

# El nuevo CPC brasileño

## Hacia la efectivización de los derechos y garantías fundamentales\*

Roberto Omar Berizonce

### Sumario

I. El fenómeno de la “constitucionalización de las garantías” en los países ibero-luso-americanos. II. Las tradiciones jurídicas y las reformas del proceso civil en la región. III. El nuevo CPC brasileño y los principios en que se sustenta. 1. El sistema articulado de principios fundantes y reglas de aplicación en el ordenamiento brasileño. 2. Principios y reglas. 3. Principios fundamentales y reglas en el ordenamiento procesal brasileño. 4. La articulación y ensamble de principios y reglas. IV. Una avanzada en el panorama de la legislación procesal ibero-luso-americana.

### *I. El fenómeno de la “constitucionalización de las garantías” en los países ibero-luso-americanos*

A partir de las dos últimas décadas del siglo XX la mayoría de los países latinoamericanos, aunque tardíamente, ingresa en lo que se ha considerado la “fase madura” de uno de los fenómenos más importantes que ha sellado la evolución de la justicia en general, la “constitucionalización de las garantías” o, si se prefiere, la “procesalización del derecho constitucional”<sup>1</sup>. No ha sido casual que como consecuencia del creciente proceso de democratización y

Roberto Omar Berizonce es Profesor Emérito de la UNLP, La Plata, Argentina. Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

\* Sem revisi o do Editor.

<sup>1</sup> BEJARANO GUZMÁN R., *La procesalización del derecho constitucional en Colombia en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho, E. Ferrer Mac-Gregor y A.Z. Lelo de Larrea (coord.), UNAM, México, 2008, v. VI, p. 173.

retorno a la institucionalidad democrática que en la región opera por ese entonces, se hayan dictado las nuevas o reformadas Constituciones de Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), México (1994 y ulteriores) y Venezuela (1999). Paralelamente, se tornan operativos los pactos y convenciones americanas sobre derechos humanos, particularmente la CADH de 1969, a los que en general se adjudica jerarquía constitucional en los propios Estados, sea de modo expreso (Colombia, art. 93 CP; Brasil, art. 5º § 3 incorporado por EC 45/04; Argentina, art. 75 inc. 23, CN; Venezuela, art. 23; Paraguay art. 141), o tácito.

La CADH, siguiendo el modelo de la CEDH, consagra un “núcleo duro” o “esencial” de principios para gobernar la administración de justicia civil, que vincula y obliga a todos los Estados miembros, y que resultan atingentes a la *condición del juez*, como imparcial e independiente; a las *partes*, a quienes se les ha de asegurar un acceso irrestricto a la jurisdicción y el derecho de defensa; y al *procedimiento*, el “*fair trial*” o debido proceso que ha de ser simple, claro y rápido, para ser oído “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”, lo que conlleva el dictado de un pronunciamiento debidamente fundado y justo. Se trata de las “garantías judiciales” que se derivan del art. 8º y que se integran con el derecho a “un recurso sencillo y rápido” o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces que brinde amparo contra actos que violen los derechos fundamentales (art. 25). Las propias Constituciones, además, reconocen como garantía fundamental el derecho a la *tutela judicial efectiva*, bajo distintos enunciados (“eficaz prestación de los servicios de justicia” –CN Arg., art. 114, tercer párrafo, inc. 6 *in fine*; “derecho a la tutela jurisdiccional”, Const. Perú, art. 139 inc. 3; art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI, C.Br)<sup>2</sup>.

## II. Las tradiciones jurídicas y las reformas del proceso civil en la región

1. En la primera década del nuevo milenio el derecho procesal iberoamericano se encuentra inmerso en un proceso, en general, de profundas transformaciones que avanza en diversos frentes y a distintas “velocidades” en cada uno de los sistemas nacionales. Tratando de superar sus tradicionales disfuncionalidades, se encamina a recoger y acompañar, de uno u otro modo, las grandes tendencias que se vislumbran en el derecho comparado: 1) el afianzamiento de la concepción de la justicia civil como manifestación de una de las *funciones públicas* esenciales del Estado democrático de derecho, o Estado “de justicia”, con sus correlatos del aseguramiento de las *garantías fundamentales del proceso* y su *efectividad* en concreto (la “edad” de las garantías), en consonancia con su “constitucionalización” y consagración en los pactos y convenciones internacionales a los que adhirieran los países de la región. 2) Como consecuencia de ello, la emergencia de novedosas *tutelas procesales diferenciadas*, que introducen jurisdicciones y técnicas procesales especiales para brindar protección a sujetos y situaciones particularmente necesitadas, que las propias Constituciones o los pactos enuncian con particular énfasis en el catálogo de los derechos fundamentales –derecho a la vida, a la dignidad, a la salud, a la educación y, en general, derechos económicos, sociales y culturales-, incluyendo los derechos de incidencia colectiva –tutela del ambiente, de consumidores y usuarios, de la institucionalidad democrática en general-. 3) la *armonización transnacional* de la justicia civil, primeramente en la región en torno de los Códigos Modelo Iberoamericanos, de Proceso Civil y de Procesos Colectivos, y sobremanera a partir de una vigorosa tendencia que comienza a vislumbrarse en varios países, aunque con

