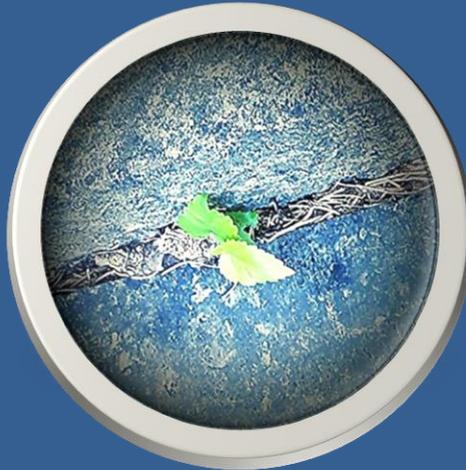


ESCUELA DE
POSGRADO



PUCP



Revista de la
Maestría
EN DERECHO PROCESAL

Vol. 8, Nº 1
Enero-julio 2020
ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>



El carácter mítico de la cooperación procesal

[The mythical nature of procedural cooperation]

Diego Crevelin de Sousa

Profesor de las Facultades Integradas de Aracruz (FAACZ), *Espírito Santo* (Brasil)

Contacto: dcrevelin@yahoo.com.br

Resumen

El trabajo examina críticamente dos autoproclamados pilares de la cooperación procesal elaborada por la “doctrina cooperativista” brasilera: la preocupación por una división equilibrada de tareas y el redimensionamiento del contradictorio hacia un sentido fuerte. Se defiende que el primero no se sustenta en sus propias premisas internas y que el segundo no es una peculiaridad que distinga al modelo cooperativo de los demás. De otro lado, se sustenta que los deberes de cooperación o son meras metonimias o son inconstitucionales, principalmente el deber de auxilio, que mantiene y amplía los poderes de dirección formal y material del proceso por el Estado-juez.

Palabras clave: Cooperación procesal, División equilibrada de tareas, contradictorio sustancial, protagonismo judicial, discurso mítico

Abstract

In this essay it is critically examined two self-proclaimed cooperation pillars, as elaborated by “cooperativist doctrine”, namely, concerned about a balanced division of tasks and the re-dimensioning of contradictory towards a strong meaning. It is defended that the first doesn’t underpin itself before its own internal premises and that the second is not a peculiarity which distinguishes the cooperative model from the others. It is also sustained that the cooperation duties sometimes are mere metonymies, sometimes are unconstitutional, mainly the assistance duty that maintains and amplifies the formal and material direction powers of the process by the judge.

Key words: Procedural cooperation, Balanced division of tasks, Substantial contradictory, Judicial protagonism, Mythical speech

Recibido: 10 de enero de 2019 / Aprobado: 30 de marzo de 2019



El carácter mítico de la cooperación procesal* **

Diego Crevelin de Sousa

1. *Introducción*

El nuevo CPC brasileño ha sido publicitado como el marco inaugural no solo de un nuevo cuerpo legislativo, sino también de un nuevo modelo de proceso. En ese sentido, más que un cambio de ley, se habría alterado un paradigma.

La banalizada afirmación, sin embargo, pasa de largo un esclarecimiento fundamental. En efecto, si vivimos en un Estado Democrático de Derecho, y el bloque de constitucionalidad es el fundamento formal y material de validez de todas las normas jurídicas, y si la Constitución Federal brasileña (CF) posee una significativa lista de garantías procesales, ¿sería lícito que el legislador infraconstitucional adopte un modelo de proceso? ¿Podría alterar un paradigma? Evidentemente, la respuesta es negativa.

Por tanto, la validez del slogan exige una doble presuposición: (i) el CPC-15 no adoptó un nuevo modelo, sino solo explicitó el modelo constitucional de proceso; y (ii) el CPC-73 estaba ampa-

* Agradezco a todos los amigos que leyeron el texto antes de la publicación, especialmente a aquellos que prestaron contribuciones decisivas para su mejora. Ellos son: Eduardo José da Fonseca Costa, Mateus Costa Pereira y Roberto Campos Gouveia Filho. A ellos y a los demás: ¡muchas gracias!

** Traducción de Renzo Cavani y Alvaro Castillo.

rado en un modelo diverso del de la CF y, por lo tanto, era inconstitucional (o si se prefiere, no recogido).

Aquí ocurre algo curioso: por más que sea caudalosa la cantidad de procesalistas defensores de la presuposición (i), no se verifica semejante convicción en cuanto al acierto de la presuposición (ii). Aun peor, ni siquiera (y principalmente) entre los defensores de la presuposición (i)...

Las reticencias indican lo que se comunica por lo *no-dicho* y motivan los siguientes cuestionamientos: ¿sería el modelo cooperativo el modelo constitucional de proceso? Antes bien: ¿sería este un modelo nuevo?

Para responder esas preguntas, debo advertir que haré algo semejante a lo que Amilton Bueno de Carvalho realiza en sus lecciones sobre el derecho y el proceso penal. Para señalar el abismo entre los discursos de la ciencia del derecho y las prácticas jurídicas en aquellas ramas del derecho, el autor recurre a Tales de Mileto para indicar el primer sujeto que miró el mar y vio... ¡mar! No vio a Poseidón, Nereo, arpías, sirenas u otro ser mitológico; solo el mar. El vuelco es extraordinario, pues allí la filosofía suplanta al mito. Mientras que la filosofía busca el *conocimiento*, la mitología surge a partir del *encubrimiento* de lo que no puede ser dicho, sea por la falta de palabras o sea por opción (¿estratégica?) de no decirlo, tal como recuerda Rubens Casara¹. Con la filosofía, el siste-

¹ Cfr. CASARA (2015: 27). Para evitar malentendidos, Casara deja claro que el mito puede ser valorado tanto positiva como negativamente. El mito no es, pues, un mal en sí. Es cierto, sin embargo, que, antes de todo, un mito debe ser claramente tratado por lo que es, o sea, un mito. Tércio Sampaio Ferraz Jr. da el ejemplo del *mito de la caverna* de PLATÓN, como uno de uso cínico del asunto. En sus palabras: "El mito de la caverna presupone al ser humano como alguien que quiere ver y contemplar, lo cual es, para Platón, el aspecto decisivo de su antropología filosófica, la cual, de cierto modo, informa nuestra cultura hasta hoy. Se trata de la prioridad del ver sobre el hacer, del autor sobre el artífice, de la ciencia sobre la acción, de la contemplación sobre el hablar y el hacer, de la vida contemplativa sobre la vida activa. La visión de la verdad, sin embargo, es un

ma de significación deja de estar fundado en la creencia (donde habitan los mitos) para anclarse en la racionalidad (no confundir con racionalismo).

En clímax de la alegoría, he tratado de pensar en la colaboración por lo que es, y no por lo que dicen que es. Es claro que mi visión puede ser sesgada y producir, inclusive de forma inadvertida, mis propios mitos. Es un riesgo posible, pero que no debe desanimar esta impostergable tarea. Siendo consciente de los perances, prosigo.

2. Modelos de proceso: paritario, jerárquico y cooperativo²

La doctrina cooperativista suele mencionar tres modelos de proceso: el paritario, el jerárquico y el cooperativo. El criterio para distinguirlos es el modo cómo cada uno define el papel de las partes y del juez en el proceso³.

El *modelo paritario* trata al *proceso como cosa de las partes*. La definición de objeto de proceso, la elección del rito y de las pruebas a ser producidas es potestad absoluta de aquellas. El juez

acto de soledad, mientras que el hacer conforme reglas es un acto de comunidad, lo cual explica la dicotomía apuntada. En el mito de la caverna, el hombre, para llegar a ver la verdad, se libra de la convivencia con los otros y sale solitariamente del lugar donde estaba. Cuando es recibido de vuelta por sus compañeros, él es, entonces, repudiado. *La salida de Platón para el problema puesto por esa dicotomía, en donde la visión de la verdad es un acto de soledad y el hecho es un acto de comunidad, no deja de tener una punta de cinismo. Para influenciar la acción de los hombres que no ven, el filósofo –dice Platón–, debe recurrir a mitos, tales como el de la vida futura de castigos y recompensas, el llamado mito del infierno que solo él sabe no es más que un mito, en el cual él no cree, pero que produce efectos en la medida en que los hombres que quedaron presos dentro de la caverna creen*” (FERRAZ, 2015: 14-15).

² Este tópico es una síntesis del Capítulo 1 de la Parte II de MITIDIERO (2009: 63-77).

³ Para una visión más refinada, cfr. COSTA (2013).

es pasivo, un verdadero invitado de piedra. Es un *proceso dispositivo*.

El *modelo jerárquico* parte de la división entre individuo, sociedad y Estado y cuenta con el predominio del Estado-juez, situado encima de las partes. Se produce la *elevación y centralización burocrática del poder del Estado*. En el proceso *hay un incremento de los poderes del juez y una disminución del papel de las partes*. Se forma un *proceso inquisitorio*, conducido autoritariamente por el Estado-juez. La legislación le confiere amplios poderes de conducción material del proceso, inclusive en lo que corresponde a la producción de pruebas *ex officio*.

El *modelo cooperativo* mantiene la división entre individuo, sociedad y Estado, pero viene marcado por el *sometimiento del Estado al Derecho y a la participación social en su gestión*. Es rescatada la importancia de la participación de las partes con la vinculación del juez al debate procesal, ofreciendo un *punto de equilibrio* entre el papel de las partes y el juez en el proceso. *El juez conduce el proceso de modo dialogal*, asegurando un *trato igualitario* a las partes para permitir que participen e influyeran en el contenido de las decisiones (una especie de superación dialéctica de los modelos anteriores, una síntesis de ellos).

Por tanto, en el modelo cooperativo el juez se vuelve uno de los participantes del proceso, igualmente vinculado por la necesidad de observar el contradictorio a lo largo de todo el procedimiento. Se dice, inclusive, que el modelo se caracteriza por el redimensionamiento del principio del contradictorio, con la inclusión del órgano jurisdiccional en el rol de los sujetos del diálogo procesal como algo indispensable para el perfeccionamiento de la decisión judicial. En suma, el juez está obligado al debate, al diálogo procesal.

En ese sentido, el “principio de cooperación”⁴ actúa directamente, imputando deberes al juez⁵, entre ellos los deberes de *esclarecimiento* (= el tribunal debe esclarecerse junto con las partes en cuanto a las dudas sobre sus alegaciones), *lealtad* (= prohibición de litigar de mala fe y deber de respetar la buena fe objetiva), *diálogo* (= el órgano judicial debe dialogar y consultar a las partes antes de decidir sobre cualquier cuestión, posibilitando que ellas le influyeran respecto del rumbo a ser dado a la causa), *consulta* (= el órgano judicial no puede decidir ninguna cuestión, de hecho o de derecho, aun siendo conocible de oficio, que no haya sido previamente sometida a la manifestación de las partes), *prevención* (= el juez debe eliminar eventuales dificultades que impidan el ejercicio de derechos o facultades o cumplimiento de cargas o deberes procesales)⁶.

En suma, la cooperación se funda en dos pilares: (i) la repartición funcional equilibrada y (ii) el redimensionamiento del contradictorio (y de la fundamentación de las decisiones).

3. Testeando la cooperación

Cabe profundizar si la cooperación procesal efectivamente (i) conduce a un modelo de proceso fundado en una equilibrada

⁴ Para un debate sobre la naturaleza principiológica de la cooperación, cfr. MITIDIERO (2011); STRECK y MOTTA (2012).

⁵ No es unánime entre los cooperativistas, pero algunos defienden que la cooperación también crea deberes de cooperación de las partes con el juez (partes-juez) y deberes de cooperación entre las partes (parte-parte), solución que, inequívocamente, fue positivizada en el texto del art. 6, CPC (“Todos los sujetos del proceso deben cooperar entre sí para que se obtenga, en tiempo razonable, una decisión de mérito justa y efectiva”). No analizaré esa cuestión en el presente texto. Por ahora me interesa solamente la cooperación del juez con las partes (juez-partes).

⁶ Advierto haber insertado en el texto deberes indicados por Fredie Didier Jr. que no están presentes en la parte específica de la obra de Mitidiero arriba resumida.

distribución funcional entre juez y partes y (ii) si promueve un redimensionamiento del contradictorio (y de la fundamentación de las decisiones).

3.1. ¿División equilibrada de tareas? ¿El juez dialoga?

Solo se puede hablar de “división equilibrada de tareas” cuando se tiene como premisa la preservación de la imparcialidad del juez.

No hay división equilibrada de tareas donde el juez es parcial. Al final, o el juez es imparcial o no lo es (léase: no actúa como juez). Desconozco algún autor cooperativista que piense diferente de esto (al menos expresamente). Es un punto adverso a flexibilizaciones, por tanto.

No podría ser diferente, pues siendo las partes parciales y debiendo el juez ser imparcial, no hay equilibrio donde el juez es parcial. De ahí que se hable de división equilibrada de tareas exige tratar, en primer lugar, de la imparcialidad del juez.

De los axiomas que dan contenido a la garantía de la imparcialidad, es posible destacar dos sentidos: (i) imparcialidad subjetiva (o subjetivo-psíquica) e (ii) imparcialidad objetiva, que se subdivide en (ii.1) objetivo-funcional y (ii.2) objetivo-cognitiva⁷. Aquí interesa el sentido (ii) y sus desdoblamientos.

La garantía de la imparcialidad impone que la repartición funcional sea definida a partir (i) de la rigurosa demarcación de las funciones de las partes y del juez (= imparcialidad objetivo-funcional) y (ii) de la definición de las funciones que, dado que son judicantes, *no* deben ser ejercitadas por el mismo juzgador en el proceso (= imparcialidad objetivo-cognitiva)⁸.

⁷ Sobre la garantía de la imparcialidad, cfr. COSTA y SOUSA (2017).

⁸ En buena medida, esa cuestión fue intuita en un texto pionero de Glauco Gumerato Ramos (2010), en donde propuso la edificación de un *modelo de enjuiciamiento*.

Como se puede ver, en (ii.1) se quiere impedir al juez de ejercer función de parte (= *imparcialidad*) y, en (ii.2), impedir, tanto como sea posible, que él actúe cognitivamente sesgado.

Ya es más que evidente, por tanto, la importancia de la imparcialidad objetiva para una efectiva división equilibrada de tareas entre las partes y el juez. No hay división equilibrada de tareas donde el juez ejerce funciones de parte y funciones judicantes sesgadas. De ahí que dominar esos contenidos sea un esfuerzo indeclinable para diseñar una adecuada distribución de tareas. Se trata de una *exigencia mínima*.

Sin embargo, los cooperativistas no le otorgan mayor atención al problema de la imparcialidad, en general, ni al de la imparcialidad objetiva, en particular. Fuera de hipótesis puntuales y casuísticas –y, por ello, carentes de mayor sistematización y rigor científico–, las preocupaciones arriba referidas no encuentran resonancia en sus trabajos, lo que, por sí solo, pone en entredicho la suficiencia de la enunciación *abstracta* de que uno de sus pilares es la división equilibrada de tareas entre partes y juez. ¿Cómo hablar de división equilibrada de tareas sin buscar definir, con el rigor posible, aquellas que son propias de cada sujeto procesal? ¿Cómo hablar de tal división cuando no se profundiza sobre los casos en que, según un robusto fundamento científico, el propio ejercicio de funciones judicantes pueden comprometer el equilibrio psíquico del juez?⁹.

He aquí mi hipótesis de trabajo: la demarcación de las funciones de los sujetos procesales no tiene tanta importancia para el modelo cooperativista, pues este transige parsimoniosamente con la imparcialidad, sobre todo la objetivo-funcional. Me explico.

ciamiento escalonado, en el cual jueces diferentes actuarían en las fases postulatoria, instructoria y decisoria del mismo proceso. Cfr. también RAMOS (2013).

⁹ Sobre los más variados sesgos cognitivos y el riesgo de distorsionar la interpretación del juez, cfr. COSTA (2016a).

Como fue visto más arriba, el modelo cooperativo, confesadamente, absorbe todos los poderes que fueron otorgados al juez en el modelo jerárquico, reconocidamente autoritario, pero cree que “compensa” dicha asimetría con la imposición al juez del deber de dialogar con las partes. Someter las actividades del juez al contradictorio y exigir fundamentación sustancial bastaría para tener una división equilibrada de las tareas. En términos más herméticos: la verticalidad del modelo jerárquico sería horizontalizada tan solo por el cumplimiento del deber de diálogo.

