



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Bases para actualizar el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamerica

(Basis to update the Model-Code of Civil Procedure for Iberoamerica)

Roberto Omar Berizonce

Professor Emeritus at the Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Honorary
President of the Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal and member of the
International Association of Procedural Law

Sumario: I. El Código Procesal Civil “Tipo” para Iberoamérica como sistema paradigmático. II. Las circunstancias sobrevinientes en la región al cabo de más de dos décadas. 1. Transformaciones en el sistema de justicia: constitucionalización de nuevos derechos y garantías. 2. Las concepciones sistemáticas del servicio jurisdiccional y la importancia de los modelos de gestión. 3. La irrupción de los medios alternativos de solución de conflictos. III. Hacia la actualización del Código Modelo. 1. Ratificación de sus principios estructurales. 2. Ajustes, rediseño e incorporación de nuevas instituciones, técnicas y procedimientos. 2.1. Tutelas procesales diferenciadas. 2.2. Instrucción preliminar (procedimientos de pre-action). 2.3. Poderes de dirección y ordenación de las causas. 2.4. Medidas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, en general. 2.5. Tipos procesales sumarios, de cognición plena y trámite simplificado. 2.6. Procesos colectivos. 2.7. Procesos repetitivos. 2.8. Cumplimiento y ejecución de las sentencias. IV. Epílogo.



I. El Código Procesal Civil “Tipo” para Iberoamérica como sistema paradigmático.

Es bien sabido que el Código Modelo se gestó laboriosamente al cabo de casi dos décadas de estudios, debates y decisiones escalonadas que culminaron con su aprobación durante las XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Río de Janeiro, 1988)¹. Primero se acordó la preparación de “bases uniformes” que sirvieran a la elaboración de un ordenamiento paradigmático, las que fueran consensuadas en las Jornadas de Bogotá y Cartagena de Indias, de 1970, debatiéndose en los sucesivos encuentros los principios esenciales para finalmente estructurar el anteproyecto que fuera obra de los profesores uruguayos A. GELSI BIDART, L. TORELLO y E. VESCOVI. Fue el fruto de la feliz confluencia de diversos factores que se cobijaron en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Entre aquellos factores incidentes se destacaban, en cuanto al proceso civil, una común raíz y pertenencia de todos los ordenamientos del subcontinente americano afiliados a las legislaciones de las madres patrias, España y Portugal, inspiradas a su vez en el proceso romano-canónico y en el modelo de las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio. El logro nació de la necesidad de impulsar un cambio en profundidad para transformar radicalmente los sistemas de enjuiciamiento imperantes² y sustituirlos por un nuevo paradigma sustentado en la idea-fuerza de la oralidad y el proceso por audiencias, con todos sus consecretarios, principalmente la inmediación del juez con las partes y el material litigioso, la concentración y publicidad de los actos, la desformalización burocrática de los procedimientos en general, como medio para la

¹ GELSI BIDART A., TORELLO L. y VESCOVI E., *Hacia la preparación de Códigos Procesales Modelos: las bases para la reforma...*, en *Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 25 y ss.. Sobre los antecedentes y bases del anteproyecto: GELSI BIDART A., *Código “tipo” y reforma del proceso civil en América Latina: entre derecho común y uniforme en Un “Codice Tipo” di procedure civile per l’America Latina*, pp. 41 y ss.. VESCOVI E., *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*, Temis, Bogotá, 1996, pp. 20-22.

² Sobre el sentido transformador del anteproyecto de Código modelo: VESCOVI E. y GELSI BIDART A., *Bases para orientar en Latinoamérica la unificación legislativa en materia procesal civil*, Rev. Fac. Cs. Jurid. y Soc. de Guatemala, set.1982. VESCOVI E., *El proyecto de Código procesal civil uniforme para América Latina*, Rev. Inst. Colombiano de Der. Proc., Bogotá, 1986, n° 4. GELSI BIDART A., *Código “tipo”...*, ob. cit., pp. 41 y ss..



igualdad concreta de los litigantes ante la jurisdicción. Se buscaba un camino para superar la palmaria ineficacia del tradicional proceso escriturario y el estado de postración de la justicia.

La exposición de motivos³ se explaya sobre los *principios rectores*, dedicando atención a la oralidad y proceso por audiencias; organización de la magistratura; poderes, deberes y responsabilidades del juez y de las partes. Entre las principales instituciones transformadoras que recoge el código se destacan aquellas propias de la creciente publicización del proceso civil y el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción; la adopción del proceso por audiencias orales; la regulación de una audiencia preliminar, con finalidades múltiples (arts.301, 302); el reconocimiento al juez de verdaderos poderes-deberes de observancia inexcusable (arts.33 a 35) para la dirección e instrucción de las causas, potestades que se acentúan en los denominados procesos sociales (art.310); doble instancia con un juez monocrático; la organización independiente del ministerio público (art. 36 a 42); la regulación de la tutela de los intereses colectivos o difusos (art. 53, 194); la prevención de los procesos fraudulentos o colusorios (art. 64); la protección cautelar genérica (art. 280); la instauración de procesos de estructura monitoria (art. 311 a 316); la admisión de medidas conminatorias para asegurar el cumplimiento de las decisiones; la consagración, en fin, de principios y directivas generales para guiar la interpretación finalista de los preceptos procesales (art. 1 a 3). Se trataba, en definitiva, de las grandes líneas tendenciales que por entonces se avizoraban en el derecho procesal iberoamericano⁴.

Una ilustrada doctrina procesal⁵ ha explicado con detenimiento los principios fundantes, la génesis del Código Modelo y su proyección posterior, principalmente a partir de su íntegra

³ *Código Procesal Civil y Procesal Penal...*, ob. cit., pp. 41-70.

⁴ El Código “tipo”, como lo señalara VESCOVI, se inspiró en las más avanzadas instituciones de la región: el despacho saneador y el rechazo preliminar de la demanda, del derecho brasileño; el principio venezolano de que “las partes están a derecho”; los poderes del juez acordados por el código procesal argentino; el desarrollo de la prueba en audiencia de la legislación colombiana; el proceso monitorio del derecho uruguayo; el sistema apelatorio y el efecto diferido de origen costarricense y argentino, etc. (*Confrontación entre el Código Procesal Civil modelo iberoamericano y el proyecto de Código Europeo...*, en *Unificazione del diritto e rimedi alternativi per la risoluzione delle controversie civili nel sistema giuridico latinoamericano*, estrato da *Roma e America. Diritto Romano comune*, Mucchi ed., Roma, 1997, p. 110).

⁵ VESCOVI E., *Los códigos modelos. El Código Modelo para Iberoamérica*, en *El Derecho Procesal en el MERCOSUR*, Fac. Cs. Jur. y Soc. UNLitoral, Santa Fe, 1997, p. 491 y ss.. BARBOSA MOREIRA J. C., *Le code-moèle de procedure civile pour l’Amerique latine...*, en *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, ed. Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 191 y ss.. SIMON L. M., *La aplicación del Código Procesal Civil modelo en Iberoamérica*, relato general, VII Seminario



recepción en el Código General del Proceso del Uruguay de 1989⁶ y parcialmente en el Código Procesal Civil peruano de 1992⁷, en las sucesivas reformas del ordenamiento brasileño, a partir de 1994⁸, en las provincias argentinas de Tierra del Fuego⁹, La Pampa, Río Negro, entre otros.

II. Las circunstancias sobrevinientes en la región al cabo de más de dos décadas.

Interesa analizar ciertos fenómenos jurídicos que se fueron gestando contemporáneamente que trajeron consigo diversas transformaciones en los ordenamientos fundamentales de los países del subcontinente, en la búsqueda de respuestas a los problemas más acuciantes de los sistemas de impartición de justicia. Al margen de la complejidad de aquellas transformaciones y las insalvables dificultades para aprehenderlas más allá de sus contornos, ha de convenirse que, aún a riesgo de una excesiva simplificación, han sido las reformas sucedidas en el plano de las diversas constituciones, por un lado, y en paralelo de las convenciones internacionales, por otro, las que mayor impacto han producido sobre los sistemas jurídicos en general y, particularmente, en el de la prestación de justicia.

