicado. 3.ª Entrega al destinatario de copia literal de la resolución que se le haya de notificar, del requerimiento que el tribunal o el letrado de la Administración de Justicia le dirija, o de la cédula de citación o emplazamiento. 4.ª En todo caso, por el personal al servicio de la Administración de Justicia, a través de medios telemáticos, cuando se trate del Ministerio Fiscal, de la Abogacía del Estado, de los Letrados de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas, o del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, de las demás Administraciones públicas de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales, si no tuvieran designado procurador. 4. En la cédula se hará constar claramente el carácter judicial del escrito, y expresará el tribunal o letrado de la Administración de Justicia que hubiese dictado la resolución y el asunto en que haya recaído, el nombre y apellidos de la persona a quien se haga

larmente, en Francia, donde la Ley, pese a haber abierto la puerta a la notificación electrónica, insiste en el hecho de que la notificación del mandato o requerimiento de pago ha de ser siempre en persona, puesto que es la que garantiza, precisamente, que ha llegado a pleno conocimiento del deudor la única posibilidad que éste tiene de oponerse en un proceso tan drástico como es el monitorio en la medida en que, como es sabido, finaliza, en defecto de oposición, con un título ejecutivo que produce plenos efectos de cosa juzgada contra el que no cabe recurso ordinario alguno.

Es más: cual acontece en Colombia al igual que en otros tantos ordenamientos jurídicos de Derecho comparado, esta previsión no se contiene en España única y exclusivamente para el proceso monitorio, sino que, como establece la LEC, *«cuando las partes no actúen representadas por procurador, los actos de comunicación se harán por remisión al domicilio de los litigantes. En la cédula de emplazamiento o citación se hará constar el derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita y el plazo para solicitarla»* (art. 155 LEC). De ahí que el Tribunal Constitucional español haya declarado también, en unas resoluciones muy recientes²⁸, que el uso del correo electrónico, cuando se trata del primer emplazamiento, provoca una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

la citación o emplazamiento, y del procurador encargado de cumplimentarlo, en su caso, el objeto de éstos y el lugar, día y hora en que deba comparecer el citado, o el plazo dentro del cual deba realizarse la actuación a que se refiera el emplazamiento, con la prevención de los efectos que, en cada caso, la ley establezca. 5. En las notificaciones, citaciones y emplazamientos no se admitirá ni consignará respuesta alguna del interesado, a no ser que así se hubiera mandado. En los requerimientos se admitirá la respuesta que dé el requerido, consignándola sucintamente en la diligencia».

- 28 Concretamente, en sus sentencias nº 47/2019 (suspensión de empleo y sueldo en el orden social), 102/2019 (demanda laboral de despido en el orden social) y nº 122/2019 (procedimiento monitorio en el orden civil).

De forma idéntica, numerosa es la jurisprudencia española que se ha pronunciado, acertadamente, en contra de una notificación no personal en el proceso monitorio.

Entre otras resoluciones²⁹, pueden citarse, por ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6ª, núm. 164/2006, de 5 de octubre de 2006, Rec. 4940/2006, cuando taxativamente afirma que el art. 815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la admisión de la petición del proceso monitorio es categórico, en cuanto con la petición no se concreta la persona del deudor, por lo que no puede llevarse a efecto la notificación del requerimiento, conforme al art. 161 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no poderse hacer a una persona concreta y en un determinado domicilio el dicho requerimiento, y ello es requisito esencial para la dicha admisión y el consiguiente requerimiento de pago»; la SAP de la La Rioja, Sección 1ª, núm. 109/2019 de 15 de Julio de 2019, Rec. 211/2018, cuando acertadamente subraya que *«la trascendencia jurídica del silencio del deudor, al no dar razón ni oponerse, conduce a concluir la ausencia de garantías suficientes de esta forma de notificación edictal. Sin notificación personal no es dable inferir del silencio del deudor un elemento indirecto de certeza»*; o la SAP de Toledo, Sección 2ª, núm. 378/2017 de 6 de Junio de 2017, Rec. 190/2016, cuando de forma magistral afirma lo siguiente:

29 De forma idéntica, véase el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, núm. 108/2003 de 10 octubre, AC 2003\1963, cuando afirma que *«De entre ambas posiciones, la doctrina que ha debatido sobre ellas (entre otros autores, Javier López Sánchez, Gómez Amigo, Correa Delcasso) se inclinan por la segunda de las expuestas, entendiendo que si no se puede garantizar la notificación personal del requerimiento de pago, el órgano jurisdiccional debe acordar el archivo de las actuaciones. Esta Sala, colocada en la tesitura de tener que inclinarse, ineludiblemente, por una u otra, lo hace por la segunda de las soluciones, que excluye la vía edictal en el proceso monitorio, ya que, así, se consideran plenamente salvaguardados los derechos de ambas partes, y la finalidad y esencia del propio juicio monitorio»*.

«Si observamos el art. 813 LEC EDL 2000/77463 comprobamos que condiciona la diligencia del requerimiento de pago a que el deudor «pudiera ser hallado», lo cual parece indicar que esa circunstancia de ser hallado resulta fundamental como mecanismo necesario para la práctica personal del requerimiento y la posibilidad de permitir al deudor, con plenas garantías de defensa adoptar la posición procesal más conveniente a sus intereses.

- El edicto o la citación edictal es una ficción, pues sustituye a la auténtica notificación. Cuando no es posible realizarla, la ficción jurídica es que la simple colocación del edicto en el tablón de anuncios del juzgado constituye notificación. Pero no deja de ser una ficción. El proceso monitorio también se basa en una ficción: el silencio equivale a reconocimiento de deuda. Se ha dado la oportunidad de pagar o dar razones, y como no se ha hecho lo uno ni lo otro, opera la ficción jurídica de considerar que el silencio equivale al asentimiento. Por lo tanto, basar una ficción jurídica, que el silencio supone consentimiento de la existencia de la deuda, sobre otra, derivada de que la notificación ha llegado a su destinatario, es construir una estructura sumamente endeble. La falta de solidez de una institución que se basa en una doble ficción es palmaria. Dada la naturaleza especial de este procedimiento podrían originarse problemas serios de indefensión a los que puede conducir una ejecución frente a un deudor ausente que ni siquiera tenga la oportunidad de tener conocimiento del proceso formulado contra él. La justificación es clara; mientras en el declarativo el acreedor tendrá que seguir probando la existencia de la deuda, pese al silencio del deudor, en el monitorio el acreedor dispone de la presunción de veracidad del documento. Esta emana de la Ley y abre directamente la fase ejecutiva ante la falta de pago y silencio del deudor, con los evidentes riesgos de indefensión y de falta de audiencia constitucionalmente proscritos.

Por ello, el requerimiento, deberá realizarse siempre personalmente y en aquellos supuestos en los cuales al acreedor no le es posible averiguar el domicilio del deudor, ni tras las oportunas gestiones del

Tribunal por la vía del art. 156 LEC EDL 2000/77463, habrá que sobreeser y archivar sin perjuicio del derecho que asiste a la parte para acudir al declarativo correspondiente en función de la cuantía.

Tiene que ser así porque la trascendencia de la notificación al propio interesado es evidente. Si no la conoce, puede verse afectado por el auto despachando ejecución del art. 816.2, frente al que no cabe recurso sino sólo oposición, privándosele de toda posibilidad de alegación, salvo, quizá, la nulidad de actuaciones del art.228 LECV.

- En definitiva, podíamos resumir la esencia del juicio monitorio en la fórmula: principio documental de prueba de la deuda + falta de oposición del deudor = título ejecutivo. En efecto, la jurisprudencia ha destacado con reiteración que el silencio puede equivaler a asentimiento cuando quien calla viniera obligado a manifestar su voluntad contraria, según las exigencias de la buena fe entre las partes o los usos generales del tráfico (STS 24-11-1943 ; 24-1-1957 ; 14-6-1963, 2-2-1990, 29-2-2000; 2000/997), por lo que, con mayor razón, cuando existe una intimación legal expresa al respecto (art. 815.1 LEC EDL 2000/77463), fundada en razones jurídicas merecedoras de ser tuteladas. No es de extrañar, entonces, que si constituye una sólida máxima de experiencia del normal comportamiento humano la reacción defensiva del deudor ante una reclamación indebida o improcedente, su actitud pasiva, pese a la intimación efectuada sobre sus consecuencias, unida, además, a un principio de prueba de la realidad del crédito, genere un título ejecutivo. Pues bien, siendo la expuesta la esencia del proceso monitorio parece difícilmente conciliable con el mismo que las consecuencias que se anudan a la falta de exteriorización de la oposición al requerimiento de pago sean compatibles con su notificación edictal, como advierte la mayoría de la doctrina (SERRA DOMÍNGUEZ, CORREA DEL CASSO, PICÓ JUNOY, GÓMEZ AMIGO, LÓPEZ SÁNCHEZ, REGADERA SAENZ, LOSCERTALES FUERTES, ASECIO MELLADO, MAGRO SERVET, ARMENTA DEU, MOXICA ROMAN»).

Y es que el problema –creemos– no estriba en intentar ir rápido porque se carece de medios personales, sino de invertir en esos medios para intentar ir rápido, en aras de no menoscabar así los legítimos Derechos de defensa del deudor.

Y aquí es donde –creemos– reside el verdadero problema de la notificación en Colombia (como en otros tantos países de nuestro entorno), que no se daría si, como acontece, por ejemplo, en las grandes capitales de España, los Servicios comunes de notificación acudieran una y otra vez, inclusive de noche, para intentar notificar el requerimiento personalmente al deudor. O en Francia, donde un *huissier* hace exactamente lo mismo³⁰: perseguir hasta la saciedad a aquel deudor recalitrante que, si se esconde tras la puerta de su casa negándose abiertamente a recibir la notificación, se le da evidentemente

30 Así lo dice inequívocamente el art. 1411.1 NCPC francés: «*Une copie certifiée conforme de la requête et de l'ordonnance est signifiée, à l'initiative du créancier, à chacun des débiteurs*». De forma idéntica, y en aras de asegurarse, precisamente, de que el deudor es debidamente informado cuando el *huissier* le notifica y que, por tanto, entiende perfectamente la importancia y alcance de lo que se le notifica, el art. 1413 NCPC regula minuciosamente el contenido de la notificación que habrá de hacerse al deudor: «*A peine de nullité, l'acte de signification de l'ordonnance portant injonction de payer contient, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice, sommation d'avoir : –oit à payer au créancier le montant de la somme fixée par l'ordonnance ainsi que les intérêts et frais de greffe dont le montant est précisé ; –soit, si le débiteur a à faire valoir des moyens de défense, à former opposition, celle-ci ayant pour effet de saisir le tribunal de la demande initiale du créancier et de l'ensemble du litige. Sous la même sanction, l'acte de signification: –indique le délai dans lequel l'opposition doit être formée, le tribunal devant lequel elle doit être portée et les formes selon lesquelles elle doit être faite; –avertit le débiteur qu'il peut prendre connaissance au greffe des documents produits par le créancier et qu'à défaut d'opposition dans le délai indiqué il ne pourra plus exercer aucun recours et pourra être contraint par toutes voies de droit de payer les sommes réclamées*».

por notificado, a la vista de su mala fe, documentándose en acta, por el funcionario, *huissier* o procurador respectivo, su reprochable actuar.

Y, todo ello, claro está, partiéndose de un concepto amplio de notificación personal, que entienda por una notificación de estas características la efectuada a personas que vivan con el deudor, a vecinos del Edificio o al propio conserje³¹.

-
- 31 Artículo 161. Comunicación por medio de copia de la resolución o de cédula: «1. La entrega al destinatario de la comunicación de la copia de la resolución o de la cédula se efectuará en la sede del tribunal o en el domicilio de la persona que deba ser notificada, requerida, citada o emplazada, sin perjuicio de lo previsto en el ámbito de la ejecución. La entrega se documentará por medio de diligencia que será firmada por el funcionario o Procurador que la efectúe y por la persona a quien se haga, cuyo nombre se hará constar. 2. Cuando el destinatario de la comunicación sea hallado en el domicilio y se niegue a recibir la copia de la resolución o la cédula o no quiera firmar la diligencia acreditativa de la entrega, el funcionario o procurador que asuma su práctica le hará saber que la copia de la resolución o la cédula queda a su disposición en la oficina judicial, produciéndose los efectos de la comunicación, de todo lo cual quedará constancia en la diligencia. 3. Si el domicilio donde se pretende practicar la comunicación fuere el lugar en el que el destinatario tenga su domicilio según el padrón municipal, o a efectos fiscales, o según registro oficial o publicaciones de colegios profesionales, o fuere la vivienda o local arrendado al demandado, y no se encontrare allí dicho destinatario, podrá efectuarse la entrega, en sobre cerrado, a cualquier empleado, familiar o persona con la que conviva, mayor de catorce años, que se encuentre en ese lugar, o al conserje de la finca, si lo tuviere, advirtiéndole al receptor que está obligado a entregar la copia de la resolución o la cédula al destinatario de ésta, o a darle aviso, si sabe su paradero, advirtiéndole en todo caso al receptor de su responsabilidad en relación a la protección de los datos del destinatario. Si la comunicación se dirigiere al lugar de trabajo no ocasional del destinatario, en ausencia de éste, la entrega se efectuará a persona que manifieste conocer a aquél o, si existiere dependencia encargada de recibir documentos u objetos, a quien estuviere a cargo de ella, con las mismas advertencias del párrafo anterior. En la diligencia se hará constar el nombre de la persona destinataria de la comunicación y la fecha y la hora en la que fue buscada y no encontrada en su domicilio, así como el nombre de la persona que recibe la copia de la resolución o la cédula y la relación de dicha persona con el destinatario, produciendo todos sus

Por consiguiente, no podemos por menos que compartir las afirmaciones del Alto Tribunal colombiano, lejos de la deficiente regulación normativa contenida en el Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo y que tuvimos ocasión de criticar en su día³², el cual puede afirmarse que, práctica-

efectos la comunicación así realizada. 4. En el caso de que no se halle a nadie en el domicilio al que se acuda para la práctica de un acto de comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia, funcionario o procurador, procurará averiguar si vive allí su destinatario. Si ya no residiese o trabajase en el domicilio al que se acude y alguna de las personas consultadas conociese el actual, éste se consignará en la diligencia negativa de comunicación, procediéndose a la realización del acto de comunicación en el domicilio facilitado. Si no pudiera conocerse por este medio el domicilio del demandado y el demandante no hubiera designado otros posibles domicilios, se procederá de conformidad con lo establecido en el artículo 156».

- 32 CORREA DELCASSO, *El proceso monitorio europeo*, Barcelona, 2008. Como afirmamos en su día, comentando los artículos 13 a 15 del Reglamento, las citadas normas nos parecían –como nos parecen– sumamente deficientes, y demuestran el error legislativo que supone, en nuestra opinión, pretender regular un proceso entero (por sencilla que pueda ser –o parecer erróneamente– su tramitación procedimental) sin armonizar, con carácter previo y a nivel europeo, determinadas instituciones clave del mismo (como acontece, sin duda alguna, con la de la notificación), y que constituyen los fundamentos que han de soportar su entera estructura o regulación procedimental. Y es que partiendo de la base de que la notificación deberá practicarse de conformidad con el Derecho nacional del Estado en que deba realizarse la misma (art. 13.1 RPME); y partiendo de la premisa también, como se expresa en el considerando 19º (única previsión que nos parece verdaderamente acertada) de que no se admitirá «ningún método de notificación que se base en una ficción legal» (como acontecía, muy particularmente en España y por aquella época, con la controvertida «notificación por edictos», afortunadamente suprimida, con carácter general, del proceso monitorio), más que proceder a la regulación de unas normas mínimas (muy discutibles en ocasiones, como veremos), hubiera sido mucho más acertado precisar simplemente qué tipo de notificaciones no se considera-

rán admisibles en el proceso monitorio europeo (como sucede, por ejemplo, con la antes indicada notificación por edictos), al igual que efectuara la propuesta legislativa inicial de este Reglamento. En cualquier caso, el Reglamento regula, como es sabido, tres grandes clases de notificación: la notificación con acuse de recibo; sin acuse de recibo y a un representante: 1º) la primera de ellas, profusamente regulada en el art. 13 RPME, no plantea excesivos problemas interpretativos, por ser también la más segura y recomendable: así, el legislador comunitario prevé la notificación personal acreditada por acuse de recibo, en el que conste la fecha de recepción, firmado por el deudor; la notificación personal acreditada por un documento, firmado por la persona competente que la haya realizado, en el que declare que el deudor recibió el documento o que se negó a recibirlo sin motivo legítimo y en el que conste también la fecha de la notificación; la notificación por correo acreditada mediante acuse de recibo, en el que aparezca la fecha de recepción, firmado y reenviado por el deudor; y, por último, la notificación por medios electrónicos como fax o correo electrónico, acreditada mediante acuse de recibo, en el que figure la fecha de recepción, firmado y reenviado por el demandado. 2º) Mucho más complejo se nos antoja, en cambio, el artículo 14 RPME en el cual, como hemos dicho, se regula la notificación sin acuse de recibo por parte del deudor. Aquí, como en tantas otras ocasiones, el legislador europeo, para contentar a las cada vez más numerosas delegaciones que participan en la redacción de este tipo de normas, se ve en la necesidad de introducir más supuestos de los que serían deseables, complicando la dicción del texto normativo y, lo que es peor, poniendo incluso en peligro su viabilidad futura. Y es que, en efecto, si bien resulta comprensible que la notificación del requerimiento de pago pueda realizarse personalmente a «*personas que vivan en la misma dirección que el deudor o que estén empleadas en ese lugar*» (apartado a) de la norma) o incluso a personas empleadas por él en su lugar de trabajo (apartado b) del artículo), mucho más extraño y peligroso nos parece que se admita el «*depósito del requerimiento en su buzón*»; la notificación por correo sin acuse de recibo con arreglo al apartado 3 cuando el demandado esté domiciliado en el Estado miembro de origen; y, por último (aunque en menor medida), el «*depósito del requerimiento en una oficina de correos o ante las autoridades públicas competentes y notificación escrita de dicho depósito en el buzón del demandado, si en la notificación escrita consta claramente el carácter judicial del*

mente, permite cualquier tipo de notificación en el proceso monitorio europeo, inclusive el propio depósito de la misma en el buzón físico del deudor³³.

escrito o el hecho de que tiene como efecto jurídico hacer efectiva la notificación y, por tanto, constituir la fecha de inicio del cómputo de los plazos pertinentes». Nuevamente, todo dependerá de la praxis de Derecho interno de cada país, pues quizá una notificación por correo y sin acuse de recibo en Gran Bretaña, por los motivos que se quiera (mayor eficacia del servicio de correos, por ejemplo), podrá revestir unas garantías mucho mayores que la que pueda realizarse a través de otros medios en otros países de la Unión Europea. Sin embargo, permitir expresamente dicha posibilidad (u otras) para todos los Estados miembros de la Unión (España, por ejemplo) nos sigue pareciendo sumamente desacertado, puesto que una interpretación literal y amplia de la norma que ahora nos ocupa puede provocar que algunas de estas formas de notificación, no admitidas en un determinado ordenamiento jurídico por la gran inseguridad que revisten en él, puedan interpretarse como válidas en estricta aplicación de las previsiones contenidas en el Reglamento. Por ello, creemos que hubiera sido infinitamente más sencillo, a falta de unas normas comunes en materia de notificación, remitirse pura y simplemente a las previsiones de cada ordenamiento jurídico interno, exceptuando tan sólo y por eliminación aquéllos supuestos que se consideraran inadmisibles, como acontece muy particularmente con la notificación por edictos. Y lo que ciertamente no puede afirmarse – como impropriamente efectúa la norma que estamos analizando ahora en su 20º considerando, es que *«todos los métodos de notificación enumerados en los artículos 13 y 14 se caracterizan por ofrecer bien una certidumbre total (artículo 13) o bien un alto grado de probabilidad (artículo 14) de que el documento notificado ha sido recibido por su destinatario».* 3º) Por último, ningún impedimento le vemos a la escueta previsión contenida en el art. 15 (notificación a un representante), por lo demás hartó habitual en España en los supuestos en los cuales se efectúa a una persona jurídica.

- 33 Por idéntico motivo, no podemos compartir que la regulación que se ha hecho de la notificación, en el proceso monitorio, en el art. 8 del Decreto 806, de 4 de junio de 2020, pueda consolidarse *«ad eternum»* como el principal mecanismo para notificar al deudor en el proceso monitorio, por

En conclusión, ésta es, sin duda alguna, una materia en la que, guste o no, toca invertir, por parte de todas las Administraciones de Justicia, para asegurar que el acto de la notificación en sí se ha realizado con las máximas garantías para el deudor. Y también toca legislar para innovar, puesto que la finalidad que pretende la notificación personal a buen seguro puede hallarse, en la práctica, a través de otros mecanismos (como, por ejemplo, una notificación telemática o por aviso), si existe una prueba inequívoca de que la notificación ha llegado a conocimiento del deudor y de forma comprensible para él aunque, por las circunstancias en las que se ha llevado a cabo, no obre con su firma de puño y letra.

Pero lo que a buen seguro no puede hacerse, tratándose de un primer emplazamiento y, sobre todo, de algo tan sensible como es la notificación personal en el proceso monitorio, es extraer de meras presunciones, la conclusión inequívoca de que ha sido debidamente notificado, con el grave perjuicio irreparable que puede causarse a su legítimo derecho de defensa salvo que, evidentemente, pueda demostrarse su mala fe de negarse, reiteradamente, a acusar recibo de la notificación³⁴.

los mismos motivos que también comparte el Tribunal Constitucional español, en los términos antes expuestos.

- 34 Como bien afirma el Tribunal Supremo español, sintetizando las ideas antes expuestas (Sala de lo Civil, Sección 1ª, sentencia núm. 576/2007, de 24 mayo (RJ 2007\343), «no puede simplificarse de tal modo la doctrina constitucional sobre la materia. Lo que viene a decir el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 8/1991, de 17 de enero, Sala Primera, Recurso 1582/88 (RTC 1991, 8)», es que «el concepto de indefensión con transcendencia constitucional es de carácter material y no exclusivamente formal, de modo que no podrá alegarse en esta sede si, aun existiendo una omisión judicial lesiva, en principio, del derecho a ser oído en un proceso en el que se ostenta la condición de parte, no se ha observado frente a aquella, en el curso de las diferentes fases procesales, la debida conducta diligente con miras a propiciar su rectificación

3º) Finalmente, y en cuanto a la naturaleza de la deuda que puede reclamarse a través del proceso monitorio, al igual que ha acontecido en otros países de la Unión Europea, el Alto Tribunal colombiano ha tenido ocasión de pronunciarse en otra sentencia del año 2016, concluyendo también acertadamente, en nuestra opinión, que la norma colombiana contenida en el art. 419 CGP «no impone una restricción injustificada al derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva. La decisión de circunscribir el proceso monitorio a las obligaciones en dinero hace parte de la libertad de configuración del legislador, quien previó un instrumento simplificado y ágil de procedimiento, que se ajusta a la exigibilidad judicial de las obligaciones líquidas y de naturaleza contractual. A su vez, se encuentra que la misma legislación procesal confiere diferentes alternativas para la ejecución de obligaciones no dinerarias, en las cuales se han previsto las etapas necesarias para que se cumpla el debate probatorio usual en la definición concreta de dichas obligaciones. Por lo tanto, no resultaría acertado concluir que la legislación ha impuesto

(STC 48/1984 [RTC 1984, 48]). Junto a esto ha de recordarse también que la corrección en la práctica de las notificaciones y emplazamientos es esencial para que se dé cumplida satisfacción al derecho a una tutela judicial efectiva, debiendo los órganos judiciales poner el máximo empeño en que no se creen por error o funcionamiento deficiente de la Administración de Justicia, situaciones de indefensión. Ahora bien corresponde a las partes intervinientes en un proceso mostrar la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de actuar con una diligencia razonablemente exigible, pues si la parte afectada tiene conocimiento por cualquier medio ajeno al proceso de la tramitación del juicio, la diligencia exigible en la defensa de sus intereses le obliga a personarse en el procedimiento subsanando así la posible infracción cometida por el órgano judicial, de modo que sólo si dicho conocimiento es tan tardío que le impide la adecuada defensa de sus intereses o si, intentada la personación, se le deniega indebidamente, habría una actuación del órgano judicial generadora de indefensión [SSTC 9/1981 (RTC 1981, 1), 1/1983, 22/1987, 36/1987 (RTC 1987, 36), 72/1988 y 205/1988 (RTC 1988, 205)].

barreras injustificadas en contra de los acreedores de las obligaciones diferentes a las dinerarias».

En efecto, sobre este particular, como expusieramos en su día a la hora de elaborar una propuesta de proceso monitorio armonizada para la Unión Europea, entendemos que la fórmula más habitual en Derecho comparado en relación a la institución que ahora nos ocupa es, precisamente, la contenida en el CGP, que consiste en precisar que la deuda a reclamar deberá ser líquida, de un importe determinado o exigible (como acontece en España, en Italia o en Alemania, por ejemplo), determinando, en su caso también, el origen que deberá revestir la deuda (contractual o estatutario, como se prevé en Francia o en Colombia):

- así, el Derecho español precisa, por ejemplo, en la actualidad, en el artículo 812 LEC, que *«podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada»*;
- el Derecho alemán, de forma similar, que la reclamación deberá perseguir el pago de una suma de dinero determinada en moneda nacional (§ 688 ZPO);
- el Derecho luso, que toda petición deberá concretar el importe de la petición, distinguiendo lo que reclama de capital, intereses vencidos u otras cantidades debidas (art. 10º del Decreto Ley 269/98 que introdujo el proceso monitorio en Portugal³⁵).

35 Con razón afirma esta norma en su Exposición de Motivos que la introducción del proceso monitorio pretendía frenar el *«aumento explosivo de la litigiosidad, y el hecho de que ésta se torne repetitiva, rutinaria, inductora de una funcionarización de los magistrados, que malgastan su tiempo y aptitudes técnicas en tramitar mecánicamente procesos y sentencias»*.

- o el Derecho italiano, que esta reclamación podrá consistir, o bien en una suma líquida de dinero, o bien en un importe determinado de bienes fungibles (art. 633 CPC).

Por su parte, numerosos ordenamientos jurídicos latinoamericanos se decantan ciertamente también, como el italiano, por ampliar el elenco de pretensiones que pueden tramitarse a través de los cauces de la institución que ahora nos ocupa como, por ejemplo:

- el Derecho venezolano, que permite perseguir a través del proceso monitorio no sólo el pago de una suma líquida y exigible de dinero, sino también la entrega cierta de cosas fungibles o de una cosa mueble determinada (art. 640 del Código de Procedimiento Civil);
- el Derecho salvadoreño, que abre las vías de este proceso especial a las obligaciones de hacer, no hacer o de dar (arts. 487 y 489 CPCM);
- o, más recientemente, el Derecho boliviano que, a imagen y semejanza del uruguayo (donde por cierto, en nuestra opinión, no se regula proceso monitorio alguno sino que simplemente se incorpora su técnica a otros procesos), extiende el mecanismo de la inversión del contradictorio a obligaciones de entrega de herencia, resolución de contrato por falta de pago, cese de la propiedad o desalojo en régimen de libre contratación (arts. 388 a 392 CPC).

Por nuestra parte, pese a la gran disparidad existente actualmente sobre este punto entre los diferentes sistemas jurídicos de Derecho comparado, al igual que propusimos en su día para una regulación armonizada de este proceso para la Unión Europea, somos por tanto partidarios de limitar el uso del proceso monitorio a la reclamación de sumas de dinero (revistan naturaleza civil, mercantil

o laboral³⁶), previendo una fórmula amplia pero precisa como la que prevén, por ejemplo, los legisladores colombiano³⁷, salvadoreño³⁸ o español³⁹.

-
- 36 De forma similar a lo que acontece en Venezuela (según afirma RIVERA MORALES, *Del Procedimiento por intimación*, op. cit.) o en Chile, donde el proceso monitorio, en contra de lo que acontece habitualmente, parece haber nacido, precisamente, para el cobro de deudas de naturaleza laboral, con un único antecedente en el Código Procesal Penal para la tramitación de las faltas (sobre este particular véanse los estudios de PEREIRA LAGOS, *El procedimiento monitorio laboral en Chile*, www.derecho-trabajo.cl/Ponencias/RAFAEL%20PEREIRA.doc) o PEREZ RAGONE, *En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales*, «Revista de Derecho», Vol. XIX, n° 1, Julio 2006, pp. 205 y ss.). Por su parte, como se contiene también en el estudio de BRAHIC-LAMBREY, *Injonction de payer*, «Répertoire de Procédure Civile Dalloz», Enero 2009, p. 3, también en Francia se regula la institución que ahora nos ocupa en el ámbito laboral, al igual que en Italia (art. 646 CPC). Sobre este particular puede verse también mi estudio *Reclamación de deudas laborales en la Unión Europea a través del proceso monitorio y del Título Ejecutivo Europeo*, «La Ley» n° 5444 de 20 de Diciembre de 2001.
- 37 A tenor de lo dispuesto en el art. 419 del Código General de Proceso, podrá acudir al proceso monitorio «quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible»,
- 38 Art. 489 del Código Procesal civil y mercantil: «Puede plantear solicitud monitoria quien pretenda de otro el pago de una deuda de dinero, líquida, vencida y exigible, cuya cantidad determinada no exceda de veintio mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, cualquiera que sea su forma y clase, o el soporte en que se encuentre o que el acreedor justifique un principio de prueba suficiente».
- 39 No obstante, hemos de precisar que este tipo de reclamaciones no tienen demasiado éxito a través del proceso monitorio, como lo demuestran las experiencias italiana o alemana, la última de las cuales suprimió este tipo de reclamaciones de su *Mahnverfahren* el año 1976, cuando se acometió la profunda reforma llevada a cabo por la *Vereinfachungsnovelle*.

Esta fórmula debería de tener en cuenta, así, la finalidad básica que persigue el proceso monitorio (creación de un título ejecutivo mediante la técnica de la inversión del contradictorio cuando la deuda es aparentemente incontrovertida) o, dicho sea de paso, atender a que la deuda que puede reclamarse eventualmente en el marco de este proceso pertenezca a la categoría de aquéllas que, a priori, no son susceptibles de motivar una oposición seria por parte del deudor.

5. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA PARA COLOMBIA

Expuesto cuanto antecede, el proceso monitorio colombiano, al igual que el de otros tantos países iberoamericanos, no ha hecho más que empezar su lento pero firme caminar en el ordenamiento jurídico-procesal.

Aparentemente lejos de las preocupaciones antes expuestas que, en estos momentos, se ciñen en Europa sobre el proceso monitorio por el fuerte impacto que está teniendo sobre el mismo la normativa en materia de protección de Derechos del consumidor (por tratarse, precisamente, de un Continente donde la praxis del Derecho monitorio está mucho más avanzada y madura), Colombia, al igual que otros tantos Estados latinoamericanos, avanza, por el momento, en la senda de la consolidación de este proceso, tan necesario para un buen funcionamiento del proceso civil y mercantil de cualquier país.

Pues bien: analizadas, en este sentido, las normas del proceso monitorio contenidas en los arts. 419 y ss. del CGP, seguimos creyendo, como escribiéramos en anteriores trabajos, que el proceso monitorio colombiano, para una óptima regulación normativa, debería de acometer las reformas que pasamos a indicar a continuación:

5.1. Reformas necesarias

- 1º) Supresión del acto de conciliación previa en el proceso monitorio, en el sentido antes expuesto.
- 2º) Establecimiento de una norma que regule la carga de la prueba en la fase de oposición al requerimiento de pago.

Efectivamente, en la normativa del proceso monitorio colombiano echamos a faltar, todavía, una norma que regule el tema de la carga de la prueba en la fase de oposición al requerimiento de pago, y lo haga en el sentido de atribuir dicha carga al acreedor inicial o peticionario, que es quien ha de probar todavía la veracidad de sus afirmaciones iniciales. Se nos podrá objetar que la misma no resulta necesaria, por cuanto que formulada por el deudor una oposición al requerimiento de pago, empieza un proceso declarativo que se sustancia por los cauces del juicio verbal y que, consecuentemente, no reviste singularidad alguna por lo que a esta cuestión se refiere (esto es, según conocida y controvertida regla⁴⁰, al actor incumbe la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, y al demandado la de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de la misma).

Sin embargo, habida cuenta de la experiencia que nos brinda el Derecho comparado así como de la gran confusión que existe todavía, en algunos países o códigos⁴¹, entre los contornos que definen y separan el proceso monitorio del futuramente derogado

40 Sobre este particular, véase el interesante libro de NIEVA FENOLL/FERRER BELTRAN/GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*, Madrid, 2019.

41 Un ejemplo palmario de confusión entre proceso monitorio y juicio ejecutivo, puede verse en la regulación normativa del «proceso monitorio» (sic) contenida en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, hecho en Montevideo en el año 1988 y adoptado por Uruguay.

juicio ejecutivo español de los arts. 1429 y ss. LEC de 1881 (en el que –recordemos– incumbe la carga de la prueba al deudor que se opone al despacho de ejecución, una vez ha sido citado de remate), preferiríamos que así se hubiera dicho expresamente, de cara a evitar «posibles males», sobre todo en una materia en la que, a buen seguro, no cabrá casación.

5.2. Reformas aconsejables

Analizadas las reformas que creemos necesario introducir en el proceso monitorio colombiano, pasamos seguidamente a analizar aquellas reformas que, por el contrario, creemos aconsejable introducir, a corto o medio plazo.

- 1º) Supresión del límite máximo para poder acudir a los cauces del proceso monitorio

Hasta hace relativamente poco, disponía el artículo 812 LEC española que «*podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de una deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada que no exceda de cinco millones de pesetas (o 30.000 Euros)*»⁴².

La explicación a esta limitación de cuantía, paradójicamente inexistente en la antigua redacción del art. 21 LPH⁴³, había de buscar-

42 En virtud de lo establecido en el Real Decreto 1417/2001, por el que se procede a la conversión a euros de las cuantías establecidas en la LEC (BOE de 27 de diciembre de 2001).

43 Como expusieramos en nuestro anterior trabajo *El proceso monitorio de la nueva LPH: indicaciones prácticas de aplicación en aras a salvaguardar su constitucionalidad parcial*, «La Ley» n° 4784, de 28 de abril de 1999, la regulación introducida por el legislador de la Ley 8/1999, de 6 de abril, sustancialmente idéntica a la de la por aquel entonces todavía no aprobada

se en una sana cautela del legislador estatal, debidamente explicada en la Exposición de Motivos de la vigente LEC, en la que textualmente se nos decía que *«en cuanto al proceso monitorio, la Ley no desconoce la realidad de las regulaciones de otros países. Pero se ha considerado más prudente, al introducir este instrumento de tutela jurisdiccional en nuestro sistema procesal civil, limitar la cuantía a una cifra razonable, que permite la tramitación de reclamaciones dinerarias no excesivamente elevadas, aunque superiores al límite cuantitativo establecido para el juicio verbal»*.

Sin embargo, como acertadamente advertía nosotros al igual que MONTÉS PENADES⁴⁴, entre otros, la entrada en vigor de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de Junio de 2000 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, obligaba a la supresión de este tope máximo (existente también en Austria y en Bélgica⁴⁵), en la medida en que el art. 5 de esta norma exigía a cada uno de los Estados Miembros velar *«por que se pueda obtener un título ejecutivo independientemente del importe de la deuda»*.

Si bien es cierto que, como expusiéramos también en su momento, las estadísticas del Derecho Comparado (casualmente o no,

LEC, conllevaba el absurdo de no exigir límite máximo para la reclamación de una deuda comunitaria y, en cambio, imponerlo a las restantes otras originadas en el tráfico económico.

44 *El proceso monitorio*, «Litigation Newsletter», Diciembre de 2000, n° 4 (página web de Cuatrecasas Abogados).

45 75.000 euros, a fecha de hoy, en Austria (§ 244 ZPO), y 1860 euros en Bélgica, para aquellas demandas competencia del Juez de paz, y exclusión hecha de aquellas para las cuales resulta competente el *Tribunal de l'Enterprise* (art. 1338 *Code Judiciaire*). No obstante, en este último país, como en España, existe desde el año 2015 una norma que ha instaurado una suerte de *proceso monitorio no judicial* (que se halla en manos del abogado y del *huissier de Justice belge*), con el fin de descongestionar a la administración de Justicia.

muy parecidas –dicho sea de paso– a las españolas), revelaban que el proceso monitorio resulta especialmente efectivo cuando de lo que se trata es de reclamar deudas de escasa cuantía, lo cierto es que la práctica ha acabado demostrando que el proceso monitorio también resulta útil para reclamar deudas de un importe más elevado, motivo por el cual también creemos que debería de suprimirse el tope máximo previsto en la legislación colombiana.

2º) Norma que regule los efectos de una inadmisión parcial de una demanda monitoria

Falta asimismo, en Derecho colombiano, una norma que, como en el Derecho francés o el español, prevea, asimismo, los efectos que puede conllevar una inadmisión parcial de la petición monitoria y que determine si, de acontecer este supuesto, se tendrá que acudir a los cauces previstos por la jurisdicción ordinaria (como entendemos resulta preferible de cara a evitar lo que el Prof. PERROT denominaba acertadamente en Francia «contenciosos paralelos») o, por el contrario, podrá tramitarse parte de la misma por la vía del proceso monitorio y parte de la misma a través del procedimiento ordinario.