Así, para el modelo cooperativo, *más importante* que demarcar detalladamente *cuáles* son las funciones procesales de las partes y del juez, es definir *cómo* esas funciones deben ser ejercitadas. El hecho de que una función sea, en teoría, atribuida a las partes, no impide su ejercicio, en concreto, también por el juez, *siempre que, respecto de él, permita la previa manifestación y la considere en su decisión*. Vale decir, si la comunidad de trabajo dialoga, el “*quién*” (hizo) y el “*qué*” (hizo) se vuelven absolutamente secundarios. En el fondo –y no sin contradicción–, no es la división de tareas la que importa, sino el modo cómo ellas son ejercitadas. Quizá ello explique la corriente formulación cooperativista según la cual “*el juez es simétrico en el debate y asimétrico en la decisión*”¹⁰.

¹⁰ Por todos, es la posición de MITIDIERO: “El proceso cooperativo parte de la idea de que el Estado tiene como deber primordial propiciar condiciones para la organización de una sociedad libre, justa y solidaria, fundado que está en la dignidad de la persona humana. Individuo, sociedad civil y Estado acaban por ocupar, así, posiciones coordinadas. El derecho a ser concretizado es un derecho que cuenta con la *juris prudentia*, a pesar de ser concebido, abstractamente, como *scientia iuris*. En esa línea, el contradictorio acaba asumiendo nuevamente un lugar de destaque en la construcción del formalismo procesal, siendo un instrumento óptimo para la viabilización del diálogo y de la cooperación en el proceso, que implica, a su turno, necesariamente, la previsión de deberes de conducta tanto para las partes como para el órgano jurisdiccional (deberes de esclarecimiento, consulta, prevención y auxilio). *El juez tiene su papel redimensionado, asumiendo una doble función: se muestra paritario en la conducción del proceso,*

El equívoco de la *tesis de la simetría del juez en el debate* fue definitivamente revelado por Lúcio Delfino y Fernando Rossi. En un bello texto¹¹, los autores de Minas Gerais demostraron que ello sería admitir el ejercicio, por parte del juez, de *situaciones jurídicas activas procesales derivadas del contradictorio*, lo cual está prohibido por la CF.

En efecto, partiendo del *texto* del art. 5, LV, CF, según el cual “a los litigantes, en cualquier proceso jurisdiccional o administrativo, y a los acusados en general *le están asegurados el contradictorio* y la amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes”, nuestros autores notaron, a la luz de la teoría del hecho jurídico, que el *contradictorio* es una *situación jurídica relacional*, modalidad de *eficacia jurídica* que vincula a los sujetos en posiciones jurídicas opuestas, pero coordinadas para la consecución de un único objetivo (relación *derecho/deber*). Así, por el hecho de estar “asegurado a las partes”, el contradictorio reúne *situaciones jurídicas activas* (= derechos), de titularidad de las partes, y *situaciones jurídicas pasivas* (= deberes), de titularidad del juez. Vale decir, la CF prescribe que *el contradictorio es derecho de las partes y deber del juez*. Es por eso que la parte puede *optar* por ejercer o no el contradictorio –es su *derecho*–, en cuanto el juez es *obligado* a *cumplir* el contradictorio –es su *deber*–.

Como se ve, el juez siempre fue sujeto del contradictorio, pues al final sobre él recaen las *situaciones jurídicas pasivas* (= deberes) impuestas a él. Pero eso no significa que él pueda ejercer las *situaciones jurídicas activas* (= derechos), que la CF reserva a las partes. Tomado el significante “*simetría*” en el sentido de “*equivalencia*”, se concluye que las partes son simétricas *entre sí* en el debate porque titularizan las *situaciones jurídicas activas*

en el diálogo procesal, siendo, conducto asimétrico al momento de la decisión de la causa” (2009: 102).

¹¹ DELFINO y ROSSI (2014).

resultantes del contradictorio, pero no hay simetría entre ellas y el juez porque este titulariza las *situaciones jurídicas pasivas* provenientes también del contradictorio. Tareas distintas corresponden a aquellos que titularizan deberes provenientes del contradictorio. Por lo tanto, nada es más equivocado que la tesis de la simetría del juez en el debate.

En verdad, si por *juez simétrico* se quiere aludir a algo más que el juzgador consciente de los deberes (= situación jurídica pasiva) impuestos a este por el contradictorio (= situación jurídica pasiva), entonces se está frente a la aberrante figura del *juez-contradictor*. Es el juez el sujeto que acumula funciones de parte y de juzgador, y que, simultáneamente, postula y decide. Sería un verdadero monstruo ético-jurídico¹² que fulmina la noción de *garantía como límite contra el ejercicio abusivo del poder*, en este caso, de la garantía del contradictorio.

A propósito, conviene arriesgar una diferenciación entre *límites* y *controles*. Los *límites* definen quién puede realizar la función (responde a la siguiente pregunta: ¿por quién puede ejercerse una determinada función procesal?). Los *controles* se refieren a la *accountability*/prestación de cuentas, o sea, el “*cómo*” de las funciones (responde a la siguiente pregunta: ¿de qué forma una determinada función procesal puede ser ejercitada?). Los límites operan *preventivamente*; los controles, *represivamente*. Por eso, examinar si determinada función fue ejercitada correctamente (= cómo) solo tiene sentido cuando se presupone que esta podría haber sido ejercitada (= quién); caso contrario, el ejercicio, por sí solo, ya constituye un error. De la misma forma como deja clara la comprensión del contradictorio como *situación jurídica relacional*, la división de trabajo entre los sujetos procesales es una cuestión del plano del “*quién*” y no del plano del “*cómo*” de las funciones procesales; o sea, de *límites* y no de los *controles*. El contradictorio

¹² COSTA (2015: 157).

es la tabla de definición de las funciones de las partes y del juez, posiciones que, por fuerza de los inequívocos límites semánticos del texto constitucional, *no son intercambiables*¹³. Vale decir: *no se admite que el juez ejerza función de parte –y viceversa–*. Consecuentemente, no hay lugar para la *tesis de la simetría del juez en el debate*.

De allí que sea quirúrgica la posición de Lúcio Delfino, en un texto más reciente¹⁴, en el sentido que el pretendido redimensionamiento del contradictorio promovido por el art. 6º, CPC, por otorgar al juez el ejercicio de las situaciones jurídicas activas de allí resultantes, lo fragiliza en cuanto garantía del ciudadano y límite del poder estatal, resaltando que esto no podría ser realizado siquiera mediante enmienda constitucional, ni tampoco por ley ordinaria.

Evidentemente, el contradictorio también tiene la función de *controlar* las funciones judicantes. Es lo que ocurre cuando la parte recurre pidiendo revocación o anulación de la decisión recurrida. La alegación de error de actividad (inclusive en las hipótesis típicas de *embargos de declaração**) o de error de juzgamiento no es más es que el ejercicio del contradictorio con el fin de controlar la actividad decisoria del Estado-juez. La revocación o anulación de la decisión es el resultado de la actividad de control impulsada por la interposición del recurso, o sea, por el ejercicio del contradictorio.

¹³ Todavía está pendiente de sistematización la extraordinaria amplitud de esa constatación, que alcanza un sinnúmero de institutos del derecho procesal brasileño. Un ejemplo que puede ser fácilmente anticipado es el de los poderes instructorios del juez. Escribí sobre eso en SOUSA (2016).

¹⁴ DELFINO (2016).

* [N. de los T.]: remedio correspondiente a nuestras aclaración, integración y corrección.

Sea como fuere, lo que se pretende enfatizar aquí es la función del contradictorio como *locus* definidor de las funciones procesales de las partes y del juez, o sea, para actuar en el plano de los *límites* de las funciones judicantes (y postulante, evidentemente). Es por medio de la comprensión del contradictorio de acuerdo con el texto constitucional que podremos definir cuáles son las funciones procesales de las partes y cuáles son las funciones procesales del juez. He aquí el plano de los límites, que precede lógicamente a los controles.

El error de la doctrina cooperativista es hipostasiar el contradictorio como mecanismo de *control*, descuidando que, antes, este opera como *límite* de las funciones del Estado-juez. El diálogo no siempre legitima la función judicante, pues al final hay diálogos que el juez ni si quiera puede realizar. De ahí que sea indispensable divisar la relación del contradictorio no solo como el *control* de las funciones judicantes, sino también con sus *límites*.

Por otro lado, si el contradictorio es garantía de participación para influir en el desenvolvimiento y resultado del proceso, no tiene el menor sentido decir que el juez puede ejercitarlo en simetría con las partes. El juez no puede, al mismo tiempo, *influir* en el resultado y *pronunciar* el resultado. He aquí la división equilibrada de tareas posible: a alguien le compete influir en el desarrollo y resultado (= a las partes) y a otros le compete pronunciar el resultado (= al juez). Fuera de esto no hay equilibrio posible.

Por cierto, “*diálogo*” entre partes y juez no es la mejor alegoría para ilustrar el fenómeno procesal. Sería mejor referirse a *estructura dialéctica* del proceso. Como se sabe, el método dialéctico consiste en la tensión entre una *tesis* y una *antítesis* para la generación de una *síntesis*. Así ocurre en el proceso: el demandante presenta un conjunto de alegaciones fáctico-jurídicas en determinado sentido (= *tesis*); el demandado, resistiendo, presenta un conjunto de alegaciones fáctico-jurídicas en sentido contrario (= *antítesis*); y el juez, finalmente, considerando esas versiones anta-

gónicas y los elementos de prueba en que se amparan, decidirá fijando la regla que regirá el caso concreto (= *síntesis*). Si es ello lo que se pretende indicar cuando se habla de “diálogo”, muy bien. Más que ello, sin embargo, es un exceso hostil a la CF, aunque pueda sonar simpático al espíritu...

Es importante decir que sustraer al juez de las posiciones activas del contradictorio no fragiliza, en modo alguno, las versiones fuertes del contradictorio ni de la fundamentación. Todo lo contrario. Está fuera de duda que el juez debe posibilitar la manifestación de las partes antes de decidir cualquier cuestión, inclusive las que son conocibles de oficio hasta entonces no suscitadas, y que debe responder puntual y expresamente todos los argumentos y pruebas presentados por las partes. Empero, impulsar el proceso para dar información y posibilitar la reacción de las partes para que puedan influir en el desarrollo y resultado del proceso es cumplir los deberes (= *situación jurídica pasiva*) impuestos por el contradictorio, al paso que, decidir mediante consideraciones objetivas, concretas y expresas de todos los argumentos y pruebas de las partes, atribuyendo sentido a los hechos y al derecho de modo íntegro y coherente, es cumplir el deber de fundamentación de las decisiones (art. 93, IX, CF, y arts. 489 § 1, I a VI, y 926, CPC). Definitivamente, no es necesario hablar de un *juez simétrico* ni de *diálogo entre juez y partes* para tener todo eso. Se trata de un exceso de lenguaje completamente descartable.

En suma, la *tesis de la simetría* es (i) *dispensable*, si quiere significar el cumplimiento de deberes impuestos por el contradictorio, y (ii) *violadora* del texto constitucional, si quiere significar la posibilidad de que el juez ejerza las *situaciones jurídicas activas* provenientes del contradictorio (origina la figura del juez-

contradictor, síntesis autoritaria de un poder ejercitado *sin límites*¹⁵).

¹⁵ Escribí, junto a Lúcio Delfino, lo siguiente: “No estamos negando protagonismos. No estamos de acuerdo con la tesis de que ‘el juez es *simétrico* en el debate y *asimétrico* en la decisión’, por encerrar una contradicción lógica. Explicamos. Siendo el debate procesal orientado a la formación de la decisión es más que evidente que solamente las partes deben debatir y solamente el juez debe decidir. Las partes protagonizan el debate; el juez, la decisión. Nivelar igualmente partes y juez en el debate es permitir que este último ejerza (si no todas, al menos alguna) funciones de parte (p. ej., ordenar la producción de pruebas de oficio), o sea, precisamente aquellas funciones atribuidas a quien, debatiendo, está interesado en influir en la decisión. Y más: funciones ejercidas activamente y que pueden influenciar directamente en el resultado del proceso. En suma, es permitir que el juez actúe como si fuese parte. Se instituye la figura del juez-contradictor, sujeto que es, simultáneamente, juez y parte, un verdadero monstruo ético-jurídico. Por tanto, como el juez protagoniza –y debe protagonizar!– la decisión, permite que él actúe simétricamente a las partes en el debate significa debilitar la influencia de estas/exagerar la influencia de aquel en la decisión. No hay simetría posible entre quien solo debate y quien debate y juzga, pues este puede ir preparando el resultado del proceso, inclusive por automatismos mentales inconscientes. De hecho, estudios de psicología cognitiva comportamental indican que innumerables distorsiones cognitivas pueden contaminar los procesos decisorios humanos, en general, y del juez, en particular (v. g. la relación entre la prueba de oficio y los sesgos de *anclaje* y *ajuste* y de *confirmación*), existiendo, por tanto, un fundamento científico contraindicando la atribución de determinadas funciones procesales al magistrado. He aquí la paradoja: invocar la simetría en el debate sin problematizar esas cuestiones es preservar (quizá agravar, por esta blindado por un discurso equívoco) como asimétrico el protagonismo judicial (además de hacer *tabula rasa* de la imparcialidad). No hay simetría posible en ninguna de las fases procesales (debate y decisión). Finalmente, corresponde esclarecer que el protagonismo de un sujeto no reduce la relevante participación indirecta del otro. En efecto, el juez participa indirectamente de la fase de debate, así como las partes participan indirectamente en la fase decisoria. El juez participa indirectamente en el debate, v. g., cuando provoca la manifestación de las partes respecto de una materia conocible de oficio (que, en rigor, no es siquiera participación activa, sino pasiva, pues cumple una situación jurídica pasiva derivada del contradictorio, que le impone velar y asegurar el amplio ejercicio del contradictorio por las partes, *ex vi* del art. 7º, *in fine*, CPC), del mismo modo que las partes participan indirectamente de la decisión cuando el juez considere todos sus fundamentos, argumentos y pruebas, para acogerlos o re-

Alguien podrá decir: “pero los cooperativistas no abogan por la figura del juez-contradictor”. Colocada la cuestión en términos genéricos, ciertamente no lo hacen. Pero desde una mirada más detenida, atenta a los planos de lo dicho y no dicho, hay ejemplos no dichos de juez-contradictor en la doctrina cooperativista.

En efecto, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart y Daniel Mitidiero reconocen que el juez no puede conceder tutela provisional de oficio, siendo indispensable el requerimiento de la parte (art. 295 CPC). Por tanto, reconocen que dicha iniciativa es función de las partes, no del juez. No obstante, defienden que “una manera de conceder al juez la posibilidad de tener un papel *más participativo* en el empleo de la técnica anticipatoria” es “*colaborando con la parte* (art. 6) (...) consultarle respecto de su interés en la concesión de la tutela sumaria”. Esa solución equilibraría “*la iniciativa judicial*, inspirada en la promoción de la *igualdad* entre los litigantes y en la *adecuación* de la tutela jurisdiccional, y el

chazarlos (art. 489, § 1º, IV, CPC). Por tanto, la posición ahora defendida – protagonismo de las partes en el debate y protagonismo del juez en la decisión – no fragiliza, en lo absoluto, lo que se acordó en llamar contradictorio sustancial (garantía en influencia y no sorpresa), inclusive con su inquebrantable repercusión en el deber de fundamentación analítica de las decisiones. Queremos ilustrar que todo esto es posible sin necesidad de recurrir a formulación de una pseudosimetría entre partes y juez en el debate. El amplio respeto al contradictorio no exige un juez activo, sino un juez que cumpla sus deberes provenientes de aquella situación jurídica procesal, tal como está constitucionalmente instituida. Observados aquellos límites, se respeta el proceso constitucional cuando las partes protagonizan el debate y el juez protagoniza la decisión, en los términos arriba explicitados. No es necesario igualar juez y partes para que el proceso implique un ambiente verdaderamente democrático, inclusive porque es una tentativa condenada al fracaso, dado que produce el resultado precisamente inverso: acentúa el protagonismo judicial. Por cierto, no existe siquiera dispositivo constitucional que sugiera esa simetría entre jueces y partes. Como ya fue dicho anteriormente, tal vez sea el caso de dejar que la Constitución nos diga algo antes que decir algo sobre ella” (DELFINO y SOUSA, 2018: 55-57).

respeto a la *libertad de la parte*”, inclusive por la responsabilidad objetiva que de allí podría provenir (art. 302)¹⁶.