Internazionale Formazione e caratteri del sistema giuridico latinoamericano e problemi del processo civile, Roma, 2002.

⁶ La bibliografía uruguaya es amplísima. Por toda ella: VESCOVI E., *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*, ob.cit., pp. 22 y ss.. VESCOVI E., director, *Código General del Proceso*, ed. Abaco, Montevideo, v. I, 1992 y sucesivos. Sobre el sistema de los principios del CGP y su fuente en el Código Modelo, v. 1, pp. 54-55.

⁷ MONROY GALVEZ J., *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*, 2ª ed. aumentada, Palestra ed., Lima, 2004, *passim*, especialmente pp. 81-89; 153-165; 289-314; 315-349; 351-355; 357-377; 433-447. Del mismo ilustre autor: *La reforma del proceso civil peruano quince años después*, en *Reforma procesal civil*, E. Oteiza coord., AADP, Rubinzal Culzoni ed., Bs.As., 2009, pp. 125 y ss.. SIMONS PINO A., *La evolución del proceso civil en Perú*, en *Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas*, Univ. de Lima, Lima, 2008, pp. 19 y ss.

⁸ MONIZ DE ARAGAO E. D., *Reforma processual: dez anos*, en *Genesis Rev. Dir. Proc. Civ.*, Curitiba, 2002, nº 24, pp. 281 y ss.. BARBOSA MOREIRA J. C., *Os novos rumos do processo civil brasileiro*, en *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, ed. Saraiva, São Paulo, 1997, pp. 63 y ss.; *id.*, *O processo civil brasileiro entre dois mundos*, en Oitava Série, 2004, pp. 41 y ss.. PELLEGRINI GRINOVER A., *Cambios estructurales en el proceso civil brasileño en Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*, de la Oliva Santos A. y Palomo Vélez D.I., coord., Ed. Jur. de Chile, Santiago, 2007, pp. 651 y ss.

⁹ MORELLO A. M. y KAMINKER M. E., *El Código Procesal Civil (General) de la Provincia de Tierra del Fuego*, El Der., Bs. As., v. 159, p. 1018.

1. *Transformaciones en el sistema de justicia: constitucionalización de nuevos derechos y garantías.*

Profundas reformas constitucionales han traído consigo, entre otras, las nuevas Cartas de Brasil (Constitución Federal de 1988 y las sucesivas Enmiendas, especialmente la N° 45/2004), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999), México (1994 y posteriores), entre otras.

En todas ellas, los tradicionales “bloques de constitucionalidad” se han visto notoriamente amplificados, con la consagración de nuevos derechos y garantías, propios de la tercera y cuarta “generación”, incluyendo la tutela de los derechos difusos y colectivos, de consumidores y usuarios en general y de protección del medio ambiente. Ha operado igualmente el fenómeno de la *constitucionalización de las garantías* –amparo, *habeas corpus*, *habeas data*- y, más específicamente, de aquella que asegura el acceso irrestricto a la jurisdicción y la tutela judicial efectiva, una de las garantías más trascendentes, por constituir el derecho a hacer valer los propios derechos¹⁰.

En paralelo, han cobrado paulatinamente operatividad los derechos y garantías de la jurisdicción estampados en los tratados y convenciones internacionales sobre Derechos Humanos -particularmente, el Pacto de San José de Costa Rica, arts. 8, 25 y conc.-¹¹, que en algunos países, v.gr., Argentina, tienen acordada jerarquía constitucional y están por igual mandato asegurados positivamente por el Estado. Una rica y creativa doctrina jurisprudencial de los órganos transnacionales de la región –la Corte Interamericana de Derechos Humanos- está siendo receptada en los países signantes del Pacto de San José, por los propios tribunales

¹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA C.A., *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales en Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas*, ob. cit., pp. 67 y ss.. VALLESPÍN PÉREZ D., *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, en la misma obra, pp. 85 y ss.

¹¹ GARCÍA RAMÍREZ S., *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, UNAM, México, 2002, pp. 105 y ss.



nacionales, particularmente para la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos de incidencia colectiva en general¹².

En ese contexto, de generalización creciente, se gestan nuevos desafíos para el legislador de nuestros países, y no menos acuciantemente para los jueces, llamados todos a imaginar nuevos y más complejos instrumentos y técnicas procesales de todo tipo, para asegurar en concreto la virtualidad y operatividad de todo el catálogo de los nuevos derechos y garantías. Se van perfilando con contornos cada vez más nítidos los típicos procesos de la *justicia de “protección” o “acompañamiento”*¹³, que embrionariamente contempla el Código Modelo en su art. 310, para los litigios individuales sobre derechos y situaciones de tutela preferente, y los denominados *procesos de interés público*, estructurales o remediales, destinados a reglar los litigios colectivos¹⁴. En unos y otros, se dibuja una novedosa concepción del ejercicio de la jurisdicción a través del proceso, con reglas singulares que abarcan las instituciones “equilibradoras” de la situación de las partes, los mayores y más incisivos poderes reconocidos al juez para la ordenación, gestión e instrucción de las causas, las legitimaciones extraordinarias, la acentuación del deber de colaboración de las partes, las tutelas de urgencia anticipatorias provisionales y aun satisfactivas, la búsqueda preferente de soluciones autocompuestas, las sentencias propias de una justicia de resultados, remedial, las singularidad de su ejecución y la función dialogal que el órgano judicial ejerce en continuidad ininterrumpida.

¹² HITTERS J.C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Inst. Est. Jud. SCBA, La Plata, 2009, pp. 7 y ss., especialmente pp. 15-19.

¹³ CAPPELLETTI M., *Acceso a la justicia (como programa de reformas y método de pensamiento)*, trad. G. Seminara, Rev. Col. Abog. La Plata, 1981, nº 41, pp. 165 y ss.. MORELLO A.M., *La Corte Suprema en acción*, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 1989, pp. 11 y ss., 37 y ss.

¹⁴ FISS O., *El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Bs.As., trad. E. Restrepo Jaldarriaga, 2007, pp. 47 y ss.. Sobre la experiencia argentina: BERGALLO P., *Justicia y experimentalismo...*, J.A., Bs. As., 2006-II, pp. 1165 y ss.. COURTIS C., *Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos*, J.A., Bs. As., 2006-II, pp. 1225 y ss.. Asimismo, BERIZONCE R.O., *Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas*, RDP, número extraordinario *El Derecho Procesal en vísperas del Bicentenario*, 2010, pp. 169 y ss.



2. Las concepciones sistemáticas del servicio jurisdiccional y la importancia de los modelos de gestión.

Desde otra perspectiva, resalta igualmente como factor incidente el afianzamiento de una concepción sistemática de los esquemas de justicia, con virtualidad directa para destruir el viejo mito que ingenuamente hacía suponer que la solución de los tan intrincados cuan complejos problemas de la prestación jurisdiccional dependía tan solo de un buen código procesal.

a. Como todo sistema, el de justicia se fragmenta en diversos niveles –organización tribunalicia, infraestructura y medios materiales, recursos humanos, modelos procesales, la situación de los propios litigantes y sus abogados, asesoramiento técnico auxiliar a cargo de peritos y consultores, organización, dirección y gestión de los órganos y de los conflictos, control de todas las actividades, etc.-. Todos esos factores se articulan e influyen recíprocamente, por manera que los “productos” y resultados que se derivan del servicio jurisdiccional dependen directa o indirectamente de la armónica conjugación de todos y cada uno de aquellos. De donde, se concluye, el modelo procesal no es sino uno de tales factores, necesario pero no suficiente para la transformación del sistema de enjuiciamiento.