3º) Equiparación de una eventual rebeldía del deudor en el proceso ordinario surgido a raíz de la oposición al requerimiento de pago, a una tácita admisión de hechos por su parte. Supuestos de allanamiento parcial.

El primer aspecto a destacar (entre los que entendemos podrían ser objeto de regulación futura en el proceso monitorio colombiano), es la equiparación formal, por parte del legislador, de los supuestos de rebeldía voluntaria surgida a raíz de la oposición formulada por el deudor al requerimiento de pago, al supuesto típico de emisión de

un título ejecutivo con plenos efectos de cosa juzgada cuando éste no «paga o da razones».

Dicho sea de otro modo: de la misma forma que ahora se dicta una sentencia cuando el deudor ni paga ni se opone al requerimiento de pago, entendemos que podría dictarse también una sentencia final con plenos efectos de cosa juzgada cuando el deudor formula oposición al mandato de pago y, después, no comparece en el juicio declarativo ordinario posterior iniciado a raíz del mismo, permaneciendo así en una fraudulenta situación de rebeldía voluntaria.

Esta posibilidad, que hemos defendido en anteriores trabajos para el ordenamiento jurídico español, por analogía con lo afirmado por la *Corte di Cassazione* italiana⁴⁶, evitaría que el deudor tuviera en sus manos la posibilidad de dilatar el proceso con manifiesto fraude procesal, por el simple hecho de formular oposición al requerimiento de pago y permanecer inactivo, con posterioridad, a lo largo de toda la sustanciación del juicio ordinario posterior.

6. CONCLUSIÓN

El proceso monitorio es, sin duda alguna, un extraordinario mecanismo procedimental que puede contribuir a acabar con el colapso que, desgraciadamente, padecen la inmensa mayoría de ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos. Su carácter absolutamente respetuoso con los derechos de defensa del deudor, al igual que su naturaleza declarativa, no son, hoy en día, cuestión polémica que, por lo tanto, deba impedir su exitosa implantación y expansión.

46 *El proceso monitorio de la nueva LEC*, op. cit., págs. 221 y ss.

No obstante, por mientras en la inmensa mayoría de países latinoamericanos, como en Colombia, esta institución presenta una evolución muy similar a la que han tenido, en un pasado, la inmensa mayoría de ordenamientos jurídicos europeos, en el Viejo Continente nuevos y preocupantes interrogantes se ciernen sobre su futuro, como el abierto, recientemente, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Ciertamente, el Alto Tribunal persigue una finalidad loable cual es, precisamente, la de proteger al máximo los derechos del consumidor europeo, que empresas o corporaciones muy avispidas y no exentas, en ocasiones, de una gran dosis de mala fe, vulneran reiteradamente mediante la imposición de cláusulas claramente abusivas en numerosos contratos que, posteriormente, pretenden reclamar, sin rubor alguno, ante los Tribunales.

Ahora bien: una sobreprotección del consumidor tampoco puede llevarnos al extremo opuesto como al que parece abocar la sentencia dictada por el Alto Tribunal europeo, a saber, exigir, en todos los casos, la intervención del juez para proceder a un control de abusividad previo y sistemático que, por el gran trabajo que puede conllevar por este último, a buen seguro puede acabar con la gran ventaja del proceso monitorio, como es su extraordinaria celeridad procedimental.

Dicho sea de paso también, tan sólo en España parece el legislador haberse tomado «a raja tabla» las palabras del Alto Tribunal, acometiendo una reforma en profundidad de la LEC y, concretamente, de su artículo 815. Ni el legislador alemán que, como otros, prescinde absolutamente del juez para la fase de admisión a trámite de la petición inicial, ni otros ordenamientos jurídicos que, como el portugués, apuestan decididamente por el modelo «puro» o no documental del proceso monitorio, parecen haber modificado sus disposiciones in-

ternas para adaptarlas al severo control judicial que parece exigir la última jurisprudencia del TJUE.

Sea como fuere, si el legislador comunitario no desea acabar con una de las herramientas más preciosas de las que dispone para intentar aligerar la importantísima carga de trabajo que pesa sobre nuestros tribunales, deberá sin duda alguna acometer una importante reflexión a raíz de esta última sentencia dictada por el Alto Tribunal europeo, y encontrar el justo término medio entre proteger los intereses de los consumidores y facilitar, al mismo tiempo, una reclamación judicial en su contra, de forma que no vean éstos cercenados sus legítimos Derecho de defensa.

Todo ello sin olvidar, claro está, que consumidor no siempre es sinónimo de parte débil o desvalida, por lo que también la prudencia se impone a la hora de otorgar una mayor o menor protección en función de cada caso.

LAS REGLAS DEL CONTRAINTERROGATORIO EN EL PROCESO PENAL EN EL SALVADOR¹

THE RULES OF CROSS EXAMINATION IN THE CRIMINAL PROCESS IN EL SALVADOR

ROMMELL ISMAEL SANDOVAL ROSALES

Abogado y Notario.
Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona.
Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad
Centroamericana «José Simeón Cañas» (El Salvador).
E-mail: rommellsand@yahoo.com

Fecha de recepción: 14.03.2020

Fecha de aceptación: 23.05.2020

A Milagro, Fer, Noé, Ale y Javier.

RESUMEN: La reforma del Código Procesal Penal en El Salvador modificó las reglas probatorias tradicionales heredadas del derecho continental inquisitivo español. Implicó introducir reglas adversativas para el interrogatorio directo y el contrainterrogatorio sugestivo para lograr la efectividad del derecho de confrontación.

ABSTRACT: The reform of the Salvadorean Criminal Procedure Code in El Salvador modified the traditional evidentiary rules inherited from the Spanish continental inquisitorial law. It implied introducing adversarial rules for the practice of direct examination and cross-examination and impeachment in the oral trial to achieve the effectiveness of the right to confrontation.

-
1. Esta previsto que este artículo salga publicado en la Revista de la Comunidad Jurídica de Occidente, Quetzaltenango, Guatemala.

PALABRAS-CLAVE: Modelo procesal adversativo; interrogatorio directo; contrainterrogatorio; objeciones.

KEYWORDS: Adversative procedural model; direct examination; cross-examination; objections; El Salvador Criminal Procedure Code.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El juicio oral en la constitución salvadoreña. 3. El derecho a la confrontación de la prueba contraria. 4. La prueba testimonial. 5. Técnica para la confrontación e impugnación de testigos y peritos. 6. Causas de impugnación de testigos y peritos. 7. Las objeciones. 8. Conclusión. 9. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas relevantes en la práctica de la prueba y en la decisión del juez es ¿cómo saber si un testigo es creíble? Y ¿cómo verificar si lo manifestado, es decir, el testimonio, es verdad? Es un reto para un tribunal o un juez darle tremenda responsabilidad. Todos los sistemas judiciales le atribuyen al juez la facultad de tomar decisiones sobre la información que es practicada por los abogados (partes), es decir, por sujetos los procesales que tienen un «interés» en el resultado del juicio. No tienen una función neutral o imparcial como la del juez o tribunal.

En efecto, en los sistemas acusatorios o adversativos son las partes: el fiscal y defensor, los que ofrecen las fuentes de prueba, testigos o peritos. Son las partes (el fiscal o el defensor) los que tienen la mayor responsabilidad de interrogarlos en audiencia pública, usando las técnicas de oralidad. No es el juez, como en los sistemas inquisitivos. Ahora bien, ¿cómo han resuelto los sistemas adversativos el «examen» de la verdad de la información o de la credibilidad de los testimonios? La respuesta está en autorizar un contrainterrogatorio sugestivo, por medio del cual, la parte contraria a la que ofreció al testigo o perito puede realizar preguntas en forma de «respuestas» para atacar al órgano de prueba y a su información.

Este ejercicio de «impugnación», permite al juez verificar a través de las preguntas que hace la contraparte, si la declaración testimonial o la credibilidad del testigo sobrevive o sucumbe al contrainterrogatorio. Esta práctica no era permitida en El Salvador antes de la reforma del CPP de 1996, tampoco lo permiten los sistemas inquisitivos ni los sistemas mixtos «orales» de algunos países de Iberoamericana. Ello se debe a la tradición jurídica que prohíbe preguntas impertinentes, capciosas y sugestivas.

Ahora bien, estas disposiciones fueron incorporadas a la cultura jurídica y forense salvadoreña en el año 1996, antes de la entrada en

vigor del Código Procesal Penal (CPP), que ya fue derogado por el Código Procesal Penal (CPP) del 2010. Durante estos años ha habido un intercambio para conocer el sistema adversativo, entre funcionarios salvadoreños, fiscales y jueces, con sus colegas puertorriqueños. Este diálogo sobre las reglas de evidencia y sobre el modelo procesal adversativo, permitió introducir la regla del contrainterrogatorio y el recontrainterrogatorio con preguntas sugestivas en el derecho procesal salvadoreño (también se utiliza en las materias civil, laboral, contencioso administrativo, familia y el resto, por medio del Código Procesal Civil y Mercantil del 2010).

Incluso se admitió en el CPP, la realización de preguntas sugestivas, de forma excepcional, si la propia prueba (el testigo ofrecido por la propia parte) durante el interrogatorio directo no contesta, olvida o modifica los hechos, se muestra nervioso u otra circunstancia, que le impiden declarar. Es decir, el abogado o fiscal podía efectuar preguntas sugestivas contra las propias fuentes de prueba en el desarrollo del interrogatorio directo y redirecto, calificándolo previamente de «testigo hostil» y con la autorización del Tribunal.

2. EL JUICIO ORAL EN LA CONSTITUCIÓN SALVADOREÑA

El constituyente salvadoreño de 1983 instituye un modelo de «juicio» *oral, adversativo y público*, independientemente de su naturaleza procesal o de su contenido material, sea civil, penal, familia, mercantil o cualquier otro. La Constitución reconoce el derecho de toda persona a plantear su pretensión procesal ante los tribunales, u oponerse a la presentada, en un modelo adversativo oral².

2 La oralidad, debe ser entendida como el procedimiento por el cual se produce o practica la actividad probatoria, por las partes (no por el juez) en audiencia en el proceso penal salvadoreño. Por lo que la oralidad no se

En el juicio oral, según se interpreta de la letra del constituyente, las partes procesales tiene el derecho de ejercer todos los actos procesales que estimen convenientes para la defensa de su posición. Asimismo, se les reconoce la garantía a que el proceso se tramite y decida conforme a la normativa constitucional y a las disposiciones legales³.

Esta interpretación se basa en la lectura del art. 11 Cn que expresa «Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente *oída y vencida en juicio* con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa».

El juicio oral o la vista pública, de acuerdo con la legislación secundaria salvadoreña, es la etapa principal del proceso en el procedimiento común en el que es indispensable la presencia de todos

debe concebir como una mera actividad argumentativa de los sujetos procesales. El juicio oral adversativo tiene un rango constitucional en El Salvador así lo determinan los arts. 1, 11 y 12 Cn, adicionalmente, el derecho de audiencia en el sistema adversativo tiene una protección reforzada en la Convención Americana de Derechos Humanos. En estos instrumentos jurídicos se determina que toda persona tiene derecho a ser oído por el órgano jurisdiccional, es decir, debe interpretarse la regla constitucional del artículo 11 que toda persona tiene el derecho de ofrecer prueba y tiene la facultad de confrontar la prueba de la parte contraria en una audiencia judicial. Ahora bien, el mecanismo que el legislador desarrollo para que las personas puedan ofrecer la prueba es por medio del interrogatorio directo. Si la prueba es ofrecida por la parte contraria, entonces, tiene el derecho de contrainterrogar o realizar un interrogatorio cruzado con preguntas sugestivas.

- 3 HIDALGO MURILLO, entiende que debido proceso, no es, un derecho único del imputado, es un derecho de todos los sujetos de la relación procesal penal. HIDALGO MURILLO, José Daniel; *Introducción al Nuevo Código Procesal Penal*, Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1998, p. 74.

los sujetos procesales (tribunal, Fiscal, defensor, imputado, víctima y querellante si los hubiere) para que pueda celebrarse. Los arts. 367, 371, 380 y 386 CPP establecen que es un requisito de validez de las actuaciones judiciales, que el juicio plenario, se celebre con la presencia ininterrumpida de los jueces y las partes. La prueba deberá de desarrollarse ante el tribunal competente del enjuiciamiento y fallo. Ello implica la proclamación del principio de inmediación, que supone que el tribunal ha de formar su convicción sobre los hechos objeto del juicio, de la que nacerá la sentencia condenatoria o absolutoria, a partir de la valoración de las pruebas practicadas en su presencia, con lo visto y oído en la audiencia, por lo que tiene una estrecha relación con el de oralidad⁴.

A partir de este cambio del paradigma probatorio, el legislador separa la función investigadora de la decisora, atribuyendo estas facultades a órganos distintos. La Fiscalía dirige la investigación o investiga directamente, prepara la promoción de la acción penal fundada en evidencia de cargo y promueve el dictamen de acusación. El Juez de instrucción es un juez de garantías durante la etapa de investigación formal. No es un juez-co fiscal, tiene inhibida la iniciativa probatoria de cargo o descargo. Sería una prueba ilegal. El Tribunal de sentencia conoce de la práctica de la prueba que realizan los fiscales y los defensores por medio de sus interrogatorios y contrainterrogatorios a

4 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p.267. Como dice MIRANDA ESTRAMPES «el sumario...pasó a convertirse en una mera actuación preparatoria del proceso y el acto del juicio oral en el único escenario de la prueba penal, por tanto, el juzgador en el momento de dictar sentencia únicamente puede formar su convicción en base a las pruebas practicadas en el acto del juicio oral y, por consiguiente, con sujeción a los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción. En el sumario no se practica ningún acto de prueba»

sus fuentes de prueba. De la información que reciba de la práctica de la prueba forma su decisión a partir de dichas aportaciones⁵. Es decir, el juez debe ser convencido de los hechos a través de las fuentes de prueba aportadas por las partes.

El sistema adversativo gira en torno a la protección de los derechos a la presunción de inocencia y defensa. Ambos derechos tienen relación directa con el ámbito probatorio, puesto que la prueba de culpabilidad debe ser suministrada por la acusación y no por el inculpado⁶.

GIMENO SENDRA sitúa los principios de inmediación y concentración, como integrantes de los principios del procedimiento,

5 Para GONZALEZ-CUELLAR, las actividades del sumario bien podrían trasladarse en el sistema español al Ministerio Fiscal, «nosotros compartimos la opinión de aquellos que sostienen que la instrucción al no ser propiamente enjuiciamiento, puede encomendarse a un órgano no dotado de independencia, siempre que no se practiquen por éste diligencias que precisen la intervención de un órgano jurisdiccional, independiente, como la limitación de derechos fundamentales y la práctica de la prueba. Por lo demás no hemos de incurrir en lo que SERRA, en relación con la polémica sobre la naturaleza de la instrucción, ha denominado «discusiones estériles», aunque resulte obligado realizar algunas precisiones sobre el tema de la independencia y el Ministerio Fiscal, en relación con la naturaleza de éste y su papel en el proceso penal». GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás; *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990, pp. 125-126.

6 En las audiencias inicial y preliminar en el proceso penal, las partes tienen la carga procesal de practicar, mediante interrogatorios a testigos o a la víctima, la prueba con la que desean llevar al Juez de paz o instrucción, en su caso, para que tome una determinada decisión. Si los jueces toman decisiones sin que se produzcan interrogatorios, asumen su responsabilidad. ORTELLS RAMOS, Manuel; *Jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 del CEDH en el proceso penal*, con AAVV, en Cuadernos de Derecho Judicial La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 194.

que se refieren a la relación entre el órgano jurisdiccional y el material fáctico introducido por las partes en el juicio⁷.

La intermediación puede definirse como la relación particular del Juez, del tribunal o del jurado con la prueba y con las partes; así como con los espectadores de la audiencia. Para identificar al principio de intermediación en un procedimiento penal o de cualquier otra índole, todo el material sobre el pronunciamiento jurisdiccional deberá desfilarse en la audiencia. En la audiencia es en donde las partes exponen sus fuentes de prueba con la intención de lograr el convencimiento judicial⁸. Si el Juez decide con base en las actas, sin que las partes lo discutan en su presencia, el juicio se degeneraría a uno escrito y no existiría la intermediación procesal⁹.

7 GIMENO SENDRA, José Vicente; *Fundamentos del Derecho Procesal*, 1a. Edición, Editorial Civitas, S.A., 1981, pp. 228 a 232. GIMENO SENDRA, José Vicente; *Derecho Procesal. Proceso Penal*, en AAVV, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 83.

8 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor; *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley procesal generales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990, pp.261, 395 y 404. Según sostiene FAIREN GUILLEN «el principio de intermediación se refiere al modo de utilizar la prueba judicial. Esta forma es inmediata cuando el tribunal realiza la recepción de la prueba original directamente por sus propios sentidos»

9 Para MIRANDA ESTRAMPES el principio de intermediación tiene un aspecto subjetivo o formal y un aspecto material u objetivo. En su aspecto subjetivo la intermediación implica que el Juez o tribunal se relacione y presida la práctica de los medios de prueba. Es decir, que la actividad probatoria se efectúa ante el juzgador que ha de dictar sentencia. Por otra parte, continúa diciendo, el aspecto material u objetivo del principio de intermediación significa que el juzgador debe preferir la práctica de los medios de prueba «que se encuentren en más directa relación con el hecho que se pretende probar». MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, op.cit., 1997, p.271. CASTILLO BARRANTES, J. Enrique; *Ensayos sobre la Nueva Legislación Procesal Penal*, Colegio de Abogados,

Otra ventaja que tiene la aplicación práctica del principio de inmediación en el juicio oral salvadoreño es justamente la posibilidad que el juzgador evalúe la conducta de la persona que se encuentra depone sobre lo que conoce de hechos. En el derecho anglosajón, el análisis que hace el Juez sobre el lenguaje corporal del testigo que depone en audiencia se denomina «demeanor»¹⁰. De allí la importancia del principio de inmediación importado por el derecho continental del derecho anglosajón: la posibilidad que el Juez esté en contacto directo con la práctica de la prueba.

El *demeanor*, es la facultad del Juez de evaluar la conducta, el rostro o ademanes del testigo o víctima mientras declara en audiencia y sometido a confrontación (contrainterrogatorio de la parte contraria), es un aspecto relevante para que el juzgador pueda darle credibilidad al dicho del testigo. Y de igual manera importante, para ser explotado por las partes en un interrogatorio, con el objeto de que pueda impugnar (contrainterrogatorio) y, en su caso, rehabilitar (mediante interrogatorio redirecto) la credibilidad de un testigo.

San José, Costa Rica, 1977, pp. 43 a 49. Para CASTILLO BARRANTES solo en un proceso oral, se pueden verificar la condición de que el juzgador se ve inducido a dar prevalencia a la verdad material de los hechos, debido al contacto directo del Juez con los elementos probatorios, así como con los sujetos procesales entre sí y frente al Juez (principio de inmediación).

- 10 STRONG, John W; *McCormick on Evidence*, con AAVV, 5th Edition, Hornbook Series West Group, Minn, 1999, p. 49. Señala la importancia de atacar la credibilidad de un testigo por el abogado de la parte contraria mientras declara en audiencia. Así manifestó que hay tres grupos de reglas sobre credibilidad «the first relates to the attempts by a witness to bolster the witness's credibility even before it has been impeached. The second concerns the various techniques which the opponent may employ to attack or impeach the witness's credibility. Finally, a third set of rules addresses the methods which the witness's proponent may use to rehabilitate the witness's credibility after impeachment, in effect to undo the damage done by impeachment».

En la sala de audiencias el testigo se encuentra, bajo juramento, sujeto al interrogatorio de la parte que ofreció dicho medio probatorio y bajo la posibilidad de ser confrontado por la parte contraria a través de un conainterrogatorio. El art. 209 del CPP ofrece a las partes y al Juez la posibilidad de practicar el medio probatorio testifical a través de un interrogatorio adversativo¹¹. El legislador, en este sentido, superó la anacrónica tendencia de los sistemas mixtos de practicar un testimonio dirigido por el Juez, en el que se dejaba a la fuente de prueba a expresar de manera libre y espontánea el conocimiento de los hechos. Ahora depende de la habilidad de los fiscales y defensores en la práctica de los interrogatorios.

3. EL DERECHO A LA CONFRONTACIÓN DE LA PRUEBA CONTRARIA

Desde la perspectiva de GIMENO SENDRA, el principio de contradicción o confrontación puede ser considerado junto al principio de igualdad, como principios inherentes a la estructura del proceso. Estos principios determinan y explican un proceso penal de vocación democrática. Es decir, que los sujetos procesales, especialmente las partes, tienen la posibilidad de ejercer sus oportunidades procesales de manera adversarial en el procedimiento¹². Por supuesto que en el modelo español e Iberoamericano están restringidas las preguntas sugestivas. No se admiten ni el interrogatorio directo ni en el cruzado.

En un proceso adversativo, el órgano requirente o acusador tiene la carga probatoria frente al individuo que tiene calidad de imputado, a quien se le reconocen sus derechos para ejercer su defensa mate-

11 Como se ha mencionado, el 348 CPP derogado, ya establecía un procedimiento de prueba adversativo.

12 GIMENO SENDRA, José Vicente; *Derecho Procesal. Proceso Penal*, con AAVV, op.cit, p. 48-49.

rial y técnica para confrontar las imputaciones que obran en su contra. Esta relación tiene que ser equilibrada y en igualdad de condiciones. Por esta razón, los principios inherentes a la estructura del proceso son los de contradicción e igualdad, sin cuya existencia material el derecho a un debido proceso sería una ficción.

Una de las exigencias para que se verifique el principio de contradicción es el acceso de los sujetos procesales (fiscal, querellante, acusador o defensor) al órgano jurisdiccional para exigir la tutela de sus pretensiones y oposiciones. Junto a esta posibilidad, el órgano jurisdiccional les debe reconocer un estatuto procesal de «partes», para que éstos hagan valer sus derechos y cumplir con las cargas u obligaciones procesales.

La existencia de los sujetos que confrontan sus pruebas en el proceso penal es esencial para buscar la verdad, garantizar la lucha entre dos tesis que se contraponen (pretensión y resistencia) y para equilibrar las fuerzas en el proceso penal bajo las reglas del juego limpio, arts. 11 y 12 Cn. A primera vista el poder persecutorio del Estado resulta aplastante frente al poder de la defensa, de ahí que se diga que la Fiscalía al ejercitar sus funciones las debe realizar de manera imparcial y objetiva, y que la defensa pueda tener la oportunidad de confrontar la prueba de cargo por medio del contrainterrogatorio en cualquiera de las audiencias, sea la inicial, preliminar o la vista pública, art. 209 CPP.

El principio de confrontación, como derivación del derecho constitucional de defensa, exige que el acusado pueda «carearse» con los testigos de parte contraria. Pero el careo no significa la realización del inquisitivo acto de investigación a que hace referencia el CPP, en la que se pone a un testigo frente a otro para que el juez intermedie quién dice la verdad. Esa es una práctica inconstitucional, porque no es la función del juez de instrucción, para eso están las audiencias. Será el juez el que le dé credibilidad a las manifestaciones.

El derecho al careo implica que el imputado pueda estar presente en la audiencia en donde los testigos de la parte acusadora estén deponiendo y pueda confrontarlas, si así lo desea, por medio de un contrainterrogatorio. El contrainterrogatorio es la verdadera efectivización del derecho de defensa en una audiencia. Asimismo, le asiste el derecho al acusado de confrontar a sus propios testigos, cuando el testimonio de éstos le resulta adverso en la audiencia¹³.

En el ejercicio del derecho de defensa el acusado puede contrainterrogar a los testigos de cargo, ello basado en los Art. 8.2 f) de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el 14.3 e) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que determinan el derecho del imputado a interrogar testigos. En el proceso pena, tal reconocimiento constituye la diligencia más importante para definir la situación jurídica del imputado, con mayor razón resulta un imperativo permitir la confrontación a la prueba de cargo en la audiencia inicial y preliminar. De allí que sea necesario exigir la práctica de interrogatorios a la víctima y testigo de cargo por parte de la Fiscalía, para luego someterlo a un contrainterrogatorio. Con ello se cumpliría un mínimo de actividad probatoria para la decisión del juez de paz y del juez de instrucción¹⁴.

13 CHIESA APONTE, Ernesto L, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, V.I, 1ª. Reimpresión, Editorial Forum, San Juan, 1995, p. 389-390. De allí que los contenidos de la Ley de Protección de Testigos y Víctimas en El Salvador no sea constitucionalmente aceptable el permitir que los testigos y víctimas declaren en audiencias con el rostro oculto o voz distorsionada. Obviamente por el contexto de violencia generalizada el Estado es incapaz de ofrecer seguridad a los ciudadanos que colaboran con la aplicación de la ley.

14 SANDOVAL ROSALES, Rommell Ismael y AAVV, *Código Procesal Penal comentado*: volumen 1, 1ª. Edición, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2018, pp. 3 y otros. Así se dice: «Los jueces de paz y de instrucción para poder decidir con mayor justicia y conocimiento de los hechos en las audiencias, deberían ir modificando la práctica forense

El objetivo del contrainterrogatorio sugestivo es restar credibilidad a la fuente de prueba. Se trata de poner en duda la capacidad de la fuente de prueba testifical para recordar los hechos correctamente o con detalles, se trata de impugnarlo directamente por su compromiso con una de las partes y no con la verdad, se intenta restar valor probatorio por su falta de capacidad narrativa.

En lo que concierne a los peritos, el objetivo es intentar restar credibilidad al propio experto, sea porque carece de los estudios, preparación o especialidad técnica o científica en las ciencias criminales, porque se descubra que ha cometido un error en la identificación o tratamiento de la evidencia, o porque utilizó un procedimiento erróneo o que pudo haber contaminado la escena del delito o el resultado de la pericia.

4. LA PRUEBA TESTIMONIAL

Según los artículos 202 y 203 del CPP toda persona tiene capacidad para ser testigo, así dice: «Capacidad de testigo Art. 202. Toda

actual, en el cual solo se reciben diligencias policiales y de la fiscalía derivadas de actos urgentes de comprobación, documentos y argumentaciones de las partes (que no son prueba). Con ello se obligaría realizar en las audiencias inicial y preliminar prueba para el objeto de la decisión de la misma vinculada a las pretensiones de las partes, mediante interrogatorio y contrainterrogatorio. Es decir, se exigiría, un mínimo de actividad probatoria para que se pueda adoptar una medida cautelar, y para que, en su caso, se ordene una apertura al juicio oral. El juez de paz y el juez de instrucción tienen la potestad de sobreeser de manera provisional o definitiva a un imputado si no se demuestra la existencia del delito o de la participación del imputado (art. 350 CPP). Con esta práctica forense se podría resguardar testimonio o declaraciones de víctimas y testigos, que luego que pasa el plazo de la instrucción es imposible localizarlas o tienen miedo de declarar».

persona es apta para ser testigo, salvo disposición legal en contrario» y «Obligación de testificar Art. 203. Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado sobre los hechos que se investigan, salvo las excepciones establecidas por la ley.»

Consecuentemente, el «testigo» es la persona natural, que de forma accidental o casual tiene conocimiento propio y directo sobre unos hechos, y que luego de ser identificada por los sujetos procesales, es citada por el órgano judicial con el fin que preste declaración de hechos relevantes que le consten y que haya presenciado a través de sus facultades sensoriales¹⁵. La calidad de testigo, se adquiere durante la etapa investigación o preparación del caso.

En el proceso penal, el testigo tiene el deber de comparecer al acto de la audiencia probatoria, asimismo está obligado a decir la verdad, debiendo responder a las preguntas que se le formulen, estando sujeto a las responsabilidades por desobediencia a un mandato judicial. Sin embargo, el CPP admite circunstancias por medio de las cuales el testigo tiene facultades de abstención de testificar en contra de la persona imputada o inculcado si es el cónyuge o conviviente en unión de hecho, ascendientes, descendientes o hermanos, sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo, art. 204 CPP. De igual manera, el testigo tiene el deber de abstención de declarar, art. 205 CPP, en razón a su

15 MORENO CATENA, Víctor, *El Secreto en la Prueba de Testigos del Proceso penal*, Editorial Motecorvo S.A., Madrid, 1980, p. 26-27. Si bien el modelo de prueba testimonial bajo la Ley de Enjuiciamiento Criminal español es muy diferente al salvadoreño en cuanto a su práctica probatoria, su concepto como fuente de prueba son similares, dada las raíces jurídicas comunes.

deber de guardar un secreto profesional o confesional, como abogado, médico o facultativo, por su carácter de ministro religioso.

El procedimiento para la práctica de la prueba testifical y pericial en el proceso penal salvadoreño (art 369 y 371 CPP) es por medio del interrogatorio directo y contrainterrogatorio en el que se admiten preguntas sugestivas (así como examen redirecto y recontrainterrogatorio). Es decir, bajo la técnica de litigación adversativa es que debería de llevarse a cabo la producción probatoria en la vista pública, bajo los principios propios del proceso penal (arts. 387, 388 y 389 CPP). El procedimiento legal para desarrollar la técnica de interrogatorio es el siguiente:

El procedimiento del interrogatorio de testigos (y peritos) dice:

«**Forma de la declaración Art. 209.** Antes de comenzar la declaración, los testigos serán instruidos acerca de las penas de falso testimonio, para cuyo efecto les leerán los artículos pertinentes del Código Penal y prestarán juramento o promesa de decir verdad, bajo pena de nulidad.

A continuación, el juez requerirá al testigo su nombre, apellido, edad, estado familiar, profesión, domicilio y documento de identidad que indique la ley, en caso de no tenerlo su juramento comprenderá los datos de identificación.

Las partes interrogarán separadamente a los testigos propuestos. El juez moderará el examen del testigo y resolverá sobre las objeciones que las partes formulen.

El juez le concederá la palabra a la parte que presenta al testigo, para que formule el interrogatorio directo; si la parte contraria manifiesta que desea contrainterrogar al testigo, le concederá la palabra al efecto. La parte que lo sometió al primer interrogatorio, podrá interrogarlo nuevamente, después del contrainterrogatorio; así como también, la parte contraria podrá someterlo a nuevo contrainterroga-

torio, a continuación del precedente. Estas dos últimas intervenciones, deberán limitarse a preguntar sobre materias nuevas procedentes del interrogatorio inmediato anterior. El juez podrá interrogar, para efectos aclaratorios, con las limitaciones que el deber de imparcialidad le imponen.

El juez que preside moderará el examen del testigo y evitará que conteste a preguntas capciosas e impertinentes, procurando que el interrogador no ejerza presiones indebidas ni ofenda la dignidad del declarante. En el interrogatorio directo, por regla general, estarán prohibidas además las preguntas sugestivas; sin embargo, quien preside podrá permitir la sugestividad en el interrogatorio directo, cuando el testigo sea hostil, cuando se interroge a la parte contraria, al testigo identificado con ésta, a una persona que, en virtud de su mayor edad, limitada educación o causa semejante, tenga dificultad de expresión, o que por razones de pudor esté reacio a deponer libremente.»

De acuerdo con la regla antes relacionada, el interrogatorio directo es el primer interrogatorio que uno de los abogados efectúa a un testigo¹⁶, art. 209 inciso 4o CPP dice «el juez le concederá la palabra a la parte que presenta al testigo, para que formule el interrogatorio directo». En efecto, el interrogatorio directo es la oportunidad procesal del abogado o fiscal que llama a los testigos que está en su turno de presentación de prueba. En el interrogatorio directo el abogado o fiscal que presenta al testigo en el interrogatorio directo tiene el objetivo de delinear su teoría del caso o afirmaciones fácticas con las respuestas que dé el testigo. En este primer interrogatorio, el rol del que depende del caso está en el testigo, y no en el abogado que examina.

16 STRONG, John W; *McCormick on Evidence*, con AAVV, 5th Edition, Hornbook Series West Group, Minn, 1999, pp. 10-18. El examen directo, es efectuado por el abogado o fiscal que ofreció la fuente probatoria.

El abogado o fiscal que interroga a su propio testigo (lo mismo aplica al perito) solo puede efectuar preguntas abiertas en el interrogatorio directo; ni el fiscal ni el abogado le puede hacer preguntas sugestivas. Esta es una prohibición que se deriva del art. 209 inciso final CPP «En el interrogatorio directo, por regla general, estarán prohibidas además las preguntas sugestivas...». La misma disposición a continuación dice que será permitida las preguntas sugestivas (preguntas afirmativas o que llevan la respuesta en su estructura) cuando se interroge a testigos o peritos de la parte contraria; y, en el interrogatorio directo, cuando el testigo se identifique con aquella, se vuelva hostil, cuando se interroge a una persona que, por su mayor edad, limitada instrucción o causa similar, se le dificulte expresarse o que por razones de pudor esté renuente a declarar libremente. En todo caso se deberá respetar la dignidad del testigo.

Es decir, que a manera de excepción los tribunales podrían autorizar a un abogado a hacer preguntas sugestivas en el interrogatorio directo, la «excepción para que se permita preguntas sugestivas durante el interrogatorio directo está basada en que si no se permitieran, sería muy difícil obtener información valiosa para la resolución de la controversia»¹⁷, como en los casos en los testigos de la propia parte se comportan de manera hostil, es de escasa cultura o no puede expresarse adecuadamente.

Dice el artículo 209 CPP con respecto al contrainterrogatorio de manera lacónica que, si la parte contraria manifiesta que desea contrainterrogar al testigo, le concederá para tal efecto la palabra. Después de que el testigo o perito haya declarado en el interrogatorio, la parte contraria puede informar al juez que desea contrainterrogado. Du-

17 EMMANUELLI JIMÉNEZ, Rolando; *Prontuario de Derecho Probatorio Puertorriqueño* Reimpreso en Reprográfica, San Juan Puerto Rico, febrero 1999, p. 296.

rante el concontrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio, admitiéndose las preguntas sugestivas.

El concontrainterrogatorio lo lleva a cabo el abogado de la parte contraria al testigo o perito ofrecido por la parte que realiza el interrogatorio directo¹⁸. Como se trata de un testigo que es presentado como prueba por la parte contraria, el abogado que concontrainterroga puede hacer preguntas sugestivas ya que el propósito del concontrainterrogatorio es buscar la verdad o impugnar la credibilidad del testigo¹⁹.

Ahora bien, a partir de la entrada en vigor del CPCM, bajo la regla del art. 367 CPCM, se introdujo el concontrainterrogatorio en materia civil y mercantil, y es derecho procesal supletorio para la materia penal y las demás. Así dice el art. 367:

«Concontrainterrogatorio

Art. 367. Finalizado el interrogatorio directo, si la parte contraria manifiesta su deseo de concontrainterrogar al testigo, el juez o el presidente del tribunal le concederá la palabra al efecto, permitiendo las preguntas sugestivas.

Durante el concontrainterrogatorio, la parte que lo haga podrá utilizar, documentos, actas de declaraciones anteriores del testigo o deposiciones que hubiera rendido y que versen sobre los hechos en cuestión, para el efecto de demostrar o desvirtuar contradicciones, o para solicitar las aclaraciones pertinentes. La parte que sometió al testigo al interrogatorio directo podrá interrogarlo de nuevo. La parte

18 STRONG, John W; *McCormick on Evidence*, con AAVV, 5th Edition, Hornbook Series West Group, Minn, 1999. pp. 34 y sgtes.

19 CHIESA, Ernesto L.; *Tratado de Derecho Probatorio, Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales T. 1*, Editora Corripio, República Dominicana, 1998, p. 363.

contraria podrá someterlo a otro contrainterrogatorio. En estas dos últimas intervenciones, deberán limitarse a preguntar sobre materias nuevas que deriven del interrogatorio anterior.

El contrainterrogatorio en materia procesal civil y mercantil tiene los mismos objetivos del penal: encontrar contradicciones o falsedades. Ahora bien, también puede ser útil para destacar las debilidades o aspectos negativos del caso de la parte contraria y también el mismo puede aportar aspectos positivos para la teoría del caso del abogado que contra interroga²⁰.

El art. 209 CPP manifiesta que luego que el abogado de la parte contraria termina el contrainterrogatorio, el abogado (o fiscal) que llevó a cabo el directo del testigo tiene la opción de hacer el interrogatorio re-directo. Dice el art. 209 CPP «La parte que lo sometió al primer interrogatorio, podrá interrogarlo nuevamente, después del contrainterrogatorio; así como también, la parte contraria podrá someterlo a nuevo contrainterrogatorio, a continuación del precedente. Estas dos últimas intervenciones, deberán limitarse a preguntar sobre materias nuevas procedentes del interrogatorio inmediato anterior». Esto último no quiere decir, que en algún momento para que sea efectivo el contrainterrogatorio se tenga que abrir a hechos relevantes y pertinentes para rehabilitar al testigo. El juez puede requerir a la parte que realice el interrogatorio a mantenerse en los hechos, si considera que está abusando, siempre a impulso de parte por medio de las objeciones.