Si bien la propuesta es respetable, encierra dos problemas fundamentales.

En primer lugar, *viola la noción del deber de consulta*. “Consultar” es posibilitar la manifestación de las partes respecto de alguna cuestión que el juez está *obligado a decidir*, inclusive aquellas conocibles de oficio (art. 10, CPC), evitando *decisiones sorpresa*. “Consultar” no es provocar a la parte para que ella requiera el examen de la cuestión que el juez *no puede conocer de oficio*. “Consultar” es dar información, y no pedir autorización para decidir. *In casu*, como los propios autores reconocen que la iniciativa de la parte es imprescindible, lo que se tiene es un *inocultable pedido de autorización para decidir*, que nada tiene que ver con el *deber de consulta*.

En segundo lugar, *viola la garantía de la imparcialidad*. En efecto, cuando el juez provoca a la parte a requerir la obtención de tutela provisional es porque ya está introspectivamente convencido que esta debe ser concedida; solo precisa del requerimiento (aval) de la parte para exteriorizar formalmente su decisión. El juez ya tiene convicción formada antes de la decisión y se coloca al lado de la parte para que esta se lo autorice formalmente. ¿O alguien supone que el juez realizará tal “consulta” si no estuviese previamente convencido que se debe conceder tutela provisional? ¿Es creíble que, realizada la “consulta” y sobrevenida la respuesta positiva, el juez la rechace? ¡Claro que no! De modo que la violación de la *imparcialidad subjetiva* es estentórea. Además, actuando así el juez suplementa la actividad postulatoria de la parte; o sea, *funciona* como el abogado que da consejo estratégico. No actúa como juez. Es clara como el agua, también, la violación de la *imparcialidad objetivo-funcional*.

¹⁶ MARINONI, ARENHART y MITIDIERO (2015: 205-206).

Allí se tiene, por tanto, un claro ejemplo del *juez-contradictor*; esto es, el “juez-postulador” que se yergue en una *situación jurídica activa* del contradictorio, como si fuese una parte, pidiendo autorización para decidir una cuestión cuyo examen depende de la provocación de una parte. Debe decirse claramente: se trata de una velada forma de concesión de la tutela provisional de oficio.

Se trata de un ejemplo privilegiado de que la *tesis de la simetría del juez en el debate* conduce a la figura del *juez-contradictor* y se disuelve en un inocultable protagonismo judicial que, so pretexto de ejercer un papel más activo para igualar a las partes, viola el contenido constitucional del contradictorio y promueve ostensivas distorsiones funcionales. Lejos de equilibrar, desequilibra¹⁷.

Pues bien, hasta aquí cotejé la cuestión a la luz de la *imparcialidad subjetiva y objetivo-funcional*. Paso a someterla a los dictámenes de la *imparcialidad objetivo-cognitiva*, reconociendo que, sobre el particular, se encuentra en la doctrina cooperativista una genuina preocupación con la equilibrada división de tareas entre juez y partes.

Para Luiz Guilherme Marinoni y Sérgio Cruz Arenhart, el juez que tuvo contacto con la prueba ilícita no puede juzgar la causa, dado el riesgo natural e incontrolable –por provenir del inconsciente– de contaminación cognitiva; o sea, de la elevada chance de volver a decidir la causa aún sobre la influencia de la prueba ilícita que, en rigor, debe ser ignorada¹⁸. Vale decir: si el juez no puede decidir con base en una prueba obtenida por me-

¹⁷ La constatación es prueba suficiente: la cooperación no es problemática solamente cuando es pensada en la relación *parte-parte* (= las partes deben cooperar entre sí), sino también en la relación *juez-parte* (= el juez debe cooperar con las partes), pues, si es edificada sin el cuidado con la imparcialidad objetiva, promueve desequilibrio funcional.

¹⁸ MARINONI y ARENHART (2015: 312).

dios ilícitos (no se toma en cuenta, por ser irrelevante, los casos de exclusión de ilicitud) y dado que jamás sabremos en qué medida él decidió influenciado por ella, la única solución posible es, de hecho, la sustitución del juzgador.

Nuestros autores tienen razón. Estudios de psicología cognitiva comportamental recomiendan fuertemente esa solución¹⁹, lo cual la coloca en inmensa superioridad epistemológica en relación al entendimiento contrario, que se fía solamente en la creencia.

Constituye una ingenuidad suponer que el examen de la fundamentación siempre permitirá la identificación de la distorsión producida por la prueba ilícita. No porque el juez vaya a disimular deliberadamente la influencia de esta en su convencimiento, sino porque ello puede darse –y es natural que se dé– inconscientemente. Al final, la quiebra de la imparcialidad subjetiva puede ser (i) *consciente declarada*, (ii) *consciente no declarada* o (iii) *inconsciente*, siendo cierto que en (iii) –que es, indudablemente, la hipótesis más frecuente– es perfectamente posible que el juzgador ni siquiera se dé cuenta de la contaminación cognitiva de la prueba ilícita en su toma de posición, en cuyo caso la fundamentación no dejará ningún vestigio de la influencia de dicha prueba.

Se trata de un *punto ciego* del derecho²⁰ por ser imposible el efectivo control jurídico del vasto universo intrapsíquico del juez, como recuerda Eduardo José da Fonseca Costa²¹. En esos casos, vale la broma de Aury Lopes Jr.: debe retirarse la prueba ¡y el juez!²².

¹⁹ COSTA (2016^a).

²⁰ Ampliamente, para más allá del tema tratado, cfr. MARTINS (2013).

²¹ COSTA (2015).

²² LOPES Jr. (2015: 411).

El dimensionamiento de las cuestiones relativas a los sesgos cognitivos encuentra auxilio en la filosofía (v. g. pragmática lingüística), en el psicoanálisis (v. g. la cuestión de los cuadros mentales paranoicos), en la psicología cognitivo-comportamental (v. g. estudios de microeconomía–heurística y sesgos), entre otros. A pesar que sea laboriosa su comprensión, el jurista debe asumir la misión de familiarizarse con ellas, principalmente aquel preocupado con la construcción de un modelo de repartición funcional efectivamente equilibrado. Al final, ya no es posible tomar la imparcialidad en serio sin esa transdisciplinariedad²³. Huir de ello es insistir en el oscurantismo de formulaciones dogmáticas estériles y míticas que debilitan dicha garantía constitucional, vulnerando el núcleo duro del debido proceso legal. No es que aquellos aportes transdisciplinarios sean definitivos y deban ser acatados sin reflexión. Todo conocimiento humano es falible y comprobable. Lo que no se puede es *ignorar* esos *estudios* bajo la *creencia* (arrogante, reduccionista y risible) de que la vinculación del juez al debate es suficiente para preservar la imparcialidad del juez. Esto es transigir con la figura del juez-contradictor y desdeñar la garantía de la imparcialidad. Dicha postura revela un desdén frente a la garantía de la imparcialidad y, consecuentemente, no tomar en serio la tesis de la división equilibrada de tareas entre partes y juez.

Es encomiable la adhesión de los cooperativistas (por lo menos de parte de ellos) a dichas preocupaciones con la *imparcialidad objetivo-cognitiva* y su impacto en la división equilibrada de tareas. Aunque todavía lidian con el tema de modo casuístico y asistemático, la explicación de tal recato debe ser vista con optimismo. Dado que estas categorías solamente fueron insertadas en el debate jurídico brasileño muy recientemente, de modo que mu-

²³ Fue lo que hizo Eduardo José da Fonseca Costa en su tesis de doctorado, en donde propuso la comprensión de la imparcialidad a partir de un modelo interseccional entre derecho procesal, economía y psicología: COSTA (2016a).

chos aún no se han ocupado al respecto, una preocupación puntual puede significar una apertura hacia un promisorio diálogo con estas contribuciones científicas y sus impactos sobre la compensación de lo que significa una división de tareas verdaderamente equilibrada entre juez y partes.

Frente a todo lo expuesto, la conclusión parcial es la siguiente: dejando de verticalizar innumerables cuestiones relativas al contenido de la garantía de la imparcialidad, el modelo cooperativo no proporciona un instrumental capaz de asegurar una división de tareas efectivamente equilibrada. Al permitir, en afrenta al art. 5, LV, CF, que el magistrado ejerza situaciones jurídicas activas (= derechos) aseguradas por el contradictorio solo a las partes, le da protagonismo y desequilibra la dinámica de las funciones procesales. El párrafo anterior fue señalado para una posibilidad de cambio. El tiempo lo dirá...

3.2. ¿Redimensionamiento del contradictorio?

Ahora quiero verificar si las versiones fuertes del contradictorio y de la fundamentación de las decisiones (uno no existe sin el otro) constituyen peculiaridades que diferencian la cooperación procesal de los demás modelos procesales.

Ya nadie ignora –y aquí mismo fue dicho– que el proceso debe ser pensado de conformidad con la CF. El modelo de proceso que importa es aquel que puede ser atribuido a la Constitución, no al CPC ni a cualquier otro acto normativo infraconstitucional. Por tanto, aunque una codificación procesal tenga extrema importancia en la vida de todos nosotros –¡y la tiene!– no se puede embarcar en la embriagante euforia de creer que estamos frente a un nuevo derecho procesal (civil, por lo menos). No, definitivamente no. *Estamos frente a un nuevo Código y no frente a un nuevo proceso.* El modelo constitucional lo anticipa y condiciona.

De ahí que sea necesario tener cuidado con afirmaciones como “el nuevo CPC adoptó el principio de la colaboración del juez

para con las partes por ser el más apropiado para regular la dirección del proceso civil del Estado Democrático de Derecho”²⁴ o “hay diversos modelos de derecho procesal. Todos ellos pueden ser considerados de conformidad con el principio del debido proceso legal. Todo va a depender de lo que se entiende por debido proceso legal (...), los principios del debido proceso legal, de la buena fe procesal y del contradictorio, juntos, sirven de base para el surgimiento de otro principio del proceso: el principio de cooperación (...) [que] define el modo cómo el proceso debe estructurarse en el derecho brasileño”²⁵. Al final, y aunque esta pueda no ser la intención de sus próceres, tales formulaciones pueden naturalizar un modo de comprender el proceso a partir de la ley, y no de la Constitución.

Por cierto, la segunda asertiva transcrita se muestra particularmente más problemática, pues al admitir que modelos antagónicos son igualmente adaptables a la cláusula del art. 5, LIV, CF, acaba aniquilando la autonomía y antecedencia condicionante de la Constitución, como si su texto estuviese vacío de sentido y el intérprete (inclusive el legislador, que interpreta la Constitución al legislar) tuviese plena libertad para atribuirle el sentido de su preferencia²⁶. Si ello fuese verdad, ¿qué impediría al legislador,

²⁴ MARINONI, ARENHART y MITIDIERO (2015: 271-272).

²⁵ DIDIER Jr. (2015: 120-125).

²⁶ Ese es el imaginario de baja constitucionalidad (Streck) del sentido común teórico de los juristas (Warat), presente en el célebre pasaje de Guilherme de Souza Nucci, uno de los más reconocidos autores del proceso penal brasileño, diciendo que la CF adopta un modelo acusatorio, el CPP adopta un modelo inquisitorio y, por ello, nuestro modelo de proceso penal es mixto: “Registremos, desde ya, que hay dos enfoques: el constitucional y el procesal. En otras palabras, si siguiésemos exclusivamente lo dispuesto en la Constitución Federal podríamos decir que nuestro sistema es acusatorio (en el texto constitucional encontramos los principios que rigen el sistema acusatorio). Ocurre que nuestro proceso penal (procedimiento, recursos, pruebas, etc.) está regido por un código específico, que data de 1941, elaborado bajo una nítida óptica inquisitiva (encontramos en el CPP muchos principios regentes del sistema inquisitivo, como veremos a conti-

por ejemplo, de prescribir que solamente quien requiere la prueba pericial puede participar de su producción, asegurando al adversario solamente la manifestación sobre su producto? Por tanto, si la Constitución no dice nada sobre ese pormenor y su texto es hueco de sentido, sería mucho más difícil argumentar que dicho dispositivo ofendería al contradictorio...²⁷. Es claro que no es así. La Constitución no tiene un sentido listo ni acabado, pero no está a disposición de la libre invención del intérprete. Ella es producto de la historia, de conquistas cívicas y debe ser comprendida en el contexto de la tradición circundante, como demuestra Francisco José Borges Motta en su *lectura moral de la cláusula del debido proceso legal*²⁸. Obsérvese que sin esa dimensión es casi (sino completamente...) imposible hablar de control material de constitucionalidad.

Sugerir que el modelo de proceso puede ser definido por la ley infraconstitucional fragiliza la normatividad constitucional, promoviendo, queramos o no, un grave rebajamiento del debido proceso legal: de un referencial fundante del sistema procesal este se vuelve *un elemento interno más* de otro referencial fundante del sistema procesal – la cooperación. El debido proceso legal pasa a ser aquello que la cooperación dice que es, invirtiéndose la estructura normativa jerárquica para que la Constitución sea interpretada a partir de la ley. De ahí que caer en la tentación de decir que el contenido del contradictorio deriva del CPC, y no de la CF, es un paso corto...

nuación)" (NUCCI, 2005: 100). Este pasaje habla por sí solo y confirma lo que dije más arriba.

²⁷ He aquí el problema de un realismo jurídico simplificado (que no incluyó autores sofisticados como Hart, por ejemplo) y su pretensión de reducir el derecho a aquello que los jueces dicen que es. Para una crítica al realismo, cfr., por todos, ABOUD (2014); COSTA (2009: 182-191); STRECK (2017: 245-250).

²⁸ MOTTA (2017: 242-250).

Por ello es necesario insistir –¡incansablemente!– que las acepciones fuertes del contradictorio y de la fundamentación *derivada directamente de la Constitución*, no tratándose de una innovación (a lo mucho, una mera explicitación) normativa del CPC-15.

Es exactamente lo que la doctrina brasileña apunta desde hace mucho, como puede verse, *v. g.*, en la producción académica de notables miembros de la escuela *mineira* de proceso. José Alfredo Baracho de Oliveira daba esos contornos al *proceso constitucional* ya en la primera mitad de la década de 1980. Luego de la entrada en vigor de la CF, escribió que “la tutela del proceso se efectiviza por el reconocimiento de la supremacía de la Constitución *sobre* las normas procesales”, ofreciendo las siguientes garantías: (i) la Constitución presupone la existencia de un proceso, como garantía de la persona humana; (ii) la ley, en el desarrollo normativo jerárquico de esos preceptos, debe instituir ese proceso; (iii) la ley no puede concebir formas ilusorias a la concepción del proceso consagrada en la Constitución²⁹. De allí siguieron Aroldo Plínio Gonçalves (diseminación de la doctrina fazzalariana, situando, definitivamente, la institución del proceso en el centro de la teoría procesal, destacando el papel de las partes en su desarrollo y resultado)³⁰, Rosemiro Pereira Leal (teoría neoinstitucionalista, que absorbe el modelo constitucional de proceso –en la línea de Italo Andolina y Giuseppe Vignera–, pero tonifica el contradictorio como principio que debe ser insertado en la estructuración de *todos* los procedimientos preparatorios de los proveimientos estatales, aunque no lo dispongan así sus modelos legales, enlazándolo a la propia legitimidad de las decisiones judiciales en el Estado Democrático y actuando, al lado de los principios de amplia defensa y de la isonomía, como control de la actividad del juzgador –isocrítica y fiscalidad–³¹), Dierle Nunes (contradictorio

²⁹ *Apud* LEAL (2002: 104).

³⁰ GONÇALVES (2012).

³¹ Como síntesis de su obra, cfr. LEAL (2012).

como garantía de influencia y no sorpresa)³², Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (contradictorio como cuadrinomio estructural: información, reacción, diálogo e influencia)³³, André Cordeiro Leal (entretrejimiento indeleble entre contradictorio y fundamentación de las decisiones)³⁴, entre otros.

