

# El Proceso Civil en la Perspectiva de los Derechos Fundamentales\*

Carlos Alberto Alvaro De Oliveira\*\*

## RESUMEN:

“Garantismo y eficiencia deben ser puestos en relación de adecuada proporcionalidad, por medio de una delicada elección de los fines a alcanzar y de una atenta valoración de los intereses a tutelar. Y lo que interesa realmente es que en esa difícil obra de ponderación sean los problemas de la justicia solucionados en un plano concerniente al interés humano objeto de los procedimientos: un proceso así a medida del hombre, puesto realmente al servicio de aquellos que piden justicia”.

## PALABRAS CLAVE:

Garantismo - Eficiencia - Proporcionalidad - Tutela - Proceso Civil - Ponderación - Derechos Fundamentales

## SUMARIO:

EL PROCESO CIVIL EN LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

---

\* Traducción de Renzo I. Cavani Brain, debidamente autorizada por el autor.

\*\* Profesor titular de Derecho Procesal Civil de los cursos de graduación y posgraduación de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Río Grande do Sul (UFRGS). Doctor en Derecho por la Universidad de São Paulo (USP). Posdoctor por la Universidad *La Sapienza*, Roma, Italia.

1. La dimensión conquistada por el Derecho Constitucional en relación a todas las ramas del Derecho y en la propia hermenéutica jurídica (v. gr. «la interpretación conforme a la Constitución») se muestra particularmente intensa en lo que se refiere al proceso.

Ya en el siglo XVII se aprendió que el ejercicio de la jurisdicción constituye faceta importante del ejercicio del poder. De ahí la apropiación del *ordo iudiciarius* por el Príncipe, del que es ejemplo emblemático el llamado *Code Louis*<sup>1</sup>.

Actualmente, inclusive se puede decir desde el punto de vista interno que la conformación y la organización del proceso y del procedimiento no representan nada más que el ecuacionamiento de conflictos entre principios constitucionales en tensión, de conformidad con los factores culturales, sociales, políticos, económicos y las estrategias de poder en determinado espacio social y temporal<sup>2</sup>. Basta pensar en la permanente disputa entre los principios de efectividad y de seguridad jurídica.

Significativamente, al final del siglo XIX estaba presente en la doctrina brasileña la comprensión de la influencia de la norma constitucional en el proceso, especialmente como medio para la efectividad y seguridad de los derechos. Para João Mendes Júnior, el proceso, en la medida en que garantice los derechos individuales, extiende sus raíces en la ley constitucional. Cada acto del proceso «debe ser considerado medio no solo para llegar al fin próximo, que es el juzgamiento, sino al fin remoto, que es la seguridad constitucional de los derechos». Suprimir, así, formalidades procesales puede constituir «ofensa a la garantía constitucional de seguridad de los derechos y de la ejecución de las leyes federales»<sup>3</sup>.

En obra diversa, adelantando lecciones de otras épocas, el gran maestro intuyó la íntima conexidad entre el derecho procesal y

constitucional al consignar que «las leyes del proceso son el complemento necesario de las leyes constitucionales; las formalidades del proceso, las actualidades de las garantías constitucionales. Si el modo y la forma de la realización de esas garantías fuesen dejados al criterio de las partes o a la discreción de los jueces, la justicia, marchando sin guía, inclusive bajo el más prudente de los arbitrios, sería una ocasión constante de desconfianza y sorpresas»<sup>4</sup>. Se anticipan, de ese modo, con gran perspicacia, futuras elaboraciones de la doctrina europea del siglo XX.

Realmente, si el proceso, en su condición de auténtica herramienta de naturaleza pública indispensable para la realización de la justicia y de la pacificación social, no puede ser comprendido como mera técnica, sino como instrumento de realización de valores y especialmente de valores constitucionales<sup>5</sup>, se impone considerarlo como derecho constitucional aplicado<sup>6</sup>.

En los días actuales, crece en significado la importancia de esa concepción si pensamos en la íntima conexidad entre la jurisdicción y el instrumento procesal en la aplicación y protección de los derechos y garantías asegurados en la Constitución. Aquí no se trata más, sin lugar a duda, tan solo de conformar el proceso a las normas constitucionales, sino de emplearlas en el propio ejercicio de la función jurisdiccional, con reflejo directo en su contenido, en aquello que es decidido por el órgano judicial y en la manera como el proceso es conducido por él. Este último aspecto, resáltese, es descuidado por la doctrina. Todo eso es potencializado por dos fenómenos fundamentales de nuestra época: el apartamiento del modelo lógico propio del positivismo jurídico, con la adopción de lógicas más adherentes a la realidad jurídica –como, v. g., la tópica-retórica o la lógica-dialéctica–, y la consecuencia intensificación de los principios, sean ellos provenientes de texto legal o constitucional o no.

