



2018

Comparative Law Review

VOL. 9/1

ISSN: 2038 - 8993

SPECIAL ISSUE ON
LATIN AMERICA

VOLUMEN ESPECIAL SOBRE
AMERICA LATINA

N1

COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:

Department of Law - University of Perugia
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG) - Telephone 075.5852437
Email: complawreview@gmail.com

EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari
Tommaso Edoardo Frosini
Pier Giuseppe Monateri
Giovanni Marini
Salvatore Sica
Alessandro Somma

EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia
Giacomo Capuzzo
Cristina Costantini
Virgilio D'Antonio
Sonja Haberl
Edmondo Mostacci
Valentina Pera
Giacomo Rojas Elgueta

REFEREES

Salvatore Andò
Elvira Autorino
Ermanno Calzolaio
Diego Corapi
Giuseppe De Vergottini
Tommaso Edoardo Frosini
Fulco Lanchester
Maria Rosaria Marella
Antonello Miranda
Elisabetta Palici di Suni
Giovanni Pascuzzi
Maria Donata Panforti
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli
Andrea Zoppini
Christian von Bar (Osnabrück)
Thomas Duve (Frankfurt am Main)
Erik Jayme (Heidelberg)
Duncan Kennedy (Harvard)
Christoph Paulus (Berlin)
Carlos Petit (Huelva)
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)
Mauro Grondona

COMPARATIVE

LAW

REVIEW

VOL. 9 /1

SPECIAL ISSUE ON LATIN AMERICA N. 1

Helena Alviar

4 *Violencia economica contra la mujer y deber de alimentos en Colombia: visiones teoricas en conflicto.*

Giovanni Marini

29 *El Italian Style entre Centro y Periferia, o Gramsci, Gorla y lo que està en juego en el derecho privado.*

Carlos Petit

98 *Debido proceso y proceso civil, o cómo hacer códigos con teorías*

I. Jaramillo-Sierra

120 *El Papel de derecho en la production de desigualdad: el caso de los alimentos*

Lucio Pegoraro

143 *La Constitución española en su contexto comparado. Una lectura a través de las citas comparadas de los Constituyentes españoles y de algunas Constituciones influenciadas por ella*

Andres Botero Bernal

154 *Codigo Civil, Bello y La Exegesis en Colombia*

Mario Alberto Cajas Sarria

174 *La construcción de la justicia constitucional colombiana, 1910-1991: una aproximación histórica y política*

DEBIDO PROCESO Y PROCESO CIVIL, O CÓMO HACER CÓDIGOS CON TEORÍAS

CARLOS PETTIT CALVO¹

“What I shall have to say here is neither difficult nor contentious; the only merit I should like to claim for it is that of being true, at least in parts. The phenomenon to be discussed is very widespread and obvious, and it cannot fail to have been already noticed, at least here and there, by others. Yet I have not found attention paid to it specifically”
John L. Austin, *How to Do Things with Words* (1955-1962).

Las reformas que han interesado el proceso civil en América Latina. El debate se centra en la posición del juez en el proceso. Para un amplio sector de juristas las causas civiles son, ante todo, un negocio entre sujetos privados, de modo que el juez preside los actos procesales para garantizar, como tercero imparcial, los derechos de demandante y demandado. Para otros el juez debe buscar la igualdad sustancial entre partes que suelen ser social y económicamente desiguales, lo que el Estado consigue concediendo al magistrado amplias facultades de intervención. El binomio conceptual garantismo (de las partes) – activismo (del juez) expresa tal oposición. Y con arreglo a estos parámetros se analiza cualquier novedad legislativa.

No es mi propósito revisar ahora la intensa reescritura del proceso civil en América Latina. En este texto se quiere por el contrario recordar la base teórica que está detrás de las discusiones. Y, sobre todo, precisar que la llamada teoría garantista, elemento principal de los debates, se apoya en una reconstrucción histórica de las doctrinas modernas (siglo XX) sobre el derecho procesal que ha sido elaborada –y esto es lo original– por expertos en derecho vigente.

Una ola de reformas en el proceso civil recorre los países de América Latina. Al nuevo código español (Ley de Enjuiciamiento Civil, 2000) siguieron los de Honduras (2007) y El Salvador (2008). Unos diez años más tarde vinieron los de Bolivia (2013), Colombia (Código general del proceso, 2012), Brasil (2015), Nicaragua (2015), Ecuador (2015), Costa Rica (2016)... sin contar proyectos aún en tramitación (Chile, 2012). Reducida a su mínima expresión el debate que está

¹ Profesor de Derecho Comparado en la Universidad de Huelva. El consejo de redacción ha invitado al autor a publicar este artículo en esta revista.

detrás de las reformas se centra en la posición del juez en el proceso. Para un amplio sector de juristas las causas civiles son, ante todo, un negocio entre sujetos privados, de modo que el juez preside los actos procesales para garantizar, como tercero imparcial, los derechos de demandante y demandado. Para otros el juez debe buscar la igualdad sustancial entre partes que suelen ser social y económicamente desiguales, lo que el Estado consigue concediendo al magistrado amplias facultades de intervención. El binomio conceptual *garantismo* (de las partes) – *activismo* (del juez) expresa tal oposición. Y con arreglo a estos parámetros se analiza cualquier novedad legislativa².

No es mi propósito revisar ahora la intensa reescritura del proceso civil en América Latina³. Me interesa por el contrario recordar la base teórica que está detrás de las discusiones⁴. Y, sobre todo, precisar que la llamada *teoría garantista*, elemento principal de los debates, se apoya en una reconstrucción histórica de las doctrinas modernas (siglo XX) sobre el derecho procesal que ha sido elaborada –y esto es lo original– por expertos en derecho vigente. La historia ha llevado a la teoría y la teoría conduce hasta la legislación.

La historia en cuestión se escribió en Italia por obra de Franco Cipriani (1939-2010). Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Bari y conocido estudioso de los procedimientos en materia de familia y matrimonio (cf. *I provvedimenti presidenziale nell'interesse dei coniugi e della prole*, 1970; *Della separazione al divorzio*, 1970; *Matrimonio e processo*, 1990) Cipriani produjo a finales de siglo dos corpulentos volúmenes que pusieron en jaque la visión dominante sobre el proceso civil italiano. Me apresuro a precisar que rige todavía en Italia un *Codice di procedura civile* (1940-1942) promulgado bajo el régimen de Mussolini y por eso, al menos en principio, susceptible de críticas en razón de sus circunstancias políticas.

² Por ejemplo, J. W. BEZERRA DA COSTA NETO, “O novo Código de processo civil e o fortalecimento dos poderes judiciais”, en *Revista do Processo* [RdP] 249 (2015), 81-116.

³ D. E. LÓPEZ MEDINA, *Nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, s/a (ca. 2011). Cf. C. H. VAN RHEE, “Evolución del Derecho Procesal civil en Europa: cómo el juez activo se convirtió en lo normal”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 2 (2011, 2), 11-40.

⁴ Comencé el acercamiento a este argumento hace unos años: cf. C. PETTI, “Historia y teoría del proceso civil garantista”, en B. SORDI (Ed.), *Storia e diritto. Esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2014, 325-365.

“Abbiamo il dovere di sapere e di capire”. Saber y comprender cómo se forjó el *canon* moderno de la ciencia procesal (la triada formada por Giuseppe Chiovenda – Francesco Carnelutti – Piero Calamandrei) y qué modelo teórico palpita tras el *Codice* de 1940 ha sido el objetivo principal de los trabajos de Cipriani. Sus *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, publicadas en 1991, persiguieron ese doble propósito. Son páginas dedicadas a la trayectoria profesional de los grandes maestros, con atención preferente hacia ilustres olvidados (en particular, el profesor – magistrado – político – reformador Ludovico Mortara, pero también Luigi Mattiolo antes de Mortara y Carlo Lessona después) y los textos, incluso las anécdotas personales, que dieron base y sentido a las doctrinas. Y si tenemos en cuenta que la historia del código se cruza con la definición de arquetipos teóricos y con la colaboración de los expertos en el proceso civil con los legisladores fascistas (los ministros Solmi, Rocco, De Francisci, Grandi), las intrigas académicas que desvela Cipriani explican verdaderos retos de política legislativa. Por eso, la segunda gran aportación de este autor se tituló *Il Codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti* (1992); “naturale prosecuzione”, reconocía, de sus *Storie di processualisti*.