Al igual que el caso del contrainterrogatorio, el fiscal que hizo el interrogatorio directo tiene discrecionalidad de efectuar un re-directo, tomando como referencia que el contrainterrogatorio le hubiera afectado la credibilidad de su testigo o testimonio. En este interrogatorio

20 IMWINKELRIED, Edward J.; *Evidentiary Foundations*, 5th Edition, Lexis-Nexis, USA, 2002, pp. 6 y ss.

re-directo, el abogado no puede hacer preguntas sugestivas, sino que las preguntas tienen que ser abiertas similares al directo, pero para aclarar las respuestas que el testigo brindó a preguntas del abogado de la parte contraria.

Es decir, el fiscal (o abogado) debe limitarse a aclarar asuntos y permitirle que su testigo ofrezca las explicaciones que el abogado contrario no permitió cuando lo concontrinterrogaba. El llevar a cabo este segundo interrogatorio es opcional, no es obligatoria su realización, por lo que la parte (el litigante) debe evaluar si el concontrinterrogatorio le hizo daño a su medio de prueba.

El interrogatorio re-directo debe limitarse a preguntar sobre los temas o materias afectadas por el concontrinterrogatorio. No tiene la función de introducir nuevo material probatorio, a menos que, el concontrinterrogatorio lo hubiese habilitado, por eso dice el art. 209 CPP «estas dos últimas intervenciones, deberán limitarse a preguntar sobre materias nuevas procedentes del interrogatorio inmediato anterior».

Si la parte que ofreció al testigo efectúa el interrogatorio re-directo, la parte contraria tendrá derecho a un segundo concontrinterrogatorio. Estas oportunidades procesales son potestativas. La última fase del examen de testigos sería entonces el re-concontrinterrogatorio. Esta fase tendría que ocurrir inmediatamente después que un testigo hubiera sido sometido al interrogatorio re-directo, para que el abogado de la parte contraria tenga la opción o la facultad de llevar a cabo el re-concontrinterrogatorio. Sobre el segundo reconcontrinterrogatorio, la parte contraria podrá someterlo a, a continuación del precedente re-directo. Estas dos últimas intervenciones habrán de limitarse a preguntas sobre materias nuevas procedentes del interrogatorio inmediato anterior.

En el re-concontrinterrogatorio, el CPP autoriza que el abogado efectúe preguntas sugestivas, pero se deberán limitar a cubrir solo las materias examinadas en el re-directo, puede incluir materias nuevas si se pretende impugnar credibilidad sobre su persona en cuanto a su

capacidad de memoria o expresión o en cuanto a sus relaciones personales o interés en el resultado del juicio²¹. Bajo el re-contrainterrogatorio se pretende ratificar la impugnación realizada a la credibilidad del testigo o testimonio efectuado en el primer contrainterrogatorio. De allí que se recomienda seguir los mismos consejos que se hicieron para el ejercicio del contrainterrogatorio, con la finalidad que el procurador mantenga el control sobre el medio probatorio.

En el proceso penal salvadoreño no existen reglas para «tachar» a priori a testigos o peritos, por lo que la función del contrainterrogatorio es abrir la posibilidad al abogado contrario a que pueda atacar la credibilidad del testigo o del testimonio. El objeto estratégico es impugnar la declaración emitida en el interrogatorio directo. Las funciones confrontativas del contrainterrogatorio buscan, entonces, reducir el testimonio del testigo o perito adverso y/o pretenden atacar la credibilidad del testigo debido a su posible parcialidad, parentesco o afinidad con alguna de las partes materiales. Se intentará demostrar que existe interés en el resultado del juicio, o que carece de credibilidad por la incompleta percepción de los hechos o la falta de memoria.

5. TÉCNICA PARA LA CONFRONTACIÓN E IMPUGNACIÓN DE TESTIGOS Y PERITOS

Bajo el principio de pertinencia tradicional en el sistema procesal iberoamericano, solo son admisibles las preguntas relacionadas al objeto del proceso, es decir a los hechos del proceso. Sin embargo,

21 FONTANET, Julio; *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, 2ª. Edición, Jurídica Editores, San Juan Puerto Rico, mayo 2002, p. 145. El contrainterrogatorio no solo debe limitarse a las preguntas y respuestas efectuadas en el directo, puede abrirse para impugnar el testimonio y al testigo, en cuanto a su credibilidad.

al desaparecer el sistema de tachas de testigos o peritos en el vigente CPP adversativo salvadoreño, la técnica para efectuarla es a través del concontrainterrogatorio. Lo que se hacía antes en el sistema inquisitivo, en el que se manifestada por escrito impedimentos que atacan la objetividad e imparcialidad del testigo, ahora se hace a través de las preguntas sugestivas en el concontrainterrogatorio. Es decir, no se realiza un examen previo si no durante la práctica probatoria, y normalmente la efectúa la parte en su turno del concontrainterrogatorio.

Entonces, el testigo que esté sentado en la silla de deposición en la audiencia, debe contestar (está obligado a hacerlo ante el juez) no solo preguntas sobre los hechos relacionados directamente a la controversia o hecho investigado, sino sobre lo que afecte su credibilidad: relaciones con el imputado o el caso, parentesco o interés; si efectivamente ha presenciado los hechos y que no es prueba de referencia; las condiciones del entorno cuando estuvo presente ante los hechos; la capacidad sensorial; capacidad de memoria u otros.

Las declaraciones testificales determinan el resultado del juicio, lo cual es cierto al menos en cuanto a la credibilidad de éstos. Para que el juez crea en la información proporcionada por el testigo, en primer lugar, debe lograrse que sea creíble y que lo manifestado por éste sea verdad²². Ello implica que el derecho a concontrainterrogar permite al juez un mejor panorama sobre los hechos.

La impugnación o refutación de testigos son las actuaciones procesales probatorias y pertinentes para impugnar un testigo que un abogado (sea defensor o fiscal) de la parte adversa realiza durante una audiencia, introduciendo evidencia o prueba durante el concontrainte-

22 GOLDBERG, Steven H, *Mi primer Juicio Oral*, 1ª edición, Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 86 y ss. Para este autor, la habilidad del abogado puede influir de manera relevante para que el órgano juzgador adquiera conciencia en la credibilidad de su testigo y en el descrédito de la parte contraria.

rogatorio para arremeter contra la credibilidad de un testigo o de su deposición²³. Su objeto estratégico es disminuir el valor probatorio o la credibilidad del testimonio vertido en el interrogatorio directo, al testigo o a ambos ante los ojos del tribunal.

En el sistema judicial americano los abogados tratan de impugnar a los testigos durante el contrainterrogatorio o «cross examination»²⁴. El medio de prueba para impugnar la declaración testifical es la que pretende desacreditar el testimonio de un testigo. La parte que contrainterroga, lo que pretende es restar fe ante el Juez o jurado sobre un testigo o sobre la confiabilidad del conocimiento de los hechos de éste.

De acuerdo con la doctrina norteamericana, expuesta por CHIESA APONTE, «la credibilidad de un testigo puede ser impugnada por cualquier parte, incluyendo a la parte que llama al testigo. El testigo está obligado a contestar cualquier pregunta pertinente a su credibilidad, aunque en cuanto se le pregunte sobre materia que solo se relaciona con su credibilidad y no con los hechos sobre los que ha declarado, puede invocar el derecho contra la autoincriminación»²⁵. En ese sentido, bajo las regulaciones del juicio oral adversativo toda prueba que pretenda impugnar o sostener la credibilidad de un testigo, en cuanto a su veracidad o mendacidad, es pertinente y admisible.

-
- 23 QUIÑONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, PAS/DPK Consulting, El Salvador, septiembre 2003, p. 235.
- 24 IMWINKELRIED, Edward J. *Evidentiary Foundations*, 5th Edition, Lexis-Nexis, USA, 2002, p. 185
- 25 CHIESA APONTE, Ernesto L, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, V. III, op.cit, p. 324. Para este autor, con la evidencia de impugnación lo que una parte pretende es arrojar «sombras» sobre la credibilidad de un testigo o sobre la confiabilidad de un testimonio.

Esta doctrina de impugnación de testigos, de acuerdo con el art. 209 CPP son utilizadas por los abogados y fiscales en los tribunales salvadoreños, como una innovación frente a los demás modelos continentales de juicio oral, desde el año 1998²⁶.

6. CAUSAS DE IMPUGNACIÓN DE TESTIGOS Y PERITOS

La impugnación de un testigo sólo puede hacerse con prueba que sea pertinente que esté relacionada a su credibilidad²⁷. De allí la importancia de resaltar que el art. 177 CPP permite interpretar que la prueba referente a la credibilidad de los testigos y de los peritos es pertinente para la solución de la controversia penal.

Dice el art. 177 inciso inicial CPP:

«Pertinencia y utilidad de la prueba

Art. 177. Será admisible la prueba que resulte útil para la averiguación de la verdad y pertinente por referirse directa o indirectamente a los hechos y circunstancias objeto del juicio, a la identidad y responsabilidad penal del imputado o a la credibilidad de los testigos o peritos».

26 En ocasiones es necesario también impugnar un testigo propio particularmente cuando ha variado sustancialmente su testimonio. Cuando se impugna al testigo lo que se busca es afectar o poner en entredicho la credibilidad de su testimonio para que el juzgador lo descarte o no le dé entero crédito a todo lo que dijo. Es decir, la impugnación va dirigida a modificar el valor probatorio de la declaración y no necesariamente su admisibilidad. CHIESA, Ernesto L.; *Tratado de Derecho Probatorio, Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales T. 1*, Editora Corripio, República Dominicana, 1998, p. 365.

27 MURRAY, Peter L, *Basic Trial Advocacy*, Aspen Law & Business, USA, 1995, pp.183 y ss.

Por su parte el Código Procesal Civil y Mercantil, también adversativo, como derecho común o supletorio del proceso penal, dispone que a los testigos se pueden concontrinterrogar con preguntas sugestivas y además dispone los motivos de impugnación de credibilidad, por lo que se pueden aplicar al proceso penal. Así manifiesta:

«Credibilidad del testigo

Art. 356. La credibilidad del testigo dependerá de las circunstancias o hechos que determinen la veracidad de sus declaraciones.

La parte que resulte perjudicada por la declaración de un testigo podrá alegar falta de credibilidad, mediante cualquier medio de prueba pertinente, con base en el comportamiento del testigo mientras declara o en la forma en que lo hace; en la naturaleza o carácter del testimonio, en el grado de capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar los hechos sobre los que declara, en la existencia de cualquier prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad que pudiera afectar el testimonio, o en manifestaciones o declaraciones anteriores del testigo. Si se presenta un acta o documento escrito donde conste dicha declaración, la parte que adversa tiene derecho a inspeccionar el escrito, a concontrinterrogar al testigo sobre dicha declaración y a presentar prueba pertinente contra lo declarado por el testigo.

La credibilidad de un testigo podrá ser impugnada o sostenida mediante prueba de su carácter o reputación. No será admisible la prueba para impugnar o sostener la credibilidad de un testigo que se refiera a sus creencias religiosas, a la carencia de ellas o a sus convicciones políticas.

Pierde credibilidad un testigo cuando queda establecido en autos que su deposición está basada en un mero juicio de valor derivado de sus creencias particulares».

Las principales causas de impugnación de testigos (o peritos) en la audiencia de acuerdo a los artículos 209 CPP y 356 CPCM son los siguientes:

1º) *Comportamiento de testigos o peritos mientras declaran*

La materialización en el proceso penal del derecho de defensa y del principio de inmediación es la posibilidad de que los testigos declaren sobre los hechos frente al acusado, las partes y el Juez. No se trata de cumplir una formalidad sino de hacer operativo el derecho de confrontación a la prueba de la parte contraria, establecida en la Constitución de El Salvador. Coincide al mismo tiempo una razón de carácter probatorio: el Juez puede aquilatar o valorar la credibilidad o mendacidad del testigo con solo observar y evaluar su declaración testifical y la forma en cómo lo hace.

Así se debería de entender el sentido y los alcances del principio de inmediación del juicio oral en el proceso penal continental, recogido en el CPP y CPCM salvadoreño. No solo se debe tratar de cumplir una mera formalidad procesal, sino darle valor a su finalidad probatoria, así como al sentido del principio de inmediación del sistema de juicio oral.

Esta evaluación se conoce como «demeanor» del testigo²⁸. Un testigo puede ser impugnado por sus actitudes, comportamiento o conducta mientras declara, mostrando inseguridad, nerviosismo o cualquier otra, mientras declara y la forma en que lo hace. Esto quiere

28 QUIÑONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, op. cit y FONTANET, Julio; *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, op. cit., coinciden que los jueces, observan y evalúan la conducta y forma de declarar. La experiencia de los jueces les permite detectar la sinceridad de quien declara.

decir que el abogado puede señalar o destacar por medio de preguntas sugestivas ante el Tribunal de Sentencia (y ante el juez de paz en audiencia inicial y juez de instrucción en audiencia preliminar), el comportamiento emocional o corporal del testigo independientemente del testimonio de este cuando exhibe irregularidades, siempre bajo el contrainterrogatorio y permitiendo al testigo o perito que explique. Por ejemplo, cuando el testigo llora o se ríe sin justificación alguna, o luce nervioso, agresivo, preocupado o inseguro cuando contesta.

Los peritos también pueden ser cuestionados en el contrainterrogatorio sobre la forma en qué declaran, es decir, su conducta no verbalizada.

2º) *Por la naturaleza o carácter del testimonio o dictamen pericial*

Un testigo puede ser refutado en la vista o audiencia mientras está declarando por las contradicciones que realiza en su declaración o por lo inverosímil que pueda parecer. Tanto las contradicciones como la improbabilidad de la existencia u ocurrencia de los hechos narrados por el testigo pueden permitirle al Juez tener dudas sobre ellos²⁹. Si el testigo cae en contradicciones importantes, versiones increíbles o exageradas, quedaría impugnado por su propio testimonio y obviamente el abogado lograría su propósito de que no se le crea³⁰.

29 «Witness impeachment is an important tool by which the lawyer can seek to discredit the image being presented by her opponent and to give the factfinders reasons to prefer her own presentations», dice MURRAY, en MURRAY, Peter L, *Basic Trial Advocacy*, op.cit, p. 182.

30 QUIÑONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, op.cit, p. 237.

En lo que respecta a la confrontación de un dictamen pericial, el perito, puede ser concontrinterrogado con respecto a los procedimientos técnicos, artísticos, científicos o prácticos con los que llevó a cabo la pericia requerida. Puede ser cuestionado si siguió o no normas o estándares internacionales o nacionales cuando aplique, o si tiene o no la capacidad profesional o técnica para llevarla a cabo. Igualmente puede ser confrontado sobre su experiencia en pericias judiciales similares o sobre la verosimilitud del resultado.

3º) *Capacidad para percibir, recordar o comunicar los hechos*

Las personas en términos generales, tienen diversas capacidades sensoriales para captar la realidad. Cuando suceden hechos de violencia, las personas que están allí son por casualidad, de forma accidental, no han previsto estar presentes (a menos que sean copartícipes y deseen colaborar con la justicia a cambio de inmunidad). Entonces, sus capacidades sensoriales como la vista u oído no están pendientes de un hecho delictivo. Además, el ruido o el resultado de un delito le causa un temor o una reacción de miedo, de huida o protección personal. No están concentrados en los hechos delictivos.

Por esta razón, cuando se practica en la audiencia o vista judicial el interrogatorio de testigos, la parte que ofrece al testigo trata de establecer su capacidad para percibir o recordar los hechos. En cambio, el abogado que concontrinterroga le inquiere sobre la capacidad de visión del testigo, distancia en la que se encontraba cuando ocurrieron los hechos, puede ser relevante si fue de día o de noche por la visibilidad o grado de luz, o si fue en una época del año, la descripción del lugar en dónde se encontraba y los motivos por lo que estaba allí.

De acuerdo con CHIESA APONTE «cuando un testigo declara en el juicio o vista correspondiente, lo que hace es narrar el recuerdo de sus percepciones sobre determinado asunto. Si el testigo no tiene conocimiento personal sobre el asunto no puede declarar. Pero las

dificultades del testigo para percibir adecuadamente los hechos sobre los que va a declarar son pertinentes al momento de evaluar su testimonio»³¹. En efecto, cuando un testigo declara en audiencia, ya ha pasado suficiente tiempo para que sus recuerdos comiencen a ser olvidados o a perder detalles de los hechos.

El testigo puede ser impugnado alegando que no se encontraba con todas las capacidades sensoriales para percibir los hechos, por ejemplo, cuando vio los hechos que narra en el tribunal estaba ebrio, bajo los efectos de drogas, había muy poca visibilidad, u objetos o ruidos que obstaculizaban la visión, el oído, etc. También puede ser impugnado por su incapacidad para recordar hechos importantes o porque recurre con frecuencia al «no recuerdo».

Además de las posibilidades de evaluar la capacidad de percepción del testigo, los abogados pueden intentar atacar la memoria del testigo, ya que si éste tiene mala memoria su testimonio será menos confiable.

Cuando se interroga a un testigo puede ser que éste conteste que no recuerda cuando se le pregunta. En tal caso, si le conviene al abogado, puede solicitar al testigo que se refresque su memoria con algún documento que esté disponible como una declaración previa realizada en sede fiscal o de la Policía, el informe pericial, un documento público o una fotografía. El escrito o documento con el cual el testigo se refresca la memoria no tiene que haber sido preparado necesariamente por el propio testigo.

31 CHIESA APONTE, Ernesto L, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, V. III, op.cit, p. 325. La Regla de Evidencia número 38 de PR establece que el testigo debe declarar sobre los hechos percibidos directa y personalmente. Si esto no es así entonces se entenderá como prueba de referencia.

Para FONTANET, toda evidencia que demuestre al Juez que el testigo al momento de percibir los hechos ha estado bajo efectos del alcohol o drogas es admisible. Es admisible, pero está sujeto a confrontación y puede ser impugnado por su capacidad de percibir los hechos y su capacidad de recordar lo que sucedió. El que el testigo se encontrare en un grado de excitación o nerviosismo en el momento en que presencié los hechos también puede ser utilizado para impugnar la capacidad de deposición del testigo³².

4º) *Por la existencia o inexistencia de cualquier prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo o del perito*

Al desaparecer del CPP y CPCM salvadoreño, el sistema de tachas de testigos para evaluar el grado de parcialidad o imparcialidad de un testigo se ha hecho necesario dotar a las partes en litigio de la posibilidad de impugnar frente al Juez la parcialidad de un testigo o el interés de éste en el resultado³³.

Para evaluar el grado de credibilidad de un testigo es posible hacer del conocimiento del Juez, a través del test del interrogatorio y conainterrogatorio, las relaciones de parentesco, amistad, relaciones laborales u amorosas entre el testigo y el imputado o víctima. Igualmente, ayuda mucho a examinar la credibilidad de un testigo, al

32 FONTANET, Julio; *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, op.cit, pp. 161-165.

33 El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha advertido la existencia de los denominados «testimonios estereotipados» que son los vertidos por los agentes policiales encubiertos en los tribunales. El Tribunal ha advertido sobre la parcialidad del testimonio y sobre el grado de verosimilitud del mismo. Ver PUEBLO V. GONZÁLEZ DEL VALLE, 102 DPR 374 (1974) Y PUEBLO V ORTIZ ZAYAS, 88 JTS 136.

inquirir la existencia de relaciones de enemistad, rencor, celos profesionales o amorosos, etc.

Para hacer valer el derecho de confrontación, los jueces deben permitir, en el desarrollo del contrainterrogatorio, el escrutinio de cualquier motivo de parcialidad, tanto del testimonio que favorece como el que desfavorece a cualquiera de las partes. Ahora bien, antes de permitir la admisión de otros medios de prueba independientes para atacar la credibilidad de un testigo por una alegada parcialidad, debe consentírsele la oportunidad de aclarar o explicar dicha circunstancia en el mismo desarrollo del contrainterrogatorio³⁴. Si la parte que contrainterroga no permite al testigo explicar el supuesto motivo de interés o parcialidad, puede hacerlo la parte que lo ofreció en el interrogatorio re-directo (art. 348 CPP salvadoreño).

La parcialidad es una de las situaciones más eficaces para impugnar la credibilidad un testigo y cuando se demuestra que el testigo está parcializado puede razonablemente inferirse que no está diciendo la verdad. Muchos de los testigos son parientes, amigos o enemigos de alguna de las partes, y esta relación siempre sugiere algún grado de parcialidad³⁵. El abogado siempre debe explorar el por qué un testigo fue presentado por la parte contraria y muchas veces es necesario

34 CHIESA APONTE, Ernesto L, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, V. III, op.cit, p. 326. Para CHIESA, el testigo tiene derecho a explicar, admitir o negar el supuesto motivo de parcialidad de su declaración. Así manifiesta el caso DELAWARE V. VAN ARSDALL 475 US 673 (1986) Y DAVIS V. ALASKA, 415 US 308 (1974). En el sistema español, el art. 714 de la LECRIM establece la lectura de las declaraciones contradictorias. Es decir, que en las situaciones en las que exista contradicción entre la declaración de un testigo en el sumario con la realizada en el juicio, se autoriza la lectura de la declaración testifical sumarial.

35 QUIÑONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, op.cit,p. 247.

hacerle la pregunta directamente sobre si conoce o tiene alguna relación con las partes. Si contesta que conoce o es amigo de la parte casi siempre se puede impugnar su testimonio por estar parcializado.

Cuando el testigo niega la existencia de la relación de parcialidad o interés, entonces puede ser conveniente presentar evidencia extrínseca o independiente, como por ejemplo otro testigo que explique la existencia de la relación de prejuicio, parcialidad o interés entre el anterior testigo y la parte.

Un perito puede ser examinado en cuanto a los motivos o razones por las que efectuó la pericia, si es o no un experto habitual de la oficina del abogado o del fiscal, y la experiencia que tiene en casos similares.

5º) *Manifestaciones anteriores del testigo*

Señala CHIESA APONTE que el medio «más eficaz para impugnar la credibilidad de un testigo es traer ante la consideración del juzgador declaraciones anteriores del testigo incompatibles con su testimonio en corte. Esto no solo pone en entredicho la credibilidad del testigo en relación con el asunto específico al que se refiere la contradicción, sino también la credibilidad general del testigo»³⁶. Entre las manifestaciones realizadas en la audiencia judicial y la anterior debe, entonces, existir una incompatibilidad o diferencias significativas. También procede la impugnación de la veracidad del testigo,

36 Cualquier declaración anterior que haya hecho un testigo ya sea fuera del tribunal o en alguna de las etapas procesales del caso sirve para impugnarlo si la misma es inconsistente con su actual declaración judicial, como declaraciones en televisión, radio, declaraciones juradas, cartas etc. Por lo tanto, se trae esa manifestación anterior no para admitir su contenido como evidencia en el caso sino para atacar la credibilidad de su actual declaración en el tribunal. CHIESA APONTE, Ernesto L, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, V. III, op.cit, 1995, p. 326.

cuando éste realiza declaraciones que había omitido anteriormente, entendiéndose que esta información es básica para el descubrimiento de la verdad de los hechos controvertidos.

El art. 367 CPCM inciso segundo es consistente con la doctrina y la regla procesal del art. 209 CPP cuando dice: «durante el contrainterrogatorio, la parte que lo haga podrá utilizar, documentos, actas de declaraciones anteriores del testigo o deposiciones que hubiera rendido y que versen sobre los hechos en cuestión, para el efecto de demostrar o desvirtuar contradicciones, o para solicitar las aclaraciones pertinentes.»

En efecto, existe una zona oscura o gris (como el lector lo califique) cuando se intenta impugnar a un testigo (o al perito) por la falta de concordancia entre una manifestación anterior, y el interrogatorio directo que se encuentra realizando ante el Juez, en relación a un documento escrito específicamente la realizada en entrevista ante Policía o Fiscalía, o cualquier otro soporte que permita comprender que hubo una declaración que es inconsistente (incluso Facebook).

En ocasiones las inconsistencias pueden ser sobre asuntos importantes, en cuyo caso podría quedar en entredicho todo lo declarado por el testigo y en otras ocasiones la impugnación es por detalles o asuntos secundarios que no afectan sustancialmente la credibilidad del testimonio. FONTANET, recomienda seguir una fórmula o un orden para maximizar la impugnación: «a) comprometer al testigo con lo declarado en el interrogatorio directo; b) establecer la importancia de la inconsistencia en el caso; c) acreditar las circunstancias en que fue prestada la primera declaración de testigo; d) dar oportunidad de que el testigo acepte o niegue la declaración anterior; y e) Confrontación con declaración anterior»³⁷.

37 FONTANET, Julio; *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, op.cit, p. 150.

También los testigos pueden ser impugnados porque omitieron en declaraciones anteriores hechos importantes que producen por primera vez cuando declaran en el proceso judicial. En tal situación se impugnaría al testigo por la omisión, ya que lógicamente debía haber expuesto con anterioridad el hecho esencial.

Si al testigo se le impugna en el tribunal por declaraciones anteriores escritas, se le debe indicar la fecha y lugar en la que persona la hizo para que lo reconozca o niegue, se le debe mostrar y entregar copia a la parte contraria.

Cuando el abogado va a usar prueba independiente, es decir evidencia extrínseca, para impugnar al testigo por haber dado una manifestación anterior es necesario que se le dé al testigo la oportunidad de que explique o niegue la misma. Si no se sienta esta base en el interrogatorio del testigo, no se podría presentar la prueba extrínseca. Este requisito se cumple preguntándole al testigo que va a ser impugnado si hizo o no la declaración anterior expresándole la fecha, el lugar y quien se la hizo.

Sobre este particular, es pacífica la práctica en los tribunales de sentencia o jueces de sentencia, en El Salvador, al permitir a las partes que puedan utilizar los documentos de la Policía o de la Fiscalía en la que constaran declaraciones o entrevistas de testigos o víctimas³⁸.

Esta interpretación es correcta en tanto la prueba únicamente se puede producir en el juicio o vista pública y las actuaciones de la Po-

38 El CPCM dice con respecto al conainterrogatorio, además del art. 356, lo siguiente en el art. 367: «Durante el conainterrogatorio, la parte que lo haga podrá utilizar, documentos, actas de declaraciones anteriores del testigo o deposiciones que hubiera rendido y que versen sobre los hechos en cuestión, para el efecto de demostrar o desvirtuar contradicciones, o para solicitar las aclaraciones pertinentes»

licía y Fiscalía son actos de investigación, no prueba. Sin embargo, lo que interesa es que el órgano jurisdiccional tenga el mejor panorama posible para tomar una decisión justicia, por lo que los tribunales de sentencia deben permitir confrontar las declaraciones de testigos con manifestaciones anteriores realizadas sea en sede fiscal o en la Policía. No se trata de convertir en prueba las actuaciones de investigación. Esas declaraciones, por regla general, han sido vertidas con mucha mayor espontaneidad por los testigos, por haber sido obtenidas de manera pronta. «En los procesos acusatorios orales –dice QUIÑONES VARGAS– esta es la forma por excelencia utilizada por los fiscales para confrontar al testigo con las contradicciones que pudiese haber entre esa primera versión y la expresada en la vista (pública)»³⁹; pero no solo los fiscales la utilizan, si son testigos de cargo, es seguro que un buen defensor explotará las inconsistencias.

La regulación de la práctica testimonial del art. 209 CPP y 367 CPCM permite que un testigo que se encuentra declarando en audiencia judicial pueda utilizar un escrito para «refrescar» su memoria con relación a cualquier aspecto de su testimonio. El escrito podría ser una declaración anterior rendida por el testigo, podrían ser sus apuntes, bitácora o diarios personales con respecto a los hechos sobre los que se encuentra testificando. Como requisito de admisibilidad, exige que el escrito sea presentado en la audiencia ante el Juez y la parte contraria, para que éstos puedan examinarlo. La parte contraria puede utilizar el escrito del testigo para contrainterrogarlo, si lo considera conveniente a su estrategia probatoria.

Ahora bien, en la normativa salvadoreña se considera como medio de prueba el testimonio que se practica en audiencia con la garantía de la inmediación del juez y sujeto a confrontación, no el

39 QUIÑONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, op.cit, p. 244.

contenido del escrito utilizado por el abogado o fiscal para refrescar la memoria del testigo, ya que lo que se está vertiendo en audiencia judicial es el conocimiento personal y directo de aquél sobre los hechos controvertidos. Para que pueda ser admitido un documento escrito o soporte electrónico como prueba para interrogar o contrainterrogar a un testigo, deberá ser considerada como prueba de referencia y, por lo tanto, es admisible, según lo dispone el art. 221 número 3 CPP.

Así dice el art. 221 CPP, y en específico el número 3:

«Admisión excepcional del testimonio de referencia

Art. 221. Será admisible la prueba testimonial de referencia en los casos siguientes:

- 1) Muerte, enfermedad grave u otra circunstancia que haga imposible o difícil que comparezca el testigo a rendir su declaración personalmente en la vista pública.
- 2) Operaciones policiales encubiertas.
- 3) Retracción de la víctima o el testigo, para controlar la credibilidad de éstas.
- 4) Manifestaciones expresadas de manera consciente y espontánea, en circunstancias que implicaban un perjuicio a los intereses de quien las efectúa o de un tercero en su caso».

El art. 209 CPP salvadoreño admite que la parte que interroga a un testigo el uso de un escrito para refrescar la memoria. Lo que pasa es que no dice nada o no se regula a qué le dará credibilidad el órgano jurisdiccional si a lo que está escuchando o al escrito, en caso de contradicciones. Este es un aspecto para legislar.

De conformidad al art. 209 CPP, la declaración anterior de un testigo puede ser admitida por el Juez dándole valor probatorio al contenido mismo, en desmedro de la declaración que hubiera estado

realizando en la audiencia judicial. Esta es una de las excepciones a la admisión de la prueba de referencia.

En el caso que la parte que hubiese sido afectada por la impugnación de su testigo, por medio de sus manifestaciones anteriores, puede rehabilitar la credibilidad de éste mediante prueba que demuestre que no se hizo tal declaración. Asimismo, cuando la parte afectada desarrolle su turno de interrogatorio re-directo puede hacer que su testigo impugnado tenga la oportunidad de explicar el contenido, alcance, aparente contradicción u omisión de su manifestación anterior. También la parte afectada, puede introducir como prueba para la rehabilitación de la credibilidad de su testigo otras declaraciones anteriores de éste que sean compatibles con las que está realizando en la audiencia judicial.

6º) *Impugnando el carácter o conducta del testigo en cuanto a veracidad o mendacidad*

Un testigo puede ser impugnado de forma general porque tiene un carácter mendaz, es decir cuando tiene fama o reputación de mentir o exagerar la verdad de los hechos. El art. 177 CPP y 209 CPP, admiten que también se impugne por el carácter o hábito a un testigo, mediante la prueba que sea idónea y pertinente. Esta regla está en consonancia con la disposición del art. 356 inciso 3ro del CPCM que dice: «La credibilidad de un testigo podrá ser impugnada o sostenida mediante prueba de su carácter o reputación. No será admisible la prueba para impugnar o sostener la credibilidad de un testigo que se refiera a sus creencias religiosas, a la carencia de ellas o a sus convicciones políticas».

En el régimen salvadoreño, bajo las reglas del CPP y CPCM citadas, la credibilidad de un testigo podrá ser impugnada o sostenida mediante prueba de su carácter o reputación. No será admisible la

prueba para impugnar o sostener la credibilidad de un testigo que se refiera a sus creencias religiosas, a la carencia de ellas o a sus convicciones políticas.

Para impugnar la credibilidad de un testigo se puede ofrecer prueba sobre su reputación mendaz y para rehabilitarlo se permite ofrecer prueba de su carácter veraz. Cualquier otro tipo de evidencia, incluso sobre sus creencias religiosas o su conducta moral sería inadmisibile.

Esta impugnación se puede realizar en el conainterrogatorio del testigo preguntando aspectos sobre la declaración que realiza o produciendo prueba independiente que demuestren la mendacidad del testigo. La impugnación del carácter puede hacer presentando otro testigo quien declara que en su opinión el testigo de la parte contraria ha mentido o engañado al tribunal con la versión de los hechos, puesto que es su carácter o conducta y porque así es conocido. También podría permitirse evidencia de conducta específica pero la misma debe referirse directamente al asunto de la veracidad o mendacidad cuya credibilidad esté en consideración.

7º) *Por contradicción*

Un testigo puede ser impugnado por contradicción cuando dice algo que es falso, inexacto o erróneo. Al impugnarse por contradicción se podría conainterrogar con las respuestas que brindó en el interrogatorio directo o se puede presentar cualquier evidencia extrínseca, como por ejemplo evidencia documental o la declaración de otro testigo que desmienta lo declarado por el testigo que va a ser impugnado. Para lograr el propósito de establecer la contradicción se podría utilizar cualquier prueba, incluyendo declaraciones judiciales efectuadas en otros casos que tengan una conexión o relación por el cual está declarando.

En el desarrollo del conainterrogatorio de un testigo, el abogado que se encuentra llevando a cabo esta técnica puede intentar demostrar al Juez o al jurado la existencia de contradicciones en el testimonio. Esto quiere decir, que se admite en el conainterrogatorio demostrar que el testigo se contradice en su propio testimonio o, en su caso, con la declaración testimonial que se encuentra vertiendo en audiencia con anteriores manifestaciones testificales sobre el mismo asunto en controversia.

7. LAS OBJECIONES

No se puede articular un modelo de juicio oral o por audiencias si no se establecen mecanismos o recursos que permitan a las partes solicitar al juez un control sobre la prueba, la conducta de las fuentes de prueba o de los sujetos procesales, de forma rápida y eficiente.

Un juez en el sistema adversativo, en principio, tiene limitada su intervención en los interrogatorios, puede controlar la conducta de los abogados muy excepcionalmente para efectos de mantener el orden, pero oficiosamente no puede intervenir en la práctica de prueba, requiere el impulso de los litigantes. Si los litigantes no objetan, no pueden hacerlo el juez, por ser un tercero imparcial, y porque la objeción es una facultad de las partes.

La objeción, como recurso o medio impugnativo, no tienen una raíz en el derecho procesal continental. Las objeciones son de origen anglosajón, aunque el derecho procesal salvadoreño las incorporó por medio de la redacción de las más usuales, aunque se entiende que no es una lista cerrada o taxativa, sino ejemplificativa.

Si bien, el art. 209 CPP regula limitadamente el concepto y alcance de la objeción, ya que solo dice: «objetar las preguntas que se formulen por las otras partes». El legislador olvidó que las objeciones no se limitan solo a los interrogatorios de testigos, sino que también

pueden ser útiles y son permitidas en el interrogatorio de peritos. Es necesario, entonces, hacer un esfuerzo hermenéutico con el CPP y el CPCM para aplicarlas correctamente al proceso penal.

El CPP expresa en el art 210 «Objeciones. Procedencia. Art. 210. Las partes podrán interponer objeciones a las preguntas formuladas por la parte contraria, durante los interrogatorios a testigos o peritos. Las objeciones deben ser oportunas y específicas.

Si no se objeta oportunamente en la audiencia, se entenderá que se ha renunciado a ejercer este derecho. Las partes podrán objetar el comportamiento, conducta o lenguaje no verbalizado.

Las preguntas formuladas al testigo en el interrogatorio directo y el contrainterrogatorio podrán ser objetadas de manera continua.

Las respuestas de los testigos deberán ser directas, concretas y pertinentes a las preguntas que se les formulen y sobre los aspectos que tenga conocimiento personal, las que podrán ser objetadas por las partes. En sus declaraciones los testigos no podrán emitir especulaciones».

El procedimiento en el CPP para que el juez decida sobre la procedencia o fundamentación de la objeción es el siguiente: «Trámite de la objeción Art. 211. Interpuesta la objeción, el juez o tribunal resolverá inmediatamente, admitiéndola o rechazándola; si la admite, el juez en su caso indicará al interrogador que reformule su pregunta. Lo resuelto por el juez admitirá el recurso de revocatoria.»

La objeción, esencialmente trata de evitar la producción de prueba que sea inadmisibles por ser impertinente, inútil, inconducente, repetitiva, superflua o ilegal, entre otras razones justificables. Incluso las partes pueden defenderse de la conducta del abogado contrario o del juez de lo penal.

La parte que efectúa una objeción pretende llamar la atención del juez o tribunal de lo penal ante la actividad de la parte contraria.

Es decir, pretende advertir al juez de lo penal que no se debe permitir la conducta y actividad probatoria de la parte contraria y que se debe evitar incurrir en errores, especialmente de permitir la producción de prueba impertinente. Además, la objeción puede justificarse, en sentido amplio, como la expresión de una insatisfacción de una de las partes ante la conducta del testigo o perito, del procurador de la parte contraria o del mismo juzgador en la audiencia probatoria, como las dilaciones indebidas, la mala fe o deslealtad procesal del litigante.

Bajo esas reglas las partes podrán objetar el intento del litigante de la parte contraria de introducir prueba que es contraria a las disposiciones del CPP. Como requisito de admisibilidad de una objeción se requiere que sea oportuna, fundada y específica. Como se ha dicho previamente el Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM) es utilizado como derecho supletorio en el proceso penal. Así que dice el art. 407 CPCM, en su carácter de derecho común supletorio: «Objeciones. Procedencia Art. 407. Las partes podrán objetar la prueba que se pretenda introducir en las audiencias con violación a lo establecido en este código. Las objeciones que se interpongan tienen que ser oportunas y específicas. La parte que formule una objeción deberá fundamentarla. Si no se objeta oportunamente en audiencia, se entenderá que se ha renunciado a ejercer este derecho.