1 *Ordenance Civile du mois d'avril 1667*, denominada *Code Louis*. Nicola PICARDI, «Il Giudice e la Legge nel Code Louis». En: *Rivista di Diritto Processuale*, L, 1995, pp. 33-48, esp. pp. 35-36, resalta con razón que, con la institución del *Code Louis*, el rey-juez del constitucionalismo medieval pasaba a ser sustituido por el rey-legislador; el derecho se volvía reducido a la ley y la ley a la voluntad del soberano. En consecuencia, la *iurisdictio* terminaba por perder el carácter originario de poder soberano *tout court*, y, con su imagen de juzgar, era destinada a cubrir una esfera de poder diferente del poder de legislar, volviéndose el último la marca distintiva de la soberanía.

2 Todavía está por ser realizada, desde el punto de vista sociológico, una investigación que muestre cómo, en la actual sociedad informática y globalizada, la difusión de modelos culturales de forma instantánea por la televisión vía satélite, por la Internet, radio, películas, ensayos, artículos, revistas, libros, etc., pueda venir a aproximar mundos diferentes, e inclusive a homogeneizarlos, y cuándo eso se volverá posible.

3 MENDES Jr., João, «A Nova Fase da Doutrina e das Leis do Processo Brasileiro». En: *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1899, p. 120, apud MARQUES, José Frederico, *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, São Paulo, Saraiva, 1959, p. 23.

4 MENDES Jr., João, *O Processo Criminal Brasileiro*, 2a ed., vol. I, p. 8, apud MARQUES, José Frederico, *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. Ob. cit., pp. 21-22.

5 Cfr. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, *Do Formalismo no Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 73-76 y 83-84. Sobre el fenómeno cultural y su influencia en el proceso, el ensayo pionero entre nosotros de Galeno LACERDA, «Processo e Cultura». En: *Revista de Direito Processual Civil*, 3, 1962, pp. 74-86, *passim*.

6 Así, GAUL, Hans Friedhelm, *Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses*, *Archiv für die Civilistische Praxis*, 168, 1968, pp. 27-62, esp. p. 32. Idea semejante en Rudolf POLLAK, *Sistem des Österreichischen Zivilprozessrechtes*, 2a. ed., Wien, Manz, 1932, p. III, para quien el derecho procesal civil constituye, en muchos aspectos, una de las más importantes partes del derecho constitucional.

2. En el contexto antes delineado resalta la importancia de los derechos fundamentales<sup>7</sup>, dado que crean los presupuestos básicos para una vida en libertad y dignidad humana<sup>8</sup>. Se cuida, por tanto, de los derechos inherentes a la propia noción de derechos básicos de la persona, que constituyen la base jurídica de la vida humana en su nivel actual de dignidad. Claro que no se trata solamente de los derechos estatuidos por el legislador constituyente, sino también de los derechos resultantes de la concepción de Constitución dominante, de la idea de Derecho, del sentimiento jurídico colectivo<sup>9</sup>.

La importancia de los derechos fundamentales proviene también de otra circunstancia. Además de ser tautológicamente fundamentales, la evolución de la humanidad pasó a exigir una nueva concepción de efectividad de estos derechos. Del sentido puramente abstracto y metafísico de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se evolucionó hacia una nueva universalidad de los derechos fundamentales a fin de colocarlos en un grado más alto de juridicidad, concreción, positividad y eficacia<sup>10</sup>.

Esa nueva universalidad busca subjetivar de forma concreta y positiva los derechos de triple generación en la titularidad de un individuo que, antes de ser el hombre de este o de aquel país, de una sociedad desarrollada o subdesarrollada, es, por su condición de persona, un ente calificado por su pertenencia al género humano, objeto de aquella universalidad<sup>11</sup>.

Recuérdese que los derechos de primera generación son los derechos de libertad, a saber, los derechos civiles y políticos asegurados en el plano constitucional. Los de la segunda generación se refieren a los derechos sociales, culturales y económicos, así como a los derechos colectivos. La tercera generación comprende los

derechos de la fraternidad, sobrepasando los límites de los derechos individuales e inclusive los colectivos: el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho al medio ambiente, el derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad y el derecho de comunicación<sup>12</sup>.

3. En el sistema jurídico brasileño, esas ponderaciones ostentan enorme alcance práctico, porque la Constitución de 1988 positivó de forma expresa los derechos fundamentales de primera, segunda y tercera generación.

Además de ello, el § 1 del artículo 5 de la Constitución brasileña estatuye de modo expreso que «las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata».

Esta última disposición constitucional se reviste de gran significado. Por un lado, principalmente en materia procesal, los preceptos consagrados de los derechos fundamentales no dependen de la edición de leyes concretizadoras. Por otro, en la Constitución brasileña, los derechos fundamentales de carácter procesal o informadores del proceso no tuvieron su eficacia plena condicionada a la regulación por ley infraconstitucional.