En materia de proceso civil Italia, desde luego, no es un lugar cualquiera. Se trata del país meridional que primero recibió las tesis del procesalismo científico elaboradas en Alemania (gracias a Oskar v. Bülow, 1837-1907 y Adolf Wach, 1843-1926); una visión *sistemática* del proceso entendido como *relación jurídica* autónoma –entre demandante, demandado, magistrado– y articulado sobre el concepto de *acción*, esto es, el derecho de exigir la actuación judicial del Estado ante una controversia jurídica. En términos generales, se debió a Vittorio Scialoja (1856-1933), hijo de Antonio, uno de los grandes hombres del *risorgimento*, decano de la facultad romana de Derecho y varias veces ministro, la intensa germanización que sufrieron los juristas italianos en el tránsito del siglo XIX al siglo XX. Correspondió a su joven discípulo Giuseppe Chiovenda (1872-1937) proseguir esa tendencia en el terreno del proceso desde la admiración por el juicio oral que había establecido

la *Zivilprozessordnung* (1895) del ministro austriaco Franz Klein. Un auténtico código-modelo para sus colegas italianos⁵.

Italia ha sido, además, la cuna de la primera revista científica consagrada íntegramente al análisis del proceso. Me refiero a la *Rivista di Diritto Processuale Civile* (la famosa “Processuale”), fundada en 1924 por Francesco Carnelutti (1879-1965) con apoyo del recordado Chiovenda y con Piero Calamandrei (1889-1956) al frente del comité de redacción. Que la “Processuale” –siempre atenta al derecho comparado⁶– ofreciese un foro intelectual a la (autoritaria) concepción fascista de la justicia, como cabe sospechar por el momento de su fundación, resulta un asunto debatido que no permiten ver con claridad los trabajos allí publicados⁷.

La influencia de Chiovenda entre sus compatriotas se reforzó, en tercer lugar, gracias al temprano magisterio que ejerció sobre los profesores españoles. Así José Casais Santaló (1894-1971), traductor de los influyentes *Principii di diritto processuale civile* (1ª Ed. 1906, 3ª Ed. 1923) en 1922 (vol. I) – 1925 (vol. II) de Chiovenda. Sabemos que este Casais fue su primer discípulo hispano⁸, especializado en el

⁵ Cf. F. CIPRIANI, “Giuseppe Chiovenda en Parma (de la “Procedura Civile” al “Diritto Processuale”) Mayo 1900- Diciembre 1902”, en *Thémis. Revista de Derecho* 43 (2001), 117-129, p. 123, sobre las características del sistema de Klein a juicio de Chiovenda, según sus propias citas: “(...) ‘los únicos límites naturales del poder del juez son las demandas de fondo de las partes’; el *Offizialmaxime* [sic] debe tomar el lugar de la *Parteidispositionsmaxime*, con la consecuencia que ‘las partes pueden disponer del derecho sustancial, renunciar a las demandas, modificarlas, pero no disponer de las razones, de las excepciones, de los medios de prueba’, y además que ‘no hay derecho de pedir o permitir reenvíos; el juez los da, si y cuando lo cree. No deben haber tardanzas inútiles, porque el Estado tiene interés en deshacerse lo más rápido posible de la pretensión dirigida en su contra, y porque el atasco de las causas que se reenvían distrae inútilmente su actividad’ (...).” Entre ‘garantismo’ y ‘publicismo’, el trabajo de Cipriani con mayor repercusión en la literatura latino-americana es, si no me equivoco demasiado, su análisis de la vieja ordenanza procesal austriaca: “En el centenario del Reglamento de Klein. (El proceso civil entre libertad y autoridad)” (1995), en F. CIPRIANI, *Batallas por la justicia civil*, trad. de Eugenia Ariano, Lima, Cuzco, 2003, 59-87.

⁶ La revista perdió el adjetivo “civile” de su título originario al inaugurar nueva época en 1946. Ultimamente la “Processuale” abre secciones de “Storia e cultura del processo” y de “Diritto processuale straniero e comparato”, con la esperada presencia de extranjeros. No es necesario añadir que Franco Cipriani animó, él mismo o sus críticos, la primera sección indicada.

⁷ Cf. V. DENTI – M. TARUFFO, “La Rivista di Diritto Processuale Civile”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 16 (1987), 631-664.

⁸ Pero la autoridad de Chiovenda había sido reconocida poco antes por Tomás Montejo (1856-1933), abogado y profesor de Procedimientos en la Universidad de Madrid. En América Latina el pionero fue un ilustre colega argentino: cf. A. LEVAGGI, “Tomás Joffré, introductor de Giuseppe Chiovenda en el derecho argentino”, en *Revista Electrónica*

emergente “derecho procesal científico” durante una estancia de trabajo en la Universidad de Roma. En general, “la salida creciente de jóvenes universitarios españoles al extranjero para ampliar estudios de Derecho Procesal iba a tener repercusiones inmediatas. Ya desde la segunda década del siglo XX se inició una profunda renovación de los estudios procesales en España, que proseguiría y se aceleraría en los años sucesivos. La renovación mencionada consistió, fundamentalmente, en la introducción, difusión y recepción en nuestro país de la dogmática procesal, es decir, de lo que también ha sido denominado, con un nombre quizás no muy apropiado, procesalismo científico, que venía conociendo un auge extraordinario en Alemania desde la segunda mitad del siglo XIX, y en Italia a partir del inicio del siglo XX”⁹.

Siguió la traducción española de *La condanna nelle spese giudiziali* (1ª Ed. 1901), realizada en 1928 por Juan A. de la Puente y prologada por Josep Xirau (1893-1982), catedrático de Procesal en Barcelona. La nota preliminar de Xirau al frente de esa versión (pp. 5-25) fue la carta de presentación del admirado colega italiano y de sus teorías ante el público hispano-parlante; encierra además el interés de mostrar –tomando casi *ad pedem litterae* opiniones de Calamandrei– la originalidad intelectual de Chiovenda, frente a la fácil acusación de ser un mero introductor de la dogmática alemana¹⁰. La presencia de procesalistas españoles en los estudios dedicados a Giuseppe Chiovenda (junto al recordado Xirau colaboró también Francisco Becuña, 1889-1936) certificó, en fin, el respeto intelectual y el comercio asiduo entre los especialistas de ambos países¹¹.

Estas rápidas observaciones bastan para probar la existencia de una red de influencias e ideas en torno al proceso que condujo de la Europa central al

del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja 3 (2004 n° 4), 98-106.

⁹ M. CACHÓN CADENAS, *Historias de procesalistas, universidades y una guerra civil (1900-1950)*, Madrid, Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid, 2012, p. 45. Sobre Casais y su traducción de los *Principi*, cf. *ibid.*, “Desventuras de José Casais Santaló, primer traductor español de Chiovenda”, pp. 233 ss.

¹⁰ CACHÓN, *Historias de procesalistas*, pp. 108 ss. Sobre Josep Xirau cf. *Diccionario de catedráticos españoles de Derecho*, del mismo Cachón (en línea: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos).

¹¹ Cf. *Studi di Diritto Processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, Padova, Cedam, 1927. Sobre esas colaboraciones españolas, además de sus *Historias de procesalistas*, pp. 69 ss, *vid.* también M. CACHÓN CADENAS, *Francisco Becuña. Un procesalista de primera hora*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 159 ss.