<sup>2</sup> OTEIZA E., *Disfuncionalidad del modelo de proceso civil en América Latina en III Congreso Internacional de*

*Derecho Procesal. Garantismo y crisis de la justicia*, Cartagena de Indias, 2-4 setiembre de 2009.

diversa intensidad, y que sustentándose promiscuamente provienen de las Constituciones y de los tratados y convenciones sobre derechos humanos –especialmente la CADH–, a través de una interpretación judicial creativa y progresista, comienza a perfilar diversas líneas maestras, coincidentes, propias de una novedosa justicia de “acompañamiento” para la tutela efectiva de los derechos fundamentales. 4) El tránsito hacia la consolidación de los *métodos alternativos de solución de conflictos* y la superación de las contradicciones que plantean frente a la concepción publicística del proceso. 5) la emergencia, cada vez más notoria, de *nuevas misiones de los jueces*, como activistas gestores, ejecutores y garantes de la efectividad de las garantías fundamentales y, como consecuencia, el papel de la jurisprudencia como *fuerza del derecho*. De todo lo cual ha derivado una inédita tendencia hacia la construcción de un “constitucionalismo global” para la tutela de los derechos fundamentales.

2. Semejantes transformaciones se insertan, conviene subrayarlo, en sistemas de enjuiciamiento que se asientan en comunes y antiguas tradiciones jurídicas que aún perviven no obstante los singulares avances que han venido operando especialmente durante el último medio siglo.

Las distintas legislaciones de los países del subcontinente sudamericano nacieron y se desarrollaron en la tradición del *civil law* continental europeo, cuyas variables estructurales fundamentales aún perduran en aquellas: a) la *naturaleza del órgano jurisdiccional*, confiado a jueces profesionales dotados de específica competencia técnica jurídica, que solo excepcionalmente cuentan con gabinetes técnicos multidisciplinarios de apoyo (tribunales de familia o de menores, etc.); lo cual ha condicionado la propia evolución de los ordenamientos procesales, que han pasado tíbiamente del originario esquema escriturario hacia un sistema mixto de escritura y oralidad; b) la *independencia jurisdiccional*, que está

condicionada principalmente por el *método de selección* burocrática de los jueces, su ingreso y permanencia dentro de una carrera jerárquica progresiva hasta su jubilación, idealmente al margen de las influencias políticas a partir de confiar el “gobierno” del Poder Judicial a un órgano independiente conformado por los distintos estamentos involucrados (Consejos Generales o Superiores de la Magistratura); c) la *formación jurídica de jueces y abogados*, a través de las Escuelas o Facultades de Derecho universitarias, mediante estudios predominantemente teóricos y abstractos, en base a clases “magistrales” con escaso entrenamiento práctico para la resolución de los casos concretos. Situación atenuada, solo en parte, por la organización del “tirocinio profesional” para los abogados y la creación de Escuelas de la Magistratura; d) la *misión de los jueces*, influida por lo anterior y especialmente por desenvolverse con sujeción al esquema “piramidal” jerárquico y al principio de legalidad, que acota fuertemente el poder de creación del derecho a través de la interpretación pretoriana; e) el *funcionamiento del proceso civil* deviene acorde con la naturaleza del órgano y la misión asignada a los jueces. Sin embargo, resulta notoria una tendencia, que en paralelo con los más recientes avances operados en los modelos continental-europeos, se encamina a superar la tradicional concepción “privatista” del proceso, sustituyéndola por una visión “publicista”, en la que el juez pasa a instalarse en el centro mismo del proceso, como actor principal para gestionar su desarrollo ordenado, y aún, con poderes instructorios suficientes para esclarecer la verdad de los hechos en disputa y, de ese modo, asegurar el resultado justo y útil de la jurisdicción. Y como proyección se vislumbra un creciente “activismo” judicial sustantivo y procesal, que se convierte en el eje central que alienta una incipiente y rica creación pretoriana, especialmente encaminada al aseguramiento de los derechos fundamentales.