Además de ello, no se discute más en la doctrina del derecho constitucional el papel de los derechos fundamentales y de las normas de principio – inclusive de aquellas consideradas meramente programáticas– como directivas materiales permanentes, vinculando positivamente a todos los órganos concretizadores, inclusive aquellos encargados de la jurisdicción, debiendo estos tomarlas en consideración en cualquiera de los momentos de la actividad concretizadora<sup>13</sup>. Por cierto, la más importante fuente jurídica de las normas de principio son precisamente los derechos fundamentales.

7 Es grande la incerteza terminológica al respecto. Se habla de derechos naturales, derechos humanos, derechos del hombre, derechos individuales, derechos públicos subjetivos, libertades fundamentales, libertades públicas, derechos fundamentales del hombre (SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional*, p. 157). Doy preferencia a la expresión «derechos fundamentales» no solo porque ya está incorporada a la tradición, sino también porque expresa razonablemente la concepción adoptada en el texto.

8 Así, Konrad HESSE, *apud* Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 7a. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 514. También según Hesse, los derechos fundamentales, más restringidamente, son aquellos calificados como tales por el derecho vigente. Según José Afonso da SILVA, *Curso*. Ob. cit., p. 159, los derechos fundamentales establecen los principios consustanciadores de la concepción del mundo y de la ideología política de cada ordenamiento jurídico, designando las prerrogativas e instituciones con que el derecho positivo concretiza las garantías de una convivencia digna, libre e igualitaria de todas las personas.

9 Cfr. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, *Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra ed., 1988, pp. 8-10.

10 La búsqueda de efectividad de los derechos fundamentales, señala bien Serge GUINCHARD, *Droit processuel — Droit commun du procès*, en colaboración con Monique Bandrac, Xavier Lagarde e Mélina Douchy, Paris, Dalloz, 2001, pp. 53-54, es el fenómeno más marcante del final del siglo XX. El menciona la célebre decisión Airey vs. Irlanda, del 07.10.1979, en que la Corte Europea de los Derechos del Hombre manifestó su clara preocupación con la exigencia «de proteger no más de forma teórica o ilusoria, sino de forma concreta y efectiva», los derechos fundamentales.

11 Cfr. la línea de desarrollo trazada con mano maestra por Paulo BONAVIDES, *Curso*. Ob. cit., pp. 526-527, también con mención a diversos otros documentos relativos a derechos humanos producidos en el siglo XX.

12 Se sigue aquí la síntesis realizada por Paulo BONAVIDES, *Curso*. Ob. cit., pp. 516-524. El gran constitucionalista también menciona la cuarta generación de los derechos fundamentales: el derecho a la democracia, el derecho a la información y el derecho al pluralismo, derechos esos de la mayor importancia, como se ve, pero que escapan a los límites estrechos de este estudio (ob. cit., pp. 524-526).

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 1987, p. 132.

Como se ve, cada vez más nos distanciamos de la concepción tradicional, que veía los derechos fundamentales como simples garantías, como mero derecho de defensa del ciudadano frente al Estado y no, como los comprende la más reciente doctrina, como derechos constitutivos institucionales, con amplia y fuerte potencialización.

La cuestión se revela particularmente sensible por cuanto de esa forma se atribuye al órgano judicial, en el plano jurídico-subjetivo, el poder de ejercer positivamente los derechos fundamentales (libertad positiva) y de exigir omisiones de los poderes públicos, a modo de evitar agresiones lesivas por parte de estos (libertad negativa)<sup>14</sup>.

Por eso mismo, en dicha normatividad de carácter esencialmente principal se encuentra contenida un auténtico otorgamiento de competencia para la libre investigación jurisdiccional del derecho. La particularidad aquí, en relación a otros tipos de reglas jurídicas, es que la competencia para el descubrimiento del derecho en el caso concreto se vincula con los principios de manera amplia e indeterminada<sup>15</sup>. La constatación se muestra verdaderamente relevante, en la medida que, siendo facultado expresamente en la Constitución el ejercicio de un derecho producido por los jueces, se legitima la actividad del Poder Judicial frente a la sociedad como un todo, inclusive frente a la resistencia de intereses contrarios.

4. Antes de analizar en especie los derechos fundamentales que más de cerca se refieren al proceso –para después procurar extraer algunas consecuencias prácticas de las premisas hasta ahora establecidas–, importa tener presentes también tres aspectos esenciales implicados en su concepción, enumerados enseguida:

a) La ya mencionada normativa del derecho fundamental, norte no solo de la regulación legislativa del proceso, sino también del reglamento de la conducta de las partes y del órgano judicial en el proceso concreto, y también en la determinación del propio contenido de la decisión.

- b) La supremacía del derecho fundamental: «no son los derechos fundamentales que se mueven en el ámbito de la ley, sino la ley que debe moverse en el ámbito de los derechos fundamentales»<sup>16</sup>.
- c) El carácter principiológico del derecho fundamental, a iluminar las reglas ya existentes, permitiendo al mismo tiempo la formulación de otras reglas específicas para solucionar cuestiones procesales concretas.