Mediterráneo y que desde allí prosiguió hasta España para ofrecer una breve, pero incisiva biblioteca de textos del “derecho procesal científico” al uso de los expertos de América Latina¹². La tradicional relación entre España y sus antiguas colonias –elemento clave para entender la codificación en los nuevos Estados¹³– llevó a la irradiación de las doctrinas germano-italianas sobre el proceso civil, ya bien asentadas en España desde los años 1920, a los países latinoamericanos; las desgraciadas circunstancias de los totalitarismos europeos y la guerra, con la marcha hacia América de procesalistas alemanes (James Goldschmidt, Uruguay), italianos (Tullio E. Liebman, Brasil) y españoles (Niceto Alcalá-Zamora, México; Santiago Sentís Melendo, Argentina), simplemente profundizaron, con la formación de escuelas locales y nuevas traducciones¹⁴, la difusión del llamado “procesalismo científico” en los países de acogida. Tal vez no sea ocioso recordar que la exposición del *Código de proceso civil* (1973), elaborado por Alfredo Buzaid (1914-1991), discípulo brasileño de Tullio Liebman y luego ministro de Justicia en el gobierno federal (1969-1974), se abre justamente con una cita de Chiovenda¹⁵.

“Toda la doctrina procesal publicada en el continente desde los años ’50 del pasado siglo”, escribió un conocido autor argentino sobre la recepción de clásicos europeos del proceso civil, “ha contribuido grandemente a ello pues con su lectura y estudio se han formado quienes enseñan la asignatura hasta ahora en las diferentes

¹² Pero cf. CACHÓN, *Historias de procesalistas*, pp. 641 ss sobre la temprana lectura (1918) de Chiovenda por el argentino, antes citado, Jofré (1868-1930).

¹³ M. VÁSQUEZ ALFARO, *La ciencia útil. Una reconstrucción de las conciencias jurídicas procesales en Colombia y América Latina*, Bogotá, Uninorte – Uniandes, 2015, pp. 27 ss sobre la ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. El centenario de esa ley decisiva, impulsado por el exiliado español Niceto Alcalá-Zamora (1906-1985), marcó el nacimiento del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (Montevideo, 1957).

¹⁴ De Chiovenda se registraron otras versiones en España (*Instituciones de derecho procesal civil*, trad. Gómez Orbaneja, 1936) y Argentina (*Estudios de derecho procesal civil*, trad. Sentís Melendo, 1949); Wach fue traducido en este último país (*Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, trad. Krotoschin, 1958), mientras que Goldschmidt salió en España (*Derecho procesal civil*, trad. Prieto Castro) y Argentina (*Derecho judicial material*, trad. Grossmann, 1959). Santiago Sentís Melendo (1900-1979), otro español que huyó de la dictadura franquista, tradujo prácticamente la obra completa de Calamandrei durante su largo exilio en Buenos Aires. A los dos países citados se añade México en el caso de Carnelutti (*Metodología del Derecho*, trad. Ossorio, 1940).

¹⁵ Esta cita: “Convien decidersi a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso”. Procede de CHIOVENDA, *La riforma del procedimento civile*, Roma, 1911, p. 4.

[universidades] de América”. En este sentido se destacó “la influencia doctrinaria que tuvo... la editorial EJEJA (Ediciones Jurídicas Europa América) que, durante muchos años, se dedicó a traducir al castellano lo más granado de las obras del procesalismo italiano y alemán. Y todos los americanos abrevamos en ellas y nos convencimos de sus bondades, sin darnos cuenta –hasta hace muy poco tiempo, Franco Cipriani mediante– de que todos los autores traducidos glosaban o la ley nazi del ‘37 o la ley fascista del ‘40”¹⁶.

El ancho canal de comunicación abierto entre Italia, España y América explica a satisfacción que las obras de Cipriani hayan gozado de la misma fortuna que las aportaciones de los viejos maestros. Revisar las doctrinas del proceso civil, denunciar –con énfasis en el nombre, hasta entonces fuera de discusión, de Piero Calamandrei– que el *Codice di procedura civile* era, según la exposición de motivos firmada por este mismo autor, “el más fascista de los códigos fascistas”, calificar, en fin, como autoritario (*b. e.* contrario al protagonismo de las partes a favor de los poderes del juez) el proceso civil italiano, modelado en sus principios (oralidad, inmediación, concentración) sobre la recordada *Prozessordnung* de Klein, constituían tesis relevantes tanto para Italia como para los países latinos situados bajo la influencia de su doctrina¹⁷.

En efecto, el debate que provocaron las *Storie* en Italia saltó de las revistas jurídicas a la prensa cotidiana¹⁸, pero también a la bibliografía procesal española.

¹⁶ A. A. VELLOSO, *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial. ¿Qué es el garantismo procesal?*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2011, p. 51.

¹⁷ Conviene reconocer que la revisión de la historia oficial del *Codice di procedura* –una ley (no sólo cronológicamente) fascista elaborada por expertos que fueron algo más que asesores técnicos, incoloros e inodoros (Calamandrei, Carnelutti, Redenti, Conforti), todos seguidores de Chiovenda– fue la tesis de G. TARELLO, “L’opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale” (1973), en *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna, il Mulino, 1989, 109-214. “Il fascismo c’è stato”, advertía ahí Tarello, “la continuità nel personale, negli schemi concettuali, negli usi istituzionali degli schemi da parte del personale, [va] interpretata come segno che il fascismo è incominciato prima della guerra europea ed è durato dopo la liberazione; fenómeno grosso (quantunque non commendevole) della storia istituzionale, sociale, culturale, italiana”, p. 113. Se destruía de esa forma la concepción confortante del *Codice di procedura* como “frutto di un compromesso fra le non molte idee dei riformatori fascisti e l’orientamento sostanzialmente contrario ad innovazioni radicali prevalente in gran parte della dottrina e della professione forense, dove il secondo finisce spesso col prevalere sulle prime”, en palabras de M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal ‘700 a oggi*, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 255.

¹⁸ Tal vez la más severa crítica a las tesis de Cipriani las formuló su maestro: L. MONTESANO, “*Storie recenti su Mortara e Chiovenda e sul romanesimo di Vittorio Scialoja concretato dai fascisti?*”, en *Il Foro*

Correspondió a Juan Montero Aroca (Universidad de Valencia) dar noticia de esa publicación (“especie de juicio personal e intelectual” a los *padres*, decía Montero); un libro capaz de conmover la literatura procesal contemporánea¹⁹. La lectura que más nos interesa la realizó, sin embargo, Manuel Cachón (Barcelona), otro experto en derecho del proceso que cruzó los datos y las observaciones de Cipriani con los avatares de la doctrina española influida por Chiovenda²⁰. Para Cachón, las *Storie* ofrecen “una interpretación nueva y original acerca de la evolución del pensamiento procesal contemporáneo en Italia”, lo que permite contar en adelante con “una contrahistoria frente a la versión que en este terreno había acabado por consagrarse y convertirse en poco menos que oficial dentro del procesalismo italiano y, por irradiación de éste, en el español y el latinoamericano”. En realidad, el trabajo de Cachón es bastante más que una reseña, pues documenta la temprana presencia española de la ‘versión oficial’ dibujada en Italia –incluso antes de que circulase en este otro país– de las teorías y los recursos técnicos situados tras el *Codice di procedura*.

En todo caso, los trabajos de Montero y Cachón siguieron una marcha divergente. La *pars destruens* de Cipriani, ese primer efecto de una historiografía crítica que revisa la trayectoria doctrinal y cuestiona afirmaciones traslaticias con acopio de fuentes inéditas, ha inspirado la obra del procesalista de Barcelona, considerado hoy en día nuestro principal experto en la historia del proceso civil y de los procesalistas españoles que enseñaron y escribieron sobre esta materia entre

Italiano 114 (1991), parte V, 598-602; del mismo, “Culto della personalità, ‘prodotti organici’ e ‘papagalli lusingatori’ di Chiovenda in un libro recente”, en *Rivista di Diritto Processuale* 47 (1992), 284-295. Sobre la polémica en la prensa, cf. Antonio Carioti, “Calamandrei e quel Codice del Ventennio”, en *Il Corriere della Sera* (Milán), 26 de enero, 2006, p. 41, con réplica de Michele Taruffo, “Quel Codice non era fascista”, *ibid.* 9 de abril, 2006, p. 31, y dúplica de Cipriani, “Calamandrei e il Codice di procedura civile – Interventi e repliche”, *ibid.* 13 de abril, 2006, p. 35. Algo después Cipriani concedió otra entrevista sobre la cuestión a Alessandra Benvenuto en el *Corriere del Mezzogiorno* (Nápoles), 8 de julio, 2007. Finalmente, la hija del afectado, Silvia Calamandrei, volvió al asunto, con aportaciones documentales hasta entonces desconocidas: “Così nacque il codice di Calamandrei”, en *La Repubblica*, 8 de febrero, 2006.