b. Se enfatiza, entre otros factores de incidencia decisiva, la *organización del despacho (oficio) judicial*, estrechamente ligado con el mejor aprovechamiento de los recursos materiales y la eficiencia en general. Entre las técnicas novedosas se incluyen la flexibilización de la estructura del despacho; servicios comunes para tribunales; adecuado manejo del personal; gestión de los casos (*case management*); informatización de los procesos de gestión; aplicación de las tecnologías de la información¹⁵. El continuo avance del estudio de las organizaciones y el desarrollo de métodos para que cumplan su objetivo de eficacia y se adapten a las nuevas necesidades en un proceso de mejora permanente, ha conducido recientemente a la

¹⁵ De la extensa bibliografía sobre estas cuestiones: VARGAS VIANCOS J.E., *Eficiencia en la Justicia en Sistemas Judiciales*, CEJA, S. de Chile, nº 6, 2003, pp. 87-90; *id.*, *Herramientas para el diseño de despachos judiciales*, en la misma revista, nº 10, 2006, pp. 78 y ss.; *id.*, *La reforma a la justicia civil desde la perspectiva de las políticas públicas*, en la misma revista, nº 11, 2006, pp. 73 y ss.



generación de los denominados *modelos de calidad*, verdaderos paradigmas que se aplican a las organizaciones para evaluar su eficacia¹⁶.

c. En el balance de todas esas tendencias, puede afirmarse que cualquier transformación del sistema de enjuiciamiento común requiere necesariamente de la conjugación armoniosa de los diversos factores incidentes –estructuras, hombres, modelo formal y sus derivados–.

Es compartida, por ello, la generalizada convicción que las transformaciones estructurales de los sistemas de justicia presuponen la existencia de una clara y firme voluntad política, expresada en políticas públicas enmarcadas en un plan global, sistemático, coherente y sostenido en el tiempo. Un pacto de Estado explícito¹⁷ o tácito, que asegure la provisión de recursos materiales suficientes, adecuada planificación, líneas maestras del modelo procesal, formación de recursos humanos y demás “insumos” de la reforma. Es que el diseño y operatividad del sistema judicial constituye desde siempre una obra política, no académica (COUTURE).

A los procesalistas les corresponde incanjeablemente el diseño funcional de las instituciones del proceso, la puesta al día y en su caso la reingeniería del proceso madre de cognición, incluyendo las tutelas sumarias y urgentes, las estructuras monitorias y aledañas. Habrá que convenir que sin esos diseños formales, sería ilusoria e inoperante la aplicación de las más avanzadas técnicas de gestión. La propia gestión de los procesos, por lo demás, no puede prescindir de la experiencia de los operadores jurídicos; habrá que alertar que de lo contrario, caerá inevitablemente en inviables abstracciones teóricas. La experiencia ha demostrado que siempre son los jueces la primera línea experimental, quienes en la práctica cotidiana van modelando –aún sin textos legales– las nuevas creaciones que permiten mejor rendimiento del servicio.

¹⁶ Sobre la teoría de la organización aplicada al sistema judicial: QUIROGA LAVIE H., *La formación del Derecho Procesal Organizacional*, ed. H.C.D. Prov. Bs. As., La Plata, 1998, pp. 151 y ss.

¹⁷ Resulta paradigmático el Pacto de Estado brasileño del 18 de diciembre de 2004, “a favor de un Poder Judicial más rápido y republicano”, suscripto por los representantes de todos los poderes, y que originó la Enmienda Constitucional Nº 45, del 31 de diciembre siguiente, brindando sustento asimismo a las sucesivas reformas introducidas al CPC a partir de entonces.



3. *La irrupción de los medios alternativos de solución de conflictos.*

Desde principio de los años '90 la región asistió a una verdadera explosión de los diversos medios alternativos de solución de conflictos, que se instalaran paulatina aunque dificultosamente en los usos colectivos, desarrollándose y creciendo sin cesar. Claro que en los diversos ordenamientos distintas han sido las experiencias, con relación a cada una de las modalidades. Podría sostenerse que, en general, se han desarrollado diferentes métodos de negociación, incluyendo la mediación, la conciliación judicial y el arbitraje, bajo singulares formas organizativas –judicial, administrativo, institucional o “administrado”-¹⁸.

En un balance provisional de todas esas experiencias, aún en curso en la mayoría de nuestros países, quizás se exhiban todavía más dudas y claroscuros que certezas. Parece cierto, como uno de los datos más relevantes, que se trata de métodos particulares para dirimir los conflictos, superadores en general de la confrontación entre las partes y en los que se emplaza al órgano –conciliador, mediador, componedor, árbitro- en una dimensión singular, como verdadero “acompañante” de aquellas, como guía en la búsqueda de soluciones autocompuestas –conciliación, mediación-, o ya para resolver el entuerto heterónomamente pero según reglas libradas a su leal saber y entender –amigable composición-. Siempre tras el logro del desenlace más justo y razonable. También está clarificado que solo cierta categoría de conflictos son los que toleran ser canalizados por tales medios alternativos, precisamente aquellos típicos que se derivan de las relaciones de “coexistencialidad”¹⁹ –cuestiones familiares y de menores, de vecindad, de menor cuantía, relaciones de trabajo, inquilinarias y de duración, en general-. De modo similar, los conflictos derivados de las relaciones de consumo son propicios para ser encausados en instancias administrativas especializadas, sin excluir la vía judicial. Igualmente, el arbitraje institucional o “administrado” se ha abierto camino para la solución de conflictos especiales.

¹⁸ Remitimos a las muy valiosas ponencias presentadas en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en *Relatorías y ponencias sobre Derecho Procesal*, San José, Costa Rica, 2000, v. I, pp. 9 y ss.

¹⁹ CAPPELLETTI M., *Appunti su conciliatore e conciliazione*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1981, pp. 49 y ss; *id.*, *Acceso a la justicia (como programa de reformas...)*, cit., pp. 165 y ss.



No se avizoran, en cambio, claras líneas de tendencia en punto a tópicos no menos sustanciales, cuales son, entre otras, las referidas a la judicialización o desjudicialización de ciertas cuestiones –por caso, las relativas a las relaciones de consumo-; o si las formas de justicia alternativa deben o no buscarse fuera de la maquinaria judicial. Sigue abierto el debate sobre el estatus de los operadores conciliadores-mediadores (adscriptos al Poder Judicial, independientes, organización mixta); carácter facultativo u obligatorio del sometimiento; confidencialidad y sus alcances; selección de los casos; idoneidad y selección de los operadores; costo y financiamiento.

En definitiva, por razones bien diversas, los medios alternativos de solución de disputas vienen ganando una plaza significativa en el espectro del sistema de justicia, cuyas misiones, configuración y fronteras aún no están definitivamente establecidas. Forman parte, o de uno u otro modo inciden e interfieren, en el modelo procesal, que no puede articularse con prescindencia de ellos.

III. Hacia la actualización del Código Modelo.

La experiencia judicial acumulada en los países iberoamericanos que han adoptado los principios en que se sustenta el Código Modelo de 1988, tanto como los desarrollos de la doctrina autoral y las grandes tendencias que se avizoran en la legislación comparada, brindan apoyo a los intentos de reevaluar aquel paradigma con la finalidad de propiciar los ajustes y acomodamientos necesarios para una esperada puesta al día, que, al mismo tiempo, preserve sus valores intrínsecos, pacíficamente compartidos. Se trata de verificar, en primer lugar, la vigencia de sus principios estructurales fundantes y, al cabo, identificar y justificar los ajustes e innovaciones que permitirían su perfeccionamiento.



1. Ratificación de sus principios estructurales.

Las bases y principios fundantes del Código Modelo han de ser plenamente confirmados: 1. la estructuración del proceso por audiencias, con una audiencia preliminar y otra complementaria para la vista de la causa (art. 300-302, 303); 2. la conformación monocrática y unipersonal del órgano de primer grado, con una instancia de revisión plena ante un tribunal colegiado (arts. 17, 304 y conc.); 3. los siempre acrecentados poderes judiciales para la ordenación y comando del trámite y, también, para la instrucción probatoria de la causa, con los matices propios de las diversas materias litigiosas (arts. 33-35); 4. la regulación de los procesos de estructura monitoria (arts. 311 a 316).