3. En la mayor parte de los ordenamientos del subcontinente americano viene operando el fenómeno, que de algún modo puede considerarse universal, de una fuerte fragmentación del modelo procesal del *civil law*, de predominante raíz franco-italiana, al que se adscribieran, al menos parcialmente, a partir de la segunda mitad del siglo anterior. Al presente se exhiben diversas experiencias de reformas, todavía *in itinere*, que pretenden adaptar y articular instituciones, técnicas y procedimientos originarios del sistema del *common law*, sea en la vertiente del derecho inglés o ya la del norteamericano, que vienen de tal modo a infiltrar el modelo tradicional. O bien, otras típicas del derecho continental europeo.

3.a. Así ocurre en el propio plano constitucional, al receptarse instituciones como el Tribunal Constitucional (Colombia, Perú, entre otros), o el Consejo de la Magistratura (Argentina, Brasil). En el ámbito legislativo, el ordenamiento brasileño constituye un ejemplo paradigmático del fenómeno de la “permeabilidad”, que permite la inserción de elementos “extraños” y su adaptación, para ser reconvertidos útilmente en el propio sistema nacional. Así, entre otras, se modelaron como instituciones propias, bajo inspiración principalmente en el derecho norteamericano, los *Juizados Especiais de Pequenas Causas* (ley federal 7244, de 1984), siguiendo el modelo de las *small claim courts*, e igualmente, con influencias del derecho japonés en punto a la estrategia de la búsqueda de soluciones amistosas con participación comunitaria. También, en la creación de un microsistema de procesos colectivos, el ordenamiento brasileño, que ha sido pionero en la región, adoptó técnicas básicas de la Regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure* norteamericanas de 1966, que fueron la matriz de la ley 7347 de 1985 y, ulteriormente, del Código de Defensa del Consumidor de 1990, si bien se incorporaron conforme a una visión enriquecedora que le ha conferido identidad propia; v. gr., en punto al requisito de la

representación adecuada fijado mediante criterios objetivos, los efectos expansivos de la cosa juzgada, y el régimen especial de la conexidad y de la continencia entre acciones colectivas, entre otros. La técnica de la *injunctions* norteamericanas, además de los clásicos *writs* anglosajones, influenciaron directamente en el régimen genérico de cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer (art. 461, CPC) y que más adelante se extendió a las obligaciones de entrega de cosa cierta (art. 461-A). Surgieron de ese modo las sentencias condenatorias mandamentales, influidas también por la acción inhibitoria italiana y el régimen francés de las *astreintes*, lo que denota la originalidad de la solución brasileña. No menos significativo, el *contempt of Court* anglosajón inspiró la reforma del art. 14 CPC Br. (2001), si bien la regulación exhibe contornos propios diferenciadores (PELLEGRINI GRINOVER, 2007:651-664). Sin embargo, el proceso brasileño ha permanecido hostil al sistema de oralidad en el proceso por audiencias.

3.b. En cambio, otras instituciones se modelaron bajo influencia de técnicas y procedimientos desarrollados dentro de la propia familia del *civil law* continental europeo. Tal el caso de la tutela anticipatoria y satisfactiva (en Brasil, ley 8952, de 1994 y complementarias y con anterioridad en Uruguay, como medidas “provisionales y anticipadas” CGP, art. 317), estructuradas en base al *reféré* francés y la doctrina italiana. O la acción monitoria documental –regulada no solo en Brasil, sino además y aún con anterioridad, en Uruguay–, como adaptación del derecho italiano.

3.c. En este punto, conviene reparar en otro fenómeno singular: algunas de las instituciones y técnicas procesales “modeladas” en el derecho procesal brasileño están “migrando” hacia otros ordenamientos de la región, donde se las recibe por implante parcial en las legislaciones –*Juizados Especiais de Pequenas Causas*, tutelas anticipatorias y satisfactivas–, o bien por vía de la creación

jurisprudencial –las referidas tutelas en Argentina y otros países-. Y lo propio cabe decir de la “migración” de las instituciones del CGP Uruguayo, en tanto réplica del CMPCI.

4. En definitiva, con variantes y singularidades en los diversos ordenamientos de la región, parece claro que se constata en la mayoría de ellos un notorio retroceso en la distinción clásica entre *common law* y *civil law*, que se manifiesta en un número creciente de instituciones<sup>3</sup>; si bien siguen prevaleciendo en lo sustancial, en todos ellos, sin excepción, las estructuras fundamentales de la tradición del *civil law* continental europeo.