¹⁹ Cf. J. MONTERO AROCA en *Justicia. Revista de Derecho Procesal* (1991, n. 1), 497-499. El profesor español también reseñó, de Cipriani, *Il Codice di procedura civile...* en *ibid.* (1992, n. 4), 1012-1014.

²⁰ M. CACHÓN CADENAS, “Una reseña tardía con algunos episodios tempranos” (1999), ahora en *Historias de procesalistas*, 89-113.

finales del siglo XVIII y mediados del siglo XX²¹. Por el contrario, la *pars construens* de la revisión, esto es, la presentación de un arquetipo procesal que merece adjetivos como “liberal”, “garantista” o “privatista” y que así se presenta a la consideración de cualquier legislador, ha sido desarrollada –tanto en España como en América Latina– por Juan Montero.

Para formular el arquetipo del proceso garantista había base suficiente tras la sustitución en España de la centenaria Ley de Enjuiciamiento Civil (1881). Al entrar en vigor la nueva norma procesal (2000) Montero realizó un balance de urgencia de esta importante reforma: me refiero al libro *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (2001)²². “[S]e trata de recapacitar sobre lo que ha sido y sobre lo que puede ser el proceso civil”, escribió el autor (p. 13), y, en efecto, en esta obra –la primera que ha juntado en su título las expresiones “política” y “proceso civil”– aporta una reflexión sobre el ordenamiento procesal que nacía en España con el siglo XXI: un proceso oral donde las partes luchan por su derecho con notable dosis de autonomía, aunque el juez conserve –a veces con algún incremento²³– amplias facultades de dirección²⁴.

La publicación de Montero tuvo amplio eco. Se tradujo al italiano –caso extraordinario– con un prólogo del propio Cipriani que atizó el fuego de la polémica y asoció los nombres de prologuista y autor como los principales adalides

²¹ Además de la obra recién citada, M. CACHÓN CADENAS, *Memoria de procesalistas*, Santiago de Chile, Olejnik, 2017. Cf. la nota de C. HORNERO a propósito de las *Historias de procesalistas* en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija* 15/2 (2012), 196-201: “es mucho lo que queda por hacer. Para ello, como modelo, como referente contamos con el buen hacer de Manuel Cachón: el Cipriani español”.

²² *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. (Los poderes del juez y la oralidad)*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2001.

²³ Por ejemplo, como garante del principio de la buena fe (cf. art. 247.3 LEC), con poder sancionatorio: cf. M. CACHÓN CADENAS, “La buena fe en el proceso civil” (2005), ahora en *Estudios de derecho procesal*, Santiago de Chile, Olejnik, 2017, 91-124. O por el papel del juez en relación con los presupuestos procesales (art. 461.1): cf. MONTERO, *Principios políticos*, p. 97.

²⁴ La ley, escribe MONTERO, *Principios políticos*, pp. 149 ss., “se ha inclinado por la oralidad como principio determinante... y ha incluido en ese principio los llamados principios consecuencia: concentración, intermediación y publicidad, y lo ha hecho de modo razonable”. Pero la Ley de 2000 no estaría exenta de toques ‘autoritarios’ – ‘publicistas’ introducidos a lo largo de la tramitación parlamentaria; así, la recordada buena fe (Montero, pp. 106 ss.), o los poderes del juez en materia probatoria (Montero, pp. 121 ss.). Cf. igualmente M. CACHÓN CADENAS, “La justicia civil española: luces y sombras en materia de eficiencia y garantías procesales”, una ponencia inédita, presentada en un congreso en homenaje a Cipriani (Bari, 2011), que conozco por amabilidad del autor.

de la causa ‘garantista’²⁵. La traducción sirvió de excusa, además, para lanzar un segundo libro al cuidado de Montero (*Proceso civil e ideología*, 2006) con materiales diversos y una notable presencia de expertos latino-americanos²⁶. Un libro tan complejo como deja entrever su subtítulo: “Un prefacio”, esto es, el prólogo de Cipriani para la versión italiana de los *Principios políticos* (“El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas”), más “Dos cartas” (motivadas por una discutida sentencia argentina) y “Quince ensayos” de varios autores, tanto italianos y españoles como latinos (de Argentina, Perú, Brasil, con el añadido valioso de un autor portugués), aunque no todos de credo ‘garantista’. La segunda edición de *Proceso civil e ideología* (2011), además de mostrarnos su rara repercusión, incluyó nuevos textos de Montero y anexos con las mociones aprobadas en los congresos de Azul (Argentina) sobre “derecho procesal garantista”²⁷. Como resultado de esta incesante labor, la colección de Montero funciona como la pieza de referencia en las discusiones sobre modelos procesales.

Varias razones justificaron ayer y explican hoy la vivacidad de los debates americanos²⁸. Para comenzar, la influencia de la doctrina italiana, con sus fórmulas ‘publicistas’ favorables a los poderes del juez, se hizo perceptible en la década de los años 1930 cuando, por ejemplo, se promulgó (en 1939) el primer código procesal republicano para Brasil: cuando Luiz Machado Guimarães, conocido comentarista de este texto legal, manifestó que “a função do processo não mais consiste precipuamente em restaurar os direitos individuais violados, e sim em restabelecer e assegurar, mediante a definição dos litígios, o imperio do direito”²⁹.

²⁵ J. MONTERO AROCA, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, Napoli, Edizione Scientifiche italiane, 2002.

²⁶ J. MONTERO AROCA (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2006. La edición de 2011 contiene importantes manifiestos garantistas y una necrología de Cipriani por Montero, presentada en un encuentro celebrado en Lima (cf. *Franco Cipriani*, 455-462); allí recuerda el autor español su primer encuentro con Cipriani —precisamente en 1991, lo que hace de Montero un precoz destinatario de las *Storie di processualisti*— y otros particulares emocionantes.

²⁷ Sobre estos encuentros, que se desarrollan con regular periodicidad desde el año 1999, cf. <http://congresoprosesal.azul.der.unicen.edu.ar/resena-historica-1>

²⁸ J. C. BARBOSA MOREIRA, “Evoluzione della scienza processuale latino-americana in mezzo secolo”, en *Rivista di Diritto Processuale* 53 (1998), 26-35; Últimamente, Vásquez, *La ciencia útil*, pp. 117 ss.

²⁹ Cf. F. GAMA DA MIRANDA NETO, “Notas sobre a influência do direito material sobre a técnica procesual no contencioso judicial administrativo”, en *Revista Eletrônica de*

Varios años antes (1923) había penetrado en Colombia –con notable precocidad– el modelo ‘publicista’ de Klein con el llamado “Código Arbeláez” (*b. e.* juicios de prudencia y juicios con conocimiento de causa, y prevalencia del derecho sustancial)³⁰.

También se recibieron las teorías dogmáticas a la italiana, reforzadas por la presencia de exiliados, los congresos de ámbito ibero-americano, la fundación de revistas especializadas³¹ y los avances de los procesalistas locales: del *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial* (1941 ss) del argentino Hugo Alsina (1891-1958) a los *Fundamentos del derecho procesal civil* (1942) del influyente profesor uruguayo Eduardo Couture (1904-1956). A esta fase de auténtico ‘procesalismo científico’, en la que se formó la siguiente generación de estudiosos (Alfredo Buzaíd; Brasil; José Ramiro Podetti, Argentina; Hernando Devis Echandía y Álvaro Leal, Colombia)³², correspondió otra generación de códigos (Guatemala, 1963; nacional de Argentina, 1967; Colombia, 1970; Brasil, 1973)... que no tardó, sin embargo, en mostrarse insuficiente para lograr la mejora y la eficacia de la justicia civil: la batería de “problemas que la realidad social, económica, cultural y ética presenta al legislador”, por decirlo en términos de Couture³³.