La experiencia más reciente ha evidenciado que tales principios siguen siendo cardinales para asegurar el objetivo central del proceso civil, su coronación con una sentencia intrínsecamente justa en el marco del debido proceso, y pronunciada en tiempo razonable. Las connaturales dificultades para la implementación de la oralidad plena, que aún frenan su recepción en no pocos de los países del área, no pueden impedir la consagración de un sistema universalmente reconocido.

2. Ajustes, rediseño e incorporación de nuevas instituciones, técnicas y procedimientos.

Un balance crítico de los avances y logros derivados de la adopción, en todo o en parte, del Código Modelo en nuestros países, resalta el hecho notorio de la insatisfacción generalizada por los magros resultados que exhiben la mayoría de los sistemas de justicia. En términos de los clásicos indicadores de la eficiencia –duración, costo, calidad y justicia intrínseca de las decisiones– es la percepción común que más que avances quizás haya habido retrocesos. Bien que la relativa operancia de los modelos formales en el contexto de los sistemas, pueda salvar el reproche: aunque los esquemas procesales se hayan perfeccionado, de todos modos el



resultado final concreto sigue siendo tan insatisfactorio como antes, porque la falla asienta en algunos o todos los restantes factores.

De ahí la necesidad de emprender nuevamente el camino de las transformaciones, cualquiera fuere el método que se adopte, sea por el de los íntegros y completos cambios estructurales o ya por el más paciente, y quizás más seguro, de las modificaciones parciales con un plan maestro –como las sucesivas reformas al CPC de Brasil, a partir de 1994-.

El desafío sigue siendo el mismo: imaginar creativamente los principios, procedimientos y reglas necesarias para adecuar el proceso civil a las nuevas y renovadas exigencias de los tiempos. Estamos frente a un escenario inédito donde resalta la puja entre valores a menudo contrapuestos, como celeridad y justicia; urgencia y debido proceso; tiempo de satisfacción y tiempo que consume el proceso. La emergencia con fuerza arrasadora del reconocimiento de un nuevo catálogo constitucionalizado de derechos y garantías, con la correlativa exigencia de operatividad, en un marco de habitual renuencia legislativa y reglamentaria, abre el camino de la creación pretoriana activista aguijoneada por los propios afectados, ahora cobijados por las legitimaciones extraordinarias para el ejercicio de los derechos colectivos. Sin perder de vista, claro, la también creciente incidencia de aquel renovado *bill of right* en el ejercicio de las acciones individuales.

Atienden, precisamente, a brindar respuestas procesales adecuadas a esas nuevas realidades ciertas novedosas o recicladas instituciones y técnicas orgánico-funcionales y procesales que, nos parece, deben ser consideradas a la hora de imaginar un nuevo texto del Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica. En una enumeración no excluyente ni taxativa, anotamos la regulación de: a. tutelas procesales diferenciadas; b. procedimientos de instrucción preliminar; c. poderes ordenatorios de los jueces para la gestión de las causas; d. medidas de urgencia, anticipatorias y satisfactivas; e. tipo procesal sumario; f. procesos colectivos; g. procesos repetitivos; g. cumplimiento y ejecución de sentencia. Pasamos a analizarlas.



2.1. *Tutelas procesales diferenciadas*²⁰.

Existen ciertas situaciones merecedoras de un trato procesal preferente, por excepción a la regla de la universalidad del proceso común, que pueden identificarse a partir de valores y principios exaltados en las normas fundamentales. Las Cartas modernas conceden semejante rango, es sabido, a los derechos sociales en general, de la seguridad social, de la salud, de la familia y menores, personalísimos, de consumidores y usuarios, de tutela del ambiente, de la institucionalidad republicana, entre los más prominentes. Complementariamente, las constituciones establecen el deber de aseguramiento positivo para asegurar el goce y ejercicio de tales derechos fundamentales, imponiendo a los poderes públicos, incluyendo al Poder Judicial, las acciones pertinentes.

Los autores del Código Modelo no fueron ajenos a estas preocupaciones, incorporaron como precepto de avanzada el art. 310, que estatuye pautas especiales para ciertas pretensiones; así para las propias de la materia laboral, agrarias y demás de carácter social, las relativas a menores o incapaces. Como regla general, en tales procesos el tribunal dispondrá de todos los poderes de instrucción que la ley acuerda a los tribunales del orden penal en la instrucción de las causas, sin perjuicio del principio de contradicción y del debido proceso (apart. 4º). Prevé, complementariamente, que en tales procesos se podrá modificar la pretensión en una audiencia preliminar, con intervención de la contraria, cuando resulte, manifiestamente, que carencias de información o asesoramiento han determinado omisiones en relación a derechos que asisten a la parte (apart. 2º).

Al presente, diversas son las técnicas orgánico-funcionales y procesales que se utilizan a esos fines. Entre las primeras, la creación de fueros especializados -laboral, seguridad social, familia, menores, excepcionalmente consumidores-. Las técnicas procesales incluyen, entre

²⁰ PROTO PISANI A., *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Jovene ed., Nápoli, 1996, 2a. ed. pp. 5 y ss. MARINONI L. G., *Teoria geral do processo*, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 2006, pp. 378 y ss.; *id.*, *Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, trad. A. Zela Villegas, Palestra ed., Lima, 2007, pp. 202 y ss., 295 y ss.. THEODORO JUNIOR H., *Tutela diferenciada...* en *Studi di Diritto Processuale Civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Giuffrè ed., Milano, 2005, v. III, pp. 2528 y ss.. Asimismo: MONROY GALVEZ J. y MONROY PALACIOS J., *Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada...* Rev. de Processo, RePro, Rev. Edit. dos Tribunais, São Paulo, nº 109, p. 196 y ss.. Nos permitimos remitir a nuestra obra *Tutelas procesales diferenciadas*, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2009, *passim*, donde se analizan los aspectos aquí solo enunciados.



otras: a) ampliación de los poderes del juez para la dirección, ordenación e instrucción de las causas, incluyendo el dictado oficioso de medidas cautelares o de urgencia; b) acceso irrestricto –sin costos ni cargas económicas– a la jurisdicción; c) auspicio de las soluciones autocompuestas; d) acentuación del deber de colaboración y cargas procesales dinámicas; e) preclusión elástica de las deducciones; f) flexibilización del principio de congruencia; g) técnicas de sumarización, en general; h) tutelas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, en general; i) mandatos preventivos e imposición de acciones positivas; j) legitimaciones extraordinarias, alcances extendidos de la cosa juzgada y régimen específico de ejecución en los procesos colectivos. En el trasfondo del reconocimiento de las tutelas procesales preferentes, queda sin embargo la preocupación por su desborde, con menoscabo del ámbito natural del proceso común que constituye la regla universal. Aquí no cabe sino la apuesta al prudente equilibrio que se espera de los jueces.

2.2. Instrucción preliminar (procedimientos de pre-action)

La regulación contenida en el Código Modelo, Libro II, Título I, *Procesos preliminares*, incluye la conciliación previa (arts. 263-267), y las diligencias preparatorias, que tienen por finalidad instrumental determinar o completar la legitimación de las partes, anticipar asegurativamente el diligenciamiento de prueba urgente, practicar intimaciones para obtener elementos necesarios para el futuro proceso, practicar medidas conservatorias cautelares o de garantía (arts. 272-273).