5. Por otro lado, se denotan ingentes esfuerzos de “modelización” del proceso civil, fenómeno singular oriundo precisamente en nuestra región, por impulso como es sabido del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en cuyo seno alumbraron, primeramente el Código Modelo Procesal Civil y Comercial (CMPCI), en 1988, y después Código Modelo de Procesos Colectivos (CMPCol.I), en 2006. Se resalta en ellos el propósito compartido de transformar los vetustos ordenamientos vigentes y sustituirlos por nuevos paradigmas que permitan superar el estado general de insatisfacción de la justicia.

Interesa memorar, por su directa relación con el propósito de nuestro análisis, que la exposición de motivos del primero, 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

<sup>3</sup> Como sostiene TARUFFO, las diferencias y contrastes se han venido diluyendo, entre otras razones, porque el legislador asume orientaciones de reforma más pragmáticas y menos inclinadas ideológicamente (*Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Temis, Bogotá, 2006, trad. B.H. Quintero, p. 65).

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 iberoamericano<sup>4</sup>.

Una ilustrada doctrina procesal<sup>5</sup> ha explicado con detenimiento los principios fundantes, la génesis del CMPCI y su

<sup>4</sup> 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).

<sup>5</sup> VESCOVIE., *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-modele 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

proyección posterior, principalmente a partir de su íntegra recepción en el CGP Uruguayo de 1989<sup>6</sup> y parcialmente en el CPC Peruano de 1993<sup>7</sup>.

El debate a nivel doctrinario del CMPCI de 1988 se mantiene vivo en la actualidad con el objetivo de proceder a su actualización, al cabo de las diversas circunstancias que han sobrevenido en la región, especialmente la constitucionalización en varios países de nuevos derechos y garantías, la evolución de los sistemas de gestión, la irrupción de los medios alternativos, entre otras. Los necesarios ajustes de diseño del modelo e incorporación de nuevas instituciones, técnicas y procedimientos, comprende la regulación del régimen específico de las tutelas procesales diferenciadas; la instrucción preliminar (procedimientos de *pre-action*); los poderes de dirección e instrucción de las causas; flexibilización del sistema de preclusiones rígidas; las medidas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia; los tipos procesales sumarios, de cognición plena y trámite simplificado; el régimen de los procesos repetitivos; el cumplimiento y ejecución de la sentencia, entre otros. El actual debate quedó inaugurado en las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Santiago de Chile, 2010)<sup>8</sup>.

---

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

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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 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..

<sup>8</sup> Ilustran ampliamente sobre dicho debate las ponencias y comunicaciones recogidas en *Derecho*

### III. El nuevo CPC brasileño y los principios en que se sustenta

En ese complejo y multifacético escenario que se dibuja en estos tiempos en el horizonte del proceso ibero-luso-americano, viene e irrumpir el proyecto de CPC para Brasil aprobado por el Senado Federal en diciembre de 2010.

La estructuración de un sistema de justicia, y dentro de ello la diagramación del modelo de enjuiciamiento común, constituye propiamente una operación política. Porque definir metas y objetivos, tanto como los medios para alcanzarlos, supone adoptar decisiones que, cuando están suficientemente sustentadas en el consenso general, producen profundas incidencias tanto en el seno de la sociedad como en el propio Estado y, dentro de éste, en la misión de los jueces.

En ese sentido, el nuevo ordenamiento procesal civil brasileño reafirma y se inserta como una avanzada en la legislación del subcontinente, dentro del movimiento de "*constitucionalización del proceso*", fenómeno por otra parte largamente extendido en las legislaciones europeas (GILLES, 2009:339-343). Se trata, y constituye su objetivo nuclear, del propósito de tornar efectivos, en concreto, los derechos y las garantías fundamentales que consagra la Constitución –y cabe agregar, las convenciones internacionales sobre derechos humanos suscriptas oportunamente-, es decir, aquellos valores y principios superiores que aloja la Carta "juridizada", el bloque áureo de constitucionalidad que como sostiene FERRAJOLI (2008:514-515), constituye también las garantías de la democracia. De ahí, precisamente, que la exposición de motivos del anteproyecto comience con la aseveración irrefutable que vincula el reconocimiento y la realización de los derechos al sistema proc-

---

*Procesal contemporáneo*, coord. R. Tavolari Oliveros, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010, vs. I y II.

esal y la necesidad de su armonización con las garantías constitucionales de un Estado Democrático de Derecho. Y es bajo tales premisas que resalta el derecho fundamental a la *tutela judicial efectiva*, que el nuevo Código se propone asegurar a partir de cinco objetivos o directrices centrales, principalmente encaminados al logro de una verdadera “sintonía fina” con la Constitución, operando sobre (a) las condiciones que posibiliten a los jueces el dictado de sentencias justas, atendiendo a la realidad fáctica subyacente en la causa; (b) la simplificación en general de los desarrollados, etapas y actos del proceso; y (c) la búsqueda del máximo rendimiento posible de la actividad jurisdiccional.