Y finalmente, la caída de las dictaduras y el nuevo derecho post-conflicto (contenido en las cartas democráticas de Brasil, 1988; Colombia, 1991; reforma de Argentina, 1994), lanzó la cuestión de las bases constitucionales del proceso civil, objeto ahora de nuevo tratamiento: la justicia como valor supremo (Brasil, preámbulo; Colombia, preámbulo), la protección judicial de los derechos (art. 5.34 y 5.52, Brasil; art. 29, Colombia), la salvaguarda de la cosa juzgada (art. 5.35, Brasil), el derecho al recurso (art. art. 31, Colombia), la contradicción y la libre defensa (art. 5.54, Brasil), la nulidad de las pruebas ilícitamente obtenidas (art. 5.55, Brasil; art.

Direito Processual 4 (2009), 121-153, p. 133.

³⁰ VÁSQUEZ, *La ciencia útil*, pp. 122 ss. Pero la cerrada oposición de las clases jurídicas hizo de este Código un intento fugaz (cf. ley 26, 1924, 5 de noviembre, suspendiendo la ley “Arbeláez”, 103 de 1923).

³¹ Destaca en este sentido la *Revista de Derecho Procesal Argentina*, 1943 ss.

³² S. SENTÍS MELENDO, “Couture y su obra procesal”, en *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho* 16 (1957), 43-70, cf. pp. 45 ss. con numerosas referencias.

³³ Son manifestaciones de su proyecto de código de proceso civil (1945) tomadas *ad pedem litterae* por el codificador brasileño de 1973 (cf. exposición de motivos, n° 16).

29 *in fine*, Colombia), la publicidad del proceso con respeto a la intimidad (art. 5.59, Brasil; art. 228, Colombia), el libre acceso a los tribunales (art. 229, Colombia), en fin, la asistencia jurídica gratuita para litigantes sin medios económicos (art. 5.73, Brasil). Por lo demás, los nuevos dictados constitucionales se comprenden sobre la base de la Convención Americana de Derechos Humanos (1979), ratificada por más de veinte Estados de la región (por Colombia, en virtud del acto legislativo 2 de 2001; por Brasil, con la enmienda constitucional 45 de 2004)³⁴.

“O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça”, protestaba el codificador brasileño en 1973. “Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores... O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos” (exposición de motivos, nº 5). Ha sido esta visión “publicista” del proceso, concebido como instrumento al servicio de la ley antes que como medio para reparar los derechos lesionados de los ciudadanos, la ideología que palpita en los códigos americanos y el terreno de discusión para la causa “garantista”.

Para el debate ofrecía una buena base el llamado “Código modelo de proceso civil” (1988), fruto teórico-práctico del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y obra de los uruguayos Enrique Vescovi, Luis A. Torello y Adolfo Gelsi Vidart³⁵. Su texto, de alto interés en los movimientos legislativos de la zona (Uruguay, Chile), se ha inclinado hacia la orientación “publicista”, aún dominante en América Latina. Por una parte, el código modelo deja abierta la puerta a un proceso civil iniciado de oficio, aunque esta posibilidad se somete a la autorización legal (art 1); por otra parte, se consagra la presencia de un juez poderoso, capaz de

³⁴ El art. 8 de la Convención consagra el derecho a ser oído en juicio por un tribunal independiente y en plazo razonable; el art. 25 reconoce el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales: ambos preceptos llevarían a reescribir muchos códigos procesales. Cf. E. OTEIZA, “América Latina. Cultura y proceso civil”, en M. BUSTAMANTE RÚA (coord.), *Proceso judicial y cultura. Una mirada global*, Medellín, Universidad de Medellín, 2013, 199-214.

³⁵ Cf. S. SCHIPANI – R. VACCARELLA (cur.), *Un “Codice Tipo” di Procedura Civile per l’America Latina* (Atti del Congresso Internazionale, Roma, 26-28 settembre 1988), Padova, CEDAM, 1990, con reproducción del texto (pp. 515 ss).

rechazar la demanda y de ocupar la fase probatoria³⁶. Ambas soluciones se han hecho presentes en las últimas reformas a impulsos de un ‘sentido común’ que encadena, en relaciones de causa / efecto, *lentitud en los pleitos – injusticia – juez debilitado*: se diría que el codificador ha tratado de equilibrar la posición de las partes mediante un magistrado que debe corregir las desigualdades materiales que las separan y que busca a toda costa (esto es: a costa de las libertades del litigante, en opinión de los procesalistas ‘garantistas’) la verdad material y la justicia (distributiva).

La acentuada contraposición de ideologías procesales hace que tengamos últimamente un segundo código-modelo, elaborado, en el marco del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, desde postulados ‘garantistas’³⁷. Así, frente a la hipótesis de una apertura de oficio de la causa civil –un elemento sin duda ‘inquisitivo’ según la visión ‘garantista’– este otro código vincula el ejercicio de la actividad judicial a la iniciativa de parte, entendiéndose en consecuencia que no hay jurisdicción cuando falta la demanda (art. 2: Concepto de actividad jurisdiccional, n° 1); en otras palabras, el texto modelo proclama el respeto absoluto del principio dispositivo³⁸. Se consagra con énfasis, además, la imparcialidad del juez, situado por encima de las partes “sin suplir sus falencias de afirmación, prueba o impugnación

³⁶ Art. 1: “La iniciación del proceso incumbe a los interesados; el Tribunal lo hará de oficio sólo cuando la ley lo establezca expresamente. Las partes podrán disponer de sus derechos en el proceso, salvo aquellos indisponibles y podrán terminarlo en forma unilateral o bilateral de acuerdo con lo regulado por este Código”. Y entre los atributos judiciales del art. 33 se incluyen “rechazar *in limine* la demanda, cuando ella fuere manifiestamente improponible, cuando carezca de los requisitos formales exigidos por la ley o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y éste haya vencido” (n° 1), pero también (n° 4) “ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes”, (5°) “disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito”, etc. Del violento contraste entre la calidad de la doctrina y los persistentes vicios de la justicia, saldado con la ‘socialización’ del proceso civil y el protagonismo del juez (“soprattutto in materia di istruzione probatoria”) nos habla el ‘publicista’ brasileño Moreira, “Evoluzione della scienza processuale”, pp. 30 ss.

³⁷ Cf. *Proyecto de Código procesal general modelo para la justicia no penal de Latinoamérica*, con notas A. ALVARADO VELLOSO de correlación normativa y de explicación sistémica de todas las instituciones legisladas, Rosario, Ed. AVI, 2016. Los redactores del texto son dos procesalistas y abogados argentinos, el mismo Alvarado (parte general del código) y Omar Abel Benabentos (parte especial). Hace poco se celebró un congreso (XXVIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, días 6 y 7 de septiembre, 2017) para debatir sobre este proyecto.

³⁸ Una nota de Alvarado precisa en este punto que “se descarta por completo la iniciación de un proceso por actividad oficiosa del juez”.

ni subsanar oficiosamente los errores de ellas, salvo aquéllos que afecten de tal modo la relación procesal que impidan el dictado de una sentencia de mérito útil sobre el fondo de la contienda” (art. 1: Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, n° 6). Y cuando el material probatorio no baste para estimar la demanda, el juez falla a favor del demandado (*in dubio pro reo*) sin practicar otras pruebas de propia iniciativa³⁹.

¿Han influido estos modelos, o bien, y más generalmente, esas *ideologías* en los códigos procesales de Colombia y Brasil, los más recientes de América Latina? Antes de responder a la pregunta me gustaría insistir en la dependencia historiográfica que arrastran las dos tesis en oposición. Me apresuro a precisar que no pienso ahora en los citados trabajos de Cipriani, la conocida crítica a las doctrinas clásicas que está tan presente en el derecho de la región.