Así restringido, el esquema tradicional ha devenido insuficiente. Parece claro que el sistema de justicia se encuentra desbordado en todas las latitudes como derivación, entre otros factores, de la presión sostenida por una demanda de justicia cada vez mayor, consecuencia de la difusión de los derechos y el más extendido acceso a la jurisdicción. Una de las respuestas ha sido la implementación de los medios alternativos de solución de los conflictos, pero su escasa operatividad en general, especialmente por la desconfianza en términos de justicia de sus resultados, ha conducido a pensar en la necesidad de articular procedimientos preliminares



que, lejos de agotarse en las funciones instrumentales y asegurativas propias de las diligencias preparatorias, pudieran servir directamente a la resolución de los conflictos²¹.

A esas finalidades responden los denominados *pre-action protocols* del derecho inglés en vigencia desde 1999, al igual que los procedimientos precontenciosos de la ley alemana de promoción de la resolución extrajudicial de litigios de 2000. Especial atención merece el régimen instituido en Italia con las reformas al CPC de 2005-2006, para la obtención preventiva de las pruebas en una fase judicial anterior al proceso. El art. 696 bis ha introducido la consulta técnica con función conciliatoria y desvinculada del tradicional requisito de la urgencia. Las partes, antes del comienzo de la causa, pueden solicitar que el juez designe un experto que tendrá a su cargo elaborar una relación orientada a comprobar y determinar los créditos derivados del incumplimiento contractual o por hecho ilícito, intentando al mismo tiempo la conciliación del conflicto. La comprobación instructoria de los hechos con anterioridad al proceso asume un valor significativo en sí misma, como elemento de juicio para el futuro proceso; además, puede resultar útil y a menudo decisiva, como factor facilitador de un acuerdo amistoso entre las partes. En efecto, la comprobación temprana de los hechos facilita la evaluación que los interesados pueden hacer en relación a la situación de fuerzas relativa entre los contendientes, sopesando las ventajas y desventajas de una eventual acción judicial. La consulta técnica preventiva viene a introducir elementos de juicio a menudo decisivos para la autocomposición del conflicto con justicia, en el marco judicial. Se trata de una de las técnicas que puede considerarse más apropiadas para evitar el desemboque en la jurisdicción, que debería ser apreciada a la hora de las reformas.

Igualmente, al mismo objetivo apunta el sistema inglés de *pre-action*, que instituye un mecanismo voluntario de compulsión indirecta, donde resulta facultativo para las partes acudir al procedimiento prejudicial, pero si eventualmente se inicia el proceso el juez valorará la

²¹ El tema fue objeto de debate en el último Congreso Internacional de Derecho Procesal, con relato general de N. ANDREWS y B. GROEN, insertos en *Direito Processual Comparado. XIII World Congress of Procedure Law*, A. PELLEGRINI GRINOVER y P. CALMON coord., Forense, R. de Janeiro, 2007. Asimismo, en relación al derecho italiano: SALETTI A., *El nuevo régimen de las medidas cautelares y posesorias*, Rev. Peruana de Der. Proc., Communitas, Lima, 2008, XI, pp. 387 y ss.. MAGGI F. y CARLETTI F., *I provvedimenti di istruzione preventiva*, en *Il processo cautelare*, a cura de G. TARZIA y A. SALETTI, 3ª. ed., Cedam, Padova, 2008, pp. 159 y ss.. BIAVATI P., *Las recientes reformas al Código de Procedimiento Civil italiano*, RDP, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2007-1, pp. 529 y ss.



conducta desplegada por aquellas durante la etapa prejudicial y, al resolver sobre el fondo, podrá en su caso imponer costas a modo de sanción.

En definitiva, se propicia reformular el tradicional esquema que recoge el Código Modelo en este tramo para articular mecanismos superadores útiles al objetivo de promover la más justa solución de los conflictos antes de transitar el proceso judicial.

2.3. Poderes de dirección y ordenación de las causas.

Las nuevas tendencias en este aspecto indican un reforzamiento de las potestades judiciales en el ámbito del comando y la ordenación del trámite de las causas. Las técnicas apropiadas pueden ser diversas. Algunas están vinculadas con la flexibilización de ciertos principios procesales (como el de preclusión, que deriva en la preclusión elástica de las deducciones) o el de congruencia. Unas y otras conducen indirectamente al incremento de las potestades judiciales. El manejo de los procedimientos con la finalidad de asegurar los fines públicos del proceso y la rápida definición del litigio, se exterioriza más genéricamente a través de las técnicas de gestión, propias del denominado *case management*²², que suponen dejar librada al juez, en buena medida, la gestión de las distintas etapas del proceso y particularmente de la producción y recepción de las pruebas. Bien que siempre bajo reglas abiertas que proporciona la propia ley.

La mejor y más adecuada administración y gestión del proceso requiere básicamente la aplicación y observancia irrestricta de los principios cardinales de inmediación, concentración, celeridad y economía, junto con ciertas concesiones razonables en favor del comando a cargo del juez para optimizar los espacios de oralidad y adecuar las formas procedimentales. Claro que sin mella del debido proceso y del contradictorio de las partes. Las técnicas del manejo de

²² Se ha afirmado que las *Civil Procedure Rules* de la reforma inglesa de 1998 giran en torno del *case management*, que no solo supone una intervención más activa del juez en un proceso particular, sino también el equilibrio de los recursos entre el tratamiento de éste y la sustentabilidad de todo el sistema judicial (ZUCKERMAN A.A.S., *Procedural reform in England en The reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, ed. N. TROCKER y V. VARANO, G. Giappichelli ed., Torino, 2005, p. 149).



la audiencia preliminar al igual que los denominados despachos anticipatorios constituyen ejemplos habitualmente explorados por los jueces.

El Código Modelo puede enriquecerse con la incorporación de tales mecanismos y técnicas, junto con otras que se exhiben en el derecho anglosajón, como las conferencias preliminares; o las tan novedosas como los contratos de procedimiento franceses²³, que posibilitan fijar un programa de actividades acordado por el juez y las partes, facilitando la gestión de la instancia a partir de la colaboración de los propios interesados.

2.4. Medidas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, en general.

En las últimas dos décadas se ha debatido arduamente en la mayoría de nuestros países sobre la necesidad de arbitrar nuevas técnicas para la aceleración de los procedimientos y, especialmente, de la efectiva satisfacción de los derechos. Así fue cobrando cuerpo la idea, ya receptada en el Código Modelo (arts. 280-281), de las medidas provisionales y anticipatorias, y aún satisfactivas, de urgencia en general. Al propio tiempo fue sembrándose la desconfianza por la multiplicación de semejantes tutelas con el correlativo retroceso de la funcionalidad del proceso común de cognición plena. En esa puja es lo cierto que las tradicionales medidas cautelares quedaron acotadas a su típica función instrumental y conservativa, mientras se desarrollaban bajo distintos y siempre novedosos ropajes diversas formas de tutelas anticipatorias y coyunturales, no siempre respetuosas del debido proceso y la garantía del contradictorio.

El extraordinario desarrollo de la anticipación de la tutela en Brasil, a partir de la reforma introducida por el art. 273 CPC en 1994, acompañado por una amplísima elaboración doctrinaria²⁴ que ha iluminado su interpretación, por obra de una fructífera labor de los

²³ CADIET L., *Las nuevas tendencias del procedimiento civil en Francia en Reforma procesal civil*, AADP, Rubinzal Culzoni ed., Bs. As., 2009, pp. 109-111.

²⁴ Destacamos tan solo algunas de las obras más significantes: MARINONI G.L., *Tutela cautelar e tutela antecipatoria*, ed. R.T., São Paulo, 1992; id., *A antecipaço da tutela na reforma do processo civil*, Malheiros ed., 2ª. ed., São Paulo, 1996; id., *Novas linhas do processo civil*, Maleiros, São Paulo, 1996, 2ª. ed., p. 75 y ss.. DINAMARCO C.R., *A reforma do Código de Processo Civil*, Malheiros ed., São Paulo, 1995, pp. 138-148, 270-272.



tribunales, terminó influenciando en muchos de nuestros países. Se fue receptando sea en vía legislativa²⁵ o aún, en mayor medida, jurisprudencial, para modelar técnicas similares encaminadas a atender con prontitud los reclamos. Toda vez que existe un temor fundado de daño irreparable o de difícil reparación, se anticipan los efectos ejecutivos y mandamentales de la sentencia. En su evolución, se terminó favoreciendo todas las situaciones que puedan conducir a la estabilidad del proveimiento provisorio, acercándolo notablemente al juzgamiento de conocimiento pleno para brindar la apetecida seguridad jurídica²⁶.