Bajo el último ángulo visual, el derecho fundamental se presenta como norma abierta, al establecer pura y simplemente un programa y afirmar cierta dirección finalística para la indispensable concretización jurisdiccional, en oposición, así, aquellas normas que contienen una orden positiva o negativa, capaces de ser aprehendidas por el juez de forma más o menos directa<sup>17</sup>.

5. De pasaje, es interesante observar que aunque la posición entre reglas y principios sea cada vez más tenue, en la medida que toda interpretación de texto, según la moderna hermeneútica, exige en mayor o menor medida un «hacer productivo», no se muestra correcto afirmar que toda regla jurídica, a su vez, contiene en determinados límites una norma de principio<sup>18</sup>, lo que de cierta forma eliminaría la diferencia cualitativa entre ambas categorías, preconizada por Esser.

La aplicación concreta del derecho fundamental, de cualquier modo, no se distancia radicalmente del proceso de aplicación del derecho en general. Este, como intenté demostrar en otra oportunidad<sup>19</sup>, se presenta necesariamente como obra de acomodación de lo general al concreto, al requerir un incesante trabajo de adaptación y hasta de creación, porque el legislador no es omnipotente en la previsión de todas e innumerables posibilidades ofrecidas por la inagotable riqueza de la vida.

Así, el rigor del formalismo resulta temperado por las necesidades de la vida, agudizándose el conflicto entre el aspecto unívoco de las características externas y la racionalización

14 *Ibidem*, p. 448.

15 Así, MEIER, Issak, «Auflösung des geschriebenen Rechts durch allgemeine Prinzipiennormen». En: *Prinzipiennormen und Verfahrensmaximem*, en colaboración con Rudolf Ottomann, Zürich, Schulthess Verlag, 1993, pp. 56-58. En la misma línea, observa José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 256, que, a falta de ley que concrete determinado derecho fundamental, «el principio de aplicabilidad directa vale como indicador de ejecutabilidad inmediata de las normas constitucionales, presumiéndose su perfección, esto es, su autosuficiencia basada en el carácter líquido y cierto de su contenido de sentido. Van, pues, aquí incluidos el deber de los jueces y de los demás operadores jurídicos de aplicar los preceptos constitucionales y la autorización para que con ese fin los concreten por vía interpretativa».

16 Cfr. la expresiva formulación de Jorge MIRANDA, *Manual*. Ob. cit., n. 60-I, pp. 282-283.

17 Cfr. MEIER Issak. Ob. cit., p. 14. Según Joseph ESSER, *Principios y Pensamientos Jurídicos Generales y Formas que Adoptan en el Derecho Privado*, trad. de Eduardo Valentí Fiol, Barcelona, Bosch, 1961, pp. 63-70, las reglas contienen órdenes directas; los principios, solamente criterios para la justificación de una orden.

18 Como sugiere Issak MEIER. Ob. cit., pp. 53-54.

19 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, *Do Formalismo no Processo Civil*. Ob. cit., pp. 190-191.

material, que debe llevar a cabo el órgano judicial, entremezclada de imperativos éticos, reglas utilitarias y de conveniencia o postulados políticos, que rompen con la abstracción y la generalidad. El juez, a su vez, no es una máquina silogística, ni el proceso, como fenómeno cultural, se presta a soluciones de matemática exactitud. Ello vale —es bueno resaltar— no solo para el ecuacionamiento de las cuestiones fácticas y de derecho, sino también para la conducción del proceso y notoriamente en la recolección y valoración del material fáctico de interés para la decisión.

Inclusive una regla jurídica clara y aparentemente unívoca puede ser transformada en cierta medida, de acuerdo con las peculiaridades del caso concreto, por valoraciones e ideas del propio juez.

Ya Aristóteles había constatado el fenómeno, cuando trató en su *Ética a Nicómano*, momento clásico en la historia de la *epieikeia*, de las relaciones entre legalidad y equidad. Para el estagirita, «lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y hay casos en los cuales no es posible tratar las cosas con exactitud de un modo universal. En aquellos casos, pues, en los cuales es necesario hablar de un modo universal, sin ser posible hacerlo exactamente, la ley acepta lo más corriente, sin ignorar que hay algún error». La equidad se prestaría, así, para eliminar la distancia entre la abstracción de la norma y la concreción del caso juzgado: «tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta»<sup>20</sup>.

Se cuida, sin lugar a dudas, de aplicar la ley con equidad, actividad connatural al propio acto de juzgar, y no de sustituirla por la equidad. Y en esa aplicación de la regla o del principio, del derecho *tout court*, el sistema funciona como lengua, esto es, como sistema de reglas de uso de las palabras del lenguaje jurídico en la cual se nombran los hechos a ser apreciados y valorados. En verdad, los significados expresos en la lengua jurídica, empleada en la aplicación operativa del derecho, son tan ambiguos y opinables como las reglas de uso de la lengua jurídica dictada por las normas<sup>21</sup>. De ahí la permanente necesidad de contextualizarlos, por la inserción en el contorno

específico fáctico de las causas, para extraerse la decisión justa adecuada del caso concreto, especialmente con la ayuda de los principios.