Al considerar la perspectiva ‘garantista’ en oposición a la tesis ‘publicista’ observo dos notables prejuicios en juego⁴⁰. El primero se enuncia de modo positivo y consiste la descripción ‘garantista’ del proceso civil liberal como un espacio concebido por el legislador al servicio exclusivo del ciudadano privado. Desde el punto de vista procedimental (fases y trámites del juicio) ese proceso sería una supervivencia del *solemnis ordo iudiciarius* del viejo *ius commune* europeo y, por tanto, un cauce lento y escrito, una suerte de duelo ritual que se desarrollaba ante un juez impasible; sólo en materias de comercio, con tribunales de características propias, herederos de una tradición autónoma, se conocieron juicios ágiles y expeditos⁴¹.

³⁹ Cf. art. 62: Deberes de resolución de los jueces, n° 4: “analizar el material probatorio legalmente ofrecido y producido por las partes que obra en el expediente y resolver el caso con estricta sujeción a las reglas que gobiernan la carga de la prueba. En caso de duda por insuficiencia de prueba que resulte convictiva respecto de algún hecho controvertido relevante para la adopción de una decisión, debe aplicar el principio constitucional que ordena absolver a quien no tiene carga de probar (*in dubio, pro reo*)”. A su vez, la norma sobre los poderes decisorios del tribunal establece que “toda otra actividad probatoria oficiosa del juez es nula y nula la sentencia que se fundamenta en esa prueba” (art. 72: Facultades decisorias del juez, *in fine*).

⁴⁰ No ayuda mucho a una mejor comprensión E. ÁLVAREZ CORA, *La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

⁴¹ La justicia del comercio deriva del proceso sumario del derecho canónico, como muestra V. FAIRÉN GUILLÉN, *Lo ‘sumario’ y lo ‘plenario’ en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*, Madrid, Fundación Registral, 2006. Regulada en el Código español de comercio (1829) y con ley procesal propia (1831), la justicia mercantil desapareció en España en 1868; no conozco su suerte en las jóvenes repúblicas americanas, donde el Código de

Aunque la lentitud y la multiplicidad de los trámites han sido objeto de críticas ‘garantistas’, el papel pasivo del juez o, si se prefiere, el protagonismo de las partes en la causa –el famoso principio dispositivo– atrae los aplausos hacia los códigos de aquella época. La representación icónica de la Justicia como una figura femenina con los ojos vendados –un hallazgo, al parecer, del siglo XIX⁴²– expresa claramente la pasividad judicial, base de su (constitutiva) imparcialidad.

Ahora bien, esa visión idealizada de los viejos códigos procesales encierra una simplificación llena de severas omisiones. Sin entrar en la dependencia de la justicia (“administración” antes que “poder”) respecto del ejecutivo⁴³, me limito a poner de relieve un olvido, en absoluto menor: las leyes procesales de 1855 y 1881 –creo que no sólo esas dos leyes españolas– concedieron al juez la facultad de exigir nuevas evidencias cuando la práctica de las pruebas propuestas por los litigantes no le permitía apreciar los hechos en juicio⁴⁴. Una fórmula sin duda poco o nada ‘garantista’.

En segundo lugar, desde una visión negativa el ‘garantismo’ califica como ‘autoritario’ y ‘publicista’ el proceso civil que se abrió paso en Europa desde la Ordenanza de Klein, teorizado por los autores germano-italianos de la doctrina

1829 tuvo, desde luego, una notable difusión: cf. E. ABÁSULO, “El código de comercio español de 1829 en los debates y las prácticas jurídicas del extremo sur de América”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 78-79 (2008-2009), 447-460.

⁴² L. MEDINA, *Nuevas tendencias*, pp. 27 ss.

⁴³ M. LORENTE (Ed.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

⁴⁴ Se trata de las llamadas “diligencias para mejor proveer”, que, en la expresión del legislador de 1855 (art. 48), se regulaban como sigue: “Los jueces y tribunales podrán para mejor proveer, 1) decretar que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes; 2) exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes, sobre hechos que estimen de influencia para la cuestión y no resulten probados; 3) decretar la práctica de cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesario; 4) traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito”; en la ley de 1881 se contemplaban en los arts. 340-342 y continúan como “diligencias finales” reguladas en la ley vigente (arts. 434-436). Pero cf. también art. 269 del *Codice di procedura civile* de Italia (1865): “Quando l’autorità giudiziaria non trovi nella relazione elementi sufficienti per la decisione della causa, può ordinare ai periti di dare anche oralmente all’udienza schiarimenti ulteriori, ovvero ordinare una nuova pericia da eseguirsi da uno o più periti nominati d’ufficio. I nuovi periti possono richiedere ai primi le spiegazioni che stimino conveniente”, con reconocimiento de una cierta ‘actividad’ a favor del juez que otros preceptos mantienen en esta materia probatoria (cf. art 271, inspección judicial *ex officio* del lugar o la cosa en litigio; sobre el juez liberal en la prueba de testigos, cf. art. 243). No entra en el asunto F. CIPRIANI, “Giuseppe Pisanelli e il processo civile”, en C. VANO (Ed.), *Giuseppe Pisanelli. Scienza del processo, cultura della legge e avvocatura tra periferia e Nazione*, Napoli, Jovene editore, 2005, 69-82.

‘científica’. Al narrar su *historia* –del despotismo ilustrado de la Ordenanza procesal josefina al socialismo jurídico de Anton Menger y el propio Klein, al fascismo, al nazismo; en fin, al derecho soviético– la crítica ‘garantista’ vincula esta concepción con las terribles dictaduras de los años 20 y 30. La conclusión resulta patente: “no se ha destacado lo suficiente” –escribe por ejemplo Juan Montero– “que los códigos en que se han concedido mayores facultades a los jueces se han promulgado justamente en países y momentos en que estos jueces eran menos independientes, de lo que ha resultado que, a la postre, con la concesión de esas facultades se estaba fortaleciendo la injerencia del Poder Ejecutivo en la efectividad de los derechos subjetivos de los ciudadanos”⁴⁵. Y si en una ley ‘garantista’, como sería –por herencia liberal– la LEC española (2000), aún pervive la concesión al juez de facultades para instar la prueba o se introduce el principio de la buena fe, ello responde a las enmiendas de la izquierda en los debates parlamentarios. En este caso el esfuerzo de los ‘publicistas’ por señalar los prejuicios históricos sobre los que se construye la tesis ‘garantista’ ha sido cosa bastante sencilla: pues no parece legítimo identificar autoritarismo y totalitarismo, aun en el supuesto de calificar como ‘autoritaria’ la posición legal del juez civil en los siglos XX y XXI⁴⁶.

Cuanto se ha recordado antes facilita finalmente el acceso a los dos códigos arriba mencionados. Me refiero al *Código general del proceso* de Colombia (CGP) y al *Código de processo civil* de la república federativa de Brasil (CPC)⁴⁷. Ambos en aplicación desde 2016.

En Colombia existe un núcleo, pequeño pero fuerte y activo, de estudiosos ‘garantistas’ en el seno de la Universidad de Medellín. Existe incluso una joven

⁴⁵ J. MONTERO AROCA, *El Derecho procesal en el siglo XX*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 75. En el origen remoto de esta obra se encuentra un seminario impartido en la UNAM (México).

⁴⁶ Por ejemplo, cf. J. PARRA QUIJANO, *Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio*, Bogotá, Themis, 2004, pp. 44 ss. sobre Klein y la *Zivilprozessordnung*; pp. 54 ss sobre la “Relazione” del Código italiano, que además se publica en apéndice, pp. 159 ss. Para la intervención del juez de *common law* en la dirección de las causas (el llamado *case management*), cf. L. MEDINA, *Nuevas tendencias*, pp. 56 ss.