En la valoración de la experiencia práctica de estas medidas, no han estado ausentes las dificultades, y aún quizás, los excesos en la apreciación judicial necesariamente discrecional de los presupuestos que las condicionan²⁷, más allá de los esfuerzos doctrinarios²⁸ para acotar la interpretación de los conceptos vagos e indeterminados utilizados por el legislador. Claro que quejas similares por semejantes desbordes también resuenan en otras latitudes²⁹.

En definitiva, con sus luces y sombras, las medidas anticipatorias se han consolidado como instrumentos necesarios para asegurar la tutela judicial efectiva, de modo que de cara a la actualización del Código Modelo está reabierto el debate sobre sus presupuestos y alcances, tanto como respecto de los poderes del juez. Bien que todo ello ahora debe ser articulado con las más recientes ideas que vienen madurando, principalmente con la simplificación del proceso de conocimiento común y la recreación de un juicio a cognición plena y exhaustiva, pero

NERY JUNIOR N., *Atualidades sobre o processo civil*, ed. Rev.dos Tribunais, São Paulo, 1995, pp. 45-59, 122-123. ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 2008, 12ª. ed., pp. 389 y ss.. BARBOSA MOREIRA J.C., *Antecipação da tutela...* en *Temas de Direito Processual. Oitava Serie*, Saraiva, São Paulo, 2004, pp. 77 y ss.. BEDAQUE J.R., dos S., *Tutela cautelar e tutela antecipada*, Malheiros, São Paulo, 2006, 4ª. ed., *passim*. CARNEIRO A.G., *Da antecipação da tutela*, Forense, R. de Janeiro, 5ª. ed., 2004, *passim*. Una síntesis de las distintas posturas doctrinarias en torno a la interpretación del art. 273, puede verse en FIDÉLIS DOS SANTOS E. y FIDÉLIS SILVEIRA I., *Antecipação da tutela...*, en *RePro*, nº 166, 2008, pp. 300 y ss.

²⁵ Es el caso, entre otros, de los ordenamientos de algunas provincias argentinas como La Pampa (arts. 231, 305), Chaco (art. 232 bis) y Corrientes (art. 232 bis).

²⁶ Una evolución semejante puede advertirse en la experiencia del *référé* francés y en la reforma al CPC italiano que introdujera el art. 669 octies, en cuanto atañe a los efectos del pronunciamiento urgente (BIAVATI P., *Tendencias recientes de la justicia civil en Europa*, RDP 2008-1, Rubinzal Culzoni ed., Bs. As., pp. 513-516).

²⁷ Así en la doctrina brasileña: FIDÉLIS DOS SANTOS E. y FIDÉLIS SILVEIRA I., *ob. cit.*, pp. 305-306.

²⁸ Por caso, también en Brasil, entre otros: ARRUDA ALVIM, *ob. cit.*, pp. 418-420.

²⁹ CARPI F., *La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l'oralità per un processo civile efficiente*, relación sintetizada al Seminario en homenaje a Ada Pellegrini Grinover, São Paulo, agosto 2009, en *RePro*, nº 178, 2009, pp. 281 y ss., especialmente pp. 290-294.



simplificado, que desemboca en un pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada material³⁰. De esta cuestión trataremos a continuación.

2.5. Tipos procesales sumarios, de cognición plena y trámite simplificado.

El Código Modelo instituye junto al tipo procesal ordinario, aquel otro extraordinario previsto en el art. 309 para el trámite de las pretensiones relativas a interdictos posesorios, prestaciones alimenticias y las demás que dispongan las leyes especiales. El tribunal podrá, no obstante, disponer que se tramiten por el procedimiento análogo establecido para ciertas pretensiones cuando a su juicio, de ese modo, se contemplen mejor los intereses del caso planteado (art. 308.2). En cuanto al procedimiento aplicable al proceso extraordinario, se establecen reglas especiales en punto a la concentración de los actos (arts. 306, apart. 1 a 4), limitación de las pruebas en la segunda instancia (apart. 5) y régimen de los recursos (art. 307).

Así regulado, el procedimiento extraordinario quedó restringido tan solo a ciertas y determinadas pretensiones especiales, sin mayor relevancia en el cúmulo de tráfico jurisdiccional. Por lo demás, algunas de ellas escapan a la generalidad en punto a efectos de la sentencia, como en las cuestiones sobre alimentos y aquellas relativas a menores, en que se pronuncia “*rebus sic stantibus*” (art. 307, segundo párrafo).

De modo entonces que sería menester repensar el proceso extraordinario y ponerlo en línea con las tendencias que, en este aspecto, se exhiben en el derecho comparado, donde resalta la articulación de procesos sumarios o simplificados³¹, en la búsqueda de vías de tutela rápida y eficaz que prescindan de la urgencia y de la irreparabilidad, sin pasar por los trámites de cognición ordinaria. Bien entendido, desde el principio, que la cognición del juez resulta amplia, completa y exhaustiva para rematar en una sentencia que hace cosa juzgada material; que la nota de simplificación alude exclusivamente al procedimiento.

³⁰ CARPI F., ob. cit. pp. 290-294. BIAVATI P., *Apuntes introductivos sobre el nuevo proceso de cognición simplificada* en RDP 2010-1, Rubinzal Culzoni ed., Bs. As., 2010. SALETTI A. y SASSANI B., *Commentario alla riforma del Codice di Procedura Civile (Legge 18 giugno 2009, n° 69)*, Utet, Torino, 2009, pp. 227 y ss.

³¹ BIAVATI P., *Tendencias recientes...*, ob. cit., pp. 516; *id.*, *Apuntes introductivos...*, ob. cit.. SALETTI A. y SASSANI B., *Commentario...*, ob. cit., pp. 245-246.



Un buen modelo lo ofrece la reforma introducida al CPC italiano por la ley nº 69, del 18 de junio de 2009, que introdujera los arts. 702 bis, 702 *ter* y 702 *quater*. Conforme a la primera de dichas normas, el ámbito de su aplicación comprende todas las causas en las cuales el tribunal juzga en composición monocrática –pretensiones de condena, constitutivas o declarativas-, siempre que por el grado de complejidad de la cuestión controvertida la causa pueda ser fácilmente decidida; esto es, cuando las defensas planteadas por las partes consienten una instrucción sumaria, abreviada pero suficiente para esclarecer los hechos en debate. El trámite se simplifica notoriamente: propuesta la petición inicial, el juez designado fija audiencia de comparecencia de las partes, asignando el término para la constitución del demandado, notificándosele. En la contestación se proponen las defensas y se indican los medios de prueba, formulándose las conclusiones (art. 702 bis). A la vista de ello, el juez ha de considerar si las defensas planteadas y los documentos en que se apoyan consienten una instrucción sumaria o si, por el contrario, requieren por su complejidad una instrucción mayor, en cuyo caso dispone que el proceso prosiga según las formas de la cognición ordinaria. Admitiendo el trámite sumario, el juez procede en el modo más oportuno a los actos de instrucción relevantes al objeto del proveimiento perseguido, con la sola condición de observar las formalidades esenciales al contradictorio. Como se ha señalado agudamente³², el deber de pronóstico que la ley confía al juez implica una suerte de *case management* italiano, similar a la potestad reconocida al juez inglés para optar entre diversas formas de procedimiento (del *fast track* al *small track*); lo que sugiere, por lo demás, la existencia de una tendencia en ese sentido.