Por cierto, nadie ignora la confrontación teórica entre la escuela *mineira* y la escuela paulista (tal vez sea mejor hablar de escuela instrumentalista «*uspiana*»*), marcada por la acusación de aquellos de que estos blindaron el proceso de los aires legitimadores del constitucionalismo democrático y lo aferraran a una concepción autoritaria. Más allá que esté de acuerdo con los *mineiros*, es preciso reconocer que, a su modo, los paladines de la escuela paulista no ignoran la dimensión fuerte del contradictorio y de la fundamentación. No concuerdo integralmente con su interpretación de esas garantías, pero debe ser dicho que Cândido Rangel Dinamarco, el mayor artífice de esa corriente y uno de los mayores procesalistas de la historia del país –seguramente el más *influyente*– ya escribió sobre el contradictorio³⁵ y sobre la fundamentación³⁶ de modo semejante a los *mineiros* y aún más de lo que ahora suelen hacer los cooperativistas, inclusive cuando trata sobre la prohibición de decisión sorpresa, aunque no emplee el vocabulario de moda (= *deber de consulta*)³⁷⁻³⁸.

³² NUNES (2008).

³³ DIAS (2015).

³⁴ LEAL, 2002.

* [N. de los T.]: Relativo a la *Universidade de São Paulo*, más conocida como la USP.

³⁵ DINAMARCO (2001).

³⁶ DINAMARCO (2001^a).

³⁷ DINAMARCO (2009: 184-186).

Sin poder ser tachado de instrumentalista ni de cooperativista, desde hace décadas Nelson Nery Jr. también subraya el contenido fuerte del contradictorio y de la fundamentación³⁹.

Esos ligeros ejemplos de la doctrina brasileña bastan para demostrar que la dimensión fuerte del contradictorio y de la fundamentación *no es* una peculiaridad que distingue a la cooperación procesal de las demás corrientes teóricas del proceso. No es aquí, definitivamente, que esta ofrece algún agregado epistemológico a la ciencia procesal (*si bien presenta una ganancia –o mantención del poder– política...*).

Insisto: la dimensión fuerte del contradictorio proviene del Estado Democrático de Derecho, que consagra al pueblo como titular del poder y asegura su participación, inclusive directa, en la formación de las decisiones que los afectarán (art. 1, párrafo único, CF). Es la participación democrática constitucionalmente prevista que da contenido sustancial al contradictorio y a la fundamentación de las decisiones. Los dispositivos del nuevo CPC que los desmenuzan no introdujeron ninguna *novedad normativa* en el orden jurídico brasileño, sino solo *novedad textual*, que se mostró necesaria para (tratar de) hacer prevalecer la *normatividad constitucional*, la cual, por regla general, lamentablemente no penetraba en la *praxis* jurídica nacional. La participación efectiva, la influencia, la prohibición de decisión sorpresa, el entretrejimiento del contradictorio y de la fundamentación, etc., no son novedades traídas por nuevo CPC, pues vierten del *contenido garantístico* de la Ley Mayor. El CPC no los *instituye*, solo los *explicita*. No es por

³⁸ Las críticas de fondo al instrumentalismo procesal no se orientan *principalmente* a esos aspectos, digamos, procedimentales, sino a la confianza que devota a los jueces, permitiendo que decidan los casos de acuerdo con su sentimiento de justicia, inclusive *contra legem*. A propósito, cfr. ABBOUD y LUNELLI (2015: 21-47).

³⁹ NERY Jr. (2010: 207-263, sobre contradictorio y 288-300, sobre fundamentación).

otra razón que los autores ligados a las variadas epistemologías procesales desde hace mucho defiendan todo esto mirando solo la CF.

Presumo que está claro, pero quiero insistir: las referidas disposiciones del CPC son relevantes, solo que no crean nada, sino que se limitan a explicitar lo que ya era desde hace mucho atribuido a la CF. Naturalmente, no hay ningún menoscabo de mi parte: no es de menor importancia explicitar lo que, por ser existente, padecía de profunda ineffectividad. El CPC debe ser elogiado por eso, pero sin exageraciones. Explicitar lo que ya existe es exactamente eso: explicitar, no innovar. Quien explicita insiste, no crea.

Considero que es semióticamente relevante insistir en ese punto para que nosotros, integrantes de la comunidad jurídica brasilera, tengamos conciencia de que pasamos mucho tiempo vulnerando la CF, negando su normatividad. Acentuar que el contradictorio y la fundamentación de las decisiones ganaron una nueva conformación con el CPC significa, además de un equívoco, proporcionar, como mínimo, un resguardo simbólico para legitimar las prácticas de todos aquellos que en la doctrina (los menos) o en la jurisprudencia (los más) no se preocupaban por la garantía constitucional del proceso ni sus corolarios. No estoy diciendo que ello sea un mal de los cooperativistas. Por cierto, en ese punto, ni siquiera estoy hablando (exclusivamente, por lo menos) para ellos. Vale para todos los que, por uno u otro motivo, incurran en el mal vicio de ver creación donde hay explicitación. Cualquier estrategia argumentativa que resalte la fuerza de la CF, y, en consecuencia, denuncie su reiterada vulneración, es benéfica. Antes resaltar equívocos y superarlos, que naturalizarlos y correr el riesgo de perpetuarlos.

Y es exactamente por ello que fue absurdo el veto del art. 489 § 1 CPC-15 formulado por la Asociación de los Magistrados Brasileños (AMB), Asociación Nacional de los Magistrados Laborales (ANAMATRA) y la Asociación de los Jueces Federales (AJUFE).

Fundado en razones absolutamente utilitaristas y sin ningún respaldo en el modelo constitucional de proceso⁴⁰, este veto partía de la equivocada premisa de que tales dispositivos creaban exigencias hasta entonces inexistentes en el orden jurídico brasileño, como si tales disposiciones no fuesen solamente explicitaciones de la normatividad constitucional, y como si el estado de cosas sobre la fundamentación de las decisiones en Brasil pre-CPC-15 fuese adecuado a la CF⁴¹. No percibieron que, antes de atacar el CPC-15, el pedido de veto era un desafío contra la CF, ni tampoco que, aun cuando fuese acogido el pedido de veto, subsistiría el deber de cumplir las exigencias explicitadas en los referidos dispositivos, porque antes derivan de la Ley Mayor. Despreciaron que tachaban de *infraconstitucional* una discusión de estatura *constitucional*. Felizmente, la embestida fue rechazada, aunque el Superior Tribunal de Justicia ha persistido en la violación de la normatividad *ya* constitucional y, *ahora*, legal⁴².

Todo ello solo confirma la necesidad de insistir que la dimensión sustancial del contradictorio y de la fundamentación deriva desde la CF y no del CPC. Por cierto, removida la tesis de

⁴⁰ Decía el pedido de veto: “nuestra preocupación es con el impacto que estos ítems causarán en el congestionamiento de la justicia. Actualmente, tenemos casi 100 millones de procesos en tramitación en el país. Cada magistrado decide, en promedio, 1.5 mil procesos por año. El Poder Judicial está al límite (...) tendrán impactos severos, de forma negativa, en la gestión de los expedientes, en la independencia personal y funcional de los jueces y en la propia producción de decisiones judiciales en todas las esferas del país, con repercusión deletérea en la razonable duración de los juicios”. En aquel momento, inclusive antes de la Presidencia de la República, escribí junto con Lúcio DELFINO un texto al respecto: cfr. DELFINO y SOUSA (2016).

⁴¹ En 2006, decidiendo el Mandato de Seguridad 25,787/DF, el STF reconoció que la pretensión a la tutela jurídica abarca los derechos (i) de información, (ii) de manifestación y (iii) de que las partes vean sus argumentos considerados.

⁴² A propósito, cfr. ROSSI (2016). Cfr., también, PEIXOTO (2017).

que se trata de innovación infraconstitucional, no queda nada para fundamentar el referido pedido de veto. De ahí el desacierto y la inconveniencia de decir que “el CPC adoptó determinado modelo de proceso” y que “este modelo de proceso redimensionó el contradictorio y la fundamentación de las decisiones”. Ello puede ocasionar la grave perfidia de seguir fragilizando la Constitución y ser un disparo en el pie del propio CPC-15 en lo que este tiene de mejor, que es su carácter contrafáctico⁴³ – tómesese como ejemplos de ese riesgo el referido pedido de veto y la reticencia del SJT en aplicar el artículo 10 del CPC.

Para finalizar: los artículos 7, 9, 10, 11, 489, § 1, I al IV, 493, párrafo único, 927, § 1, 933, etc., son relevantes, fundamentales y saludables en un ambiente de baja constitucionalidad (Lenio Streck) como es este que vivimos. Pero he aquí lo que ellas son: reglas que explicitan el contenido de las garantías del contradictorio y de la fundamentación, desde siempre impuestos y exigibles por incidencia directa de la CF, del modelo garantístico de proceso consagrado en ella, que antecede y es independiente de aquellos dispositivos infraconstitucionales. Tratarlos como novedades no proporciona ninguna ganancia, aunque puede servir para fragilizar las garantías procesales de las partes. Por ello, hay que afrontar ese modo de articular tales contenidos procesales.

3.3. Deberes de consulta, diálogo, lealtad, esclarecimiento, prevención y auxilio: ¿el contradictorio sustancial depende de ellos?

Es por esto que, en este momento en que escribo, estoy convencido que los deberes provenientes del “principio de cooperación” solo repiten manifestaciones de otras garantías procesales o institutos infraconstitucionales específicos, haciendo descartable dicha formulación genérica. Aun peor: en ciertos casos hay mani-

⁴³ NUNES (2015).

fiesta inconstitucionalidad. Buscaré tratar de ello con cierto detenimiento.

3.3.1. *El deber de consulta*

El *deber de consulta* solamente manifiesta el contenido del contradictorio como garantía de participación y consecuente prohibición de decisión sorpresa. Al ciudadano le es garantizada la participación directa en el respectivo proceso previo de formación de las resoluciones de las cuales es destinatario (art. 1º, párrafo único, CF), lo cual, en el proceso, se traduce como garantía de influencia, esto es, que la resolución jurisdiccional será la síntesis del debate entre las partes, repercutiendo todos sus argumentos y pruebas. Consecuentemente, el juez no puede decidir ninguna cuestión respecto de la cual no haya sido permitida la previa manifestación de las partes. Salvo los casos de urgencia, la participación no es influyente si no antecede la toma de la decisión. El contradictorio otorga a las partes la *situación jurídica activa* (= derecho) de presentar argumentos y pruebas para influir en el convencimiento del juzgador e impone a este la *situación jurídica pasiva* (= deber) de considerar esa participación y de permitirles la manifestación sobre cuestiones que identificó de oficio.

Por lo tanto, el *deber de consulta* no es más que una *situación jurídica pasiva* impuesta al juez por el contradictorio. Hablar de *deber de consulta* es hablar de contradictorio. Nada más, nada menos. Si borramos el término *deber de consulta* de nuestro mapa mental, no tendremos ningún perjuicio al contenido del contradictorio ni producirá, de allí, ninguna autorización para la toma de una decisión sorpresa. De ahí ser innecesario hablar de *deber de consulta*, pues no ostenta ningún contenido, régimen ni efectos propios, bastando referirse a la garantía del contradictorio. Es un significativo descartable.

3.3.2. *El deber de diálogo*

El *deber de diálogo*, igualmente, no es más que la síntesis de la “nueva visión” del contradictorio; o sea, de la necesidad de que la decisión sea el resultado del debate procesal, debiendo responder el juez a todos los argumentos y pruebas presentadas por las partes, así como que permita la manifestación de ellas antes de decidir alguna cuestión que conoció de oficio. Con excepción de la tesis según la cual el juez es *sujeto activo* del diálogo procesal (= *paritario en el debate*), existe consenso en cuanto a la necesidad de que en la decisión repercuta la participación de las partes y que estas no sean sorprendidas con una cuestión no sometida antes al debate *entre ellas*. Se trata del contenido constitucional de la garantía del contradictorio. Nada más, nada menos. Entonces, cuando se habla de *deber de diálogo* no se está refiriendo a un instituto autónomo, con contenido, régimen o efectos propios, sino que solo se emplea un neologismo para referirse a la garantía del contradictorio⁴⁴. Es otro significante descartable.

⁴⁴ Francisco José Borges Motta ofrece un pasaje valioso: “¿Por qué no basta que la decisión sea correcta en su resultado? ¿Por qué la decisión debe, también, legitimarse a partir de la respuesta a los argumentos de los interesados? (...) a partir de la lectura moral de las cláusulas constitucionales que tratan sobre el proceso (en especial, a las cláusulas del *debido proceso legal* y del *contradictorio*), se puede llegar a la conclusión de que, en los cuadros de un Estado democrático de derecho, las exigencias del *autogobierno* (dicho en un nivel más abstracto: exigencias de autonomía y dignidad) hacen que las decisiones jurídicas deban ser construidas en conjunto con los interesados en su resultado; y que, para ello, debe garantizarse la *participación* de estos en el proceso de resolución de las cuestiones que les alcanzan. (...). La Constitución debe ser interpretada como un conjunto coherente, y los dispositivos que tratan sobre las cosas procesales deben sustentarse recíprocamente (no hay *debido proceso legal* sin *contradictorio*; no hay *debido proceso legal* sin *amplia defensa*; no hay *amplia defensa* sin *contradictorio*, y así sucesivamente). No hay dudas, pues, que se puede interpretar la cláusula del debido proceso legal como un *principio moral amplio y comprensivo, integrado al derecho como un límite al poder del Estado* (...). De todas esas *condiciones democráticas (participación, interés e independencia)*, la que encuentra su expresión más natural en el proceso jurisdiccional es, ciertamente, la garantía de

3.3.3. *El deber de lealtad*

El *deber de lealtad* impone que las partes no litiguen de mala fe y que observen el principio de buena fe objetiva⁴⁵. Si es *leal* quien no litiga de mala fe (art. 80, CPC), entonces el *deber de lealtad* no es un instituto jurídico autónomo, dotado de contenido régimen y efectos propios. Así, es descartable. Si es *leal* quien respeta el principio de buena fe objetiva (art. 5, CPC), entonces el *deber de lealtad* no es un instituto jurídico autónomo, dotado de contenido, régimen y efectos propios. Es descartable, por tanto. Véase bien: es posible hablar de litigio de mala fe y buena fe objetiva sin recurrir al *deber de lealtad*, pero no es posible hablar de este sin vinculación con aquellos. El *deber de lealtad* solo tendría autonomía epistemológica si fuese capaz de generar, de por sí, *deberes atípicos*, o sea, que determinada conducta (¿cuál?) podría ser castigada (¿cómo?) por ser atentatoria contra el *deber de lealtad* (¿qué es esto?), independientemente de disposición legal expresa; esto es, como fundamento para que *ilícitos atípicos* generen *sanciones atípicas*.

Pero no es necesario mucho esfuerzo para rechazar esta formulación. Del imperio de la legalidad y de la seguridad jurídica resulta que el Estado solo puede aplicar *castigos/sanciones* expresamente previstas en *ley*. Como corolario de la imprescindible necesidad de contención del poder, conquista y misión fundamental del constitucionalismo que supera la relación soberano-súbdito por el vínculo ciudadano-Estado, *solamente la ley* puede decir *cuándo* y *cómo* el Estado (juez) puede castigar. Es terreno de la *legalidad estricta*. Se exige *tipicidad* en relación tanto a la *hipó-*

participación (...), en el ámbito específico del proceso jurisdiccional, esa condición está radicalmente imbricada con la posibilidad de que los participantes vayan a influenciar, con sus argumentos, la resolución jurisdiccional. Y esa posibilidad es garantizada por una comprensión constitucional de la garantía del *contradictorio*» (MOTTA, 2017: 244-247).

⁴⁵ DIDIER Jr. (2016: 129).

tesis de incidencia (= cuándo) como al *modo de ser* de la sanción (= multa, prohibición de retirar los autos del juzgado, etc.).

Así: (i) *hay ilícito típico* y se aplica la *sanción típica* correlativa a aquel, una vez presentes los elementos del respectivo soporte fáctico; (ii) *hay ilícito (a)típico* al cual no corresponde ninguna *sanción típica* y ningún castigo puede ser aplicado; o (iii) *no hay ilícito típico* y ninguna *sanción* puede ser aplicada. Los “modos específicos de deslealtad” son castigados a título de acto atentatorio a la majestad de la justicia (v. g. art. 77, §§ 1° 2°, CPC) o de litigio de mala fe (art. 80 y 81, CPC), según sus roles *numerus clausus* y en los términos de las sanciones allí previstas.