### *1. El sistema articulado de principios fundantes y reglas de aplicación en el ordenamiento brasileño*

El nuevo CPC viene entonces a articular un verdadero sistema integrado, de suyo complejo, en el que se armonizan y complementan, por un lado, los *principios y valores supremos* ya insertos en la Carta Fundamental y “reforzados” por el *bill of right* estampado en las convenciones internacionales de derechos humanos; y por otra parte, los principios y reglas infraconstitucionales que dimanán del propio texto procesal, ahora preñado de una poderosa batería de noveles o renovados principios procesales, expresados en la pródiga textualidad de los arts. 1º y 12 del Capítulo I, que estatuye sobre los “*principios y garantías fundamentales del proceso civil*”, dentro del Título I del Libro I. Bien que unos y otros –principios supralegales y reglas infralegales– se concretizan en numerosísimas reglas que emanan del propio CPC, en la “letra chica” que reglamenta instituciones, procedimientos y actos procesales. Inevitablemente la armonización perseguida imponía se incluyesen en el ordenamiento formal los propios *principios constitucionales*, “en su versión procesal”, como se asevera en la docente exposición

de motivos. Y, también, que numerosas *reglas* fueran concebidas para concretar tales principios fundantes. Bien que aquellas, naturalmente, por su propia entidad y relación de subordinación, no dispensan la observancia sustancial de éstos, que ejercen obvia supremacía.

Llegados a este punto, resulta menester abordar dos aspectos trascendentes, cuales son, en primer lugar, la distinción propia de la teoría general del derecho entre principios y reglas; y, en segundo lugar, el tratamiento que dichas conceptualizaciones reciben en el nuevo Código.

### *2. Principios y reglas*

No es el objeto de estas líneas adentrarse en el análisis de tan complejas cuestiones, largamente debatidas dentro de la teoría general del derecho donde han estado instalados cuanto menos en las últimas seis décadas, ni siquiera intentar un análisis pormenorizado de las numerosísimas posturas, criterios y doctrinas que se han alineado en esos debates. Basta señalar las dificultades semánticas que se derivan de la ambigüedad e imprecisión de la expresión “principios”, sus diversos sentidos (DWORKIN, 1999:72,190; CARRIÓ 1994:2009-10; ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2008:68-78), su relación con los valores e incluso su asimilación (ALEXY, 1998:145), o con las denominadas “directrices políticas” (DWORKIN, 1999:190). Lo que está claro, nos parece, es que los principios son “normas fundantes”, criterios o reglas genéricamente formuladas, que están en la base de los ordenamientos jurídicos positivos; verdaderas reglas “inspiradoras” de una estructura, que le imprimen cierta dosis de cohesión y tendencia a la armonía, entre otras de sus funciones (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2008:68-69). Mientras los principios son constitutivos del orden jurídico, en cambio las reglas, aún cuando puedan estar insertas en los textos fundamentales, son puramente instrumentales, se agotan

en sí mismas y no tienen ninguna fuerza más allá de lo que ellas significan; a los principios se les presta adhesión, a las reglas se las obedece (ZAGREBELSKY, 2005:110).

Al margen de tan arduos debates, en una síntesis apretada y por ello no exenta de arbitrariedad, parece claro que el reconocimiento de los principios jurídicos ha tenido profunda incidencia sobre la concepción clásica de las fuentes del derecho y correlativamente sobre la misión de los jueces. Los principios son esencialmente pautas o criterios de interpretación, orientaciones generales, guías o fórmulas que permiten elaborar una lectura armónica al conjunto de reglas contenidas en un determinado ordenamiento, y que se sustentan en exigencias básicas de justicia y moral apoyadas en la que puede ser considerada la “conciencia jurídica popular” (OTEIZA, 2001:10-11). La apertura “principiológica” provoca, de algún modo, la ruptura con el modelo subsuntivo derivado de un derecho basado en simples reglas; y, en ese contexto, el juez pasa a ser observado como quien identifica los consensos básicos de la sociedad, el *ethos* jurídico dominante, para erigirlos en sustento de sus decisiones. De ahí que el nuevo paradigma del Estado Democrático de Derecho presupone la superación del derecho como sistema de reglas, incorporando democráticamente a los principios en el discurso constitucional; y, con ello, la posibilidad, por conducto de los principios, de conectar la política con el derecho (STRECK, 2009:48; ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2008:32-57; GUZMÁN, 2011:6-7). A salvo, claro está, de todas las reservas y condicionamientos que provienen de las teorías del discurso, la argumentación para el apoyo de las decisiones y los límites de la razonabilidad que también integran las garantías fundamentales. Lo cual conduce también a la cuestión no menos ardua del conflicto, interferencia o choque entre principios y valores, el “peso relativo” de cada uno (DWORKIN,