2.6. Procesos colectivos.

Las previsiones que anticipatoriamente se contienen en el Código Modelo regulan cuestiones centrales de los procesos colectivos. Así, la legitimación extraordinaria para promoverlos, donde se incluye, a diferencia de las regulaciones brasileñas sobre la “acción civil pública” de 1985 en que se inspiraran, a cualquier interesado, junto al Ministerio público y a las

³² BIAVATI P., *Apuntes introductivos...*, ob. cit.



instituciones o asociaciones de interés social que según la ley, o a juicio del tribunal, garanticen una adecuada defensa del interés comprometido (art. 53). A su vez, al tratar los efectos de la cosa juzgada, se establece que la sentencia dictada en los procesos promovidos en defensa de los intereses difusos tendrá eficacia *“erga omnes”*, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión en otro proceso por otro legitimado (art. 194).

Desde entonces, es bien conocida la evolución doctrinaria, jurisprudencial y legislativa en los países iberoamericanos y las tendencias que se fueron perfilando, sintetizadas en la Exposición de motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado en Caracas en 2004. Dicho documento, precisamente, justifica la necesidad de perfeccionar el modelo de 1988, y brinda un nuevo paradigma que debería ser incorporado integrando el Código Procesal Civil “Tipo”, con los ajustes pertinentes.

2.7. Procesos repetitivos.

Constituye experiencia ampliamente compartida que el cúmulo siempre creciente e inmanejable de los procesos, distorsiona gravemente las prestaciones de justicia. El fenómeno se manifiesta en todos los fueros e instancias y genera la “sobrecarga” y el agobio de los tribunales, que castiga particularmente a los más Altos Tribunales. Entre los diversos y complejos remedios que se ensayan, se desatacan la regulación de los procesos colectivos, por los alcances particulares de la cosa juzgada y el tratamiento de los procesos “repetitivos” o “seriados”, promovidos individualmente aunque con un mismo objeto. Semejante fenómeno, es evidente, impone un sustancial cambio de estrategia para priorizar la finalidad principal, que es el desahogo y la descarga de todo el sistema de justicia.

En diversos países se ofrecen novedosas instituciones y técnicas que apuntan a ese objetivo. Entre otros, el sistema brasileño de las *máximas, doctrinas o “súmulas”* de



jurisprudencia dominante y su virtualidad impeditiva de recursos³³; las *tesis jurisprudenciales* mexicanas en los juicios de amparo y la tendencia a conferir efectos generales a la declaración de inconstitucionalidad en dichos procesos³⁴; o la *doctrina de precedentes constitucionales* que con finalidades similares ha establecido progresivamente la Corte Constitucional de Colombia, a partir de 1995³⁵.

Las tendencias que se avizoran en el horizonte latinoamericano ponen de resalto la búsqueda de soluciones pragmáticas y creativas como respuesta al fenómeno común de la sobrecarga judicial y merecen especial atención desde que se han gestado en sistemas provenientes de la tradición jurídica europea apegada a la supremacía de la ley, lo que no ha impedido el paulatino reconocimiento del efecto extensivo y vinculatoriedad vertical y horizontal *erga omnes* de los pronunciamientos de los tribunales superiores en ejercicio del control de constitucionalidad. De todos modos, cualquier avance en este terreno no podrá obviar las ínsitas dificultades existentes en un ámbito en que están inevitablemente confrontadas las potestades de los poderes políticos *vis a vis* las del Poder Judicial.

2.8. Cumplimiento y ejecución de las sentencias.

Es sin duda el cumplimiento de las decisiones y su eventual ejecución forzada el momento culminante de la actividad jurisdiccional, donde se verifica en concreto la efectiva tutela de los derechos materiales. La premura del tiempo y la necesidad de cumplimentar coactivamente la decisión, en la que está en juego el propio prestigio de la jurisdicción, han de conjugarse armónicamente con el principio no menos trascendente de la adecuación del

³³ PELLEGRINI GRINOVER A., *Cambios estructurales en el proceso civil brasileño*, ob. cit., pp. 662 y ss.; *id.*, *O tratamento dos processos repetitivos em Processo Civil. Novas tendências. Homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Junior*, Del Rey ed. Belo Horizonte, 2008, pp. 1 y ss..

³⁴ OVALLE FAVELA J., *Tradiciones jurídicas y proceso civil...* en *Derecho Privado*, coord.. J. Adame Godar, UNAM, México, 2005, pp. 454-458. FIX-ZAMUDIO H., *Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, Porrúa, UNAM, México, 2005, pp. 274 y ss.. FERRER MAC-GREGOR E., *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2004, pp. 48 y ss..

³⁵ PARRA QUIJANO J., *El rol actual de la jurisprudencia y los métodos de uniformación*, informe colombiano al VII Seminario Internazionale su: *Sistema giuridico latinoamericano e processo. Uniformazione del diritto*, Roma, 20-22 mayo de 2004.



empeño a los fines públicos del propio proceso. Balancear en definitiva la efectividad de la necesaria agresión a los bienes del deudor vencido, con el derecho de éste a un “justo proceso” que, en este tramo, excluye cualquier abuso o exorbitancia innecesaria.

Si estas son las pautas admitidas³⁶, hemos de convenir que el Código Modelo las ha seguido, al menos en sus grandes lineamientos. En el Título V (arts. 317 a 332), en sucesivos capítulos, establece disposiciones generales, incluyendo el poder del juez para adoptar aún de oficio conminaciones económicas o personales –*astreintes*- (art. 320), previniendo la ejecución provisoria y definitiva (art. 321). En el capítulo II trata la ejecución de sumas de dinero, en los diversos supuestos de cantidad líquida e ilíquida (arts. 322 y ss.); y en el siguiente regula detenidamente la ejecución de obligaciones de dar (art. 330), de hacer (art. 331, incluyendo el otorgamiento de escritura pública) y de no hacer (art. 332).

Diversas son las tendencias que pueden advertirse actualmente en punto al perfeccionamiento de la ejecución de sentencia. Por un lado, las recientes modificaciones al CPC brasileño resaltan su supresión como proceso autónomo, lo que ha permitido configurar un diverso tipo de efectividad de la sentencia, que se considera ejecutiva *lato sensu* o mandamental. La ley 8952/94 adoptó la técnica del cumplimiento de las sentenciadas condenatorias de obligaciones *ex intervallo* (art. 461, CPC); ulteriormente la ley 10.444/02, lo extendió a las obligaciones de entregar cosa cierta (art. 461-A, CPC). Por último, la ley 11.232/05, hizo lo propio respecto de la ejecución de las obligaciones de pagar cuantía (art. 461, par. 5^a y 475-J, CPC)³⁷. Asimismo, la ley 10.358/01 introdujo profundas modificaciones a

³⁶ Las complejas cuestiones que plantea la ejecución forzada singular siempre han ocupado un lugar preferente en la agenda de los procesalistas despertando preocupaciones que se tornaron más vivaces en el último cuarto de siglo: DE MIGUEL C., *Últimas evoluciones en materia de ejecución forzosa singular*, relación general VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Würzburg, 1983, en *Effektiver Rechtsschutz...*, ed. W. I. Habscheid, Giesecking – Verlag – Bielefeld, 1983, pp. 511 y ss.

³⁷ PELLEGRINI GRINOVER A., *Cambios estructurales en el proceso civil brasileño*, ob. cit., pp. 652 y ss.. Entre la muy nutrida doctrina brasileña destacamos: THEODORO JUNIOR H., *As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro reformado* en la obra colectiva *Aspectos polémicos da nova execução*, T. Arruda Alvim Wambier coord., ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo 2006, pp. 284 y ss.. DINAMARCO C. R., *Fundamentos de Processo Civil moderno*, Malheiros, São Paulo, 3a. ed., 2000, pp. 1159-1170. ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 11a. ed., 2007, v.2, pp. 587 y ss. id., *Sobre as multas instituídas nos arts. 14 e 18 do Código de Processo Civil* en *Estudos em homenagem á Prof. Ada Pellegrini Grinover*, ob. cit., pp. 639 y ss.. MARINONI L. G., *La ruptura del principio de tipicidad en los medios ejecutivos en el derecho brasileiro* en *Libro*



las normas que regulan los deberes de las partes y sus procuradores, con el explícito objetivo de asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales, incorporando –aunque con ciertas particularidades- el *contempt of Court* (art. 14, par. único, CPC)³⁸. Las sucesivas reformas, en definitiva, han incrementado considerablemente los poderes de coerción del juez con el objeto de obtener compulsivamente el cumplimiento de sus mandatos³⁹.