Para bien o para mal, *no hay deslealtad atípica ni sanción atípica*. Es intolerable que, so pretexto de “concretizar” el contenido no escrito del contradictorio se yerga el principio de cooperación (¡de contenido igualmente no escrito!) como fuente de ilícitos y sanciones atípicas. Sería la moralización del proceso a partir de la pauta subjetiva del juzgador de ocasión, como manifestación del más puro despotismo judiciocrático, radicalmente incompatible con el constitucionalismo. Sería insistir en la captura del proceso por el juez; de la *garantía* por el *poder*, cuando aquella siempre se dirige *contra* este. Sería autorizar al juez a decidir con base a sus propias razones, no en razones públicas. Un completo *sin sentido* republicano, por lo tanto. *Mutatis mutandis*, todo esto vale para el juez. Por supuesto, él también debe ser leal; sin embargo, los casos en que se considera que no fue leal y las sanciones aplicables en razón de ello también deben constar expresamente en ley. Por lo tanto, si el *deber de lealtad* no puede ser fuente de *ilícitos atípicos* ni de *sanciones atípicas* y toda la referencia a este es, en realidad, referencia a otros institutos, se muestra evidente que es un significativo descartable.

3.3.4. El deber de esclarecimiento

El *deber de esclarecimiento* suele ser indicado en dos sentidos: (i) obligación de que el juez pida esclarecimientos a las partes

sobre sus postulaciones oscuras y (ii) obligación de que el juez sea claro en sus resoluciones *lato sensu*. En los dos casos existen institutos autónomos, cada uno con su regulación propia, siendo que el *deber de esclarecimiento* es un mero sinónimo de ellos.

En efecto, en (i) hay una síntesis de las reglas de subsanación, aprovechamiento y post-eficacia* de los actos procesales⁴⁶. Cuando el juez pide esclarecimientos a las partes sobre sus postulaciones está actuando para corregir defectos situados en el plano de la admisibilidad. Por ejemplo: la causa de pedir incomprensible genera la inadmisibilidad de la petición inicial (art. 330, § 1, III, CPC) y del recurso (art. 1,010, II, CPC, presupuesto de regularidad formal), pero ellas solo pueden ser inadmitidas si, debidamente intimada, la parte no las aclara en el plazo asignado (art. 320, párrafo único y 932, párrafo único, respectivamente). Por tanto, la postulación incomprensible está viciada y, sin la debida reparación, debe ser inadmitida. Franquear la clarificación es una alternativa a esa solución drástica. El juez no necesita de esclarecimientos cuando entiende la postulación. Si el juez entiende la postulación de la parte y aun así pide esclarecimientos, lo que en verdad está haciendo es darle la oportunidad de robustecer (verticalizando, ampliando o reduciendo) la argumentación y/o el pedido, en cuyo caso estaría actuando (el juez) como abogado de la parte, en afrenta a la garantía de la imparcialidad (objetivo-función o la imparcialidad).

* [N. de los T.): “*pós-eficacização*”, en el idioma original.

⁴⁶ Esa cuestión viene siendo ejemplarmente tratada por Roberto Campos Gouveia Filho, sobre todo en los videos que ha grabado sobre la primacía del mérito, para el programa *Falando de Processo 365*, de la Asociación Brasileña de Derecho Procesal (ABDPro). Estos videos pueden ser vistos en la página del programa en YouTube y en Facebook. Yo no habría realizado ciertos reparos y refinamientos en mi comprensión sobre el asunto sin el contenido de tales videos y nuestros prolíficos diálogos en *Telegram*, siempre enriquecedores.

Es posible (y siempre a la luz del derecho positivo) resumir así: (i.1) la *postulación ininteligible es inadmisibile* y debe ser posibilitada la corrección para evitar la inadmisibilidat: aquí “actúa el deber de esclarecimiento” (entre comillas para insistir que no es él quien actúa); (i.2) la *postulación inteligible es admisible* y no debe ser posibilitada su manipulación para ampliar las chances de éxito de las partes. Por tanto, el *deber de esclarecimiento* en el sentido (i.1) no es más que una referencia a las reglas expresas y puntuales que tratan de la subsanación, aprovechamiento y post-eficacia de los actos procesales, hipótesis en la que hablar de *deber de esclarecimiento* es una mera duplicación de lenguaje, lo que revela un signifiicante descartable. Y, de otro lado, *deber de esclarecimiento* en el sentido (i.2) es manifiestamente inconstitucional. Por lo tanto, no existe razón para hablar de *deber de esclarecimiento*, pues esto es innecesario y descartable en (i.1) e inconstitucional en (i.2).

En (ii) se refiere a la claridad de la decisión. Toda decisión debe estar fundamentada, bajo pena de nulidad (art. 93, IX, CF). Y, por supuesto, no se considera fundamentada a la decisión oscura. Hablar del *deber de esclarecimiento* en el sentido de exigir decisiones claras no es otra cosa que hablar de fundamentación válida de las decisiones. Por lo tanto, tampoco en ese sentido el *deber de esclarecimiento* alude al instituto autónomo, con existencia, régimen y efectos propios⁴⁷, razón por lo que es completamente descartable. Si dejamos de hablar de *deber de esclarecimiento* no estaremos con esto admitiendo decisiones oscuras. Se trata solo de una duplicación de lenguaje completamente inútil.

⁴⁷ Son precisamente esos los ejemplos empleados por la doctrina cooperativista para aludir a los sentidos (i) y (ii) del «deber de esclarecimiento», como se ve en DIDIER Jr., 2016: 129.

3.3.5. *El deber de prevención*

En cuanto al *deber de prevención* y al *deber de auxilio*, confieso que siempre me sonaron poco claros, hasta oblicuos. Su formulación corriente permite que estos signifiquen cualquier cosa y los ejemplos proporcionados por los cooperativistas no ayudan en su definición precisa. He aquí el lugar, por excelencia, en donde lo dicho y lo no dicho concurren en simétrica paridad de armas... y precisamente allí reside el peligro. Intentaré descomponerlos analíticamente, comenzando por el *deber de prevención*.

Así como el *deber de esclarecimiento* (cf. ítem 3.3.4), el *deber de prevención* es un significante que también alude a la incidencia de las reglas de subsanación, aprovechamiento y post-eficacia de actos procesales defectuosos. Ambos actúan en un plano de la admisibilidad/procedencia de las postulaciones, pero difieren en su extensión: (i) el *deber de prevención* remite a las reglas de subsanación, aprovechamiento y post-eficacia de postulaciones con *defectos en general*; (ii) el *deber de esclarecimiento* remite a las reglas de subsanación, aprovechamiento y post-eficacia de las postulaciones con *defectos de fundamentación*. Como se observa, (i) es género del cual (ii) es especie. Sería perfectamente posible apenas hablar de (i), por cierto.

Mutatis mutandi, es posible ilustrar de la siguiente forma: el deber de prevención es al deber de esclarecimiento, así como la inadmisibilidad recursal es a la irregularidad formal: lo incluye, pero lo sobrepasa. El deber de prevención es así ejemplificado por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart y Daniel Mitidiero: “está prohibido al juez no conocer determinada postulación de la parte por un defecto procesal subsanable sin que, previamente, se haya dado oportunidad para que dicha parte lo subsane (arts. 317 y 932, párrafo único, CPC)”. Por su parte, así ejemplifican el deber de esclarecimiento:

[...] está prohibido al juez rechazar de plano eventuales postulaciones de las partes por la simple ausencia de comprensión de la

narrativa, siendo imperioso que se permita la manifestación de las partes para el esclarecimiento de la cuestión, oportunidad en la cual debe indicar claramente el punto que entienda que debe ser aclarado (art. 321, CPC)⁴⁸.

Claro está, por tanto, que el deber de prevención tampoco es un instituto jurídico autónomo, sino un significante empleado para referirse a otros institutos con identificación, régimen y efectos propios, por lo que se evidencia como es descartable.

3.3.6. El deber de auxilio

El *deber de auxilio* es el más problemático de todos y su examen es lo que llevará más tiempo, pero será revelador. Vamos allá.

En primer lugar, tenemos un problema en el plano semántico del lenguaje. *Auxiliar* significa ayudar, subsidiar, acudir, socorrer. Si por *deber de auxilio* no se querría significar esto, o sea, un juez que ayuda, subsidia, acude o socorre a la parte, que ejerce funciones de postulación (*juez-contradictor*), el empleo del significante inevitablemente crea desorden en el lenguaje jurídico y lo torna más complejo. Al final, su uso exigirá un permanente y agotador trabajo de descontaminación semántica para esclarecer que no contradice las garantías del contradictorio y de la imparcialidad.

Además, el *deber de auxilio* llega a ser un significante semánticamente inviable. Nadie ignora que el mundo cultural es construido por el lenguaje y que este es convencional. Cuanto más consolidadas las convenciones lingüísticas, más exitosa tenderá a ser la comunicación entre sus usuarios. Lo contrario también es verdadero. Los neologismos tienden a convertir al lenguaje más complejo y a la comunicación menos eficiente, por lo menos hasta que se consoliden en las prácticas de uso. De ahí que el usuario

⁴⁸ MARINONI, ARENHART y MITIDIERO (2017: 165).

debe salir por ahí nombrando las cosas a su talante. Hay una tradición que nos anticipa y nos condiciona, y despreciarla produce el efecto deletéreo de mancillar la comunicación.

Ahora bien, *deber* y *auxilio* poseen significados diametralmente opuestos: *deber* se liga a lo que es *obligatorio* y *auxilio* remite a lo que es *facultativo*. Así, si la expresión *deber de deber* es risible, la expresión *deber de auxilio*, al indicar obligación facultativa, carece de sentido. La primera es tautológica; la segunda, contradictoria. De ahí que se pregunte lo siguiente: en caso no se quiera, con el *deber de auxilio*, instituir la figura del juez-contradictor, ¿por qué llamar de auxilio aquello que es el cumplimiento de las funciones efectivamente judicantes, las cuales, invariablemente, son identificadas, en sus especies, por significantes ya consolidados y fácilmente comprendidos? No se gana nada con eso (más allá de un trastorno semántico, como mínimo...)

En segundo lugar –e inseparablemente ligado al problema que destaqué arriba– es ampliamente difundido en la doctrina cooperativista un concepto sorprendentemente vago de *deber de auxilio*:

“el tribunal tiene el deber de auxiliar a las partes en la superación de las eventuales dificultades que impidan el ejercicio de derechos o facultades o el cumplimiento de cargas y deberes procesales”. Corresponde al órgano juzgador providenciar, siempre que sea posible, la remoción del obstáculo (Sousa, 1997, p. 65; Barreiros, 2013, p. 199-201)⁴⁹.

El referido concepto no dice absolutamente nada. No proporciona elementos a partir de los cuales se pueda saber qué son los “obstáculos” a los que se refiere ni cómo se promueve su remoción. Es incapaz de proporcionar criterios a partir de los cuales se pueda saber si el juez, al ejecutarlo, se mantiene dentro de los cuadrantes de la imparcialidad objetivo-funcional (si el juez está

⁴⁹ DIDIER Jr. (2016a).

ejerciendo función de parte). En suma, no es medida para establecer una división equilibrada de tareas.

La suma de esos dos motivos es ya suficiente para entender el motivo por el cual el *deber de auxilio* no es unánime ni siquiera entre los cooperativistas, lo que, por sí mismo, revela cuán tormentoso es. Pero voy adelante, dialogando con sus defensores.

Incurriendo en la innecesaria y contraproducente duplicidad de lenguaje arriba referida, es muy común en la doctrina cooperativista ejemplificar el *deber de auxilio* con funciones que no son nada más que ejecución, por el juez, del *deber de impulso oficial*. Véase el ejemplo proporcionado por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart y Daniel Mitidiero:

[...] piénsese, por ejemplo, en el ejecutante que no encuentra los bienes embargables del ejecutado para la satisfacción de su crédito. Es tarea del juez auxiliarlo en la identificación del patrimonio del ejecutado a fin de que la tutela ejecutiva pueda ser realizada de forma efectiva (art. 772, III, CPC)⁵⁰.

Pues bien, la ejecución busca un “resultado único”: la satisfacción del derecho del ejecutante (dentro de los límites legales, evidentemente). Es su razón de ser. Para ello, el ejecutante indicará bienes del ejecutado a fin de obtener la satisfacción de su crédito. Pero lo hará *si y cuando* sepa de su *existencia y localización*. De lo contrario, corresponderá al juez, directa (*v. g.* técnicas de embargo *online*) o indirectamente (*v. g.*, por sus auxiliares, como vía mandato por oficial de justicia), realizar las diligencias a fin de encontrar bienes embargables (eventualmente, de terceros responsables). Es lo que prescribe el derecho positivo brasileño.

Por lo tanto, fuera de los actos que el ejecutante puede o debe realizar por sus propias fuerzas (*v. g.* la obtención de certificados ante los registros públicos no carece de intervención judicial y

⁵⁰ MARINONI, ARENHART y MITIDIERO (2017: 166).

debe ser realizado por la parte), el juez *debe*, de oficio, practicar u ordenar la práctica de los actos imprescindibles para el desarrollo y resultado fructífero de la ejecución. No es nada más que el impulso oficial. ¿También vamos a hablar de *deber de auxilio* cuando el juez, cumpliendo su deber de impulso procesal, intima al demandante para, si así lo quiere, presentar réplica a la contestación presentada por el demandado? Sinceramente, reducido a este sentido, el significante ostenta nula importancia. Por el ejemplo queda claro que el *deber de auxilio* solo es otro neologismo cooperativista más, que nada añade más allá de una innecesaria e indeseable duplicidad de lenguaje, pues vuelve incluso más complejo el ya suficientemente tormentoso lenguaje jurídico.

No hay razón para confundir significantes con significados distintos y ya consolidados. *Prestación de tutela jurisdiccional y auxilio* no son sinónimos. ¡Por el contrario! Cuando el juez prohíbe, obliga y/o permite algo, presta tutela jurisdiccional. Es un acto de fuerza: fuerza legítima, pero fuerza, al fin y al cabo. Ahí no hay nada de auxilio. Cuando la parte opta por practicar este o aquel acto, o su abogado le aconseja adoptar esta o aquella estrategia procesal, presta auxilio. En la feliz síntesis de Araken de Assis: el juez cumple con decidir; el abogado, con persuadir. Hablar de *deber de auxilio* para aludir a cualquier forma de *prestación de tutela jurídica* apenas vuelve fluido lo que es sólido, confuso lo que es organizado, oscuro.

Contribuyendo para el esclarecimiento del significante *deber de auxilio*, Lorena Miranda Santos Barreiros presenta una formulación más precisa:

[...] los deberes de prevención y auxilio son manifestaciones del contradictorio, en la medida que hacen efectivo su contenido fundamental que no es solamente el de ser la parte informada de los actos del proceso, sino el de reacción, con la posibilidad de real influencia en el contenido decisorio final. Esta posibilidad de influencia quedaría comprometida sobremanera si la parte, por deficiencias en sus alegaciones y/o pedidos, o por no poder, justifi-

cadamente, suplantar obstáculos para el ejercicio de sus derechos o facultades o al cumplimiento de cargas o deberes procesales, quedase, así, apartada de la dialéctica procesal⁵¹.

Ya se nota algo más concreto aquí: el *deber de auxilio* es socorrer a la parte para evitar que las deficiencias en sus alegaciones y/o pedidos comprometan su actuación en la dialéctica procesal. Más precisa, pero no suficiente. ¿Qué se quiere decir con “deficiencias en sus alegaciones y/o pedidos”? ¿Qué se quiere decir con “apartada de la dialéctica procesal”? ¿Podría el juez sugerir correcciones/mejoras para hacer el pleito de la parte más consistente y viable, incluso cuando este sea claro, pero no tan bien formulado? Para decirlo directamente: ¿el juez podría sugerir mejoras para viabilizar el éxito de la postulación de la parte? Lorena (y, por lo general, los cooperativistas brasileños) no lo dice(n) no avanzan en ese punto (¡que es fundamental!) Quedamos, pues, en el plano de lo no dicho (o de lo casi-dicho).