1984:77), que lleva a la aplicación de la “ley de ponderación” (ALEXY, 2008:349).

### 3. Principios fundamentales y reglas en el ordenamiento procesal brasileño

Nos aventuramos ahora internándonos en el ordenamiento brasileño para poner en foco el cuadro, obviamente sintético y provisional, del régimen de los principios fundamentales y las principales reglas de aplicación que se dibujan en el nuevo CPC. Unas y otras se ensamblan entre distintos niveles normativos: la Constitución Federal y las convenciones internacionales; el capítulo de los Principios y garantías fundamentales, ya aludido; y las reglas del CPC.

3.1. En primer lugar, fluyen los principios fundamentales que tienen anclaje en la Constitución Federal vigente que tanto valorizó a la Justicia (TEIXEIRA S. de F., 1993:80) y las convenciones internacionales –principalmente el Pacto de San José de Costa Rica–, que incluyen, al menos, los siguientes pivotes: a) *acceso irrestricto a la justicia*; b) *juez natural*; c) *debido proceso legal* en contradictorio o bilateralidad de la audiencia; d) *celeridad* de los trámites y razonable duración del proceso (actividad jurisdiccional ininterrumpida, número de jueces proporcional a la afectiva demanda judicial, distribución inmediata de los procesos); e) *publicidad* de los actos jurisdiccionales (art. 93).

3.2. En segundo plano se inscriben los “*principios y garantías fundamentales del proceso civil*” enunciados en los arts. 1 a 12 del Capítulo I, Título I del CPC: a) sometimiento (por derivación) del ordenamiento procesal a los *principios fundamentales establecidos en la Constitución* y a la *legalidad* de las formas (art. 1º); b) principio *dispositivo*, en tanto el proceso solo comienza por iniciativa de parte, aunque se desenvuelve por impulso oficial (art. 2º); c) *igualdad de trato* para las partes (art. 7º); d) observancia del *contradictorio “efectivo”* (art. 7º), que supone la audiencia previa de las partes como requisito insalvable de las sentencias

o resoluciones del juez, salvo si se tratare de medidas de urgencia o concedidas a fin de evitar el decaimiento del derecho (art. 9º) y, aún, la prohibición para el juez de decidir, en cualquier grado de la jurisdicción, con base en fundamentos a cuyo respecto no se hubiere conferido a las partes oportunidad de manifestarse (art. 10); e) deber de *cooperación* de las partes, que tienen derecho a participar activamente en el proceso (art. 5º), debiendo contribuir para la rápida solución de la contienda, colaborando con el juez para la identificación de las cuestiones de hecho y de derecho y absteniéndose de provocar incidentes innecesarios o maliciosos (art. 8º); f) derecho de las partes a obtener en *plazo razonable* la solución integral de la litis, incluida la actividad satisfactiva (art. 4º); g) carácter *público* de todas las actividades del Poder Judicial y deber de *fundamentación* de todas las decisiones bajo el principio del libre convencimiento motivado, bajo pena de nulidad (art. 11), con la especial exigencia de que al aplicar la ley, el juez atenderá los fines sociales a que ella se dirige y a las exigencias del bien común, observando siempre los principios de dignidad de la persona humana, de razonabilidad, de legalidad, de impersonalidad, de moralidad, de publicidad y de eficiencia (art. 6º); h) deber de los jueces de proferir sus sentencias y (los tribunales) resolver los recursos, atendiendo al orden cronológico de conclusión, salvo las excepciones que se establecen (art. 12). Se trata, ha de convenirse, de un amplio y generoso despliegue de los principios, a tono con los criterios que la doctrina más conspicua difunde (PROTO PISANI, 2010:217-221; PELLEGRINI GRINOVER, 2008:4).