El juez o tribunal fundamentará la admisión o el rechazo de la objeción interpuesta. Las partes podrán interponer recurso de revocatoria a la decisión del juez o tribunal».

A manera de ejemplo o de ilustración, y conforme al CPCM, pueden ser objetables durante las audiencias:

- (i) Las preguntas formuladas por los procuradores durante los interrogatorios. Es decir, las preguntas efectuadas por los litigantes pueden ser objetables si son impertinentes, sugestivas, repetitivas, capciosas, compuestas, especulativas, ambiguas o cuando se asumen hechos no establecidos (art. 408 CPCM);

- (ii) Las respuestas de los peritos, testigos y partes si las respuestas son prueba de referencia, o si el testigo emite opinión o si contesta más allá de lo preguntado (art. 409 CPCM); y,
- (iii) La conducta de los abogados, por ejemplo, si durante el interrogatorio cita de manera incorrecta lo expresado por un testigo; si tiene una conducta irrespetuosa hacia el testigo, parte o perito; o si obstaculiza las respuestas del testigo o lo intimida (art. 410 CPCM).

8. CONCLUSIÓN

El derecho procesal penal salvadoreño (y en general el derecho procesal común) adoptó desde 1996 el modelo adversativo de las reglas de evidencia de Puerto Rico (similares a las contenidas de California y a las reglas de evidencia federal de los Estados Unidos). Este fue el resultado del intercambio cultural entre operadores jurídicos salvadoreños y puertorriqueños. El cambio no fue fácil, pues se trata de un cambio cultura del modelo procesal iberoamericano. También fue un choque con los entrenamientos de operadores jurídicos españoles, costarricenses y suramericanos, que llegaron a capacitar a jueces, fiscales y defensores públicos salvadoreños, pues no concebían la autorización de preguntas sugestivas en un contrainterrogatorio. Fue sin duda un impacto.

A través del contrainterrogatorio sugestivo, las disposiciones del CPP establecen las reglas para descubrir la verdad. Se admite que en las audiencias la parte contraria, luego del interrogatorio directo, pueda impugnar al órgano de prueba o a su testimonio. Si resiste la fuente de prueba, entonces, habrá mayor probabilidad que su dicho sea verdad.

Posteriormente, la reforma Iberoamericana fue adoptando el contrainterrogatorio sugestivo, así fue en Colombia, Chile, Panamá,

algunas provincias argentinas y México. Varios operadores salvadoreños han sido docentes en dichos países, intercambiando experiencias en materia probatoria y en la práctica de interrogatorio y contrainterrogatorio. Como todo proceso cultural, los cambios se realizan paulatinamente.

Ahora se puede afirmar que las reglas de interrogatorio, contrainterrogatorio, interrogatorio redirecto y recontrainterrogatorio (la segunda y cuarta con preguntas sugestivas) es parte de las disposiciones probatorias y forenses en El Salvador, incluso para justicia penal juvenil, familia, civil y mercantil, contencioso y el procedimiento administrativo sancionador. No se podría concebir una actividad probatoria sin estas disposiciones legales.

En efecto, se ha descubierto lo útil que puede ser un contrainterrogatorio sugestivo para descubrir testigos que mienten, o que no pueden ser confiables para el tribunal. O en su caso, se puede descubrir peritos cuyas conclusiones o el procedimiento técnico científico utilizado no es confiable. Es decir, lo relevante es producir duda sobre la fuente de prueba para que el juez le reste confiabilidad y decida desechándola.

El proceso de implementación de la reforma procesal penal no está terminado. La realidad indica que se requiere revisar tanto la práctica como las reglas para adecuarlas a una investigación diligente, a la búsqueda de prueba y a su práctica en un modelo adversativo. Equilibrando la protección y acceso a la justicia de la víctima y las reglas del debido proceso, respetando la presunción de inocencia, defensa y confrontación, así como el derecho de audiencia.

En estas circunstancias de la pandemia por COVID-19 y los riesgos asociados a su propagación, han impactado en las garantías del debido proceso. Se han reducido las audiencias presenciales, y se pretende celebrarlas virtualmente. Ello disminuye la posibilidad de confrontar debidamente a la prueba de cargo. Además de las dificul-

tades de comunicación espontánea que pueden tener los defensores con los imputados.

9. BIBLIOGRAFÍA

- CASTILLO BARRANTES, J. Enrique; *Ensayos sobre la Nueva Legislación Procesal Penal*, Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, 1977.
- CHIESA APONTE, Ernesto L, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, V.I*, 1ª. Reimpresión, Editorial Forum, San Juan, 1995.
- CHIESA, Ernesto L.; *Tratado de Derecho Probatorio, Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales T. I*, Editora Corripio, República Dominicana, 1998.
- GIMENO SENDRA, José Vicente; *Fundamentos del Derecho Procesal, jurisdicción, acción y proceso*, 1a. Edición, Editorial Civitas, S.A., 1981.
- GIMENO SENDRA, José Vicente; *Derecho Procesal. Proceso Penal*, con AAVV, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- GIMENO SENDRA, Vicente; *Derecho Procesal Penal*, 1ª Edición, Editorial COLEX, Madrid, 2004.
- GIMENO SENDRA, José Vicente, *Derecho Procesal Civil, T.I*, 1ª. Edición, Editorial COLEX, 2004.
- GOLDBERG, Steven H, *Mi primer Juicio Oral*, 1ª edición, Heliasta, Buenos Aires, 1994.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor; *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley procesal generales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990.
- FONTANET, Julio; *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, 2ª. Edición, Jurídica Editores, San Juan Puerto Rico, mayo 2002.
- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás; *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990.
- HIDALGO MURILLO, José Daniel; *Introducción al Nuevo Código Procesal Penal*, Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1998.
- IMWINKELRIED, Edward J. *Evidentiary Foundations*, 5th Edition, LexisNexis, USA, 2002.

- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- MORENO CATENA, Víctor, *El Secreto en la Prueba de Testigos del Proceso penal*, Editorial Motecorvo S.A., Madrid, 1980.
- MURRAY, Peter L, *Basic Trial Advocacy*, Aspen Law & Business, USA, 1995.
- ORTELLS RAMOS, Manuel; *Jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 del CEDH en el proceso penal*, con AAVV, en Cuadernos de Derecho Judicial La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- QUIÑONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, PAS/DPK Consulting, El Salvador, septiembre 2003.
- SANDOVAL ROSALES, Rommell Ismael y AAVV, *Código Procesal Penal comentado: volumen 1*, 1^a. Edición, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2018.
- SANDOVAL ROSALES, ROMMELL ISMAEL, Las Técnicas y Destrezas del Interrogatorio Oral en el Proceso Penal de la República de Panamá, Revista acceso, <http://www.accesocapacitacion.com/>, 2013.
- SANDOVAL ROSALES, ROMMELL ISMAEL, Las técnicas de litigación en el Código Procesal Civil y Mercantil, Revista DeLegibus, No. 4, UCA, 2010.
- SANDOVAL ROSALES, ROMMELL ISMAEL, La prueba de testigos en el Nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, UCA Editores, 2009. Reeditado para para la XXIII Conferencia Iberoamericana de Derecho Procesal, Editorial Jurídica de Chile, 2010
- STRONG, John W; *McCormick on Evidence*, con AAVV, 5th Edition, Hornbook Series West Group, Minn, 1999.

REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS POR ERRO JUDICIÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

COMPENSATION FOR DAMAGE CAUSED BY JUDICIAL ERROR IN THE PORTUGUESE LEGAL SYSTEM

RICARDO PEDRO

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.
Investigador do CEDIS da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Fecha de recepción: 03.02.2020
Fecha de aceptación: 17.04.2020

RESUMO: O presente estudo trata do regime previsto pelo ordenamento jurídico português para a reparação de danos causados por erro judiciário. Por um lado, são tratados os regimes especiais relativos a prisão preventiva indevida e a condenações penais injustas e, por outro, é estudado o regime geral, que é aplicável para a reparação de todos os danos causados por erro judiciário que não tenham cobertura nos referidos regimes especiais. Por fim, é tratado o regime de responsabilidade civil previsto para a reparação de danos causados no âmbito dos tribunais arbitrais por erro arbitral.

PALAVRAS-CHAVE: Erro judiciário, reparação de danos, Portugal.

ABSTRACT: This study deals with the regime provided by the Portuguese legal system for the compensation of damage caused by judicial error. On the one hand, the special schemes relating to undue pre-trial detention and unfair criminal convictions are dealt with and, on the other hand, the general scheme is studied, which is applicable for the reparation of all damage caused by judicial error that is not covered by those special schemes. Finally, the civil liability regime provided for the compensation of damage caused by arbitral error within the arbitration tribunals is dealt with.

KEYWORDS: judicial error, compensation of damage, Portugal.

SUMARIO: 1. Introdução; 2. Relação do erro judiciário com o mau funcionamento da administração da justiça; 3. O regime geral previsto no artigo 13.º do RRCEE e os regimes especiais relativos a prisão preventiva indevida e a condenações penais injustas; 4. Erro judiciário à luz do RRCEE e da jurisprudência; 5. Quem pode fazer incorrer o Estado em responsabilidade civil por erro judiciário; 6. Requisitos da responsabilidade civil do Estado por erro judiciário: (i) erro judiciário, (ii) danos e (iii) nexo de causalidade; 7. Erro judiciário e erro arbitral; o regime previsto pela Lei da Arbitragem Voluntária; 8. O problema da prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente.

1. INTRODUÇÃO

1. O erro judiciário é um dos temas jurídicos que maior percepção –enquanto facto social– tem na comunidade, que, quando tem lugar, é sinónimo de uma forte injustiça, à luz do senso comum e do bom senso, em particular se se tratar de erro judiciário no domínio do direito penal.

Por esta razão facilmente se compreende que seja um tema propício para abordagens literárias e cinematográficas e dado à intemporalidade. Aliás, à data em que escrevemos esta introdução encontra-se em estreia nos cinemas portugueses mais um filme sobre este tema: *J'accuse* de Roman Polanski –tal como se pode ler em sinopse comum, o cenário é *Paris, 1894. Alfred Dreyfus (Louis Garrel), oficial francês de origem judia, é acusado de espionagem por, supostamente, ter passado informações de carácter militar aos alemães. Como consequência, é condenado a prisão perpétua na Ilha do Diabo (Guiana Francesa). Intrigado com a forma como todo o processo decorreu, o coronel Georges Picquart (Jean Dujardin) decide investigar o caso, descobrindo que, tal como suspeitava, os documentos que incriminavam Dreyfus tinham sido falsificados.*

É neste contexto que Émile Zola publica o manifesto «*J'Accuse*» no jornal «*L'Aurore*» de 13 de janeiro de 1898. Sob o modo de carta aberta ao Presidente da República, Félix Faure, Zola escrevia: «*J'accuse le lieutenant-colonel du Paty de Clam d'avoir été l'ouvrier diabolique de l'erreur judiciaire (...)*».

Em 1906 Dreyfus é declarado inocente.

2. A injustiça de factos/julgamentos deste «tipo» (não apenas e necessariamente a falsificação de documentos, mas que conduzam a uma prisão injusta) levou a que os diferentes ordenamentos jurídicos se dotassem de meios de os evitar (em particular através da figura dos recursos jurisdicionais) ou, não sendo tal possível, de reparar os danos causados por uma prisão injusta derivada do referido erro do Judiciário.

Face a este contexto facilmente se percebe que os vários ordenamentos jurídicos se tenham dotado de normas jurídicas que visavam reparar os referidos erros da justiça penal; assim se admitindo que a Justiça também poderia gerar injustiças... e que se impunha um dever legal de reparação dos danos causados!

Estávamos ainda perante o embrião do regime do erro judiciário, que mais tarde veio a conhecer uma manifestação com um vasto desenvolvimento, referimo-nos ao erro causado por prisão preventiva indevida. Tal a importância destes dois referidos erros judiciais que, a Constituição da República Portuguesa, dedica duas normas expressas à reparação dos danos por estes causados (artigos 29.º, n.º 6 e 27.º, n.º 5, respectivamente).

No entanto, à luz do referido contexto, o erro judiciário apenas se dedicava ainda ao domínio penal – domínio, aliás, em que tais factos provocam uma «*jurisprudência*» mais à flor da pele – faltava assim reconhecer a admissão de um regime que cobrisse os danos causados pelos erros judiciários derivados dos restantes ramos do Direito. Foi o que veio a acontecer em 2008 com a entrada em vigor do Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas («RRCEE»)¹, que dedica expressamente o artigo 13.º ao regime do erro judiciário aplicável a todos os ramos do Direito. Este artigo vem prever, sob a epígrafe de *Responsabilidade por erro judiciário*, que:

«1 - Sem prejuízo do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade, o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitu-

1 Aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho.

cionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto. 2 - O pedido de indemnização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente.»

3. O presente estudo limita-se a uma abordagem geral do regime jurídico da reparação de danos causados por erro judiciário previsto no ordenamento jurídico português. Assim, para além da referência a figuras próximas do erro judiciário, tratar-se-á dos tipos de erro judiciário e dos pressupostos que devem estar verificados para que tenha lugar a reparação de danos causados pelo título de imputação erro judiciário.

2. RELAÇÃO DO ERRO JUDICIÁRIO COM O MAU FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

4. Antes de mais, importa ter presente que (descontando as duas situações específicas sobre responsabilidade civil por danos causados no âmbito da administração da justiça penal, que trataremos mais adiante) inexistente uma norma constitucional *geral* dedicada apenas à responsabilidade civil do Estado por erro judiciário, pelo que esta se estribará nomeadamente no artigo 22.º da Constituição. Por outro lado, como se torna evidente da leitura do artigo 13.º, n.º 1, *não é apresentada uma noção de erro judiciário*, seguindo-se antes a técnica da identificação de situações geradoras de erro judiciário, tendo em conta a natureza e as características da função em causa, como se pode ler nos seguintes arestos:

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Fevereiro de 2015, processo n.º 2210/12.9TVLSB.L1.S1: «(...) II - O regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31-12, concretiza o princípio consagrado no citado art. 22.º sobre a responsabilidade do Estado e demais entidades públicas, considerando as suas diferen-

tes funções: administrativa, jurisdicional e político-legislativa. III - No que concerne à função jurisdicional, o referido regime distingue os danos ilicitamente causados pela administração da justiça (com destaque para a violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável – art. 12.º) e os danos decorrentes de «erro judiciário», que pode consistir num erro de direito ou num erro de facto (art. 13.º, n.º 1). IV - O erro de direito deve ser manifestamente inconstitucional ou ilegal: não basta a mera existência de inconstitucionalidade ou ilegalidade, devendo tratar-se de erro evidente, crasso e indesculpável de qualificação, subsunção ou aplicação de uma norma jurídica; o erro de facto deve ser clamoroso e grosseiro, no que toca à admissão e valoração dos meios de prova e à fixação dos factos materiais da causa. V - Todavia, o erro de julgamento deve ser demonstrado no próprio processo judicial em que foi cometido e através dos meios de impugnação que forem aí admissíveis; não na acção de responsabilidade em que se pretenda efectivar o direito de indemnização. (...).

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 3 de Novembro de 2015, processo n.º 136/14.0TBNZR.C1: «I. O regime próprio da responsabilidade civil extracontratual do Estado pelos danos causados por erro judiciário, consagrada pelo art. 13º da Lei 67/2007, de 31/12 (RRCEE), é justificado pela especificidade da função jurisdicional, em relação às demais incumbências do Estado, traduzida na respectiva natureza e na independência dos juízes, mas também na forma como o respectivo exercício está estruturado, em que se realça o sistema de recursos. II. Tais natureza e estrutura, embora não possam vedar a possibilidade de responsabilização efectiva, tanto do Estado como dos juízes - estes, por via de acção de regresso -, exigem a concepção do aludido regime como estando balizado pela necessidade de contenção do direito à indemnização e da imposição de limites. III. Nessa senda, está excluída a responsabilidade do Estado por actos de simples interpretação do direito e

valoração dos factos, com uma intenção prática de uma racionalidade de prático-normativa, porque inseridos na essência da especificidade da função jurisdicional, que, por isso, deve ser salvaguardada. (...)».

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 17 de março de 2016, processo n.º 389/14.4TVLSB.E1: «I - No âmbito do erro judiciário o art. 13.º da Lei 67/2007, de 31-12, prevê duas situações: (i) a decisão jurisdicional manifestamente inconstitucional ou ilegal; (ii) a decisão jurisdicional manifestamente injustificada por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto. II - Não obstante a Lei n.º 67/2007, de 31-12, só se aplicar a factos geradores de responsabilidade civil ocorridos depois de 30-01-2008 – sendo que o pretense facto ilícito nos presentes autos remonta a 24-05-2007 – nada obsta a que na densificação e aplicação directa do art. 22.º da CRP nos socorramos dos novos conceitos da Lei n.º 67/2007. (...) VII - O erro de direito, para fundamentar a obrigação de indemnizar, terá de ser «escandaloso, crasso, supino, procedente de culpa grave do errante», sendo que só o erro que conduza a uma decisão aberrante e reveladora de uma actuação dolosa ou gravemente negligente é susceptível de ser qualificada como inquinada de «erro grosseiro».»

Só pode haver lugar a erro judiciário no âmbito do exercício (por acção) da função jurisdicional. O erro judiciário é um conceito próximo, mas não coincidente com o de mau funcionamento da administração da justiça. Trata-se de conceitos independentes que permitem uma *delimitação recíproca*, mas sem perder de vista que o mau funcionamento apresenta uma *relação de complementaridade* com o título de imputação erro judiciário.

A *recíproca delimitação* do binómio erro judiciário/mau funcionamento da administração da justiça nota-se, desde logo, uma vez que um dos critérios de distinção assenta na *dimensão formal* que apresenta o erro judiciário face ao mau funcionamento e ao regime

excepcional que está associado àquele título de imputação². Se, por um lado, o erro judiciário ajuda na delimitação do conceito de mau funcionamento da administração da justiça, definindo-o pela negativa, por outro, todos os erros *in procedendo* acabam por delimitar, também pela negativa, o campo de aplicação do erro judiciário.

Por outro lado, o mau funcionamento da administração da justiça surge como *regime regra*, cobrindo todos os casos de erros praticados na actividade de administração da justiça que não sejam erro judiciário, isto é, que não resultam de uma decisão jurisdicional manifestamente inconstitucional ou ilegal ou injustificada, por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto.

Como já tivemos oportunidade de defender noutro estudo mais desenvolvido³, o mau funcionamento apresenta-se como uma forma de imputação residual⁴ ou de complementaridade, compreendendo todas as situações, distintas do erro judiciário, capazes de gerar danos,

2 EDOTA COBREROS MENDAZONA, *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1998, pp. 23-24, e EDOTA COBREROS MENDAZONA, «Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y indemnización», *RAP*, n.º 177, 2008, pp. 37 e ss.

3 Cf. RICARDO PEDRO, *Responsabilidade civil do Estado pela administração da justiça: fundamento, conceito e âmbito*, Lisboa, Almedina, 2016, pp. 386 e ss.

4 Assim, ELADIO ESCUSOL BARRA, *Estudio sobre a ley organica del poder judicial: la responsabilidad en la función judicial: jueces, tribunales y Estado: posición del Ministerio fiscal*, Madrid, Colex, 1989, p. 237, e LUIS ESTEBAN DELGADO DEL RINCON, *Constitución, Poder Judicial y Responsabilidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 446. Num sentido próximo, referindo-se a um termo «fourre-tout», cf. MARYSE DEGUERGUE, «Les dysfonctionnements du service public de la justice», *Revue française d'administration publique*, n.º 125, 2008, p. 153.

nos aspectos não estritamente jurisdicionais, mas imputáveis aos juízes ou a outros servidores da administração da justiça. Do ponto de vista da responsabilidade civil do Estado por *erro judiciário*, deve entender-se que este se apresenta como um conceito restrito, que apenas terá lugar no exercício da função jurisdicional por acção.

3. O REGIME GERAL PREVISTO NO ARTIGO 13.º DO RRCEE E OS REGIMES ESPECIAIS RELATIVOS A PRISÃO PREVENTIVA INDEVIDA E A CONDENAÇÕES PENAS INJUSTAS

5. Como já se referiu, resulta da letra da lei do artigo 13.º, n.º 1, que devem ser tidos como *regimes especiais*⁵, face ao regime previsto neste número, os regimes previstos nos artigos 225.º e 226.º do CPP, alusivos à *prisão preventiva indevida*, e nos artigos 449.º, 461.º e 462.º do CPP, referentes às *condenações penais injustas*.

Não cabe, no âmbito destes comentários, alongarmo-nos sobre o regime e o âmbito de cada um destes regimes especiais. Ainda assim, tecem-se algumas considerações, pela valência prática que possam apresentar⁶.

Começando pela *prisão preventiva indevida* (enquanto conceito amplo que cobrirá, por referência directa à versão actual do 225.º do

5 Esta especialidade é sublinhada, no plano jurisprudencial, desde logo, em matéria de prisão preventiva, no acórdão do STJ, de 5 de Novembro de 2013, processo n.º 1963/09.6TVPRT.P1.S1: «I. *Invocando-se como causa de pedir da responsabilização civil extracontratual do Estado a ocorrência de prisão - ou sua manutenção - ilegal, a correspondente acção exorbita do âmbito da previsão da 2.ª parte do n.º 1 do art. 13.º da Lei n.º 67/2007, de 31-12, antes devendo subordinar-se, por força da remissão constante do respectivo proémio, ao regime substantivo emergente do art. 225.º do vigente CPP. (...)».*

6 Para outros desenvolvimentos, cf. RICARDO PEDRO, *Responsabilidade civil do Estado pela administração da justiça...*, pp. 459 e ss.

CPP, detenção, prisão preventiva e obrigação de permanência na habitação), cujo regime se encontra previsto, desde logo, ao nível constitucional (o que se justifica pela importância que o direito à liberdade representa) deve ter-se presente que o legislador constitucional previu que a privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na Lei constitui o Estado no dever de indemnizar (art. 27.º, n.º 5 da CRP). A importância do que se refere pode apreciar-se no seguinte aresto:

Acórdão do STJ, de 2 de Dezembro de 2013, Revista n.º 730/10.9TVLSB.L1.S1⁷: «I. É manifestamente injustificada e ilegal, violando o direito à liberdade consagrado no art. 27.º da CRP, a privação da liberdade do autor no período compreendido entre 21-01-2009 e 30-03-2009 (prisão para cumprimento de uma pena já anteriormente cumprida), permitindo que ele, pela privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei, accione o Estado de forma a indemnizá-lo, nos termos estabelecidos na lei ordinária. (...)».

Ao nível infraconstitucional tal dever resulta dos artigos 5.º, n.º 5 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), 9.º, n.º 5 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e 225.º e ss do CPP. Por razões de economia, trataremos apenas e a título muito breve do regime previsto nos artigos 225.º e seguintes do CPP, sem, todavia, deixar de referir que o âmbito dos artigos 5.º, n.º 5 da CEDH e 9.º, n.º 5 do PIDCP podem permitir uma leitura mais ampla do artigo 225.º do CPP⁸.

7 Sumário colhido em «A Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes do Exercício da Função Jurisdicional - Jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça (1996 a Outubro de 2014)», *internet*, pesquisa confortável a partir do título, consultado em 5 de Outubro de 2016.

8 Por sua vez, a maior amplitude da redacção actual do artigo 225.º do CPP resultou da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto. Para uma noção da jurisprudência

Deve também ficar assente que apesar de este regime residir num diploma de cariz processual, se trata de um *regime substantivo de indemnização* – asserção que é acompanhada pela jurisprudência:

Acórdão do STJ, de 19 de Março de 2009, processo n.º 09A0065: «I. O art. 225.º do CPP, não obstante a sua inserção num diploma de carácter adjectivo, assume natureza eminentemente substantiva. E, estabelecendo o regime da indemnização cível por danos causados pelo Estado a qualquer pessoa no exercício da função jurisdicional, é uma regra de direito privado comum⁹ ou civil, uma norma sobre a responsabilidade civil extracontratual. II. Daí que a nova formulação do art. 225.º só logre aplicação aos casos de detenção ocorridos após o início de vigência da Lei 48/2007, ou seja, após 15 de Setembro de 2007 - art. 12.º do CC. (...)».

Por ora, adiantamos apenas as linhas gerais deste regime, que se refere a três hipóteses indemnizatórias: (i) a obrigação de indemnizar em resultado da privação ilegal da liberdade em sede de *habeas corpus* (art. 225.º, n.º 1, alínea a) – aqui a ilegalidade é definida pelos requisitos necessários para o instituto de *habeas corpus* (detenção e prisão ilegal), pressupondo a procedência de tal expediente processual intentado pelo arguido ou oficiosamente; (ii) a obrigação de indemnizar pode resultar de erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto (art. 225.º, n.º 1, alínea b) – este título de imputação de responsabilidade difere do anterior no facto gerador da obrigação de indemnizar, que é distinto (erro de facto) e (iii) a obrigação de indemnizar pode ainda resultar da alínea c) do n.º 1 do artigo 225.º, que disciplina sobre a

dência sobre a redacção anterior, cf., entre outros, acórdão do STJ, de 11 de Outubro de 2011, processo n.º 1268/03.6TBPMS.L1.S1.

- 9 Não se pode deixar de referir que se discorda que esta norma seja qualificada de direito privado, devendo antes ser considerada como uma norma de direito público.

responsabilidade por privação provisória da liberdade materialmente injusta, isto é, de situações de privação da liberdade formalmente legal sem erro grosseiro de facto, mas do ponto de vista material injusta com a superveniente absolvição do arguido.

Para ilustrar o que se afirma será de ter em conta o decidido nos seguintes acórdãos:

Acórdão do STJ, de 2 de Julho de 2015, processo n.º 1963/09. 6TVPR1.P1.S2: «I. O direito a indemnização prevista no art. 225.º, n.º 1, do CPP, na vigente redacção, basta-se com a constatação da ilegal (não se exigindo, como na pregressa redacção do mesmo preceito, que a prevista ilegalidade seja manifesta) privação da liberdade em circunstâncias em que a lei a não permite, não havendo, assim, que indagar se se terá incorrido em erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia tal privação. II. Na al. a) do n.º 1 do mencionado art. 225.º, prevê-se a privação de liberdade em circunstâncias em que, mesmo que não ocorra erro de quem a determina, a lei processual penal a não permite, enquanto que, na al. b) do mesmo preceito legal, se contempla a privação da liberdade que, não fora a ocorrência de erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto por parte de quem a determina, até seria legal».

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de Setembro de 2014, processo n.º 2208/11.4TVLSB.L1-7: «1. Todas as situações de privação de liberdade indemnizáveis nos termos do n.º 2 do artigo 225.º do C.P. Penal, na redacção resultante da Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, pressupunham a legalidade da prisão preventiva; e esta só era considerada materialmente injustificada, e por isso mesmo constitutiva da obrigação de indemnizar, quando tivesse sido decretada por erro grosseiro na avaliação dos respectivos pressupostos de facto. 2. Perante uma situação de sujeição a prisão preventiva legal, aplicada a um arguido que depois vem a ser absolvido com funda-

mento no princípio *in dubio pro reo*, competia ao autor, na respectiva acção de indemnização, demonstrar a existência de erro grosseiro.

3. No acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 185/2010, de 12.05.2010, foi decidido que, face ao disposto no artigo 27.º da CRP - face á leitura sistémica do regime contido no seu n.º 5 -, não é inconstitucional a norma constante do n.º 2 do artigo 225.º do C.P.Penal (na redacção dada pela Lei n.º 59/98), quando interpretada no sentido de se não considerar injustificada prisão preventiva aplicada a um arguido que vem a ser absolvido com fundamento no princípio *in dubio pro reo*.

4. Com a entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, de 29.09, que deu nova redacção ao artigo 225.º do CPP, verificaram-se, no essencial, as seguintes alterações: - Concedeu-se o direito a indemnização não só nos casos de prisão, mas também nos casos de obrigação de permanência na habitação; - Atribuiu-se o direito a indemnização a quem for absolvido por estar comprovadamente inocente, bem como a quem tiver actuado justificadamente: «quando se comprovar que o arguido não foi agente do crime ou actuou justificadamente».

5. Permite-se gora (nos termos da alínea c) do artigo 225.º) ao arguido que tiver sofrido detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação, pedir ao tribunal competente a indemnização pelos danos sofridos, quando se comprovar que não foi agente do crime ou que actuou justificadamente.

6. Mas esta disposição normativa condiciona o direito à indemnização - prova, a fazer pelo arguido, de que não cometeu o crime de que foi acusado ou que actuou justificadamente.

7. Se no acórdão absolutório (penal) se chegar à conclusão de que o arguido não praticou o crime ou que actuou justificadamente nenhuma questão se suscita quanto ao dever de indemnizar. Pelo contrário, se nesse acórdão se suscitarem dúvidas sobre se o arguido cometeu o crime e sendo absolvido apenas em obediência ao princípio «*in dubio pro reo*», e face ao teor literal da alínea c), também não há dúvidas de que a indemnização só será devida se o arguido provar (na acção de indemnização) que

efectivamente não praticou o crime ou que actuou justificadamente. 8. Conforme preceituado no n.º 5 do artigo 27.º da CRP, a privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado. Todavia, remete para a lei ordinária os termos em que o Estado deve indemnizar o lesado pelos danos resultantes da privação da liberdade. 9. A Constituição comete, assim, esta incumbência ao órgão que está em melhor posição para decidir sobre esta importante e difícil questão. O que significa que, ao fazê-lo, «o legislador constitucional não só atribui ao legislador ordinário um específico encargo, mas, verdadeiramente, lho reserva» (Ac TC ns 90/84 e160/95). 10. O legislador ordinário entendeu que é devida a indemnização desde que o arguido prove que não foi o agente do crime ou que actou justificadamente. É uma opção que não é contrária à Constituição, pois esta não impõe que o Estado indemne todas as pessoas sujeitas a prisão preventiva e que depois venham a ser absolvidas em obediência ao princípio do in dubio pro reo. (...).»

Tendo em conta, nomeadamente, o último aresto citado, deve ainda referir-se um conjunto de situações que parecem não ter cabimento no âmbito de aplicação dos artigos 225.º e 226.º do CPP. Este regime circunscreve-se, por um lado, às situações elencadas nas três alíneas do n.º 1 do artigo 225.º e, por outro, apenas se refere a três medidas de coacção privativas da liberdade (prisão preventiva, detenção e obrigação de permanência na habitação), deixando sem qualquer tipo de cobertura os danos causados em algumas situações de prisão preventiva indevida –destacando a doutrina¹⁰ as situações de

10 A doutrina (não unânime) insiste, nomeadamente, no argumento da inconstitucionalidade, desde logo, com fundamento no princípio da presunção inocência. Entre muitos, no sentido da inconstitucionalidade, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*,

absolvição (i) à luz do princípio do *in dubio pro reo* ou (ii) por extinção da responsabilidade criminal diferente da justificação do acto—, bem como os danos causados por outras medidas de coacção.

Todavia, como será fácil de equacionar, no decorrer do processo penal podem ser adoptadas outras medidas cautelares não tão evasivas como a prisão preventiva, detenção ou obrigação de permanência na habitação, mas que limitam os direitos daqueles a quem são aplicadas, como é o caso das medidas de privação de liberdade previstas nos artigos 196.º, 198.º, 199.º e 200.º do CPP; assim como podem resultar danos da aplicação indevida de medidas de garantia patrimonial ou do recurso a meios de obtenção de prova indevidos. Em todas estas hipóteses, caso se verifiquem os requisitos (i) mau funcionamento, (ii) dano e (iii) nexo de causalidade deve ter lugar responsabilidade civil do Estado no âmbito da administração da justiça, excepto se resultarem directamente de uma *decisão jurisdiccional*, hipótese em que deverá ter lugar a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário.

O artigo 13.º, n.º 1 do RRCEE ressalva ainda o regime das *condenações penais injustas*. Este regime encontra-se previsto, ao nível constitucional, no artigo 29.º, n.º 6, da CRP e ao nível infraconstitucional no artigo 14.º, n.º 6 do PIDCP, no artigo 3.º do protocolo n.º 7 anexo à CEDH e nos artigos 449.º, 461.º e 462.º do CPP. Por referência ao Código de Processo Penal, também aqui, neste regime especial, o legislador não oferece uma definição de condenação injusta, antes prevenindo algumas situações que são fundamento de revisão de sentença transitada em julgado, isto é, situações que poderão configurar uma decisão injusta.

3.^a, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, pp. 620 e ss. Contra, MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Português: Anotado e Comentado*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 518.

4. ERRO JUDICIÁRIO À LUZ DO RRCEE E DA JURISPRUDÊNCIA

6. Retomando a análise do artigo 13.º, n.º 1, deve referir-se que apesar de o RRCEE não apresentar uma noção de erro judiciário refere-se às hipóteses que o podem gerar e que são as «*decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais*», ou seja, *grosso modo*, o chamado *erro de direito* e as hipóteses relativas a decisões «*injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto*», isto é, o *erro de facto*.

Por sua vez, a jurisprudência, ainda maioritariamente proferida à luz do regime previsto antes da entrada em vigor do RRCEE, ou seja, restrita à administração da justiça penal, apresentava um *conceito de erro judiciário bastante restrito*, que se encontra nos seguintes exemplos paradigmáticos:

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Outubro de 2013, processo n.º 1668/12.0TVLSB.L1-7: «(...) 8. O erro judiciário poderá ser de facto, mas também de direito. 9. No erro de direito não se basta a lei com a mera existência da ilegalidade ou inconstitucionalidade da solução jurídica adotada na decisão judicial, antes devendo resultar de uma decisão que, de modo evidente, seja contrária à Constituição ou à lei, e por isso desconforme ao direito, e que não possa aceitar-se como uma das soluções plausíveis de direito. (...)»

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30 de Outubro de 2014, processo n.º 1155/09.4TBVRL.P1: «I - Constituem o núcleo essencial da função jurisdicional e por isso não são sindicáveis, os actos de interpretação das normas de direito e de valoração jurídica dos factos e das provas; II - O erro de direito só constituirá fundamento de responsabilidade civil, quando, salvaguardada que esteja o antes aludido núcleo essencial da função jurisdicional, o mesmo seja grosseiro, evidente, crasso, palmar, indiscutível e de tal modo grave que torne a decisão judicial numa decisão claramente

arbitrária porque assente em conclusões absurdas; III - Não constitui acto negligente grosseiro subsumível na definição acabada de descrever mas simples nulidade insanável de conhecimento oficioso, a decisão na qual o julgador e apesar do esforço sério demonstrado, não conseguiu dar cumprimento completo e cabal ao que antes havia sido determinado por um tribunal de categoria superior.»¹¹.

Apesar da redacção oferecida pelo disposto no artigo 13.º, n.º 1, do RRCEE, porventura, mais garantística, deve ter-se presente que esta não teve o condão de afastar a referida *compreensão restrita de erro judiciário*, como pode ver-se no acórdão do STJ, de 23 de Outubro de 2014, processo n.º 1668/12.0TVLSB.L1.S1:

«(...) («não obstante a Lei n.º 67/2007, de 31-12, só se aplicar a factos geradores de responsabilidade civil ocorridos depois de 30-01-2008 - sendo que o pretense facto ilícito nos presentes autos remonta a 24-05-2007 - nada obsta a que na densificação e aplicação directa do art. 22.º da CRP nos socorramos dos novos conceitos da Lei n.º 67/2007»,

Tendo-se entendido que:

«O erro de direito, para fundamentar a obrigação de indemnizar, terá de ser «escandaloso, crasso, supino, procedente de culpa grave do errante», sendo que só o erro que conduza a uma decisão aberrante e reveladora de uma actuação dolosa ou gravemente negligente é susceptível de ser qualificada como inquinada de «erro grosseiro»».

11 Cf. anteriormente e entre muitos, o acórdão do STJ, de 29 de Janeiro de 2008, processo n.º 08B84: «1. O erro significa o engano ou a falsa concepção acerca de um facto ou de uma coisa, distinguindo-se da ignorância porque esta se traduz essencialmente na falta de conhecimento. 2. O erro grosseiro de facto e ou direito na apreciação judicial dos pressupostos de facto da prisão preventiva é o indesculpável ou inadmissível, porque o juiz podia e devia consciencializar o engano que esteve na origem da sua decisão que a determinou.»

Mantendo-se, em certa medida, a linha da anterior jurisprudência, como a prevista no seguinte aresto:

Acórdão do STJ, de 15 de Março de 2012, Revista n.º 1459/09.6TVLSB.L1.S1¹². «*Não pode falar-se em decisão manifestamente ilegal ou fundada em erro grosseiro, se a mesma perfilhou uma corrente jurisprudencial sedimentada, e não uma tese que não lograva qualquer apoio doutrinal ou jurisprudencial*».