Por otro lado, se han identificado algunas cuestiones complejas vinculadas con la ejecución forzosa, que son objeto de debate en la doctrina actual. Una de ellas es la relativa a la *individualización de los bienes del deudor* como reforzamiento de los derechos del ejecutante, donde se confrontan sistemas diversos, como el alemán de la declaración jurada y el francés de requerimiento de información a terceros calificados, que se propugna combinar, sin perjuicio de la ampliación del conjunto de bienes pignorables⁴⁰. En contrapartida, fue ganando terreno la *extensión del resguardo e indemnidad de los derechos del ejecutado* sobre ciertos bienes primarios esenciales, frente a los abusos que suponen una violación a la regla de la “adecuación a los fines” del proceso de ejecución⁴¹. En cuanto a los medios de coacción y su extensión, se destaca la creciente operatividad de las medidas coercitivas o de ejecución indirecta⁴², como las *astreintes* y el *contempt of Court* del derecho anglosajón. Este último puede ser directo o indirecto, que es el más apropiado en cuanto exige un procedimiento incidental contradictorio

homenaje a J. G. Sarmiento Núñez, C. J. Sarmiento Sosa comp., Legis, Caracas, 2005, p. 361 y ss. id., *As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação do tutela jurisdiccional efetiva*, en Genesis Rev. Dir. Proc. Civil, Curitiba, 2003, pp. 548-564; id., *Do processo civil clássico á noção de a tutela adequada a direito material e á realidade social*, en la misma revista, 2003, pp. 763 y ss.; id., *Teoria geral do processo*. Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 2006, pp. 227 y ss. CORREA DE VASCONCELOS R. de C., *Breves apontamentos sobre a ley 11.232...* en *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Prof. J. C. Barbosa Moreira*, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 2006, pp. 401 y ss.. RODRÍGUEZ WAMBIER L., *L'effettività del processo contro la cultura della dissobbedienza...* en Riv. Dir. Proc. (Italiana), 2005, pp. 89 y ss.; id., *O contempt of Court na recente experiência brasileira* en Rev. de Processo, 2005, pp. 35 y ss.. MOUTA ARAUJO J. H., *O cumprimento da sentença e a 3a. etapa da reforma processual...* en Genesis, rev. cit., 2005, pp. 499 y ss.. Asimismo, los numerosos trabajos recogidos en la obra colectiva *Aspectos polémicos da nova execução-3*, T. Arruda Alvim Wambier coord., ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 2006, *passim*.

³⁸ ARRUDA ALVIM, *Sobre as multas instituídas nos arts. 14 e 18...*, ob. cit., pp. 639 y ss.

³⁹ BARBOSA MOREIRA J. C., *Reformas processuais e poderes do juiz*, en *Temas de Direito Processual*, Oitava Serie, ob. cit., pp. 62-63.

⁴⁰ TARZIA G., *Problemi attuali dell'esecuzione forzata* en *Il Congresso Brasileiro de Derecho Procesal*, Brasilia, 1997, separata.

⁴¹ TARZIA G., *Il giusto processo di esecuzione*, Riv. Dir. Proc., 2002, nº 2, p. 344.

⁴² TARZIA G., *Presente e futuro delle misure coercitive civile*, en *Esecuzione forzata e procedure conconsuali*, Cedam, Padova, 1994, pp. 113 y ss.



previo a la aplicación de la sanción⁴³. Se debate arduamente, también, en torno de la *desjudicialización*, total o parcial de los procedimientos de ejecución forzada, cuestión que exhibe diversas soluciones en la legislación europea; así son de destacar las novedosas reglas traídas por la LEC española 1/2000⁴⁴, las consagradas por las reformas de 2005-2006 al CPC italiano⁴⁵ y la experiencia lusitana del dec.ley 38/2003⁴⁶.

En la síntesis de tales tendencias, conviene reparar que la acentuación de la ejecución directa patrimonial con el objetivo de la plena satisfacción de las obligaciones derivadas de la sentencia condenatoria, reconoce de todos modos ciertos límites y condicionamientos infranqueables, que son los derivados del principio general de *razonabilidad o proporcionalidad* y, más específicamente de la idea ética del proceso justo y la *humanización del proceso*. La protección del derecho es debida no solo al acreedor, sino también al deudor amparado por el imperativo de no abusar ni dañar innecesariamente; de ahí la necesidad de un juicio de ponderación o proporcionalidad⁴⁷, a cargo del legislador y del juez. Son éstas bases sobre las que ha de afrontarse la tarea de actualización, en este capítulo, del Código Modelo.

IV. Epílogo.

En los tiempos de asumir la ímproba tarea de poner a tono con las nuevas exigencias la monumental obra del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, deberá sopesarse sesudamente la muy rica experiencia sucedida en la aplicación práctica de sus instituciones, en

⁴³ PELLEGRINI GRINOVER A., *A marcha do processo*, Forense, R. de Janeiro, 2000, pp. 62 y ss.

⁴⁴ SERRA DOMÍNGUEZ M., *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, J. M. Bosch ed., Barcelona, 2000, pp. 79 y ss.. ORTELLS RAMOS M., *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, 3a. ed., pp. 713 y ss.

⁴⁵ Sobre las recientes reformas al CPC italiano de 2005-2006 introducidas al tercer libro del proceso ejecutivo: CARPI F., *Alcune osservazioni sulla riforma dell' esecuzione per espropriazione forzata*, en Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ., 2006, pp. 215 y ss.. SALETTI A., *Le (ultime?) novità in tema di esecuzione forzata*, en Riv. Dir. Proc., 2006, pp. 193 y ss.. BIAVATI P., *Las recientes reformas al Código de Procedimiento Civil italiano*, ob. cit., pp. 536 y ss.

⁴⁶ FERREIRA DA SILVA C. M., *Un novo operador judiciário: o solicitador de execução em Estudos em homenagem à Prof. Ada Pellegrini Grinover*, ob. cit, 2005, pp. 513 y ss.. LEBRE DE FREITAS J., *Ação executiva depois da reforma*, 4a. ed., Coimbra, 2004, pp. 27 y ss.

⁴⁷ TARZIA G., *Il giusto processo di esecuzione*, ob. cit., pp. 343-344.



los diversos países de la región, y al mismo tiempo atender a las novedosas instituciones y técnicas procesales acuñadas y que se reflejan en la legislación comparada y la doctrina autorral.

Es inesquivable responsabilidad de nosotros los estudiosos del proceso –como afirma Mauro CAPPELLETTI- clarificar con precisos análisis las realidades tan complejas que nos toca vivir, los términos objetivos de la situación, poner en claro todos los posibles datos de comparación, preparar, en suma, las bases científicas de una reforma⁴⁸. En tiempos como los nuestros, de aguda crisis, incertidumbres y angustias, en los cuales los valores supremos vuelven a estar en discusión, por ello mismo se patentiza la necesidad de llegar al fondo de las cosas, calando hondo y aguzando el ingenio y la imaginación en la búsqueda de las propuestas adecuadas, para la construcción de un sistema nuevo, más realístico y más humano⁴⁹.

⁴⁸ CAPPELLETTI M., *Proceso, ideologías, sociedad*, Ejea, Bs. As., 1974, trad. S. Sentís Melendo, p. 291.

⁴⁹ Ob. cit., Introducción, pp. IX-XII.