6. En lo concerniente a los derechos fundamentales y a los principios, la concretización se realiza exclusivamente por el juez en el caso traído a su conocimiento. Vale decir que su contenido solo puede ser determinado frente a hechos específicos, considerándose también que para esa aplicación son establecidos pocos límites, a no ser la coherencia con los fundamentos constitucionales, el sistema jurídico y el lenguaje interno del derecho. En contrapartida, el contenido de la regla está previsto en la propia regla, con mayor o menor precisión.

Dicho eso, pueden ser establecidas algunas líneas de aplicación de las normas infraconstitucionales en la perspectiva de los derechos fundamentales.

Así, en primer lugar, la interpretación debe ser conforme a la Constitución, encarada esta de forma global, con ponderación de valores entre los derechos fundamentales adecuados y el bien protegido por la ley restrictiva. Vale decir: el aplicador de la norma debe inclinarse por la interpretación que conduzca a la constitucionalidad de la norma, aunque por otra vía pudiese considerarla inconstitucional<sup>22</sup>.

A veces, se muestra necesaria hasta la corrección de la ley por el órgano judicial, con vista a la salvaguarda del predominio del valor del derecho fundamental en la especie del juzgamiento. Ya no se cuida, entonces, de una mera interpretación «conforme a la Constitución», sino de corrección de la propia ley, orientada por las normas constitucionales y por la primacía de valor de determinados bienes jurídicos de ella deducidos, mediante *interpretación más favorable a los derechos fundamentales*. Esto significa que, habiendo duda, debe prevalecer la interpretación que, conforme al caso, restrinja menos el derecho fundamental, le dé mayor protección, amplíe más su ámbito, lo satisfaga en mayor grado<sup>23</sup>.

Otro aspecto a ser subrayado, con repercusión inmediata en la vida de las personas, es la determinación del alcance de los derechos

20 ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, trad. esp. de J. Palli Bonet, Madrid, Gredos, 1985, V, 10, 1137b, p. 263.

21 Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón — Teoría del Garantismo Penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibañez et al., prólogo de Norberto Bobbio, Madrid, Trotta, 1995, p. 56. También la correlación entre la lengua y el lenguaje interno del sistema es esencial para la teoría hermenéutica preconizada por Tercio Sampaio FERRAZ, *Introdução ao Estudo do Direito — Técnica, Decisão, Dominação*, São Paulo, Atlas, 1989, pp. 231-281, asentada en el tenor de la traducción.

22 Al respecto, por todos, Paulo BONAVIDES, *Curso*. Ob. cit., pp. 473-480. Con una visión sistemática de la doctrina alemana y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, Gilmar Ferreira MENDES, *Jurisdição Constitucional — O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*, 3a. ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 231-237.

23 CANOTILHO, José Joaquim Gomes y MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra ed., 1991, n. 4.9, p. 143. Como bien resalta Marcelo Lima GUERRA, *Execução Indireta*, São Paulo, RT, 1998, p. 53, se trata de «adecuar los resultados prácticos o concretos de la decisión al máximo nivel posible a lo que determinan los derechos fundamentales en juego».

fundamentales y de los principios que colindan entre sí en el caso bajo juzgamiento, de la ponderación de los valores y de la determinación de lo que deba prevalecer para la justicia del caso, según el llamado principio de proporcionalidad, regla hoy inapartable de la hermenéutica<sup>24</sup>. A propósito, además de entrar en conflicto, los principios también pueden complementarse o delimitarse entre sí<sup>25</sup>.

En la conocida visión de Alexy, la optimización por medio de los principios se da en consonancia con las posibilidades normativas y fácticas. Normativas, porque la aplicación de los principios depende de los principios y reglas que a ellos se contraponen o los complementan. Fácticas, porque el contenido de los principios, para que se transforme en norma concreta, solo puede ser determinado por la concretitud fáctica del caso<sup>26</sup>.

7. Del punto de vista del derecho procesal, se impone subrayar que los derechos fundamentales, para poder desempeñar su función en la realidad social, precisan no solo de normatización intrínsecamente densificadora, sino también de formas de organización y reglamentación procedimentales apropiadas. De ahí la necesidad de estar asegurado constitucionalmente por normas, principales o no, garantizándose al mismo tiempo su ejercicio y restauración, en caso de violación, por medio de órganos imparciales con efectividad eficaz<sup>27</sup>. Aunque esa dimensión procedimental no siempre se refiera al proceso judicial, también lo abarca al evidenciar una interdependencia relacional entre derechos fundamentales y proceso.

Una faceta importante a resaltar es que la participación en el proceso para la formación de la decisión constituye, de forma inmediata, una posición subjetiva inherente a los derechos

fundamentales, por tanto es ella misma el ejercicio de un derecho fundamental<sup>28</sup>. Dicha participación, además de constituir ejercicio de un derecho fundamental, no se reviste solamente de carácter formal, sino debe ser calificada sustancialmente.