3.3. En un tercer nivel normativo, por último, se inscriben las numerosísimas reglas técnicas que el Código estatuye para la organización del debate judicial y con la finalidad de concretar y satisfacer los principios ya enunciados. Baste pensar, a título tan solo de ejemplo, de entre todas aquellas normas encaminadas a realizar el principio

o directriz de la aceleración y simplificación de los desarrollos litigiosos, ínsita en el derecho de las partes y correlativo deber del juez de decidir la litis en plazo razonable, más ampliamente en el principio de eficiencia jurisdiccional. Así, por caso, encaminan a ese propósito nuclear de las reformas, entre otras, las reglas relativas a la tutela de urgencia y de evidencia y su estabilización; los poderes atribuidos al juez para adaptar el procedimiento a las particularidad de la causa; los amplios poderes de dirección confiados al juez; el régimen de la conciliación judicial y de la producción anticipada de pruebas; las notificaciones electrónicas; la eliminación de diversos procedimientos especiales; la regulación del incidente de juzgamiento conjunto de demandas repetitivas; las reglas que consagran el “máximo rendimiento posible” de los actos del proceso o la preclusión elástica de las deducciones; la regulación de los recursos y las reglas tan significativas encaminadas a la uniformidad y estabilización de la jurisprudencia, en consonancia con otro principio fundamental, el de la legalidad y seguridad jurídica. No es ésta, claro, la ocasión para profundizar semejante arsenal de pertrechos para lidiar con la lacra de la excesiva prolongación del proceso y frondosas cuestiones aledañas, que de seguro serán abordados por la tan prestigiosa doctrina vernácula.

#### 4. La articulación y ensamble de principios y reglas

En una aventurada valoración crítica de las nuevas perspectivas cabe resaltar el sano pragmatismo con que el legislador procesal afrontó el tratamiento de los “principios y garantías del proceso civil” en el aludido Capítulo I. Más allá de los tan meritorios, enjundiosos como inacabables debates doctrinarios, escogió un modelo propio, diferente pero a la vez útil y valioso, en el que a un mismo tiempo conviven a menudo superpuestos bajo el común denominador de “principios procesales”, aquellos que

ortodoxamente pueden ser considerados principios o valores fundantes, directrices políticas y simples reglas técnicas procesales. Podría sostenerse que semejante convivencia supone una simplificación inadecuada, a lo que cabe replicar que principios son, también y al margen de su íntima naturaleza, aquellos que el legislador estampe en la ley como tales (OTEIZA, 2001:3). Un código no es una obra doctrinaria sino política. La diversidad de métodos que muestra la legislación de los diversos países en el tratamiento de los principios constituye evidencia de la imposibilidad, o mejor la innecesariedad, de sujetarse *oborto collo* a las más exquisitas creaciones autorales que, por lo demás, lejos están aún de destilar conclusiones compartidas y definitivas.

La tarea pendiente del ensamble y armonización de los principios y valores fundamentales de raíz constitucional con aquellos otros consagrados en el ordenamiento procesal, y aún con las reglas técnicas, es la alta contribución que deberá efectuar la doctrina y la jurisprudencia. Mientras tanto, no deberá perderse de vista el valor decisivo de los principios, de todos los así nominados por la ley, como criterios de interpretación de las reglas técnicas del proceso al momento de fundamentar las sentencias. Que el nuevo Código no peque, en este terreno, por defecto, sino que todo caso, quizás, por exuberancia debe ser visto, en esa tarea hermenéutica, más bien como una oportunidad propiciatoria para la más fértil creatividad de la jurisprudencia, a tono con las necesidades concretas que agitan estos tiempos y el clamor por la eficacia en concreto de la tutela jurisdiccional de los derechos.

#### IV. Una avanzada en el panorama de la legislación procesal ibero-luso-americana

Alejado todo propósito de adelantar un juicio valorativo sobre el nuevo ordenamiento brasileño, séanos permitido de

todos modos, afirmar que con el tratamiento brindado a los “principios y garantías fundamentales del proceso civil” se inserta una novedosa cuan prometedora línea de avanzada que seguramente ha de influir en la legislación de los países de nuestra región ibero-luso-americana. Si es exacto que “para repensar el proceso, hemos de revisar los principios”, como expresa el tema del próximo Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal (Santa Fe, 8-10 junio 2011), parece evidente que la reforma brasileña ha apuntado al corazón mismo de los problemas con respuestas concretas y convincentes. Lo que en definitiva supone que los esfuerzos encaminados a hacer realidad, a través de la “sintonía fina” del modelo de enjuiciamiento civil, los derechos y garantías fundamentales prometidas por las Constitución Federal, se encuentran, en ese registro de los principios fundantes, larga y cumplidamente satisfechos. En horabuena, por el logro para el progreso de las instituciones procesales en Brasil, y también en Iberoamérica.