Em síntese, de acordo com aquela jurisprudência, o erro judiciário há-de ser de uma intensidade, transcendência, gravidade ou significação especial: «*erro palmar, patente, crasso, manifesto, ostensivo, indubitável, incontestável e objectivo*». Ou seja, e em suma, um erro gerador de decisões absurdas, irracionais, que rompam com a harmonia do ordenamento jurídico¹³⁻¹⁴.

O erro judiciário não se produz com a simples revogação da decisão (o erro judiciário de direito apresenta como filtros da sua não existência o princípio da audiência das partes e o sistema de recursos; todavia, se estes filtros não forem suficientes e o erro vier a ocorrer,

-
- 12 Sumário colhido em «A Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes do Exercício da Função Jurisdicional - Jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça (1996 a Outubro de 2014)», *internet*, acessível a partir do título, consultado em 5 de Outubro de 2016.
 - 13 LUIS ESTEBAN DELGADO DEL RINCON, «Algunas consideraciones sobre el regimen juridico-constitucional de la responsabilidad judicial», *RPJ*, n.º 61, 2001, p. 41.
 - 14 Por aqui se percebe o carácter excepcional do erro judiciário. Para além da doutrina já citada, importa referir que também a doutrina alemã defende uma noção restrita de erro judiciário, isto é, circunscrito a decisão errada – inaceitável (*unvertretbar*), cf. MARTEN BREUER, *Staatshaftung fur judikatives Unrecht. Eine Untersuchung zum deutschen Recht, zum Europa- und Volkerrecht*, Hamburg, JusPubl 211, 2011, pp. 292 e ss.

deverá este ser declarado pela jurisdição competente, podendo gerar obrigação de indemnizar do Estado) pois, se assim fosse, todo o recurso procedente daria lugar a indemnização; logo, nem todo o erro contido numa decisão deverá ser entendido como erro judiciário (apesar de estarmos perante um erro ocorrido num contexto de administração da justiça).

Deve ficar claro que o conceito de erro judiciário não é apenas a soma do acontecimento erro com a sua ocorrência na administração da justiça. Além disso, o erro não ocorre em todo o momento, mas apenas com uma decisão jurisdicional com força de caso julgado, se errónea.

5. QUEM PODE FAZER INCORRER O ESTADO EM RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO JUDICIÁRIO

7. A noção restrita de erro judiciário permite compreender e responder à pergunta *quem pode cometer erro judiciário*. Naturalmente, só poderão cometer erro judiciário os *agentes que estejam legitimados para julgar* à luz do quadro jurídico envolvente e da matéria de facto carreada para os autos. Por outro lado, ninguém duvidará que os únicos agentes legitimados para julgar são os juízes, dispondo para esse efeito de um estatuto especial, nomeadamente, de garantias que lhes permitam o exercício da função jurisdicional de modo independente e imparcial. Este recorte à luz do estatuto, da legitimação e da função permite ao intérprete afastar qualquer outro agente público da prática de erro judiciário, a não ser que outro agente apresente tais características. É o que acontece, a nosso ver, com os jurados e os juízes sociais, desde logo, à luz da previsão constitucional do artigo 207.º que determina tarefas para os jurados e para os juízes sociais relativas à função de julgar, ou seja, atribui a leigos e técnicos o exercício da função jurisdicional, o que deve

impor um regime de responsabilidade civil análogo ao previsto para os juízes de «carreira»¹⁵.

Sem prejuízo do que se referirá relativamente aos árbitros, que, por regra, não exercem funções de administração da justiça pública, mas sim privada, não se vislumbra outra figura que possa praticar actos danosos qualificáveis como erro judiciário. O que se diz deve ser aplicado ao Ministério Público (MP) que, *não exercendo função jurisdicional*, no caso de praticar actos danosos, os mesmos *nunca deverão ser qualificados como erro judiciário*, mas sim como mau funcionamento. O que dizemos resulta quer da natureza jurídica do MP, quer do seu estatuto e quer das funções estaduais que lhe são destinadas, nomeadamente, ao nível constitucional¹⁶. O MP surge no ordenamento jurídico português

15 Entre nós, JOÃO AVEIRO PEREIRA, *A responsabilidade civil por actos jurisdicionais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 176 e 177, e, defendendo a aplicação do regime do RRCEE com as necessárias adaptações, CARLA AMADO GOMES, «A responsabilidade civil do Estado por actos materialmente administrativos no âmbito da função jurisdicional no quadro da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro» in *Textos dispersos sobre direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Lisboa, AAFDL, 2010, p. 223. No direito estrangeiro, defendendo a responsabilidade civil do Estado pela actuação dos juízes leigos, cf. JUAN MONTERO AROCA, *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 103; VICENTE CARLOS GUZMAN FLUJA, *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la administración de justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 105; GIANPIERO PAOLO CIRILLO/FEDERICO SORRENTINO, *La responsabilita del giudice: Legge 117/1988*, Napoli, Jovene, 1988-1989, p. 99, e LUIGI SCOTTI, *La responsabilita civile dei magistrati, commento teorico-pratico alla legge 13 aprile 1988, n.º 117*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 88.

16 Para uma noção do estatuto do MP, nomeadamente, de um ponto de vista funcional e de um ponto de vista orgânica, cf. RICARDO PEDRO, *Responsabilidade civil do Estado pela administração da justiça...*, pp. 408-442. No sentido do texto, entre nós e entre outros, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 4.ª ed., 2008, Coimbra, Coimbra Editora, p. 363,

como um órgão da administração da justiça, de natureza híbrida e com funções de administração da justiça que não se confundem nem com a função administrativa, nem com a função jurisdicional.

Por fim, de notar que o erro judiciário surge apenas como um dos pressupostos de indemnizabilidade, o que significa que, para que haja responsabilidade civil do Estado por erro judiciário, ainda se tenham de verificar os pressupostos danos e nexos de causalidade.

6. REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO JUDICIÁRIO: (I) ERRO JUDICIÁRIO, (II) DANOS E (III) NEXO DE CAUSALIDADE

8. Verificados os pressupostos: (i) erro judiciário, (ii) danos e (iii) nexos de causalidade fica por saber *que património responde e de que modo*. Naturalmente, responderá o titular originário da *função de administração da justiça*, *locus* onde pode ter cabimento o erro judiciário, isto é, o Estado.

O *Estado responde directamente* pelos danos causados pelo título de imputação erro judiciário. Adicionalmente, *poderá responder o juiz, caso tenha actuado com dolo ou culpa grave, mas apenas indirectamente*, ou seja, apenas como resultado de uma acção de regresso em que se apure a sua culpa (*maxime dolo ou culpa grave*) enquanto fundamento da responsabilidade.

Esta é a solução prevista no artigo 14.º, n.º 1 do RRCEE que, por um lado, confirma o disposto no artigo 22.º da Constituição, na me-

e JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, «Sobre o novo regime...», pp. 161 e ss. Admitindo uma solução distinta, cf. ANA CELESTE CARVALHO, *Responsabilidade civil por erro judiciário: uma realidade ou um princípio por concretizar?*, Sintra, Almedina, 2012, p. 36.

dida em que prevê a responsabilidade civil directa do Estado, mas que, por outro, faz depender a responsabilidade do juiz de uma nova acção, afastando num primeiro momento qualquer tipo de solidariedade.

7. ERRO JUDICIÁRIO E ERRO ARBITRAL; O REGIME PREVISTO PELA LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA

9. Deve ainda ter-se em conta que a responsabilidade civil por erro judiciário prevista no RRCEE pode ser aplicada aos árbitros, atendendo a que o artigo 9.º, n.º 4, da Lei da Arbitragem Voluntária¹⁷ prevê que «[o]s árbitros não podem ser responsabilizados por danos decorrentes das decisões por eles proferidas, salvo nos casos em que os magistrados judiciais o possam ser»¹⁸. Trata-se de uma remissão expressa para a responsabilidade civil por erro judiciário, desde logo, à luz dos pressupostos anteriormente analisados. No entanto, uma vez que está em causa *administração da justiça privada* a imputação da responsabilidade deve ser feita aos árbitros (e/ou ao centro de arbitragem) e não ao Estado¹⁹.

Dito de outro modo, a remissão feita pela LAV para o regime da responsabilidade civil por erro judiciário é apenas para os seus pressupostos e não para os entes públicos. O legislador admite assim que a *responsabilidade civil por erro arbitral* seja tratada de forma análoga à responsabilidade civil por erro judiciário.

17 Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro.

18 Cf. RICARDO PEDRO, «A responsabilidade civil dos árbitros e o regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro: entre a responsabilidade e a imunidade», *O Direito*, Ano 145, 2013/III, pp. 663-675.

19 Assim é, em regra, embora se admita que em situações excepcionais o Estado possa ser responsável, cf. RICARDO PEDRO, *Responsabilidade civil do Estado pela administração da justiça...*, pp. 561 e ss.

Sem entrar numa discussão de «águas profundas», como o tema merece, deve dizer-se que a arbitragem, desde logo, pela sua própria natureza e alternativa à administração da justiça pública, pode reivindicar um regime de responsabilidade distinto do previsto para a administração da justiça pública, pois facilmente se concordará que, para além da *natureza própria* da arbitragem, o estatuto do juiz –com todas as garantias institucionais de que é destinatário, para além das exigências de acesso à função– *não é absolutamente comparável ao estatuto do árbitro*, ou seja, em termos muito sintéticos, não dispõe das mesmas garantias estatutárias de que beneficiam os juizes em nome da preservação da sua independência e imparcialidade.

Acresce que tudo ponderado e tendo ainda em consideração a origem da arbitragem, enquanto instituto da Sociedade Civil, se tende a entender o regime previsto no artigo 9.º, n.º 4, da LAV como uma *garantia mínima* de responsabilidade civil dos árbitros, que poderá ser objecto de ampliação por acordo das partes e do árbitro.

8. O PROBLEMA DA PRÉVIA REVOGAÇÃO DA DECISÃO DANOSA PELA JURISDIÇÃO COMPETENTE

10. Por fim, será de considerar que a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário está subordinada a *prévia revogação da decisão* (transitada em julgado) danosa pela jurisdição competente (artigo 13.º, n.º 2 do RRCEE). A justificação desta exigência pode encontrar-se na necessidade de evitar que os tribunais da acção de responsabilidade se pronunciem sobre a *bondade intrínseca das decisões jurisdicionais*²⁰

20 AA.VV., *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, Trabalhos preparatórios da reforma, Organização do Ministério da Justiça*, Lisboa, Coimbra Editora, 2002, p. 15.

ou na *garantia do princípio da hierarquia dos tribunais*²¹ (evitando-se que um tribunal de primeira instância revogue uma decisão de um tribunal superior). No entanto, esta exigência não deixa de apresentar uma *limitação ao acesso ao Direito e à Justiça* na medida em que limita as acções de responsabilidade civil por erro judiciário apenas aos casos em que o recurso seja processualmente admissível²², ficando de fora todas as situações em que tal possibilidade inexistente, designadamente, em razão do valor da causa.

O tema tem sido objecto de discussão pela doutrina nacional, que segue dois caminhos distintos. Estes caminhos podem vislumbrar-se em duas decisões de diferentes tribunais, que foram propaladas no espaço de dois meses de diferença, uma pelo Tribunal Constitucional²³, que se *pronuncia pela não inconstitucionalidade* da exigência prevista no n.º 2 do artigo 13.º do RRCEE:

21 Cf. JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, «Sobre o novo regime...», p. 164.

22 Entre muitos, cf. MARIA RANGEL DE MESQUITA, *O regime da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas e o direito da União Europeia*, Lisboa, Almedina, 2009, p. 54 e ss; CARLA AMADO GOMES, «ABC da (ir)responsabilidade dos juizes no quadro da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro», *Scientia Iuridica*, n.º 322, 2010, pp. 268 e ss; NUNO PIÇARRA, *As incidências do direito da União Europeia sobre a organização e o exercício da função jurisdicional nos Estados-Membros*, p. 11, internet, consultado em 5 de Outubro 2016, e HELOÍSA OLIVEIRA, «Jurisprudência Comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas - Influência, Omissão e Desconformidade», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, pp. 147 e ss.

23 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 363/2015, de 9 de Julho, processo n.º 185/15. Trata-se de uma jurisprudência que não se encontrava isolada, como se pode apreciar do sumário dos seguintes arestos: acórdão do STJ, de 3 de Dezembro de 2009, processo n.º 9180/07.3TBBRG.G1.S1: «(...). IV. Na verdade, aceitar-se a tese, que vingou nas instâncias, de apreciação crí-

«Não julga inconstitucional a norma do artigo 13.º, n.º 2, do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, segundo o qual o pedido de indemnização fundado em responsabilidade por erro judiciário deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente».

E outra pelo Tribunal de Justiça da União Europeia²⁴, que prescreve que uma exigência como aquela que é prevista no referido n.º 2 do artigo 13.º não é conforme com as exigências de efectividade do Direito da União:

«O direito da União e, em especial, os princípios formulados pelo Tribunal de Justiça em matéria de responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares em virtude de uma violação do direito da União cometida por um órgão jurisdicional que decide em última instância devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que exige como condição prévia a revogação da decisão danosa proferida por esse órgão jurisdicional, quando essa revogação se encontra, na prática, excluída».

Se, por um lado, se torna evidente que o diferente resultado poderia ser explicado pela mobilização de diferentes metodologias

tica de uma decisão tomada, em último grau, pelo Supremo Tribunal de Justiça, representaria uma total e inaceitável subversão da regulamentação do nosso sistema judiciário.» e acórdão do STJ, de 24 de Fevereiro de 2015, processo n.º 2210/12.9TVLSB.L1.S1: «(...). VI - Se não se fizer essa prova da revogação da decisão que tenha incorrido em erro judiciário (art. 13.º, n.º 2, do citado Regime), não será possível considerar verificada a ilicitude, pelo que a acção deve necessariamente improceder. VII - Apesar do seu carácter restritivo, o referido regime não cerceia arbitrariamente e desproporcionadamente o princípio da responsabilidade do Estado nem o princípio da igualdade consagrados na Constituição (arts. 22.º e 13.º, respectivamente)».

24 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 9 de Setembro de 2015, processo C-160/14.

jurídicas, por diferentes preocupações e até por as normas de Direito Interno apresentarem estruturas e fins distintos das normas de Direito da União Europeia²⁵, não restam dúvidas, por outro, que as soluções apresentadas pelas duas decisões levam a que no ordenamento jurídico nacional se admitam padrões distintos de aferição de admissão das acções de responsabilidade civil do Estado por erro judiciário –o que, em tese, levará a que num caso concreto, numa situação análoga, se admitam soluções distintas, consoante esteja em causa Direito Interno– em que se exige a revogação prévia –ou esteja em causa Direito da União Europeia–, em que não se exige a revogação prévia.

Por outro lado, deve ficar claro que tal exigência de revogação prévia não se aplica no que toca ao dever de reparar os danos causados por *prisão preventiva indevida*, como se pode apreciar no seguinte aresto:

Acórdão do STJ, de 5 de Novembro de 2013, processo n.º 1963/09.6TVPRT.P1 S1: *»I. Invocando-se como causa de pedir da responsabilização civil extracontratual do Estado a ocorrência de prisão –ou sua manutenção– ilegal, a correspondente acção exorbita do âmbito da previsão da 2.ª parte do n.º 1 do art. 13.º da Lei n.º 67/2007, de 31-12, antes devendo subordinar-se, por força da remissão constante do respectivo proémio, ao regime substantivo emergente do art. 225.º do vigente CPP. II. Por isso, é inaplicável a tal tipo de acção o preceituado no n.º 2 do mencionado art. 13.º. (...).«.*

25 Cf. MARCÍLIO TOSCANO FRANCA FILHO, *O silêncio eloquente: omissão do legislador e responsabilidade do Estado na Comunidade Europeia e no Mercosul*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 82-83; MARIA LÚCIA AMARAL, «Arguição de dissertação de doutoramento: responsabilidade do Estado por omissão do legislador», *Themis. Revista da Faculdade de Direito UNL*, n.º 14, 2007, pp. 200-201, e MARTEN BREUER, *Staatshaftung für judikatives Unrecht...*, pp. 390 e ss.

ASPECTOS RELEVANTES DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA NOS SISTEMAS PROCESSUAIS BRASILEIRO E PORTUGUÊS

*RELEVANT ASPECTS OF INTERIM INJUNCTIONS IN THE
BRAZILIAN AND PORTUGUESE PROCEDURAL SYSTEMS*

PAULO GUILHERME R.R.MAZINI

Fecha de recepción: 18.04.2020
Fecha de aceptación: 02.06.2020

RESUMO: A tutela provisória ainda apresenta-se como um dos temas mais discutidos no processo civil, especialmente após a vigência do novo Código de Processo Civil brasileiro, que passou a ser aplicado no ano de 2016. Algumas mudanças relevantes foram propostas com o novo diploma legal, as quais tiveram por objetivo, sobretudo, a unificação do regime das tutelas de urgência e a inclusão de uma nova modalidade de estabilização das decisões a ser observada nas tutelas satisfativas ajuizadas em caráter antecedente. Em Portugal, o Código de Processo Civil em vigor desde o ano de 2013, apesar de suas distinções e da convivência do regime de cautelares típicas e atípicas, previu um modelo interessante de resolução sumária de conflitos denominado inversão do contencioso, além de apresentar uma modalidade de tutela autoexauriente com nítida aproximação das tutelas inibitórias do

ABSTRACT: Interim injunction is still one of the most discussed issues in civil procedure, especially after the new Brazilian Code of Civil Procedure, which came into force in 2016. Some relevant changes were proposed by the new set of laws, which aimed, above all, to unify the system of injunctive relief and the inclusion of a new category of decisions stabilization to be observed in the injunctions filed in advance. In Portugal, the Code of Civil Procedure in force since 2013, despite its distinctions and the coexistence of a typical and atypical injunctions regime, envisioned an interesting model of summary resolution of conflicts called reversal of litigation, in addition to presenting a self-exhaustive type of injunctions with a clear similarity with the injunctions in the Brazilian law. Therefore, the aim of this article is to develop, from the perspective of comparative law, a study which purpose is analyzing the main points

direito brasileiro. Pretende-se assim, com o presente artigo, desenvolver, sob a perspectiva do direito comparado, um estudo com a finalidade de analisar os principais pontos de vista a respeito das tutelas sumárias nos sistemas brasileiro e português.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela de Urgência. Pontos Relevantes. Direito Comparado. Brasil. Portugal. Procedimento.

of view regarding summary injunctions both in the Brazilian and Portuguese systems.

KEYWORDS: Interim Injunction. Relevant Aspects. Comparative Law. Brazil. Portugal. Procedure.

SUMARIO: 1. A tutela provisória no Brasil de acordo com o CPC/2015. 2. A unificação do regime. 3. Análise crítica da terminologia tutela provisória. 4. A classificação das tutelas de urgência no direito brasileiro e quanto ao momento de sua concessão. 5. Estabilização da tutela antecipada antecedente. 6. As tutelas provisórias no sistema português e a influência de Piero Calamandrei. 7. Funcionalidade das cautelares no sistema português: 7.1. Prestação de garantia. 7.2. Regulação provisória de situação jurídica. 7.3. Antecipação de efeitos jurídicos. 8. As cautelares típicas. 8.1. Restituição provisória de posse. 8.2. Suspensão de deliberações sociais e da assembleia de condôminos. 8.3. Alimentos provisórios. 8.4. Arbitramento de reparação provisória. 8.5. Arresto. 8.6. Embargo de obra nova. 8.7. Arrolamento. 9. As cautelares atípicas e as suas linhas gerais. 10. A inversão do contencioso e o rompimento do dogma da instrumentalidade. 11. Tutelas autossatisfativas e tutelas de urgência *stricto sensu*. 12. Considerações finais. 13. Referências bibliográficas.

1. A TUTELA PROVISÓRIA NO BRASIL DE ACORDO COM O CPC/2015

O CPC brasileiro atualmente em vigor, realizou importantes inovações quanto ao tema tutelas provisórias, o que resultou, inclusive, num procedimento mais simplificado e, *a priori*, apartado dos debates que envolveram a natureza das medidas de urgência que salvaguardavam o direito das partes, os quais estavam relacionados com a vocação conservativa ou satisfativa das tutelas de urgência.

E a rigor, sob a égide do CPC revogado, para prevenir que os entendimentos de juízes distintos não comprometessem a tutela do direito material que reclamava a concessão de uma medida de urgência, foi introduzido um dispositivo legal que consagrou o Princípio da Fungibilidade das Tutelas de Urgência¹, de modo que, uma vez pleiteada uma tutela cautelar como tutela antecipada, o juiz estava autorizado a concedê-la com fundamento no referido princípio, o que rendia ensejo, inclusive, para que a tutela antecipatória fosse deferida mesmo que o requerimento tivesse sido realizado no bojo de uma medida cautelar. De fato, razão não havia para que a fungibilidade operasse apenas a partir de um lado, qual seja, das cautelares requeridas como tutelas antecipadas, pois do contrário, o próprio postulado constitucional de acesso à jurisdição que assegura a prestação adequada no seu tempo, estaria subvertido por um formalismo estéril e desprovido de maior racionalidade.²

1 A previsão contida no art.273,§ 7º do CPC/73, estabelecia que, *se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.*

2 Conforme bem observou Cândido Dinamarco: Não há fungibilidade em mão única de direção. Já é geralmente aceito, diante disso, que o novo dis-

De qualquer forma, é certo que até a introdução do princípio da fungibilidade ora em comento, o que ocorreu efetivamente com a lei n. 10.444/02, algumas situações na praxe forense geraram perplexidade, diante do indeferimento de tutelas antecipadas lastreadas no entendimento do juiz de que o pleito tinha natureza acautelatória, ou vice-versa.

Este cenário modificou-se com o CPC/2015, notadamente porque não se vislumbra mais a autonomia estrutural antes concebida para as tutelas cautelares, que, disciplinadas em livro próprio, eram processadas em autos próprios que seguiam apensados aos da ação principal, o que, diga-se de passagem, mostrava-se contraproducente e afrontava o princípio da economia processual, já que o autor de uma ação cautelar, preparatória ou incidental, era compelido a recolher custas processuais sem prejuízo do recolhimento que realizava na demanda principal.

Assim, apenas para propor uma medida cautelar que poderia muito bem ser acomodada num tópico da petição inicial da ação principal, o autor era obrigado a apresentar uma demanda autônoma e recolher as custas processuais correspondentes, o que tornava o procedimento cercado de um formalismo inconsistente que em nada contribuía para uma gestão racional do processo.

A partir da vigência do CPC/2015 esta realidade modificou-se, na medida em que a tutela cautelar perdeu a sua autonomia estrutural, deixando assim, de ser aforada em autos próprios e passando a ser requerida na própria petição inicial.

Dessa forma, proposta a tutela cautelar em caráter antecedente e deferida a medida respectiva, cumpre ao autor aditar a petição ini-

positivo autoriza o juiz, amplamente, a receber qualquer pedido de tutela urgente, enquadrando-o na categoria que entender adequada, ainda que o demandante haja errado ao qualificar o que é cautelar como antecipação, ou o que é antecipação, como cautelar (DINAMARCO, C.R. Nova Era do Processo Civil.4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 71).

cial no prazo de trinta dias contados da efetivação da liminar, com a apresentação do pedido de tutela final e a complementação da causa de pedir, tudo nos mesmos autos e sem a necessidade de recolhimento de novas custas processuais. E na hipótese de a tutela cautelar ser requerida juntamente com o pedido de tutela final ou mesmo no curso do processo, o seu requerimento será realizado em tópico da petição inicial ou em simples petição apresentada incidentalmente nos autos, ou seja, durante o trâmite processual.

Com relação à tutela de urgência antecipada, por outra via, a par da possibilidade de ser requerida em caráter antecedente ou incidente, assim como ocorre com as tutelas cautelares, a previsão de sua estabilização foi uma inovação importante no regime das tutelas provisórias.

É relevante observar, de início, que apenas as tutelas antecipadas requeridas em caráter antecedente estão submetidas à estabilização. Quanto às tutelas antecipadas incidentalmente requeridas a estabilização não se aplica, até mesmo porque, conforme será melhor explicitado adiante, em tais casos, presume-se que as partes pretendam discutir a matéria controvertida em cognição exauriente, o que, a nosso aviso, mostra-se incompatível com o regime da estabilização.

2. A UNIFICAÇÃO DO REGIME

Portanto, no sistema processual brasileiro atual, é possível inferir-se que houve, de certo modo, uma unificação do regime das tutelas provisórias de urgência, especialmente porque a sua disciplina foi, essencialmente, condensada num único dispositivo legal que estabeleceu os requisitos para a sua concessão. É inegável por outro lado, que a unificação referida não significa inexistir qualquer traço distintivo entre as modalidades de tutelas provisórias de urgência. De fato, embora os requisitos para a concessão das medidas tenham sido

agrupados no dispositivo inserto no art. 300 do CPC, é indiscutível que historicamente, sobretudo após a reforma processual da lei n. 8.952/94, que introduziu as tutelas sumárias satisfativas no Código revogado, subsiste a autonomia funcional e diferenças substanciais entre as duas modalidades de tutelas de urgência.³

Neste sentido, não se afigura possível sustentar que houve uma unificação de regimes, diante das funções desempenhadas por tais modalidades de tutelas de urgência como instrumentos processuais. A cautelaridade, como meio vocacionado à conservação de direitos, não se confunde com a satisfatividade, que é inerente à tutela antecipada e que permite a realização imediata do direito material que somente seria concretizado num momento processual posterior à sentença de mérito.

Até mesmo alguma distinção entre as duas categorias de tutelas de urgência pode ser identificada no CPC, nada obstante a simplificação proposta através de sua previsão num único dispositivo legal, o que poderia sugerir, numa análise açodada, uma unificação de regime irrestrita, inclusive conceitual.

Por ilustração, o próprio art. 300, § 3º, do CPC, apresenta um traço distintivo entre as duas modalidades de tutela de urgência, ao mencionar que a tutela antecipada não deve ser deferida diante do risco de irreversibilidade do provimento. Embora esta previsão deva ser analisada com temperamentos, à luz do princípio constitucional de acesso à jurisdição que impõe a prestação de uma tutela jurisdicional tempestiva, efetiva e adequada, independente da sua irreversibilidade,

3 Assim, se afirmarmos que a tutela cautelar pode realizar o próprio direito (por exemplo, a pretensão aos alimentos), estaremos incidindo em contradição, pois uma vez realizado o direito material nada mais resta para ser assegurado. Ou seja, quando o direito é satisfeito nada é assegurado e nenhuma função cautelar é cumprida (MARINONI, L. G.A Antecipação da Tutela. 8. ed.São Paulo: Malheiros, 2004, p. 128).

é inquestionável que o próprio Código estabeleceu uma diferenciação entre as duas modalidades de tutelas de urgência, o que teria por condão afastar, sobretudo no seu aspecto funcional, a tese de que houve uma verdadeira unificação do regime das tutelas de urgência.

3. ANÁLISE CRÍTICA DA TERMINOLOGIA TUTELA PROVISÓRIA

O Código de Processo Civil brasileiro adotou adenominação tutela provisória como um gênero que é abrangido pelas tutelas de urgência e da evidência. A provisoriedade designada, a rigor, contrapõe-se à tutela definitiva que será obtida na conclusão do trâmite procedimental, com a prolação da sentença de mérito apta à outorga da tutela final.

A questão que exsurge a respeito, há muito tempo aliás, relaciona-se à terminologia utilizada para designar uma tutela que mantém a sua provisoriedade enquanto a tutela final não é concedida. De fato, a ideia transmitida pelo conceito adotado pode muito bem sugerir que a tutela provisória perdura até a concessão da tutela definitiva, o que coincide com o momento da entrega da prestação jurisdicional através da sentença de mérito.

Deve ser observado, no entanto, que a outorga da tutela definitiva nem sempre tem por corolário o término de vigência e a substituição da tutela provisória que foi deferida liminarmente. Na verdade, as tutelas provisórias e definitivas podem coexistirem, e, inclusive, esta perspectiva é a que mais se ajusta com o direito fundamental de acesso à jurisdição, notadamente para que a sua prestação seja efetiva e oportuna quanto ao seu tempo. Isto porque, a função relevante que as tutelas de urgência desempenham no processo impõe que mesmo após a prolação da sentença de mérito, elas continuem atuando para que o direito do autor seja resguardado ou concretizado desde logo, antes do desfecho dos trâmites recursais.

Assim, apenas para exemplificar, o julgamento do mérito da demanda que, em tese, representaria a substituição da tutela provisória

pela tutela final, na verdade, não significa um marco temporal que põe termo à vigência da tutela provisória. Primeiro, porque, em se tratando de uma tutela provisória satisfativa, ela cumpre uma função importantíssima, mesmo que seja deferida na própria sentença, pois permite que o direito do autor seja imediatamente realizado independente da interposição de recurso pelo réu.

Neste ponto, a concessão da tutela antecipatória ou a sua confirmação na sentença, tem o condão de neutralizar o duplo efeito de um eventual recurso de apelação. Trata-se de um exemplo claro de que a tutela provisória não tem o seu prazo de duração restringido até a concessão da tutela final.

No tocante à tutela cautelar, talvez a situação seja ainda mais evidente, pois simplesmente, a sua vigência sequer poderia estar relacionada com o momento de outorga da tutela final que ocorre com a sentença de mérito. Ora, basta imaginar a situação de um arresto cautelar deferido como garantia de um futuro cumprimento de sentença numa demanda de cobrança. Não restam dúvidas em tal hipótese, que nem a sentença de mérito e nem mesmo o trânsito em julgado respectivo terão o condão de afastar o arresto enquanto o provimento cautelar não for convertido em penhora ou, eventualmente, enquanto o devedor não satisfazer voluntariamente o crédito reconhecido.

Portanto, a despeito do debate doutrinário ser bastante antigo quanto ao tema, parece que, de fato, a denominação de tutela temporária seria semanticamente mais apropriada para conceituar as tutelas sumárias não definitivas que se prestam tanto a satisfazer quanto a conservar direitos.⁴

4 A crítica já era feita por Ovídio Baptista da Silva, que assim sustentava: CALAMANDREI não contrapõe a cautelaridade à satisfatividade, e sim à definitividade. Para ele, o elemento que distingue as duas categorias é a circunstância de ser a medida cautelar provisória e, como tal, oposta às provi-

4. A CLASSIFICAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO E QUANTO AO MOMENTO DE SUA CONCESSÃO

As tutelas de urgência no processo civil brasileiro, para melhor compreensão e sistematização, podem ser classificadas, conforme a sua funcionalidade dirigida à conservação ou satisfação de direitos em: i- tutela de urgência cautelar; ii- tutela de urgência antecipada.

E com relação ao momento de sua concessão, vale dizer, se antes da apresentação ou complementação do pedido de tutela final, ou se durante o curso do trâmite processual, as tutelas de urgência são classificadas em : i- tutela de urgência cautelar antecedente e tutela de urgência cautelar incidente; ii- tutela de urgência antecipada antecedente e tutela de urgência antecipada incidente.

5. A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Consoante já mencionado prefacialmente, o CPC brasileiro em vigor inovou ao disciplinar o regime de estabilização da tutela satisfativa requerida em caráter antecedente. O regime em apreço, influenciado pelo processo civil italiano e francês, propõe que se a urgência de uma tutela satisfativa emergir simultaneamente ao ajuizamento da demanda, o autor poderá formular apenas o pedido de tutela anteci-

dências definitivas. Para nós, ao contrário, as medidas cautelares devem ser temporárias e não provisórias, demodo a atender às seguintes exigências: a) Não deverá ter sua duração determinada pela emanção de uma providência definitiva que as substitua, mas haverão de durar enquanto dure o estado perigoso, e não mais! Como disse corretamente EGAS MONIZ DE ARAGÃO (ob.cit., n. 57, p. 49), o limite para as medidas cautelares é tal que deve ser sempre possível desfazê-las quando aquele que as obteve for vencido na ação principal. (SILVA, O. A. B. Curso de Processo Civil: Processo Cautelar. 3. ed. São Paulo, 2000. v.3.).

pada com a referência ao pedido de tutela final e uma breve exposição da causa de pedir.

Dessa forma, deferida a tutela satisfativa em caráter antecedente, caberá ao réu interpor o recurso cabível que, em face da previsão do art. 1.015, I do CPC, será o recurso de agravo no prazo quinzenal. Em não sendo interposto o recurso, a tutela satisfativa estabiliza-se, cabendo às partes, caso pretendam revisar o seu conteúdo, propor a demanda de cognição exauriente em até dois anos, sob pena da decisão sumária respectiva tornar-se imutável.

Não se pretende nesta seara discutir a natureza da estabilidade após o decurso do prazo bienal, eis que este não é o propósito do presente ensaio. Entretanto, algumas breves observações quanto ao tema que, a nosso sentir, consiste num dos debates doutrinários mais polêmicos do CPC, merecem ser ventiladas.

Em primeiro lugar, deve ser destacado que apenas as tutelas satisfativas que são propostas em caráter antecedente estão submetidas ao regime da estabilização. Isto é o que pode ser inferido da interpretação sistemática dos dispositivos insertos no capítulo II do Título II do CPC. Ora, não há justificativa para adotar o regime da estabilização se o autor apresenta uma petição inicial completa, na qual deduz os pedidos de tutela provisória e tutela final e menciona, a par disso, a causa de pedir com todos os seus fatos e fundamentos de relevo. Nesta hipótese, parece claro que ele pretende que o mérito da demanda seja apreciado mediante cognição exauriente.

Outro ponto de destaque é a forma de irresignação do réu para evitar a estabilização da tutela satisfativa. Apesar de discussões doutrinárias a respeito, as quais, inclusive, pareciam render-se ao argumento de que qualquer insurgência do réu seria suficiente para afastar a estabilização, é digno de registro uma recente decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça, sinalizando no sentido de que apenas o

recurso de agravo impede a estabilização, não bastando para tanto, a apresentação da contestação.⁵

O último ponto que mencionamos nesta síntese do novel regime introduzido pelo CPC brasileiro é o seu confronto com o interessante regime da inversão do contencioso português, especialmente, no que tange à estabilidade das decisões.

Os dois regimes, ao que tudo indica, serviram-se das mesmas matrizes do direito comparado, e, nada obstante as distinções procedimentais de cada qual, conforme será abordado neste trabalho, a tutela de urgência submetida ao regime de inversão do contencioso parece submeter-se à imunização pela coisa julgada material (ou caso julgado material em Portugal), ao contrário do regime da estabilização da tutela satisfativa antecedente que, pelo menos numa interpretação literal do art. 304, § 6º do CPC, não pode ser acobertado por esta estabilidade máxima.

6. AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO SISTEMA PORTUGUÊS E A INFLUÊNCIA DE PIERO CALAMANDREI

Inicialmente, deve ser destacado que as tutelas provisórias no processo civil português apresentam um modelo fortemente influenciado pela doutrina de Piero Calamandrei, como aliás, ocorreu no direito brasileiro, embora a reforma materializada através da lei n.8.952/94 tenha realizado a distinção entre as tutelas cautelares e satisfativas, que passaram a integrar uma modalidade autônoma de tutelas matizadas pela urgência.⁶

5 Resp 1797365 / RS, Primeira Turma, Rel. Ministro Sérgio Kukina.

6 Conforme salientou o Prof. Dinamarco: Influenciada pela lição prestiguíssima de Calamandrei, a doutrina brasileira não se esmerava em levantar

No sistema português, no entanto, sentiu-se a forte inspiração das ideias de Calamandrei, inclusive porque não se propôs uma classificação das tutelas antecipadas como categoria autônoma e distinta das tutelas cautelares. Prevaleceu assim, a natureza acautelatória de todas as medidas fundadas na urgência a partir dos critérios do *pericolodifrutuosità epericoloditardività* propostos por Calamandrei.

A primeira hipótese, refere-se ao risco de que o direito acautelado possa perecer e, dessa forma, seja difícil ou improvável a sua realização num momento futuro, caso a medida não seja imediatamente deferida. Trata-se de uma funcionalidade da tutela cautelar voltada a assegurar a eficácia do provimento principal, ou, em outras palavras, permitir que o direito material representado pelo provimento principal seja concretizado, conforme é o exemplo do arresto cautelar que resguarda a futura execução de um crédito.

A segunda hipótese, por seu turno, tem por escopo a imediata satisfação do direito pretendido pelo autor, porquanto a não concessão da medida prontamente poderia tornar-lhe inútil, o que justifica a necessidade de sua imediata realização. É o exemplo clássico da prestação de alimentos, imprescindível para a subsistência do autor durante o trâmite processual.

Calamandrei estabeleceu uma classificação das modalidades de cautelares em quatro grupos, quais sejam: i- produção antecipada de provas; ii- asseguarção de uma futura execução; iii- cautelares antecipatórias; iv- caução que se presta como contracautelas judiciais. Assim, de acordo com a classificação apresentada por Calamandrei, as

essa questão, sendo praticamente pacífica a crença na natureza cautelar dessas medidas, até quando chegou a primeira *Reforma*, com sua proposta de um novo conceito, ou de uma nova categoria jurídico-processual, que é a tutela antecipada (DINAMARCO, C.R. Nova Era do Processo Civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 62).

medidas cautelares antecipatórias vocacionadas a prevenir o *pericoloditardivité* abrangeriam, conforme bem observou Alcides Munhoz da Cunha, tanto a regulação provisória de uma situação jurídica quanto a própria antecipação do mérito de uma tutela final.⁷

7. FUNCIONALIDADE DAS CAUTELARES NO SISTEMA PORTUGUÊS

No sistema português, a rigor, as tutelas cautelares típicas são reunidas em três grupos de acordo com a função desempenhada por cada qual. Assim, de acordo com o CPC português, as medidas cautelares são predispostas à: i- garantia de direitos; ii- regulação provisória de uma situação jurídica; iii- satisfação imediata do direito material.