Ello me lleva a extraer del propio derecho fundamental de participación la base constitucional para el principio de colaboración, en la medida en que tanto las partes como el órgano judicial, como igualmente todos aquellos que participan del proceso (servidores, peritos, asistentes técnicos, testigos, etc.), deben intervenir en él desde su instauración hasta el último acto, actuando e interactuando entre sí con buena fe y lealtad.

Para el Tribunal Constitucional español, el deber judicial de promover y colaborar en la realización de la efectividad de la tutela jurisdiccional no es de carácter moral, sino un deber jurídico constitucional, pues los jueces y tribunales tienen la «(...) obligación de protección eficaz del derecho fundamental (...)». El cumplimiento de ese mandato constitucional de proteger el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a que tienen derecho todas las personas, ha de ser para los jueces y tribunales el norte de su actividad jurisdiccional. Por eso, el Tribunal Constitucional habla de la necesaria colaboración de los órganos judiciales con las partes en la materialización de la tutela también en el deber específico de garantizar la tutela, deber que impide a los órganos jurisdiccionales de adoptar una actitud pasiva en esta materia<sup>29</sup>.

Por otro lado, la dependencia creciente de previsión y de distribución estatal y, por consecuencia, el peligro creciente de colisión entre los derechos de libertad y las posiciones de derecho fundamental, que estos ocupan en el mundo actual, acaba por ejercer influencia

24 Humberto Bergmann ÁVILA, «Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade». En: *Revista de Direito Administrativo*, 215 (ene./mar.1999), pp. 151-179, esp. p. 170, demuestra de manera adecuada tratarse, en realidad, de un postulado normativo-aplicativo, pues impone una condición formal estructural de conocimiento concreto (aplicación) de otras normas, condición esa de carácter normativo, instituida por el propio derecho para su debida aplicación, en la búsqueda de la realización integral de los bienes jurídicamente resguardados. De ahí la definición del deber de proporcionalidad como «un postulado normativo aplicativo provenientes de la estructura principal de las normas y de la atributividad del Derecho, y dependiente del conflicto de bienes jurídico-materiales y del poder estructurador de la relación medio-fin, cuya función es establecer una medida entre bienes jurídicos concretamente correlacionados» (p. 175).

25 Resalta acertadamente Karl LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José Lamego, 3a. ed., Lisboa, Gulbenkian, 1997, p. 483, que los derechos fundamentales y principios no están unos a la par de otros, sin conexión, sino que se relacionan unos con otros de acuerdo con el sentido y, por ello, pueden tanto complementarse como delimitarse entre sí.

26 *Apud* Humberto Bergmann ÁVILA. Ob. cit., p. 159.

27 Por eso, afirma Konrad HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. de la 20a. ed. alemana por Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Fabris, 1998, n. 359, p. 288, que los derechos fundamentales requieren, en mayor o menor proporción, regulación de la organización y del procedimiento, y al mismo tiempo influyen sobre el derecho de organización y procedimiento, lo que contribuye para su propia realización y aseguramiento.

28 Así, J. J. Gomes CANOTILHO, «Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização». En: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1990, pp. 151-163, esp. p. 155, con amparo en la sugerencia del *status activus processualis*, formulada por P. Häberle.

29 Cfr. Francisco CHAMORRO BERNAL, *La Tutela Judicial Efectiva (Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución)*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 329, con mención a diversos precedentes (ob. cit., pp. 329-330 y notas 72 a 77).

decisiva en el papel destinado al derecho procesal. Y ello porque los derechos fundamentales exhiben acentuada fuerza de irradiación sobre el derecho legislado, a acentuar aún más el papel de los tribunales en el «descubrimiento» del derecho aplicable al caso concreto.

A la luz de esas consideraciones, la participación en el proceso y por el proceso no puede ser visualizada solamente como instrumento funcional de democratización o realizadora del derecho material y procesal, sino como dimensión intrínsecamente complementada e integradora de esas mismas esferas. El propio proceso pasa, así, a ser medio de formación del derecho, sea material, sea procesal. Todo eso se potencializa cuando se observa que el proceso debe servir para la producción de decisiones conforme a ley, correctas a ese ángulo visual, pero, además de eso, dentro del marco de esa corrección, se presta esencialmente para la producción de decisiones justas<sup>30</sup>.

**8.** Como fuente específica de normas jurídicas procesales deben ser considerados especialmente dos grupos de derechos fundamentales, pertinentes a los valores de efectividad y de seguridad jurídica<sup>31</sup>, valores instrumentales en relación al fin último del proceso, que es la realización de la justicia en el caso concreto.

En el primer grupo despunta fundamentalmente la garantía de acceso a la jurisdicción (artículo 5, inciso XXXV, de la Constitución de la República).

Es claro que no basta apenas abrir la puerta de entrada del Poder Judicial, sino prestar jurisdicción, tanto como sea posible, eficiente, efectiva y justa, mediante un proceso sin dilaciones o formalismo excesivos.