Pero la doctrina portuguesa, tal como reporta Fredie Didier Jr., que es más clara en cuanto al punto, explicita de modo inequívoco el contenido del *deber de auxilio*: “para cumplir este deber, el órgano juzgador podría, por ejemplo, sugerir la alteración del pedido para volverlo más conforme al entendimiento jurisprudencial para casos como aquel”⁵².

¡Ahora sí! ¡Imposible ser más claro! *Lo no dicho se transforma en dicho*, y de forma abierta e indubitable. Finalmente se dijo a qué vino el *deber de auxilio*. Es lo que líneas arriba he llamado el *deber de esclarecimiento* en el sentido (i.2). En términos cortos y sin obstáculos: *el deber de auxilio es una autorización para que el juez ayude a la parte a vencer*. No se trata simplemente de superar la manifestación sobre una cuestión conocida de oficio para permitir una influencia y evitar la sorpresa. Es mucho más que ello: *el*

⁵¹ BARREIROS (2013: 282).

⁵² DIDIER Jr. (2016a).

*juez se coloca al lado de la parte y le da toda la orientación necesaria para vencer. Se vuelve abogado de la parte. Deja de ser juez, o de ser solamente juez, y asume el lugar del juez-contradictor. Nada puede incorporar con mayor adecuación la idea de un “juez paritario en el debate”. Con esa formulación, sin duda, el deber de auxilio ostenta contenido normativo propio, adquiere status de instituto jurídico autónomo –pero no nuevo, como veremos–, aunque sea visceralmente inconstitucional (es innecesario descender nuevamente al porqué eso viola el contradictorio y la imparcialidad, tanto en sentido subjetivo-psíquico como objetivo-funcional/imparcialidad). Recorrí para llegar exactamente donde el problema semántico lo sugería desde el principio... Es como en el clásico aforismo de Freud: a veces, un cigarro es solo un cigarro. Y añadido: no guarda nada que sea más profundo, se limita a la monotonía de lo que es evidente. Así es el *deber de auxilio*.*

Sin hablar de inconstitucionalidad, Fredie Didier Jr. solo realiza salvedades al *deber de auxilio*:

[...] no nos parece posible defender la existencia de ese deber en el derecho procesal brasileño. La tarea del juez de auxiliar a las partes es de su representante judicial: abogado o defensor público. No solo no es posible: tampoco es recomendable. Es simplemente imprevisible lo que puede ocurrir si se dijese al órgano juzgador que este tiene un deber atípico de auxiliar a las partes. Es posible, sin embargo, que exista *deberes típicos de auxilio* por expresa previsión legal⁵³.

La lección merece un examen detallado.

De un lado, nuestro autor afirma que la función de auxiliar a las partes es del abogado, no siendo posible ni recomendable otorgar el *deber de auxilio atípico* al juez (lo que, a mi modo de ver, significa que el deber de auxilio, para él, no puede ser atribuido al art. 6, CPC, al menos no como cláusula general de auxilio). Disien-

⁵³ DIDIER JR. (2016: 132).

te, sin embargo, que nada impide la concesión de *deber de auxilio típico* al juez, mediante previsión legal *expresa y casuística*. Llego a ver ahí el grave problema metodológico de que las ponderaciones no compartan el mismo criterio-base. Es que para Freddie Didier Jr. el *deber de auxilio* no es un problema en sí –*si lo fuese, el juez jamás tendría ese deber*–, sino una cuestión de política legislativa, y por ello es que puede ser otorgada mediante *previsión legal expresa y casuística*–. Todo se reduce a una dimensión de grado: (i) *no puede existir deber de auxilio atípico*, pero (ii) *puede existir deber de auxilio típico*. De ese modo, nuestro autor no es contrario al *deber de auxilio per se*, sino solamente a la *cláusula general de auxilio*. Pero, si fuese así, ¿cuál es la importancia del argumento de que auxiliar a la parte es función del abogado? ¿Por qué ello ocupó las preocupaciones del referido autor cuando rechazó la *cláusula general de auxilio*? ¿O la función de auxiliar a la parte es, en principio, del abogado, pero, episódicamente, mediante regla expresa y casuística, también del juez? ¿Está permitido al legislador instituir hipótesis típicas de *deber de auxilio*?

Decididamente, la respuesta es negativa. La Constitución trata sobre el *proceso, función jurisdiccional* y la *abogacía*, y no existe siquiera un dispositivo cuya carga semántica sugiera, por más remotamente que sea, que compete al juez ejercer funciones típicas de abogado, aunque sea episódicamente. ¡Muy por el contrario! Si el art. 5º, LV, CF, prescribe que el contradictorio es garantía de las partes, solamente quien actúa por ellas (*v. g.*, sus abogados) puede auxiliarlas, nunca el juez. La estipulación de las funciones procesales de los abogados y jueces no es un dato menor ni algo despreciable situado en el espacio de la libre conformación del legislador ordinario; en realidad, se trata de una cuestión sensible a la normatividad constitucional, especialmente de las garantías de la imparcialidad (objetivo-funcional) y del contradictorio (situación jurídica relacional que encierra situaciones jurídicas activas de titularidad de las partes y situaciones jurídicas pasivas de titularidad del juez), ambas vulneradas en caso se au-

torice al juez a ejercer función de parte y/o abogado. De la misma manera, ninguna tradición auténtica, en la estela de las garantías de participación y libertad del ciudadano frente al Estado, autoriza la solución ahora rechazada. De ahí que el *deber de auxilio* es inconstitucional, sea por cláusula general o regla casuística.

Es interesante notar que Didier Jr. dimensiona la institución del *deber de auxilio* bajo un *juicio de conveniencia*. Para él (i) es *inconveniente* instituir una *cláusula general de auxilio*, pero (ii) es *conveniente* instituir *deberes de auxilio típicos*. La postura presenta dos problemas sensibles: (i) sustituye el código lícito/ilícito por el código conveniente/inconveniente (como subyugando lo jurídico a lo político) y (ii) no proporciona ningún criterio para definir lo que es conveniente y lo que es inconveniente. En gran medida, el legislador opera bajo el juicio de conveniencia. Él tiene amplio margen de discrecionalidad para escoger decidir sobre el cuándo, cómo y el motivo de elaborar reglas. Por ejemplo: al instituir un recurso, él tiene plena libertad para escoger si el plazo será de 5, 10 o 15 días. Es así porque el juicio de conveniencia habita el sistema político. Aquí estoy pensando en el Legislativo en su función de legislar y en el Ejecutivo en funciones que no implican decisiones jurídicas (cuando, por Decreto, se define el nombre de locales o edificios públicos, por ejemplo).

Pero su juicio de conveniencia no es completamente libre. Cuando el sistema político entra en fricción con el sistema jurídico, la introducción de elementos del primero en el segundo se debe producir de acuerdo con las particularidades de este. La fuerza normativa de la Constitución impone límites formales y materiales al poder de legislar, limitando el juicio de conveniencia del legislador. Por ejemplo: en Brasil el legislador no puede admitir, en el proceso, el uso de pruebas obtenidas por medios ilícitos (art. 5°, LVI, CF). Allí no se está más en el sistema político y sus "*juicios*" de *conveniencia*, pero en el sistema del derecho positivo y sus "*juicios*" de *licitud/ilicitud* (o *constitucionalidad/ inconstitucionalidad* como preferirán autores como Ferrajoli).

Así, en el punto en examen la cuestión es saber si el eventual juicio político de conveniencia del legislador brasileño sobre la institución de deberes de auxilio del juez con las partes es tolerado por el sistema del derecho positivo brasileño. Frente a todo lo que fue dicho antes, la respuesta es negativa, so pena de violación de las garantías de la imparcialidad y del contradictorio. Pesando y midiendo, Fredie Didier Jr. tiene razón: solo los juicios de conveniencia propios del sistema político podrían introducir el *deber de auxilio* (cláusula general o reglas casuísticas, da igual) en el sistema de derecho positivo brasileño... Pero no es posible servir a dos señores: o bien se juega el juego del sistema político o bien el juego del derecho positivo. Dado que estoy tratando sobre el derecho y es un hecho que los límites internos del derecho positivo brasileño impiden ese intercambio específico, concluyo que conciliar con tal juicio de conveniencia no es nada más que una deletérea colonización del sistema jurídico por el sistema político. Sería aniquilar la autonomía del derecho.

Para concluir mis consideraciones respecto a la opinión de Fredie Didier Jr., destaco que él no indica, con precisión, lo que entiende por *auxilio* ni por la *extensión* que considera saludable que sea otorgada al juez por el legislador mediante reglas casuísticas. Para tratar ello, es necesario arriesgar algunas hipótesis. Para organizar el raciocinio, esbozo los siguientes sentidos para el *deber de auxilio*: (i) *deber de auxilio genuino*, o sea, el ejercicio, por el juez, de funciones típicas de parte o abogado; y, (ii) *deber de auxilio putativo* (o no auxilio), esto es, el ejercicio, por el juez, de funciones típicamente judicantes, de prestación de tutela jurídica.

La hipótesis (i) es inadmisibile. El legislador *no* puede crear un *deber de auxilio* que resulte en ejercicio, por el juez, de la función de parte y/o abogado, como es autorizado por la doctrina portuguesa, dado que –como bien recuerda el propio Didier Jr.–, ello sería admitir que él pueda abogar para la parte, lo que, como se ha visto, es contrario a la CF.

La hipótesis (ii) es admisible. La ley expresa puede definir, a título de *deber de auxilio*, funciones efectivamente judicantes. En verdad, debe hacerlo: allí ya no se trata de un *deber de auxilio*. Ejercer funciones típicamente judicantes (v. g., dar impulso oficial para ordenar intimaciones, embargar bienes, etc.) es prestar tutela jurídica y no auxiliar a la parte. Auxilio es ayudar y quien auxilia es el abogado. Nótese que no estoy batallando simplemente por una palabra. Ya hablé del peso semiótico de las palabras y que este no debe ser despreciado. No conviene llamar como deber de auxilio lo que es *prestación de tutela jurídica*. Esa duplicidad de lenguaje vuelve más compleja la comunicación jurídica y no proporciona ningún valor epistemológico. Debe abolirse el uso del significante en este sentido.

En suma: (i) si hay previsión legal expresa de *deber de auxilio genuino* (v. g., orientación del juez para que la parte corrija su postulación clara para, con ello, poder vencer), el juez postula, ejerce función de parte y/o abogado y, por lo tanto, es *inconstitucional*; y, (ii) si hay previsión legal expresa de *deber de auxilio putativo* (v. g. determinación del embargo *online* cuando el ejecutante no sabe cuáles son ni dónde están los bienes del ejecutado), el juez presta tutela jurídica, ejerce una función típicamente judicante y, por lo tanto, *constitucional*.

De modo que hablar de *deber de auxilio* encierra una paradoja: (i) o es una *mera afectación dogmática* (quizá epistemológica, cuando se indica simplemente un *deber funcional típico*, que nada tiene de auxilio); o (ii) es una *grave inconstitucionalidad* (cuando, v. g., se indica una autorización para que el juez practique, mediante autorización legal o no, acto de parte y/o abogado). En (i), el *deber de auxilio* alude al cumplimiento de un *deber funcional judicante* y el significante se muestra semánticamente inadecuado y epistemológicamente *descartable*. En (ii), el *deber de auxilio* alude al cumplimiento de *deber funcional judicante-postulante* y releva una *inconstitucionalidad*. Así, siempre habrá algún problema cuando se habla de *deber de auxilio*: o indicará un *enunciado epis-*

temológicamente falso (cuando es usado para referirse al cumplimiento del deber funcional, no es auxilio), de un lado; o indicará un *enunciado normativamente inválido/inconstitucional* (cuando es usado para referirse al ejercicio, por el juez, de la función de las partes y/o del abogado), de otro lado. Ahora, el enunciado *falso* debe ser *descartado* (no existe contribución teórica en sustituir el impulso oficial por el deber de auxilio) y el enunciado *inconstitucional* debe ser *abolido* (no se transigen ni se estimulan inconstitucionalidades).

Dejando de hablar de *deber de auxilio* en el sentido de cumplimiento de deber funcional judicante y no admitiendo su empleo en el sentido de autorización para que el juez ejerza la función de parte y/o de abogado, no sobrará ninguna reminiscencia de ese significante. Este desaparecerá (y no hará la menor falta...)⁵⁴.

Con estas consideraciones señalaré mi concordancia y/o discordancia con la posición de Fredie Didier Jr. Conuerdo con él si con *deber de auxilio* quiere referirse a la previsión legal que otorga al juez funciones efectivamente judicantes. Pero aquí sugiero descartar definitivamente el significante *deber de auxilio*, pues además de nada aclarar, exige, para la adecuada intelección, todos estos molestos esclarecimientos que estoy haciendo⁵⁵. Por

⁵⁴ Pensándolo mejor, quizá sí hará falta. Me explico. Si el *deber de auxilio* fuera –como me parece que es– el único dato específico del modelo cooperativo, aquello que lo distingue de los demás modelos procesales, hablar de cooperación procesal sin deber de auxilio es hablar de algo diverso de la cooperación. Vale decir: aceptar la cooperación en su entereza, esto es, *con* el *deber de auxilio* (como autorización para que el juez practique un acto de parte – si es mediante previsión legal o no poco importa) es adoptar un modelo inconstitucional; aceptar el modelo cooperativo con salvedades, esto es, *sin* el *deber de auxilio* (como autorización para que el juez practique un acto de parte – si es mediante previsión legal o no poco importa) ya no puede ser adoptar el modelo cooperativo. O sea, abolir el deber de auxilio produce una inmensa merma al modelo cooperativo porque no hay modelo cooperativo sin deber de auxilio.

⁵⁵ Llamar “prestación de tutela jurídica de auxilio” es un entrevero innecesario y contraproducente, porque aglutina en el mismo significante sentidos a

último, discrepo si con *deber de auxilio* se refiere a la autorización para que el juez ejerza función de parte y/o abogado, pues aquí vislumbro inconstitucionalidad.

Dos últimas consideraciones sobre el deber de auxilio. En realidad, se trata de una perplejidad y una revelación.

Primero, la perplejidad.

El *deber de auxilio genuino* (= permitir que el juez ejerza una función de parte y/o abogado) encuentra un poderoso obstáculo en el art. 36, III, LOMAN, según el cual está prohibido que el juez emita opinión sobre los casos que debe juzgar⁵⁶. Por tanto, si el juez no puede emitir siquiera opinión sobre los casos que debe

los cuales la tradición otorgó significados completamente distintos, complicando la aprehensión de su contenido. Se podría, inclusive, pavimentar el camino para que, en los juegos concretos del lenguaje, se construya un imaginario receptivo para la concesión de funciones de parte al juez, lo cual, en cualquier caso, es intolerable. Usar el significante “auxilio” (= ayuda) para significar “prestación de tutela jurídica” (= deber) es algo que remite a la neolengua de 1984: “El Ministerio de la Verdad, responsable por noticias, entretenimiento, educación y las bellas artes. El Ministerio de la Paz, responsable por la Guerra. El Ministerio del Amor, al cual correspondía mantener la ley y el orden. Y el Ministerio de la Abundancia, responsable por las cuestiones económicas. Sus nombres en neolengua: Miniver, Minipax, Minimor y Minindantia. De ellos, el realmente terrorífico era el Ministerio del Amor. El edificio no tenía ninguna ventana. Winston nunca había entrado en el Ministerio del Amor, nunca había llegado ni a medio kilómetro de distancia. Era imposible entrar en el edificio sin una justificativa oficial, y aun en esos casos había que pasar por un laberinto de caminos rodeados de alambre de púas, puertas de acero y nidos ocultos de ametralladora. Incluso las calles que conducían a sus salidas extremas, estaban muy vigiladas por guardias, con caras de gorila y uniformes negros, armados con porras” (ORWELL, 2009: 14-15).