7.1 *Garantia de Direitos*

A garantia de um direito que será discutido numa demanda principal é uma função tipicamente conservativa que se coaduna, a nosso aviso, com a verdadeira vocação da tutela cautelar como instrumento processual destinado à salvaguarda de direitos que correm o risco de perecimento no curso do debate suscitado numa demanda principal ou, no caso do sistema brasileiro, até que seja equacionada a controvérsia em cognição exauriente.

7 O terceiro grupo de medidas cautelares abrangeria as providências antecipatórias, que importam em regulação provisória ou decisão antecipada do mérito (satisfação provisória e antecipada) sobre uma relação que oportunamente deverá ser objeto de decisão definitiva no processo, cuja antecipação se realiza para afastar situação de perigo de dano irreparável ao interesse da parte requerente, em face do *periculum in mora*, isto é, em face do tempo demandado para a emanção do provimento definitivo. (CUNHA, A. A. M. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. 11. p. 111-2).

Esta classificação coincide, aliás, com a finalidade de assegurar uma execução futura, conforme doutrina clássica de Calamandrei, que é calcada justamente na imposição de que a medida seja concedida para prevenir o risco derivado da ineficácia de um provimento final, o que poderia ocorrer se, por exemplo, o requerido desse outro destino ao seu patrimônio para furtar-se ao cumprimento de uma obrigação certificada na sentença, ou mesmo se a permanência com uma das partes do bem que é objeto de discussão numa demanda principal, durante o seu trâmite, pudesse resultar na sua ocultação ou destruição, o que justifica a medida conservativa para a sua preservação até que seja ultimado o julgamento respectivo.

Ingressam na presente classificação funcional, as cautelares especificadas de arresto e arrolamento de bens previstas nos arts. 391 e 403 do CPC luso.

7.2 *Regulação provisória de situação jurídica*

As providências cautelares voltadas à regulação provisória de situação jurídica, estão relacionadas funcionalmente à disciplina momentânea ou transitória de uma determinada relação jurídica submetida a litígio até a sua definição na demanda principal. Ao que tudo indica, a sua finalidade está muito mais permeada pela necessidade de prevenir outros conflitos ou prejuízos decorrentes da relação jurídica primitiva do que, a rigor, prestar-se como medida conservativa de direitos.⁸

Integram o enquadramento proposto nesta classificação, as medidas cautelares específicas de restituição provisória na posse, sus-

8 Por conseguinte, as providências cautelares de regulação provisória não se destinam propriamente a garantir um determinado direito, mas antes a evitar a ocorrência de prejuízos significativos ou a prevenir uma violência iminente ou outras razões consideradas necessárias. (GONÇALVES, M.C. *Providências Cautelares*. 3. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2017).

pensão de deliberações sociais e embargo de obra nova, previstas, respectivamente, nos artigos 377, 380 e 397 do CPC português. É interessante pontuar que, apesar de tratarem-se de cautelares que se ajustam num rol que tem por finalidade a regulação provisória de uma situação jurídica, é indiscutível que os provimentos encerram um caráter antecipatório da decisão de mérito.

Ora, ao restituir a posse a quem alega ter sofrido violação no seu direito, a decisão não está, a nosso aviso, apenas disciplinando o fato que resultou no litígio, mas, sem dúvida, antecipando o provimento que seria deferido na tutela final. Idêntico raciocínio aplica-se ao embargo de obra nova, já que a tutela final a ser deferida na sentença volta-se justamente a impedir que uma obra irregular seja levada adiante. Em síntese, o provimento deferido na tutela provisória é satisfativo, coincide, mesmo que parcialmente, com o conteúdo da tutela final e, conseqüentemente, tem aptidão para antecipar integralmente os efeitos da decisão de mérito, em que pese ter sido classificado como medida cautelar de regulação provisória, conforme já referido.

7.3 *Antecipação de efeitos jurídicos*

O terceiro grupo que integra a classificação das medidas típicas no sistema lusitano é pertinente às tutelas cautelares que permitem a antecipação de efeitos jurídicos. Tratam-se das cautelares satisfativas que se destinam a realizar, de plano, o direito material que será postulado na demanda principal. Coerentemente à funcionalidade das cautelares, segundo a doutrina de Calamandrei, as tutelas cautelares satisfativas são vocacionadas a combater o risco de um provimento tardio ou *pericoloditardività*, o que resultaria na inutilidade da tutela final se não houvesse a sua concessão imediata.

Assim, de acordo com esta premissa, o deferimento da prestação dos alimentos apenas na sentença resultaria na inutilidade de tal provi-

mento, seja porque o autor já teria, nesta hipótese, obtido por outros meios os recursos necessários para a sua subsistência, ou então, atingido o estado de penúria que a concessão da tutela cautelar teria por escopo evitar.

No sistema português, a cautelar de alimentos provisórios e o arbitramento de reparação provisória amoldam-se precisamente nesta classificação, na medida em que permitem a imediata realização do direito de natureza alimentar, o qual somente seria materializado na sentença que condenasse o alimentante ou o causador do dano ao pagamento da prestação respectiva na demanda principal a ser aforada no prazo legal.⁹

8. AS CAUTELARES TÍPICAS

O sistema de tutelas provisórias de urgência disciplinado no CPC português, assegura a coexistência das cautelares especificadas ou típicas com as cautelares não especificadas ou atípicas. A única ressalva legal refere-se à inviabilidade de utilizar-se das tutelas cautelares atípicas em substituição às tutelas especificadas, quando os requisitos para a concessão destas últimas não se fizerem presentes.¹⁰

9 Nestas medidas cautelares há sempre uma antecipação dos efeitos materiais da sentença final a ser proferida na acção principal, em caso de procedência. No entanto, mesmo nestes casos, as referidas medidas não perdem a sua natureza de provisoriedade. (CASTANHEIRA, J.M.C. *As Providências Cautelares e os Requisitos para o seu Decretamento- Confronto entre o Processo Administrativo e o Processo Civil*. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra, Portugal, 2018. Disponível em: estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/86628/1/Tese%20Joana%20Castanheira.pdf. Acesso em: 30/11/2019.

10 De todo o modo, o procedimento cautelar comum não pode ser utilizado como uma via alternativa para todas aquelas situações que não sejam tuteláveis pelas providências cautelares especificadas por faltar algum dos requisitos de que dependa a concessão da providência. (GONÇALVES, M. C. *Providências cautelares*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017).

As cautelares especificadas foram contempladas no CPC lusitano em oito modalidades que se enquadram nas categorias já mencionadas nos tópicos 8.1 à 8.3 supra, de acordo com a sua funcionalidade.

8.1. *Restituição provisória de posse*

A restituição provisória na posse é uma medida cautelar pre-disposta à regulação provisória de uma situação jurídica, apesar de insistirmos que o seu conteúdo é nitidamente antecipatório, diante da perspectiva de realização imediata do direito que somente seria efetivado numa sentença de mérito. E a bem da verdade, a tutela de reintegração na posse mais se assemelha à tutela fundada na evidência do direito, porquanto o *periculum in mora*, no mais das vezes, não se faz presente para o deferimento da medida.

E com efeito, a despeito das particularidades do sistema português, notadamente quando estamos diante de posse velha, ou seja, com prazo superior a ano e dia¹¹, embora a proteção possessória seja assegurada ao legítimo possuidor, não há como sustentar-se pela presença do elemento urgência, o que permite inferir-se que a tutela cautelar *in casu*, assemelha-se à tutela da evidência do direito brasileiro, modalidade de tutela provisória que não encontra correspondente no sistema lusitano.

8.2. *Suspensão de deliberações sociais da assembleia de condôminos*

Esta medida cautelar, também classificada como regulatória de situações provisórias, tem lugar nas hipóteses em que as associações ou

11 O Código Civil português, a propósito, faz menção expressa ao prazo de 01 ano no seu art. 1.278, 2, ao dispor que *No caso de recorrer ao tribunal, o possuidor perturbado ou esbulhado será mantido ou restituído enquanto não for convencido na questão da titularidade do direito.*

sociedades tomarem deliberações que, na visão de um ou mais sócios, é contrária à lei, estatutos ou ao contrato social. O prazo é peremptório, de dez dias contados da data em que a assembleia foi realizada ou da data em que o autor tiver conhecimento do teor das deliberações tomadas, caso não tenha sido convocado pela assembleia respectiva.

Portanto, salvo melhor juízo, uma vez demonstrada a plausibilidade do direito a partir de possíveis violações das deliberações tomadas aos estatutos ou contratos sociais, o *periculum in mora* passa a ser presumido se a demanda cautelar for proposta dentro do prazo de dez dias mencionado no art. 380, 1, do CPC português.

O art. 381, 2, do Código, expressamente, prevê a existência de dano inverso como requisito para o não deferimento da suspensão, ou seja, constatado pelo juiz ou tribunal que o risco de suspensão é, proporcionalmente, maior do que o risco da execução, a cautelar será indeferida, ainda que as deliberações sejam contrárias à lei, aos estatutos e aos contratos sociais. A nosso aviso, a disposição supra deve ser apreciada em conformidade com a função social da empresa e das associações sem fins lucrativos, num juízo de ponderação, pois do contrário, seria difícil sustentar que uma deliberação violadora da legislação em vigor, por exemplo, devesse ser executada mesmo que um dos sócios requeresse no prazo legal a sua suspensão.

As disposições que regem as cautelares de suspensão das deliberações sociais são aplicáveis, no que couber, às medidas de suspensão das deliberações de assembleias condominiais, que, por este prisma, podem ser suspensas desde que qualquer condômino proponha a demanda acautelatória no prazo legal de dez dias e a plausibilidade do direito seja demonstrada a partir da demonstração de que a deliberação assemblear violou a lei, o regimento interno ou a convenção condominial.

8.3. *Alimentos provisórios*

A tutela cautelar de alimentos é satisfativa, ajustada na categoria proposta de antecipação de efeitos jurídicos, e destina-se a fixar

alimentos provisoriamente ao alimentando até que sejam fixados em caráter definitivo na tutela final, que será concedida na sentença a ser prolatada na demanda principal.

O CPC português, quanto a esta espécie de cautelar, estimulou a composição amigável como forma, inclusive, de dispensar a propositura da ação principal. Assim, realizado o juízo de admissibilidade positivo da ação cautelar e, eventualmente, fixados os alimentos liminarmente, o réu é citado para uma audiência com o objetivo de conciliar as partes, e, uma vez transigindo as partes, não haverá necessidade de ajuizamento de uma ação principal, já que a composição homologada prestar-se-á à resolução do litígio pela via conciliatória.

Neste mesmo ato, deverá o réu apresentar contestação para a hipótese de não ser obtida a conciliação. A rigor, parece-nos que, a despeito da semelhança procedimental com o modelo brasileiro previsto no Capítulo X do título III, o sistema brasileiro tem a vantagem de ser designada uma audiência apenas para mediação ou conciliação, sem a necessidade de ser, desde logo, apresentada a contestação. Os advogados assim, podem concentrar-se nas proposições para uma composição amigável ao invés de despender labor e energia para elaboração da peça contestatória que, eventualmente, será prescindível diante da perspectiva de um acordo.

O sistema processual português prevê, ademais, que a revisão dos alimentos não importará em novo ajuizamento de demanda com esta finalidade, devendo o pleito revisional para majorar ou reduzir o valor dos alimentos fixados ser deduzido nos próprios autos originários, que, supostos, será desarquivado para este propósito.

8.4. *Arbitramento de reparação provisória*

A cautelar de arbitramento de reparação provisória, de caráter funcional satisfativo, presta-se à fixação de um valor indenizatório tran-

sitório à vítima de um evento de lesão corporal ou às pessoas que dela dependiam, no caso do fato danoso ter resultado em morte. Neste último caso, a cautelar pode ser proposta pelo cônjuge e herdeiros da vítima, e, bem assim, por aqueles a quem a vítima prestava alimentos a título de cumprimento de obrigação natural, como seria a hipótese, por ilustração, da vítima que prestava alimentos ao tio ou ao sobrinho ou mesmo à pessoa que lhe dedicou cuidados na sua infância.

E de fato, o CPC luso faz remissão expressa ao art. 495,3 do Código Civil, que estabelece, por seu turno, os terceiros atingidos reflexamente pelos danos que resultaram na morte da vítima e que, por conta disso, estão legitimadas a pleitear a indenização e a proporem a cautelar de reparação provisória. Para que seja deferida a medida liminar, mesmo sem o exercício do contraditório, já que a cautelar em tela tem natureza alimentar, é indispensável que sejam comprovados os requisitos genéricos para o deferimento de uma tutela cautelar, ou seja, a plausibilidade do direito e o *periculum in mora*.

Não basta, como parece evidente, que o autor apresente apenas a prova do resultado danoso. É imprescindível, nesta senda, que seja apresentada prova documental ou documentada indicativa da probabilidade do seu direito, vale dizer, o dano em si e a perspectiva, mesmo em cognição superficial, de que onexo causal está presente e está interligado à atuação do réu.¹²

O *periculum in mora*, por sua vez, deve estar presente a partir da comprovação da situação de necessidade econômica dos autores. Parece óbvio, por este vértice, que se as pessoas que, num primeiro momento, recebiam valores mensais da vítima do óbito e depois pas-

12 Neste sentido, Acórdão n. 1250/16.3T80ER.L1-1, do Tribunal da Relação de Lisboa. Fonte: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/66930781DEDAB27980-258089005317C0>, acesso em 06/12/2019.

saram a exercer atividade laborativa remunerada que lhes assegurem a própria subsistência ou alteraram a sua condição econômica, o requisito em apreço não se faria presente para fins de concessão da tutela cautelar de arbitramento de reparação provisória.

A indenização fixada na cautelar deverá ser liquidada por equidade, especialmente nos casos em que não for possível aquilatará-la com maior precisão. Assim, se a vítima percebia mensalmente valores fixos, a tarefa da liquidação provisória para fins de arbitramento cautelar do *quantum* indenizatório será pautada em subsídios mais palpáveis. De todo o modo, o valor da indenização que foi objeto de liquidação provisória deverá ser imputado na liquidação definitiva do importe indenizatório a ser fixado na sentença que será prolatada na ação principal.

E, se porventura, a medida cautelar incorrer em caducidade ou a pretensão indenizatória deduzida na ação principal for julgada improcedente, impõe-se ao autor a obrigação de restituir os valores que recebeu provisoriamente. Apesar do tema suscitar debates para sua melhor delimitação, prevalece na jurisprudência brasileira a tese que sustenta a irrepetibilidade das verbas alimentares, o que torna a previsão do CPC português sem precedente no sistema brasileiro.¹³

8.5. Arresto

O arresto é uma medida cautelar vocacionada à conservação de direitos ou, mais precisamente, à garantia de direitos, destacadamente, o direito de um crédito que será discutido numa demanda principal e que poderá vir a perecer caso não seja deferida a tutela acautelatória a tempo para assegurar a futura execução por quantia certa.

13 Como exemplo, mencionamos o teor Súmula 621 do STJ: Os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade.

Como medida assecuratória, o arresto previne o *pericolodifru-tuosité* que, em breve síntese, representa o risco de que o direito não seja realizado num momento posterior em face da postura do requerido que, visando frustrar a execução que poderá vir a ocorrer, dissipa o seu patrimônio durante o trâmite da ação principal. Trata-se portanto, de uma medida que presta cautela à futura execução pecuniária e impede a sua frustração em virtude de atitudes desleais do réu com o objetivo de ocultar ou dilapidar o seu patrimônio.

A medida de arresto exige os mesmos requisitos para a concessão das tutelas cautelares. Assim, a probabilidade do direito equivale à perspectiva verossímil da existência do crédito, ao passo que o *periculum in mora* é representado pelos indícios de dissipação do patrimônio que asseguraria o recebimento do crédito futuro.

O arresto opera-se através de apreensão judicial de bens, observando-se as regras da penhora no que não for incompatível. À evidência, em se tratando de bens imóveis, embora o CPC português não seja explícito, o arresto perfaz-se mediante a anotação no título de propriedade do imóvel. A tutela cautelar de arresto é uma das exceções previstas nas cautelares do sistema português quanto à exigência de contraditório prévio, de modo que a sua concessão, uma vez previstos os requisitos supramencionados, é realizada sem a oitiva da parte contrária.

Esta regra, a nosso aviso, encontra justificativa na possibilidade do requerido lançar mão de manobras com o objetivo de dificultar o cumprimento da tutela cautelar de arresto caso tenha ciência de sua decretação.

O CPC português prevê um regime especial de caducidade, sem prejuízo das hipóteses gerais previstas. Assim, opera-se a caducidade se, transitado em julgado a sentença na ação principal, o credor não iniciar o seu cumprimento no prazo de dois meses ou, da mesma forma, se não promover as diligências que lhe cabem no prazo de trinta dias.

Por fim, destacamos que o art. 396, n. 3, do CPC, dispensa a comprovação da plausibilidade do direito para fins de concessão do arresto se o bem em que incidirá a medida houver sido adquirido mediante negócio jurídico inadimplido total ou parcialmente pelo réu. Esta hipótese tem aplicação para os contratos de compra e venda e, ao que parece, para os ajustes obrigacionais gravados com ônus real, como é o caso da alienação fiduciária.

8.6. *Embargo de obra nova*

O embargo de obra nova, tutela cautelar de regulação provisória de uma situação jurídica, de acordo com o modelo português, é voltado a resguardar o direito de propriedade, direitos reais e o exercício da posse do titular do imóvel que é confrontado com obras em curso que possam causar-lhe prejuízo quanto à sua utilização e destinação. Enfim, esta medida cautelar tem por escopo a prevenção de danos que podem ser causados às edificações por conta de obras novas e funda-se no direito de vizinhança e na observância das normas construtivas previstas em regulamentos administrativos.

No sistema brasileiro, sob a égide do Código revogado, era previsto medida similar no rol dos procedimentos especiais, com a denominação de nunciação de obra nova e que tinha as mesmas características gerais contempladas no CPC luso. No Brasil, a sua revogação como procedimento especial não afasta, por óbvio, a possibilidade do titular de um direito requerer a tutela satisfativa com teor inibitório, para impedir que o seu direito de vizinhança seja violado pelo início de uma obra irregular, devendo adotar-se o procedimento comum em tal situação.

O processo civil português assemelha-se, portanto, ao procedimento especial que era estabelecido no CPC/73, e prevê, inclusive, a possibilidade do embargo ser realizado pela via extrajudicial, median-

te notificação verbal na presença de duas testemunhas do responsável pela obra para que ela seja suspensa imediatamente, seguindo-se o ajuizamento da demanda judicial pelo titular do direito real violado no prazo de cinco dias. Esta previsão aplica-se para os casos em que o risco causado ao autor pelo prosseguimento da obra é de tal proporção que não comporta a espera de uma decisão judicial e o seu cumprimento.

É importante observar que o Estado e as demais entidades públicas, estão autorizadas a realizar o embargo de obras privadas, embora desprovidas de competência administrativa para tanto, se as obras em curso estiverem em desacordo com leis e regulamentos de posturas construtivas.

No tocante às obras públicas, porém, aí incluídas as executadas por concessionárias de serviços públicos, o embargo depende da provocação do contencioso administrativo. Deve ser ressaltado, todavia, que, uma vez constatado o perigo iminente decorrente da execução de obra pública prestes a causar danos ao titular do direito real ou possuidor, nada impediria que o embargo extrajudicial previsto no art. 397, n.2 do CPC fosse levado adiante, o que decorre de uma interpretação teleológica do dispositivo em apreço.

8.7. *Arrolamento*

O arrolamento de bens, por seu turno, é uma cautelar que tem por finalidade o resguardo de bens, sejam móveis ou imóveis, assim como de documentos de conteúdo econômico, nas hipóteses em que esteja presente o risco de extravio, ocultação ou dissipação.

A primeira observação que se faz, é a proximidade do arrolamento com a então medida cautelar de sequestro prevista no CPC brasileiro de 1973, a qual destinava-se, em breve síntese, à proteção de um bem individualizado que estivesse sob litígio, o que ocorria através de sua apreensão e depósito público em geral. No CPC por-

tuguês, a propósito, não há a previsão do sequestro como medida cautelar.

Uma outra observação importante refere-se à circunstância de que o arrolamento, tal como previsto no atual CPC português e de acordo com o CPC/73, que buscou inspiração no então vigente Código lusitano de 1961, teve seu espectro de incidência ampliado para além das situações envolvendo partilha no direito de família.

Portanto, em conformidade com o sistema português, a cautelar de arrolamento presta-se a conservar bens de apreciação econômica, inclusive documentos com esta característica, como títulos de crédito e demais contratos que reconheçam a existência de uma obrigação a ser adimplida, tudo para prevenir o seu perecimento, enquanto se discute numa demanda principal a sua partilha (que, inclusive, pode ocorrer fora das hipóteses do direito de família, como nas ações de dissolução de sociedades) ou a sua titularidade.

9. AS CAUTELARES ATÍPICAS E AS SUAS LINHAS GERAIS

O sistema processual luso convive com as tutelas cautelares típicas e atípicas, ou, consoante está disposto no Capítulo I do Título IV do CPC, cautelares não especificadas, o que, de certa forma, correspondia ao modelo adotado pelo CPC brasileiro de 1973, com algumas nuances.

Assim, conforme já referido, o CPC português não admite que as tutelas cautelares atípicas sejam utilizadas como sucedâneo das cautelares típicas ou especificadas, o que equivale a dizer que, não reunidos os requisitos para a concessão de uma tutela cautelar especificada, não poderá o autor valer-se das tutelas atípicas para obter um resultado similar.

As cautelares atípicas, por outra via, exigem como requisitos para a sua concessão a plausibilidade do direito e o *periculum in mo-*

ra, o que, a rigor, correspondem aos pressupostos para o deferimento de qualquer espécie de medida.

A tutela cautelar, no mais, assume em linhas gerais, funções conservativas ou antecipatórias dos efeitos do mérito, ainda que seja adotada a classificação proposta pela doutrina lusitana quanto às três categorias já mencionados neste ensaio, quais sejam: garantia de um direito, regulação provisória de situação jurídica e antecipação de efeitos jurídicos ou da tutela definitiva. Isto porque, a tutela cautelar voltada à regulação provisória de uma situação jurídica, a despeito de cumprir esta finalidade, não deixa de ostentar um caráter antecipatório, o que pode ser verificado por ilustração, na decisão que concede a tutela de restituição provisória na posse que coincide, a rigor, com o objeto da tutela final.

O contraditório no procedimento cautelar é a regra que deve ser observada, apesar de comportar exceções nos casos em que o seu exercício puder comprometer a eficácia da medida, hipótese em que será dispensado. Uma peculiaridade, a nosso aviso, aproxima bastante os sistemas brasileiro e português: Trata-se do poder geral de cautela, que, assim como previsto expressamente no CPC brasileiro, encontra um dispositivo correspondente no art. 361,1, do Código luso, o qual assegura às partes requerer a providência cautelar adequada à tutela de seus direitos.

Este dispositivo deve ser interpretado em conjunto com a disposição inserta no art. 376, 3, primeira parte, do Estatuto Português, que desvincula o juiz ou tribunal da cautelar solicitada, ou seja, permite que eles amoldem a medida de urgência da forma mais apta a tutelar o direito das partes.¹⁴

14 Abrantes Geraldés, ao comentar disposição idêntica introduzida numa das reformas anteriores à vigência do CPC português, destacou: A referida nor-

10. A INVERSÃO DO CONTENCIOSO E O ROMPIMENTO DO DOGMA DA INSTRUMENTALIDADE

A tutela cautelar apresenta como uma das suas características essenciais a instrumentalidade, matizada pela sua vocação de prestar-se como mecanismo apto à preservação do direito material, e, mais precisamente, do direito que será discutido na demanda ou, no caso português, na ação principal, já que o sistema luso ainda mantém a autonomia estrutural da ação cautelar que é processada em autos próprios.

Tal característica, a propósito, conforme doutrina de Piero Calamandrei, revela-se como uma instrumentalidade qualificada, a partir da premissa de que, se o processo em si, é um instrumento a serviço do direito material que será, porventura, declarado na tutela definitiva prestada na sentença de mérito, a tutela cautelar apresenta-se como um instrumento desse mecanismo de prestação jurisdicional e certificação de direitos, daí, portanto, a denominação consagrada pelo mestre fiorentino de que a tutela cautelar é um instrumento do instrumento ou que reveste-se de uma instrumentalidade qualificada ou hipotética¹⁵.

E se é correto afirmar que a instrumentalidade permanece hígida como característica marcante das tutelas cautelares, diante da sua função de assegurar a eficácia do direito substancial até que ele seja realizado faticamente, no sistema português, um novo regime aplicá-

ma comporta, de modo que nos parece claro, uma «exceção ao princípio do dispositivo», atribuindo ao juiz poderes para determinar a medida cautelar que considere mais adequada à tutela dos interesses (...) GERALDES, A.S.A. Tema da Reforma do Processo Civil– Princípios Fundamentais – Fase Inicial Do Processo Declarativo. Coimbra: Almedina, 1997.

- 15 CALAMANDREI, P. *Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Opere Giuridiche.v. IX. Padova: CEDAM, 1936.

vel às cautelares parece ter como consequência, justamente, a ruptura desta relação instrumental diante da possibilidade de converter uma tutela acautelatória em definitiva.¹⁶

Trata-se do regime da inversão do contencioso introduzido pelo CPC lusitano em vigor desde o ano de 2013. O formato procedimental de tal regime autoriza que, mediante pedido do autor e atendidos determinados requisitos, o juiz, ao reconhecer a aplicação do regime em apreço, dispense o autor do ônus de aforar a demanda principal e atribua este ônus ao réu, a quem incumbirá o seu ajuizamento no prazo de trinta dias contados do trânsito em julgado da decisão que decretou o regime de inversão do contencioso, o que se assemelha, a nosso juízo, às premissas da técnica monitória que impõe a inversão do ônus de propor a demanda em cognição exauriente.

A técnica adotada no sistema português, dessa forma, mostra-se peculiar, em primeiro plano, por afastar o dogma da instrumentalidade da tutela cautelar em relação à tutela definitiva, na medida em que autoriza a conversão da tutela deferida em uma ação cautelar num provimento definitivo e apto à composição da controvérsia que seria instaurada na demanda principal. Em última análise, o provimento cautelar é convolado numa tutela definitiva, desde que, decretado o regime e operado o trânsito em julgado da decisão respectiva, o réu não apresente uma ação principal proposta com a finalidade de discutir a própria existência do direito acautelado.

Para que o juiz possa decretar o regime de inversão do contencioso, além de ser imprescindível o requerimento expresso do autor,

16 Quanto à relação de instrumentalidade, o próprio CPC luso é expresso, ao dispor, no seu art. 364, 1, que *Exceto se for decretada a inversão do contencioso, o procedimento cautelar é dependência de uma causa que tenha por fundamento o direito acautelado e pode ser instaurado como preliminar ou como incidente de ação declarativa ou executiva.* grifamos

ele deve formar a sua convicção segura quanto à existência do direito objeto da cautela e, além disso, constatar que a tutela cautelar concedida é suficiente para resolver o litígio em caráter definitivo.

A convicção segura que, em princípio, poderia sugerir a mera probabilidade da existência do direito acautelado, parece ter um sentido mais intenso do que a prova que, numa cognição sumária, permite a concessão da tutela cautelar em virtude do juiz formar a sua convicção a partir de verossimilhança. Por este prisma, não basta a prova produzida pelo autor que é indicativa de que o direito acautelado está cercado de grande probabilidade de ser acolhido no momento de ser apreciada a tutela definitiva.

Ao que parece, a convicção segura deve ser formada a partir de uma prova que, uma vez apresentada nos autos, permita ao juiz na sua valoração, convencer-se a respeito da existência do direito acautelado independente da produção de outras modalidades probatórias, que, no caso, seriam até desnecessárias.

Embora o conceito ora apresentado seja coerente com um juízo de certeza, o que, de certo modo, contradiz com o juízo de probabilidade exigido para as cautelares, não vislumbramos outra possibilidade de o juiz decretar um regime que resultará na dispensa do autor propor a ação principal e, eventualmente, convolar uma tutela cautelar em definitiva, sem que esteja respaldado numa prova que lhe assegure a formação de seu convencimento a partir de um elemento mais robusto do que a mera probabilidade da existência do direito acautelado.¹⁷

17 Miguel Teixeira de Souza, neste sentido, sustenta que: O juiz tem de formar a convicção segura da existência do direito acautelado, o que implica que a prova sumária (ou seja, a prova que se basta com a probabilidade séria da existência do direito acautelado) que é suficiente para decretar a providência cautelar (cf.art.365º, nº1, 388º, nº 2, 392º, nº 2, e 405º, nº 1) é insuficiente para decretar a inversão do contencioso; esta inversão pressupõe uma prova

E, certamente, haverá situações em que o acervo de provas apresentado numa ação cautelar será satisfatório para o juiz convencer-se a respeito da existência de um direito acautelado, o que dispensaria a produção probatória oportuna e permitiria, assim, a aplicação do regime da inversão do contencioso em comento.

Poderíamos pensar, assim, numa tutela cautelar antecipatória com conteúdo inibitório, na qual a demonstração da ilicitude que se pretende evitar e que seja simétrica com o pedido de tutela final, possa ser aferida, prontamente, a partir de prova documental ou documentada escrita (ata notarial, por exemplo) que prescindia de uma instrução probatória posterior.

Evidentemente, apenas as cautelares satisfativas do direito português estão albergadas pela hipótese de adoção do regime de inversão do contencioso, o que é repisado pela expressa disposição inserta no art. 376, n.4 do CPC, a qual, no tocante às tutelas especificadas ou típicas, estabelece que o regime é observado apenas quanto às cautelares de restituição provisória da posse, suspensão de deliberações sociais, aos alimentos provisórios e embargo de obra nova.

Esta previsão contida no CPC lusitano confirma, a nosso sentir, o fundamento de que as tutelas cautelares que se enquadram na categoria de regulação de uma situação provisória, como é o caso da restituição provisória da posse e embargo de obra nova, na verdade, melhor acomodam-se num perfil de tutelas satisfativas ou antecipatórias.

stricto sensu do direito acautelado; portanto, o que conta é que o juiz forme a convicção segura da existência do direito que a providência se destina a acautelar, não a convicção segura da procedência da providência; (TEIXEIRA DE SOUSA, M. As providências cautelares e a inversão do contencioso. 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/5973963/TEIXEIRA_DE_SOUZA_M._As_provid%C3%A2ncias_cautelares_e_a_invers%C3%A3o_do_contencioso_12.2013?auto=download. Acesso em: 27/11/2019).

Também admite-se o regime de inversão do contencioso nas demais tutelas cautelares satisfativas contempladas em legislação extravagante, do que é exemplo, consoante pontuou Miguel Teixeira de Sousa, a cautelar de entrega judicial pós término do contrato de locação financeira, regido pelo Decreto-Lei n. 149/95.¹⁸

As cautelares típicas de arbitramento de reparação provisória, a *priori*, foram excluídas do regime de inversão do contencioso apesar do seu inegável caráter satisfativo. Ao que parece, esta exclusão está fundada no procedimento da medida cautelar em voga, cujo art. 388º, 2º, atribui ao juiz ou tribunal o mister de liquidar provisoriamente o dano por apreciação equitativa. Assim, malgrado a providência cautelar seja simétrica ao pedido de tutela final, a eventual impossibilidade de aquilatar o valor integral do *quantum* indenizatório de plano, impede a aplicação do regime, diante da necessidade de ser realizada oportuna liquidação para fixação do valor indenizatório final.

Pensamos, todavia, que, uma vez possível aferir a extensão do dano sem a necessidade de uma liquidação futura e, desde que as provas apresentadas sejam suficientes para concluir pela existência do direito acautelado (imagine-se uma colisão traseira de veículos que tenha resultado na incapacidade da vítima de laborar por um prazo de tempo curto e definido), não haveria óbice a que o regime de inversão do contencioso fosse observado, se a providência cautelar satisfativa tiver o condão de compor o litígio em caráter definitivo.

Aliás, é bom que seja mencionado que o segundo requisito para que o regime de inversão do contencioso possa ser decretado pelo juiz —além da convicção segura da existência do direito—, é, justamente, a aptidão da tutela cautelar satisfativa em resolver definitivamente o litígio. E, conforme é intuitivo, tal somente pode ocorrer em relação às tutelas

18 TEIXEIRA DE SOUSA, M. *idem supra*.

cautelares satisfativas ou antecipatórias, nestas abrangidas as cautelares que se ajustam na categoria de regulação provisória de uma situação jurídica (restituição provisória da posse e embargo de obra nova).

Neste caso, parece óbvio que as tutelas cautelares conservativas, pela sua própria funcionalidade, não têm aptidão para colocar um termo ao litígio em definitivo, já que se prestam a, essencialmente, resguardar a execução futura e evitar o perecimento do direito reconhecido na tutela final.

Assim, não caberia a aplicação do regime de inversão do contencioso, por ilustração, num pedido de medida cautelar de arresto ou arrolamento de bens, já que tais providências, seguramente, não se coadunam com a resolução definitiva do litígio, eis que estão relacionadas com a conservação do direito substancial que pode sucumbir ao *pericolodifrutuosità*, na lição de Calamandrei.

Uma vez decretado o regime de inversão do contencioso —o que poderá ser realizado até a audiência final mediante requerimento do autor—, o réu poderá interpor recurso em face da decisão concessiva do regime. Inclusive, se a medida cautelar for deferida sem o contraditório e, nessa mesma decisão o juiz decretar o regime, o recurso a ser interposto pelo réu poderá ser único e abranger a sua irrisignação em face da liminar concedida e da decretação do regime.

O prazo para a propositura da ação principal, que é de trinta dias contados da decisão que conceder a medida cautelar, interrompe-se com o pedido de inversão do contencioso, reiniciando-se a sua contagem a partir do trânsito em julgado da decisão que indeferir o regime. Em suma, enquanto estiver pendente a análise do pedido e, bem assim, a decretação do regime em caráter definitivo, não há que se falar em caducidade pela ausência de ajuizamento da demanda principal.

Dessa forma, com o trânsito em julgado da decisão que não decreta a inversão do contencioso, o que poderá ocorrer em primeiro

grau se, desde logo, o juiz indeferir o regime, já que esta decisão é irrecorrível, ou no âmbito recursal, se a decisão concessiva do regime foi reformada pelo tribunal, inicia-se o prazo para o autor ajuizar a ação principal.

Outra situação ocorre se houver a decretação do regime de inversão do contencioso e a decisão respectiva transitar em julgado. Neste caso, em virtude de operar-se a inversão do ônus de propor a ação de cognição exauriente, cumpre ao réu ajuizar a demanda respectiva no prazo de trinta dias contados da sua intimação a respeito. Esta é dicção contida no art. 371, 1, do CPC luso. Do contrário, a decisão deferida no bojo da ação cautelar em que foi decretada a inversão do contencioso prestar-se-á para a resolução definitiva do litígio, vale dizer, para reconhecer a existência do direito acautelado com as suas repercussões e eficácias decorrentes.

Assim, se, por exemplo, for concedida a restituição provisória da posse de um imóvel na ação cautelar e decretado o regime de inversão do contencioso, o trânsito em julgado desta decisão e o decurso do prazo para o ajuizamento da ação de cognição exauriente pelo réu importará na composição definitiva do litígio, e, por consequência, a posse será restabelecida em favor do autor sem que a matéria possa ser rediscutida, diante da formação da coisa julgada materialou caso julgado, conforme terminologia utilizada no processo civil português.¹⁹

19 De acordo com José Lebre de Freitas: «Entre nós, passado o prazo de 30 dias concedido ao requerido para a propositura da ação principal sem que esta seja proposta, a providência decretada converte-se em decisão definitiva do litígio, mudando assim de natureza e, embora a lei evite dizê-lo, ganhando a eficácia própria do caso julgado material.» (SILVA, J. C. et al. (Orgs.). *A Inversão do Contencioso nos Procedimentos Cautelares. Processo Civil Comparado — Análise entre Brasil e Portugal*. 1. ed. São Paulo: Forense, 2017).

11. TUTELAS AUTOSSATISFATIVAS E TUTELAS DE URGÊNCIA *STRICTO SENSU*

A tutela autossatisfativa, em breve síntese, associa-se a uma tutela diferenciada que foi desenvolvida sobretudo no direito argentino pela doutrina do Prof. Jorge Peyrano e que apresenta as seguintes características essenciais: i- a urgência do requerimento; ii- a elevada probabilidade quanto à existência do direito; iii- a capacidade de exaurimento da pretensão do autor, com a mera decretação da medida, o que dispensa o ajuizamento de uma ação principal para evitar a caducidade.²⁰

As tutelas autossatisfativas, portanto, não seguem a lógica de uma relação instrumental com uma demanda posterior, conforme ocorre no caso das ações cautelares, e tampouco dependem, a rigor, de uma cognição aprofundada ou lastreada em ampla produção probatória para que a resolução do conflito seja realizada.