⁴⁷ El Código colombiano (ley 1564 de 2012, julio 12) está vigente desde el 1 de enero, 2016, en virtud del acuerdo n° PSAA15-10392, 1 de octubre, 2015, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, satisfechas las fases de formación de los jueces y de adaptación tecnológica de las salas de justicia. El Código de Brasil (lei n. 13.105, de 16 de março de 2015) entró en vigor el 18 de marzo, 2016.

revista (*Garantismo Procesal*, de 2011 a la actualidad) estrechamente vinculada al magisterio del argentino Alfredo Alvarado Velloso⁴⁸. Pero hay que reconocer que el nuevo código procesal ha permanecido en las coordenadas del ‘publicismo’. Por una parte, estaba presente en los debates para la superación del código de 1970 la autoridad del recordado Hernando Devis Echandía, un autor favorable al reforzamiento de los poderes del juez, en aras de un proceso social y eficaz, cuando existía amplio consenso sobre los límites de la justicia colombiana: “uno de los factores de la violencia atroz que azota a Colombia es el poco buen resultado que ofrece un aparato jurisdiccional que no decide con la prontitud requerida, ni puede investigar adecuadamente los ilícitos cometidos, ni descubre ni sanciona a los delincuentes”⁴⁹. De otra parte, se asistía desde 1991 a una “renovación científica procesal” (Vásquez) bajo la Constitución Política de 1991 (CP) que ha encontrado en la admisión de acciones constitucionales de tutela (art. 86 CP) contra las sentencias de los tribunales un importante instrumento para convertir a los jueces colombianos en “celosos guardianes de la igualdad sustancial de las partes vinculadas al proceso”⁵⁰. Si consideramos, finalmente, la teoría de los *deberes procesales* –buena fe, corrección de las partes, rechazo de actuaciones improcedentes... todo ello situado bajo la coerción que toca al magistrado– sobre la base del art. 95.7 CP⁵¹, se comprende la vocación ‘publicista’ de la doctrina, ahora concebida como una corriente ‘constitucionalista’ (del constitucionalismo del Estado social y democrático de Derecho, claro está) que se hizo visible en la reforma de 1989 y se mantiene en la nueva codificación de 2012-2016.

⁴⁸ Cf. por ejemplo G. Á. BENEDETTI, “La verdad jurídica objetiva, ¿es la única respuesta correcta? Una visión desde el garantismo procesal”, *ibid.* 2 (2011), 56-58; W. E. GRISALES CARDONA, “La prueba en un Esquema Garantista”, *ibid.* 3 (2012), 99-109; J. M. ESPINOSA GÓMEZ, “¿La inspección judicial en materia civil, como prueba extraprocesal es violatoria de derechos y garantías de las personas?”, *ibid.* 5 (2012), 120-127.

⁴⁹ Son manifestaciones del senador Horacio Serpa en el Congreso (1987), recogidas por Vásquez, *Ciencia útil*, p. 171. El magisterio de Devis Echandía se hizo norma mediante la reforma de 1989 (Decreto Ley 2282), que modificó intensamente el texto de 1970.

⁵⁰ Cf. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (ST-062, 1992) en Vásquez, *Ciencia útil*, p. 185. De la ingente literatura al respecto, puede verse Liliana Carrera Silva, “La acción de tutela en Colombia”, en *Revista IUS* 5 (enero-junio 2011), 72-94.

⁵¹ “Son deberes de la persona y del ciudadano: 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”. Cf. M. L. JARAMILLO, “Deberes y derechos procesales en el Estado social de Derecho”, en *Opinión jurídica* 11 (enero 2007), 69-81.

El modelo descrito dominaba entre los expertos cuando el Instituto Colombiano de Derecho Procesal intervino en la redacción del código⁵². Un ligero repaso de sus disposiciones acredita que, a pesar de las voces ‘garantistas’, el legislador colombiano continúa y perfecciona el modelo ‘publicista’ de estirpe germano-italiana, reforzado en este caso por la búsqueda desesperada de remedios a las duras condiciones de vida en sociedades que no conocen el Estado del bienestar.

En efecto, el CGP establece (art. 4) que “el juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”, sobre lo que insiste el art. 42.2, sobre “deberes del juez”; una redacción más rotunda, sin duda, que el precepto equivalente del antes citado código-modelo (cf. art. 4: “el Tribunal deberá mantener la igualdad de las partes en el proceso”). Sin dejar este artículo (cf. art. 42. 4) encontramos una cumplida admisión de las pruebas de oficio⁵³.

Siempre en materia probatoria, la posibilidad concedida al juez por el art. 167 CGP de distribuir el *onus probandi* entre las partes (se trata de la teoría de la carga dinámica de la prueba) fue pronto atacada ante la Corte Constitucional, cuya decisión, sin embargo, reforzó el protagonismo del juez al fallar por la adecuación del precepto discutido con la Constitución⁵⁴. Por eso, algún autor de credo ‘garantista’ ha escrito –acaso temiendo la legislación hoy finamente en vigor– que “Colombia tendrá de ahora en más el código procesal civil más autoritario de

⁵² Cf. <http://www.icdp.org.co>. El Instituto se fundó en 1969 –en los momentos previos al código procesal anterior– a impulso y bajo la dirección de Hernando Devis Echandía y Hernando Morales Molina, principales responsables de esa ley; el nuevo código se elaboró en el seno del Instituto a partir de 2003, con Jairo Parra –un ilustre jurista ‘publicista’– en su presidencia.

⁵³ Debe el juez “emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes”.

⁵⁴ Cf. SCC-086/2016, de 24 de febrero (magistrado ponente Jorge Iván Palacio), donde leemos, entre otras valiosas consideraciones, la que sigue: “la norma acusada no puede ser interpretada al margen de los fines y principios que orientan el Código General del Proceso y que por lo mismo tienen fuerza vinculante. Ello significa que el juez, como director del proceso, ha de estar vigilante para dar cumplimiento a su misión en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, ya sea al acudir a sus atribuciones oficiosas en el decreto y práctica de pruebas, o bien para hacer una distribución razonable de la carga probatoria según la posición en la que se encuentren las partes en cada caso”.

América latina, coexistiendo con el código procesal penal, uno de los más libertarios del continente. ¡Extraño destino el de este país!”⁵⁵.

Aunque la polémica levantada por el ‘garantismo’ sea de expresión española –varias obras de Cipriani fueron traducidas al español gracias al entusiasmo de Eugenia Ariano (Perú)– la presencia de ‘garantistas’ en foros internacionales y la existencia de seguidores portugueses de aquel procesalista también ha favorecido la circulación en Brasil de las tesis de esa escuela⁵⁶. La anterior observación se completa con una referencia al Prof. Leonardo Greco (Río de Janeiro), un experto local familiarizado con la literatura europea que, poco antes de discutirse la reforma procesal de Brasil, expuso en este país las tesis del ‘garantismo’. El nombre y la obra de Cipriani pasaron, así, a constituir un referente doctrinal y la base intelectual de una escuela ‘privatista’⁵⁷.

Conviene recordar la situación de partida: los dos códigos procesales de 1939 y de 1973, uno y otro profundamente influidos por el derecho y las teorías italianos⁵⁸. En realidad, la reforma del ordenamiento procesal civil no recibió particular impulso ni fue unánimemente reclamada por la doctrina local. Un parlamento desprestigiado que aspiraba a presentar frutos legislativos para justificar su existencia emprendió la codificación del proceso con el telón de fondo –siempre

⁵⁵ A. VELLOSO, *La garantía constitucional del proceso*, p. 104. Recordemos que rige en Colombia desde 2001 un nuevo Código de Procedimiento Penal (ley 600, de 24 de julio, 2000), que ha recibido el modelo ‘adversarial’ de *common law*. Pero la reforma del proceso, singularmente del proceso penal, ha sido una más de las medidas impuestas a Colombia en el marco de las nuevas políticas impulsadas por las instancias financieras del gobierno global (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Organización Mundial del Comercio): cf. César Rodríguez Garavito *et al.*, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.