⁵⁶ LC 35/79 (Ley Orgánica de la Magistratura Nacional). Art. 36: “Está prohibido al magistrado: III – manifestar, por cualquier medio de comunicación, opinión sobre un proceso pendiente de juzgamiento, suyo o de otro, o juicio de desprecio sobre autos, votos o sentencias, de órganos judiciales, salvando la crítica en los autos y en obras técnicas o en el ejercicio del magisterio”.

juzgar, que es *lo menos*, ¿cómo podría auxiliar a la parte (= sugerir mejoras a sus postulaciones) sin violar (¡también!) el dispositivo en cuestión (¡cuya constitucionalidad no se cuestiona!), que es *lo más*? Sin embargo, es unísono el silencio de los cooperativistas respecto a la compatibilidad del *deber de auxilio* con este *deber de apariencia de neutralidad* impuesto por la LOMAN.

Ahora, la revelación.

Transcribo un pequeño pasaje doctrinario bastante revelador sobre el efectivo sentido del significante “*deber de auxilio*”, que nos mostrará a qué es lo que este efectivamente se presta. Esta “vieja novedad”, herencia del despótico Código Klein, la Ordenanza Procesal austríaca de 1895, viene así explicada por un autor fuera de toda sospecha, como es Mauro Cappelletti:

Si la parte menos astuta, menos preparada, peor defendida, no ha propuesto desde el principio de la manera más adecuada su demanda o planteado adecuadamente su defensa, el juez austríaco podrá, en el curso del proceso, venir en su ayuda, y proporcionarle el modo de reparar, de modificar, de corregir las lagunas y los defectos de sus demandas o defensas. Y a tal fin el juez podrá, o más bien deberá, se fuere del caso, salir de esa absoluta *pasividad* y de ese absoluto *neutralismo*, al que estaba constreñido, en cambio, el juez del proceso común, y el mismo juez austríaco hasta la entrada en vigor del código de 1895⁵⁷⁻⁵⁸.

⁵⁷ CAPPELLETTI (1974: 18).

⁵⁸ Igor RAATZ sintetiza el contexto y el contenido del Código Klein: “Antes de nada, es necesario contextualizar la reforma procesal austríaca como contrapunto a la legislación de la época vigente, en donde regía el sistema de *actuación*, con absoluta separación del juez en relación a las partes, lo cual daba margen a las injusticias combatidas por Menger y a la lentitud del proceso. Dicho contexto es importante para entender de qué modo el sistema austríaco fue, por la reforma, modificado diametralmente. Las ideas de Menger influenciaron directamente el pensamiento de Franz Klein, responsable por el proyecto de reforma de la legislación procesal austríaca, elaborado en 1895, en vigor a partir de 1898. Se trataba de un código efectivamente nuevo y original, que cambió el panorama de

Es inequívoca la inspiración profundamente autoritaria que subyace al *deber de auxilio*. Este se asienta en una tradición no auténtica al Estado Democrático de Derecho y no muestra algún referente teórico viable para quien busca una división de tareas verdaderamente equilibrada entre los sujetos procesales (v. g., hostil a cualquier propuesta de hipertrofia de las funciones de cualquiera de ellos, especialmente del juez). Si lo que se acaba de ver no enciende la luz roja del rechazo, debería encender al menos la luz amarilla del cuidado. En relación al deber de auxilio, la doctrina brasileña aún no llegó al nivel de Klein. Por lo menos, no por ahora, porque todavía es *no-dicho* entre nosotros (a lo mucho, es *casi-dicho*). Si es que se volverá *dicho*, solo el tiempo lo dirá.

3.3.7. Remate sobre los deberes

Concluyo, por tanto, que los *deberes de consulta, diálogo, lealtad y prevención* son neologismos cooperativistas plenamente descartables. No innovan nada, solo refieren a institutos preexistentes y ya consolidados. Hablar sobre tales deberes significa simplemente promover una duplicación de lenguaje completamente

las instituciones europeas continentales, al punto de que su influencia para las reformas procesales sea comparada con la ejercida por Napoleón sobre la codificación en general. Para Klein, solamente la teoría de la sociedad podría ser el principio válido y constructivo de un reglamento procesal, rompiendo, así, con la teoría del individuo prevalente en el proceso civil del Estado liberal. El proceso, como instituto de derecho público, debería satisfacer, al lado de los intereses privados, también los valores sociales más elevados, de modo que el juez 'timonel del Estado', figuraría como representante profesional del interés general. De allí que, a partir de una concepción del proceso como institución para el bienestar social, se aumenta la actividad del órgano judicial, el cual es premunido de suficientes poderes para la dirección material del proceso, capaces de garantizar su marcha rápida y regular. En ese sentido, el § 432 de la ZPO austríaca, bajo notable influencia del pensamiento de Menger, establecía la posibilidad de que el juez instruya a las partes ignorantes del derecho o no representadas por abogado y aconsejarles sobre las consecuencias jurídicas de sus actos u omisiones» (RATZ, 2017: 79-80). Con un abordaje más amplio sobre los proyectos de Menger y Klein, cfr. NUNES (2012: 79-106).

dispensable. En relación al *deber de esclarecimiento*, es lo que ocurre cuando es entendido como vía para subsanación, aprovechamiento y post-eficacia de los actos procesales inadmisibles. Pero cuando es interpretado como mecanismo de perfeccionamiento de postulación admisible, hay inconstitucionalidad por violación de las garantías de la imparcialidad y del contradictorio (en realidad, aquí el deber de esclarecimiento se confunde con el deber de auxilio, por lo menos en la concepción de permitir que el juez ejerza función de parte y/o abogado). En cuanto al *deber de auxilio*, también es descartable si es entendido en el sentido de reglas que disciplinan el ejercicio de las funciones efectivamente judicantes. Sin embargo, si es interpretado como mecanismo de autorización para que el juez ejerza función de parte y/o de abogado, allí sí tendremos institutos nuevos y autónomos, dotados de contenido, régimen y efectos propios, justificándose epistemológicamente. Implicará una ganancia política, pues redefinirá los poderes del juez en el proceso (lo cual es propio de una teoría política del poder, cuyo objeto es definir *quién* puede hacer). Será, sin embargo, de indiscutible inconstitucionalidad, ante la violación, como mínimo, de las garantías del contradictorio e imparcialidad, lo cual impone su reprobación dogmática y proscripción del foro.

4. Cierre

Es hora de parar. El lector, sin embargo, sabrá comprenderme: al final, nunca faltará algo que decir sobre este tema⁵⁹. Definitivamente, debemos hablar sobre la cooperación procesal⁶⁰. Para concluir, resumiré lo que considero más importante de lo

⁵⁹ Aún hay mucho que decir, como, por ejemplo: la exploración de las tesis de la cooperación de las partes con el juez y de la cooperación entre las partes; el modo cómo la cooperación se relaciona con las controversiales medidas que, aquí y allá, vienen siendo rechazadas con base en el art. 139, IV, CPC. Sobre este tema escribí dos textos: CAMPOS, ROCHA y SOUSA (2016); SOUSA (2017).

⁶⁰ Para homenajear el brillante texto sobre el instrumentalismo procesal, publicado por CARVALHO Filho (2017).

que escribí arriba. Son algunas de mis convicciones sobre el tema. Todas son falseables, pasibles de modificación y, en ese sentido, provisionales; pero, aun así, son convicciones. A continuación, avanzaré hacia algunas especulaciones de cierre (por ahora, claro).

Siendo muy directo, es lo siguiente: (i) el modelo cooperativo *no es* el modelo constitucional de proceso ni (ii) tampoco la defensa de una versión fuerte de contradictorio y de la fundamentación de las decisiones judiciales es una peculiaridad que la distingue del resto de epistemologías procesales.

Curiosamente, lo que me hace rechazar el modelo cooperativo como el adecuado para la CF es exactamente su desdén con la división equilibrada de tareas. Aunque este sea un ámbito declaradamente perseguido por la referida epistemología procesal, los ejemplos que ofrecí – todos extraídos de las obras de sus adeptos, vale destacar – revelan una distancia inmensa entre aquello que prometen y lo que efectivamente entregan. Quedó claro, al menos para mí, el modo como la célebre *tesis de la simetría del juez en el debate* transige parsimoniosamente con la intolerable figura del *juez-contradictor*, resultando en la violación de las garantías de la imparcialidad y del contradictorio, y culminando en el más profundo e incontrolable desequilibrio de tareas entre los sujetos procesales al otorgar un absoluto protagonismo al juez en la arena procesal (recuérdese del saltante ejemplo de la tutela provisoria)

Y aquí va algo que no dije antes. Del entrelazamiento entre las tesis del *juez-simétrico en el debate* y de la *división equilibrada de tareas*, resulta la constatación de la improcedencia de una premisa de la cual tanto se alaban los cooperativistas: la de que el eje metodológico de su epistemología procesal es ocupado por el proceso, no por la jurisdicción. Pienso que ello no es válido. Las tesis del *juez simétrico en el debate* y de la *división equilibrada de tareas* revelan que ella es dependiente y está fundamentalmente concentrada en las soluciones por medio de las cuales el *juez* puede con-

vertir al proceso en un ambiente más equilibrado. Inequívocamente, el foco de la cooperación procesal es el Estado-juez. Exactamente por girar en torno a la figura del magistrado es que la cooperación procesal no es más que una epistemología tributaria del publicismo procesal, pues su centro de gravedad es la jurisdicción, no el proceso.

De la misma manera, pienso que he demostrado que la cooperación procesal no puede reivindicar como una peculiaridad suya la dimensión fuerte del contradictorio y de la fundamentación, pues es un elemento presente también en el instrumentalismo “*uspiano*”, en el procesalismo democrático de la escuela *mineira*, entre otros. Definitivamente, no es la defensa de un contradictorio ni de una fundamentación sustancial lo que distingue a la cooperación procesal de las demás epistemologías procesales⁶¹.

En suma, rechazo la cooperación procesal, porque, de un lado, esta no innova (es conforme a la CF exigir las concepciones fuertes de contradictorio y de fundamentación, pero no es necesario ser cooperativista para ello), y, cuando innova, lo hace al margen de la CF (como se vio con el *deber de auxilio* y la *tesis del juez simétrico en el debate*, por ejemplo).

Como Tales de Mileto, quise divisar el mar y ver el mar. Busqué aguzar la vista en la cooperación y ver lo que es, y no lo que dicen que es. Y allí, pesando y midiendo, estoy convencido que parte de su repertorio teórico ejerce una *función mitológica de encubrimiento*. El mito, retornando a Rubens Casara: “emerge donde faltan palabras: sea porque no existe qué decir, sea porque

⁶¹ Es verdad que no avancé sobre el modelo procesal al cual me afilio, pero creo que ello no perjudicó ninguno de los puntos examinados. Traté de examinar el modelo cooperativo por dentro, testeando la robustez de sus propios pilares. Sea como fuere, al menos para el registro, resalto que el modelo de proceso al cual me afilio, por considerarlo adecuado a la CF, es el garantista, en la línea que viene siendo desarrollado, sobre todo, por Eduardo José da Fonseca Costa.

lo que existe, si fuese dicho, se revela insoportable”⁶². La cooperación no es un mito colocado para suplir un vacío de palabras. Hay mucho por decir sobre el modelo constitucional de proceso. Consciente o inconscientemente –eso poco importa–, la cooperación presenta sus neologismos que adjudican sentidos que la larga tradición arraigó en otros significantes para compensar aquello que, siendo propio, si fuese dicho, sería insoportable. Es en ese sentido que la considero un mito.

La paráfrasis suena más dramática de lo que quisiera, pero es conveniente. Al final, los presupuestos teóricos de la cooperación procesal se revelan sea como meros aderezos semánticos vacíos de contenido jurídico propio (= son conceptos que se montan en otros, cambiándoles de nombre), sea como portadores de contenido autónomo que, en vez de romper, encubren trazos de la tradición autoritaria que perjudica el proceso brasileño.

En ese sentido, Mateus Costa Pereira y Rosemiro Pereira Leal, entre otros, afirman –a mi juicio con razón– que los deberes de cooperación (en general, y el deber de auxilio, en particular, agregado), ocupan, en el modelo cooperativo, el mismo lugar de *legitimación simbólica* que los fines metajurídicos de la jurisdicción ocupan en el instrumentalismo procesal. Las consecuencias son las mismas: (i) mantenimiento, aunque negligente, de la jurisdicción en el centro de la teoría del proceso (= el proceso debe ser pensado a partir y en función de la jurisdicción⁶³); y, (ii) el conse-

⁶² CASARA (2015: 86).

⁶³ “El proceso es, por tanto, el método adoptado por el Estado, para formular y actuar la norma jurídica, en el caso en que los destinatarios no puedan o no quieran hacerlo. La actuación del derecho sustancial es la finalidad del proceso. Por cierto, proceso y jurisdicción tienen el mismo objetivo, lo cual es perfectamente natural, dado que el primero constituye el medio de actuación de la segunda. Siendo el proceso instrumento de la jurisdicción, debe ser comprendido en función de esta, o sea, como el instrumento de actuación de la ley en el caso concreto, como instrumento de garantía del ordenamiento jurídico, de la autoridad del Estado. Es mediante el proceso que el Estado prestigia el orden jurídico

vigente, imponiendo las normas de derecho material a las situaciones de la vida real” (BEDAQUE, 2013: 69-70). La crítica de Rosemiro Pereira Leal es lacerante. Tratando sobre la teoría del proceso como relación jurídica y sus mayores exponentes (Bülow, Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei y Liebman), anota con razón el maestro *mineiro*: “Se agravan las tentativas de clasificación del proceso y procedimiento en esta escuela de la relación jurídica (hoy instrumentalista), cuando, más allá de perderse en elucubraciones fenomenológicas y enigmáticas, los teóricos de esa escuela conectaron el proceso a la jurisdicción, en fines metajurídicos, definido el proceso como si fuese una cuerda al servicio de la actividad jurisdiccional en las manos del juez para jalar por el collar mágico de la justicia reudentora para todos los hombres, trayéndoles paz y felicidad. Dicen que el proceso es instrumento de la jurisdicción, sin observar que la jurisdicción hoy es función fundamental del Estado y este solo se legitima, en su actividad jurisdiccional, mediante el proceso. Es, por tanto, validador y regulador de la jurisdicción y no instrumento de ella” (2012: 84). Georges Abboud lanza indagaciones que abren de par en par la incompatibilidad de los presupuestos de la teoría instrumentalista con el Estado democrático de derecho: “Estas colocaciones traen consigo fragmentos ideológicos peligrosos, pues el Estado pasa a ser el único titular del poder, mientras que los sujetos solamente participan del proceso, una vez que no poseen el poder, no son más que objetos sobre los cuales este se ejerce. Aunque no sea ese el fin de la instrumentalidad, al final, esta presenta un plano de fondo teórico fértil para el florecimiento de activismos de todos los géneros. Así, frente a ese cuadro: ¿cómo situar la posición de los derechos fundamentales y de las garantías institucionales del ciudadano? ¿Cómo es posible imaginar al ciudadano procesando la figura del Estado si a este no le es otorgado ningún poder, sino solo el derecho de participación en el proceso? ¿De qué manera el Judicial podría ejercer su función contramayoritaria? En ese modelo de jurisdicción, ¿cómo el derecho fundamental puede ser vislumbrado como triunfo contra la mayoría?”. Seguidamente, demuestra cómo los postulados instrumentalistas disuelven el carácter contramayoritario de los derechos fundamentales y la cláusula constitucional de división de poderes: “El aspecto preocupante, por ello, es la afirmación genérica de que la jurisdicción debe preocuparse y atender el fin social, político y jurídico. ¿Cuál es el sentido en atribuir a la jurisdicción encargarse de los fines políticos y sociales? En realidad, para encargarse de un fin político, obligatoriamente, se debe abandonar una función contramayoritaria que es ínsita al Judicial. Obviamente no se puede ignorar que las decisiones judiciales causan reflejos en aspectos sociales y políticos. Sin embargo, esa afirmación no nos permite inferir que sería posible atribuir a la actividad jurisdiccional la concretización de fines políticos y sociales. Por cierto, según hemos tratado en el ítem referente al activismo, en regla, las decisiones activistas surgen en las hipótesis en que el magistrado, pauteado por su sentimiento de justicia y voluntad,

cuenta estímulo del protagonismo judicial, que lleva al juez a actuar sin límites sustanciales y asfixia la autonomía del derecho, reduciendo el aspecto procedimental de la democracia participativa a una mera racionalidad instrumental. La misma crítica que es realizada a los fines metajurídicos de la jurisdicción, hace décadas, por Aroldo Plínio Gonçalves (desde 1992), y, más recientemente, por autores como Dierle Nunes, Georges Abboud y Rafael Tomaz de Oliveira⁶⁴ y Leonard Ziesemer Schmitz⁶⁵, entre otros. Ellas me

pasa a pretender atender demandas sociales y políticas mediante la actividad jurisdiccional, sobrepasando, así, la esfera del proceso legislativo” (ABBOUD, 2014: 364-365).