O sistema português contempla uma técnica processual representada por uma tutela cautelar autônoma que se ajusta perfeitamente ao conceito de tutela autossatisfativa. Referimo-nos às tutelas de urgência *stricto sensu*, que se destinam à proteção dos direitos da personalidade e diferem das tutelas cautelares do direito luso em virtude de possibilitarem a outorga de uma prestação definitiva com a sua concessão, através de um procedimento simplificado.²¹

20 PEYRANO, W. J. Medidas autosatisfactivas. Buenos Aires: Rubizal; Culzoni, 1997.

21 Miguel Teixeira de Sousa esclarece que: A distinção resume-se no seguinte: a tutela cautelar é uma tutela provisória ou uma tutela que só se consolida se, tendo havido inversão do contencioso, o requerido não propuser ação destinada a contrariar a providência decretada; a tutela urgente *stricto sensu* é uma tutela definitiva que é obtida num procedimento simples e céle-

Assim, de acordo com a exegese extraída dos arts.878 à 880 do Código de Processo Civil, as tutelas de urgência *stricto sensu* visam tutelar os direitos da personalidade do indivíduo que se encontram na iminência de serem violados, prestando-se da mesma forma, para fazer cessar os efeitos de uma ofensa já perpetrada. Esta tutela de urgência, portanto, reveste-se de conteúdo inibitório e assume uma função autossatisfativa a partir de um provimento executivo voltado a combater um ilícito futuro ou remover um ilícito já exaurido, mas cujos efeitos perduram-se ao longo do tempo.

Trata-se, assim, de uma tutela de urgência autônoma direcionada principalmente contra o ilícito prestes a violar um direito da personalidade, como seria o exemplo da propagação de notícia difamante em redes sociais. A tutela de urgência *stricto sensu* por esta ótica, atua antes que um dano possa ser concretizado, e, uma vez deferida, o seu objeto estará exaurido, razão pela qual, a comparação com as tutelas autossatisfativas do direito argentino é absolutamente pertinente.

12. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema tutelas provisórias ainda suscita muitas reflexões. No sistema processual brasileiro, o recente Código de Processo Civil apresentou alterações significativas, como é o caso da extinção das tutelas cautelares típicas e a inserção das tutelas de urgência num único dispositivo, o que, certamente, contribuiu com a sua simplificação procedimental.

re. TEIXEIRA DE SOUSA, M. As providências cautelares e a inversão do contencioso. 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/5973963/TEIXEIRA_DE_SOUZA_M._As_provid%C3%AAncias_cautelares_e_a_invers%C3%A3o_do_contencioso_12.2013_?auto=download. Acesso em: 27/11/2019.

E, nada obstante persistir o debate a respeito do aspecto funcional das tutelas de urgência em face da distinção entre tutelas satisfativas e conservatórias, ao menos sob o prisma prático, esta diferenciação não compromete a operabilidade das tutelas sumárias fundadas na urgência, na medida em que o princípio da fungibilidade expressamente consagrado no CPC –como aliás, já era previsto no Código revogado– encarregou-se de equacionar qualquer repercussão prática que poderia ocorrer na hipótese de uma tutela com enfoque conservativo ser requerida como tutela antecipada e vice-versa.

As tutelas antecipadas antecedentes, por seu turno, surgiram como uma inovação destinada a assegurar a efetividade das tutelas de urgência atrelada a um regime de estabilidade que, a nosso sentir, ainda merece maior aprofundamento, sobretudo após o decurso do prazo de dois anos em que se opera a estabilização da tutela antecipada. A doutrina parece ter posicionado-se amplamente no sentido de rechaçar a coisa julgada como estabilidade, o que, no entanto, não pode ser considerado como algo consolidado e imune a outros debates para o desenvolvimento da técnica inspirada no direito francês e italiano.

De resto, embora a utilização da tutela antecipada em caráter antecedente ainda não seja tão difundida, é importante destacar que o CPC ainda é muito recente e, portanto, o instituto poderá ser aperfeiçoado doutrinariamente e melhor compreendido pelos operadores do direito como uma técnica que pode ser muito eficaz para a resolução de algumas espécies de litígios, notadamente os que envolvem tutelas preventivas e repressivas em face do ilícito, com a vantagem de assegurar uma estabilidade após o decurso de um prazo relativamente exíguo.

O direito comparado, sem dúvida, é salutar para que boas experiências hauridas em outros sistemas jurídicos possam ser observadas e transpostas para o sistema pátrio, no que forem compatíveis, contribuindo assim, para o aperfeiçoamento das técnicas processuais

locais. Esta premissa, por si, justifica a realização de estudos de temas processuais relacionados ao processo civil alienígena com este propósito, sem descuidar da interessante experiência de conhecer a cultura processual a partir de um outro prisma jurídico.

As tutelas de urgência no sistema português, representam, nesta linha de raciocínio, um tema bastante promissor para esta finalidade. Primeiro, é possível identificar a matriz doutrinária que também influenciou o nosso sistema, qual seja, as ideias desenvolvidas por Calamandrei. Portugal, no entanto, manteve-se fiel à classificação das tutelas satisfativas como tutelas cautelares, ao contrário do sistema brasileiro que, há muito tempo, estabeleceu a autonomia das tutelas satisfativas como uma categoria autônoma e diversa dentro do gênero tutela provisória de urgência, entendimento que prevalece na doutrina e que chancelou a tutela antecipada como funcionalmente distinta das tutelas cautelares que se prestam à segurança da execução, ou, como queira, à conservação de direitos.

No modelo português, a autonomia estrutural das cautelares, que permanecem sendo propostas em autos próprios que serão oportunamente apensados aos autos principais, não contribuiu com a simplificação procedimental e a economia processual já observadas no processo civil brasileiro, em que as tutelas provisórias são requeridas diretamente nos autos principais, seja pela via antecedente ou incidente. Isto, certamente, representou um avanço neste sentido, com o destaque para a situação das tutelas cautelares que, até a vigência da novel legislação ainda podiam ser aforadas em autos apartados, embora o princípio da fungibilidade inserido pela reforma do CPC brasileiro em 2002 passou a admitir que as cautelares pudessem ser requeridas nos autos principais, sem maiores divergências.

A convivência das tutelas especificadas com as tutelas atípicas do CPC luso encontra um regime similar ao que existia no sistema brasileiro sob a égide do Código de 1973. O sistema português optou

por procedimentalizar, ao que parece, as cautelares típicas utilizadas com maior frequência pelos jurisdicionados.

Todavia, entendemos que o modelo brasileiro ganha no aspecto da simplificação e efetividade, pois não é viável prefixar todas as situações de urgência que poderão reclamar a atuação da tutela cautelar, de modo que cumprirá ao autor apresentar a situação fática e elencar os requisitos que autorizam a concessão da tutela cautelar, independente de um procedimento prévio concebido apenas para determinadas espécies de cautelares, conforme observa-se no CPC lusitano.

O sistema português criou a inversão do contencioso no âmbito das cautelares, o que, a par de provocar uma ruptura com a instrumentalidade em relação à demanda principal, suscitou um debate interessante a respeito da possibilidade de convalidação de um provimento realizado em cognição sumária numa tutela definitiva capaz de resolver o litígio. O regime merece um estudo mais aprofundado para as hipóteses de sua aplicação, inclusive no que tange à matéria que poderá ser discutida em eventual ação impugnativa proposta pelo réu (da ação cautelar), ao ônus probatório e à formação do caso julgado.

Não há como negar-se, todavia, que se trata de uma técnica muito interessante, que partiu de inspirações hauridas do direito francês e italiano, conforme ocorreu, aliás, com o nosso regime de estabilização da tutela antecipada, porém, mostrou-se mais ousado no sentido de, em princípio, assegurar que a estabilidade da decisão proferida em sede cautelar nos casos que comportam a aplicação do regime, opere-se pela imunização da coisa julgada material.

O direito comparado, assim, cumpre uma função relevantíssima a partir da premissa de que, a análise de temas correlatos emanados de diferentes sistemas processuais viabilizam um intercâmbio suscetível de, não apenas confrontar, mas, sobretudo, contribuir para aprimorar os institutos com fundamento nas experiências bem suce-

didadas desenvolvidas em cada um dos sistemas que foram objeto dos estudos respectivos.

13. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONATO, G. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 273, 2017. p. 191-253.
- BEDAQUE, J. R. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BUENO, C. S. et al. (Coords.). *Tutela Provisória no Novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CALAMANDREI, P. *Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Opere Giuridiche. v. IX. Padova: CEDAM, 1936.
- CASTANHEIRA, J. M. C. *As Providências Cautelares e os Requisitos para o seu Decretamento – Confronto entre o Processo Administrativo e Processo Civil*. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra, Portugal, 2018. Disponível em: estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/86628/1/Tese%20Joana%20Castanheira.pdf. Acesso em: 30/11/2019.
- COSTA E SILVA, P. *Cautela e certeza: breve apontamento acerca do proposto regime de inversão do contencioso na tutela cautelar*. In: SINDICATO DOS MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *A reforma do processo civil*. Lisboa, 2012. p. 139-49. Disponível em: https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/pcn_ma_25216.pdf. Acesso em: 19/10/2019.
- CUNHA, A. A. M. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. 11.
- DA SILVA, O. A. B. *Curso de Processo Civil*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.
- DINAMARCO, C. R. *Nova Era do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

- GERALDES, A.S.A. Tema da Reforma do Processo Civil– Princípios Fundamentais – Fase Inicial Do Processo Declarativo. Coimbra: Almedina, 1997.
- GONÇALVES, M. C. Providências Cautelares. 3. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2017.
- LYNCE, R. Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas. 2013. v. 1. p. 1139-53.
- MARINONI, L. G. A Antecipação da Tutela. 8. ed. São Paulo: Malheiros: 2004.
- MARQUES, J. P. R. Alguns aspectos processuais da tutela da personalidade humana no novo Código de Processo Civil de 2013. 2013. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Reforma_do_processo_civil.pdf. Acesso em: 10/10/2019.
- PEIXOTO, R. (Coords.). Coletânea Novo CPC: doutrina selecionada. Salvador: Juspodivm, 2015.
- PEYRANO, W. J. Medidas autosatisfactivas. Buenos Aires: Rubizal; Culzoni, 1997.
- SICA, H. V. M. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada «estabilização de tutela antecipada». In: FREIRE, A.; BARROS, L. B. M.; PEIXOTO, R. (Coords.). Coletânea Novo CPC: doutrina selecionada. Salvador: Juspodivm, 2015.
- SILVA, J. C. et al. (Orgs.). A inversão do Contencioso nos Procedimentos Cautelares. Processo Civil Comparado – Análise entre Brasil e Portugal. 1. ed. São Paulo: Forense, 2017.
- SILVA, O. A. B. Curso de Processo Civil: Processo Cautelar. 3. ed. São Paulo: 2000. v. 3.
- TEIXEIRA DE SOUSA, M. As providências cautelares e a inversão do contencioso. 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/5973963/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M._As_provid%C3%A2ncias_cautelares_e_a_invers%C3%A3o_do_contencioso_12.2013_?auto=download. Acesso em: 27/11/2019.

O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E A DENOMINADA JURISPRUDÊNCIA DA CRISE: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA?

THE PRINCIPLE OF THE SEALING OF SOCIAL KICKBACK AND THE DENOMINATED JURISPRUDENCE OF THE CRISIS: A PARADIGM CHANGE?

CLÁUDIO TESSARI

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.
E-mail: ctessariadv@gmail.com. Site: www.ctessari.adv.br

MARCO FÉLIX JOBIM

Doutor em Teoria Geral da Jurisdição e pela PUCRS.
Professor Adjunto dos cursos de graduação e pós-graduação da PUCRS.
Advogado.
E-mail: marco@jobimesalzano.com.br

Fecha de recepción: 16.02.2020

Fecha de aceptación: 09.04.2020

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar o princípio da vedação ao retrocesso social ou da irreversibilidade dos direitos fundamentais e a alteração da posição do Tribunal Constitucional Português e do jurista JJ. Gomes Canotilho em relação à eficácia normativa rígida do mesmo, em decorrência da crise econômica financeira deflagrada em toda Europa nos anos de 2010 e 2011, pela análise de conteúdo de decisões judiciais, demonstrando, ainda, a existência e a aplicação do referido princípio no Brasil, objetivando demonstrar que os princípios constitucionais devem ser contextualmente interpretados

ABSTRACT: This article proposes to analyze the principle of the prohibition of social retrogression or of the irreversibility of fundamental rights and the alteration of the position of the Portuguese Constitutional Court and the jurist JJ Gomes Canotilho in relation to the rigid normative effectiveness of the same as a result of the crisis economic analysis launched throughout Europe in 2010 and 2011, through the analysis of the content of judicial decisions, demonstrating the existence and application of this principle in Brazil, aiming to demonstrate that constitutional principles must be contextually

de acordo com suas possibilidades fáticas e jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da vedação ao retrocesso social. Jurisprudência da crise. Tribunal Constitucional de Portugal. Mudança de posição. Retrocesso social.

ally interpreted according to with its factual and legal possibilities.

KEYWORDS: Principle of the fence to social retrogression. Jurisprudence of the crisis. Constitutional Court of Portugal. Change of position. Social retrogression.

SUMARIO: 1. Introdução. 2. Da origem do princípio da vedação ao retrocesso social e a sua concepção original. 3. Da mudança de posição do Tribunal Constitucional de Portugal e de Joaquim José Gomes Canotilho em relação à eficácia normativa do princípio da vedação ao retrocesso social. 4. O princípio da vedação ao retrocesso social no Brasil e a análise de decisões judiciais dos Tribunais pátrios. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O estudo tem como objeto a análise do princípio da vedação ao retrocesso social ou da irreversibilidade dos direitos fundamentais no âmbito da prestação da tutela jurisdicional, na medida em que as discussões estabelecidas, hoje, dentro dos processos judiciais já não mais se restringem, apenas e tão somente, à esfera da apreciação jurídica, política e socioeconômica, mas se transformaram na preocupação de larga parcela da humanidade –*demandantes e demandados*– pela manutenção de seu padrão de vida e até mesmo pela sua sobrevivência.

É que a elevação da carga tributária, a redução dos níveis de emprego e renda e os movimentos migratórios internos e externos em decorrência de conflitos armados e de crises políticas, econômicas e sociais, sem dúvida, influenciaram de forma direta os níveis prestacionais¹ do Estado –*denominado de filho da moderna sociedade industrial*– sendo que o estado social de direito não poderá jamais permanecer imune às transformações daquele.

Se, por um lado, a necessidade de uma adaptação dos sistemas de prestações sociais às exigências de um mundo em constante transformação não pode ser desconsiderada, simultaneamente o clamor elementar da humanidade por segurança² e justiça social continua a ser um dos principais desafios e tarefas do Estado.

Assim, é preciso encontrar resposta aos seguintes questionamentos postos aos Tribunais Brasileiros: a) Quando as conquistas so-

1 Um pouco mais sobre o tema pode ser pesquisado em: SILVA, Jorge Pereira da. Direitos fundamentais: teoria geral. Lisboa: Universidade católica Portuguesa, 2018. Em especial das págs. 351 a 367.

2 Sobre o tema, não se pode deixar de ler: ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ciais podem e devem ser preservadas? b) Como e em que medida os sistemas prestacionais existentes, concretizadores do princípio fundamental do estado social, podem ser assegurados contra uma supressão e/ou restrição?

O Tribunal Constitucional de Portugal, por sua vez, ao produzir a denominada «jurisprudência da crise»³, alterou os seus antigos posicionamentos sobre tais temas tolerando restrições a benefícios sociais anteriormente conquistados em decorrência da crise econômica financeira deflagrada em toda Europa nos anos de 2010 e 2011.

Aliás, José Joaquim Gomes Canotilho⁴ alterou sua opinião sobre a questão da vedação ao retrocesso no sentido de que princípios constitucionais devem ser contextualmente interpretados de acordo com suas possibilidades fáticas e jurídicas, sendo que as decisões judiciais proferidas pelos Tribunais pátrios também estão sensíveis e tais alterações.

2. DA ORIGEM DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E A SUA CONCEPÇÃO ORIGINAL

A ideia da vedação do retrocesso de conquistas sociais tem sua origem na jurisprudência europeia, principalmente na de Portugal e na da

3 Para uma compreensão melhor da formação do Direito Português Moderno, recomenda-se a leitura: ADRAGÃO, Paulo Pulido. Lições de história do direito romano, peninsular e português. Coimbra: Almedina, 2016.

4 Cuja produção na área de Direito Constitucional é mundialmente conhecida e respeitada, podendo ser citado, à título de sugestão de leitura: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001; CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Alemanha –*sendo que no presente artigo analisaremos a primeira*–, partindo da constatação de que ao dever positivo do Estado existe uma imposição de abstenção, ou seja, quando há uma obrigação em concretizar um direito positivado nasce para o Estado um dever de não adotar medidas que destitua ou flexibilize de forma desarrazoada as conquistas alcançadas.⁵

A Constituição da República Portuguesa - CRP assegura a todos os seus cidadãos direito à liberdade pessoal e à segurança, destacando-se que este direito à segurança, além de ter sido consagrado juntamente com o direito geral de liberdade, encontra-se associado diretamente aos dispositivos sobre os limites da restrição da liberdade pessoal, *verbis*:

CRP:
 Título II
 Direitos, liberdades e garantias
 Capítulo I
 Direitos, liberdades e garantias pessoais
 [...]
 ARTIGO 27º
 (Direito à liberdade e à segurança)
 1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.

Além da segurança –*sob o aspecto geral*– a CRP reconhece, também, a segurança ao emprego e que todos os seus cidadãos têm direito à segurança social e à saúde:

CRP:
 CAPÍTULO III
 Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores

5 FERREIRA, Antonio Oneildo. Princípio Constitucional do não retrocesso. In.: JOTA/Info-Artigos. Agosto/2015. Disponível em <<https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgxvzLXGQgVvWHzqKrRjxGkzsFFC?projector=1&messagePartId=0.14>>. Acesso em 11 nov. 2018. ISSN 2447-6323.

ARTIGO 53º

(Segurança no emprego)

É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.

[...]

CAPÍTULO II

Direitos e deveres sociais

ARTIGO 63º

(Segurança social e solidariedade)

1. Todos têm direito à segurança social.

[...]

3. O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, na velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho.

[...]

ARTIGO 64º

(Saúde)

1. Todos têm direito à proteção da saúde e o dever e a defender a promover.

2. O direito à proteção da saúde é realizado:

a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito.

No âmbito da doutrina constitucional portuguesa, que tem exercido significativa influência sobre o pensamento jurídico brasileiro em relação a tal temática, o que se percebe é que, modo geral, os defensores de uma proibição de retrocesso, dentre os quais se destaca José Joaquim Gomes Canotilho, sustentam que após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não encontram mais

na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos.⁶

Contudo, se tal supressão ocorrer haverá inequívoca infração ao princípio da proteção da confiança –*por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito*– que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão das prestações já alcançado, sendo que essa proibição de retrocesso pode ser considerada uma das consequências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional, que, neste contexto, assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, que tenham por objeto a sua destruição ou redução.⁷

Tal concepção encontrou acolhida na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, que, já há algum tempo (*Processo n. 6/1983, Acórdão n. 39/1984*), declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, sob o argumento de que com esta revogação estava o legislador atendendo contra o direito fundamental à saúde (artigo 64, da CRP), ainda mais em se lavando em conta que este –*direito fundamental*– deveria ser realizado justamente mediante a criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde (artigo 64/2, da CRP), *verbis*:

A questão é tudo menos desconhecida para a doutrina constitucional portuguesa, onde a solução da inconstitucionalidade é igualmente adoptada.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 57. ano 14. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2006, p. 35.

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vidal. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra Editora, 1999, p. 131.

Assim, J. J. Gomes Canotilho, na sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* (Coimbra, 1983), após distinguir também vários níveis de relevância jurídica dos direitos sociais («dimensão subjectiva», «dimensão programática» e «dimensão igualitária») e depois de afirmar que essa «dimensão subjectiva» resulta, além do mais, da «radicação subjectiva de direitos através da criação por lei, actos administrativos, etc., de prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos constitucionalmente reconhecidos», conclui pela irreversibilidade dessa concretização (aliás num enquadramento teórico mais vasto):

É neste segundo sentido que se fala de direitos derivados a prestações (assistência social, subsídio de desemprego, etc.) que significam o direito de judicialmente ser reclamada a manutenção do nível de realização e de se *proibir qualquer tentativa de retrocesso social* [ob. cit., p. 374; itálico no original]. [...]

4. Ainda, porém, que o serviço instituído pela Lei n.º 56/79 houvesse chegado a funcionar, ainda assim, não ficava o legislador, só por isso, impedido de voltar atrás. Ele só não poderia, sem inconstitucionalidade, extinguir um tal serviço se este se houvesse radicado na «consciência jurídica dominante», formando-se uma espécie de *communis opinio* a respeito da sua essencialidade. Então —e só então— se poderia falar em inconstitucionalidade da norma que, revogando o quadro legal que o estruturara, o tivesse vindo extinguir.

O artigo 64.º, n.º 2, da lei fundamental só nessa medida garante aos cidadãos a estabilidade das prestações que o legislador lhes conceder. Para além desse nível, *não é razoável qualquer imposição visando proibir o retrocesso social*.

[...]

Declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, nos termos e para os efeitos dos artigos 281.º e 282.º da Constituição, do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 254/82, de 29 de Junho, na parte que revogou os artigos 18.º a 61.º e 64.º a 65.º da Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro. (Tribunal Constitucional de Portugal, Plenário, Processo n. 6/1983, Acórdão n. 39/1984, publicado no

Diário da República Eletrônico n. 104/1984, Série I de 1984-05-05, p. 1455-1468)⁸

Outro importantíssimo julgamento do Tribunal Constitucional de Portugal foi aquele proferido no *Processo n. 768/2002, Acórdão n. 509/2002*, ao reconhecer a INCONSTITUCIONALIDADE DA EXCLUSÃO –por meio de lei– das pessoas com idade entre 18 e 25 anos (mesmo com a ressalva dos direitos adquiridos) do benefício do rendimento mínimo de inserção que havia substituído o rendimento mínimo garantido que contemplava esta faixa etária:

Mesmo quando –atendendo à natureza sob reserva do possível ou do financeiramente possível que os direitos sociais apresentam– não se sustente, como fazem, todavia, alguns autores, a existência de um princípio constitucional de proibição do retrocesso nas prestações entretanto reconhecidas no domínio dos direitos sociais, é opinião doutrinária e jurisprudencialmente comum que o Estado só pode afectar o conteúdo realizado dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados quando se sustente numa comprovada incapacidade material, designadamente financeira, para manter a medida entretanto reconhecida de realização daqueles direitos ou quando a tal se veja compelido por força da necessária realização de outros valores de natureza constitucional. [...]

III – Decisão

16. Nestes termos, o Tribunal Constitucional pronuncia-se pela inconstitucionalidade da norma constante do artigo 4º, nº 1, do Decreto da Assembleia da República nº 18/IX, por violação do direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito da dignidade humana, decorrente das disposições conjugadas dos artigos 1º, 2º e 63º, nºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa. (Tribunal Constitucional de Portugal,

8 PORTUGAL. Diário da República Eletrônico. Disponível em <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/198691/details/maximized>>. Acesso em 11 nov. 2018.

Plenário, Processo n. 768/2002, Acórdão n. 509/2002, publicado no Diário da República Eletrônico n. 36/2003, Série I-A de 2003-02-01, p. 905-917)⁹

Nesse último acórdão, ainda que não unânime, restou pacificado o entendimento de que a legislação revogada, atinente ao rendimento mínimo garantido, concretizou direito à segurança social dos cidadãos mais carentes (incluindo jovens entre 18 e 25 anos), de tal sorte que a nova legislação, ao excluir do novo rendimento social a inserção das pessoas nesta faixa etária, sem a previsão e/ou manutenção de algum tipo de proteção social similar, segundo o entendimento majoritário do referido Tribunal, fez retroceder no grau de realização já alcançado o direito à segurança social a ponto de violar o conteúdo mínimo desse direito já que atingido o conteúdo nuclear do direito a um mínimo de existência condigna, não existindo outros instrumentos jurídicos que o assegure com um mínimo de eficiência.¹⁰

Uma medida de cunho retrocessivo, para que não venha a violar o princípio da proibição de retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar - *em qualquer hipótese* - o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas, já que também haverá de ser respeitado o princípio da universalidade, da titularidade e do

9 PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Jurisprudência. Acórdão. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em 11 nov. 2018.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. In.: Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 57. ano 14. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2006, p. 43.

exercício dos direitos fundamentais, pelo menos daqueles que possuem um conteúdo em dignidade da pessoa humana.¹¹

Assim sendo, uma violação do mínimo existencial significará sempre uma violação da dignidade da pessoa humana e por esta razão será sempre desproporcional e, portanto, inconstitucional de acordo com a concepção original do princípio da vedação ao retrocesso social.¹²

3. DA MUDANÇA DE POSIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL E DE JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO EM RELAÇÃO À EFICÁCIA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

O Direito é influenciado pela Economia e, em qualquer lugar em que exista a convivência humana, haverá, também, movimentação econômica a ser regulada por normas. Mas, «se é fato que o direito nasce quase sempre em resposta a fenômenos econômicos e sociais, também é verdade que ele [Direito] tenta regulamentar esses fenômenos»¹³.

Cabe ressaltar, ainda, que a elevação da carga tributária, a redução dos níveis de emprego e renda e os movimentos migratórios

11 SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. In.: Revista da AJURIS. vol. 73. ano 15. Porto Alegre: Ed. Ajuris, jul. 1998, p. 211.

12 MACEDO, Amílcar Fagundes Freitas. Reforma da previdência - Emenda Constitucional n. 41 e supressão de regra de transição - proibição de retrocesso social. In.: Revista da AJURIS. vol. 95. ano. 31. Porto Alegre: Ed. Ajuris, set. 2004, p. 28.

13 SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In.: Revista da AJURIS. vol. 99. ano. 32. Porto Alegre: Ed. Ajuris, set. 2005, p. 263.

internos externos em decorrência de conflitos armados e de crises políticas e sociais, sem dúvida, acabam influenciando de forma direta nos níveis prestacionais do Estado - *denominado de filho da moderna sociedade industrial* - sendo que o estado social de direito não poderá jamais permanecer imune às transformações daquele.

Prova disso é a análise das decisões proferidas pelo Plenário Tribunal Constitucional de Portugal em matéria orçamentária durante os anos de 2011, 2012 e 2013, a que correspondem os Acórdãos ns. 396/2011 (*Processo n. 72/2011*)¹⁴, 353/2012 (*Processo n. 40/2012*)¹⁵ e 187/2013¹⁶ (*Processos ns. 2/2013, 5/2013, 8/2013 e 11/2013*), no bojo dos quais se identificou uma flexibilização da eficácia normativa rígida do princípio da vedação ao retrocesso social, em decorrência da crise econômica financeira deflagrada em toda Europa nos anos de 2010 e 2011.

É que, em tais decisões, o Tribunal admitiu, respectivamente, a redução salarial progressiva entre 3,5% até 10% dos servidores públicos; a suspensão do adicional de férias e do 13º salário; e a própria redução dos vencimentos dos servidores em 25%.

Apenas para contextualizar, a referida crise econômica financeira deu origem ao «Memorando de Entendimento» entre Portugal, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário

14 PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Jurisprudência. Acórdão. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>>. Acesso em 11 nov. 2018.

15 PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Jurisprudência. Acórdão. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Acesso em 11 nov. 2018.

16 PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Jurisprudência. Acórdão. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>. Acesso em 11 nov. 2018.

Internacional, para instituição urgente do Programa de Ajustamento Econômico e Financeiro - PAEF, firmado em 2011, que previa a necessária e inevitável redução do déficit orçamentário do Estado.¹⁷

É ver-se que tais decisões judiciais do Tribunal Constitucional de Portugal deram origem ao que a doutrina especializada passou a chamar de «jurisprudência da crise» que se traduz num processo negocial entre a interpretação normativa da Constituição e a necessidade de ceder perante as exigências das circunstâncias fático econômicas.¹⁸

Em todas as referidas decisões o Tribunal Constitucional de Portugal utilizou-se da «prosseção do interesse público» dentro de uma ordem «transitória» e «excepcional» para decidir no sentido da não inconstitucionalidade de medidas legislativas que implicavam infringência ao princípio da vedação ao retrocesso social, medidas essas que, certamente, teriam outra decisão não fossem tempos de crises.

Pois bem, no que concerne ao *Acórdão n. 396/2011 (Processo n. 72/2011)*, sob a Relatoria do Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro, o Tribunal analisou a proposta legislativa de redução remuneratória dos trabalhadores do setor público, nos seguintes parâmetros: a) 3,5% sobre o valor total das remunerações superiores a € 1.500,00 e inferiores a € 2.000,00; b) 3,5% sobre o valor de € 2.000,00 acrescido de 16% sobre o valor da remuneração total que exceda os € 2.000,00, perfazendo uma taxa global que varia entre 3,5% e, c) 10%, no caso das remunerações iguais ou superiores a € 2.000,00 até 4.165,00.

17 PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). Observatório da Jurisdição Constitucional. ano 7, n. 1, jan./jun. 2014, p. 169. ISSN 1982-4564. Disponível em <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>>. Acesso em 11 nov. 2018.

18 *Ibidem*, p. 170.

Sensível à invocação do «interesse público» no contexto do princípio da proteção da confiança, numa decisão inédita, o Tribunal Constitucional de Portugal asseverou que:

[...]

Do que não pode razoavelmente duvidar-se é de que as medidas de redução remuneratória visam a salvaguarda de um interesse público que deve ser tido por prevalente, e esta constitui a razão decisiva para rejeitar a alegação de que estamos perante uma desproteção da confiança constitucionalmente desconforme.

Na verdade, à situação de desequilíbrio orçamental e à apreciação que ela suscitou nas instâncias e nos mercados internacionais são imputados generalizadamente riscos sérios de abalo dos alicerces (*senão, mesmo, colapso*) do sistema económico financeiro nacional [...].

São medidas de política financeira basicamente conjuntural, de combate a uma situação de emergência, *por que optou o órgão legislativo devidamente legitimado pelo princípio democrático da representação popular*.

[...] não havendo razões de evidência em sentido contrário, e dentro de limites do sacrifício, que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardam, é de aceitar que esse seja uma forma legítima e necessária, dentro do contexto vigente, de reduzir o peso da despesa do Estado, com a finalidade de reequilíbrio orçamental.

[...]

Não está demonstrado que exista uma diferença significativa nos efeitos da opção da redução dos vencimentos dos funcionários públicos, relativamente a uma tributação acrescida dos rendimentos de todos os cidadãos, sendo certo que *ambas alcançariam o objectivo de redução do défice público, com menores encargos para funcionários públicos, uma vez que a distribuição do sacrifício recairia sobre um universo substancialmente mais alargado*.

[...]

III – DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal Constitucional decide não declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes dos artigos 19º, 20º e 21º, da Lei n. 55-A/2010, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento para 2011). (Tribunal Constitucional de Portugal, Plenário, Processo n. 72/11, Acórdão n. 396/2011, Relator Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro, publicado no Diário da República Eletrónico n. 199/2011, Série II de 2011-10-17, p. 41.096 - 41.106, grifou-se)¹⁹

No mesmo sentido, é o *Acórdão n. 353/2012 (Processo n. 40/12)*, sob a relatoria do Conselheiro João Cura Mariano, por meio qual o Tribunal Constitucional de Portugal analisou a proposta legislativa de, durante a vigência do Programa de Assistência Económica e Financeira - PAEF, como medida excepcional de estabilidade orçamentária, suspender o pagamento de subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes aos 13º e, ou, 14º, meses, a funcionários públicos e a aposentados e reformados.

Também, em decisão inédita, o referido Tribunal declarou a «*inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13º da Constituição da República Portuguesa, das normas constantes dos artigos 21º e 25º, da Lei n. 64-B/2011, de 30 de dezembro*» (Orçamento do Estado para 2012), mas, surpreendentemente:

[...]

b) Ao abrigo do disposto no artigo 282º, n. 4, da Constituição da República Portuguesa, determina-se que *os efeitos desta declaração*

19 PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Jurisprudência. Acórdão. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>>. Acesso em 11 nov. 2018.

de inconstitucionalidade não se apliquem à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13º e, ou 14º meses, relativos ao ano de 2012. (Grifou-se)²⁰

Ou seja, não obstante declarar inconstitucional a norma permitiu que ela produzisse efeitos futuros, ou seja, até o final de 2012, sob os seguintes argumentos:

[...] encontrando-se a execução orçamental de 2012 já em curso avançado, reconhece-se que as consequências da declaração de inconstitucionalidade acima anunciada, sem mais, poderiam determinar, inevitavelmente esse incumprimento, pondo em perigo a manutenção do financiamento acordado e a consequente solvabilidade do Estado.

[...]

Estamos, pois, perante uma situação em que um interesse público de excepcional relevo exige que o Tribunal Constitucional restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos permitidos pelo artigo 282º, n. 4, da Constituição, não os aplicando à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13º e, ou, 14º meses, relativos ao ano de 2012. (Tribunal Constitucional de Portugal, Plenário, Processo n. 40/2012, Acórdão n. 353/2011, Relator Conselheiro João Cura Mariano, publicado no Diário da República Eletrónico n. 140/2012, Série I de 2012-07-20, p. 1.087 - 1.108, grifou-se)

Por fim, cabe verificar o conteúdo do *Acórdão n. 187/2013 (Processos ns. 2, 5, 8 e 11/2013)* onde atuou como relator o Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha e por meio do qual o Tribunal Constitucional de Portugal analisou a constitucionalidade das alterações legislativas que buscavam:

20 PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Jurisprudência. Acórdão. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Acesso em 11 nov. 2018.

[...]

A manutenção da redução das remunerações dos trabalhadores do sector público, a suspensão do subsídio de férias para os trabalhadores do sector público, a suspensão do subsídio de férias ou equivalentes de reformados e aposentados, a incrementação de uma Contribuição Extraordinária de Solidariedade (CES) sobre as pensões situadas entre € 1.350,00 e € 3.750,00, fixada entre as taxas de 3,5% e 10%, a redução de subsídios a atribuir pela Caixa Geral de Aposentações (CGA), a alteração do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS) e introdução de um sobretaxa em sede IRS.²¹

Ao proferir o referido Acórdão, o Tribunal considerou que:

- a) em relação a manutenção da redução das remunerações, os argumentos produzidos no Acórdão n. 396/2011 se encontrariam reforçados, pois *«era possível o carácter plurianual das normas aplicadas em 2011, bem com a sua introdução nas leis orçamentárias seguintes»*, pelo que foi entendido que estas normas *«não desempenham um efeito surpresa»* já que a situação económico-financeira portuguesa justificou a manutenção da medida;
- b) em relação da suspensão do subsídio de férias e de Natal, não houve violação ao princípio da proteção da confiança, já que:

[...] a suspensão do subsídio de férias - *que já havia sido adotada, no anterior exercício orçamental, em cumulação com a suspensão do subsídio de Natal* - integra-se, ainda, numa linha de atuação programada, de carácter plurianual que visa a realização de objetivos orçamentais essenciais ao reequilíbrio das constas públicas [...].

21 PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Jurisprudência. Acórdão. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>. Acesso em 11 nov. 2018.

- c) O Tribunal, como medida inovadora de combate à crise a lei do orçamento do Estado para 2013, decidiu que é constitucional a instituição da Contribuição Extraordinária de Solidariedade (CES) incidindo sobre pensões com valor superior a € 1.350,00, pagas não só por entidades públicas, mas abrangendo todas as prestações pecuniárias vitalícias devidas a qualquer título a aposentados, reformados:

[...]

As pensões assumem uma progressividade da seguinte forma: a) 3.5% sobre totalidade das pensões de valor mensal entre € 1.350,00 e € 1.800,00; b) 3.5% sobre o valor de € 1.800,00 e 16% sobre o remanescente das pensões de valor mensal entre € 1.800,01 e € 3.750,00, perfazendo uma taxa global que varia entre 3,5% e 10%; e c) 10% sobre a totalidade das pensões de valor mensal superior a € 3.750,00. [...] a CES consiste numa medida que visa financiar o sistema de segurança social e que se apoia na racionalidade própria da estratégia seguida para combater a crise económica, estando ainda, dentro da margem de livre conformação política do legislador.

[...]

III – Decisão

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal Constitucional decide:

[...]

e) Não declarar a inconstitucionalidade das normas dos artigos 27.º, 45.º, 78.º, 186.º, na parte em que altera os artigos 68.º, 78.º e 85.º e adita o artigo 68.º-A do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares) e 187.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro.²²

22 PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Jurisprudência. Acórdão. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>. Acesso em 11 nov. 2018.

Cabe ressaltar, ainda, e por fim que o próprio português José Joaquim Gomes Canotilho, alterou seu posicionamento sobre a referida eficácia normativa rígida do referido princípio²³ ao manifestar-se da seguinte forma:

[...]