Precisamente la perspectiva constitucional del proceso vino a contribuir para apartar el proceso del plano de las construcciones y meramente técnicas e insertarlo en la realidad política y social. Ello se muestra particularmente adecuado en lo que se refiere al formalismo excesivo, pues su

solución exige el examen del conflicto dialéctico entre dos exigencias contrapuestas, pero igualmente dignas de protección, aseguradas constitucionalmente: de un lado, la aspiración de un rito premunido de un sistema posiblemente amplio y articulado de garantías «formales» y, de otro, el deseo de disponer de un mecanismo procesal eficiente y funcional.

En esa línea de entendimiento, la Corte Europea de Derechos del Hombre en varios pronunciamientos viene proclamando que la Convención Europea de los Derechos del Hombre ostenta por finalidad de proteger derechos no más «teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos»<sup>32</sup>.

Para la Corte la efectividad supone, además de eso, que el acceso a la justicia no sea obstaculizado por la complejidad ni el costo del procedimiento. Ello implica que las limitaciones, siempre dejadas al margen de apreciación de los Estados nacionales, no pueden en ningún caso restringir el acceso asegurado al litigante, de manera tal que su derecho a un tribunal sea alcanzado en su propia sustancia, debiendo ser observada «una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado». También según el Tribunal, el litigante no debe ser impedido «de emplear un recurso existente y disponible», prohibiéndose toda «traba desproporcional a su derecho de acceso al tribunal»<sup>33</sup>.

De la misma forma acentuó el Tribunal Constitucional español que «(...) las normas que contienen los requisitos formales deben ser aplicadas teniéndose siempre presente el fin pretendido al establecerse dichos requisitos, evitando cualquier exceso formalista que los convertiría en meros obstáculos procesales y en fuente de incerteza e imprevisibilidad para la suerte de las pretensiones en juego»<sup>34</sup>.

También el factor tiempo vino a ganar papel de destaque en ese cuadro, más aún con la masificación de las demandas llevadas al Judicial y el consecuente cambio de perfil de los usuarios del sistema, a exigir una solución más o menos urgente del litigio. De ahí la intensificación de la

30 Así, Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 472, mostrando entendimiento en ese sentido del Tribunal Constitucional Federal alemán. Sobre el punto, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, *Do Formalismo*. Ob. cit., pp. 65-66. Es de observar que uno de los valores supremos del orden constitucional brasileño es la justicia, como es resaltado en el Preámbulo de la Constitución de 1988.

31 Aspecto subrayado con gran acuciosidad por Teori Albino ZAVASCKI, *Antecipação de Tutela*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 64-65.

32 Decisiones del 24.07.1968, en el caso «lingüístico belga», serie A, nº 6, p. 31, §§ 3 *in fine* y 4; Golder vs. Reino Unido, de 25.2.1975, serie A, nº 18, p. 18, § 35 *in fine*; Luedicke, Belkacem y Koç, del 28.11.1978, série A, nº 29, p. 17-18, § 41; Marckx, del 13.06.1979, serie A, n. 31, p. 15, § 31, *apud* Bertrand FRAVREAU, «Aux sources du procès équitable une certaine idée de la qualité de la Justice». En: *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 11 y nota 3.

33 Decisiones *Levages Prestations Services vs. Francia*, del 23.10.1996, *Recueil*, 1996-V, p. 1543, § 40, *Brualla Gómez de la Torre vs. Agne*, del 19.12.1997, § 33, *García Manibardo vs. España*, del 15.02.2000, *apud*, *apud* Bertrand FRAVREAU. Ob. cit., p. 11 y nota 8.

34 Sentencia 57, del 08.05.1984, en la línea de otros precedentes, como resalta Francisco CHAMORRO BERNAL, *La Tutela*. Ob. cit., p. 315. Más adelante (ob. cit., p. 317) refiere que el mismo tribunal entendió que hubo exceso de formalismo en la inadmisión de recurso por faltar 360 pesetas en un preparo de 327.846.

tutela cautelar y anticipatoria, en una palabra, de la llamada jurisdicción de urgencia, cuyo sustrato constitucional se muestra innegable. También proviene de ese imperativo la necesidad de establecerse mecanismos de una duración razonable del proceso y, más que eso, de la efectiva satisfacción del derecho reconocido judicialmente, sin mayores dilaciones<sup>35</sup>.

Por otro lado, la propia noción de Estado Democrático de Derecho, erigida la principio fundamental de la Constitución brasileña (artículo 1, *caput*), constituye sustrato capital para la seguridad jurídica, en la medida en que salvaguarda la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales, garantizando al ciudadano contra el arbitrio estatal, asegurando al mismo tiempo elementos fundantes imprescindibles a cualquier sociedad realmente democrática, como el principio democrático, el de la justicia, igualdad, división de poderes y legalidad<sup>36</sup>.