⁵⁶ Cf. L. CORREIA DE MENDONÇA, “80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português”, en J. Montero, *Proceso civil e ideología*, 381-438; del mismo, *Direito processual civil. As origens em José Alberto dos Reis*, pref. Miguel Teixeira de Sousa, Lisboa, Quod juris?, 2002. Al ilustre magistrado Mendonça debemos, además, la exposición más completa de las tesis y las obras de Cipriani: “O Pensamento de Franco Cipriani sobre a Justiça Civil”, en *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 2 (2005), 65-125. Recientemente se anuncia la traducción y publicación en Brasil de Juan Montero (Ed.), *Proceso civil e ideología* (2006): J. C. GUEDES, “Direito processual de grupos sociais atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual”, en *Revista brasileira de políticas públicas [RBPP]* 6 (jan.-jul. 2016), 115-139, p. 116.

⁵⁷ Cf. “Publicismo e privatismo no processo civil”, en *RdP* 33 (2008), 29-56. Leonardo Greco fue asesor de Alfredo Buzaid cuando este último autor, entonces ministro de Justicia, impulsó el Código procesal de 1973.

⁵⁸ La influencia de Italia parece todavía renovarse: hace pocos años tuvo lugar el “I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil” (São Paulo, 2014), coordinado por C. ZUFELATO, G. BONATO, H. V. MENDONÇA SICA y L. C. BATISTA CINTRA.

atractivo— de la mejora y la prontitud de la justicia. Baste recordar que, en estos días de dura controversia política —incluido el ‘impeachment’ irregular de la presidenta Dilma Rouseff— entre los más de quinientos congresistas casi trescientos han sido o son aún investigados en causas criminales; en el Senado casi cincuenta de los ochenta y un senadores están en el mismo caso. En un clima tan viciado el código procesal parecía una buena excusa; en todo caso, se aprobó con rara unanimidad.

Un código con dos almas. La comisión de expertos que elaboró el anteproyecto por encargo del Senado (ATO n° 379, de 30 de setembro, 2009) se orientó, según la tradición de los códigos de 1939 y 1973, por un texto ‘publicista’ fiel a las enseñanzas de José Carlos Barbosa Moreira⁵⁹. Al pasar a la Cámara de Representantes, con otros técnicos presentes (en especial, Freddie Souza Didier Jr., asesor del relator del proyecto, diputado Barradas) se produjo un cierto giro ‘garantista’, aunque no siempre como respuesta favorable a las nuevas doctrinas: el recordado Freddie Didier confesó que el escándalo de corrupción conocido como “mensalão”, rigurosamente coetáneo de la tramitación del Código procesal (el juicio del “mensalão” comenzó el 2 de agosto, 2012), generó “uma percepção por parte dos parlamentares de que era preciso reduzir os poderes dos juízes. Eles, claramente, passaram a ter outra postura em relação ao poder do magistrado”⁶⁰.

Contra las acusaciones —precipitadas— de “gattopardismo” el nuevo CPC, tras los debates parlamentarios, presenta un punto de equilibrio entre los modelos procesales que han interesado. “O que caracteriza a nova legislação processual”, ha escrito un conocido experto, “no que atine à relação Estado-indivíduo é a colaboração e o diálogo entre os sujeitos processuais”⁶¹ y, en efecto, la posición activa del juez aparece a veces compensada con la exigencia legal del parecer de las

⁵⁹ De “gattopardismo procesal” hablaron los que se adscribían a la escuela ‘garantista’-‘privatista’, temiendo que el nuevo código replicase los contenidos de 1973: G. G. RAMOS, “Actual debate en el procesalismo brasileño: ¿garantismo o activismo?”, en RDP 221 (2013), 381-396

⁶⁰ Cf. “O novo CPC não é uma revisão do Código de 1973. É muito diferente”, entrevista a Didier en *Consultor Jurídico*, 2 de julio, 2014 (<https://www.conjur.com.br/2014-jul-02/entrevista-fredie-didier-membro-comissao-reforma-cpc>).

⁶¹ P. H. DOS SANTOS LUCON, en J. W. Bezerra da Costa Neto, “O novo Código de Processo Civil”, de interés para lo que sigue.

partes: tal vez el mejor ejemplo resida en el art. 357 del nuevo Código, que si concede al juez, de un lado, amplias facultades en la gestión de la causa, de otro reclama el acuerdo de las litigantes y la manifestación de sus sugerencias sobre la organización del procedimiento. También cabe recordar el mandato cívico del art. 8 (“ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e as exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”), pues estos principios, abiertos a la interpretación, deben leerse con el art. 489, § 2 a la vista, esto es, desde el deber judicial de “no caso de colisão entre normas... justificar o objeto e os critérios gerais da poderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferencia na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentan a conclusão” (lo que, del resto, satisface la norma constitucional de motivar las decisiones judiciales: Constitución federal, art. 93, XI). Y si el juez conserva notables facultades en materia de prueba (art. 370), el Código admite también los “contrats de procedure” (art. 190-191), terminando de este modo la polémica doctrinal sobre los actos dispositivos de las partes con un pronunciamiento favorable de la convencionalidad en los procesos⁶².

“Quando se registram *omissões inconstitucionais* do Estado, sempre tão ilegítimas quanto profundamente lesivas a direitos e liberdades fundamentais das pessoas, das instituições e da própria coletividade, torna-se justificável a intervenção do Judiciário, notadamente a desta Corte Suprema, para suprir *incompreensíveis* situações de inércia reveladas pelas instâncias de poder em que se pluraliza o aparelho estatal brasileiro”⁶³. Bien puede ser. Pero cabe aún pensar que un *activismo institucional* favorable al ciudadano corresponde, sobre todo, a las ramas ejecutiva y legislativa del Estado, manteniéndose técnicamente imparcial el poder judicial, en especial para las causas civiles⁶⁴. Incluso parece posible distinguir –se trata de un problema

⁶² Ha sido significativo, en muestra de un cierto equilibrio ‘garantista’, el veto de la Presidenta Rousseff al largo art. 333, que permitía transformar el proceso individual en proceso colectivo. Cf. J. R. CRUZ E TUCCI, “Contra o processo autóritario”, en RDP 242 (2015), 49-67.

⁶³ Son palabras de José de Celso Mello Filho, presidente del Supremo Tribunal Federal (1997-1999), recogidas por S. D. ORSATTO, “A atuação do poder judiciário no estado constitucional em face do fenômeno da judicialização das políticas públicas no Brasil”, en RBPP 5 (2015), 239-251, p. 242.

⁶⁴ G. G. RAMOS, “Actual debate”, cit.

relevante, sin embargo omitido en las discusiones de ideologías procesales— la simple *declaración* de un derecho, un momento procesal en que debe primar la tesis ‘garantista’ y la igualdad formal entre los litigantes, y la *ejecución* de la sentencia que reconoce el derecho declarado cuando, por expresarlo con un título reciente, el proceso civil actúa como “técnica compensatória de desigualdades sociais”⁶⁵. En el ‘momento social’ del juicio ejecutivo jugarían entonces los poderes ‘activos’ del juez, quien, según las circunstancias del caso, tomará conciencia de las condiciones materiales y personales de la parte perdedora e invocará, si fuera necesario, el auxilio de otras instancias (los servicios de asistencia social, la administración sanitaria, las empresas públicas de la vivienda) antes de ejecutar en la vida ordinaria el derecho que ha sido declarado en la abstracción de un debate jurídico⁶⁶.

Podría así llegarse a una síntesis de modelos (aparentemente) opuestos; cuestión palpitante, que sin duda merece un estudio más reposado.

⁶⁵ Tengo presente J. C. GUEDES, *Igualdade e desigualdade no processo civil: o processo civil como técnica compensatória de desigualdades sociais*, tesis doctoral, Pontificia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

⁶⁶ Interesa el estudio de M. A. RUIZ ALBERT, *El lanzamiento de vivienda como proceso de ejecución con todas las garantías*, tesis doctoral, Universidad de Huelva, 2013.