O rígido princípio da *não reversibilidade* ou, formulação marcadamente ideológica, o *princípio da proibição da evolução reacionária* pressupunha um progresso, uma direção e uma meta emancipatória e unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizamos noutros trabalhos. A dramática aceitação de *menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário para todos*, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.²⁴

No mesmo sentido, é a posição de outro doutrinador português chamado José Reis Novais, ao afirmar que «o princípio da proibição do retrocesso social não tem, pura e simplesmente, nem arrimo positivo em qualquer ordem constitucional, nem sustentação dogmática, nem justificação ou apoio em quaisquer critérios de simples razoabilidade», porque pressupõe uma «concepção determinista da história» e um «optimismo inabalável»²⁵.

-
- 23 CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal. In.: CONJUR/Info/Artigos. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>> . Acesso em 11 nov. 2018.
- 24 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2004, p. 111.
- 25 NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010, p. 240.

Assim sendo, em tempos de crises econômico-financeiras pode-se concluir que o Tribunal Constitucional de Portugal e os doutrinadores portugueses não tiveram alternativa a não ser alterar e relativizar seus posicionamentos quanto à eficácia normativa –antes rígida– da aplicação do princípio da vedação ao retrocesso social.

4. O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NO BRASIL E A ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Cabe asseverar que é possível identificar a possibilidade de ser reconhecida a existência de um princípio de proibição de retrocesso social também na ordem jurídico-constitucional brasileira.²⁶

Por este princípio, que não é expresso na Constituição brasileira, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional e instituir determinado direito fará com que tal direito seja, então, incorporado ao patrimônio jurídico da cidadania e não poderá ser absolutamente suprimido.²⁷

No âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da proibição de retrocesso decorre implicitamente do sistema constitucional, designadamente dos seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional:

-
- 26 FACCI, Lucio Picanço. Retrocesso legislativo quanto às hipóteses de cabimento do mandado de segurança contra atos jurisdicionais: considerações críticas sobre o art. 5º, II, da Lei n. 12.016/2009. In.: Revista Dialética de Direito Processual. ____: Dialética, vol. 108, mar. 2012, p. 51. ISSN 1678-3778.
- 27 BARROS, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 58.

- a) *o princípio do estado democrático e social de direito*, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral;
- b) *o princípio da dignidade da pessoa humana* que, exigindo a satisfação –*por meio de prestações positivas e, portanto, de direitos fundamentais sociais*– de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviolabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar;
- c) *o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais contido no artigo 5º, § 1º, da CF/88*, que abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais;
- d) *a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito que encontram fundamento no artigo 5º, caput, da CF/88*;
- e) *a segurança com um valor fundamental constitucional*, que está incluída no elenco dos direitos invioláveis, arrolados no caput do artigo 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade.

Muito embora em nenhum momento tenha o constituinte referido expressamente um direito à segurança jurídica, este em algumas das suas manifestações mais relevantes acabou sendo contemplado em diversos dispositivos da Constituição, a começar pelo: *e.1)* princípio da legalidade e do correspondente direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, II); *e.2)* passando pela expressa proteção do direito adquirido, da coisa julgada e ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI); *e.3)* pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (artigo 5º, XXXIX); *e.4)* irretroatividade da lei penal desfavorável (artigo 5º, XL);

e.5) individualização e limitação das penas (artigo 5º, XLV a XLVIII); e.6) restrições à extradição (artigo 5º, LI e LII); e.7) devido processo legal, contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV).²⁸

O direito a segurança não se restringe, por sua vez, às dimensões citadas anteriormente e abrange, para além de um direito a segurança jurídica e social, um direito geral à segurança. Assim sendo, é inquestionável a conexão direta entre a segurança jurídica –*nas suas diversas manifestações*– e as demais dimensões referidas, notadamente da segurança social e pessoal.²⁹

O princípio da segurança jurídica –*aqui também tomado em sentido amplo como abrangendo a proteção da confiança*– exige tanto a confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder público, quanto a segurança do cidadão no que diz com as suas disposições pessoais e efeitos jurídicos de seus próprios atos, de tal sorte que tanto a segurança jurídica quanto a proteção da confiança incidem em face de qualquer ato de qualquer órgão estatal.

No âmbito do *Supremo Tribunal Federal brasileiro* podem citar-se as seguintes decisões, abaixo relacionadas com sua análise de conteúdo, no bojo das quais houve análise do princípio da vedação ao retrocesso social:

28 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. In.: Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 57. ano 14. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2006, p. 11.

29 GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria – análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/34832/princ%C3%ADpio_veda%C3%A7%C3%A3o_retrocesso_garcia.pdf>. Acesso em 11 nov. 2018.

- a) *ADIn n. 1.946/DF*, o Plenário do Supremo Tribunal Federal definiu que se se entender que a Previdência Social, doravante, «responderá apenas por R\$ 1.200,00 por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira estimulada a opção deste pelo trabalhador» masculino, ao invés da mulher trabalhadora, «o faria se incorrer em retrocesso histórico»³⁰;
- b) *ADIn n. 2.065/DF*, o Plenário do Supremo Tribunal Federal «indeferiu a extinção de órgãos de deliberação colegiada administrativa no âmbito previdenciário com base no princípio da vedação ao retrocesso social» tendo em vista a segurança jurídica, o contraditório e a mais ampla defesa e o fato do crédito tributário permanecer com a exigibilidade suspensa enquanto a discussão no âmbito administrativo é exaurida³¹;
- c) *ADIn n. 3.104/DF*, o Plenário do Supremo Tribunal Federal analisou a possibilidade de servidores públicos que havia implementado os requisitos especiais para aposentadoria à data da publicação da Emenda Constitucional n. 20/98, perderiam o direito de fazê-lo, naqueles moldes. Contudo, entendeu o Tribunal que «haveria ofensa ao princípio da vedação de retrocesso social caso fosse extinta a possibilidade de aposentadoria, também nesses moldes, para tais servidores»³²;

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771281/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1946-df>>. Acesso em 11 nov. 2018.

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14755828/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2065-df/in-teiro-teor-103140719?ref=juris-tabs>>. Acesso em 11 nov. 2018.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727140/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3104-df/in-teiro-teor-103113361>>. Acesso em 11 nov. 2018.

d) *ADIn n. 3.105/DF e ADIn n. 3.128/DF*, o Plenário do Supremo Tribunal Federal «*jugou improcedente, por maioria, o pedido de declaração de inconstitucionalidade do caput do artigo 4º da EC n. 41/2003*», reconhecendo, então, «*ser devida a exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração dos servidores públicos federais aposentados*», em nome da segurança jurídica e da manutenção do sistema previdenciário nacional, «*afastando a infringência ao princípio da vedação ao retrocesso social*»³³.

No âmbito do *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, cabem asseverar o conteúdo dos julgamentos proferidos nos autos das Apelações Cíveis, processos ns. 2003.71.00.027032-0/RS³⁴ e 2006.72.99.000635-6/SC³⁵.

No primeiro, um servidor público federal, pretendia o ressarcimento de despesas com tratamento de saúde, despesas essas que haviam sido excluídas de tal rol em decorrência de alteração de portarias editadas pelo Ministro da Fazenda.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63276>. Acesso em 11 nov. 2018.

34 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=200371000270320&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>>. Acesso em 11 nov.2018.

35 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=200672990006356&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>>. Acesso em 11 nov. 2018.

Pois bem, a 3ª Turma do E. TRF da 4ª Região entendeu por dar provimento ao recurso da parte Autora, nos termos do voto divergente do Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, nos seguintes termos:

[...]

A meu sentir, no entanto, em se tratando de direitos sociais dos trabalhadores, *impera o princípio do não retrocesso das conquistas sociais* incorporando-se ao patrimônio jurídico dos servidores, passando a constituir direito adquirido, que não pode ser diminuído ou simplesmente eliminado.

Vejamos.

Embora o princípio do não retrocesso não seja difundido de maneira ampla entre nós e não esteja explícito na Carta Magna Brasileira, está a cada dia ganhando mais corpo e conquistando defensores, tendo dito como precursores o insigne doutrinador português J.J. Gomes Canotilho [...].³⁶

No segundo julgado, a 6ª Turma do E. TRF da 4ª Região entendeu por bem manter a decisão que concedeu benefício de pensão por morte a menor sob guarda, figura que a Lei n. 9.528/1997 excluiu da equiparação o filho para fins previdenciários. Com base no Estatuto da Criança e do Adolescente e indicando a existência de entendimentos divergentes no Superior Tribunal de Justiça, o Juiz Federal Convocado, Relator, Eduardo Vandrê de Oliveira Lema Garcia, assim proferiu seu voto, condutor do v. aresto:

[...]

Na pendência dessa controvérsia, ainda existente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tenho que se deve dar primazia ao

entendimento que confere proteção à criança e ao adolescente, que tem relevância constitucional (artigo 227 da CF/88).

Seria o caso, inclusive, de *dar-se efetividade ao princípio de retrocesso*, uma vez que uma norma que faz cumprir o norte constitucional de proteção à infância não pode ser mitigada por norma superveniente, que lhe deixa totalmente ao desabrigo na ausência do seu guardião. Assim, a única interpretação possível, que compatibiliza a Lei n. 9.528, de 1997, com a Constituição de República é aquela segundo a qual não houve revogação do Estatuto da Criança e do Adolescente.³⁷

Já, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, importante analisar o conteúdo do julgamento proferido nos autos da Apelação Cível, processo n. 7004.764.777-1, pela Primeira Câmara Cível³⁸, analisando a questão trazida ao Poder Judiciário por um funcionário público municipal de Caxias do Sul, RS, que tinha seu tratamento psiquiátrico custeado de longa data pelo Instituto de Previdência de Assistência Municipal, daquela cidade, também conhecido como IPAM, sendo que a lei local restringiu a cobertura da assistência medida às pessoas portadoras de doenças psiquiátricas, deixando de cobrir os custos do tratamento do mesmo.

37 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=200672990006356&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>>. Acesso em 11 nov. 2018.

38 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70047647771&code=1464&entrancia=2&rid_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20C7A%20-%201.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em 11 nov. 2018.

Contudo, o referido Tribunal de Justiça, deu provimento ao recurso do Autor «em atenção ao direito adquirido, princípio da dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso social», sendo que ao proferir o voto condutor do acórdão, o Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal, no que aqui importa, asseverou:

A LCM n. 298, de 20/12/2007, no entanto, alterou o disposto no art. 181 da Lei Complementar n. 3.673/91, restringindo o tratamento médico apenas aos beneficiários portadores de alienação mental, que não é o caso do demandante, portador de patologia denominada Transtorno Obsessivo e Doença do Pânico.

[...]

No entanto, tem razão o demandante ao pleitear a manutenção do seu tratamento, custeado integralmente pelo apelado, na medida em que tem direito adquirido (art. 5º, XXXVI) que não pode ser suprimido por legislação posterior que lhe prejudica, implicando, ainda, em retrocesso social.

Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...]

Na doutrina do mestre Canotilho:

[...] ³⁹

Assim sendo, pode-se afirmar que no Brasil o princípio da vedação ao retrocesso social está sendo aplicado pelos julgadores em todos os níveis, com uma forma de preservação dos direitos fundamentais sociais.

39 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70047647771&code=1464&entrancia=2&rid_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%201.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em 11 nov. 2018.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma violação do mínimo existencial significará sempre uma violação da dignidade da pessoa humana e por esta razão será sempre desproporcional e, portanto, inconstitucional de acordo com a concepção original do princípio da vedação ao retrocesso social, materializada nas decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional de Portugal, na sua composição Plenária, nos autos do *Processo n. 6/1983, Acórdão n. 39/1984*, e do *Processo n. 768/2002, Acórdão n. 509/2002*.

Contudo, a elevação da carga tributária, a redução dos níveis de emprego e renda e os movimentos migratórios internos externos em decorrência de conflitos armados e de crises políticas e sociais, sem dúvida, acabam influenciando de forma direta nos níveis prestacionais do Estado —denominado de *filho da moderna sociedade industrial*— sendo que o estado social de direito não poderá jamais permanecer imune às transformações daquele.

Prova disso é a análise das decisões proferidas pelo Plenário Tribunal Constitucional de Portugal em matéria orçamentária durante os anos de 2011, 2012 e 2013, a que correspondem os Acórdãos ns. 396/2011 (*Processo n. 72/2011*), 353/2012 (*Processo n. 40/2012*) e 187/2013 (*Processos ns. 2/2013, 5/2013, 8/2013 e 11/2013*), no bojo dos quais se identificou uma flexibilização da eficácia normativa rígida do princípio da vedação ao retrocesso social, em decorrência da crise econômica financeira deflagrada em toda Europa nos anos de 2010 e 2011.

Em tais decisões, o Tribunal admitiu, respectivamente, a redução salarial progressiva entre 3,5% até 10% dos servidores públicos; a suspensão do adicional de férias e do 13º salário; e a própria redução dos vencimentos dos servidores em 25%, o que a doutrina especializada passou a chamar de «jurisprudência da crise».

O Tribunal Constitucional de Portugal passou a utilizar-se da «prossecação do interesse público» dentro de uma ordem «transitória»

e «excepcional» para decidir no sentido da não inconstitucionalidade de medidas legislativas que implicavam infringência ao princípio da vedação ao retrocesso social, medidas essas que, certamente, teriam outra decisão não fossem tempos de crises, alterando e relativizando a eficácia normativa –antes rígida– da aplicação do princípio da vedação ao retrocesso social.

Tal relativização na aplicação normativa rígida do referido princípio também foi adotada pelos doutrinadores portugueses José Joaquim Gomes Canotilho e Jorge Reis Novais.

É possível identificar a possibilidade de se reconhecer a existência de um princípio de proibição de retrocesso social também na ordem jurídico-constitucional brasileira, o que restou comprovado com a análise de conteúdo de várias decisões judiciais do STF, do TRF da 4ª Região e TJRS.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADRAGÃO, Paulo Pulido. Lições de história do direito romano, peninsular e português. Coimbra: Almedina, 2016.
- ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BARROS, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso diário.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso diário.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Jurisprudência. Disponível em <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Aamo](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Aamo)>.

nocr%25C3%25A1tical|TipoDecisao:null)&rt=s&pesq=juris.#main_res_juris>. Acesso diário.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Jurisprudência. Disponível em <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>>. Acesso diário.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vidal. Fundamentos da Constituição. Coimbra Editora, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2004.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal. CONJUR/Info/Artigos. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>>. Acesso em 11 nov. 2018.

FACCI, Lucio Picanço. Retrocesso legislativo quanto às hipóteses de cabimento do mandado de segurança contra atos jurisdicionais: considerações críticas sobre o art. 5º, II, da Lei n. 12.016/2009. Revista Dialética de Direito Processual. vol. 108, mar. 2012. ISSN 1678-3778.

FERREIRA, Antonio Oneildo. Princípio Constitucional do não retrocesso. JOTA/Info-Artigos. Agosto/2015. Disponível em <<https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgxvzLXGQgVvvhZqKrRjxGkzsFFC?projector=1&messagePartId=0.14>>. Acesso em 11 nov. 2018. ISSN 2447-6323.

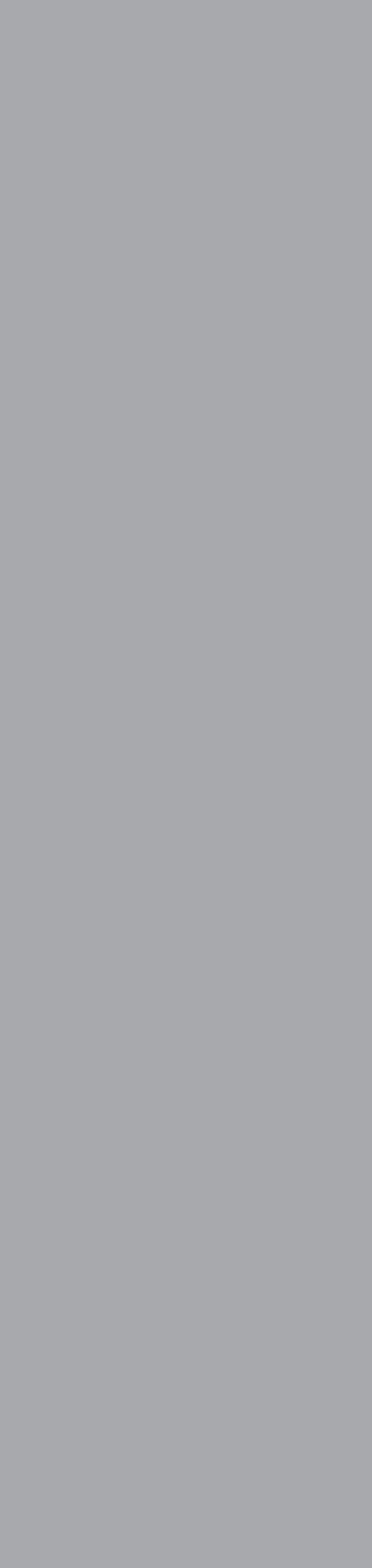
GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria – análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/34832/princ%C3%ADpio_veda%C3%A7%C3%A3o_retrocesso_garcia.pdf>. Acesso em 11 nov. 2018.

MACEDO, Amílcar Fagundes Freitas. Reforma da previdência - Emenda Constitucional n. 41 e supressão de regra de transição - proibição de retrocesso social. Revista da AJURIS. vol. 95. ano. 31. Porto Alegre: Ed. Ajuris, set. 2004.

- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010.
- PORTUGAL. Diário da República Eletrônico. Disponível em <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/198691/details/maximized>>. Acesso em 11 nov. 2018.
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Jurisprudência. Acórdãos. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>>. Acesso em 11 nov. 2018.
- PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). *Observatório da Jurisdição Constitucional*. ano 7, n. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 57. ano 14. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. In.: *Revista da AJURIS*. vol. 73. ano 15. Porto Alegre: Ed. Ajuris, jul. 1998.
- SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In.: *Revista da AJURIS*. vol. 99. ano. 32. Porto Alegre: Ed. Ajuris, set. 2005.
- SILVA, Jorge Pereira da. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Lisboa: Universidade católica Portuguesa, 2018.

The background features a series of overlapping, curved, light gray lines that sweep across the page from the top right towards the bottom left. These lines are set against a light gray background that also contains a subtle, fine grid pattern. The overall aesthetic is clean, modern, and geometric.

Recensiones



ADMINISTRATIVIZACIÓN, PRIVATIZACIÓN E INFORMATIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN

RECENSIÓN A LA OBRA DE TERESA ARMENTA DÉU *DERIVAS
DE LA JUSTICIA. TUTELA DE LOS DERECHOS Y SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS EN TIEMPOS DE CAMBIOS*

LORENZO M. BUJOSA VADELL

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

Teresa ARMENTA ha publicado un nuevo y necesario estudio, hace unas pocas semanas, en el que aplica su reflexión experimentada a la compleja realidad procesal actual en la que se refleja de modo inevitable el vértigo de la incertidumbre y de los cambios permanentes y, además, difícilmente previsibles. Son muchos los lúcidos comentarios que merecerían ser resaltados, empezando por el propio uso de ese sustantivo que da título al libro: «Derivas de la justicia». Entre ellos me parece importante destacar su invocación a recordar que «no es lo mismo buscar la solución justa que solventar un conflicto». La irrupción de numerosos nuevos protagonistas en el tráfico jurídico pone en cuestión muchas de las características jurídicas que dábamos por sentadas. Ante esta indiscutible constatación la reiterada llamada al sentido común y a la tutela de los derechos con el propósito de atender al valor superior de la justicia no debe ser, ni mucho menos, una tarea vana, sino la proclamación de un fin irrenunciable para el Derecho, y por supuesto, de nuestra especialidad procesalista.

Tras una sustanciosa presentación, que el lector no debería perderse, se ofrecen tres minuciosos capítulos en los que se va desgranando un diagnóstico sincero del estado de la administración de justicia en la actualidad, con ponderación de los rasgos de esta evolución, tratando de confrontar las ventajas y los inconvenientes que se desprenden de las modificaciones de los últimos años, de la jurisprudencia más destacada y de las reformas por venir. Su análisis pivota, principalmente, en el ordenamiento español, pero la pericia y acreditada experiencia de la autora le permite traer a colación, en una sucesión de magníficos ejemplos del buen uso de la metodología del Derecho comparado, contrastes con otras tradiciones jurídicas, más cercanas o más lejanas, incluso las asiáticas, escarbando también en los respectivos subsuelos económicos, sociológicos y culturales, aparte de situarnos en los contextos constitucionales que inciden directamente en las diversas figuras jurídicas a las que pasa revista. Ella no pretende realizar una sucesión de análisis pormenorizados de todas ellas, sino de dirigir nuestra atención a las líneas maestras que las informan y así dar cuenta de los cambios paradigmáticos que desde hace algún tiempo tenemos ya adelante, aunque no nos hubiéramos percatado del todo de sus causas, de sus consecuencias y de los riesgos que nos llevan a enfrentar.

En efecto, el estudio de la Prof.^a ARMENTA no se limita a realizar una cuidadosa descripción de los principales rasgos de lo que alguno podría llamar «la postmodernidad procesal». Al resaltar determinados elementos figurativos del paisaje procesalista, sin duda los más importantes para su lúcida argumentación, se basa en una abundantísima doctrina interdisciplinar y en las más señaladas resoluciones jurisdiccionales, pero con ello no se detiene en la caracterización de tales elementos, sino que introduce una muy sugerente mirada valorativa transversal. Su propósito dista del tratamiento en profundidad de cada uno de ellos, más bien los utiliza como ilustraciones de algunas tendencias generalizadas, imparables, aunque tal

vez hasta cierto punto aún moldeables, por lo menos en algunos de sus aspectos, sobre todo si partimos de una actitud poco favorable al determinismo acrítico. Lo que ella denomina, con una expresión afortunada, «derivadas de la justicia», son innegables transformaciones paradigmáticas que se están produciendo ya, pero acerca de las cuales quedan aún esperanzas de acomodación conceptual y constitucional.

Demuestra la autora, con sus agudas observaciones, una continuidad con otras luminosas publicaciones anteriores en las que se analizaron, asimismo de manera pormenorizada, los indiscutibles movimientos de convergencia entre el proceso civil y el proceso penal, no exentos de curiosas paradojas en las que insiste en su nueva obra. También aquí ambos órdenes jurisdiccionales son escenarios de la transformación que detenidamente se examina. Así, son llamativas algunas orientaciones comunes que a su vez se han convertido en líneas identificadoras de las tendencias aludidas. Para decirlo de manera resumida, las actuales derivadas de la justicia son esencialmente tres: el desplazamiento de la función jurisdiccional a heterogéneas entidades de naturaleza administrativa o asimilada, el fortalecimiento de los acuerdos de las partes como base para la resolución de muchos de los conflictos, así como la incorporación de los avances digitales e informáticos al proceso, con la coda ya ineludible de la inteligencia artificial.

El peso de la economía en varias de sus dimensiones influye de manera directa en las mencionadas tendencias y se introduce en la problemática de la jurisdicción a través del criterio general de la eficacia. La preocupación por la celeridad de las actuaciones, que no es en absoluta nueva, cobra una nueva dimensión más intensa desde esta perspectiva, porque ahora incluso el Estado debe responder a exigencias económicas o, por lo menos de gestión económicamente eficaz, más que como tradicional centro del poder derivado de la soberanía. En ello podemos ver un ejemplo de la diversidad de facetas implicadas en las grandes cuestiones que se plantean: es razonable

tener en cuenta los factores económicos que afectan al ejercicio de las actividades estatales, pero tal vez lo sea menos desechar de plano los avances civilizatorios conseguidos a través de la constitucionalización del Estado y del establecimiento de las consiguientes garantías públicas.

El lenguaje aparece como uno de los ámbitos en que pueden observarse los efectos de esta transformación: se habla de «justicia gestionada», de «servicio público de la justicia», de «medios adecuados de resolución de conflictos», «administración de la Administración de Justicia», expresiones todas ellas discutibles e incluso algunas de ellas claramente inasumibles, pero demostrativas de cambios profundos que todavía no han llegado a sus últimas consecuencias y que precisan de atención intelectual. Otras veces la mutación lingüística se produce por cambios más explícitamente semánticos, como en la dudosa diferenciación entre «lo procesal» y «lo jurisdiccional» como vía para adelgazar el contenido de la potestad constituida en el artículo 117 CE.

Si la principal preocupación es que la justicia debe estar bien gestionada, el paso siguiente es la atribución de funciones a órganos distintos a los jurisdiccionales, lo cual lleva a distinguir el núcleo duro de la jurisdicción de lo que se supone son los aledaños externos, y por tanto susceptibles de ser asignados a otros sujetos, públicos o privados, pero que permiten prever una mejor gestión de los recursos existentes en sentido amplio. Pero de este modo nos acercamos a un terreno arriesgado, pues la delimitación de ese núcleo no es pacífica y de hecho lleva a una fundada sensación de que la jurisdicción ha empezado a ser desarbolada. Todo ello sin obviar que hasta el propio Estado es superado por las grandes multinacionales, que prefieren una mayor certidumbre en la resolución de sus conflictos y por tanto huyen de las jurisdicciones nacionales hacia cauces privados, y literalmente supranacionales, para someter sus controversias. Hay, por

lo tanto, una cara interna de la desjudicialización, pero también una cara externa no menos destacable.

Junto a la huida de la jurisdicción, o consustancial con ella, la autora destaca la puesta en primer plano de la autonomía de la voluntad o, como ella dice, la contractualización de la justicia. La decisión del individuo que negocia y que acuerda se convierte en elemento central de la resolución de controversias no sólo civiles, sino también penales, con lo que supone de alejamiento de la verdad de los hechos, que siguiendo a Wróblewski es fundamento nada menos que de la justicia de la decisión. La pacificación del conflicto se prioriza por encima de consideraciones de justicia, aunque solo fuera porque no está en ningún caso garantizada la igualdad real de los contratantes, como parece que tampoco puede estarlo el libre consentimiento de quien tiene su libertad en juego, sin embargo como vemos el problema es bastante más amplio. Estamos hablando, como se ve, de los grandes conceptos, no sólo del Derecho Procesal, sino de las complejidades de la vida misma, que están continuamente en riesgo en la vida social, y más en la sociedad fluida que nos ha tocado vivir.

En el proceso civil se destacan los estímulos para abandonar las vías tradicionales de la administración de la justicia, con la evidente privatización que ello conlleva, incluso a través de contratos cuyo núcleo es el alejamiento de la jurisdicción. En lugar del perfeccionamiento o la superación de los problemas intrínsecos al ejercicio de la función jurisdiccional y de la satisfacción de la tutela judicial efectiva, se pretende que el proceso se convierta en «ultima ratio», lo cual sin duda no se consigue de manera gratuita. En el proceso penal la indisponibilidad del objeto es puesta en duda ante la paradoja de un Derecho Penal en eferescencia cuyas directas consecuencias no pueden ser asumidas por unos órganos jurisdiccionales con medios limitados, de ahí el incentivo de soluciones de oportunidad o, más claramente de conformidades que impliquen, entre otra variedad de beneficios, la prioritaria y supuesta buena gestión de los recursos. De

este modo, también el impulso de los acuerdos de las partes procesales se convierte en mayoritariamente definitorio del contenido de las resoluciones jurisdiccionales.

Así pues, lo que se subraya es la administrativización, como derivación de parte de la actividad jurisdiccional a sujetos que se sitúan en la órbita de la Administración, y la contractualización, por la creciente priorización de la voluntad de las partes en el panorama real de la resolución de conflictos, incluida su vertiente penal. El examen es poco menos que exhaustivo en cuanto a los distintos elementos que se sitúan en su debido encuadre respecto a las grandes líneas que se analizan. No podía faltar la flexibilización del proceso y el notorio aumento de las posibilidades de derivación de los jueces en principio competentes, en otra muestra del desbordamiento de un Estado social difícil de mantener, y que cede su potestad de juzgar a otros entes que aparentemente pueden ser mejores gestores de las pretensiones.

Hay que enumerar la remisión de competencias al letrado de la Administración de Justicia, la atribución de competencias a notarios y registradores, la externacionalización en empresas tecnológicas de actividades de interceptaciones de comunicaciones o de conservación de datos relevantes, la mutación de la justicia represiva en justicia preventiva, la innumerable multiplicidad de los ADR, la ampliación de funciones de los fiscales, los «plea bargaining» como manifestación de un nebuloso principio de oportunidad, la función de las delaciones para la persecución de una delincuencia cada vez más enrevesada, son valorados críticamente como si se tratara de notas en una amplia partitura, a fin de ponderar su valor contextual en el marco de las tendencias generales formuladas como hipótesis globales que de este modo obtienen una más que suficiente constatación.

Aparte de la problemática del desbordamiento del Estado y de la contractualización de la justicia, es necesario destacar el amplio examen de las consecuencias jurídicas de la innovación tecnológica,

especialmente desconcertantes cuando hacemos referencia, más en concreto, a la aplicación de la inteligencia artificial al ámbito de la administración de la justicia. La deriva que ello produce, en múltiples aspectos, está tratada con gran rigor y con la recopilación de muchísima información útil y sugerente. Si no estuviéramos ante un objeto de estudio tan efervescente y mutable, podríamos decir que es exhaustiva. Pero la misma autora es consciente de la imposibilidad de utilizar tal adjetivo.

Para quien permanece ajeno a la comprensión de los abstrusos conceptos informáticos se hace difícil situarse ante lo que ya es un mar de dudas y de riesgos para la actividad social, y desde luego, para la actividad jurisdiccional. Pero no queda más remedio que afrontarlos con un paciente aprendizaje y, evitando por supuesto, el efecto de embelesamiento que suele acompañar a la ignorancia cuando se presentan novedades insospechadas, que pueden hacer el mismo efecto que las cuentas de colores ante unos indígenas ingenuos. Pero no se trata solo de problemas relacionados más o menos ampliamente con la brecha digital y con la funcionalidad impresionante de los nuevos programas e instrumentos. En el fondo estamos hablando de relaciones de poder, de dominios de mercado, de posibles abusos masivos, de la dificultad del control de acumulaciones gigantescas de datos, etc.

Lo que a escala ínfima puede observarse como la incomodidad ante la brecha digital, en una mirada panorámica en realidad supone una convulsión en las mismas bases que fundamentan la relación entre el individuo y el poder político, lo cual se observa en la difícil convivencia entre las grandes empresas que utilizan la inteligencia artificial y el resbaladizo control de los Estados, que da la impresión de hacer dramáticos esfuerzos para no quedarse fuera de juego en el tráfico jurídico contemporáneo. La propia potestad jurisdiccional aparece discutida, desde el momento en que los matemáticos, estadísticos e ingenieros informáticos son los que influyen notablemente en la toma de decisiones judiciales, aún sin que admitamos la sustitución

de la función jurisdiccional por una aplicación veloz al caso concreto del mítico algoritmo –y veremos por cuánto tiempo podemos seguir diciendo que la inteligencia artificial solo asiste al juzgador, pero no lo sustituye-.

La amplitud de este desasosegante estudio es asombrosa y la autora lo aborda con denuedo, tratando de sistematizar los problemas y de ofrecer alguna luz ante las abundantes sombras. Parte de un minucioso apartado terminológico, a sabiendas de que la clarificación conceptual y la adecuada utilización del lenguaje no solo es gentileza para el lector, sino también garantía de construcción de argumentos fiables. Y no es tarea sencilla discriminar expresiones como «tecnología disruptiva», «tecnología digital», «realidad virtual», «aprendizaje automático», «internet de las cosas», o todas aquellas que en la literatura especializada se mantienen en inglés por no haber alcanzado aún una traducción aceptada comúnmente. La nebulosa es densa y de difícil ordenación, la cual es sin embargo imprescindible con el fin de proceder a una adecuada ponderación de sus consecuencias para el proceso o para aquellos otros cauces complementarios o equivalentes.

Uno de los elementos esenciales que se sitúa en el trasfondo de todo ello es lo que se conoce como «Big Data» y su gestión a través de las herramientas de inteligencia artificial, lo cual obviamente supone un negocio poco menos que inconmensurable y, a la vez, un extraordinario reto para la aplicación correcta de la normativa de protección de datos. No es una cuestión menor, porque todo sabemos que estamos hablando de la eventual vulneración de derechos fundamentales, que son cotidianamente puestos en alto riesgo. Estos datos se convierten en alimento estadístico de la maquinaria informática por la que se trata de influir en el comercio, en la negociación y, por supuesto, en las resoluciones judiciales.

Las ventajas que aporta la digitalización de la justicia han sido muy poco visibles al inicio de la pandemia, a pesar de que ya llevan

años en nuestra legislación, con gran profusión de preceptos que no han evitado la paralización de las actividades procesales en muchos órganos jurisdiccionales, salvo las consideradas urgentes en los distintos órdenes jurisdiccionales. Ello es una muestra de las dificultades en la implementación real de las nuevas tecnologías. La autora repasa algunos hitos en este sentido como la creación del expediente judicial electrónico, LexNet y sus problemas, los juicios telemáticos.... Pero todos estos avances empalidecen ante la otra vuelta de tuerca que supone la aplicación de la justicia predictiva y sus diversos modelos concretos, que han suscitado fundadas críticas por su parcialidad, herramientas de policía preventiva que también fundamenta sus acciones en la acumulación de datos personales de manera escasamente neutral.

En efecto, el algoritmo, es decir, el instrumento matemático por el que la multitud de datos se convierte en una previsión concreta, aparece muchas veces como un arcano incontrolable, por lo tanto nada transparente y, desde luego, susceptible de incorporar los sesgos que no ha sabido –o querido– evitar el responsable de la introducción de los datos en la maquinaria informática. Ante este panorama es muy razonable la afirmación de la Dr.^a Armenta cuando dice: «no es aventurado un cierto vértigo derivado de que el resultado de un programa de IA se encuentre los factores que conforman las decisiones judiciales que se proyectan sobre la situación personal».

La objetivización como ventaja de la aplicación de la inteligencia artificial, por su parte, es puesta también en duda, pues la delegación de la respuesta jurisdiccional en la máquina –o en los informáticos o matemáticos que la controlan– no permite la obtención de tutela jurisdiccional respetuosa con las necesidades de justicia en el caso concreto. Es decir, impediría aplicar la noción de equidad, sobre la que Aristóteles, en el libro V de su *Ética Nicomáquea*, apuntaba un aviso determinante hacia el futuro: «Sobre algunas cosas es imposible establecer una ley», en el sentido de que no pueden preverse todas

las circunstancias concretas de una manera general y abstracta, y recordaba la regla de plomo usada en las construcciones lesbias, «que no es rígida».

En definitiva, no es posible en estas breves líneas comentar los copiosos problemas concretos que se derivan de los sorprendentes medios que ya hoy mismo pueden aplicarse a las actuaciones procesales y sobre los que la autora emite sus opiniones fundadas. Ella es bien consciente de que con ello plantea más problemas que soluciones –de eso se trata, de mostrar puntos nucleares sobre los que la doctrina debe pensar y discutir–, aunque no sean nada desdeñables las respuestas que aporta con su excelente criterio.

NORMAS EDITORIALES

Los autores enviarán su colaboración por correo electrónico a la siguiente dirección: joan.pico@upf.edu o guilherme@marinoni.adv.br. Junto al trabajo debe aparecer un resumen en castellano y en inglés de una extensión máxima de cien palabras, acompañado de las palabras clave correspondientes (en castellano y en inglés), el nombre del autor y el cargo académico o profesional. De igual modo, deberá traducir al inglés el título del estudio enviado y ponerlo entre paréntesis y en cursiva, detrás del título original del estudio.

Los trabajos presentados deberán ser inéditos. Los autores ceden gratuitamente los derechos de publicación a esta revista o a cualquier otra publicación o medio de reproducción o comunicación, en cualquier formato o soporte, incluida su traducción, que la dirección ejecutiva de la revista considere oportuno ceder.

Los trabajos tendrán una extensión máxima de 60 páginas, a doble espacio, en letras Times New Roman 12 (texto) y 10 (notas), y se enviarán en formato word.

La estructura del trabajo deberá realizarse mediante números: 1, 2, 3, etc. Y dentro del 1: 1.1, 1.2, 1.3, etc. Y dentro del 1.1: 1.1.1., 1.1.2, 1.1.3, etc. Y así sucesivamente.

En la redacción procurará no usarse negrita ni subrayado.

Las citas deberán ir a pie de página. La bibliografía se citará con el siguiente orden: autor (al menos apellidos), título de la obra en cursiva, ciudad, año y páginas citadas. Para separar estos datos se utilizará la coma. Los títulos de revista no irán abreviados y deberá constar el año y número de la revista. Cuando se cite la misma referencia varias

veces, se hará completa la primera vez y abreviada en las restantes. Si se citan recursos electrónicos deberá indicarse la dirección electrónica donde se ha obtenido la información y la fecha de impresión o lectura (ejemplo: www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/historia; fecha de consulta: 16/02/2012). Y si se citan resoluciones judiciales deberán destacarse todos los datos necesarios para su localización.

Se acusará recibo de los originales, cuya publicación podrá ir condicionada a la introducción de modificaciones.

La revista y sus directores no se hacen responsables del contenido de los trabajos ni de las opiniones y comentarios de los autores.