Además de ello, el desarrollo, que se puede juzgar excesivo, de la penalización de la vida social y política exige que las reglas jurídicas sean formuladas de manera simple, clara, accesible y previsible: de ahí la noción de Estado de Derecho y el principio de la seguridad jurídica, productos de desenvolvimientos sociales cada vez más complejos y de evoluciones cada vez más inciertas<sup>37</sup>.

En dicho contexto, gana lugar de destaque el debido proceso legal<sup>38</sup> (artículo 5, inciso LIV, de la Constitución de la República), principio que

exige como corolarios la prohibición de juicios de excepción y el principio del juez natural (artículo 5, incisos XXXVII y LIII), la igualdad (artículo 5, *caput*), ahí comprendida la paridad de armas<sup>39</sup>, el contradictorio y la amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes (artículo 5, inciso LV), consideradas inadmisibles las pruebas obtenidas por medios ilícitos (artículo 5, inciso LVI), debiendo el litigio ser solucionado por medio de decisión fundamentada (artículo 94, inciso IX).

9. A la vista de lo expuesto, se puede concluir que garantismo y eficiencia deben ser puestos en relación de adecuada proporcionalidad, por medio de una delicada elección de los fines a alcanzar y de una atenta valoración de los intereses a tutelar. Y lo que interesa realmente es que en esa difícil obra de ponderación sean los problemas de la justicia solucionados en un plano concerniente al interés humano objeto de los procedimientos: un proceso así a medida del hombre, puesto realmente al servicio de aquellos que piden justicia<sup>40</sup>.

En suma, con la ponderación de esos dos valores fundamentales –efectividad y seguridad jurídica– se visa idealmente a alcanzar un proceso tendencialmente justo.

Se observa, finalmente, a la vista del carácter esencialmente principiológico de los derechos fundamentales, que solo se puede determinar lo que se entiende por proceso justo teniéndose en cuenta las circunstancias peculiares del caso. 

35 Es oportuna la recomendación de José Rogério Cruz e TUCCI, *Tempo e processo*, São Paulo, RT, 1997, p. 146, *passim*, en cuanto a la necesidad de ser adoptados mecanismos endoprocesales de represión de la chicana, de aceleración del proceso y de control (jurisdiccional) externo de la lentitud.

36 Sobre el punto, José Afonso da SILVA, *Curso*. Ob. cit., pp. 103-108, y J. J. Gomes CANOTILHO y Vital MOREIRA, *Fundamentos*. Ob. cit., pp. 82-85. Walther J. HABSCHEID, *Droit Judiciaire Privé Suisse*, Genève, Librairie de L'Université, 1981, § 50, I, p. 306, tratando sobre la autoridad de cosa juzgada, menciona que el Tribunal Constitucional Federal alemán (*BverfGE* 15, 319) subrayó que el Estado de Derecho tiene como tarea preservar la seguridad del derecho.

37 Cfr. Bertrand MATHIEU y Michel VERPEAUX, *Contentieux Constitutionnel des Droits Fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p. 703, que resaltan el empleo sustancial de esos conceptos tanto por el juez constitucional francés como por el juez ordinario.

38 Cezar Saldanha de Souza Júnior, en sus clases en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal do Rio Grande do Sul, ha criticado esa forma de expresar la cláusula del *due process of law*, con el argumento de que *law* también es Derecho, proponiendo que sea adoptada la fórmula «debido proceso de Derecho». La sugerencia ciertamente es adecuada en función del principio; sin embargo, más allá de que la expresión esté consagrada por el uso, no me parece que esté equivocada la traducción, en vista de que, en su primer empleo en el Estatuto del Rey Eduardo III (1354), como informa Kenneth PENNINGTON, *The Prince and the Law, 1200-1600 (Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition)*, Berkeley, University of California Press, 1993, p. 145, nota 95, se hacía referencia expresa a la ley: «saunz estre mesne en respons par due proces de lei».

39 Para la Corte Europea de los Derechos del Hombre, «conforme el principio de la igualdad de armas –uno de los elementos de la noción más amplia de proceso equitativo–, debe ser ofrecida a cada una de las partes la posibilidad razonable de presentar su causa en condiciones tales que no la coloquen en situación de desventaja en relación a la otra». Así, v. g., decisiones *Dombo Beheer B.V vs. Países Bajos*, del 27.10.1993, serie A, n. 274, § 33, *Bulut v. Austria*, del 22.02.1996, *Recueil* 1996, II, § 47, *Foucher vs. Francia*, del 17.03.1997, § 34, *Kuopila vs. Finlandia*, del 27.04.2000, *apud*. Silvio MARCUS-HELMONS, «Quelques aspects de la notion d'égalité des armes (Un aperçu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme)». En: *Le procès équitable*. Ob. cit., p. 68.

40 Detecta el problema, lo inserta en la perspectiva constitucional y lo resuelve en los términos enunciados en el texto, Nicolò TROCKER, *Processo Civile e Costituzione — Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 734-736.