⁶⁴ ABBOUD y OLIVEIRA (2008). En una lección sobre la instrumentalidad plenamente aplicable a la cooperación procesal, sintetiza Georges ABBOUD: “la instrumentalidad del proceso crea un verdadero fundamento para el activismo y para la discrecionalidad, principalmente en virtud de tres puntos: 1) la jurisdicción como categoría central de la teoría general del proceso concentra en la figura del juez toda la atención. Esa concentración de atenciones, paradójicamente, en vez de limitarlo en su actividad, amplía en demasía sus poderes, cayendo en un relativismo propio de la filosofía de la conciencia; 2) ese tipo de teoría separa radicalmente Estado e individuo y reitera una relación de sujeción de este para con aquel; 3) dado que hay riesgos democráticos para la configuración del proceso en los postulados de la instrumentalidad, dado que bajo el argumento de que la jurisdicción debe preocuparse con atender los fines políticos y sociales, se legitima cualquier tipo de resolución de carácter discrecional-activista-decisionista” (2014: 366).

⁶⁵ “El ejercicio del poder, por el juez, según la instrumentalidad, debe ser realizado de manera que ‘capte’ las opciones valorativas de la sociedad con la intención de efectivizar una idea ‘justa’ de derecho. ‘Las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico sustancial constituyen para el juez, en principio, el indicador del criterio de justicia por el cual determinada sociedad optó, en un determinado cuadrante de su historia; pero, si solo el juez estuviese atento a la ley, sin canales abiertos a las presiones axiológicas de la sociedad y sus mutaciones, él correrá el riesgo de alejarse de los criterios de justicia efectivamente vigentes’. En este punto, el gran riesgo asumido por la teoría de la instrumentalidad es que el juzgador/intérprete aún sea aquel sujeto individualista que, inclusive en la intención de respetar valores sociales, acaba atribuyendo como tales su propio sentido de justicia y de equidad. La jurisdicción asume funciones creativas, sin que haya sido desarrollada una teoría de la decisión judicial. Dinamarca

parecen íntegramente válidas si son proyectadas a los deberes de cooperación.

A semejanza de la escuela instrumentalista, la cooperación procesal (sobre todo por la fuerza del *deber de auxilio*) apuesta por una *visión mítica del juez* como sujeto portador de una extraordinaria sabiduría, clarividencia, inteligencia y magnanimidad. Ajeno al tiempo e invariablemente premunido de las más elevadas intenciones, el juez está siempre listo y dispuesto a asumir la función de un tutor que salva a los demás sujetos procesales de la propia inapetencia. Se contrapone a la naturaleza contingente, limitada y voluble de las partes, abogados y promotores *lato sensu* a la virtud plena y sin fragilidades del juez, que ejerce, así, una función redentora (es el propio juez-antena, tan querido por el instrumentalismo). El éxito del modelo depende de ese sujeto carismático, sublime, infalible e... inhumano. Mitológico, pues en una palabra: se retorna a la dependencia del juez que mantiene a

inclusive apunta la posibilidad de desviarse de lo que dice la ley para atender esa finalidad mayor de justicia. Véase el siguiente pasaje: 'Si el texto aparenta apuntar hacia una solución que no satisfaga a su sentimiento de justicia, esto significa que probablemente las palabras del texto fueron mal empleadas por el legislador o el propio texto, según la *mens legislatoris*, discrepa de los valores aceptados por la nación en el tiempo presente. En la medida en que el propio ordenamiento jurídico le ofrezca medios para una interpretación sistemática satisfactoria frente a su sentimiento de justicia, al alejarse de las apariencias verbales del texto y atender a los valores subyacentes a la ley, él estará haciendo cumplir el derecho'. De la lectura del pasaje saltan a los ojos algunas posturas rechazadas por este trabajo, como la referencia a 'su sentimiento de justicia', el llamado a la voluntad del legislador y, el más grave de todos, la idea de que, si el texto diverge de lo que el intérprete considera como algo justo, habría sido el legislador quien supo emplear las palabras adecuadamente en el dispositivo legal. El derecho, así, se amoldaría a aquello que el intérprete (solipsista) quiere que sea. Estas constataciones son peligrosas cuando nos insertamos en un Estado democrático de derecho, pues la voluntad (y la consecuente discrecionalidad) del juzgador pasaría a suplantar aquello que el Poder Legislativo produce normativamente. Existe un déficit democrático al cual fue prestada una legitimidad que no le corresponde" (2015: 186-187).

la jurisdicción en el centro de la teoría del proceso. Según Viviam Alves de Assis, que se remonta a Warat, es el típico *discurso ideológico* que puede ser percibido como una instancia fallida del lenguaje; o sea, una organización simbólica que se auto-representa como un fetiche, capaz de generar en los receptores de los discursos un huracán de expectativas fallidas como, por ejemplo, comportamientos infalibles, el éxito sin dificultades, el triunfo sin batallas ni conflictos⁶⁶. De ahí que no sorprenda la gran cantidad de adeptos que este discurso seductor se ha mostrado capaz de recoger.

¿Estaré yo creando mis propios mitos? Puede ser. Pero me lancé en la aventura de mirar el mar en búsqueda del mar. Creo haberlo conseguido. Pero las narrativas no cesan y en su búsqueda pueden apuntar a otros caminos. Quién sabe si, juntos, podemos navegar en búsqueda de la comprensión de lo que la cooperación, de hecho, es. Hasta ese momento, hasta que se demuestre la legitimidad constitucional de un juez que es, parafraseando a Franco Cipriani, en un solo tiempo, árbitro y entrenador⁶⁷, sigo con mis convicciones sobre el tema: la cooperación tiene cosas buenas y nuevas, pero las nuevas no son buenas, y las buenas no son nuevas.

¡Que tengamos un buen viaje!

⁶⁶ ASSIS (2017, p. 72).

⁶⁷ “No es esta la sede para detenerme, como merecería la importancia que Andrioli ha tenido en nuestra historia, sobre su concepción del proceso civil. Espero, sin embargo, se me permita recordar que él estaba convencido que, para ver funcionar el proceso civil, se necesitaría hacer de tal forma que el juez llegara preparado a la primera audiencia, de manera que pudiera dirigir lo mejor posible el proceso; y que con tal finalidad él consideraba que los abogados debían vaciar de inmediato el saco y que el juez no debiera limitarse a hacer de árbitro, a ‘pitar las faltas y a marcarlas en la tablilla de amonestaciones’, sino que debía sentirse ‘el entrenador del uno y del otro equipo’, corrigiendo los ‘errores tácticos’ de los dos equipos, a fin de obtener ‘la actuación de la voluntad concreta de la ley’” (CIPRIANI, 2003: 153).

Referencias

ABBOUD, Georges

2014 *Discricionariedade administrativa e judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ABBOUD, Georges y Guilherme LUNELLI

2015 “Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia”. *Revista de Processo*. Volumen 40, número 242, pp. 21-47.

ABBOUD, Georges y Rafael Tomaz OLIVEIRA

2008 “O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual”. *Revista de processo*. Número 166.

<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/REPRO-instrumentalidade-do-processo.pdf>

ASSIS, Viviam Alves de

2017 *A dimensão mítica do discurso de Kelsen. A Crítica de Luiz Alberto Warat*. Río de Janeiro: Lumen Juris.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos

2013 *Fundamentos Constitucionais do Princípio da Cooperação Processual*. Salvador de Bahía: Jus Podivm.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos

2013 *Poderes instrutórios do juiz*. Sétima edición. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CAMPOS, Bruno, Jorge Bheron ROCHA y Diego Crevelin de SOUSA

2016 “Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator shylokiano do art. 139, IV, CPC”. *Empório do direito*. Consulta: 28 de junio 2018.

<http://emporiiodireito.com.br/leitura/medidas-indutivas-inominadas-o-cuidado-com-o-fator-shylokiano-do-art-139-iv-cpc>

CAPPELETTI, Mauro

1974 “Ideologías en el derecho procesal” [1962]. En *Proceso, ideologías, sociedad*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomas Banzhaf. Buenos Aires: EJEA. .

CARVALHO Filho, Antonio

2017 “Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual” “. *Emporio do direito*. Consulta 28.06.18

<http://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho>

CASARA, Rubens R. R.

2015 *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva.

CIPRIANI, Franco

2003 “La contribución de los procesalistas a la legislación italiana (1946-1996)”. En *Batallas por la justicia civil. Ensayos*. Compilación y traducción de Eugenia Ariano. Lima: Cultural Cuzco.

COSTA, Adriano Soares da

2009 *Teoria da incidência jurídica. Crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho*, Segunda edición. São Paulo: Malheiros.

COSTA, Eduardo José da Fonseca

2013 “Uma espectroscopia ideológica do debate entre ativistas e garantistas”. En F. Didier Jr. Fredie, J. R. Nalini, G. G. Ramos y W. Levy (coordinadores). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador de Bahía: Jus Podivm, pp. 171-186.

2015 “Considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias”. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Número 90. Belo Horizonte: Fórum.

2016 “O processo como instituição de garantia”. *Consultor Jurídico*. 16 de noviembre. Consulta: 27 de junio 2018.

<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>.

2016a *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Tesis de doctorado. Pontificia Universidade Católica de São Paulo.

2017 “Ciência processual, ciência procedimental e ciência jurisdiccional”. *Empório do direito*. 22 de noviembre. Consulta: 27 de junio de 2018.

<http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-8-ciencia-processual-ciencia-procedimental-e-ciencia-jurisdiccional-por-eduardo-jose-da-fonseca-costa>

COSTA, Eduardo José da Fonseca y Diego Crevelin de SOUSA

2017 “Arts. 144 a 148”. En RIBEIRO, Sergio Luiz de Almeida, Roberto Pinheiro Campos GOUVEIA Filho, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso PANTALEÃO y Lúcio Grassi de GOUVEIA (Coordinadores). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Tomo I. São Paulo: Lualri, pp. 182-244.

DELFINO, Lúcio

2016 “Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina”. *Revista brasileira de direito processual*. Número 93, pp. 149-168.

DELFINO, Lúcio y Fernando ROSSI

2014 “Juiz contraditor?”. En FREIRE Alexandre, Lúcio DELFINO, Pedro Miranda de OLIVEIRA y Sérgio Luiz de Almeida RIBEIRO (Coordinadores). *Processo civil nas tradições brasileira e iberoamericana*. São Paulo: Conceito, pp. 279-292.

DELFINO, Lúcio y Diego Crevelin de SOUSA

2018 “Levando a imparcialidade a sério: o (mau) exemplo da Súmula n. 252 do Supremo Tribunal Federal (e do art. 971, parágrafo único, do Código de Processo Civil)”. *Revista brasileira de direito processual*. Número 101, pp. 46-69.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho

2015 *Processo constitucional e Estado democrático de direito*. Tercera edición. Belo Horizonte: Del Rey.

- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho y Diego Crevelin de SOUSA
2016 “Convite a um processualismo constitucional democrático”. *Empório do direito*. 9 de abril. Consulta: 28 de junio de 2018.
<http://emporiiododireito.com.br/leitura/convite-a-um-processualismo-constitucional-democratico-o-cpc-2015-e-o-dever-de-fundamentacao-das-decisoes-judiciais>
- DIDIER Jr., Fredie
2015 *Curso de direito processual civil*. Volumen primero. Décimo séptima edición. Salvador de Bahía: Jus Podivm.
2016 *Curso de Direito Processual Civil*. Volumen primero. Décimo octava edición. Salvador de Bahía: Jus Podivm.
2016a “Comentarios a los artículos 1 a 12”. En CABRAL Antonio do Passo y Ronaldo CRAMER. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Segunda edición. Río de Janeiro: Forense.
- DINAMARCO, Cândido
2001 “O princípio do contraditório e sua dupla destinação”. En *Fundamentos do processo civil moderno*. Cuarta edición. São Paulo: Malheiros, pp. 122-135.
2001a “O dever de motivar”. En *Fundamentos do processo civil moderno*. Cuarta edición. São Paulo: Malheiros.
2009 *Instituições de direito processual civil*. Volumen tercero. Sexta edición. São Paulo: Malheiros.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio
2015 *Função social da dogmática jurídica*. Segunda edición. São Paulo: Atlas.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio
2012 *Técnica processual e teoria do processo*. Segunda edición. Belo Horizonte: Del Rey.
- LEAL, André Cordeiro
2002 *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. São Paulo: Mandamentos.

LEAL, Rosemiro Pereira

2012 *Teoria geral do processo. Primeiros estudos*. Undécima edición. Río de Janeiro: Forense.

LOPES Jr., Aury

2015 *Direito processual penal*. Décimo segunda edición. São Paulo: Saraiva.

MARINONI, Luiz Guilherme y Sérgio Cruz ARENHART

2015 *Prova e convicção*. Tercera edición. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARINONI, Luiz Guilherme, Sérgio Cruz ARENHART y MITIDIERO, Daniel

2015 *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

2017 *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Tercera edición. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARTINS, Rui Cunha

2013 *O ponto cego do direito. The brazilian lessons*. Tercera edición. São Paulo: Atlas.

MITIDIERO, Daniel

2009 *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

2011 "Colaboração no processo civil como *prêt-a-porter*? Um convite ao diálogo para Lênio Streck". *Revista de Processo*. Volumen 194, pp. 55-68.

MOTTA, Francisco José Borges

2017 *Dworkin e a decisão jurídica*. Salvador de Bahía: Jus Podivm.

NERY Jr., Nelson

2010 *Princípios do processo na Constituição Federal*. Décima edición. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NUNES, Dierle

2008 *Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá.

2012 *Processo jurisdiccional brasileiro. Análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá.

2015 “A função contrafática do direito e o novo CPC”. *Revista do Advogado*. Volumen 35, número 126, pp. 53-57.

NUCCI, Guilherme de Souza

2005 *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ORWELL, George

2009 1984 [1949]. São Paulo: Companhia das Letras.

PEIXOTO, Ravi

2017 “A vedação à decisão surpresa e a crônica de uma morte anunciada”. *Revista brasileira de direito processual* (Belo Horizonte). Volumen 25, número 99, pp. 359-365.

RAATZ, Igor

2017 *Autonomia privada e processo civil. Negócios jurídicos processuais, Flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador de Bahía: Jus Podivm.

RAMOS, Glauco Gumerato

2010 “Repensando a prova de ofício”. *Revista de Processo*. Volumen 35, número 190, pp. 315-337.

2013 “Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual”. En DIDIER Jr. Fredie, José Renato NALINI, Glauco Gumerato RAMOS y Wilson LEVY. *Ativismo judicial e garantismo processual* Salvador de Bahía: Jus Podivm, pp. 255-271.

ROSSI, Júlio César

2016 “Tribunais superiores maculam o dever de fundamentar decisões». *Jota*. 24 de noviembre.

<https://jota.info/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/tribunais-superiores-maculam-o-dever-de-fundamentar-decisoes-24112016>.

SCHMITZ, Leonard Zieseemer

2015 *A fundamentação das decisões judiciais. A crise na construção de respostas corretas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SOUSA, Diego Crevelin de

2016 “Segurando o juiz-contraditor pela imparcialidade: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes”. *Revista brasileira de direito processual* (Belo Horizonte). Volumen 24, número 96, pp. 49-78.

2017 “Teremos um Ano Novo? Uma reflexão sobre e para a doutrina”. *Empório do derecho*. 9 de enero.

<http://emporiiododireito.com.br/leitura/teremos-um-ano-novo-uma-reflexao-sobre-e-para-a-doutrina>

STRECK, Lênio Luiz

2017 *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Casa do Direito.

STRECK, Lênio Luiz y MOTTA, Francisco José Borges

2012 “Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou ‘Colaboração no processo civil’ é um princípio?”. *Revista de processo*. Volumen. 37, número 213, pp. 13-34.

Revista de la Maestría en Derecho Procesal

ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal>

**Correo electrónico:
revista.derechoprocesal@pucp.pe**