#### Bibliografía

- ALEXY Robert, *Teoría del discurso y Derechos Humanos*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 1995, trad. L. Villar Borda.
- *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica en Doxa*, Alicante, nº 5, 1998, pp. 139-151.
- *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, trad. C. Bernal Pulidó.
- *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, trad. M. Atienza y I. Espejo.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER Teresa, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, ed. R. dos T., 2008, 2ª ed., pp. 61-98.
- BARBOSA MOREIRA José Carlos, *Le code-moèle de procedure civile pour l’Amerique latine...*, en *Temas de Direito Processual, Sétima Série*, ed. Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 191-200.

- BEJARANO GUZMÁN Ramiro, *La procesalización del derecho constitucional en Colombia en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, E. Ferrer Mac-Gregor y A.Z. Lelo de Larrea (coord.), UNAM, México, 2008, v. VI, p. 173-182.
- CARRIÓ Genaro R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1994.
- DWORKIN Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, trad. M., Guastavino.
- FERRAJOLI Luigi, *Democrazia costituzionale e diritti fondamentali en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, E. Ferrer Mac Gregor y A. Z. Lelo de Larrea (coord.), UNAM, México, 2008, V. I, pp. 505-527.
- GILLES Peter, *Civil justice Systems and civil procedures in conversion. Main problems and fundamental reform movements in Europe: a comparative view en RePro*, nº 173, 2009, pp. 329-356.
- GUZMÁN Néstor Leandro, *Legalismo y constitucionalismo: como límites conceptuales en la interpretación de los principios procesales en un Estado Democrático de Derecho en R. O. Berizonce coord., Principios Procesales*, LEP, La Plata, 2011.
- MONROY GALVEZ Juan, *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*, 2ª ed. aumentada, Pa-lestra ed., Lima, 2004.
- *La reforma del proceso civil peruano quince años después, en Reforma procesal civil*, E. Oteiza coord., AADP, Rubin-zal Culzoni ed., Bs.As., 2009, pp. 125-195.
- OTEIZA Eduardo, *Disfuncionalidad del modelo de proceso civil en América Latina en III Congreso Internacional de Derecho Procesal. Garantismo y crisis de la justicia*, Cartagena de Indias, 2-4 setiembre de 2009.
- *Principios procesales: aclaraciones para contrarrestar su ambigüedad en R. O. Berizonce coord., Principios Procesales*, LEP, La Plata, 2011.
- PELLEGRINI GRINOVER Ada, *Mudanças estruturais para o novo processo civil en GUSMAO CARNEIRO y P. CALMON, organiz., Bases científicas para un renovado Direito Processual*, Instituto Brasileiro de Direito Processual 50 anos, Brasilia, 2006, V. I, pp. 3-8.
- *Cambios estructurales en el proceso civil brasileño en Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, A. de la Oliva Santos y D. I. Palomo Vélez, coord., ed. Jurid. de Chile, Santiago, 2007, pp. 651-673.
- PROTO PISANI Andrea, *Per un nuovo Codice di Procura Civile - Libro Primo*, RePro, nº 188, pp. 205-251.
- SIMON Luis María, *La aplicación del Código Procesal Civil modelo en Iberoamérica*, relato general, VII Seminario Internazionale Formazione e caratteri del sistema giuridico latinoamericano e problemi del processo civile, Roma, 2002.
- SIMONS PINO Adrián, *La evolución del proceso civil en Perú*, en *Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas*, Univ. de Lima, Lima, 2008, pp. 19 y ss..
- STRECK Lenio, *Verdad y consenso. Constitución, hermenéutica y teorías discursivas*, Lima, 2009, trad. A. Alvarez Aranda.
- TARUFFO Michele, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Temis, Bogotá, 2006, trad. B.H. Quintero.
- TAVOLARI OLIVEROS Raúl coord., *Derecho Procesal contemporáneo*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010, vs. I y II.
- TEXEIRA Salvio de Figueiredo, *O aprimoramento do Processo Civil como garantia de cidadania en S. de F. Teixeira coord., As garantias do cidadão na Justiça*, ed. Saraiva, São Paulo, 1993, pp. 79-92.
- VESCOVI Enrique, *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*, Temis, Bogotá, 1996.
- *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, pp. 99-110.
- *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. 491-503.
- *Código General del Proceso*, VESCOVI E. director, ed. Abaco, Montevideo, v. I, 1992.
- ZAGREBELSKY Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 2005, trad. M. Gascón.